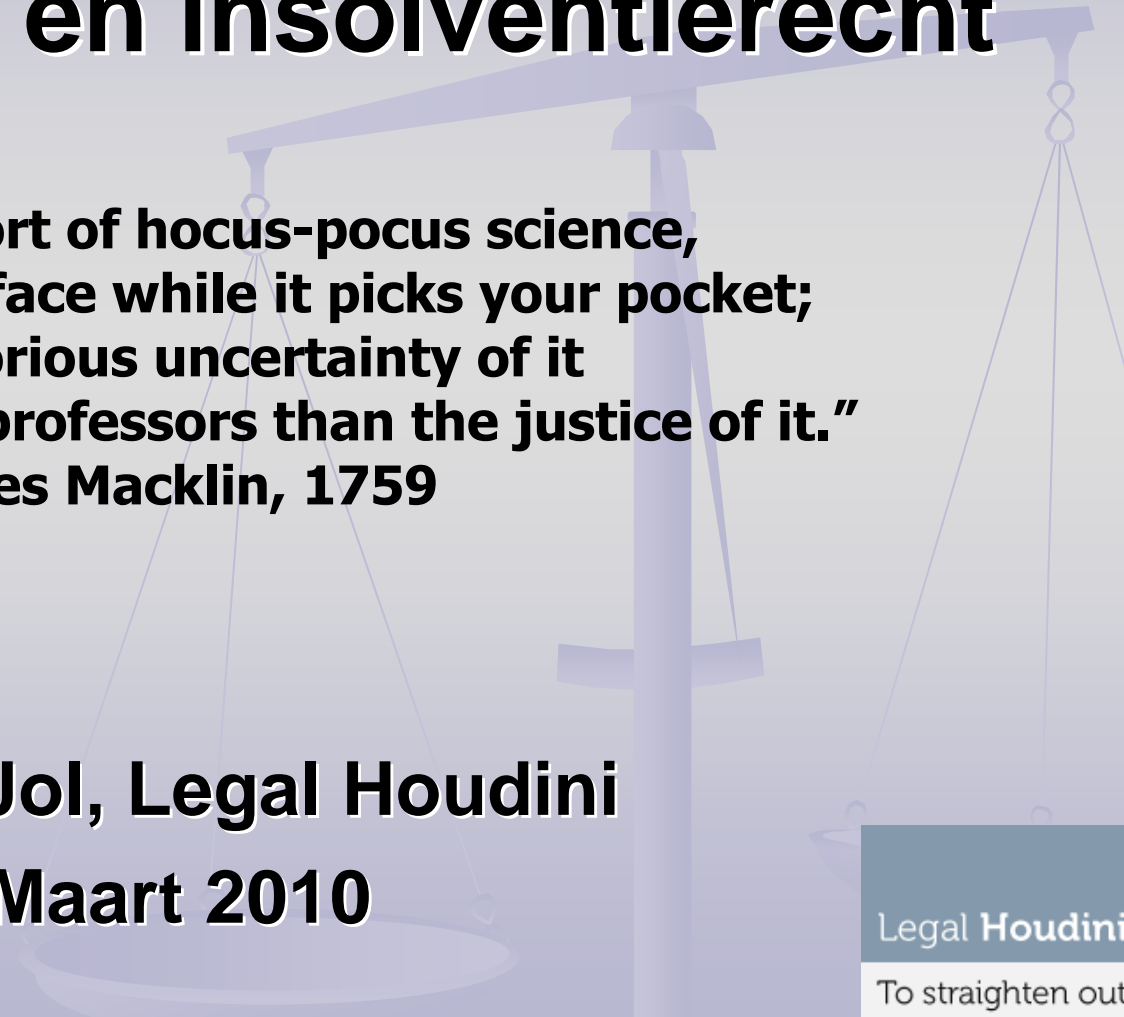


Inleiding financiering, zekerheden en insolventierecht



**“The law is a sort of hocus-pocus science,
that smiles in your face while it picks your pocket;
and the glorious uncertainty of it
is of mair use to the professors than the justice of it.”**

Charles Macklin, 1759

**Johan Jol, Legal Houdini
Maart 2010**

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Engagement Rules

- You can send a boy to college but you can't make him think (**Thomas Deware**, Scottish Whisky Distiller and Philosoph).
- Minds are like parachutes; they only work when open (**Thomas Deware**, Scottish Whisky Distiller and Philosoph).
- Ben ik nu slim of jij nu zo dom (**Van Gaal**, the coach).
- Als ik wilde dat ik je het begreep, had ik het wel beter uitgelegd (**Johan Cruijff**, my hero).
- Domme vragen bestaan niet, er zijn alleen vaak geen duidelijke antwoorden (me).

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Programma

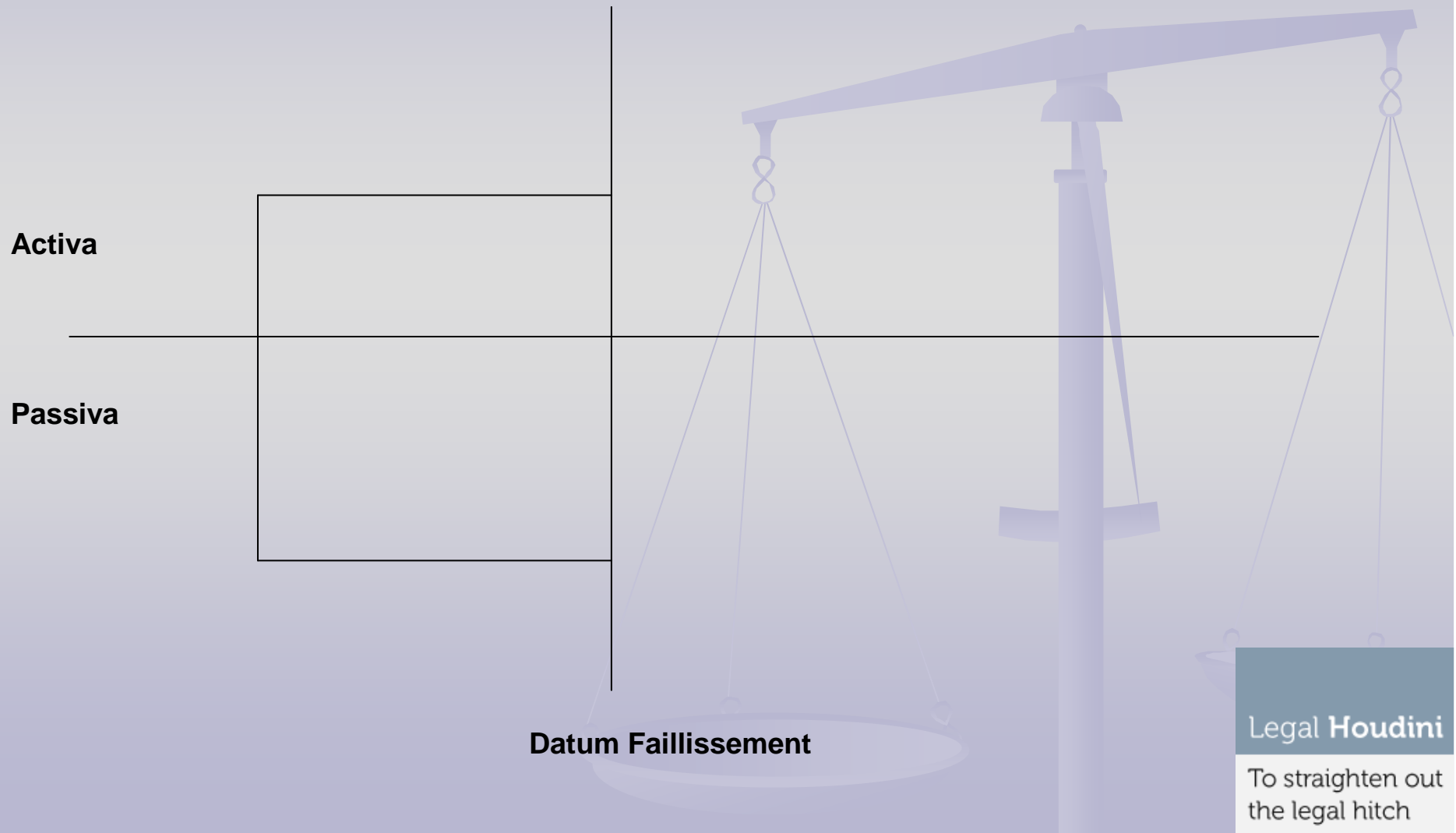
- Faillissement en de crediteuren
- Verhaalsmogelijkheden
- Tot zekerheid waarvan
- Vaste-, Krediet- en Bankhypotheek
- Subrogatie en Regres
- Problemen bij uitwinning
- Gevolgen overdracht/overgang vorderingen
- Andere zekerheidsgerechtigde
- Securitatie



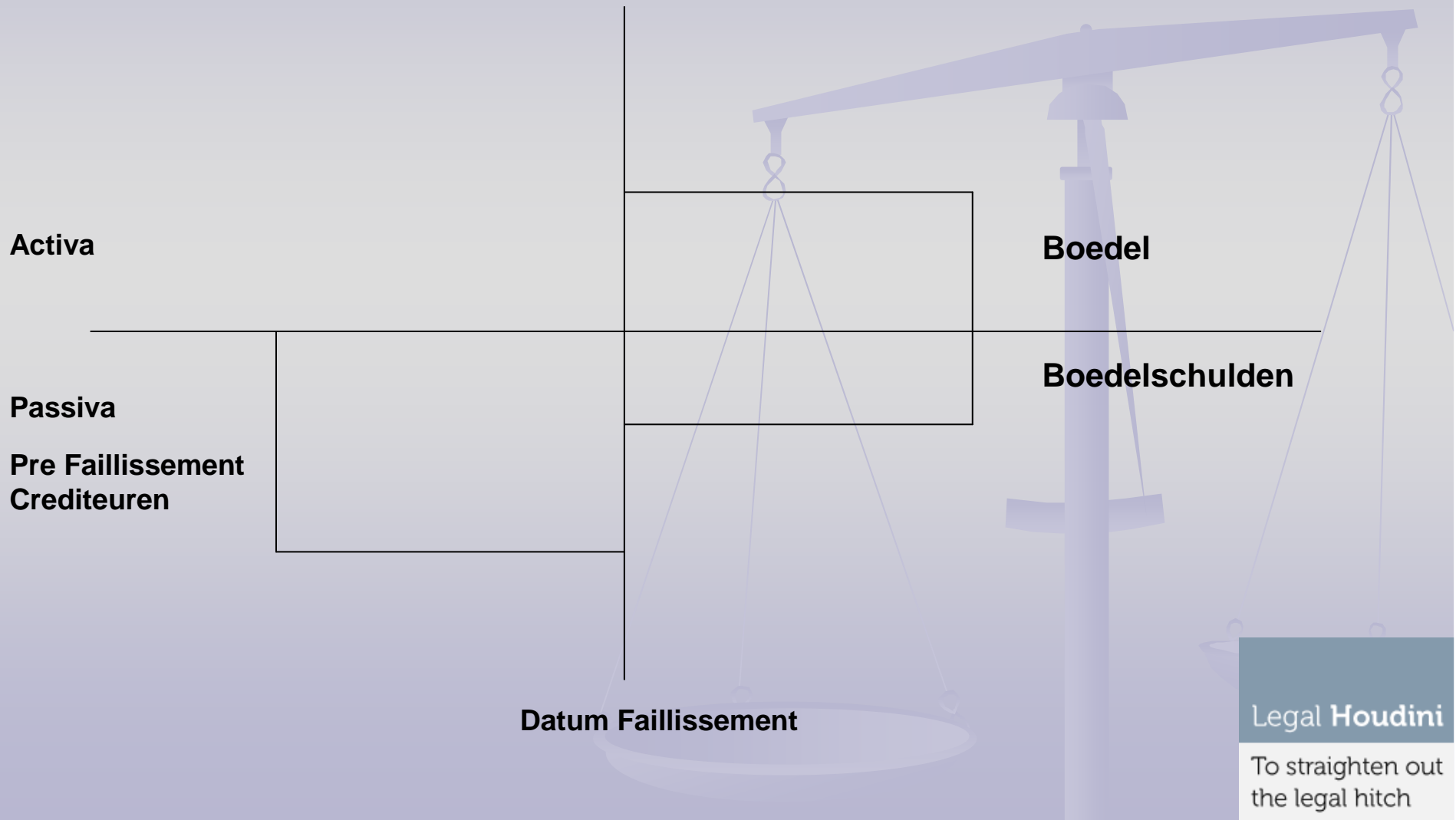
Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Faillissement en crediteuren



Faillissement en crediteuren



Faillissement en crediteuren



■ Post Faillissement

■ Boedel crediteuren

- Ontstaat eerst door of na het uitspreken van het faillissement/surveillance van betaling/schuldsanering
- Ontstaat hetzij uit de wet hetzij door toedoen curator / bewindvoerder
- Salaris curator/bewindvoerder, loon en huur na datum surveillance / faillissement (uit wet); door curator gesloten overeenkomst (toedoen curator);

