

Bankgaranties: regresvorderingen na homologatie van een WHOA-akkoord

*Mr. S.B.A. Heumakers**

1 Inleiding

Sinds de invoering van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) per 1 januari 2022 zijn er al vele uitspraken geweest die nadere invulling geven aan deze wet. Omdat de wet nog relatief jong is, bevat deze nog vrij veel onderdelen waarvan de uitwerking in de praktijk onzeker is. Een daarvan is de behandeling van de regresvorderingen of andere vormen van verhaal van een steller van een bankgarantie, *letter of credit* of vergelijkbaar instrument als de gegarandeerde vordering in een akkoord zou worden betrokken. Op 1 februari 2023 heeft rechtbank Amsterdam¹ zich over deze problematiek uitgelaten in het kader van een aspectenverzoek zoals bedoeld in art. 378 Fw. Als de rechtbank het bij het juiste eind heeft, dan kan dat verstrekking gevolgen hebben voor, onder andere, de bankgarantiepraktijk. Uit de uitspraak volgt namelijk dat een steller van een bankgarantie geen verhaal kan nemen als na homologatie een bedrag onder de bankgarantie is betaald.

De grondslag voor de uitspraak is art. 370 lid 2 Fw:

‘Als een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar aan een schuldeiser als bedoeld in het eerste lid of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, is artikel 160 Fw van overeenkomstige toepassing, behoudens voor zover het een akkoord betreft als bedoeld in artikel 372, eerste lid. De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord voldoet aan de schuldeiser geen verhaal nemen op de schuldenaar. Voldoet de derde een schuld van de schuldenaar of een deel daarvan, terwijl de schuldeiser voor die schuld of dat deel van de schuld op basis van het akkoord ook rechten aangeboden krijgt, dan gaan die rechten van rechtswege over op de derde indien en voor zover de schuldeiser als gevolg van de betaling van de derde en de op basis van het akkoord toegekende rechten, waarde zou ontvangen die het bedrag van zijn vordering, zoals deze bestond voor de homologatie van het akkoord, te boven gaat.’

Een bankgarantie is een gebruikelijk instrument in het (internationale) handelsverkeer om het risico dat een contractpartij niet zal betalen te mitigeren. Bankgaranties zijn gangbaar in vele soorten transacties en rechtsverhoudingen. Bijvoorbeeld bij huurovereenkomsten, waarbij een verhuurder een bankgarantie voor een aantal huurtermijnen eist voor het geval de huurder de huur niet betaalt. Ook in sectoren waar veel aanbestedingen worden gedaan, zoals in de bouw of de scheepsbouw, komen bankgaranties veel voor. Bankgaranties zijn er in vele vormen; de abstracte bankgarantie komt het meest voor. Die houdt in dat een partij aan een bank vraagt om een bankgarantie te stellen ten behoeve van haar wederpartij (de begunstigde van de bankgarantie), op basis waarvan onder bepaalde voorwaarden een bedrag aan die begunstigde wordt betaald. De voorwaarden voor uitbetaling onder een bankgarantie zijn doorgaans heel beperkt en niet direct gekoppeld (geabstraheerd) aan de onderliggende overeenkomst. De voorwaarden voor uitbetaling zijn dan bijvoorbeeld beperkt tot een schriftelijk verzoek van de begunstigde waarin staat dat zijn wederpartij in verzuim is met betaling van de gegarandeerde verplichting. Als de begunstigde een dergelijk verzoek tot betaling doet, dan moet de bank onder de garantie betalen. Er is in beginsel geen ruimte voor de bank om betaling te weigeren. Als aan de voorwaarden die in de garantie staan is voldaan, moet worden betaald.

Een bank stelt logischerwijs alleen een bankgarantie als zij voor een potentiële claim van de begunstigde onder die bankgarantie verhaal kan nemen op de partij die om de bankgarantie verzocht heeft (de verzoeker). De verzoeker neemt dus de verplichting op zich om de bank schadeloos te stellen voor al hetgeen de bank in het kader van die bankgarantie heeft moeten betalen (de contragarantie). Om betaling van de vorderingen die voortvloeien uit een contragarantie veilig te stellen, ontvangt de bank ook regelmatig zekerheden. Bijvoorbeeld een pandrecht op een bankrekening waar een bedrag ter hoogte van de bankgarantie staat geblokkeerd, of andere persoonlijke of goederenrechtelijke zekerheden. Het gaat in deze bijdrage in het bijzonder over het effect van homologatie van een akkoord dat betrekking heeft op de gegarandeerde verbintenis op deze contragarantie.

