

NEDERLANDS RECHT EN STRUCTURED FINANCE

**“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**

**“Je bent een echte jurist: wat je zegt, is allemaal
waar, maar ik heb er niets aan.”
Kees Visser, 1999**

Legal Houdini
Academy

Understanding
Legal Hocus Pocus

**2010
Johan Jol**

Engagement Rules

- You can send a boy to college but you can't make him think (**Tommy Dewar**, Scottish Whisky Distiller and Philosopher).
- Minds are like parachutes; they only work when open (**Tommy Dewar**, Scottish Whisky Distiller and Philosopher).
- 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).

Ochtend Programma

- Economische versus juridische gerechtigdheid
- Begrippenkader: Goed: zaak en vermogensrechten
- Eigendom en vorderingsrecht
- Verhaalsmogelijkheden
- Verrekening

Middag Programma

- Zekerheidsrechten: pandrecht, hypotheekrecht en retentierecht
- Faillissement en crediteuren
- Tot zekerheid waarvan
- Vaste-, Krediet- en Bankhypotheek
- Gevolgen overdracht/overgang vorderingen
- Andere zekerheidsgerechtigde
- Securitatie

Goed: Zaak en Vermogensrechten

- Het juridische vermogen van iemand is de som van al zijn goederen
- Goederen zijn zaken en vermogensrechten (art. 3:1 BW)
- Zaken zijn voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijke objecten (art 3:2 BW), die roerend of onroerend kunnen zijn (art. 3:3 BW)
- Vermogensrechten zijn doorgaans overdraagbaar (art. 3:6 BW)
- Het economisch vermogen is niet gelijk aan het juridisch vermogen?

Economische versus juridische gerechtigdheid

- Onoverdraagbare rechten zijn geen vermogensrechten doch kunnen wel een economische waarde vertegenwoordigen (goodwill, domeinnaam)
- De juridisch eigenaar hoeft niet de economisch eigenaar te zijn.
- Zie over economische eigendom: HR 3 november 2006, NJ 2007, 155 Nebula:
 - Curator / Juridisch eigenaar van onroerend goed is niet gebonden aan na faillissementsdatum gemaakte afspraak gemaakt door economisch eigenaar inzake gebruik van onroerene zaak door derde

Economische versus juridische gerechtigdheid

- De bewaarder van activa voor deelnemers in een fonds
- De juridisch gerechtigde van economische overgedragen vorderingen
- De gevolgen van een total return swap en/of een portfolio derivative contract
- De aandeelhouder versus de houder van een put en/of call optie

Eigendom versus Vorderingsrecht

- Eigendom is een recht op een zaak, een absoluut recht, heeft als zodanig een exclusief karakter en heeft droit de suite
- Vorderingsrecht is relatief recht, uit te oefenen tegen een persoon
- Een beperkt recht is een absoluut recht (art. 3:8 BW), heeft exclusief karakter en droit de suite
- Beperkte rechten kunnen gebruiksrechten en zekerheidsrechten zijn

Faillissementsproof

- Eigendom en beperkte rechten zijn door hun absolute karakter faillissementsproof, dat wil zeggen ook tegen de curator in het faillissement in te roepen.
- Een vorderingsrecht als zodanig niet.
- Dus: een ieder die (uitsluitend) een vorderingsrecht heeft op een derde: Mitigeer het kredietrisico op die derde door het vorderingsrecht op een derde te versterken door een zekerheidsrecht op een vermogensrecht toebehorend aan de derde (pand of hypotheek)
- Alternatief: zorg ervoor dat er sprake is van een afgescheiden vermogen (VOF/CV) dan wel een separate juridische entiteit die faillissementsproof is.

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)

Verrekening

- **Inleiding:**
 - Wat is verrekening?
 - Functies van verrekening
 - Hoe verreken je?
 - Gevolgen van verrekening
 - Wettelijke versus contractuele verrekening
- **Te onderscheiden gevallen:**
 - Verrekening buiten faillissement
 - Verrekening in en vlak voor faillissement

Wat is verrekening

- **Definitie:** Faber, proefschrift, p. 1:
 - Het met gesloten beurzen tegen elkaar doen wegvallen van vorderingen en schulden van twee (of meer) partijen
- **Onderscheid verrekening versus berekening**
 - Vb van berekening:
 - Debiteren van een bankrekening met een creditsaldo
 - Storneren van een girale betaling
 - Het nemen van verhaal op goederen

Functies van verrekening

- Betalingsfunctie
- Zekerheidsfunctie



Hoe verrekenen je?

- Vereist is een **verrekeningsverklaring**, zie art. 6:127 BW
- **Eenzijdig gerichte rechtshandeling** gericht aan degene die schuldeiser is van de vordering waarmee je jouw schuld wil verrekenen
- **Geen verklaring** nodig indien er sprake is van een **rekening courant overeenkomst**, zie art. 6:140 BW dan vindt verrekening van rechtswege plaats

Gevolgen van verrekening

- Werkt terug tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan
- Eventueel verzuim is dus gezuiverd
- Tenzij: opeisbare rente is betaald over openstaande vordering, dan terugwerkende kracht tot laatste termijn waarover rente is voldaan.

Gevolgen van verrekening

- A heeft vordering op B, als niet tijdig betaald rente verschuldigd 5%
- B heeft vordering op A, als niet tijdig betaald rente verschuldigd 3%
- A kan rentevordering op B veilig stellen door zelf 3% te betalen
- Maar loopt dan kredietrisico op B

Gevolgen van verrekening

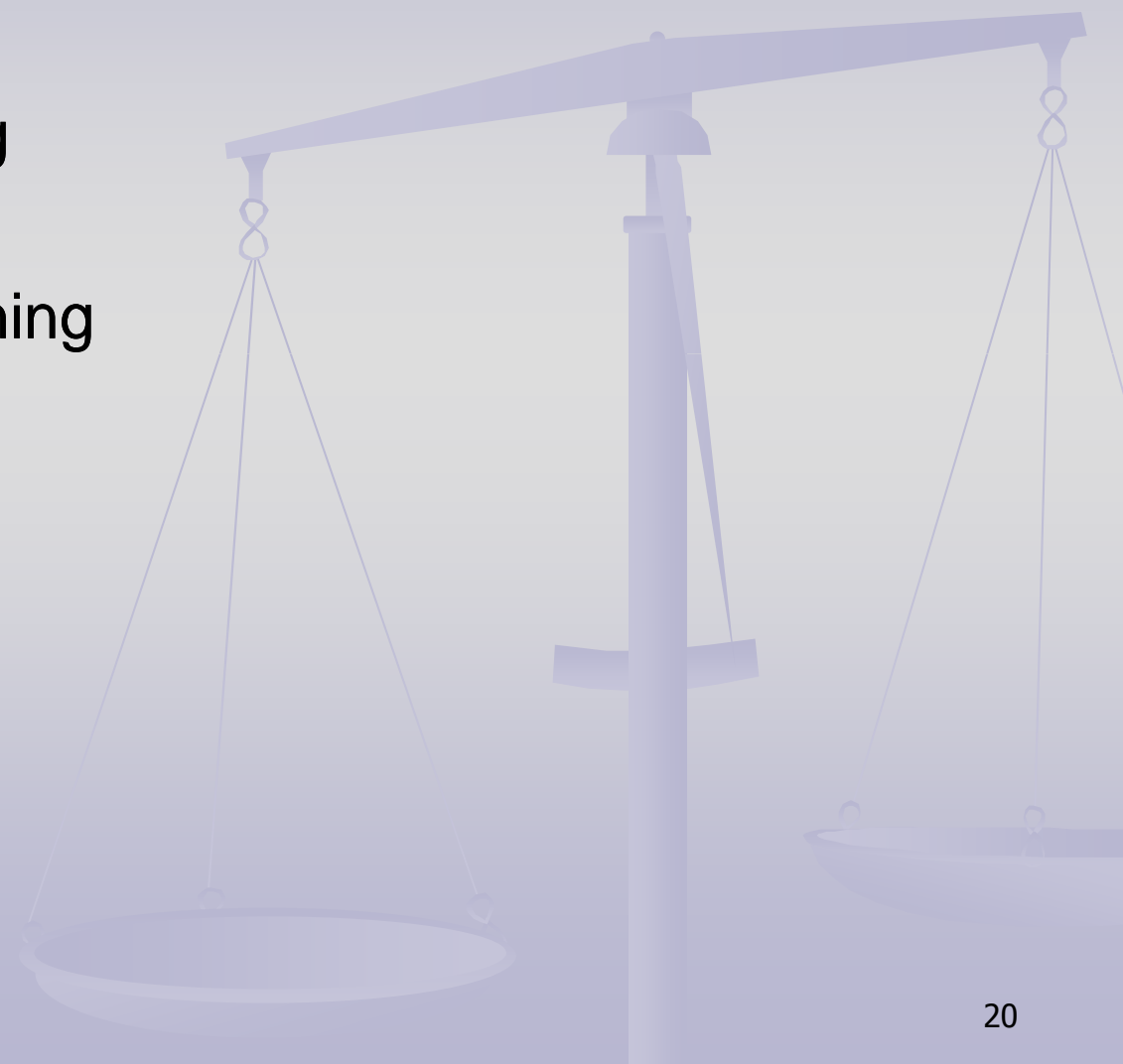
- A moet B \$ 10.000 betalen (vlgs art. 6:121 BW ook tegenwaarde in Euros). B heeft een schuld van Euro 7.500 aan A. A mag op 1 januari verrekenen doch verrekent op 1 juli
- Welke koers?
- Koers waartegen valuta's verrekend worden is de koers op de dag van verrekening, art. 6:129 lid 3 BW

Gevolgen van verrekening

- Welke vordering en schuld, imputatieregeling, keuzevrijheid
- Als geen keuze: art. 6:137 lid 1 BW verwijst naar art. 6:43 lid 2 en art. 6:44 lid 1 BW
- Volgorde: meest bezwarende, de oudste en vervolgens kosten, rente en hoofdsom