■ Pre Faillissement:

- Preferente crediteuren
- Concurrente crediteuren
- Achtergestelde crediteuren

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Verhaalsmogelijkheden

- **Full recourse:**
- Debiteur staat voor verplichtingen in met zijn hele vermogen tenzij uit de wet of uit overeenkomst iets anders voortvloeit (art. 3:276 BW)
- **Pari passu:**
- Iedere crediteur heeft bij executie dezelfde rechten ten opzichte van de debiteur tenzij uit de wet of overeenkomst anders voortvloeit (art. 3: 277 BW)

Beperkingen en uitbreidingen

- **Limited recourse:**
- Contractuele afspraak tussen crediteur en debiteur dat crediteur zich slechts kan verhalen op deel vermogen debiteur

- **Subordination:**
- Contractuele afspraak tussen crediteur en debiteur op basis waarvan crediteur er mee instemt dat zijn vordering op debiteur wordt achtergesteld bij andere vorderingen op de debiteur, vb. HR 18 oktober 2002, JOR 2002, 234 (uitleg achterstelling volgens Haviltex criterium) (werking ten opzichte van derden)

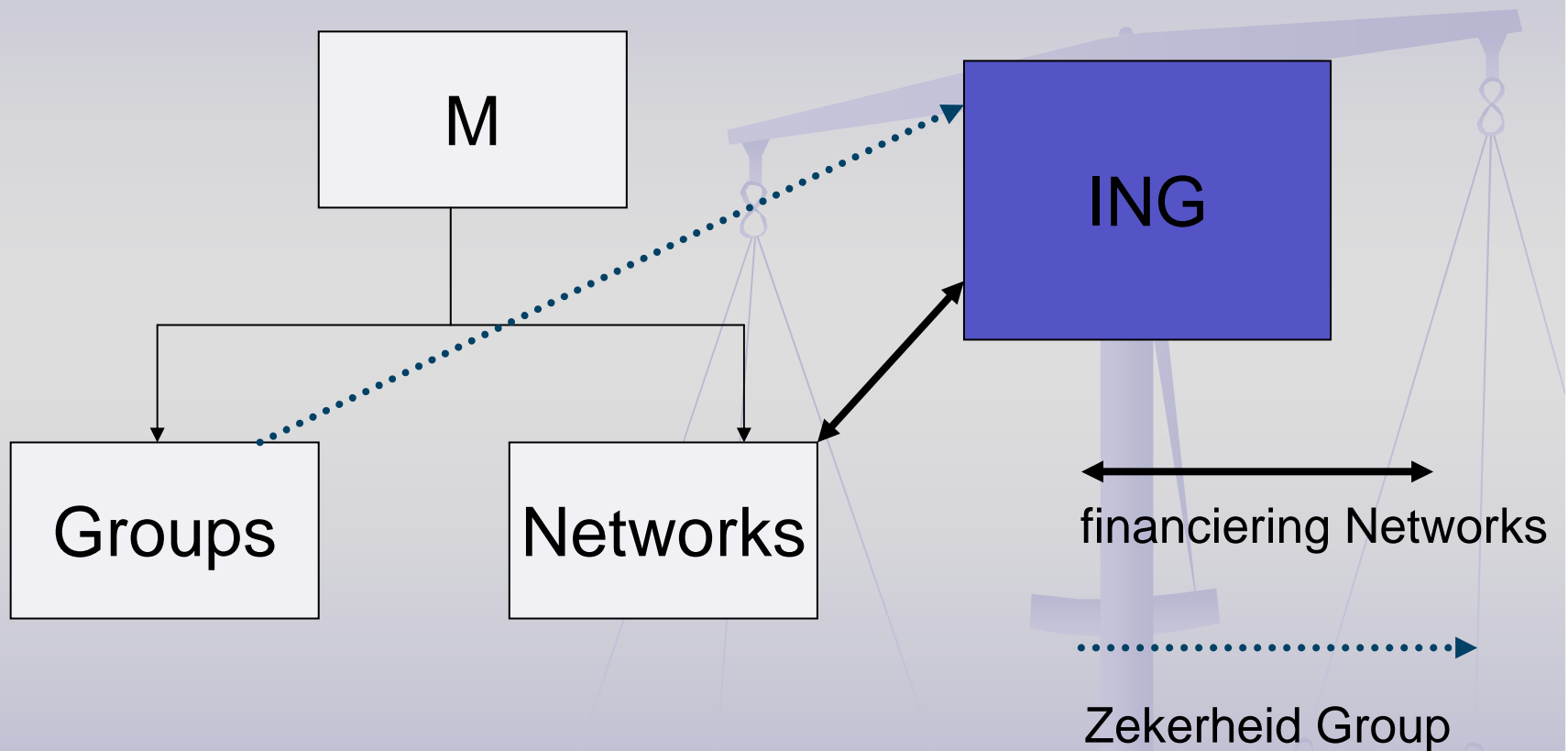
Doel zekerheidsrechten

- Verbetering positie van crediteur indien debiteur zijn verplichtingen niet nakomt
- Zowel buiten als in faillissement debiteur
- Op activa van debiteur of op (activa van) een derde
- Voor zover het zakelijke zekerheden betreft: met de bedoeling om met voorrang boven andere crediteuren betaald te worden

Tot zekerheid waarvan

- Uitsluitend tot zekerheid voor de vordering tot voldoening van een geldsom (art. 3:227 lid 1 BW)
- Zowel voor een bestaande vordering of een toekomstige vordering, vordering moet bepaalbaar zijn (art. 3:231 BW)
- Uitleg gaat met behulp van Haviltex criterium: HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 (ING / Muller q.q.)

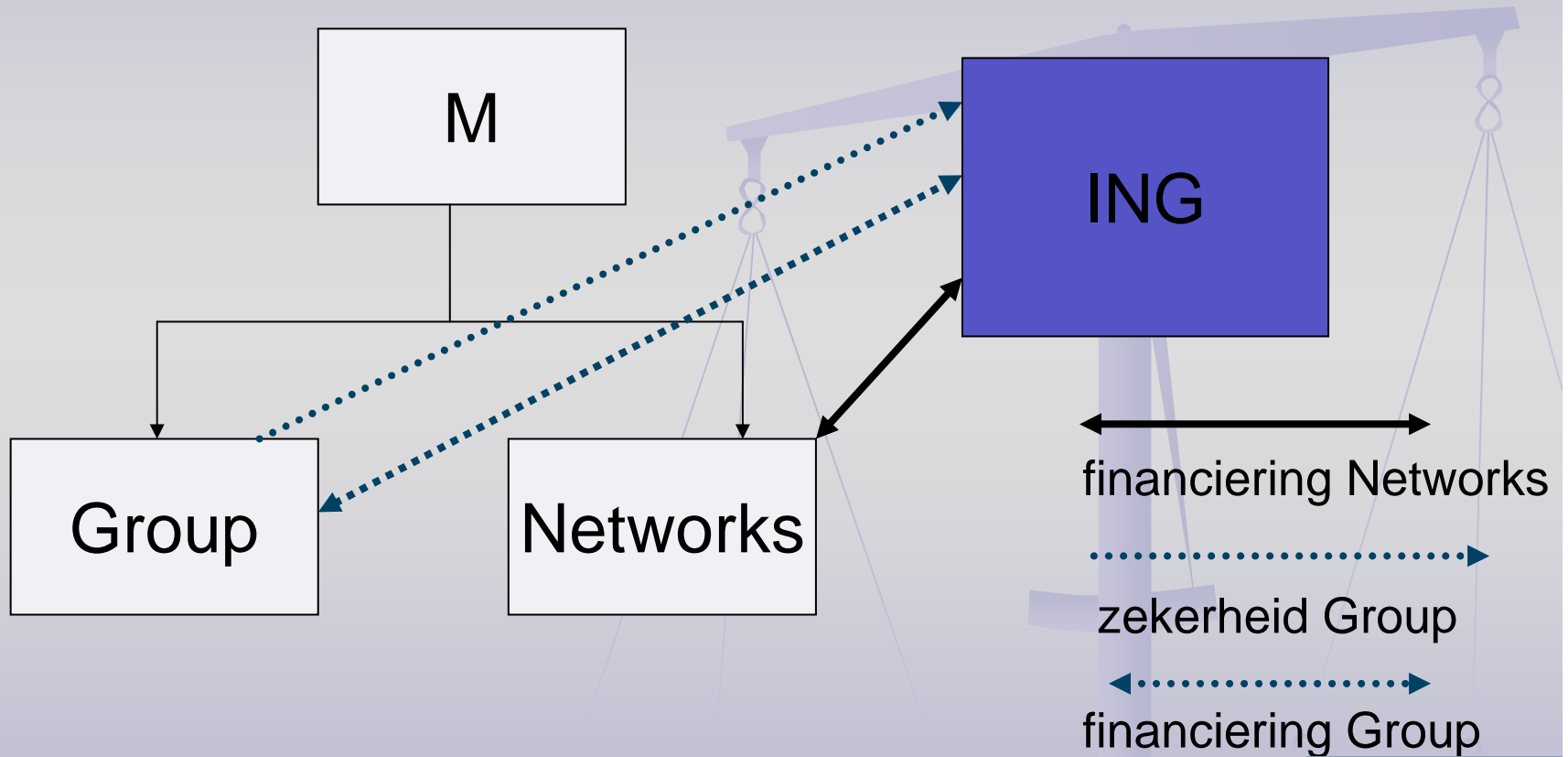
ING/Muller q.q. (I)



Legal Houdini

To straighten out the legal hitch

ING/Muller q.q. (II)



Legal Houdini

To straighten out the legal hitch

ING/Muller q.q. (III)

- dekt dat ook krediet verleend door ING aan Group?;
- in casu: ja want Networks was hoofdelijk aansprakelijk voor schulden Group en Group had zekerheid gegeven voor schulden Networks (Hoge Raad, Rov 4.5.1 en 4.5.2)
- financiering van een tweetal zustervennootschappen Group en Networks. De vorderingen tot zekerheid waarvan het pandrecht was gevestigd werden aldus omschreven (Conclusie AG Langemeijer onder 1.1.4):

“tot meerdere zekerheid voor de betaling of de teruggave van al hetgeen de besloten vennootschap (..) Networks (...) aan de bank nu of te eniger tijd schuldig mocht zijn of worden uit welke hoofde dan ook”.

Leveringsverplichting?

- economische overdracht van een goed, met uitgestelde levering
- probleem: economische eigendom is uitsluitend een concurrente vordering in het faillissement van de failliet
- dus secureren met pand- en/of hypotheekrecht
- indirect, want tot zekerheid voor de verplichting tot nakoming van een leveringsverplichting wordt een boetebepaling opgenomen, tot zekerheid voor de betaling van de boete wordt het pandrecht en/of hypotheekrecht gevestigd

Tot zekerheid waarvan, voorbeelden

- Vaste hypotheek
- Krediethypotheek
- Bankhypotheek



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Vaste hypotheek

strekt tot zekerheid voor vaste bestaande vordering:

“De schuldenaar verklaart tot meerdere zekerheid voor de betaling van een bedrag, groot Euro 100.000 aan de schuldeiser een recht van hypotheek te verlenen”

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Krediethypotheek

strekt tot zekerheid voor (toekomstige) vorderingen uit hoofde bestaande rechtsverhouding:

“De schuldenaar verklaart tot meerdere zekerheid voor de betaling van al hetgeen de schuldeiser te vorderen heeft of mocht hebben uit hoofde van het tussen schuldeiser en schuldenaar bestaande rekening-courant krediet, groot Euro 100.000 aan de schuldeiser een recht van eerste hypotheek te verlenen”

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Bankhypotheek

strekt tot zekerheid voor (toekomstige) vorderingen uit bestaande en toekomstige rechtsverhoudingen:

“De schuldenaar verklaart tot meerdere zekerheid voor de betaling van al hetgeen de schuldeiser nu of te eniger tijd van schuldenaar te vorderen heeft of mocht hebben uit hoofde van door schuldeiser verstrekte of te verstrekken geldleningen, al dan niet in rekening courant, *of uit welke andere hoofde dan ook*, aan schuldeiser een recht van eerste hypotheek te verlenen”

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Rechtsgeldig?

- HR 30 januari 1953, NJ 1965, 578 Doyer en Kalff / Bouman, ja, voor eigendomsoverdracht tot zekerheid
- Parl. Gesch. NBW: handhaving van bestaande leer
- HR 6 juni 2000, NJ 2000, 534 Nedship / Oderkerk q.q. voor bevestiging naar aanleiding van vraag over bankhypotheek op binnenscheppen:

“Aldus wordt ook voor zover het binnenscheppen betreft recht gedaan aan de betekenis van de (krediet en) bankhypotheek als onmisbaar financieringsinstrument.”