* Mr. S.B.A. Heumakers is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam.

¹ Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569, JOR 2023/83 m.nt. V.G. Koolen.

2 Uitspraak rechtbank Amsterdam

Het ging in de casus die aan de rechtbank werd voorgelegd over een aantal huurgaranties die door een bank waren gesteld ten behoeve van de verhuurder op verzoek van de huurder, een exploitant van fastfoodrestaurants. De exploitant had zich door middel van een contragarantie verplicht om alle betalingen door de bank gedaan als gevolg van de huurgaranties te vergoeden. Hiervoor was ook een bedrag ter grootte van de som die onder de huurgaranties kon worden geclaimd op een bankrekening geblokkeerd en op dat creditsaldo was een pandrecht aan de bank verstrekt.

De exploitant was mede als gevolg van de COVID-19-pandemie in financieel zwaar weer terechtgekomen en bood zijn schuldeisers, waaronder de verhuurders, een akkoord onder de WHOA aan. Voorafgaand aan het aanbieden van het akkoord is er een aantal vragen aan de rechtbank gesteld. Hier is gebruik gemaakt van de mogelijkheid in de WHOA (art. 378 Fw) om aspecten die van belang zijn voor het tot stand brengen van een akkoord aan de rechter voor te leggen. In dit aspectenverzoek is de rechtbank gevraagd een oordeel te geven over het uitgangspunt van de exploitant dat een vordering op de exploitant als gevolg van een claim onder een huurgarantie onder het regresverbod van art. 370 lid 2 Fw valt.

De bank die de bankgaranties had gesteld was het hier niet mee eens en heeft een zienswijze ingediend. Hierin is uiteengezet waarom volgens de bank de vorderingen uit hoofde van de contragarantie niet onder het regresverbod vallen. Zij voert hier hoofdzakelijk drie argumenten voor aan:

- De bank meent dat het ontnemen van de mogelijkheid tot het nemen van regres op deze wijze in strijd is met het *fair balance*-vereiste van art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De wetgever zou niet hebben gemotiveerd waarom een dergelijke vorm van ont-eigening zonder enige compensatie gerechtvaardigd is.
- Als tweede voert de bank aan dat de wetgever helemaal niet de bedoeling had om bankgaranties onder het bereik van art. 370 lid 2 Fw te laten vallen. De bank schrijft dat in de eerste plaats vooral aan garanties door groepsmaatschappijen lijkt te zijn gedacht. De memorie van toelichting noemt ook geen bankgaranties. Dit wordt volgens de bank ook gesteund door de verwijzing naar art. 160 Fw, dat hoofdzakelijk ziet op borgen, andere medeschuldenaren en verstrekkers van derdenzekerheid.
- Tot slot stelt de bank dat, mocht de contragarantie wel onder het bereik van het regresverbod vallen, dat alleen geldt voor zover een dergelijke contragarantie niet is versterkt met goederenrechtelijke zekerheidsrechten in overeenstemming met art. 136 lid 2 sub c Fw.

De rechtbank oordeelt dat de contragarantie inderdaad onder het regresverbod valt, op grond van art. 370 lid 2 Fw. In r.o. 10.15 concludeert de rechtbank als volgt:

‘Met name uit de woorden “waaronder” en “op enigerlei zekerheid” moet worden afgeleid dat deze bepaling ook heeft te gelden voor bankgaranties die na de homologatie van een akkoord worden ingeroepen. De wettekst, noch de memorie van toelichting bevat aanknopingspunten voor het standpunt dat voor de regresvordering van de bank, nadat zij is aangesproken en heeft betaald op grond van een door haar verstrekte bankgarantie, een uitzondering op deze algemene regel zou gelden. De wetgever heeft immers geen enkele uitzondering willen maken, blijkens de duidelijke wettekst. Met deze bepaling is expliciet beoogd te voorkomen dat de schuldenaar, nadat het akkoord is gehomologeerd en de schuldenaar zijn schulden heeft gesaneerd, alsnog insolvent raakt door het niet kunnen voldoen van regresvorderingen die na het akkoord ontstaan. Het door de bank gestelde en door verzoekers niet weersproken openbare pandrecht op de creditsaldi maakt dit oordeel niet anders. Op grond van de wet kan de schuldeiser na homologatie van het akkoord geen verhaal nemen op de schuldenaar. Het feit dat de bank zekerheden heeft gevestigd voor deze regresvordering doet hier niet aan af. Het maakt niet uit op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht, de aard van de vordering staat eraan in de weg.’

