

## Betaling door borg bij WHOA-traject: timing maakt het verschil

mr. H.E.C. Lisman en mr. L.T. van der Sluis

3 november 2021

De eerste WHOA zaken zijn inmiddels geweest en de eerste akkoorden onder de WHOA zijn gerealiseerd. Dat betekent dat er ondernemingen zijn gered van de ondergang en dat schuldeisers in meer of mindere mate blij zullen zijn met de uitkomst daarvan.

Er is echter een groep van *toekomstige schuldeisers* die minder gelukkig zal zijn met een akkoord op grond van de WHOA, als dat akkoord zonder hun tijdig ingrijpen is gerealiseerd. Dat zijn de partijen die (als derde) borg staan voor (een gedeelte van) de verplichtingen van de schuldenaar en niet tijdig actie hebben ondernomen. Waarom is dat?

### De positie van de borg in een WHOA-traject

Art. 370 lid 2 Fw bepaalt dat op een derde (waaronder een borg of medeschuldenaar), die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar aan een schuldeiser als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw, en op een derde die op enigerlei voor een schuld van de schuldenaar zekerheid heeft gesteld, art. 160 Fw van toepassing is. (Tenzij de derde ook betrokken is bij het (groeps-)akkoord in de zin van art. 372 lid 1 Fw).

Artikel 160 Fw bepaalt: *“Niettegenstaande het akkoord behouden de schuldeisers al hun rechten tegen de borgen en andere medeschuldenaren van de schuldenaar. De rechten, welke zij op goederen van derden kunnen uitoefenen, blijven bestaan als ware geen akkoord tot stand gekomen.”*

Dit betekent dat de derde (die borg staat, medeschuldenaar is, of derde-zekerheid heeft verschaft) na totstandkoming van het akkoord onverkort voor de gehele gestelde zekerheid kan worden aangesproken. Dat is op zich normaal, maar art. 370 lid 2 Fw bepaalt dat een borg, medeschuldenaar of derde-zekerheidsverschaffer voor het bedrag dat hij *na* homologatie van het akkoord voldoet aan een schuldeiser geen verhaal kan en mag nemen op de schuldenaar.

Hiermee wordt voorkomen dat een regresvordering van de derde op de schuldenaar het effect van een herstructurering (deels) teniet doet. Indien de derde echter vóór de homologatie van een akkoord de schuldeiser (deels) voldoet, geldt de bepaling van art. 370 lid 2 Fw niet. Dan verkrijgt de derde dus *wel* een regresvordering voor het bedrag dat heeft

voldaan<sup>1</sup>. De derde zal met deze regresvordering (kunnen) meedelen in het akkoord. Vroegtijdige betaling kan dus voordelig uitpakken voor de verhaalsmogelijkheid van de borg, zekerheidsverschaffer en medeschuldenaar.

**N.B.** Ook het subrogatierecht dat de borg door betaling verkrijgt, waarmee hij treedt in de rechten van de schuldeiser, geldt wel als hij voor homologatie betaalt, maar is bij betaling na homologatie uitgesloten door art. 370 lid 2 Fw.<sup>2,3,4</sup>

Een praktijkvoorbeeld voor de regresvordering van de borg laat zien dat, waar een WHOA-traject speelt, het moment waarop de borg de schuldeiser voldoet voor zowel de borg als de schuldeiser van wezenlijk belang kan zijn. Dit geldt in mindere mate in situaties als de borg voor het gehéél van de verplichtingen van de schuldenaar instaat jegens de schuldeiser (**Situatie 1**), maar het geldt des te meer waar de borg slechts voor een gedeelte van de verplichtingen van de schuldenaar in de wind staat (**Situatie 2**). Dit illustreren we aan de hand van de volgende voorbeelden.