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Omvang zekerheidsrecht

- Zekerheidsrecht ontstaat op moment van vestiging, ook al betreft het een toekomstige vordering tot zekerheid waarvan het gevestigd wordt, vgl. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 733 Derksen / Rabobank bevestiging van arrest MB/Rotterdamse Bank (25 februari 1955, NJ 1955, 711)
- Dus: zowel ten tijde van de vestiging van zekerheidsrecht bestaande als alle toekomstige vorderingen vallen eronder

Gevolgen beslag ten laste van

- HR 25 februari 1955, NJ 1955, 711 MD / Rotterdamse Bank: krediethypotheek kan worden tegengeworpen aan een na de datum van inschrijving van de hypotheek gelegd maritaal beslag, ook indien de vordering eerst ontstaat na de datum van het beslag;
- ook voor bankhypotheek?
- Grenzen: onrechtmatige daad en actio pauliana (in en buiten faillissement) en beperking tot vorderingen die ontstaan op basis van ten tijde van beslaglegging reeds bestaande rechtsverhoudingen

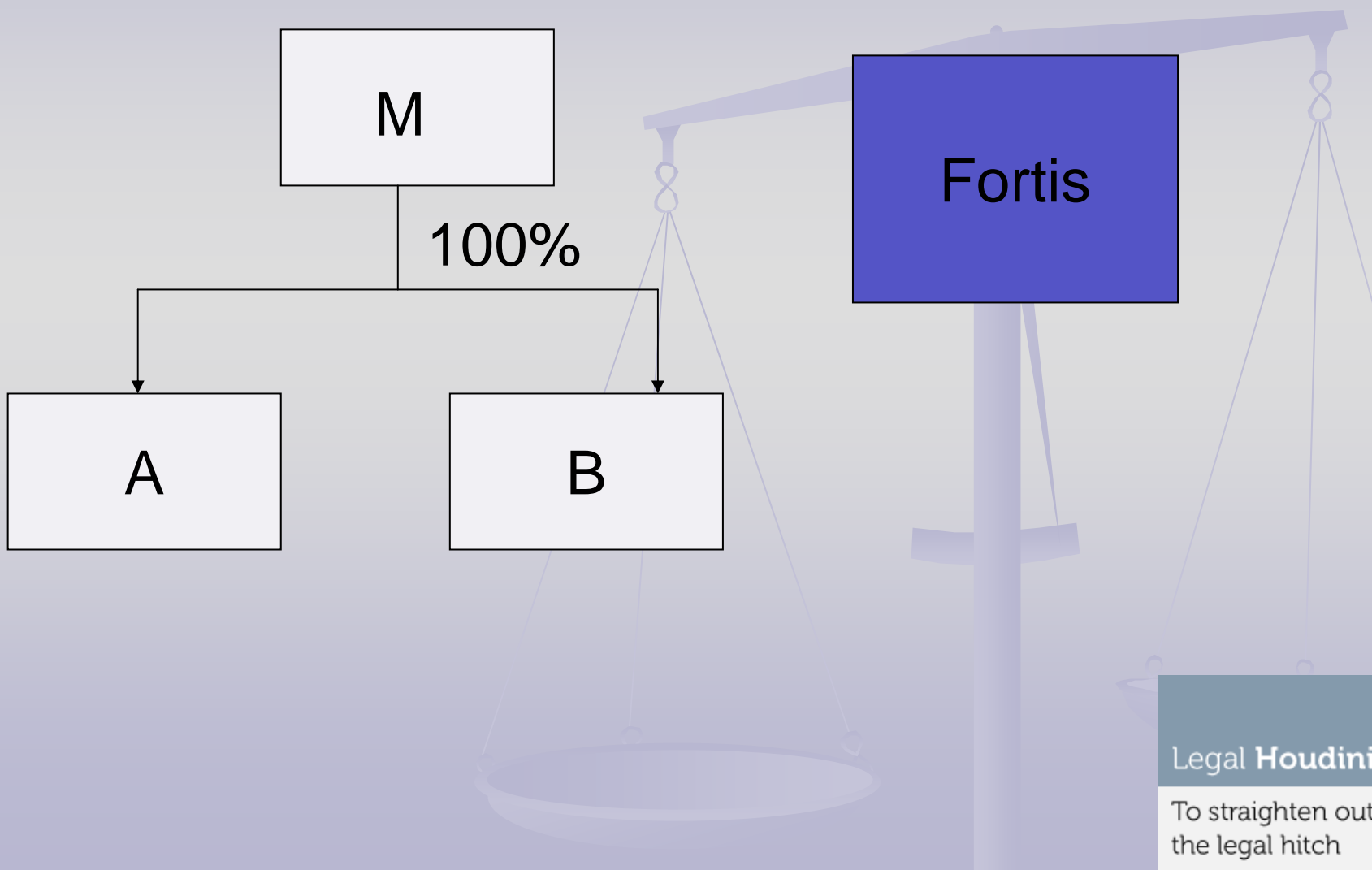
Gevolgen faillissement

- HR 4 november 1994, NJ 1995, 627: NCM/Knottenbelt
- Een zekerheidsgerechtigde nam tijdens het faillissement concurrente vorderingen over van een leverancier, wilde deze vervolgens onder de bankhypotheek verhalen. De Hoge Raad oordeelde dat de zekerheidsgerechtigde uitsluitend verhaal kan uitoefenen voor bij de aanvang van de aan het faillissement voorafgaande surseance van betaling, in het vermogen van de zekerheidsgerechtigde aanwezige vorderingen.
- na faillissementsdatum onstane vorderingen kunnen uitsluitend worden verhaald op de zekerheden indien deze voortvloeien uit een ten tijde van het faillissement reeds met failliet bestaande rechtsverhouding

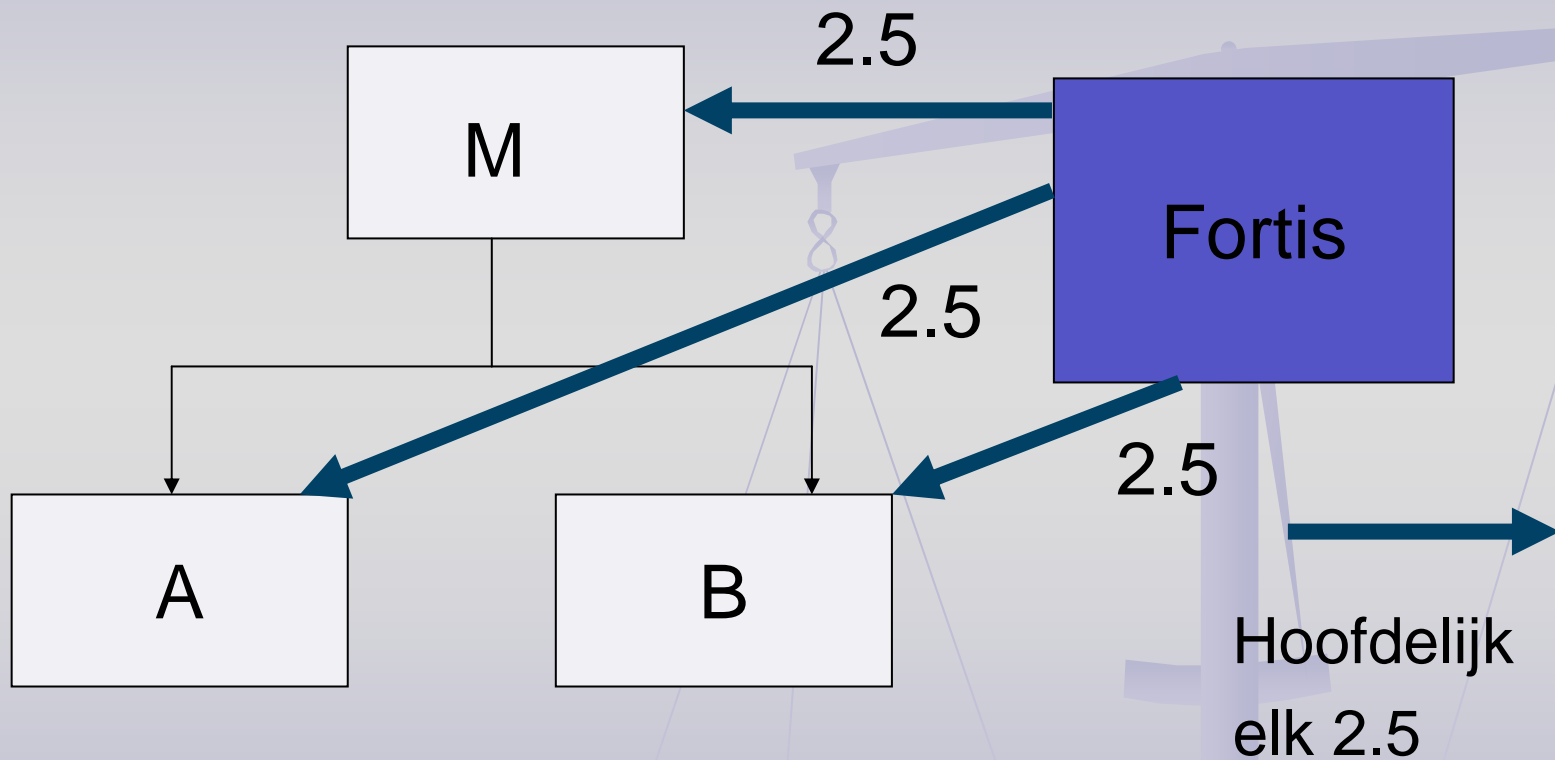
Regres en Subrogatie

- Regres: eigen vordering
 - hoofdelijke medeschuldenaren: art. 6:10 BW
 - borgtocht: art. 7:850 lid 3 BW
- Subrogatie: in vordering van ander
 - hoofdelijke medeschuldenaren: art. 6:12 BW
 - gevallen art. 6:150 BW
- Emptyhead question: Waarom eigenlijk Regres naast Subrogatie
 - Soms verweermiddelen tegen gesubrogeerde vordering, dan beter regres
 - Subrogatie wel zekerheden, dus vaak beter.

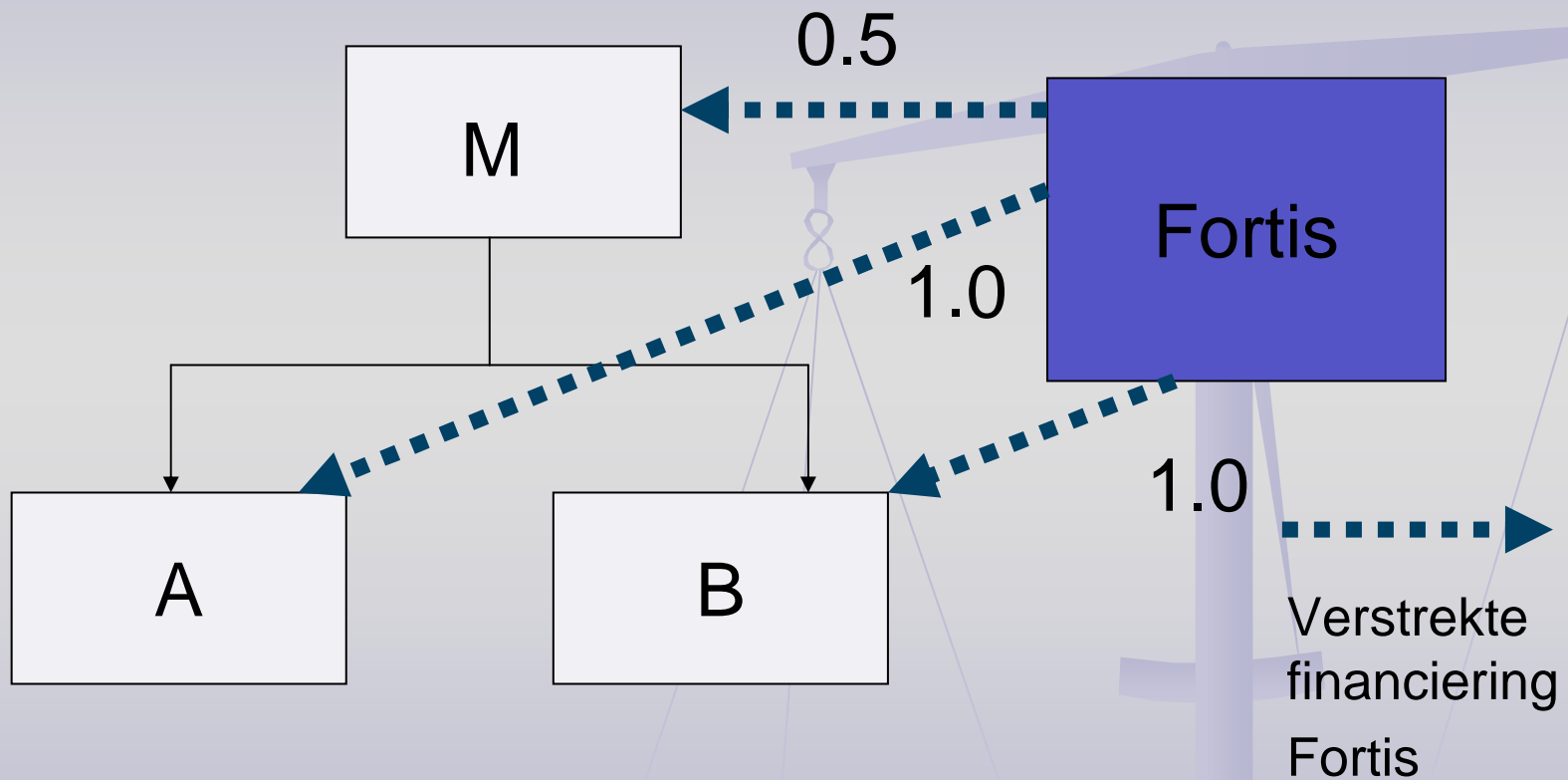
Voorbeeld regres / subrogatie (I)