De rechtbank overweegt ook dat de wetgever de inbreuk op het recht van (in dit geval) de bank noodzakelijk heeft geacht voor het algemeen belang. En dat het dan aan de bank was om aan te voeren dat in dit concrete geval de gevolgen disproportioneel zijn. Hetgeen niet is gebeurd.

3 Juridisch kader

Art. 370 lid 2 Fw bepaalt dat voor de rechten van derden die aansprakelijk zijn voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid hebben gesteld voor de betaling van die schuld art. 160 Fw van overeenkomstige toepassing is. In art. 160 Fw staat dat schuldeisers hun rechten jegens (goederen van) derden kunnen blijven uitoefenen als ware geen akkoord tot stand gekomen. Art. 370 lid 2 Fw bepaalt vervolgens dat wanneer die derde na homologatie van het akkoord een betaling doet, die derde geen verhaal kan nemen op de schuldenaar. De wetgever geeft als reden aan dat deze bepaling voorkomt dat de schuldenaar alsnog via een omweg tot de oorspronkelijke schuld kan worden aangesproken en het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing biedt voor de financiële problemen. Vervolgens overweegt de wetgever² dat dit:

‘aansluit bij de systematiek van art. 136 lid 2 Fw. Die bepaling omvat – kort gezegd – een regeling op basis waarvan het niet mogelijk is dat twee of meer personen – dat wil zeggen de schuldeiser en bijvoorbeeld de borg – voor dezelfde schuld opkomen in het faillissement. Dit zou de andere schuldeisers anders benadelen, omdat hun uitkering dan lager zou uitvallen.’

² Vgl. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 35.

Op zichzelf is dit een sympathiek uitgangspunt: een schuldenaar moet na homologatie niet alsnog met dezelfde schuld geconfronteerd kunnen worden, waardoor het akkoord omzeild zou worden. Als men de wettekst en de memorie van toelichting leest, lijkt het inderdaad, zoals de rechtbank opmerkt, dat de wetgever hier een ruim ‘regresverbod’ heeft beoogd. Er lijken geen aanknopingspunten om dit verbod te beperken tot groepsmaatschappijen, borgen, hoofdelijk verbonden schuldenaren of partijen die goederenrechtelijke derdenzekerheid hebben verschaft. De pijn zit hem echter in het feit dat op basis van deze bepaling een gehomologeerd akkoord rechten kan wegnemen bij een schuldeiser zonder dat aan de eisen voor homologatie zoals neergelegd in art. 384 Fw hoeft te worden voldaan. In het bijzonder gaat het om de eisen dat de klassenindeling moet voldoen aan de criteria van art. 374 Fw en dat de schuldeiser niet slechter af mag zijn dan bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.

4 Klassenindeling

Het uiteindelijke gevolg van een akkoord onder de WHOA is een wijziging van rechten van schuldeisers. Dit volgt uit art. 370 lid 2 Fw. Alle schuldeisers wier rechten worden gewijzigd op grond van een akkoord hebben het recht te stemmen over het akkoord. Als zij tegenstemmen, kan het akkoord alleen voor hen verbindend zijn als aan bepaalde eisen is voldaan. De schuldeiser moet dus in de gelegenheid worden gesteld om invloed uit te oefenen op het akkoord. Dit volgt uit de memorie van toelichting³ en het is een van de kernbeginselen van de Herstructureringsrichtlijn.⁴ De WHOA is immers een implementatie van deze Herstructureringsrichtlijn, waardoor deze richtlijn uiterst relevant is bij de interpretatie van de WHOA. In overweging 43 van de Herstructureringsrichtlijn staat:

‘Schuldeisers die bij een herstructureringsplan zijn betrokken, inclusief werknemers, en, wanneer dat krachtens het nationaal recht is toegestaan, kapitaalhouders, moeten het recht hebben om te stemmen over de goedkeuring van een herstructureringsplan.’ (curs. SH)