Soorten verrekening

- Wettelijke verrekening
- Contractuele verrekening



Verrekening buiten faillissement

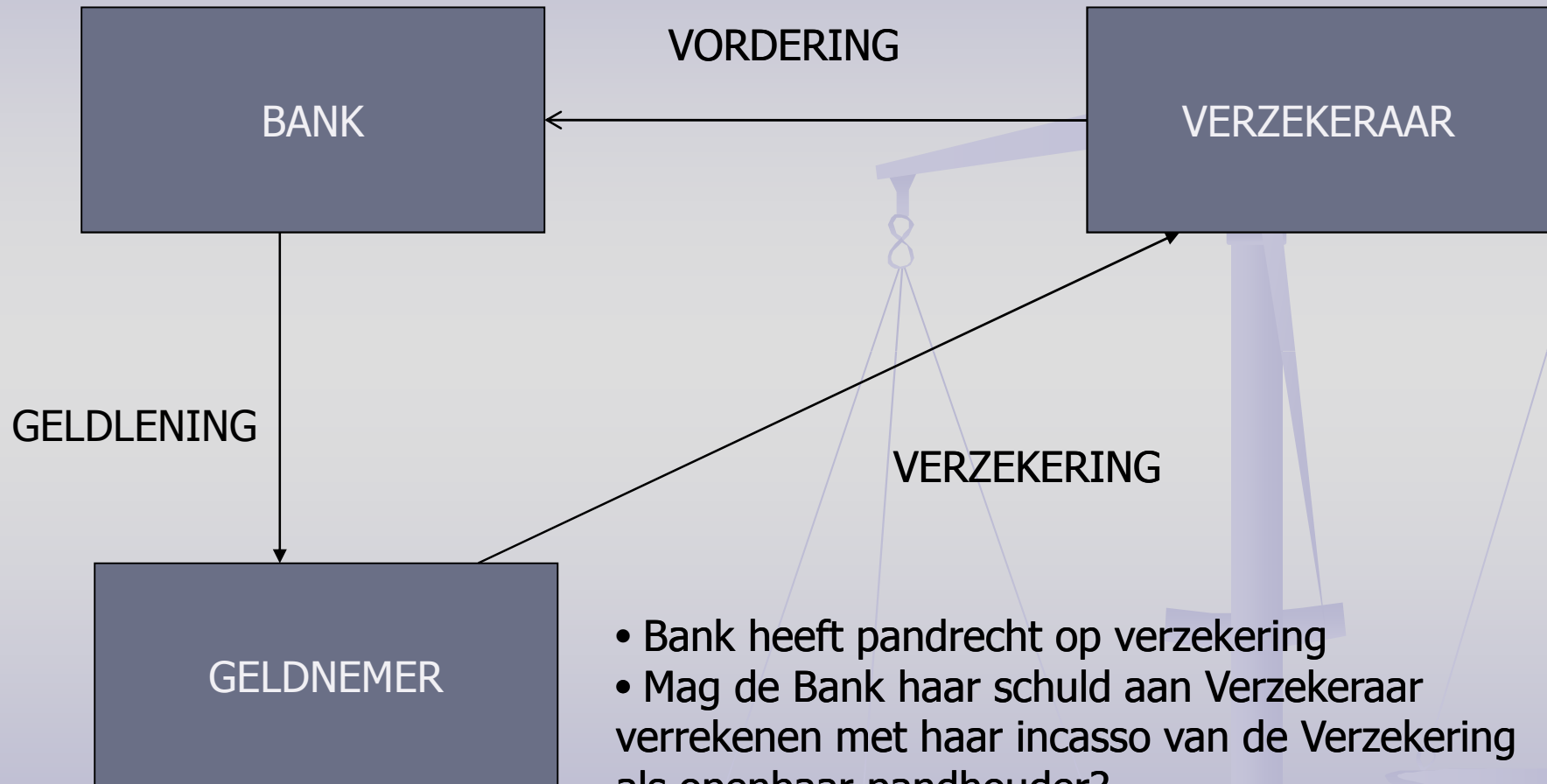
De vereisten van verrekening, art.6:127 BW:

- **Wederkerigheid**, over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar
- **Gelijksoortigheid**, prestatie te vorderen beantwoordt aan schuld
- Bevoegd tot betaling van de schuld
- Bevoegd tot afdwingen van betaling van vordering
- Vordering en schuld **niet** in van elkaar **gescheiden vermogens**

Wederkerigheid



Wederkerigheid



- Bank heeft pandrecht op verzekering
- Mag de Bank haar schuld aan Verzekeraar verrekenen met haar incasso van de Verzekering als openbaar pandhouder?
- Mag de geldnemer zijn schuld aan de bank verrekenen met vordering op de verzekeraar?

Meer partijen betrokkenheid



- Kan Koper Jans betalingen opschorten onder financiering omdat geleverde auto niet voldeed?
- In casu werd aankoop gefinancierd door Fiat Credit in de vorm van huurkoop
- HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (Jans /FCN) en HR 14 januari 2000, NJ 2000, 307 (Arenda)

Gelijksoortigheid

- Voorbeelden:
 - Geldschuld in dezelfde valuta
 - Andere soortgoederen

(Contractuele) beperken

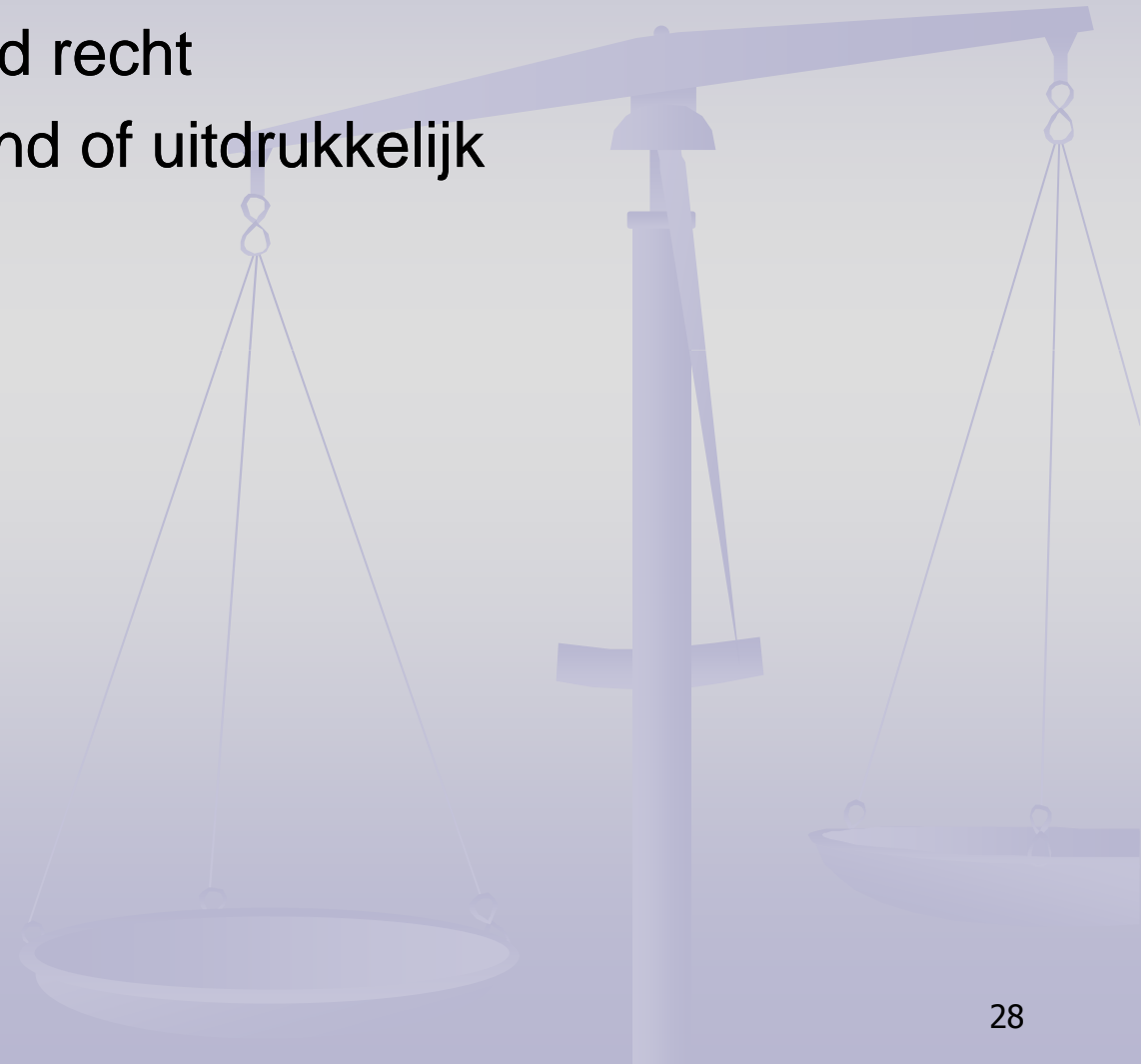
- Wettelijke verrekeningsverboden
- Verrekening kan contractueel worden beperkt of uitgesloten
- Beroep op verrekening kan in strijd met redelijkheid en billijkheid zijn (art. 6: 2 lid 2 BW of art. 6: 248 lid 2 BW)
- Beroep op verrekening kan misbruik van bevoegdheid opleveren (art. 3:13 BW)

(Contractuele) uitbreiden

- Beroep op onmogelijkheid van wettelijke verrekening kan in strijd met redelijkheid en billijkheid zijn (art. 6: 2 lid 2 BW of art. 6: 248 lid 2 BW)(uitleg wat redelijk en billijk is, zie art. 3:12 BW)
- Beroep op onmogelijkheid van verrekening kan misbruik van bevoegdheid opleveren (art. 3:13 BW)

(Contractuele) uitbreiden

- Afd 6.1.12 is regelend recht
- Uitbreiding stilzwijgend of uitdrukkelijk



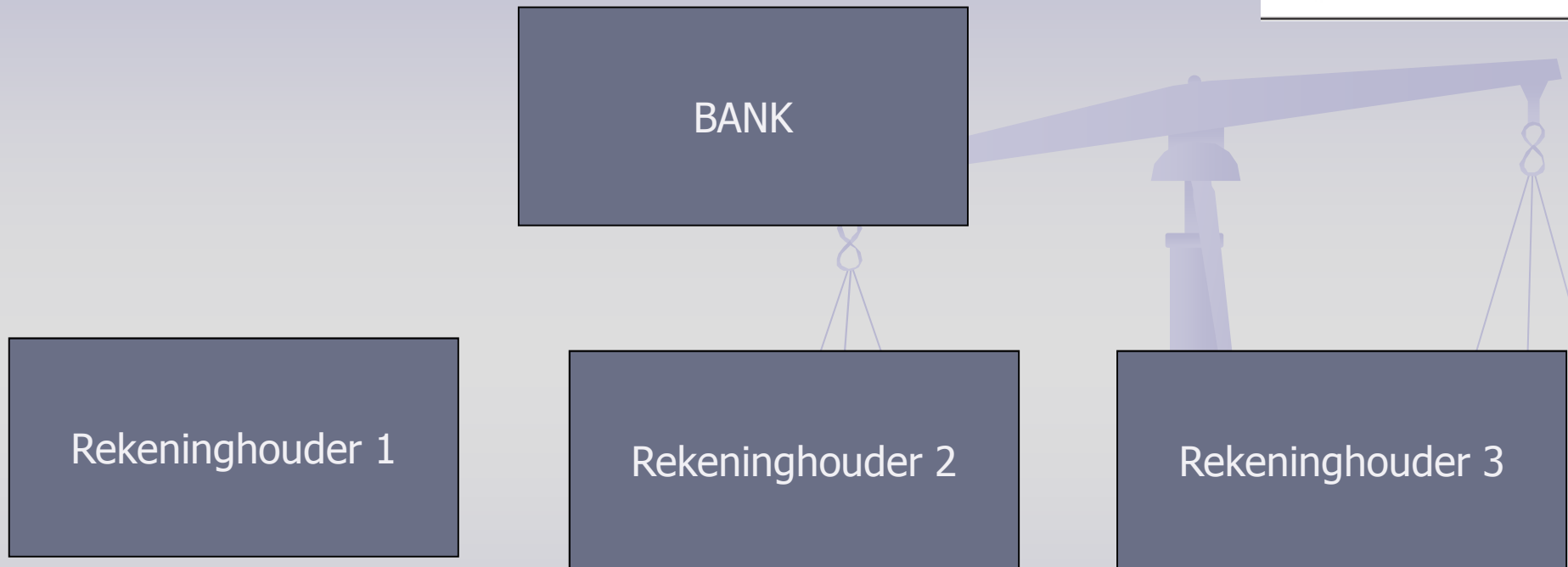
Artikel 25 Algemene Bankvoorwaarden (oud 19)

- Contractuele uitbreiding van bevoegdheid bank te verrekenen
- Ook niet opeisbare tegenvordering
- Ook andere valuta
- Bevoegdheid klant te verrekenen wordt in overeenkomsten beperkt

(Contractuele) uitbreiden

- Elk materieel vereiste kan worden afgeweken
- Netting
- Vgl. de rente en saldo compensatieovereenkomsten van banken

Wederkerigheid

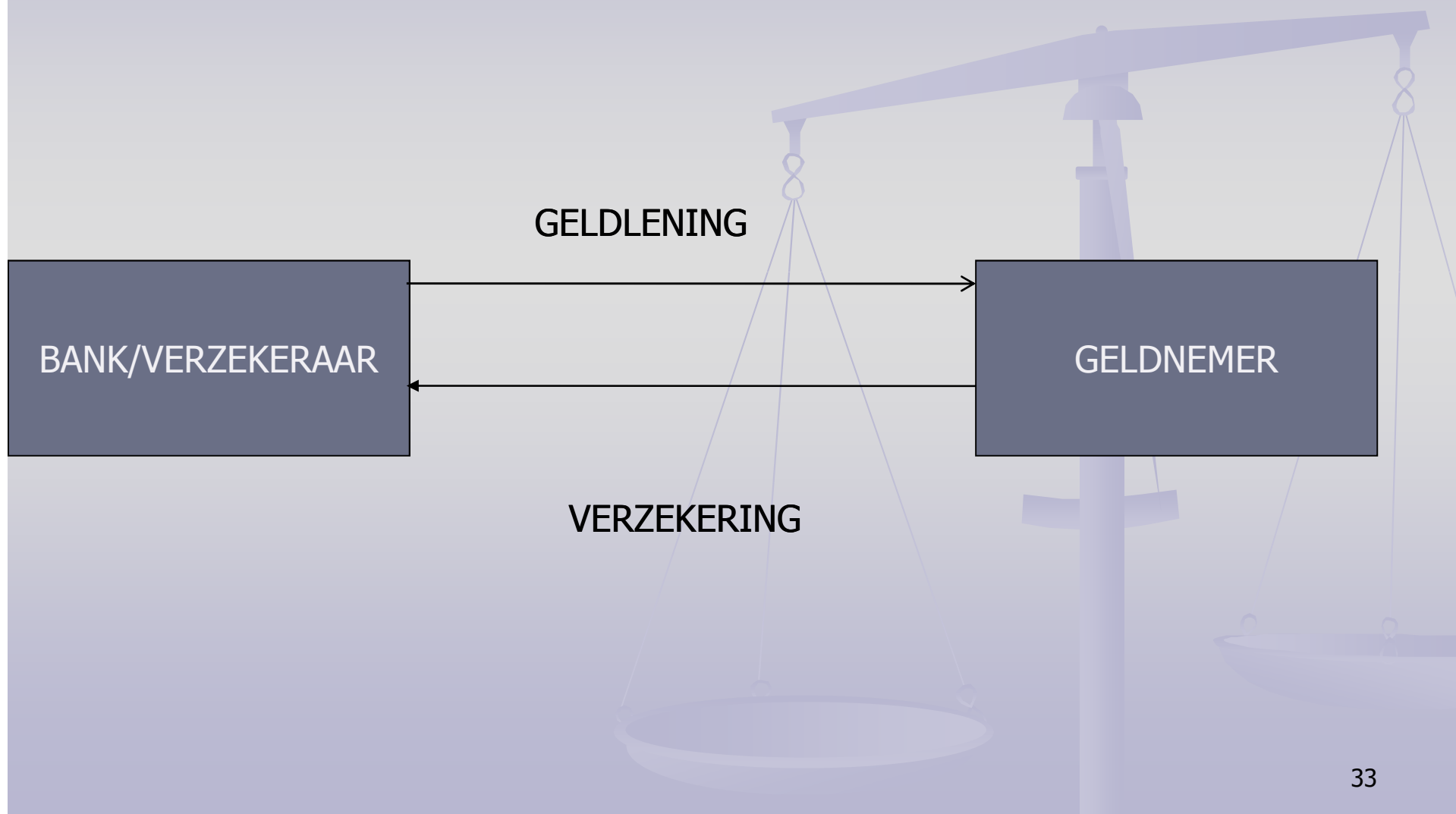


Rente versus Saldo compensatie: Bank mag haar schuld aan ene Rekeninghouder verrekenen met Vordering op een of meer van de andere
Vaak: Gecombineerd met Hoofdelijkheid, dan is wederkerigheid weer hersteld, en dus – in eigenlijke zin – geen contractuele verrekening

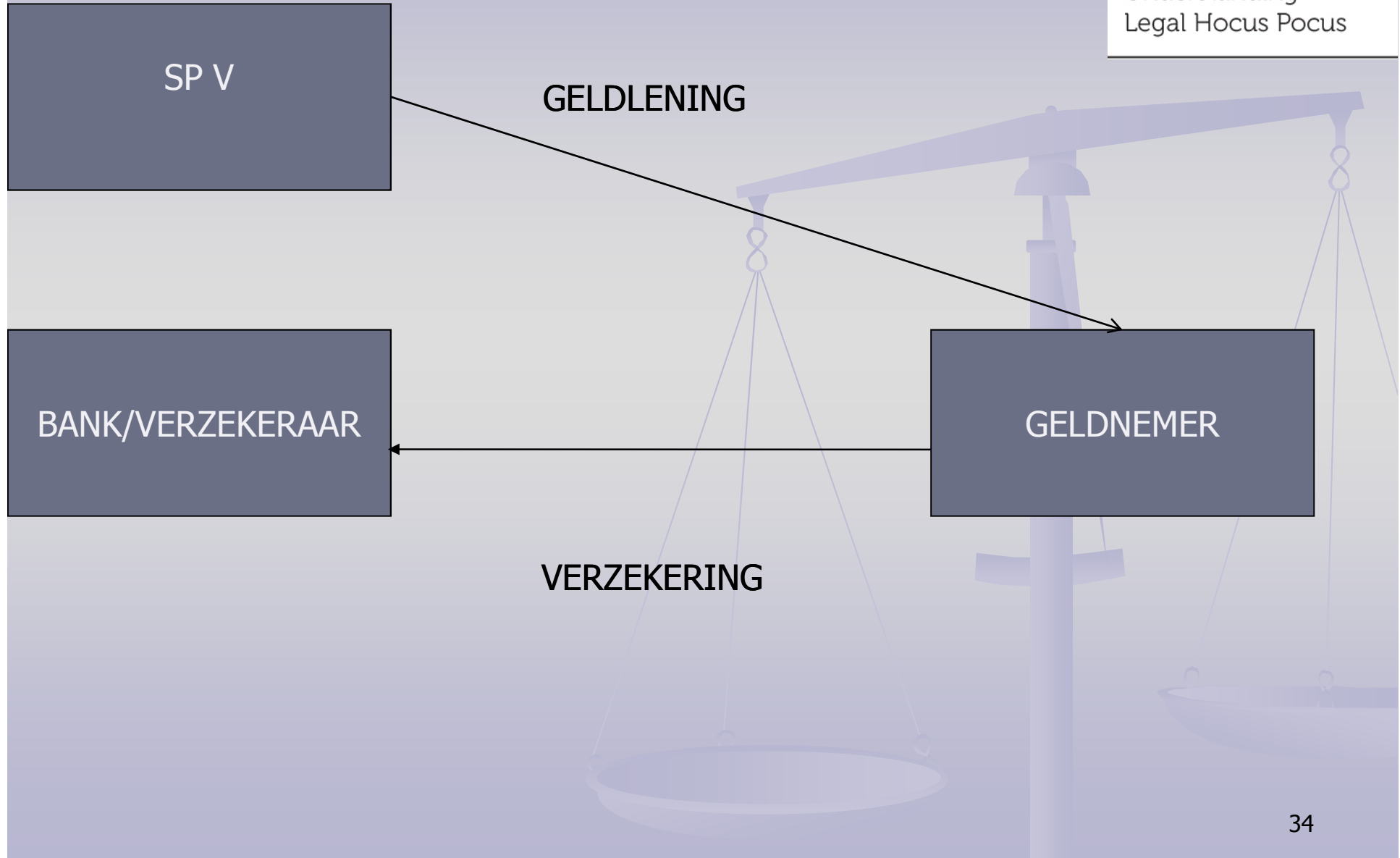
Uitbreiding via art. 6:130 BW

- Indien vordering onder bijzondere titel is overgegaan, dan nog steeds tot verrekening bevoegd, mits:
 - Tegenvordering **uit dezelfde rechtsverhouding** voortvloeit; of
 - Reeds voor de overgang is opgekomen en **opeisbaar** geworden.
- Zie art. 6:130 lid 2 BW: idem beslag, beperkt recht (pand/vruchtgebruik)