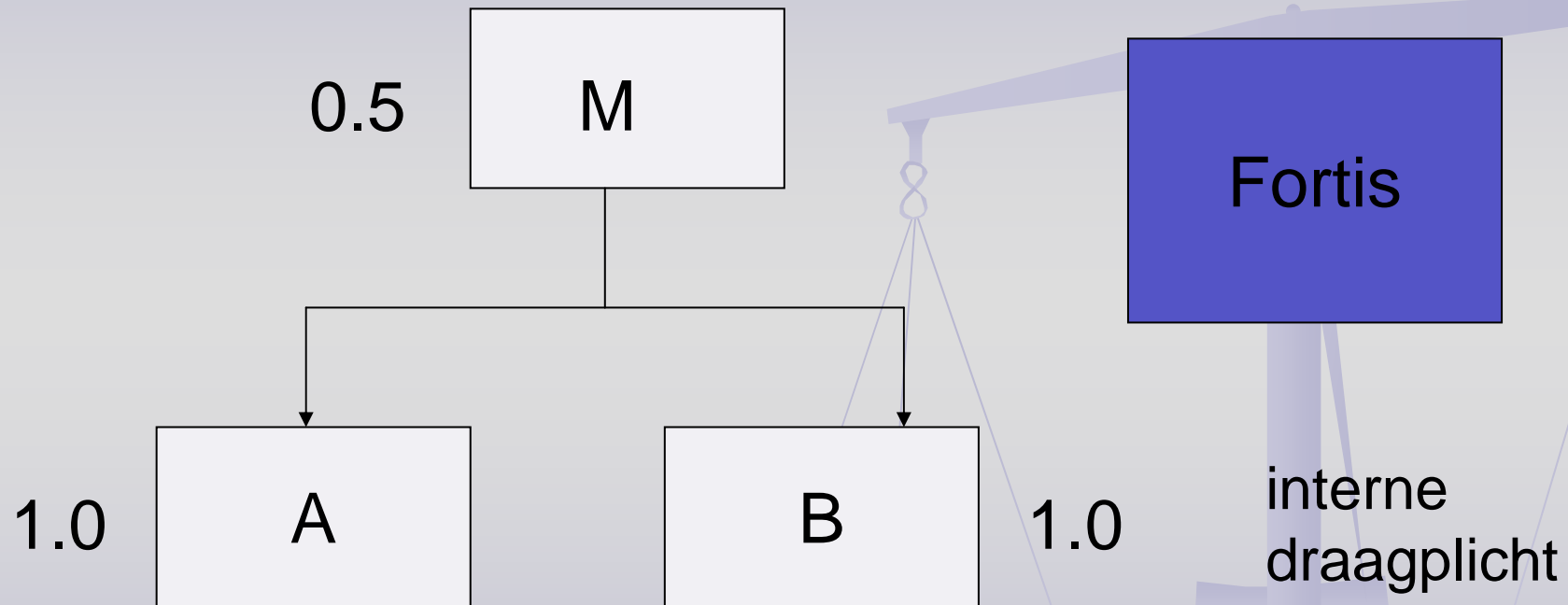
Voorbeeld regres / subrogatie (II)



Voorbeeld regres / subrogatie (III)



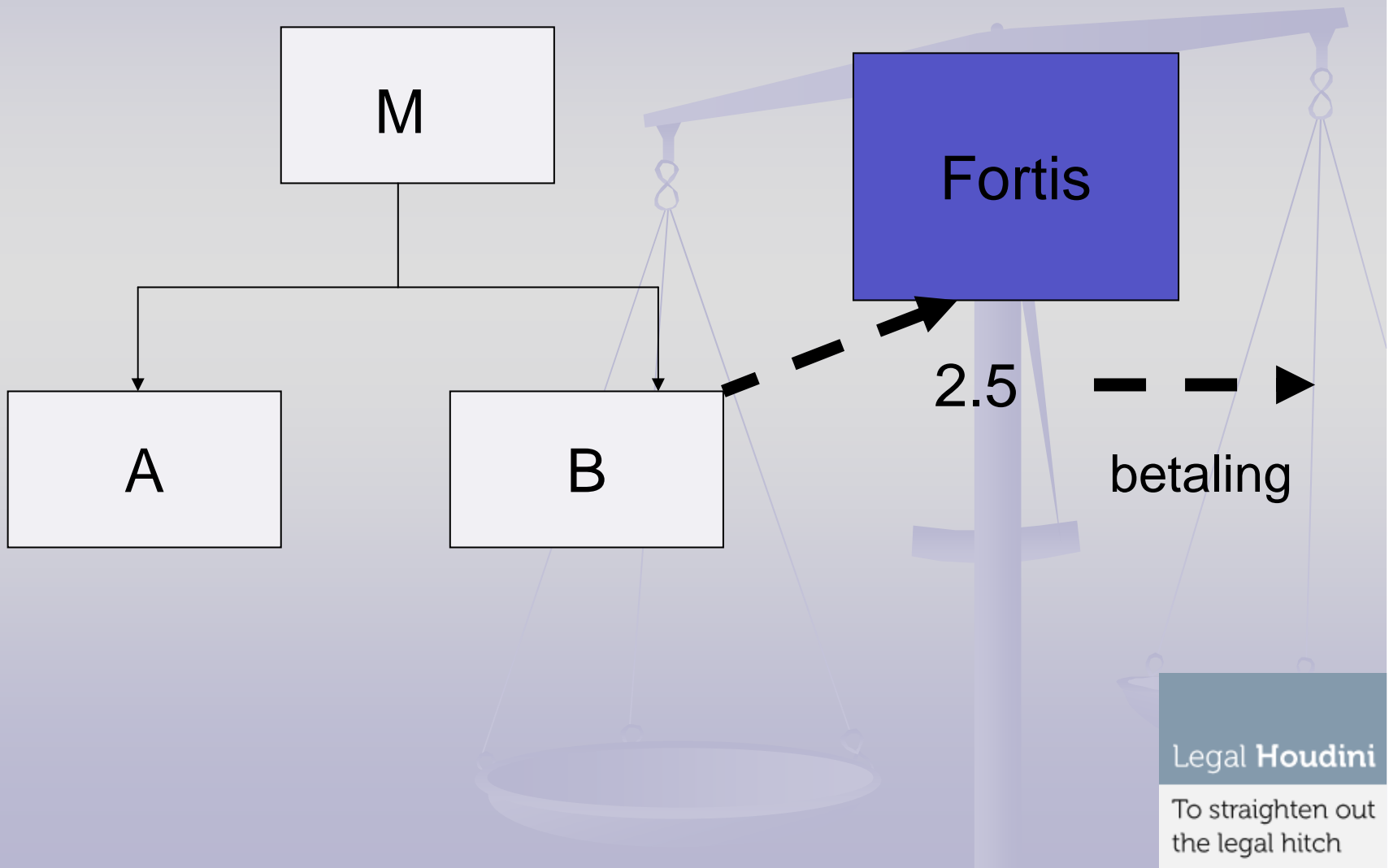
Voorbeeld regres / subrogatie (IV)



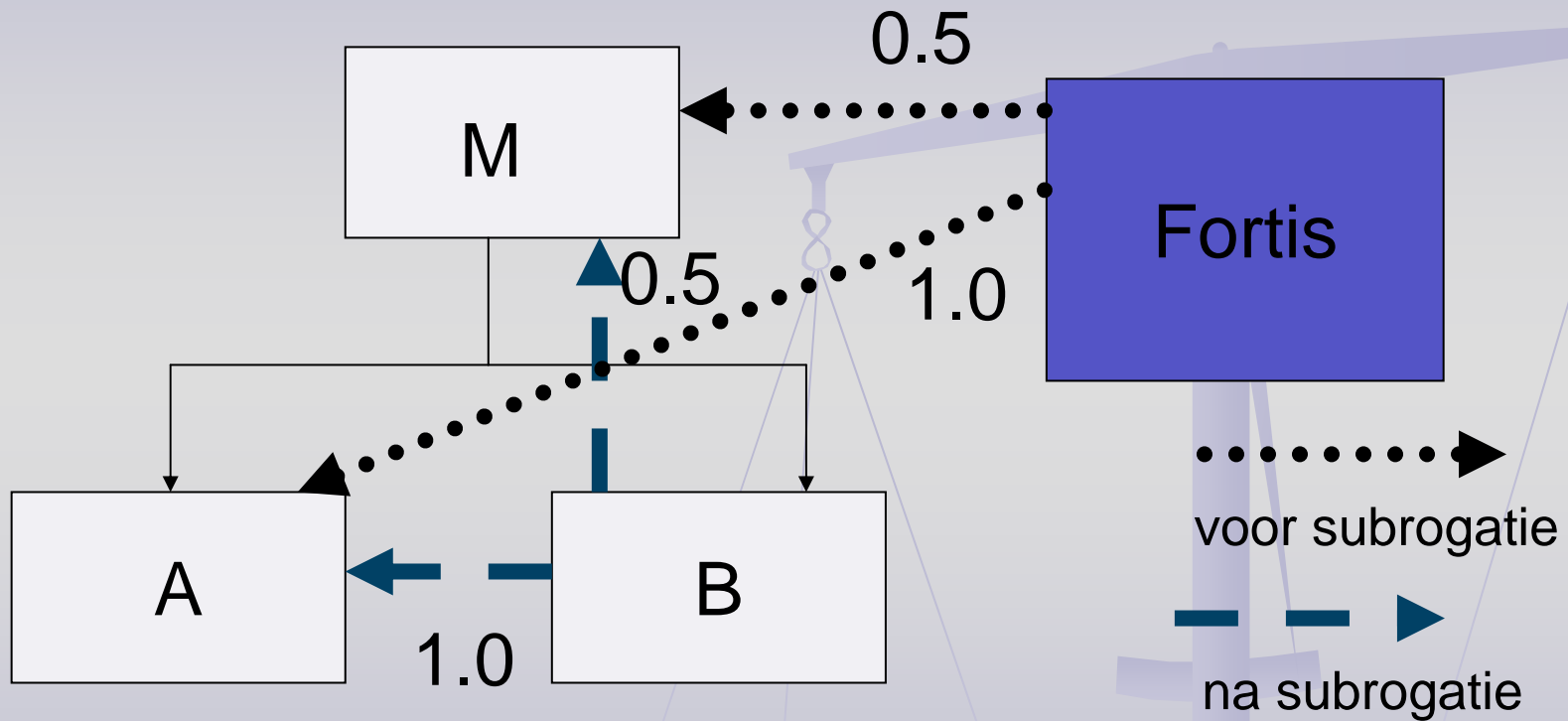
Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