Noch de tekst van art. 370 lid 2 Fw, noch de parlementaire geschiedenis, noch rechtbank Amsterdam stelt als voorwaarde voor het regresverbod dat die derde dan als stemgerechtigde schuldeiser in het akkoord moet worden betrokken. Integendeel, door de vergelijking met art. 136 Fw lijkt de wetgever te suggereren dat er geen ruimte is om die derde als stemgerechtigde schuldeiser in het akkoord op te nemen naast de oorspronkelijke schuldeiser jegens wie de derde aansprakelijk is. Het zou nadelig zijn voor de overige schuldeisers als twee

schuldeisers voor dezelfde schuld in het akkoord zouden voorkomen, omdat de uitkering voor de andere schuldeisers dan lager zou zijn.⁵ Als de wetgever inderdaad bedoelt dat de derde niet stemt over het akkoord, dan lijkt dat mij onwenselijk en bovendien in strijd met de Herstructureringsrichtlijn. Een toelating tot de stemming zegt ook nog niets over de uitkering aan die schuldeiser; het nadeel voor de overige schuldeisers is niet een gegeven.

Als het toch als een nadeel voor de andere schuldeisers wordt gezien om zowel de oorspronkelijke schuldeiser als de derde in het akkoord te betrekken, dan is er ook de mogelijkheid om die derde in plaats van de oorspronkelijk schuldeiser te betrekken. Omdat het economisch risico daadwerkelijk bij die derde ligt en niet bij de oorspronkelijk schuldeiser. Art. 381 lid 3 Fw geeft die mogelijkheid aan degene die het akkoord aanbiedt:

‘Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate ligt bij een ander dan de schuldeiser en waardoor die ander zich in een positie bevindt die, gegeven de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met die van een schuldeiser als bedoeld in het tweede lid, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige deze ander in plaats van de schuldeiser uitnodigen naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldeiser bepaalde van toepassing op de ander.’

Het zou wat mij betreft op zijn plaats zijn om wanneer het regresverbod toepassing heeft, daaraan als voorwaarde te verbinden dat de derde die na homologatie geen verhaal meer kan nemen over het akkoord mag stemmen, naast de oorspronkelijk schuldeiser of in plaats van de oorspronkelijk schuldeiser, zodat ook alle rechten en criteria voor homologatie op die derde van toepassing zijn.

Uit de voorlopige klassenindeling van het akkoord van de exploitant van fastfoodrestaurants zoals weergegeven in de uitspraak van rechtbank Amsterdam blijkt niet dat de bank die de huurgaranties had gesteld in een van de stemgerechtigde klassen was ingedeeld. We weten wel dat het akkoord inmiddels is aangeboden en goedgekeurd door alle betrokken schuldeisers; het akkoord is daarom niet gehomologeerd door de rechtbank.

5 Best-interest-of-creditors test en absolute priority rule

Twee andere cruciale pijlers waar de WHOA op rust, zijn de *best-interest-of-creditors test* en de *absolute priority rule*. Beide kunnen eenvoudig worden geschonden als de interpretatie van rechtbank Amsterdam met betrekking tot de reikwijdte van art. 370 lid 2 Fw juist zou zijn.

³ Vgl. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 34.

⁴ Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende de kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

⁵ Vgl. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 35.

De best-interest-of-creditors test is eveneens afkomstig uit de Herstructureringsrichtlijn, daar de ‘toets van het belang van de schuldeisers’ geheten. Onder de Herstructureringsrichtlijn houdt deze test in dat een schuldeiser onder een akkoord niet slechter af mag zijn dan die schuldeiser zou zijn indien de normale rangorde van voorrang bij vereffening krachtens nationaal recht zou worden toegepast, hetzij bij een vereffening (of deze nu stapsgewijs geschiedt dan wel als een verkoop als ‘going concern’), hetzij in het geval van het beste alternatieve scenario (indien het herstructureringsplan niet is bevestigd).⁶ De best-interest-of-creditors test is in Nederland neergelegd in art. 384 lid 3 Fw en komt erop neer dat een schuldeiser onder het akkoord niet slechter af mag zijn dan in faillissement. Uit art. 384 lid 3 Fw volgt ook dat elke schuldeiser die niet met het akkoord heeft ingestemd een beroep kan doen op deze bepaling en de rechter kan verzoeken om op die grond homologatie te weigeren.