### **Situatie 1: Borg staat in voor volledige vordering schuldeiser op schuldenaar**

In Situatie 1 staat de borg in voor de volledige vordering van de schuldeiser op de schuldenaar. In het onderhavige voorbeeld nemen we daarbij aan dat de vordering van de schuldeiser 100 is, en het bedrag van de borgstelling ook 100 is. We bespreken

---

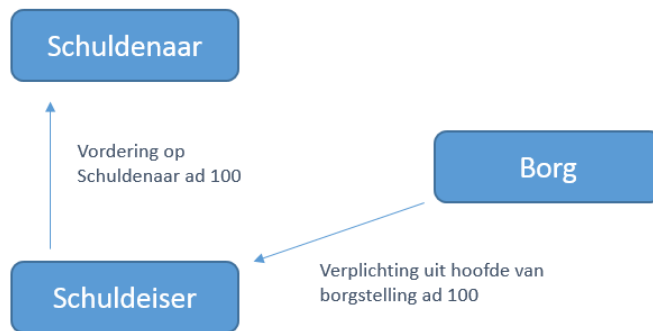
<sup>1</sup> Voor zover het een mede-schuldenaar betreft: voor zover het betaalde de onderlinge draagplicht overschrijdt.

<sup>2</sup> Met één uitzondering: Waar de borg of medeschuldenaar een (deel van een) schuld van de schuldenaar voldoet, terwijl de schuldeiser voor (dat deel van) die schuld op basis van het akkoord ook rechten aangeboden krijgt, dan gaan die rechten van rechtswege over op de betalende borg of medeschuldenaar, *indien en voor zover* de schuldeiser als gevolg van die betaling 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* (art. 370 lid 2 Fw).

<sup>3</sup> Waarbij de borg er wel bedacht op moet zijn dat in veel gevallen sprake zal zijn van achterstelling van regres- en subrogatierechten of zelfs van afstand van rechten van regres en subrogatie. De voorbeelden in deze tekst gaan uit van reguliere borgstelling zonder achterstelling of uitsluiting van regres- en subrogatierechten.

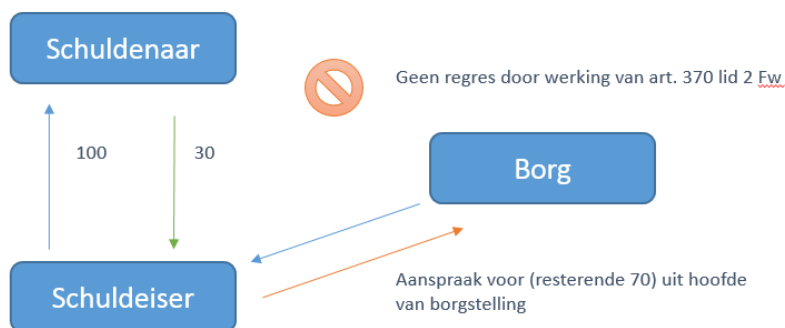
<sup>4</sup> De onderhavige voorbeeld zien uitsluitend op de positie van een borg. Voor een hoofdelijk verbonden medeschuldenaar kunnen vergelijkbare overwegingen gelden, maar de juridische positie verschilt (mede nu de hoogte van de regresvordering van meer factoren afhankelijk is). Een verschaffer van (alleen) derdenzekerheid zal in beginsel dezelfde positie hebben als de borg, maar zal ook rekening moeten houden met eventuele achterstelling of uitsluiting van rechten van regres en subrogatie.

achtereenvolgens variant A, waarin de borg de schuldeiser pas ná de homologatie betaalt en variant B, waarin de borg de schuldeiser vóór de homologatie betaalt.