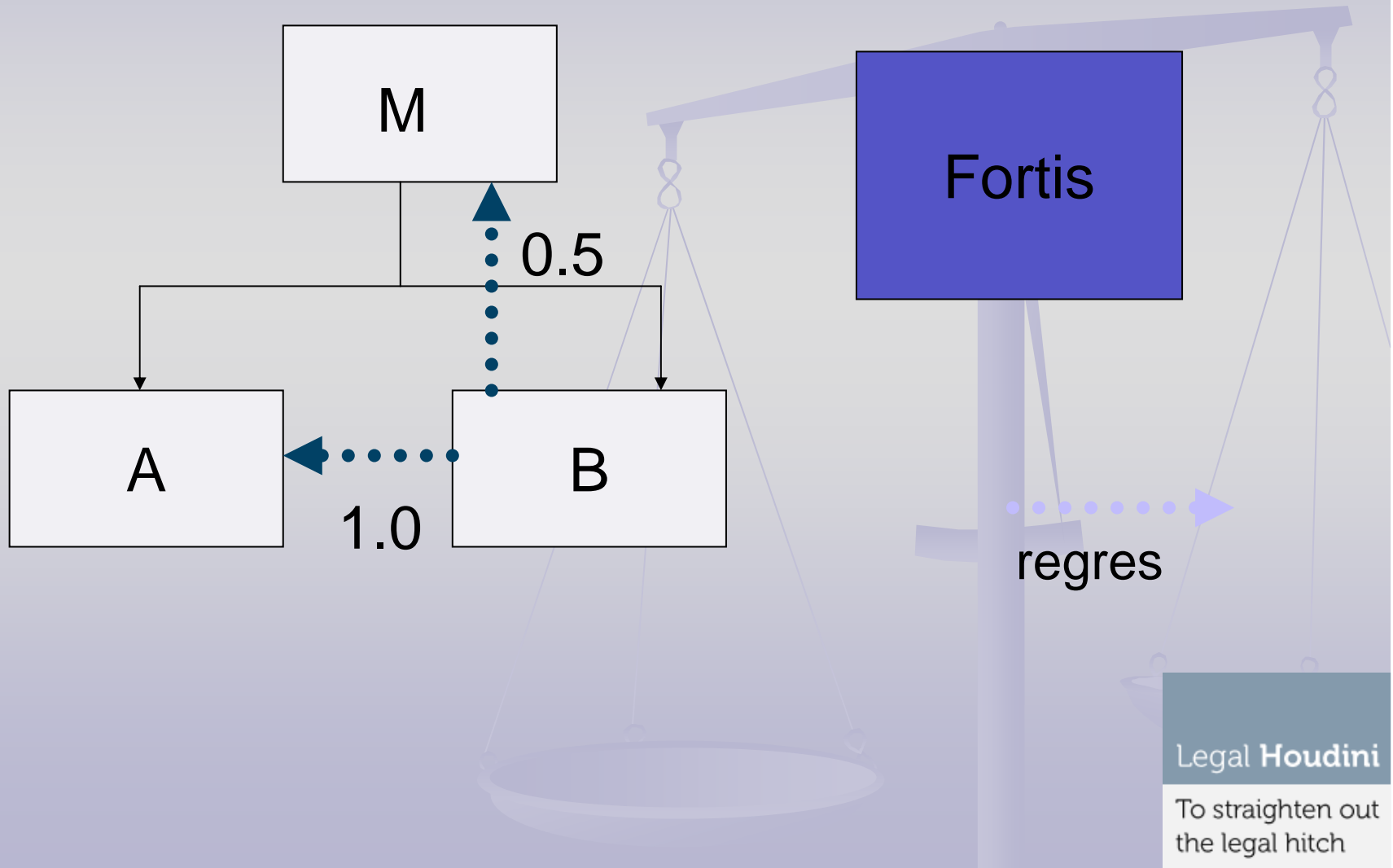
Voorbeeld regres / subrogatie (V)



Voorbeeld regres / subrogatie (VI)



Voorbeeld regres / subrogatie (VII)



Problemen bij uitwinning (I)

- HR 18 april 2003, JOR 2003, 160: Interne draagplicht
- Moment van aangaan van de schuld is in beginsel beslissend: als in een concern verhouding bij hoofdelijke aansprakelijke vennootschappen geen andere afspraak wordt gemaakt, is draagplicht in beginsel gelijk
- Degene die is uitgewonnen wordt gesubrogeerd en heeft regres

Problemen bij uitwinning (II)

- HR 14 november 2003, JOR 2003, 583: ING heeft hoofdelijke aansprakelijkheid bedongen van groepsmaatschappij en is tevens pandhouder van vordering op die groepsmaatschappij
- oplossing: zorgen dat regresvordering niet voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als de verpande vordering om verrekening te voorkomen
- voor het geval dat toch zo is: oplossing achterstelling regresvordering, maar
- verrekenen en achterstelling: HR 18 oktober 2002, JOL 2002, 554, JOR 2002, 23
- oplossing : verpanding regresvordering en/of bij voorbaat afstand doen van regresvordering

Problemen bij uitwinning (III)

- maar: wat als voor koper aandelen van dochter die hoofdelijk aansprakelijk was
- probleem: aandeel in de schuld niet geregeld
- oplossing: afstand
- Borgtochtstructuur, Overwaarde-arrangement



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Problemen bij uitwinning (IV)

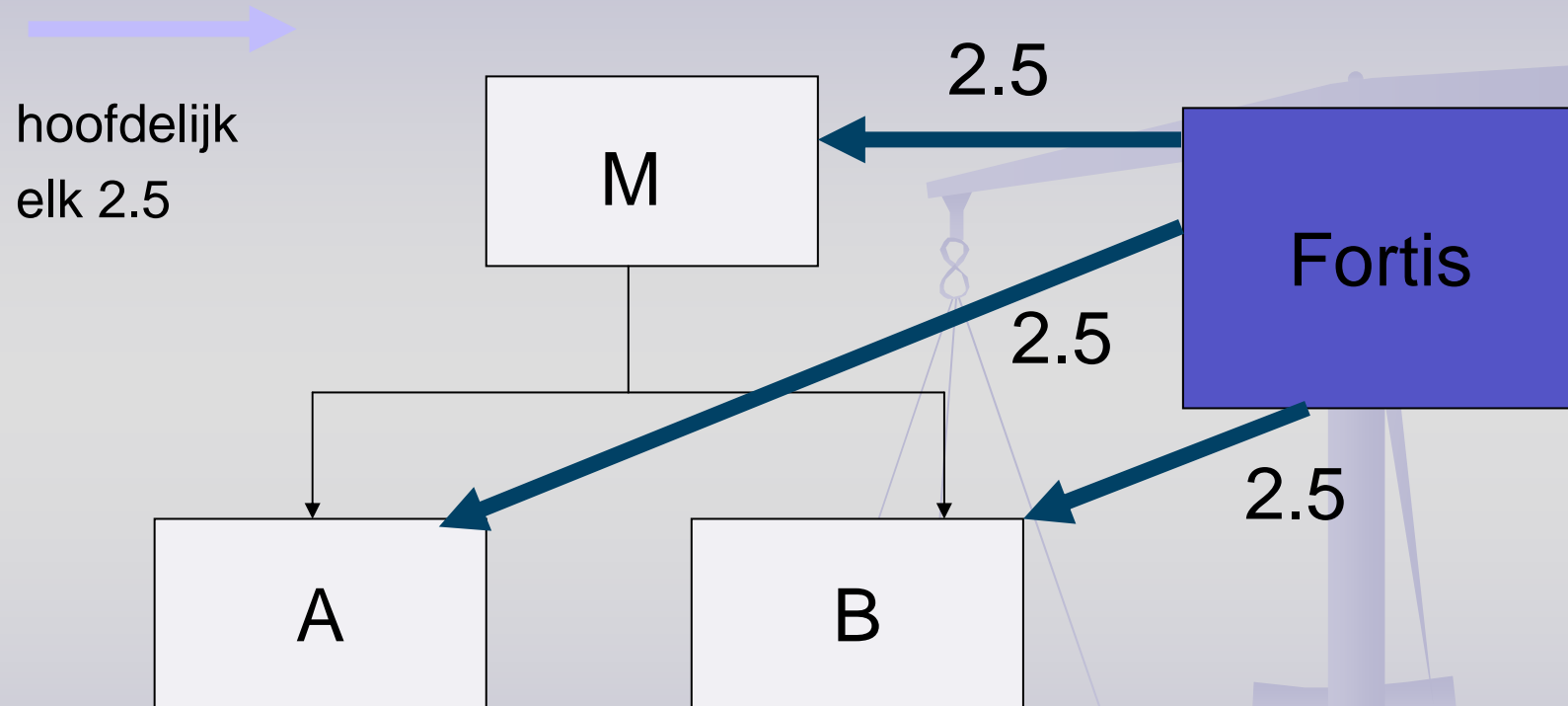
- Kroymans case: ieder voordeel heb zijn nadeel (Johan Cruijf):



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

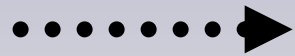
Overwaarde arrangement (I)



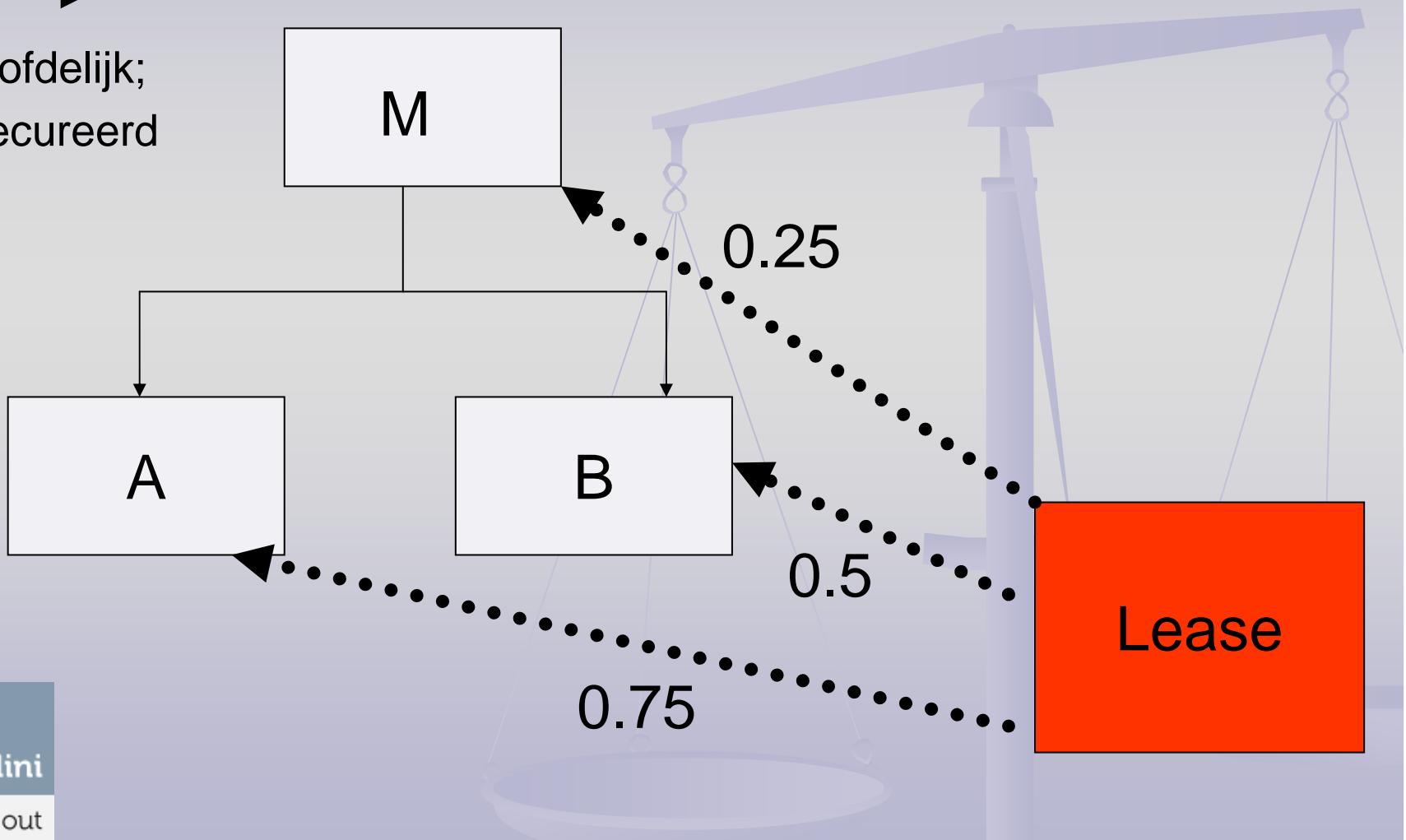
Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Overwaarde arrangement (II)