Als een regresvordering of contragarantie versterkt is met een goederenrechtelijk zekerheidsrecht, dan is een strikte interpretatie van art. 370 lid 2 Fw in strijd met de best-interest-of-creditors test. In faillissement zou de derde, tevens pand- of hypotheekhouder, immers zijn zekerheidsrecht kunnen uitwinnen als separatist op basis van art. 57 Fw. De vordering van de derde en het verhaal daarvoor op de in pand of hypotheek gegeven goederen zouden niet worden aangetast door faillissement. Als homologatie van een akkoord wel tot gevolg heeft dat er geen verhaal meer kan worden genomen op in pand of hypotheek gegeven goederen, dan is de derde wel degelijk slechter af dan in faillissement.

Zoals hierboven al geciteerd oordeelt de rechtbank als volgt:

‘Op grond van de wet kan de schuldeiser na homologatie van het akkoord geen verhaal nemen op de schuldenaar. Het feit dat de bank zekerheden heeft gevestigd voor deze regresvordering doet hier niet aan af. Het maakt niet uit op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht, de aard van de vordering staat eraan in de weg.’

De rechtbank verwijst daarbij ook naar een arrest van de Hoge Raad⁷ dat is gewezen in het kader van vergoeding van ‘leegstandschade’. Dit betreft de gederfde huurinkomsten bij voortijdige beëindiging van een huurovereenkomst in verband met het faillissement van de huurder. De vergelijking van het regresverbod met de leegstandschade-arresten is begrijpelijk. De Hoge Raad oordeelde dat leegstandschade niet aan de boedel kon worden tegengeworpen. Ook niet als de huurder de leegstandschade onder een bankgarantie kon verhalen, de bank die schade daarna had betaald aan de verhuurder, en de huurder voor de contragarantie goederenrechtelijke zekerheden had gevestigd. Met als reden dat de aard van de vordering daaraan in de weg staat, gelet op de afweging die aan art. 39 Fw ten grond-

slag ligt.⁸ De gedachte van rechtbank Amsterdam lijkt daarom te zijn dat aan art. 370 lid 2 Fw eenzelfde afweging ten grondslag ligt, die maakt dat de aard van de regresvordering zich verzet tegen het nemen van verhaal na homologatie. Dit volgt echter niet expliciet uit de parlementaire geschiedenis. De motivering van de wetgever is summier op dit punt, maar een andere uitleg van de intentie van de wetgever lijkt mij passender. Koolen neemt een vergelijkbaar standpunt in.⁹ De wetgever schrijft zelf dat art. 370 lid 2 Fw aansluit bij de systematiek van art. 136 lid 2 Fw.¹⁰ In dat artikel sub c is nu juist een uitzondering opgenomen voor, onder andere, de situatie dat een schuldeiser voor een vordering voorrang heeft, bijvoorbeeld op grond van pand- of hypotheekrechten. In die situatie mag voor eenzelfde vordering op basis van art. 136 lid 2 Fw wel tweemaal in faillissement worden opgekomen. Dit is zo expliciet overwogen door de wetgever.¹¹ Het regresverbod zou in een vergelijkbare interpretatie van art. 370 lid 2 Fw juist niet gelden voor zover een schuldeiser voorrang heeft met betrekking tot de regresvordering.

De absolute priority rule kan men vinden in art. 384 lid 4 Fw. Deze regel houdt in dat onder een akkoord geen uitkering aan een schuldeiser kan plaatsvinden als een hoger gerangschikte schuldeiser niet volledig is voldaan. Alleen een schuldeiser die tegen het akkoord heeft gestemd en in een klasse is ingedeeld die tegen het akkoord heeft gestemd, kan een beroep doen op de absolute priority rule. Ook voor deze regel geldt dat deze wordt geschonden op het moment dat de regresvordering met goederenrechtelijke zekerheidsrechten is versterkt. De derde, tevens pand- of hypotheekhouder, krijgt immers geen enkele uitkering onder het akkoord, terwijl de waarde van de in zekerheid gegeven goederen aan een schuldeiser of aandeelhouder zal worden toebedeeld. Ten aanzien van die goederen kan het bijna niet anders dan dat die schuldeiser of aandeelhouder een lagere rang heeft dan de pand- of hypotheekhouder. Dit levert dus een schending van de absolute priority rule op. Ik merk op dat op grond van art. 384 lid 4 sub b Fw van de absolute priority rule kan worden afgeweken als daar een redelijke grond voor bestaat en de schuldeisers of aandeelhouders in wier nadeel wordt afgeweken daardoor niet in hun belangen worden geschaad. Op individueel niveau kan er daarom een afweging plaatsvinden, maar dit laat mijns inziens geen ruimte voor een generieke uitzondering op de absolute priority rule zonder individuele rechtvaardiging.