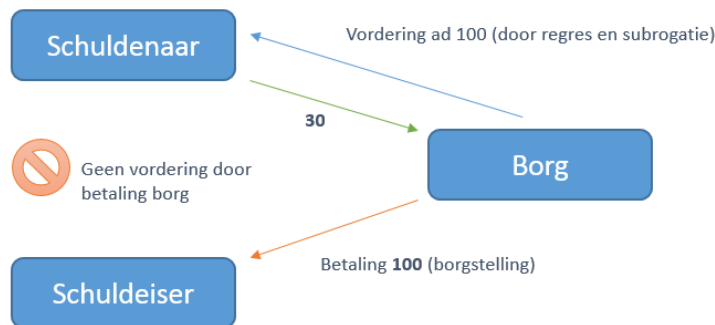
**Situatie 1, variant A: 30% akkoord en borg voldoet volledige vordering schuldeiser na homologatie**

Stel dat de schuldenaar in Situatie 1 een akkoord aanbiedt waarin voor de schuld (aan schuldeiser ad 100) een uitkering wordt gerealiseerd van 30. Als de borg dan pas na homologatie betaalt is de uitkomst voor de borg en de schuldeiser als volgt :



De borg zal door de schuldeiser na homologatie van het akkoord worden aangesproken voor  $(100-30) 70$ . Als de borg de schuldeiser pas na de homologatie de betaalt, verkrijgt hij géén regresvordering op de schuldenaar. Per saldo ontvangt de schuldeiser dus  $(30 \text{ uit akkoord, en } 70 \text{ van de borg}) 100$ . De borg moet 70 betalen, en is dat bedrag dus kwijt.

### Situatie 1, variant B: 30% akkoord en borg voldoet volledige vordering schuldeiser vóór homologatie



Als in Situatie 1B de borg vóór de homologatie de schuldeiser betaalt, geldt dat de schuldeiser ten tijde van de homologatie géén vordering meer heeft op de schuldenaar (omdat de borg hem volledig heeft voldaan). In plaats daarvan verkrijgt de borg (door betaling aan de schuldeiser) een vordering op de schuldenaar ad 100. Gelet op de uitkering ad 30, is ook hier de netto-resultante voor de borg een verlies van 70 en voor de schuldeiser een ontvangst van 100. Deze situatie is cijfermatig dus niet anders dan in situatie I, variant A.

Toch kunnen er voor de borg redenen zijn om de schuldeiser vóór homologatie van het akkoord te betalen, zoals het recht om als schuldeiser mee te kunnen stemmen over het beoogde akkoord. Als de borg vooraf aan de schuldeiser betaalt, verkrijgt hij (door subrogatie) het vorderingsrecht en het daar aan verbonden stemrecht in het akkoord. Zeker waar vrees bestaat dat de schuldeiser te gemakkelijk vóór een akkoord zal stemmen kan dit belangrijk zijn. Een andere beweegreden kan zien op mogelijke voordelen die in het akkoord worden aangeboden die niet (louter) zien op betaling in geld.

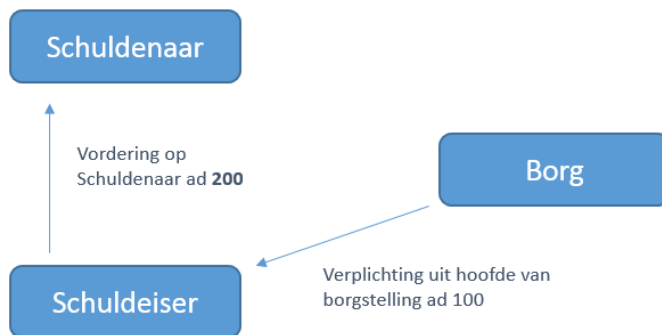
De situatie (in ieder geval in financiële zin) is echter anders voor de borg, als de borg maar voor een déél van de vordering van de schuldeiser instaat, hierna aangeduid als Situatie 2. De volgende voorbeelden illustreren de verschillen die dan kunnen ontstaan<sup>5</sup>.