niet hoofdelijk;
ongesecureerd



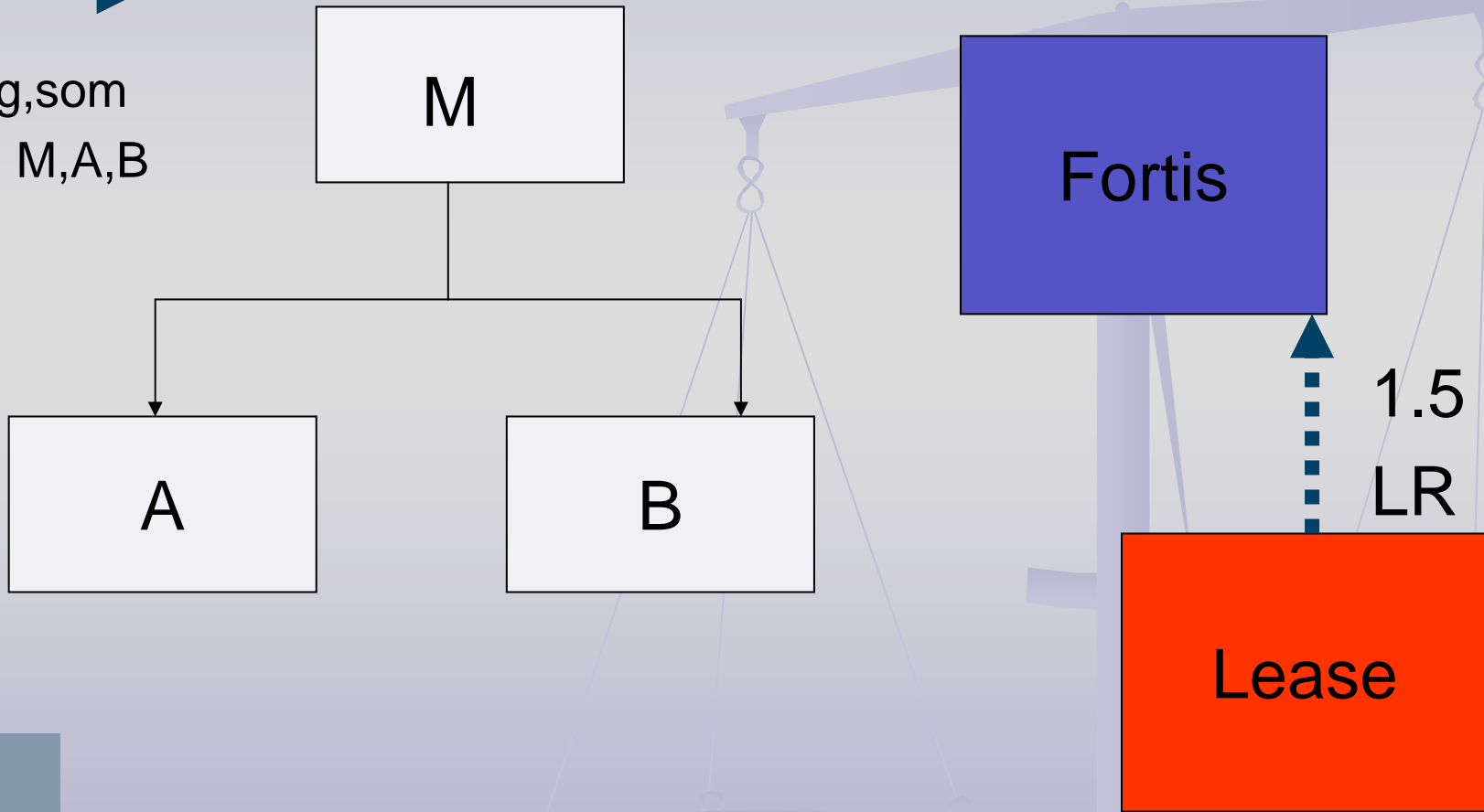
Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Overwaarde arrangementement (III)



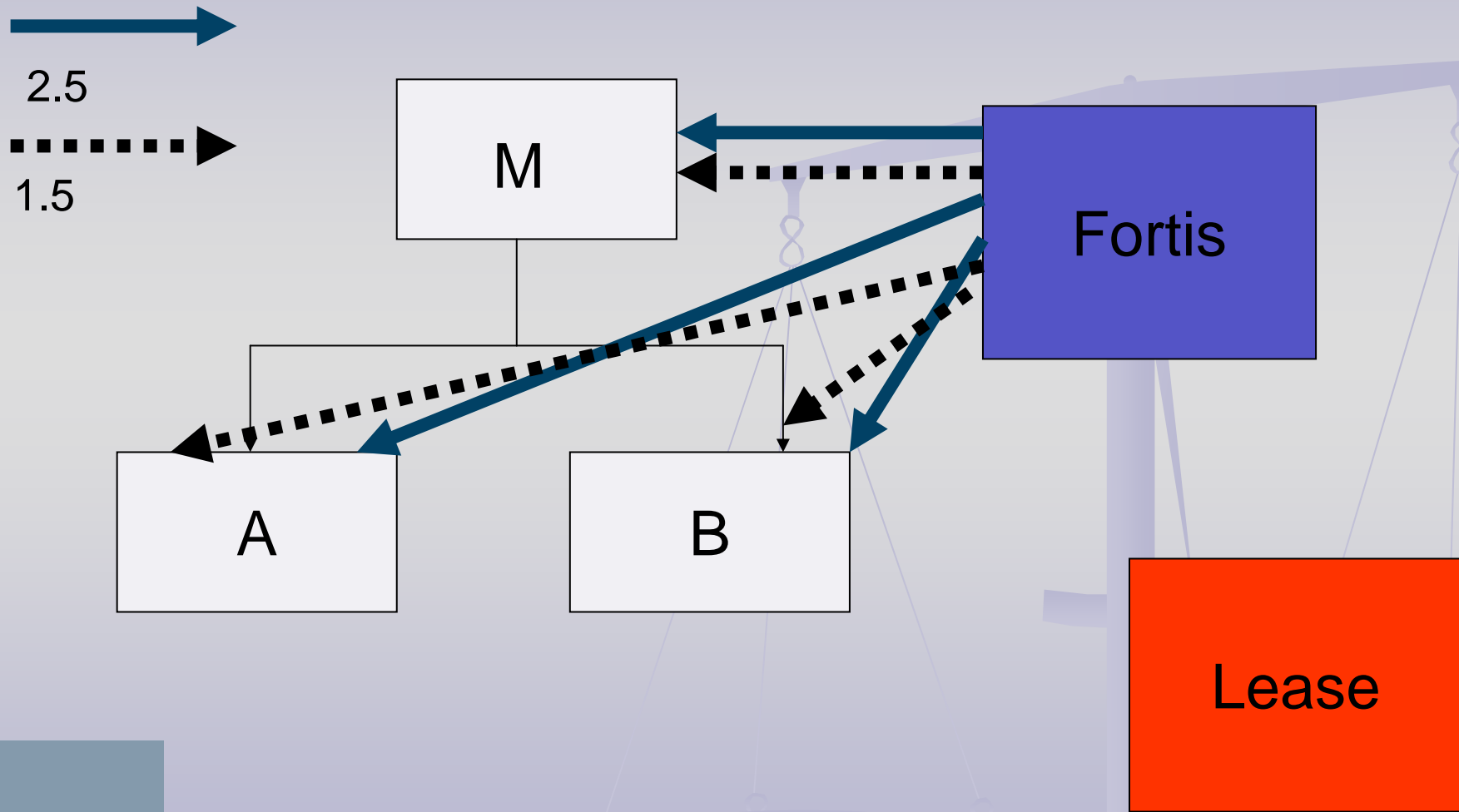
borg, som
van M,A,B



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Overwaarde arrangement (IV)



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

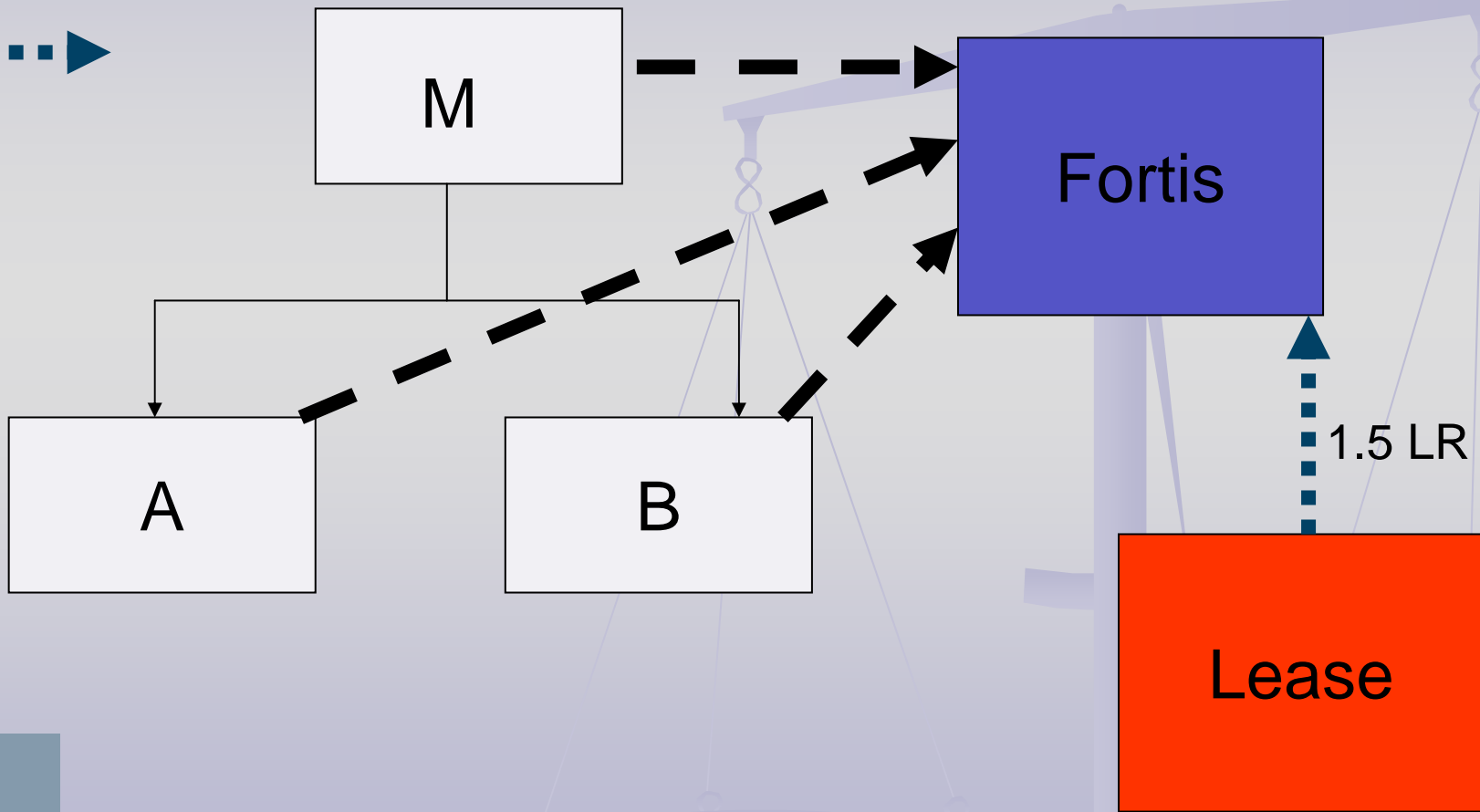
Overwaarde arrangement (V)

- gevolgen zogenaamde Overwaarde-arrangementen:
 - Rb Den Bosch 11 januari 2001, JOR 2001, 73, vernietigd door Hof Den Bosch 19 november 2002, JOR 2003, 45
 - Hof Adam 4 januari 2001, JOR 2001, 72
 - HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618
- Vraag: werkt dat wel na faillissement van M/A/B?
- Oplossing M/A/B moeten instemmen met borgstelling Fortis aan Lease

Overwaarde arrangement (VI)

— — — — —>
instemming

.....>
borg



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Overgang zekerheden

- afhankelijke rechten (art. 3:7 BW)
- nevenrechten (art. 6:142 BW)
- afhankelijke rechten volgen bij overgang van het vorderingsrecht het vorderingsrecht waaraan ze verbonden zijn (art. 3:82 BW)

Soorten zekerheidsrechten en overgang

- vaste hypotheek volgt vordering (cessie, subrogatie of algemene titel van vordering)
- krediethypotheek volgt krediet (contractoverneming of algemene titel)
- bankhypotheek volgt bankrelatie (beëindiging bankrelatie)
- bron literatuur n.a.v. HR 16 september 1989, NJ 1989, 10 FGH / De Onderdrecht (Balkema arrest)

Praktische problemen bij overgang

- bij verkoop van vordering zonder contractsovername of zonder beëindiging bankrelatie wordt een door een krediethypothek/bankhypothek geseceureerde vordering een ongesecureerde vordering
- toepassingen: securitisatie, overname (deel van een) vaste lening, partiële contractsovername (of cessie gecombineerd met schuldovername) in verband met overname aandeel financiering in syndicaatslening
- noodoplossing: opnieuw zekerheden vestigen, maar medewerking debiteur vereist, maar ieder nadeel heb zijn voordeel, the external lawyers community takes its additional piece of the cake

Borgtochtoplossing

- houder van bankzekerheidsrechten geeft borgtocht af aan verkrijger van de vorderingen

Probleem:

- kasrondje, borg moet eerst betalen alvorens hij zekerheden kan uitwinnen
- en: (gering) risico van faillissement zekerheidsgever

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Alternatief voor oude leer?

- Balkema arrest beslissende rechtsoverweging:
- “de vraag of de omschrijving van de bestaande en toekomstige vorderingen waarvoor een hypotheek tot zekerheid zal strekken, meebrengt dat de hypotheek – in weerwil van de hoofdregel dat zij als afhankelijk recht mee overgaat met de vordering waaraan zij is verbonden – uitsluitend en dus ook in geval van cessie toekomt aan degene ten behoeve van wie zij is gevestigd, is in beginsel een kwestie van uitleg van die omschrijving, zoals zij in de hypotheekakte is opgenomen.”