6 Conclusie

Samenvattend ben ik van mening dat het regresverbod neergelegd in art. 370 lid 2 Fw alleen zou moeten gelden als de derde als schuldeiser bij het akkoord wordt betrokken en kan stemmen. Met als gevolg dat al hetgeen ten aanzien van schuldeisers

⁶ Art. 2 lid 6 Herstructureringsrichtlijn.

⁷ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278.

⁸ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, r.o. 4.1.

⁹ Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569, JOR 2023/83 m.nt. V.G. Koolen; V.G. Koolen, De gevolgen van een WHOA-akkoord voor bankgaranties, FIP 2022/7.

¹⁰ Vgl. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 35.

¹¹ Vgl. Kamerstukken II 1980/81, 16593, nr. 3, p. 157.

in de WHOA geldt, ook ten aanzien van die derde geldt, waaronder de best-interest-of-creditors test en de absolute priority rule. Het is dan wat mij betreft aan degene die het akkoord aanbiedt en aan de betrokken schuldeisers of dat samen met of in plaats van de oorspronkelijke schuldeiser is. Een andere interpretatie is naar mijn mening in strijd met de WHOA zelf en bovendien met de Herstructureringsrichtlijn. Hopelijk wordt bij de evaluatie van de WHOA, die momenteel plaatsvindt, aandacht besteed aan dit onderwerp en zal er meer duidelijkheid komen over de intentie van de wetgever.

7 Mogelijke oplossingen

Zolang er onduidelijkheid is over de reikwijdte van het regresverbod, is het nodig om het verhaal voor een bankgarantie te beschermen. Als de rechtbank het bij het juiste eind heeft, dan zal de WHOA het gevolg hebben dat ondernemingen in moeilijkheden minder snel bankgaranties zullen kunnen laten stellen. En dat terwijl bankgaranties nu juist essentieel kunnen zijn voor het voortbestaan van dergelijke ondernemingen. De WHOA zou dan juist problemen creëren voor een onderneming in plaats van die op te lossen. Dit lijkt in strijd met het doel van de WHOA.

Er is een aantal mogelijkheden om het verhaal veilig(er) te stellen. De garantietekst kan worden aangepast en in de situatie waarin een verpanding van creditsaldo is beoogd, kan een financiëlezekerheidsovereenkomst (FZO) of directe betaling uitkomst bieden.

In nog te stellen bankgaranties zou kunnen worden opgenomen dat de bank niet betaalt voor zover de gegarandeerde verbintenis niet meer bestaat op grond van een gehomologeerd akkoord onder de WHOA. Ook de leegstandschadeproblematiek heeft tot aanpassing van de standaard huurgaranties geleid. Echter, in het internationaal handelsverkeer kan het wel eens lastig zijn om een dergelijke specifiek Nederlandse bepaling op te nemen. Bovendien doet een dergelijke bepaling veel afbreuk aan het doel van het laten stellen van een bankgarantie. De begunstigde wil zeker weten dat het bedrag dat gegarandeerd wordt, zal worden betaald, ook als diens wederpartij in financieel zwaar weer verkeert. Als betaling wordt uitgesloten in het geval dat de gegarandeerde verbintenis niet meer bestaat na homologatie van een WHOA-akkoord, dan is de betaling een stuk minder zeker. Commercieel gezien is dit wellicht niet de meest wenselijke oplossing. Tot slot, de bank is misschien niet altijd op de hoogte van de homologatie van een akkoord als zij zelf niet betrokken is (al zou dat wat mij betreft niet mogelijk moeten zijn).