### Situatie 2: Borg staat slechts in voor deel van vordering schuldeiser

In Situatie 2 staat de borg in voor slechts een deel van de vordering van de schuldeiser. In het onderhavige voorbeeld nemen we daarbij aan dat het bedrag van de borgstelling 100 is

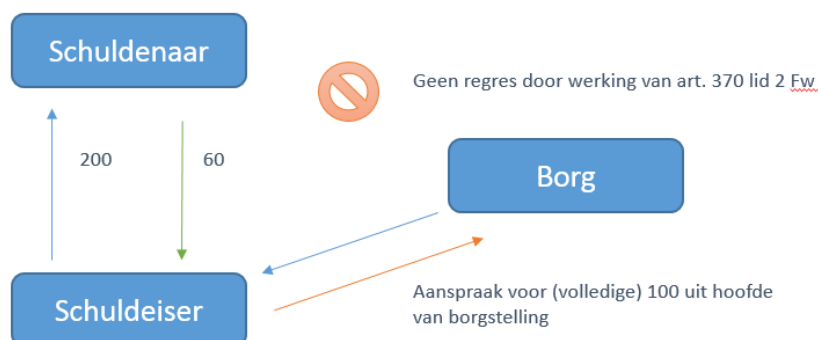
<sup>5</sup> Waarbij ook hier wordt uitgegaan van een situatie waarin regres en subrogatie niet zijn uitgesloten

en de vordering van de schuldeiser op de schuldenaar 200. We bespreken achtereenvolgens variant A, waarin de borg de schuldeiser pas ná de homologatie betaalt en variant B, waarin de borg de schuldeiser vóór de homologatie betaalt.



Gaan we in Situatie 2 uit van een situatie waarin de schuldenaar een akkoord aanbiedt waarin 30 % van de vorderingen zal worden voldaan, dan is de situatie ná homologatie (zonder dat de borg tot dan iets heeft voldaan) als volgt:

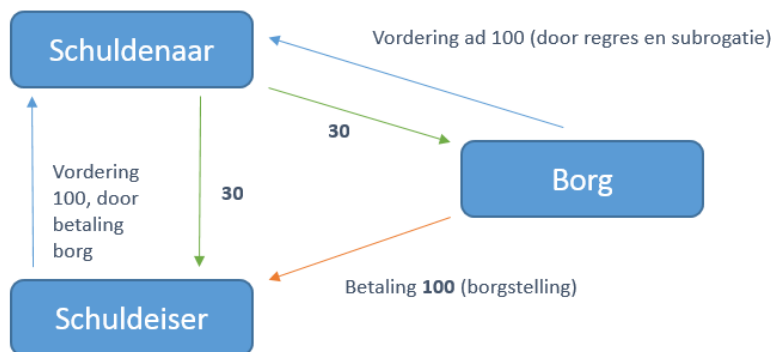
**Situatie 2, variant A: 30% akkoord en borg voldoet (deel van) vordering schuldeiser na homologatie**



In dit geval ontvangt de schuldeiser 60 aan akkoordpenningen van de schuldenaar, waarna hij voor de resterende vordering ad (200 – 60) 140 de borg geheel kan aanspreken, die alsdan de volledige 100 van de borgstelling zal moeten voldoen aan de schuldeiser. De borg heeft ook hier geen rechten uit hoofde van regres of subrogatie en is dus per saldo 100 kwijt. Van belang is dat de schuldeiser in dit scenario in totaal 160 incasseert.

Dat is anders als de borg de schuldeiser wél voorafgaand aan de homologatie betaalt. Dan is de situatie als volgt:

## Situatie 2, variant B: 30% akkoord en borg voldoet deel vordering schuldeiser vóór homologatie



In dit geval betaalt de borg de schuldeiser vóór homologatie van het akkoord, waardoor de resterende vordering van de schuldeiser nog 100 bedraagt, waarop 30 wordt uitgekeerd. De borg verkrijgt door betaling een vordering van 100 op de schuldeiser, waarop eveneens 30 wordt uitgekeerd bij homologatie van het akkoord. Voor de borg betekent dit een verbetering van de financiële uitkomst, want per saldo is hij maar 70 kwijt (100 -30). Datat gewin gaat echter ten koste van de schuldeiser. Die ontvangt in dit geval maar 130, ten opzichte van de 160 die de schuldeiser zou ontvangen als de borg pas ná homologatie zou betalen (Situatie 2A). Voor de schuldenaar is het resultaat ongewijzigd, nu op de totale vordering(en) van 200 nog steeds 60 moet worden uitgekeerd.

Deze voorbeelden zijn een uitwerking van een eenvoudige casus. Dergelijke (en waarschijnlijk zelfs grotere) verschillen kunnen zich ook voordoen in meer complexe situaties, bijvoorbeeld in geval van meerdere borgen en in het geval van een gestaffeld akkoord (waarbij vorderingen in “tranches” worden opgedeeld en op de eerste tranche meer wordt uitgekeerd dan op het meerdere daarboven).

## Conclusie

Voor de borg lijkt het dus om meerdere redenen interessant om vóór een akkoord uit te betalen aan de schuldeiser. Naast het reeds genoemde recht om als schuldeiser mee te mogen stemmen over het akkoord, is in het geval van gedeeltelijke borgstelling de financiële uitkomst voor de borg beter als hij vóór een akkoord betaalt (ten opzichte van de situatie dat hij ná het akkoord zou betalen). Dit staat nog los van mogelijke voordelen uit een akkoord die niet worden vertaald in de betaling van een geldsom.

Kort samengevat moet een partij die borg staat voor de verplichtingen van de schuldenaar, zijn situatie zorgvuldig in kaart brengen en zijn opties goed afwegen. Als een akkoord een goede kans van slagen heeft, dan doet de borg er over het algemeen verstandig aan om de schuldeiser reeds vóór het akkoord-traject te voldoen (mits van achterstelling of afstand geen sprake is), omdat de borg dan mee mag stemmen over het akkoord én hij aanspraak kan maken op betaling (onder het akkoord) van de vordering ten aanzien waarvan hij (gedeeltelijk) regres geniet. Zeker in gevallen van verplichtingen uit borg die kleiner zijn dan de geborgde vordering, levert dit een voordeel op voor de borg.

Betaalt de borg pas na de homologatie, dan kan de borg alsnog worden aangesproken door de schuldeiser, maar ontstaan er voor de borg géén rechten uit regres of subrogatie.

Voor de schuldeiser is het juist voordelig (zeker in de gevallen waar de borg slechts voor een gedeelte van de vorderingen is aan te spreken) om het tegenovergestelde te bewerkstelligen. Hij zal er in deze gevallen verstandig aan doen om de borg pas na de homologatie aan te spreken.

In de praktijk zal de schuldeiser zich op voorhand een betere positie kunnen verschaffen door (vooraf) afspraken te maken die in de weg staan aan voortijdige betaling door de borg, achterstelling van regresvorderingen of zelfs het laten doen van afstand van regresvorderingen en subrogatie door de borg.

## Meer informatie

Zoals de voorbeelden hebben laten zien, kan het moment van betaling door de borg een aanzienlijk verschil betekenen voor de financiële uitkomst van een onderhands akkoord op grond van de WHOA. Dit geldt voor de schuldeiser én voor de borg. Voor beiden is het daarom verstandig om hun opties goed te onderzoeken en af te wegen. Gelet op (onder meer) hun tegengestelde posities, doen beide partijen er goed aan om vroegtijdig op de gevolgen van regres en subrogatie bedacht te zijn. Dat is niet alleen het geval bij het aangaan van een nieuwe rechtsverhouding, want gelet op het voorgaande is het ook verstandig om bestaande afspraken (tijdig) tegen het licht te houden. Ook hier geldt: *Timing is everything*. Vanzelfsprekend zijn onze specialisten ([Wieneke Lisman](#) en [Luitzen van der Sluis](#)) graag bereid om met u mee te denken. Als experts in de laws of business springen zij graag voor u in de bres!