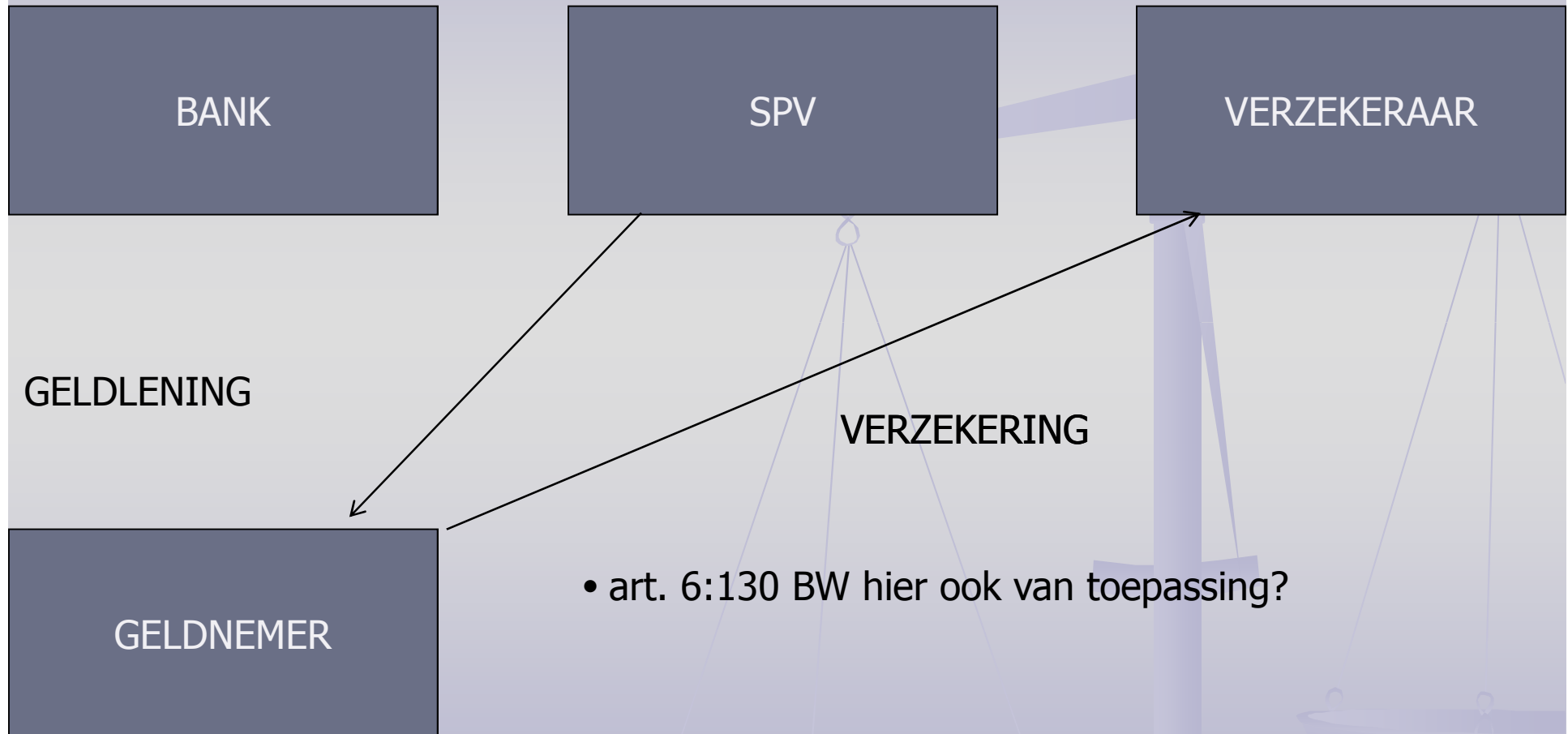
Woningfinanciering



Woningfinanciering



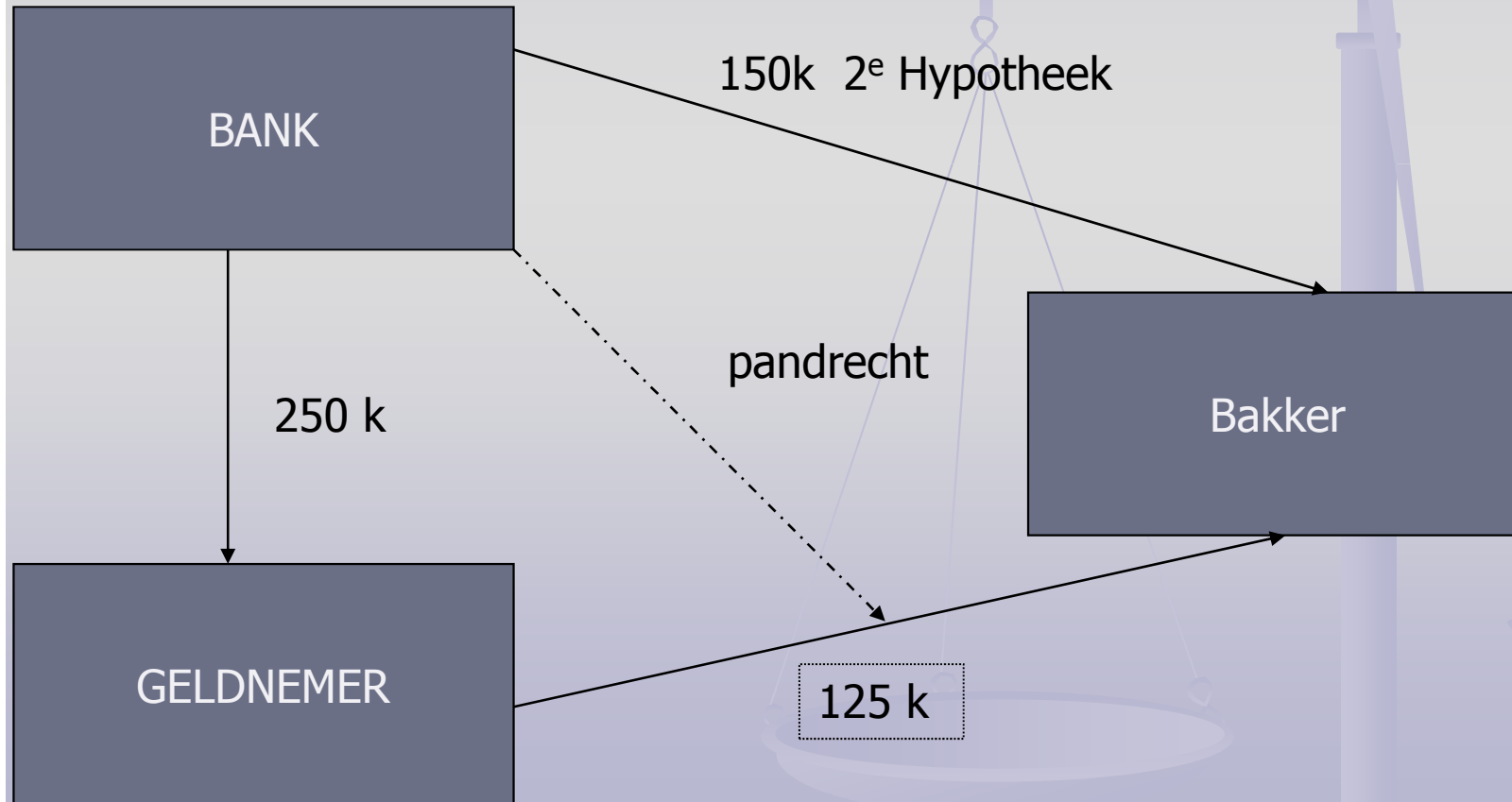
Securitisation



- art. 6:130 BW hier ook van toepassing?

ING / Bakker

- HR 14 november 2003, JOR 2004, 58



Verrekening in het faillissement

- Art. 53 Fw : uitbreiding, regelend recht, verrekening indien
 - schuld op en vordering van de failliet ontstaan zijn voor de datum van het faillissement ; of
 - Voortvloeiën uit handelingen, voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht
- Art. 53 Fw **niet** van toepassing op verrekening van boedelschulden en vorderingen

Verrekening vlak voor het faillissement

- Art. 54 bepaalt : in het zicht van het faillissement overnemen
- Ook opkopen van leningen aan failliet in spe in het zicht faillissement met het doel schuld die je aan gefailleerde in spe hebt te verrekenen
- Daaronder valt ook: betaling van een schuld van de gefailleerde (in spe) waardoor je gesubrogeerd wordt, tenzij je reeds tot die betaling verplicht had voordat het faillissement in zicht was

Contractuele verrekening

- Beding contractuele verrekening kan worden tegengeworpen aan beslaglegger, verkrijger van (beperkt recht op) de vordering.
- Beding contractuele verrekening kan ook worden tegengeworpen aan curator.
- Maar: afspraak moet wel **voor** beslaglegging of verkrijging of faillissement gemaakt zijn

LUNCH

Legal Houdini
Academy

Understanding
Legal Hocus Pocus



Doel zekerheidsrechten

- Verbetering positie van crediteur indien debiteur zijn verplichtingen niet nakomt (crediteur krijgt een absoluut recht op bepaalde activa)
- Zowel buiten als in faillissement debiteur
- Met de bedoeling om met voorrang boven andere crediteuren betaald te worden uit de opbrengst van bepaalde activa van de schuldenaar

Soorten Zekerheidsrechten

- Goederenrechtelijke
 - Pand
 - Hypotheek
- Restcategorie
 - Retentierecht
 - Recht van reclame
 - Eigendomsvoorbehoud

Goederenrechtelijke

- Waarop te vestigen
- Tot zekerheid waarvan
- Welke vormen
- Wijze van totstandkoming

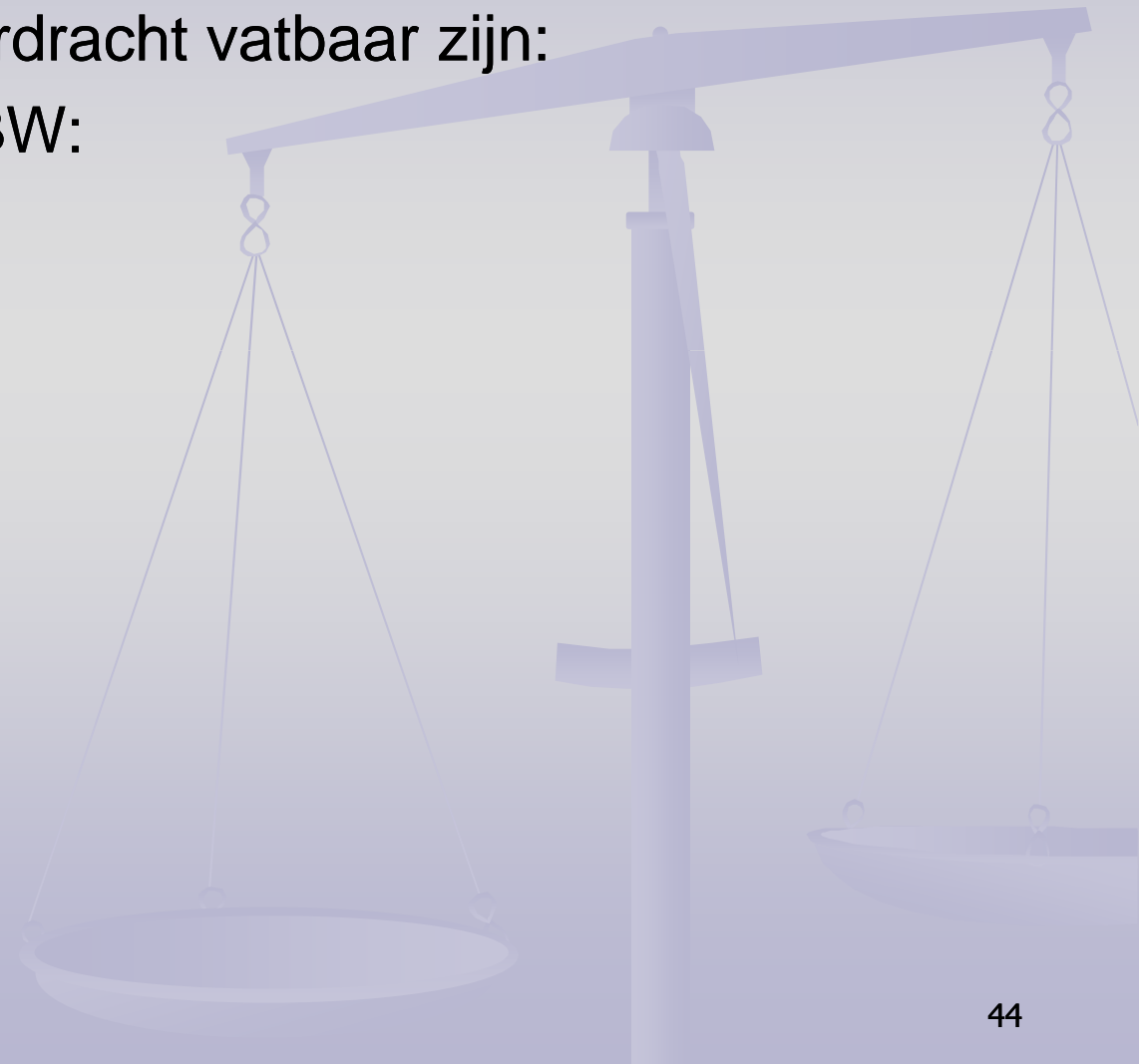


Waarop te vestigen

Goederen die voor overdracht vatbaar zijn:

Art. 3:228 BW jo 3:83 BW:

- Eigendom
- Beperkte rechten
- Vorderingrechten
- Alle andere rechten



Voor overdracht vatbaar

Tenzij uit de wet of de aard van het recht iets anders voortvloeit:

- Eigendom
- Beperkte rechten
- Vorderingrechten



Aard verzet zich

- Vordering van curator uit hoofde van kennelijk onbehoorlijk bestuur, HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 Den Toom / De Kreek q.q., art. 2:138 BW en art. 2:248 BW
- Staat als crediteur bij overheidskrediet, HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766 Staat / Appel
- Peeters Gatzen Vordering, HR 24 april 2009, RvdW 2009, 579
- Pauliana vordering (Faber proefschrift en noot onder HR 24 april 2009, JOR 2010/022)

Bedingen van onoverdraagbaarheid

- Uitsluitend bij vorderingsrechten
- Op basis van art. 3:83 lid 2 BW, werking tegen derden
- HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 Castricum / ABN
- Tip: in de overeenkomsten de overdracht van rechten door wederpartij uitsluiten indien wenselijk, vgl. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding

Onoverdraagbaarheid

- Onoverdraagbaar is onverpandbaar?
- Afwijkende leer, ook bij onoverdraagbare, Verhagen, Rongen (Cessie, 2000) en Vriesendorp WPNR 6211 is toch verpanding mogelijk
- HR 17 januari 2003, LJN nummer AF0168, Zaaknr C01/162, JOR 2003, 52: als de verpanding ook expliciet is uitgesloten, kan er niet verpand worden (Noot Rongen)
- Vraag die nog open staat: wat als er uitsluitend staat onoverdraagbaar? (vgl. Bartels, Bb 9 mei 2003, nr. 9, Vriesendorp in *Ars Aequi* 2003, nr 3, p. 191 e.v., Beekhoven van den Boezem, p. 97 e.v.)

Andere rechten

Overdraagbaar indien de wet dat bepaalt:

Vb: intellectuele eigendomsrechten:

Van Elst in Doorstart en Intellectuele eigendom, Insolad 2008:

- Octrooi, ja, art. 67 Rijksoctrooiwet 1995
- Auteursrecht, ja, art. 2 Auteurswet jo art. 3:236 lid 2 BW
- Merkenrecht, ja, art. 2:33 Benelux Verdrag inzake Intellectuele Eigendom jo art. 3:236 lid 2 BW
- Handelsnaam, misschien, art. 2 HNW
- Software: pandrecht auteursrecht en pandrecht op gegevens drager HR 20 september 2002, JOL 2002, 478, JOR 2002, 210 ING / Muller q.q., WPNR 2002, 6511, p. 791 Verdaas

Hypothec

- Uitsluitend te vestigen op een registergoed, goederen voor welke overdracht of vestiging inschrijving in de daartoe bestemde registers is vereist, art. 3: 260 BW
 - Onroerende zaken
 - Teboekgestelde schepen
 - Teboekgestelde luchtvaartuigen
 - Beperkte zakelijke rechten die op deze goederen kunnen worden gevestigd (erfpachtrecht, vruchtgebruik en opstal)
 - Appartementsrecht

Pandrecht

Alle overige goederen (voor zover deze overdraagbaar zijn)

Art. 3:236 e.v. BW, voorbeelden Pandrecht:

- Roerende zaken
- Vorderingsrechten
- Aandelen in een vennootschap
- Intellectuele eigendomsrechten, zoals octrooi, auteursrecht, merkrecht, recht op tekening of model of recht op handelaar

Wijze van Totstandkoming

Obligatoire deel:

- Verplicht de schuldenaar tot het verstrekken van de zekerheid
- Vormvrij
- Art. 26 Algemene Bankvoorwaarden

Goederenrechtelijke

- Beschikkingsbevoegdheid
- Geldige titel (is obligatoire verplichting)
- Formaliteiten bij vestiging

Vgl. art. 3:84 jo 3:98 BW

Formaliteiten pandrecht

- Verschillende vormen van pandrecht, vb:
 - Vuistpand Roerende Zaken
 - Stil Pandrecht Roerende Zaken
 - Openbaar Pandrecht Vorderingen
 - Stil Pandrecht Vorderingen

Vuistpand roerende zaken

- Art. 3:236 BW
- Verschaffing van de feitelijke macht, middellijk of onmiddellijk
- Praktische toepassingen: pandjeshuis en warrantage

Stil pandrecht roerende zaken

- Art. 3:237 BW: Onderhandse geregistreerde of authentieke (doorgaans notariële) (eenzijdige of tweezijdige) akte
- Eenzijdige Akte is voldoende; vgl. HR 29 juni 2001, JOR 2001, 220 Meijs q.q. vs Bank of Tokyo: bovendien: registratie faxcopie akte is voldoende;
- Registratie bij inspectie der registratie en successie, moment waarop ter registratie wordt aangeboden is beslissend, HR NJ 1996, 471 Mulder q.q. / CLBN

Stil pandrecht roerende zaken

- Voordeel authentiek, vgl. art. 491 e.v. Rv, deurwaarder kan goederen weghalen
- Zowel ten tijde van verpanding bestaande zaken als (in dezelfde akte bij voorbaat) ook
- Ten tijde van verpanding nog niet in het bezit van schuldenaar zijnde zaken, vgl. 3: 97 en 98 BW: pandrecht ontstaat dan op het moment dat schuldenaar zaak verkrijgt (behoudens faillissement, art. 35 lid 2 FW)

Wetenschappers

- Struycken (Ars Aequi 1998/5, pag. 76 en in noot onder JOR 1999, 45): bepaaldheid vereist specificatie van roerende zaken op lijsten
- Heersende leer is anders, vgl. Hof Leeuwarden 21 juli 2009, LJN: BJ 336 en Rb Middelburg en Rb Den Haag in JOR 1999, 45 en 46 en schrijvers in artikel Struycken

Openbaar pandrecht vorderingen

- Art. 3:236 jo 3:94 BW
- Onderhandse akte en mededeling aan debiteur
- Voorbeeld: verpanding van debiteuren bij factormaatschappij, op factuur wordt melding gemaakt van verpanding
- Debiteur moet altijd bekend zijn omdat mededeling moet worden gedaan
- Bepaaldheid ingevolge art. 3:84 lid 2 BW

Welke vorderingen openbaar

- Ten tijde van verpanding bestaande vorderingen
- Ten tijde van verpanding nog niet bestaande vorderingen uit op dat moment reeds wel bestaande rechtsverhoudingen
- Ten tijde van de verpanding nog niet bestaande vorderingen uit op dat moment niet bestaande rechtsverhoudingen

Stille verpanding vordering

- Art. 3:239 BW
- Onderhandse geregistreerde akte of authentieke (eenzijdige of tweezijdige) akte
- Geen mededeling aan debiteur
- Bepaaldheid speelt nog duidelijker: men kan niet aan de debiteur melden dat alle vorderingen op hem zijn verpand
- Beperking: moeten hun grondslag vinden in een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding

Bepaaldheidvereiste I

- Art. 3:84 lid 2 BW
- HR 21 december 2002, JOR 2002, 38, Sobi / Hurks II en HR 20 september 2002, JOL 2002, 484, Muller q.q. / Rabobank (Vgl. noot Faber in JOR 2002, 348 en Franken in Noot JutD 2002, 6., p. 16 e.v., en Verdaas in WPNR 2002/6511, p. 791 e.v., NJ 2004, 182) en F.E.J. Beekhoven-van den Boezem in Uitlegkwesties naar aanleiding van de verpanding en cessie van vorderingen (in Uitleg in Goederenrecht, p. 73 e.v.)
- Vangnetbepaling

Bepaaldheidvereiste II

- HR aanvaardt de vangnetbepaling
 - “alle ten tijde van de ondertekening en/of registratie van deze pandakte bestaande vorderingen en alle vorderingen die op dat moment rechtstreeks uit een bestaande rechtsverhouding zullen voortvloeien”
- Ook al moet aan de hand van de administratie dan bezien worden om welke vorderingen het gaat
- Hoge Raad geeft steeds ruimere invulling aan het begrip bepaaldheid
- Praktijk: lijsten wel

Formaliteiten hypotheek

- Notariële akte, inschrijving in de registers
- Vordering tot zekerheid waarvan de hypotheek wordt verstrekt moet worden opgenomen tot een maximumbedrag
- Volmacht hypotheekgever moet via authentieke akte totstandkomen
- Vgl. art. 3: 260 BW, en voorts: Wet op het Notarisambt en Kadasterwet

Retentierecht

- **Zaken**, zowel roerend als onroerend
- Bevoegdheid om de verplichting de zaak af te geven **op te schorten** tot daarmee samenhangende vordering is voldaan
- **Connexiteit** vereiste: voldoende samenhang tussen op te schorten verbintenis en de vordering waarvoor wordt opgeschort
- Art. 3:290 BW e.v

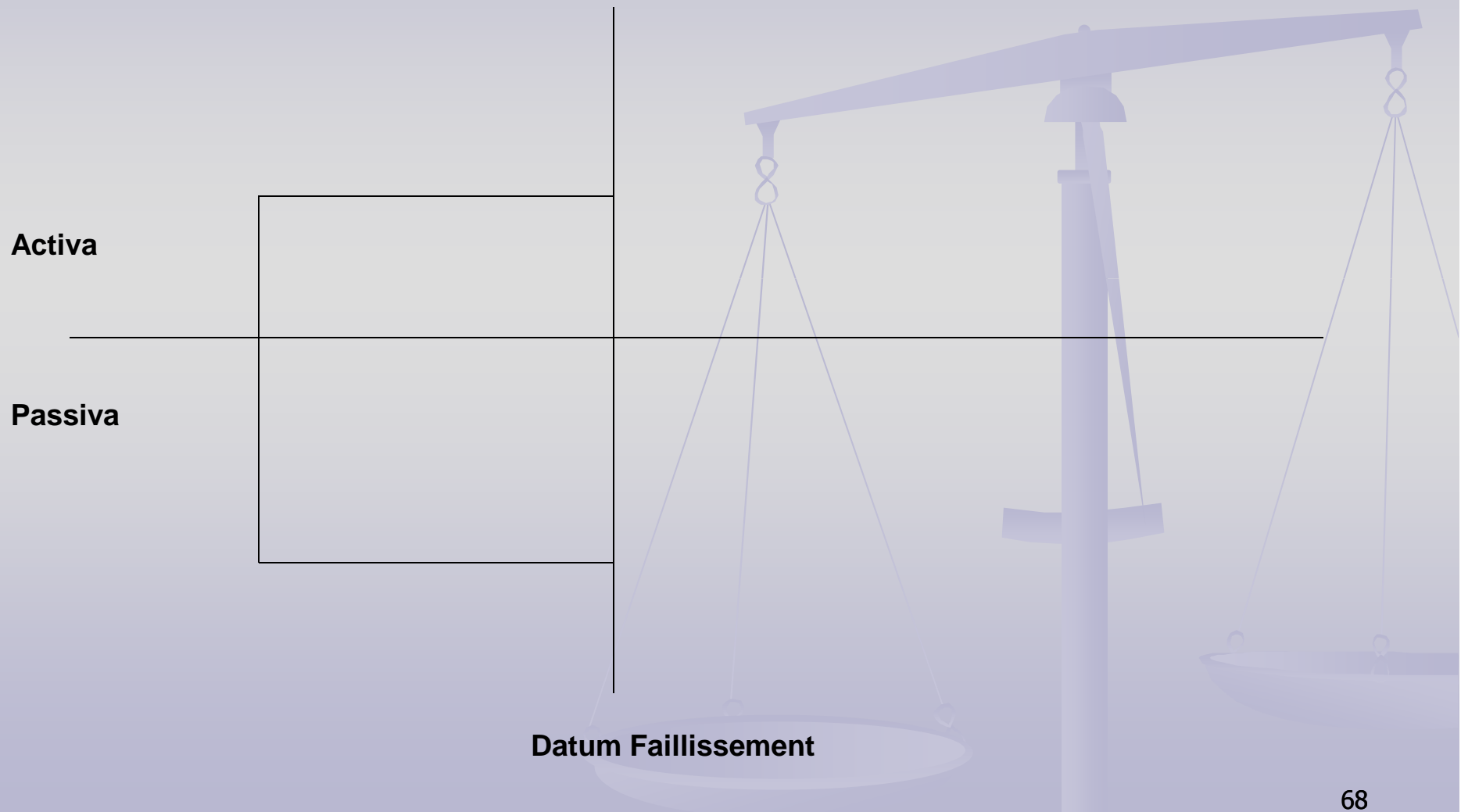
Retentierecht en derdenwerking

- Werking van retentierecht zowel tegen derden met jonger recht als derden met ouder recht (daaronder begrepen pand of hypotheekrecht) mits (in het laatste geval) de vordering voorspruit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan dan wel de retentor geen reden had om aan deze bevoegdheid te twijfelen

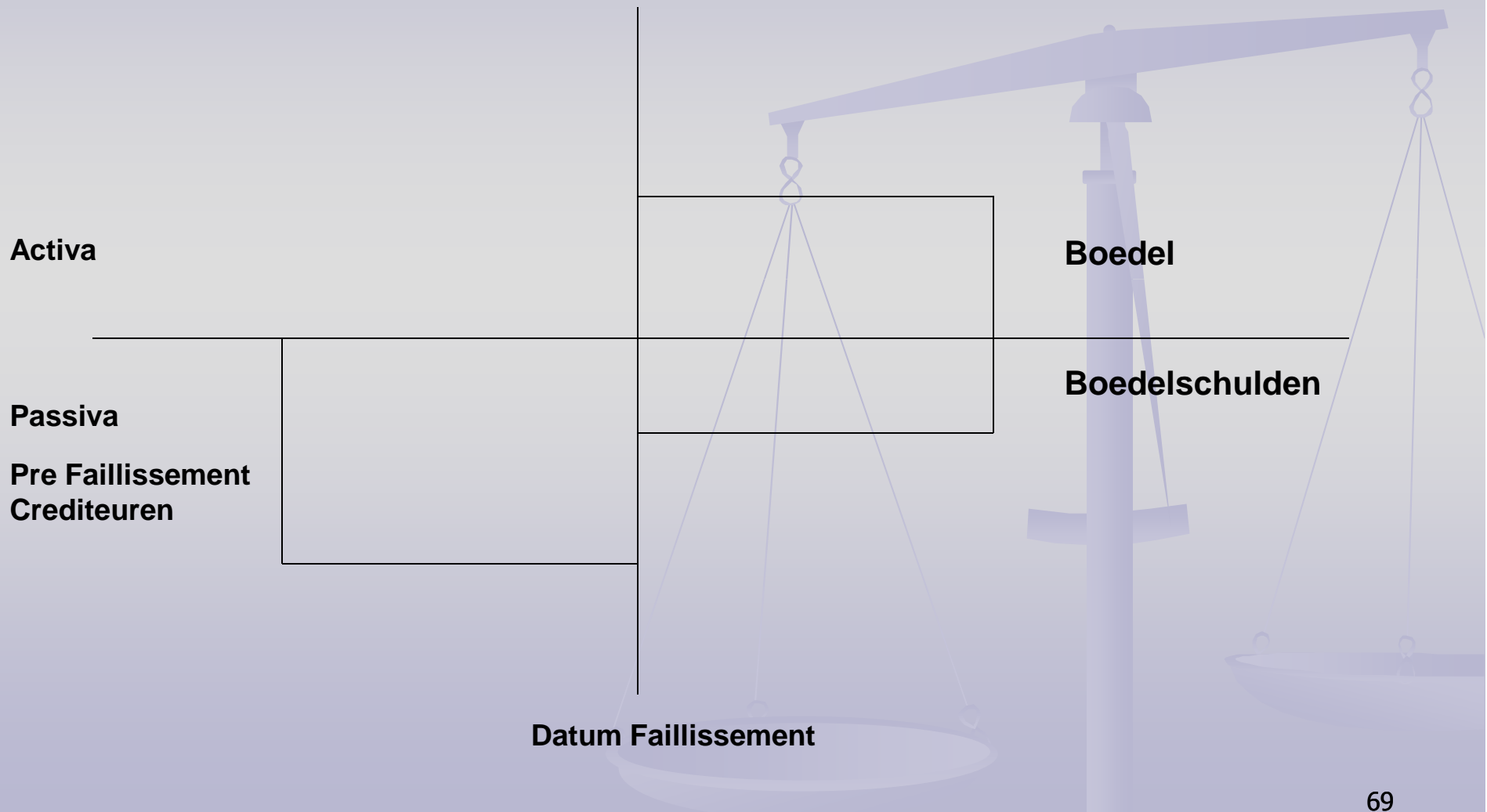
Retentierecht en faillissement

- Voorrang t.o.v. pand- en hypotheekhouder
- Opeising of aflossing door curator
- Curator eist op, verkoopt de zaak waarop een retentierecht wordt geclaimd; de retentor behoudt voorrecht op de opbrengst van het goed, maar eerst omslag algemene faillissementskosten
- Art. 60 Fw

Faillissement en crediteuren



Faillissement en crediteuren



Faillissement en crediteuren

■ Boedelcrediteuren

- 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

Separatist (I)

- Separatist is de houder van een absoluut beperkt recht van pand- of hypotheek en kan zich – met inachtneming van afkoelingsperiode – verhalen op onderpand alsof er geen faillissement is
- Voordeel separatist: blijft **buiten** omslag algemene faillissementskosten ex art. 182 Fw
- Alle boedelschulden met uitzondering van bijzonder faillissementskosten zijn algemene faillissementskosten en worden omgeslagen over de boedelactiva
- De boedelschulden ontstaan uit de wet of door toedoen curator, zeer ruime categorie