Nieuwe tweedeling

- bij vestiging van pand- of hypotheekrecht is al dan niet uitdrukkelijk bepaald dat pand- of hypotheekrecht strikt persoonlijk is en niet voor overgang vatbaar recht is;
- als strikt persoonlijk, nooit over, als dat niet is bepaald: wel overgang
- voorbeelden in literatuur: Verhagen, Rongen en Kortmann, tap en L. Timmerman Bankhypotheek en Afhankelijkheid in Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, ook Van Mierlo in advies aan NVB en recentelijk Faber voor Clifford; anders en meer kritisch Freshfields

Toepassing van de regel (i)

- De overdracht door levering (cessie) van een (deel van de) vordering die gedekt is door een krediethypotheek of bankhypotheek (zonder dat de bestaande kredietrelatie wordt beëindigd) heeft tot gevolg dat (een deel van) het zekerheidsrecht mee overgaat naar de verkrijger van de en wel aldus dat er een gemeenschappelijk zekerheidsrecht ontstaat.
- Dit geldt ook indien de overgang van de vordering niet plaatsvindt door middel van cessie maar door middel van subrogatie of wanneer de vordering niet onder bijzondere titel maar onder algemene titel overgaat.

Toepassing van de regel (ii)

- Wordt de kredietovereenkomst (partieel) door contractsoverneming overgedragen, dan kan de verkrijger de vorderingen die hij in de toekomst verkrijgt uit hoofde van de (partieel) overgedragen kredietovereenkomst onder de krediethypotheek verhalen.
- Bij overdracht onder algemene titel treedt bij een krediethypotheek de verkrijger in de kredietovereenkomst tot zekerheid waarvan de krediethypotheek is gevestigd (inclusief de bestaande vorderingen van de voorganger) en kan de verkrijger alle vorderingen die uit hoofde van de krediethypotheek (ook die eerst na de overgang ontstaan), verhalen onder de krediethypotheek.

Toepassing van de regel (iii)

- Bij de overgang onder algemene titel van een bankhypotheek treedt de verkrijger in de rechtsverhouding van zijn voorganger die – kort gezegd – inhield dat de hypotheek strekte tot zekerheid van al hetgeen de voorganger uit welke hoofde dan ook zou verkrijgen op de hypotheekgever. Die rechtsverhouding gaat over op de verkrijger en daarmee krijgt de verkrijger tevens de mogelijkheid om de vorderingen die ontstaan uit nieuwe overeenkomsten met de hypotheekgever te verhalen onder de hypotheek (pas op: twijfelachtig, waarschijnlijk verstandiger: opnieuw vestigen)

Andere zekerheidsgerechtigde (i)

- tot voor kort: scheiding onmogelijk, niet in de wet voorzien:
 - Van Mierlo, Polak, Verstrekking van zekerheden aan internationale syndicaten, 1998, p. 34
 - Meesters, Vertrouwd met de Trust, p. 400
- sommige recente schrijvers, geen probleem:
 - Rongen, Verhagen en Kortmann WPNR 6459 en 6460; en
 - W. Snijders in bundel Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht (mijn andere held)

Andere zekerheidsgerechtigde (ii)

- Praktijk: constructies om zekerheidsdrager toch crediteur te laten zijn:
 - borgtocht
 - actieve hoofdelijkheid
 - parallel debt
- vgl. voor fraai overzicht: Rongen, Verhagen en Kortmann WPNR 6459 en 6460

Andere zekerheidsgerechtigde (iii)



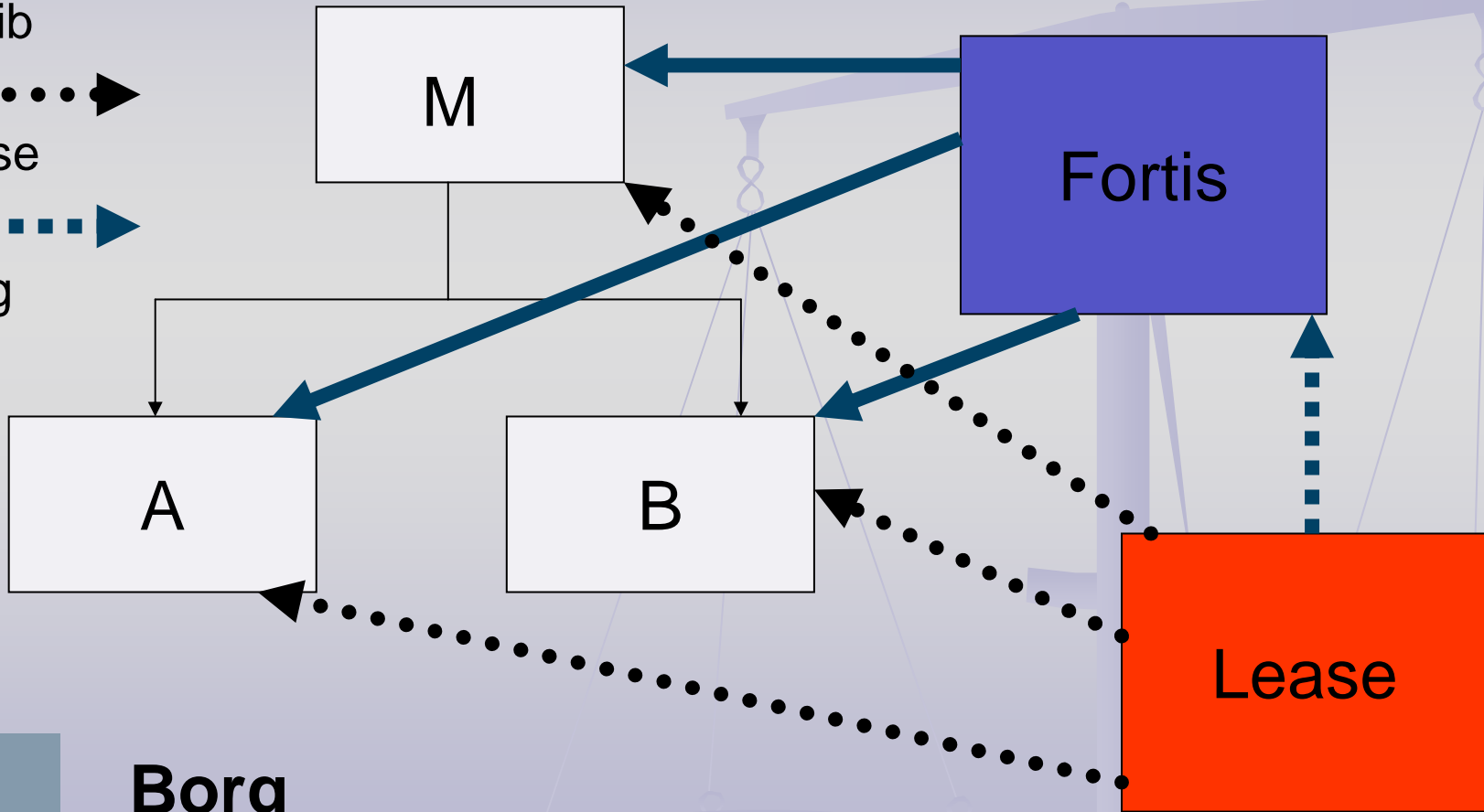
Fornib



Lease



Borg



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Borg

Andere zekerheidsgerechtigde (iv)

- syndicaat met drie leden:
 - Fortis (agent) 40%
 - Member 1 35%
 - Member 2 25%
- stel financiering is 100, hoofdelijke aansprakelijkheid M, A en B



Legal Houdini

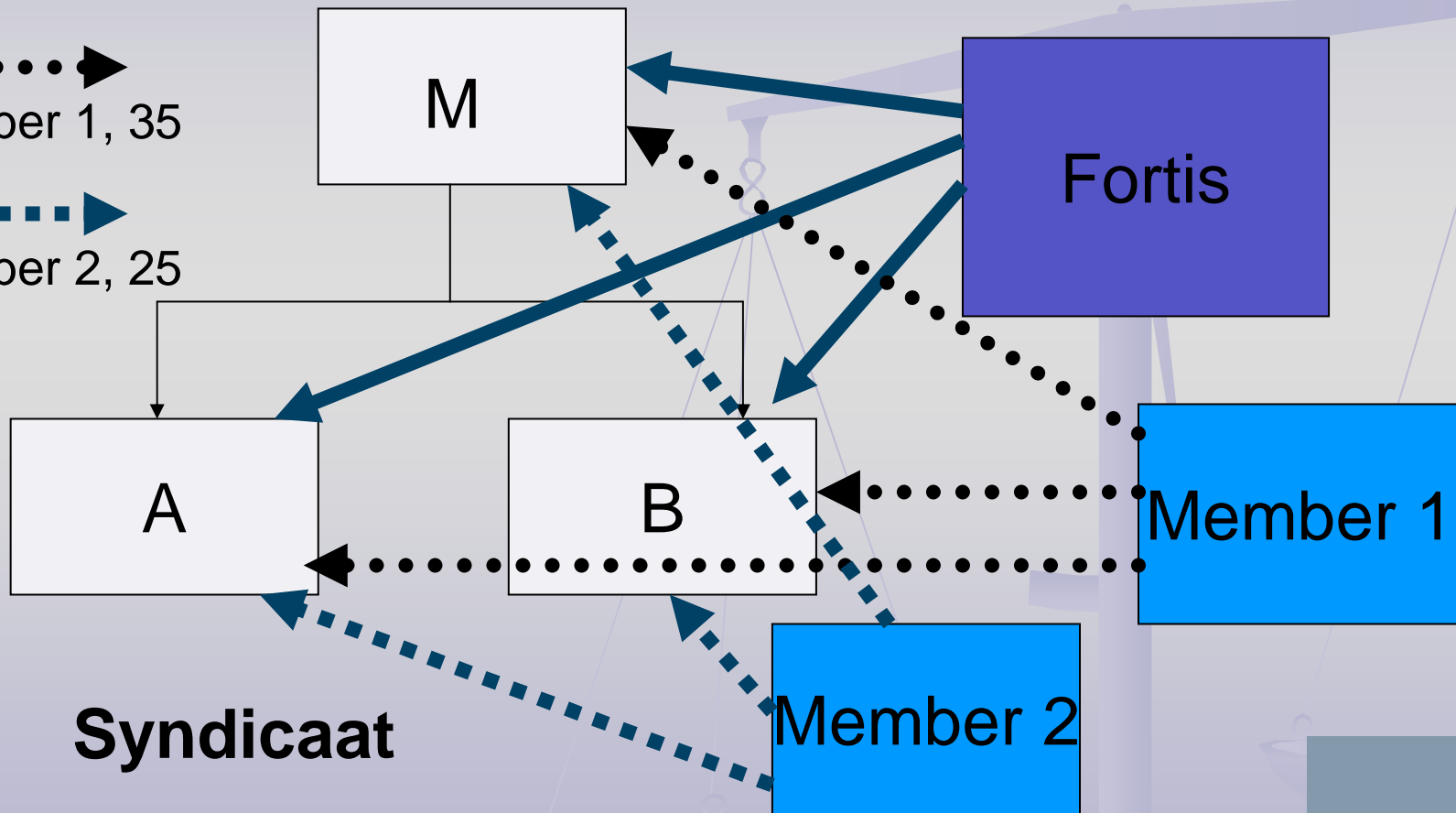
To straighten out
the legal hitch

Andere zekerheidsgerechtigde (v)