Een FZO is een bijzonder zekerheidsrecht dat is uitgezonderd van het bereik van de WHOA. Het verhaal op grond van een FZO zou dus niet kunnen worden beperkt door een gehomologeerd akkoord. Dit volgt uit art. 369 lid 4 sub c Fw. Een FZO kan worden verstrekt tot zekerheidsoverdracht of tot verpanding. Voor een dergelijke overdracht of verpanding gelden dezelfde vestigingsvereisten als voor een reguliere cessie of ver-

panding, zij het dat een FZO ook aan een aantal voorwaarden moet voldoen op grond van art. 7:51-55 BW. Deze voorwaarden zijn voornamelijk als volgt: (1) een van de partijen moet een overheid, centrale bank, financiële onderneming of centrale tegenpartij of vergelijkbare entiteit zijn en de andere een zakelijke partij, (2) de overeenkomst moet betrekking hebben op financieel onderpand zoals geld, effecten en kredietvorderingen, en (3) er moet sprake zijn van 'controle' door de houder van de FZO.¹² Van belang is ook dat art. 4:89a lid 1 Wet op het financieel toezicht voorziet in een verbod op het aangaan door een (bank)beleggingsonderneming van een FZO tot overdracht met een niet-professionele belegger. Dit laatste begrip is ruimer dan het begrip consument en omvat bijvoorbeeld ook kleine en middelgrote ondernemingen.¹³ Een pandrecht op een creditsaldo dat geblokkeerd is door de bank/pandhouder in het kader van een contragarantie zal doorgaans voldoen aan de voorwaarden voor een FZO tot verpanding. Het gevolg daarvan is dat een gehomologeerd akkoord niet tot gevolg kan hebben dat deze FZO niet uitgewonnen kan worden; de homologatie van een akkoord zou geen effect moeten hebben op deze FZO. Dit wordt ook betoogd door Koolen in zijn noot bij de uitspraak van rechtbank Amsterdam.¹⁴

In de situatie dat de verzoeker van een bankgarantie bereid was om creditsaldo op een geblokkeerde rekening aan te houden, zou de bank ook met de verzoeker kunnen overeenkomen dat de contragarantie reeds bij het stellen van de garantie betaald dient te worden. Als er geen claim onder de garantie plaatsvindt, dan heeft de verzoeker een vordering op de bank ter grootte van het bedrag dat de verzoeker vooraf aan de bank heeft betaald. De verzoeker heeft dan een vordering op de bank uit hoofde van die terugbetalingsverplichting in plaats van een vordering uit hoofde van een geblokkeerd creditsaldo. Materieel verandert er niet veel voor de verzoeker, maar de bank hoeft geen verhaal meer te nemen – de hoofdsom heeft het vermogen van de verzoeker immers al verlaten. Deze mogelijkheid leidt wellicht tot vragen bij de verzoeker en vergt een andere administratie van banken dan zij gewend zijn. Om die redenen verwacht ik niet dat dit de gewenste oplossing is. De FZO lijkt het meest kansrijk om de risico's voor de steller van een bankgarantie te beperken. De FZO biedt echter alleen een betrekkelijk eenvoudige oplossing voor bankgaranties waarvoor een pandrecht op geblokkeerd creditsaldo is beoogd. Voor de situatie dat voor de bankgarantie geen of andere zekerheidsrechten zullen worden gevestigd, is het niet zo een-

12 Het controlevereiste komt niet direct terug in titel 2 van Boek 7 BW, maar volgt uit Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten. Verdere invulling aan dit controlevereiste is gegeven door het Hof van Justitie in HvJ EU 10 november 2016, ECLI:EU:C:2016:851 (Private Equity Insurance Group/Swedbank). Zie daarover W.A.K. Rank, Controlevereiste bij FZO's: beschikken door de pandgever niet (langer) geoorloofd, *MvV* 2017, afl. 4, p. 117-128.

13 Zie W.A.K. Rank & S. Uiterwijk, Verbod op FZO tot overdracht onder MiFID II: van zekerheidseigendom naar pandrecht?, *FR* 2018, afl. 1/2, p. 39-46.

14 *Rb. Amsterdam* 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569, *JOR* 2023/83 m.nt. V.G. Koolen.

voudig om tot een oplossing te komen. Er zijn creatieve oplossingen mogelijk, maar die zijn niet zonder haken en ogen. Het zou beter zijn als er op een andere manier recht wordt gedaan aan de positie van de derde zoals bedoeld in art. 370 lid 2 Fw, waaronder de steller van een bankgarantie of vergelijkbare instrumenten.