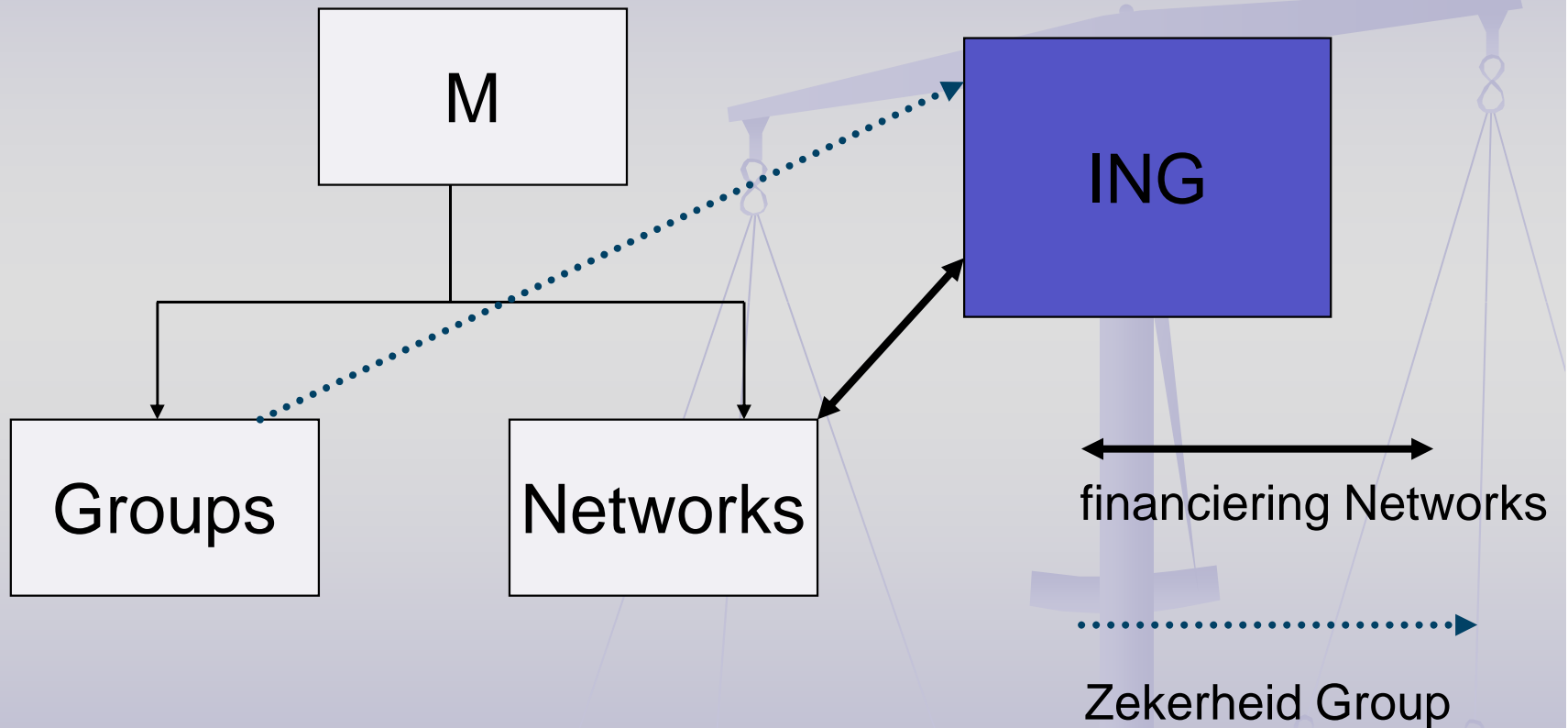
Separatist (II)

- Elementen discussie met curator:
 - Maakt de separatist gebruik van haar recht van **parate executie**? Immers, alleen dan geen omslag algemene faillissementskosten.
 - Heeft iemand een **hoger voorrecht** op het goed van de failliet? Dan moet de opbrengst van de executie – voor zover diegene een beter recht heeft – via de boedel lopen, de executie zelf blijft bij separatist
 - Welke **bijzondere faillissementskosten** kan de curator in rekening brengen aan de separatist? zie de Separatistenregeling

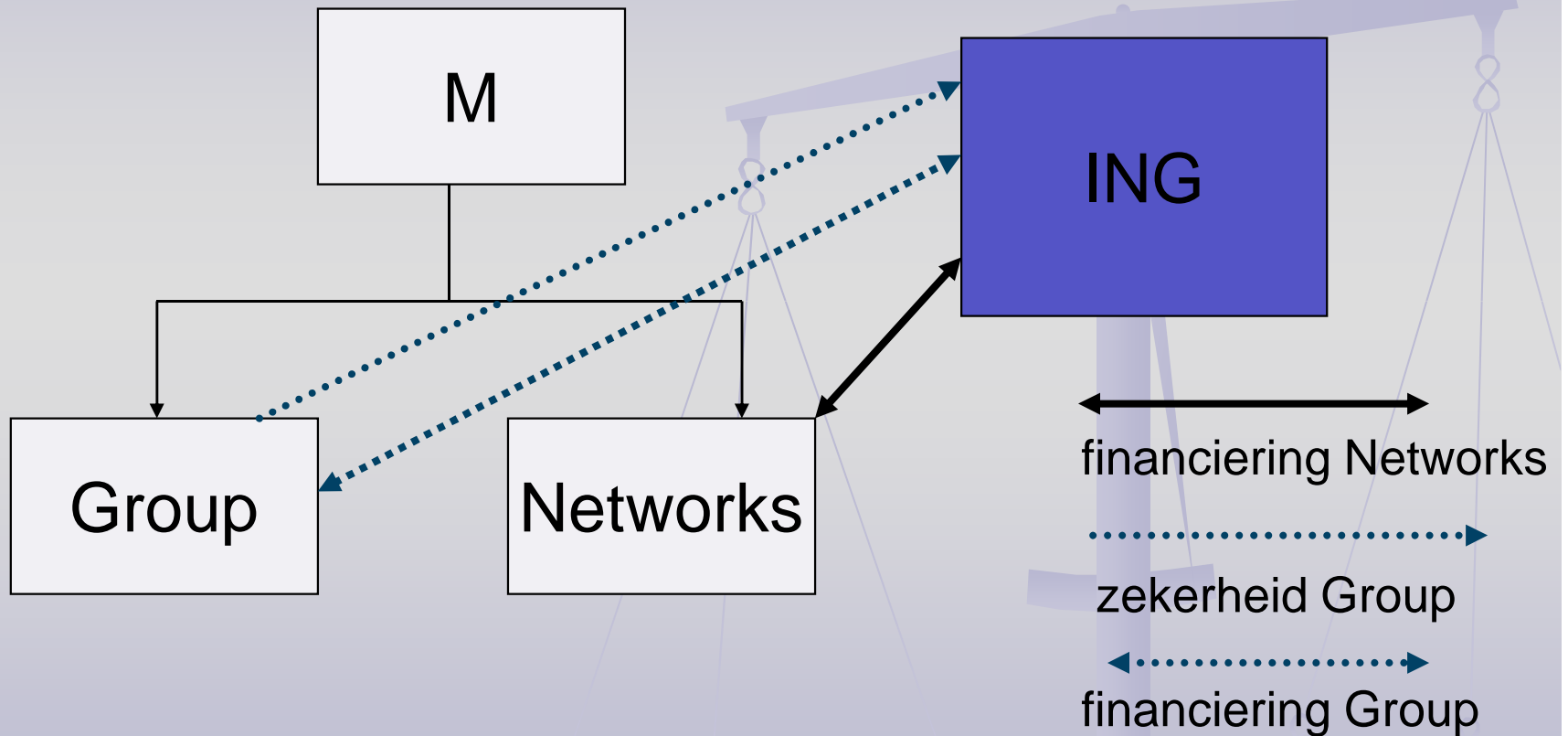
Tot zekerheid waarvan

- 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.)
 - F.E.J. Beekhoven-van den Boezem in Uitlegkwesties naar aanleiding van de verpanding en cessie van vorderingen (in Uitleg in Goederenrecht, p. 73 e.v.)

ING/Muller q.q. (I)



ING/Muller q.q. (II)



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 (immers absoluut recht)
- 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, voorbeeld securitisatie met uitgestelde overdracht
- Boete als vervangende schadevergoeding

Tot zekerheid waarvan, voorbeelden

- Vaste hypotheek
- Krediethypotheek
- Bankhypotheek



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”

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”

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”

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 recente bevestiging naar aanleiding van vraag over bankhypotheek op binnenschepen:

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

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

- krediethypotheek volgt krediet (contractsoverneming of algemene titel)
- vaste hypotheek volgt vordering (cessie, subrogatie of algemene titel van vordering)
- 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 krediethypotheek/bankhypotheek 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

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 straks in de Asser) en recentelijk in mij bekende transactie: 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 bankhypothek treedt de verkrijger in de rechtsverhouding van zijn voorganger die – kort gezegd – inhield dat de hypothek 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 hypothek (pas op: niet zeker, praktisch dubbel gestikt: 2^e zekerheidsrecht vestigen)

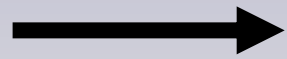
Andere zekerheidsgerechtigde (i)

- 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)

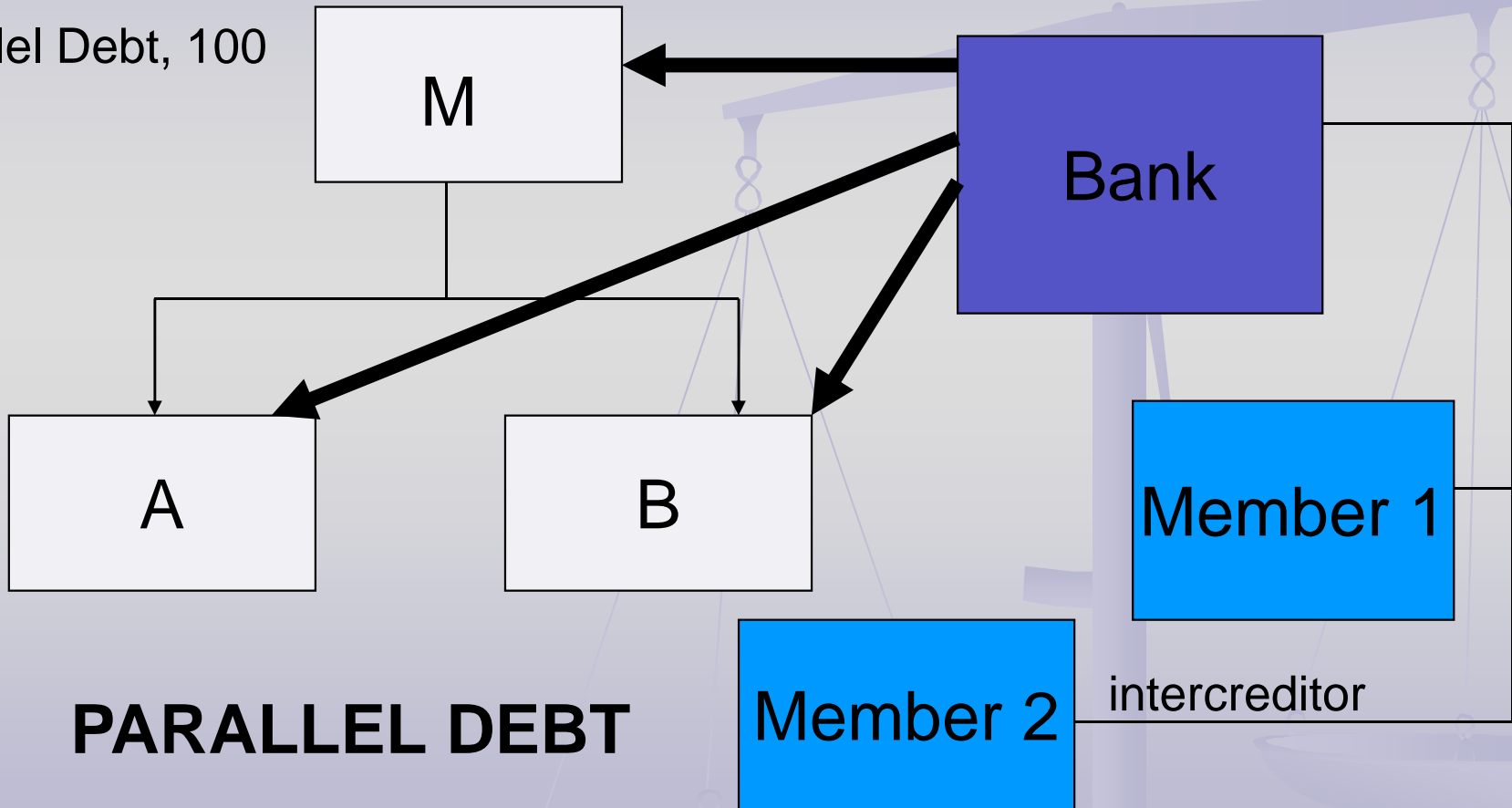
Andere zekerheidsgerechtigde (ii)

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

Andere zekerheidsgerechtigde (iii)



Parallel Debt, 100

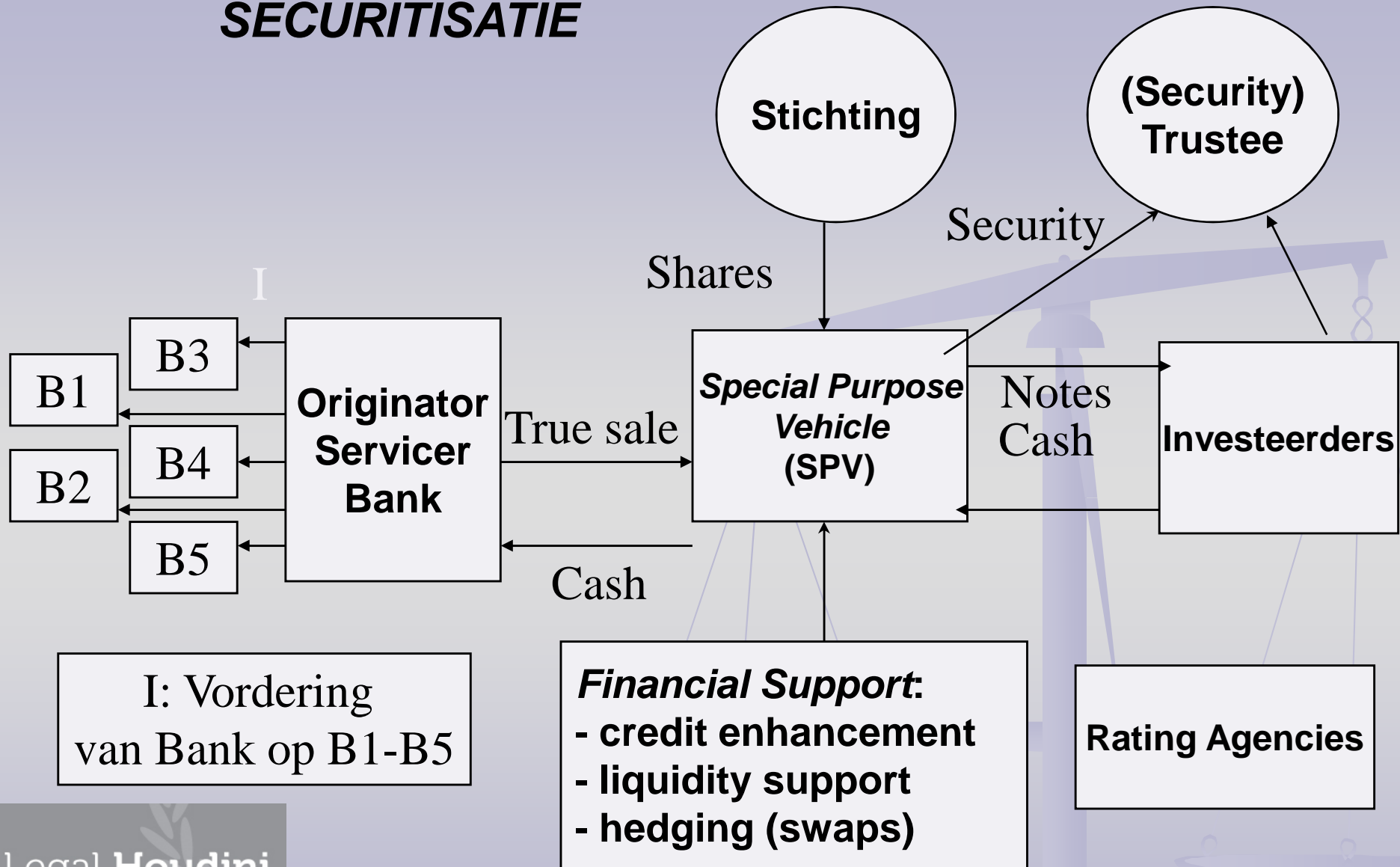


PARALLEL DEBT

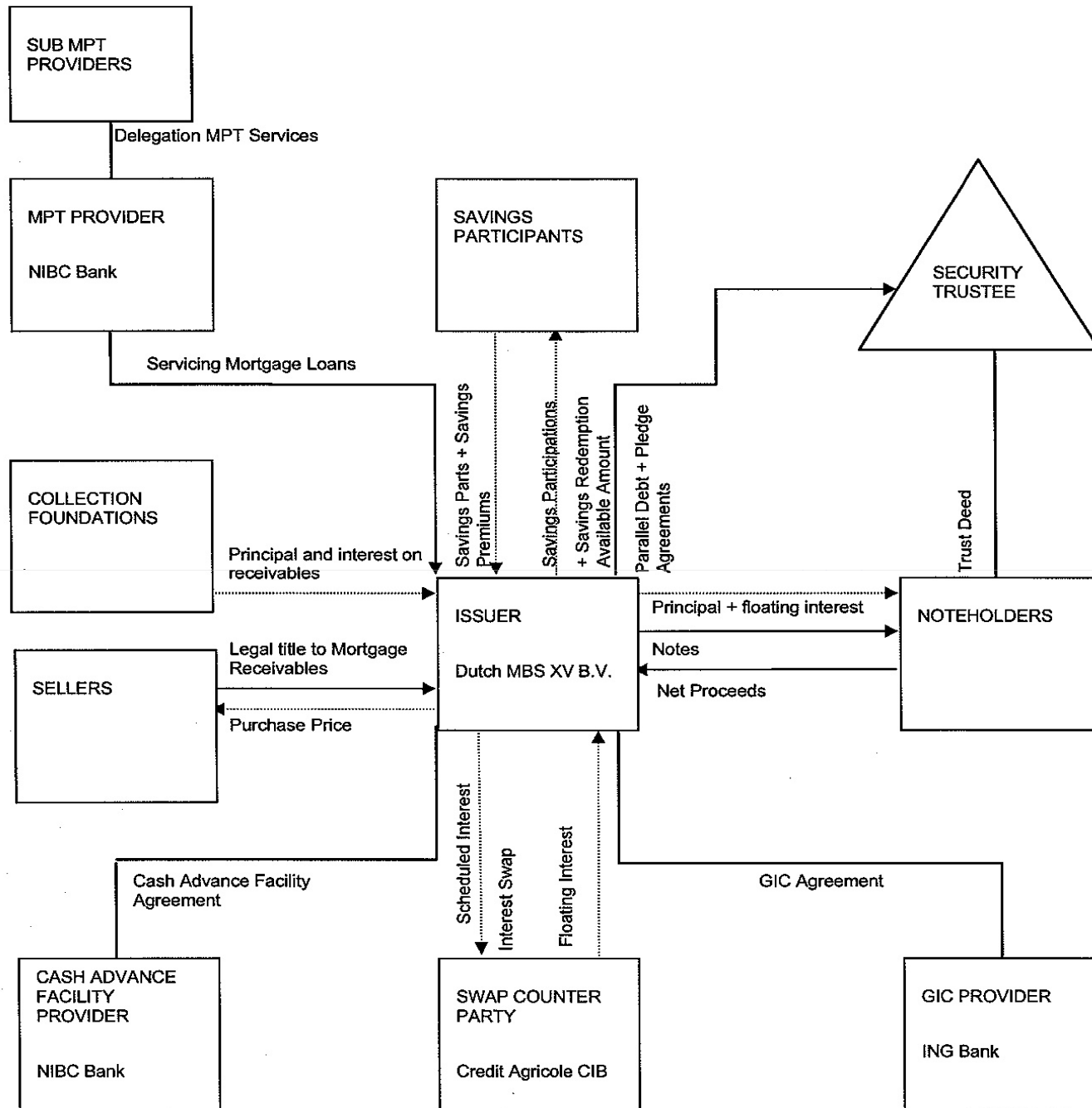
Gesyndiceerde leningen

- 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 (maar dan weer gemeenschappelijk zekerheidsrecht) of;
- (om 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

SECURITISATIE



**Bron:
OC DMBS XV
Maart 2010**



Uitwerking securitisatie (i)

- op closing werden gesecuritiseerde vorderingen door Seller economisch overgedragen aan een SPV (true sale)
- effectuering van juridische overdracht werd (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
- Inmiddels: juridische overdracht door stille cessie, geregistreerde akte, geen mededeling aan debiteur nodig

Uitwerking securitisatie (ii)

- Security Trustee gaf borgtocht af Noteholders, stond borg voor verplichtingen SPV (op limited recourse basis)
- SPV geeft Security Trustee zekerheden voor regresvordering terzake hetgeen Security Trustee onder Borg heeft uitbetaald
- Inmiddels: 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)

- Voorheen: 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
- thans: geen opzegging, maar waarschuwing in OC dat er een gemeenschap ontstaat

Vragen

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