→ Fortis, 40

..... Member 1, 35

- - - - Member 2, 25



Legal Houdini

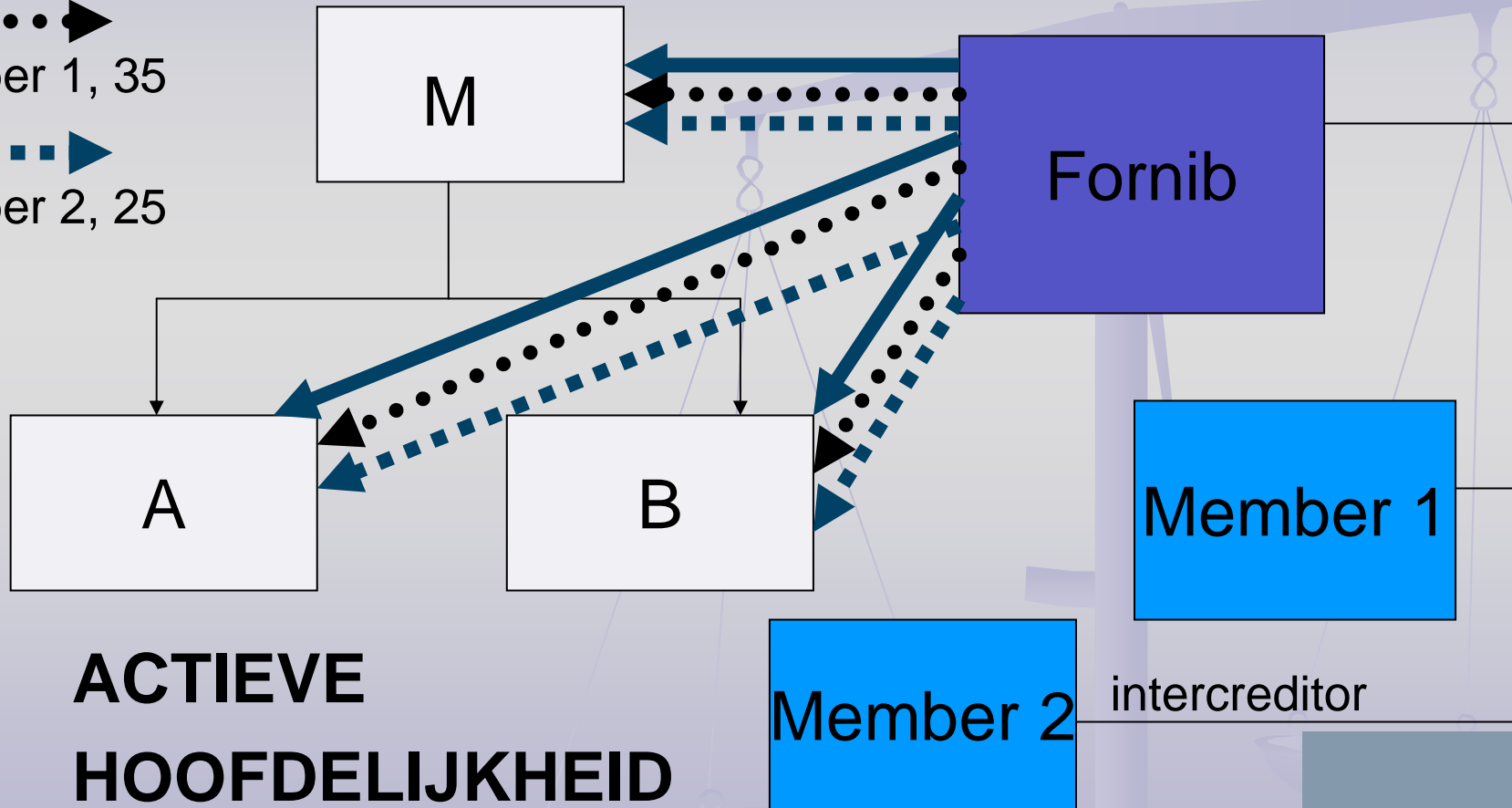
To straighten out the legal hitch

Andere zekerheidsgerechtigde (vi)

—————▶
Fornib, 40

.....▶
Member 1, 35

- - - - -▶
Member 2, 25

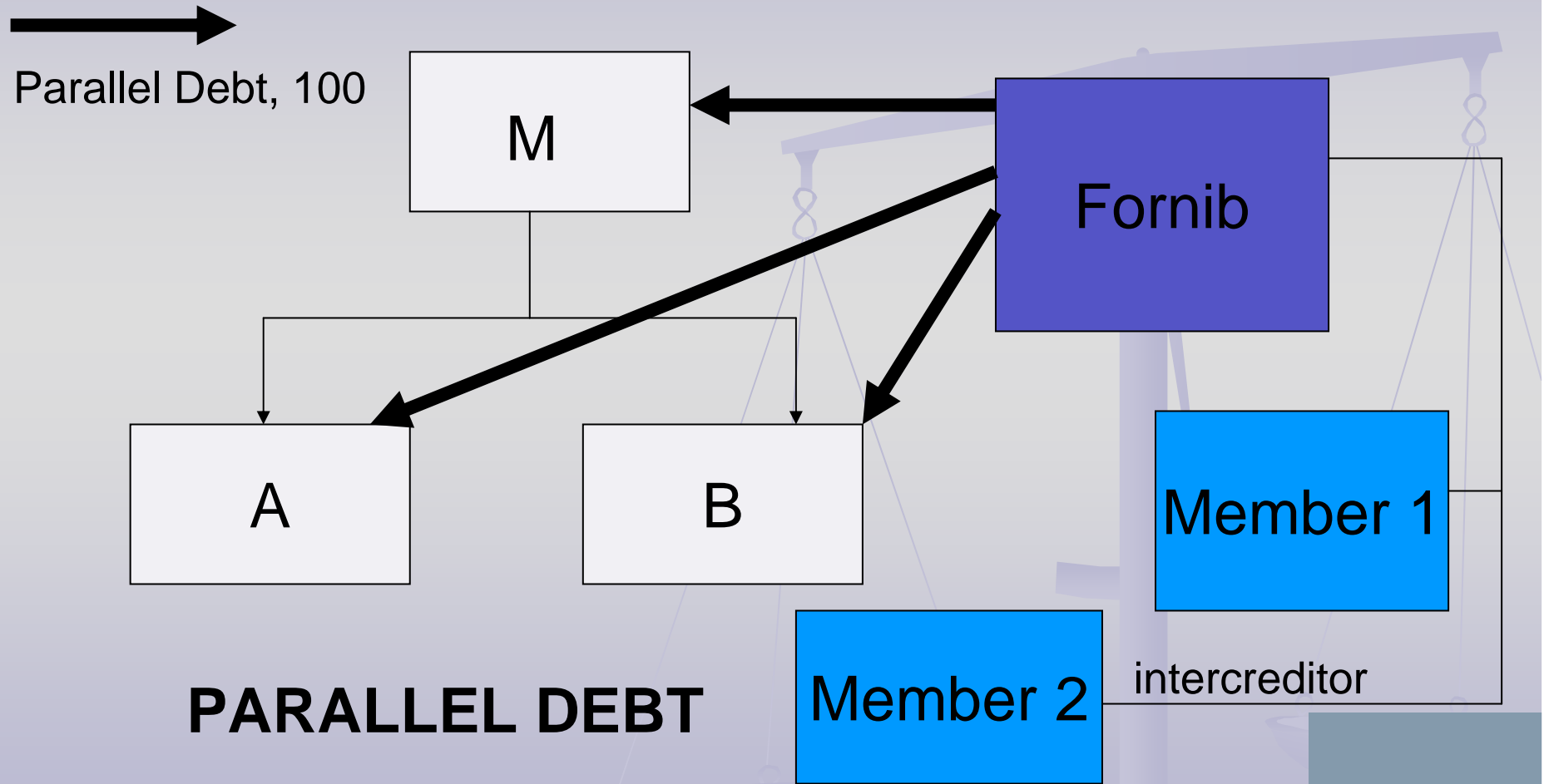


**ACTIEVE
HOOFDELIJKHEID**

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Andere zekerheidsgerechtigde (vii)



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Gesyndiceerde leningen

- security agent, een lid syndicaat krijgt (met toepassing van parallel debt) alle zekerheden, bij in en uittreden van alle syndicaatsleden met uitzondering van de agent, geen overgang zekerheidsrechten
- probleem: faillissementsrisico Security Agent
- oplossing verpanding parallel debt of;
- (als ook materieel vervanging van de Security Agent mogelijk te maken): Stichting Security Trustee als drager van de zekerheden, benoeming en ontslag leden van het bestuur van de Stichting via Majority Lenders

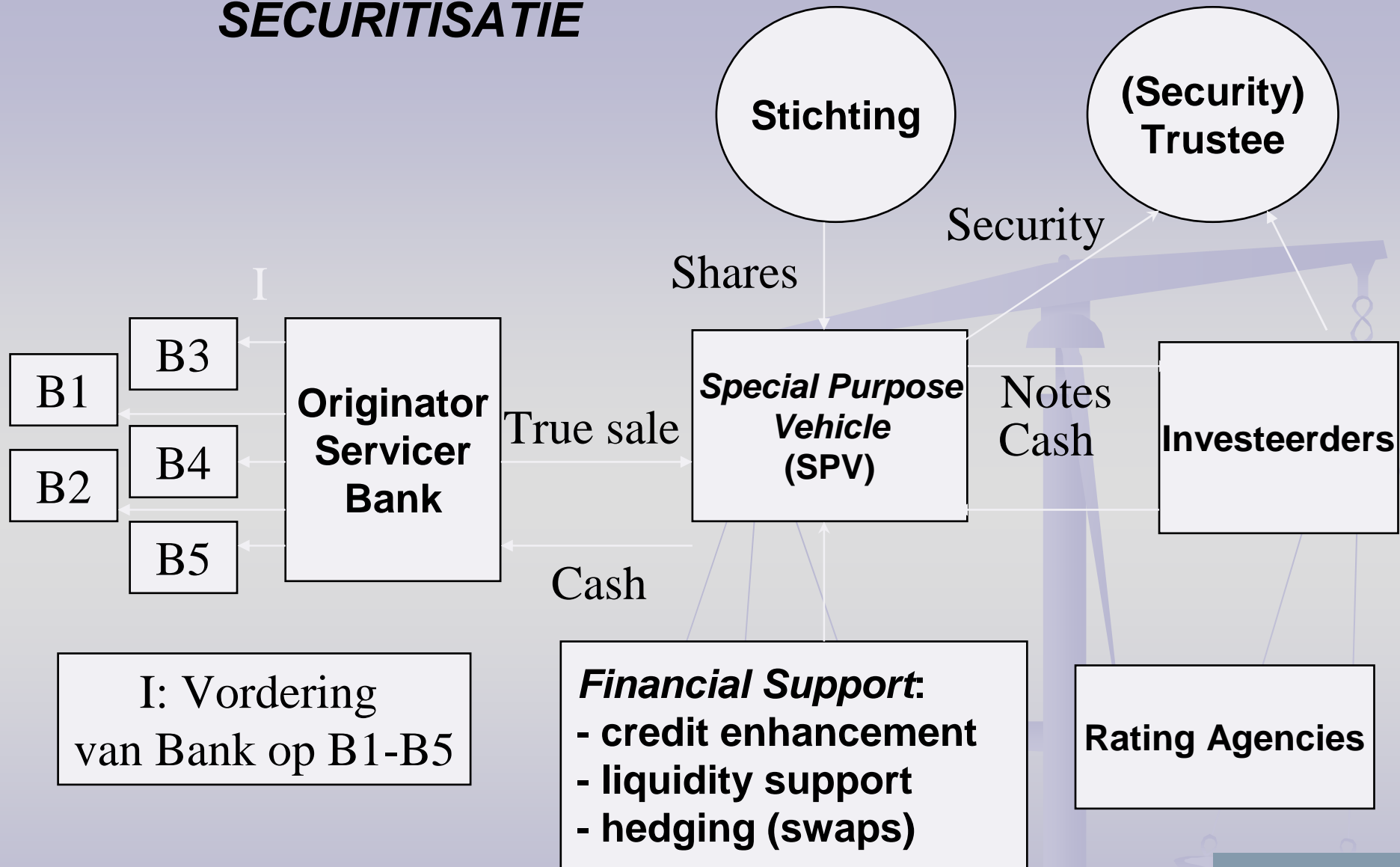
Antwoorden op huiswerkvragen



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

SECURITISATIE



Legal Houdini

To straighten out the legal hitch

Uitwerking securitisatie (i)

- op closing worden gesecuritiseerde vorderingen door Seller economisch overgedragen aan een SPV (true sale)
- effectuering van juridische overdracht wordt (in verband met commerciële onwenselijkheid mededeling aan debiteur) uitgesteld
- indien juridische overdracht niet slaagt, verbeurt Seller een boete aan SPV
- tot zekerheid voor nakoming van de betalingsverplichting uit hoofde van die boete wordt pandrecht gevestigd op gesecuritiseerde vorderingen

Uitwerking securitisatie (ii)

- pandrecht strekt niet alleen tot zekerheid van boete, maar ook tot zekerheid voor de verplichting van Seller om schadevergoeding te betalen indien de levering van de gesecuritiseerde vorderingen niet slaagt.
- Sinds mogelijkheid van stille cessie: Issuer wordt juridisch gerechtigde door stille cessie en vestigt pandrecht op vorderingen ten behoeven van Security Trustee.

Uitwerking securitisatie (ii)

- Security Trustee geeft borgtocht af Noteholders, staat borg voor verplichting SPV (op limited recourse basis)
- SPV geeft Security Trustee zekerheden voor regresvordering terzake hetgeen Security Trustee onder Borg heeft uitbetaald
- nieuwe structuur: SPV erkent zich bij wege van parallel debt schuldig aan Security Trustee al hetgeen SPV schuldig is aan Noteholders en geeft zekerheid voor de parallel debt

Securitisatie en overgang zekerheid (i)

- afstand van deel van het pand- of hypotheekrecht
- maar: medewerking van pand- hypotheekgever vereist
 - art. 3: 98 BW, tenzij wet anders bepaalt, vindt al hetgeen voor vestiging van beperkt recht is bepaald, van overeenkomstige toepassing op afstand van beperkt recht
 - art. 3: 259 lid 2 BW, afstand pandrecht bij enkele overeenkomst

Securitisatie en overgang zekerheid (ii)

- beter: gedeeltelijke opzegging , art. 3:81 lid 2 (d) BW
- bevoegdheid moet daartoe wel zijn toegekend bij vestiging
- wat als gedeeltelijke opzegging niet is geregeld?
- nadeel opzegging: verhogingen en heropnames zijn niet meer mogelijk.

Vragen

- Nogmaals: Domme vragen bestaan niet, maar er zijn soms geen duidelijke antwoorden
- jtjol@legalhoudini.nl
- www.legalhoudini.nl

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch