

26 augustus 2018

Tot zekerheid waarvan, de omvang van zekerheidsrechten, de overgang van zekerheidsrechten, regres en subrogatie

Inleiding

1. Een debiteur staat met zijn gehele vermogen in voor de verplichtingen die een debiteur ten opzichte van crediteuren heeft. Dit wordt - in "goed Nederlands" - ook wel "**full recourse**" genoemd, waarmee dan bedoeld wordt dat het gehele vermogen van een debiteur door zijn crediteuren kan worden uitgewonnen.
2. Iedere crediteur van een debiteur heeft in beginsel dezelfde rechten als alle andere crediteuren. Dit wordt wel aangeduid dat alle crediteuren "**pari passu**" zijn, dat wil zeggen dat zij onderling dezelfde rang hebben.
3. Zowel voor full recourse als voor pari passu geldt naar Nederlands recht dat uit de wet of overeenkomst iets anders kan blijken¹. Anders gezegd, full recourse en pari passu geldt tenzij uit de wet of overeenkomst iets anders blijkt.²
4. Zo geldt bij pandbelening dat de vordering die resteert nadat de pandhouder het onderpand dat hij in vuistpand heeft gekregen, niet op het vermogen van de pandgever te verhalen is³.
5. Ook kan in een overeenkomst tussen een debiteur en een crediteur worden afgesproken dat een vordering van de crediteur op de debiteur niet het gehele vermogen van een debiteur kan worden verhaald doch slechts op een deel daarvan ("**limited recourse**", dat wil zeggen: beperkt verhaal).
6. Een crediteur en debiteur kunnen afspreken dat de vorderingen van de crediteur op de debiteur wordt achtergesteld bij alle (ook wel generieke achterstelling genoemd) of bepaalde (ook wel specifieke achterstelling genoemd) andere vorderingen van andere crediteuren op de debiteur ("**subordination**", achterstelling)⁴. De in artikel 3:277 BW opgenomen wettelijke achterstelling wordt ook wel eigenlijke

¹ **Art 3:276 BW:**

Tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen.

Art. 3: 277 BW:

1. Schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang.
2. Bij overeenkomst van een schuldeiser met de schuldenaar kan worden bepaald dat zijn vordering jegens alle of bepaalde andere schuldeisers een lagere rang heeft dan de wet hem toekent.

² Zie hierover nader: Hoofdstuk 1, Inleiding van Verhaal, Uitwinning en rangorde van W.H. van Boom (2018)

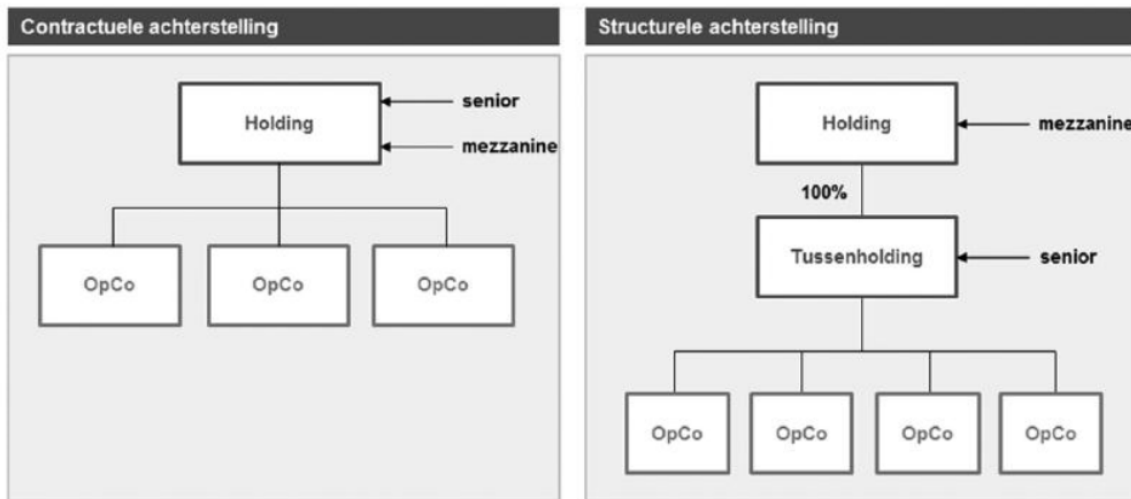
³ **Art. 7:139 BW:**

Indien de pandbelener niet binnen de beleentermijn de geldsom volledig terugbetaalt en de pandbeleningsvergoeding volledig voldoet, draagt het pandhuis het verlies dat hij ten opzichte van de in artikel 130 lid 1 bedoelde geldsom met pandbeleningsvergoeding lijdt.

⁴ Vgl. over dat laatste HR 18 oktober 2002, JOR 2002, 234 waarin ook voor wat betreft de uitleg van een achterstellingsbeding aanknoping werd gezocht bij het beroemde Haviltex criterium:

Hof: De stelling van curatoren, dat achterstelling een duidelijk

achterstelling genoemd en treedt pas in werking zodra er verhaal wordt genomen op een of meer goederen van de debiteur⁵. In de praktijk zie je verschillende vormen van achterstelling die niet op de wet zijn gebaseerd (oneigenlijke achterstelling). Bij meer ingewikkelde financieringsstructuren, waarbij verschillende schuldenaren betrokken zijn die deel uitmaken van dezelfde groep wordt wel onderscheid gemaakt tussen structurele achterstelling en contractuele achterstelling. Bij structurele achterstelling zorgt de vennootschappelijke structuur voor de achterstelling, bij contractuele achterstelling geschiedt de achterstelling uitsluitend op basis van een overeenkomst. Een plaatje ter illustratie⁶.



Bij contractuele achterstelling hebben de senior en mezzanine crediteur allebei een vordering op de Holding, in het geval van de structurele achterstelling heeft de senior een vordering op de tussenholding en de mezzanine alleen op de holding. Omdat de middelen om de schulden te betalen uit de Opco moeten komen zullen deze eerst door de tussenholding stromen (en ter beschikking van de senior komen) en daarna pas naar de holding stromen (voor de mezzanine).

7. Zekerheidsrechten zijn bedoeld om een crediteur de gelegenheid te geven om zich bij voorrang boven andere crediteuren te verhalen op de opbrengst van een of bepaalde goed⁷. Zekerheidsrechten die voor bancaire

Hoge Raad: "Een tussen een schuldeiser en een schuldenaar gesloten overeenkomst als bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW, die bepaalt dat de vordering van die schuldeiser jegens alle of bepaalde andere schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet hem toekent, impliceert niet zonder meer dat die schuldeiser zijn bevoegdheid tot verrekening heeft prijsgegeven of in geval van faillissement van zijn schuldenaar eerst dan zijn verhaalsrecht kan uitoefenen indien die andere schuldeisers zijn voldaan. Of deze gevolgen aan een overeenkomst van achterstelling zijn verbonden, is afhankelijk van hetgeen partijen in het concrete geval zijn overeengekomen", Hoge Raad oordeelde tevens uitleg van achterstellingsbeding volgens Haviltex formule moet..

⁵ Zie hierover: Achtergestelde vorderingen (2005), I. Spinath, p. 2 e.v.

⁶ Ontleend aan: Syndicaatsfinanciering in vogelvlucht: relevante aspecten van een syndicaatsfinanciering bij bedrijven in financiële moeilijkheden, mr. S. Jansen, mr. D.H.J. Postma, mr. D.J. Lyszczarz in De curator en het concern (Insolad jaarboek 2017), vgl. in het bijzonder 8.3.3. van het artikel over de inhoud van zogenaamde intercrediteurenovereenkomsten die gesloten worden. Het artikel beschrijft helder hoe syndicaatsleningen in elkaar steken en de aandachtspunten die er zijn indien de onderneming die het geld heeft geleend in financiële moeilijkheden komt.

⁷ Zie hierover nader: Hoofdstuk 2, Inleiding van Verhaal, Uitwinning en rangorde van W.H. van Boom (2018)

financiers beschikbaar zijn in Nederland zijn de rechten van pand en hypotheek⁸. Overigens zie je in financieringsstructuren vaak ook een combinatie van zekerheidsrechten en een rangorde tussen de verschillende crediteuren die gerechtigd zijn tot de zekerheden⁹.

8. Banken maken, juist in verband met het feit dat een crediteur die beschikt over een pand- of hypotheekrecht een hoog voorrecht heeft (en bovendien separatist is), veel gebruik van een door een pand- of hypotheekrecht versterkte wijze van financiering. In dit deel van de cursus gaan we onder meer in op de vraag **tot zekerheid van welke vorderingen** van een crediteur op een debiteur kan een pand- of hypotheekrecht wordt gevestigd en hoe een en ander praktisch wordt toegepast. (vgl. hierna punt 10 tot en met 29).
9. Voorts komt de vraag aan de orde wat de invloed is van **de overgang van (een deel van) de vordering** tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht is gevestigd, op het pand- of hypotheekrecht zelf (vgl. hierna punt 30 tot en met 35). De relevantie van deze vraag wordt steeds groter nu banken herhaaldelijk over wensen te gaan tot het overdragen van (een deel van) hun vorderingen.
10. Tenslotte zal aandacht worden besteed aan de rechtsfiguren **regres en subrogatie** (punt 36 tot en met punt 47).

Tot zekerheid waarvan

11. De zekerheidsrechten pand en hypotheek kunnen uitsluitend worden gevestigd tot zekerheid voor de verplichting tot voldoening van een geldsom. Het is niet mogelijk om een pand- of hypotheekrecht te vestigen voor een andere verplichting, zoals een verplichting tot levering van een zaak. Dus: indien de debiteur gehouden is een onroerende zaak aan de crediteur te leveren is het niet (rechtstreeks) mogelijk om een hypotheek tot levering te verkrijgen. De (praktische) oplossing die men in een dergelijk situatie verkiest, is het omvormen van de leveringsverplichting tot een verplichting tot het betalen van een geldsom. In de praktijk werd dit ook wel een leveringshypotheek genoemd, een technisch juridisch gezien niet zuivere aanduiding. Tussen de debiteur en de crediteur wordt dan afgesproken dat de debiteur gehouden is het onroerend goed te leveren en dat voor het geval de debiteur op eerste verzoek van de crediteur niet aan deze leveringsverplichting voldoet, de debiteur aan de crediteur al nu voor alsdan een boete verbeurt van Euro X (X, zijnde de marktwaarde van het onroerend goed vermenigvuldigd met – bijvoorbeeld - twee) en dat tot zekerheid voor de nakoming door de debiteur van de betaling aan de crediteur van deze boete (geldsom), de debiteur aan de crediteur een recht van hypotheek verstrekt¹⁰.

⁸ Art. 3:278 BW

1. Voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek en voorrecht en uit andere in de wet aangegeven gronden.
 2. Voorrechten ontstaan alleen uit de wet. Zij rusten op bepaalde goederen of op alle tot het vermogen behorende goederen.
- Art. 3:279 BW

Pand en hypotheek gaan boven voorrecht, tenzij de wet anders bepaalt.

⁹ Zie daarover Syndicaatsfinanciering in vogelvlucht: relevante aspecten van een syndicaatsfinanciering bij bedrijven in financiële moeilijkheden, mr. S. Jansen, mr. D.H.J. Postma, mr. D.J. Lyszczarz in De curator en het concern (Insolad jaarboek 2017), par 2.4.

¹⁰ Art. 3:227 BW:

1. Het recht van pand en het recht van hypotheek zijn beperkte rechten, strekkende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Is het recht op een registergoed gevestigd, dan is het een recht van hypotheek; is het recht op een ander goed gevestigd, dan is het een recht van pand.

12. Dat deze constructie mogelijk is, strookt ook met het feit dat een pand- of hypotheekrecht kan worden gevestigd tot zekerheid voor zowel een bestaande vordering van de crediteur op de debiteur als een toekomstige vordering. Een pandrecht of hypotheekrecht kan voor een vordering op naam, aan order of aan toonder worden gevestigd. Het pandrecht of hypotheekrecht kan worden gevestigd voor schulden van degene die de zekerheid gevestigd heeft, doch eventueel ook voor de schulden van derden (het zogenaamde derdenpandrecht of de derdenhypotheek)¹¹. De vordering tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht strekt moet voldoende bepaalbaar zijn. Op die bepaalbaarheid kom ik hierna terug. Een pand- en hypotheekrecht strekt – tenzij iets anders bedongen is – tevens tot zekerheid voor drie jaren rente die over deze vorderingen verschuldigd is (art. 3: 244 BW en art. 3:263 BW)¹². Voor zeeschepen, binnenschepen en luchtvaartuigen geldt een iets andere regel, te weten dat het dan gaat om rente die vervallen is in de laatste drie jaar voorafgaand aan het begin van de uitwinning en gedurende de looptijd hiervan¹³.
13. In de literatuur is herhaaldelijk de vraag gesteld of het ook mogelijk is om een pand of hypotheek zekerheid te verstrekken aan een ander dan de crediteur die de vordering heeft tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht wordt verstrekt¹⁴.
14. In de praktijk is men onzeker en zorgt men via hulpconstructies er voor dat degene ten behoeve van wie de zekerheden zijn gevestigd ook degene is die de vordering heeft tot zekerheid waarvan het pand- en hypotheek uiteindelijk zijn gevestigd. Er worden drie verschillende constructies gebruikt, te weten het hoofdelijk

2. Een recht van pand of hypotheek op een zaak strekt zich uit over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat. Uit de parlementaire geschiedenis bij het nieuw BW bleek al dat de constructie van de leveringshypotheek mogelijk is: 'Hierboven werd reeds aangekondigd dat voorbeelden zullen worden gegeven van onder het nieuwe wetboek toegelaten figuren, waarbij met zaaksgevolg het belang bij een goed aan de een en het beheer aan een ander toekomt... Zo blijft b.v. toegelaten de thans veel voorkomende 'economische eigendomsoverdracht' van onroerende zaken, die erop neerkomt dat de koper voorlopig geen juridische levering eist, aangevuld met een hypotheek tot zekerheid voor alle boeten die de verkoper verbeurt, als hij niet doet waartoe hij volgens de overeenkomst jegens de koper van de 'economische eigendom' verplicht is.' (Parl. gesch. Inv., blz. 1201).

¹¹ Zie hierover nader: Hoofdstuk 1, Inleiding van Verhaal, Uitwinning en rangorde van W.H. van Boom (2018), p. 12

¹² Art. 3:231 BW:

1. Het recht van pand of hypotheek kan zowel voor een bestaande als voor een toekomstige vordering worden gevestigd. De vordering kan op naam, aan order of aan toonder luiden. Zij kan zowel een vordering op de pand- of hypotheekgever zelf als een vordering op een ander zijn.
2. De vordering waarvoor pand of hypotheek wordt gegeven, moet voldoende bepaalbaar zijn.

Art. 3:244 BW:

Tenzij anders is bedongen, strekt een pandrecht tot zekerheid van een of meer bepaalde vorderingen tevens tot zekerheid voor drie jaren rente die over deze vorderingen krachtens overeenkomst of wet verschuldigd zijn.

Art. 3:263 BW:

1. Tenzij in de hypotheekakte anders is bepaald, strekt een hypotheek tot zekerheid van een of meer bepaalde vorderingen tevens tot zekerheid voor drie jaren rente die daarover krachtens de wet verschuldigd is.
2. Een beding dat een hypotheek tot zekerheid van een of meer bepaalde vorderingen tevens strekt tot zekerheid van rente over een langer tijdvak dan drie jaren zonder vermelding van een maximumbedrag, is nietig.

¹³ Art. 8: 205 BW, art. 8:795 en 8:1312 BW (gelijkluidende tekst):

Indien de vordering rente draagt, strekt de hypotheek mee tot zekerheid voor rente der hoofdsom, vervallen gedurende de laatste drie jaar voorafgaand aan het begin van de uitwinning en gedurende de looptijd hiervan. Artikel 263 van Boek 3 is niet van toepassing.

¹⁴Rongen, Verhagen en Kortmann hebben zich in WPNR 6459 en 6460 (2001) uitgesproken voor deze mogelijkheid. Ook Snijders heeft zich in gelijke zin uitgelaten. Prof. Mr. W. Snijders, de openheid van het vermogensrecht; Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen, Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, p. 27 e.v.

crediteurschap, de borgtocht-constructie en de parallel debt.¹⁵ Deze constructies hebben allemaal ten doel om er voor zorg te dragen dat degene die de zekerheden heeft, ook beschikt over een vordering (die, in het geval van een syndicaatslening, gelijk is aan de totale door het syndicaat verstrekte financiering). De NVB (Nederlandse Vereniging van Banken) heeft reeds in 2001 een uitgebreide circulaire laten verschijnen over de constructie van de parallel debt en geadviseerd deze toe te passen. Ook nu is de constructie zeer gebruikelijk.

15. De vordering tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht wordt verstrekt dient niet alleen voldoende bepaalbaar te zijn. Bij een hypotheek is van belang dat de hypotheekakte de verzekerde vordering, dan wel de feiten de hand waarvan die vordering kan worden bepaald, moet aanduiden. Voorts moet in de hypotheekakte het maximum bedrag waarvoor de hypotheek kan worden verhaald worden opgenomen. Dergelijke bepalingen ontbreken bij pandrecht¹⁶.
16. Voor zowel pandrecht en hypotheekrecht geldt dat de vraag tot zekerheid waarvan het pandrecht of hypotheekrecht is gevestigd moet worden beantwoord aan de hand van (wederom) het Haviltex criterium, vgl. Hoge Raad 20 september 2002, NJ 2002, 610. In dat arrest ging het concreet om de vraag tot zekerheid van welke schulden een pandrecht werd gevestigd. Het betrof een financiering van een tweetal vennootschappen 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 1st Line Medical Hospital Networks B.V. (Networks, LHA) (...) aan de bank nu of te eniger tijd schuldig mocht zijn of worden uit welke hoofde dan ook”.

Nu was vervolgens de bank een krediet gaan verlenen aan Group en was de vraag of ook voor dat krediet het pandrecht kon worden uitgewonnen. Dit was uiteindelijk mogelijk omdat Networks zich op haar beurt weer hoofdelijk aansprakelijk had gesteld voor de schulden van Group (Hoge Raad, Rov 4.5.1 en 4.5.2)¹⁷.

¹⁵ Vgl. Vindplaats noot 10, het eerste deel van het artikel van Rongen, Verhagen en Kortmann beschrijft deze constructies helder. Zie ook: Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/309. In Curaçao is in art. 2:231 lid 3 van het Curaçaos Burgerlijk Wetboek met zoveel woorden opgenomen dat de vordering waarvoor het pand- of hypotheekrecht is opgenomen kan toekomen aan een ander dan aan de pand- of hypotheekhouder. Vgl. D.S. Mansur, de parallel debt in Curaçao in Tijdschrift voor Financieel Recht Nr. 1/2 februari 2015. Zie voor recente beschrijving: Syndicaatsfinanciering in vogelvlucht: relevante aspecten van een syndicaatsfinanciering bij bedrijven in financiële moeilijkheden, mr. S. Jansen, mr. D.H.J. Postma, mr. D.J. Lyszczar in De curator en het concern (Insolad jaarboek 2017), 2.4.

¹⁶ Art. 3:260 BW:

1. Hypotheek wordt gevestigd door een tussen partijen opgemaakte notariële akte waarbij de hypotheekgever aan de hypotheekhouder hypotheek op een registergoed verleent, gevolgd door haar inschrijving in de daartoe bestemde openbare registers. De akte moet een aanduiding bevatten van de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, of van de feiten aan de hand waarvan de vordering kan worden bepaald. Tevens moet het bedrag worden vermeld waarvoor de hypotheek wordt verleend of, wanneer dit bedrag nog niet vaststaat, het maximumbedrag dat uit hoofde van de hypotheek op het goed kan worden verhaald. De hypotheekhouder moet in de akte woonplaats kiezen in Nederland.
2. Tenzij anders is bedongen, komen de kosten van verlening en vestiging ten laste van de schuldenaar.
3. Bij de in het eerste lid bedoelde akte kan iemand slechts krachtens een bij authentieke akte verleende volmacht als gevolmachtigde voor de hypotheekgever optreden.
4. Voor het overige vinden de algemene voorschriften die voor vestiging van beperkte rechten op registergoederen gegeven zijn, ook op de vestiging van een hypotheek toepassing.

¹⁷ “4.5.1 Het falen van onderdeel 1 brengt mee dat ervan moet worden uitgegaan dat het pandrecht door Group uitsluitend is gevestigd tot zekerheid voor de schulden van Networks, waarvoor Group zich als hoofdelijk medeschuldenaar heeft verbonden. Voor dat geval betoogt onderdeel 2 dat het pandrecht blijkens de akte van 8 april 1993 ook de toekomstige schulden van Networks betreft en dat tot die toekomstige schulden behoorde de schuld van Networks aan de bank die ontstond toen

Illustratie: Vaste, krediethypotheek en bankhypotheek / Boekenclausule

17. Ter illustratie van de vraag of de vordering tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht is verstrekt voldoende bepaalbaar is, het volgende.
18. Men onderscheidt drie vormen van omschrijving van de vordering tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht wordt gevestigd, te weten: de **vaste** -, de **krediet** - en de **bankzekerheid**¹⁸.
19. De **vaste hypotheek** is een hypotheek die strekt tot zekerheid voor een vaste bestaande vordering. Bijvoorbeeld: "De debiteur verklaart tot meerdere zekerheid voor de betaling door hem aan de crediteur van een bedrag, groot Euro 100.000, een recht van eerste hypotheek aan de crediteur te verlenen."
20. Het nadeel van een vaste hypotheek is dat deze niet geschikt is om als zekerheid te dienen voor een fluctuerende vordering, bijvoorbeeld die uit hoofde van een rekening courant krediet. Om aan dit probleem tegemoet te komen is de **krediethypotheek** bedacht, waarbij kort gezegd een hypotheekrecht wordt verstrekt tot zekerheid voor de betaling van alle geldsommen die de crediteur van de debiteur *te vorderen heeft of in de toekomst mocht hebben uit hoofde van het tussen de crediteur en de debiteur bestaande overeenkomst*.
21. Het is mogelijk dat in de toekomst de crediteur uit andere hoofde dan de bestaande rekening courant overeenkomst een vordering op de debiteur krijgt (denk aan bijvoorbeeld de situatie waarin een huurgarantie is gesteld ten behoeve van de debiteur). Onder andere in verband met een dergelijke situatie is de zogenaamde **bankhypotheek** verzonnen, waarin de debiteur een recht van hypotheek verstrekt tot zekerheid voor de betaling van geldsommen verschuldigd aan de crediteur *uit welke hoofde dan ook*.
22. Over de rechtsgeldigheid van deze verschillende vormen van pand en hypotheek is in het verleden weliswaar gestreden maar deze strijd is in het voordeel van de mogelijkheid van de krediet- en bankhypotheken beslist. Onder het voor 1 januari 1992 geldende recht werd deze mogelijkheid voor de eigendomsoverdracht tot zekerheid beslist door de Hoge Raad in het arrest Doyer en Kalff/Bouman, HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578¹⁹:

Networks zich op 6 mei 1993 als hoofdelijk medeschuldenaar verbond voor de schulden van Group aan de bank. Weliswaar heeft de bank Networks (nog) niet aangesproken als medeschuldenaar voor de kredietschuld van Group, maar de mogelijkheid bestaat dat dit alsnog gebeurt en in dat geval zou de bank zich bij niet-betaling door Networks moeten kunnen verhalen op de door Group verpande software.

4.5.2 Dit onderdeel slaagt. Uitgaande van de uitleg van de pandakte die op grond van het vorenstaande als juist moet worden aanvaard, valt niet zonder meer in te zien waarom het door Group voor toekomstige schulden van Networks verleende pandrecht op het programma "Quest" niet mede zou strekken tot zekerheid voor de hier bedoelde schuld van Networks aan de bank als hoofdelijk medeschuldenaar van Group, ingeval de bank Networks voor die schuld aanspreekt. De algemeen geformuleerde verklaring voor recht dat op de software met bijbehorende gegevensdragers van Group (in het geheel) geen pandrechten van de bank rusten, zoals door het Hof uitgesproken, behoefde dan ook nadere motivering, die het arrest van het Hof niet bevat."

¹⁸ Overigens, het gaat hier niet om wettelijke begrippen, dus de duiding is niet altijd zuiver en wordt in de literatuur en in de praktijk nogal eens verwarrend door elkaar gehaald. Zo omschrijven sommigen ook als krediethypotheek een hypotheek die strekt tot zekerheid voor zowel gesloten als nog te sluiten kredietovereenkomsten, terwijl ik hierna de krediethypotheek uitsluitend gebruik voor een hypotheek die een concrete bestaande kredietovereenkomst beschrijft.

¹⁹ *Hof*: Iedere verbintenis eist bepaaldheid van het onderwerp en dat geldt ook voor hypotheek en pand evenals voor zekerheidsoverdracht, die bepaaldheid moeten bezitten ten aanzien van de schuldvorderingen tot zekerheid van welke voldoening zij verleend worden, omdat deze zekerheidsrechten een accessoir karakter hebben, hetgeen meebrengt dat zij gebonden behoren te zijn aan welomschreven schuldvorderingen. De overeenkomsten en de daarbij verleende rechten zijn nietig in de omvang waarin zij zijn verleend. Dit bezwaar bestaat niet, indien partijen zich bij deze rechtsverhouding hadden beperkt tot die schuldvorderingen, die uit de verhouding van bank en cliënt voortvloeien en een redelijke wetstoepassing brengt

23. Het huidige Burgerlijk Wetboek heeft niet bedoeld aan deze leer een einde te brengen.

Niet alleen uit de tekst van art 231 Boek 3 BW doch ook uit de parlementaire geschiedenis bij het BW blijkt dat het de bedoeling was om de bestaande leer onder het oud BW niet te wijzigen. In de parlementaire geschiedenis wordt expliciet verwezen naar het arrest van de HR uit 1953:

'Wat hier ten aanzien van de verbintenis wordt bepaald, wordt thans reeds algemeen aangenomen. Men kan voor een toekomstige schuld zowel pand als hypotheek geven.' Aldus ook HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578. (TM Parl. gesch., blz. 737)

24. Vergelijk voor een bevestiging van de rechtsgeldigheid van de krediet- en bankhypotheek bij binnenschepen: HR 6 juni 2000, NJ 2000, 534, Rov 3.4.2²⁰:

"Aldus wordt ook voor zover het binnenschepen betreft recht gedaan aan de betekenis van de (crediet en) bankhypotheek als onmisbaar financieringsinstrument. Het belang van derden dat zij kunnen nagaan in hoeverre de aan hun schuldenaar toebehorende registergoederen met hypotheek bezwaard zijn, wordt voldoende gewaarborgd door art. 3:260 lid 1 BW, waarin voor zover hier van belang is bepaald dat de hypotheekakte moet vermelden het maximumbedrag dat uit hoofde van de hypotheek op het goed kan worden verhaald."

25. Een praktische oplossing voor het antwoord op de vraag hoe nu exact bepaald wordt tot zekerheid waarvan een pand- of hypotheekrecht strekt, is de zogenaamde boekenclausule, vgl. art. 18 van [de Algemene Bankvoorwaarden 2017](#):

"18. Bewijskracht en bewaartermijn bankadministratie

Onze bankadministratie levert volledig bewijs op maar u mag tegenbewijs leveren.

1. Wij administreren de rechten en verplichtingen die u heeft of zal hebben in uw relatie met ons. Hieraan worden wettelijk hoge eisen gesteld. Onze administratie geldt in relatie met u als volledig bewijs, maar uiteraard mag u aantonen dat dit bewijs niet klopt.
2. De wet schrijft voor hoe land wij onze administratie moeten bewaren. Na afloop van de wettelijke bewaartermijnen mogen wij de administratie vernietigen."

26. Onder het voor 1 januari 1992 geldende recht had de Hoge Raad reeds herhaaldelijk geoordeeld dat de toenmalige boekenclausule van de banken geoorloofd was (vgl. HR 1 juni 1923, NJ 1923, 947 en HR 24 januari 1935, NJ 1935, 498). Gelet op de invoering van de Algemeen Voorwaardenregeling in het NBW zou wellicht aan een dergelijk beding getwijfeld kunnen worden indien de geldnemer een natuurlijke persoon is, die niet handelt in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep, vgl. art. 6:236 aanhef en onder k:

'Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding (...).

mee dat de bedoelde rechtshandelingen worden omgezet in rechtshandelingen van deze beperkte strekking.

Hoge Raad: De overeenkomst waarbij de debiteur in fiduciaire eigendom overdraagt tot meerdere zekerheid van de betaling van al hetgeen de bank van hem uit welke hoofde ook te vorderen heeft is niet ongeldig wegens gemis aan bepaaldheid. Het arrest van het Hof werd niet vernietigd, doch op andere gronden in stand gelaten.

²⁰ In dit arrest komen ook de bijzondere voorwaarden van de hypotheekakte bij scheepshypotheeken aan de orde, vgl. Art. 8:792 BW voor binnenschepen. De Hoge Raad concludeert dat de eis om separaat de bedongen rente en de tijdstippen waarop deze vervallen te vermelden (een eis waaraan bij een bankhypotheek niet kan worden voldaan voor ten tijde van het passeren van de hypotheekakte nog niet bestaande kredietverhoudingen) alleen relevant is indien men de rente wenst te verhalen boven het reeds in de hypotheekakte genoemde maximumbedrag.

k. dat de bevoegdheid van de wederpartij om bewijs te leveren uitsluit of beperkt, of dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van de wederpartij wijzigt, hetzij doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijkheid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan hem kan worden toegerekend.'

Stein toont overtuigend aan, dat deze twijfel onjuist is²¹.

Uit de arresten van de Hoge Raad van 26 juni 1992 en 8 februari 2013²² blijkt de boekenclausule slechts gebruikt kan worden als executoriale titel indien en voor zover het om op het moment van passeren van de akte bestaande vorderingen betreft als ook vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een ten tijde het passeren van de akte bestaande overeenkomsten. De relevantie hiervan is overigens slechts beperkt, als separatist is een pand- hypotheekhouder niet aan deze beperking gebonden doch is alleen beslissend of de vorderingen tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht is gevestigd voldoende bepaald is om als executoriale titel te dienen los van het optreden als separatist.

Rechters in lagere instanties hebben in de praktijk moeite dit onderscheid. Zo paste de Rechtbank Midden Nederland zp Utrecht op 14 oktober 2016 (JOR 2017/21) ten onrechte het criterium toe dat uitsluitend geldt bij het verhaal op andere goederen dan waar een hypotheekrecht is gevestigd voor een geval waarin geoordeeld moest worden of het gebruik gemaakt kon worden van het hypotheekrecht. Diezelfde Rechtbank Midden Nederland ging op 17 augustus 2016 (JOR 2016/319) ook al in de fout. De Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland zp Alkmaar paste op 3 oktober 2016 (JOR 2016/320) wel het juiste criterium toe.²³

²¹ Vermogensrecht, losbladig, art. 231, aantekening 15)²¹:

Twee redenen zijn evenwel aan te voeren, op grond waarvan de boekenclausule in de akte van hypotheekverlening ook dan *geldig* is, als de hypotheekgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf:

a. De clausule ressorteert niet onder de werking van art. 6:236 onder k, omdat zij de bevoegdheid van de hypotheekgever om bewijs te leveren noch uitsluit noch beperkt en ook niet de bewijslast omkeert. Ook heeft het beding niet tot effect dat de hypotheekgever een verklaring aflegt omtrent de deugdelijkheid van de hem verschuldigde prestatie, en evenmin hem belast met het bewijs dat een tekortkoming van de hypotheekhouder aan deze kan worden toegerekend.

b. De boekenclausule is in de hypotheekakte of de daarbij van toepassing verklaarde algemene voorwaarden van hypotheekverlening meestal zo geredigeerd, dat de hypothecaire uitwinning door de bank kan worden ondernomen voor het bedrag dat de hypotheekgever haar volgens haar boeken verschuldigd is. De clausule heeft dan niet betrekking op de bewijslastverdeling in een civiele procedure over de hoogte van het saldo. Mocht dat wel zo zijn, zal zij alleen voor dat gedeelte voor niet geschreven worden gehouden (art. 3:41 BW), zo zij tenminste niet onaanvechtbaar is op grond van *a(onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 onder a BW, LHA)*.

²² Vgl. HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449 (Rabobank/Visser), zie in dezelfde zin HR 8 februari 2013, NJ 2013, 123

(Rabobank/Donselaar q.q.), de noten van Snijder bij beide arresten zijn uiterst lezenswaardig, zie bijvoorbeeld de volgende passage: "Mijn noot bij Rabobank/Visser eindigde ik met een advies. Ik herhaal het advies nog maar eens en werk het ook nog wat uit. Wil een hypotheekakte of andere authentieke akte een executoriale titel kunnen vormen voor extrahypothecaire executie, dan dient ingevolge Rabobank/Donselaar het volgende te gebeuren. De bestaande vorderingen en de bestaande rechtsverhoudingen waaruit in de toekomst eventueel vorderingen zouden kunnen voortvloeien waarvoor de crediteur mogelijk verhaal zou willen zoeken via extrahypothecaire executie dienen in de akte geconcretiseerd te worden."

²³ Vergelijk de noot van Faber onder JOR 2016/320: "De vraag naar de executoriale kracht van de grosse van een hypotheekakte (of een andere authentieke akte) is alleen relevant in gevallen waarin de schuldeiser een executoriale titel nodig heeft om voor een in die akte vermelde vordering verhaal te nemen op goederen van de schuldenaar. In het aan de Rechtbank Midden-Nederland voorgelegde geschil was dat echter niet aan de orde. Het gaat in die procedure uitsluitend om de vraag of de hypotheekhouder bevoegd was het met hypotheek bezwaarde goed (het onderpand) uit te winnen voor de door dat hypotheekrecht geseceerde vorderingen. De hypotheekhouder heeft op grond van art. 3:268 BW het recht van parate executie en behoeft om die reden nu juist geen executoriale titel voor het nemen van verhaal op het met hypotheek bezwaarde goed. Voldoende is dat het hypotheekrecht geldig is gevestigd en dat de schuldenaar jegens de hypotheekhouder in verzuim verkeert met betrekking tot de voldoening van een of meer door het hypotheekrecht geseceerde vorderingen. In het

Steneker heeft de eisen waar vorderingen van de hypotheekhouder aan moeten voldoen om onder een hypotheek te kunnen verhalen nog eens uiteengezet²⁴:

- Voldoende bepaalbaar: “voor alle vorderingen uit welke hoofde dan ook” volstaat daarbij (plus maximumbedrag in hypotheekakte (art. 3:260 lid 1 BW)
- De te verhalen vordering moet binnen omschrijving hypotheekakte vallen; bij alle is dat het geval
- Hypotheekhouder moet een bewijsbare vordering hebben: boekenclausule is geldig
- Tijdens faillissement van de hypotheekgever mag de hypotheekhouder alleen vorderingen verhalen die voortvloeien uit een vóór faillissement bestaande rechtsverhouding met de hypotheekgever (niet vereist dat de rechtsverhouding ten tijde van het verlijden van de akte reeds bestond). Bovendien mag de hypotheekhouder in bepaalde gevallen geen vordering verhalen die hij in het zicht van of tijdens faillissement heeft overgenomen van een derde.

Gevolgen van beslag ten laste van hypotheekgever/faillissement hypotheekgever

27. De mogelijkheid van een krediet- en bankhypotheek doet wel de vraag rijzen naar de gevolgen van een dergelijke hypotheek in geval van beslag of faillissement van de hypotheekgever. Over de gevolgen van een beslag heeft de Hoge Raad zich in 1955 uitgesproken²⁵. In dat arrest heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een krediethypotheek kan worden tegengeworpen aan een na de datum van de inschrijving van de krediethypotheek ten laste van de hypotheekgever gelegd beslag ook indien de vordering eerst is ontstaan na de datum van het beslag (p. 1284, linkerkolom):

“.. een onroerend goed ook in geval van een krediethypotheek wordt verhypothekend door het verlenen van het recht van hypotheek bij desbetreffende akte en niet door het vervolgens verstrekken en opnemen van geld op krediet, ook indien deze zijn ontstaan na de overschrijving van het proces verbaal van de in dat artikel (art. 505 Rv oud, LHA) artikel bedoelde inbeslagneming tegenover de beslaglegger de hypotheek kan worden ingeroepen mits deze in de daartoe bestemde openbare registers is ingeschreven voor die overschrijving.”

28. Overigens, de hypotheek-/pandhouder die in de wetenschap van het beslag, zijn vordering zonder meer op laat lopen, moet op zijn tellen passen. Het arrest uit 1955 had betrekking op het opnemen van krediet na beslaglegging terzake een voor de beslaglegging gesloten kredietovereenkomst. In de literatuur is – mijns inziens terecht – gewezen op de mogelijkheid dat een derde een rechtshandeling tussen de pandhouder (die wetenschap heeft van het beslag) en pandgever verricht na het beslag vernietigd met een beroep op de actio pauliana (art. 3:45 BW). Voorts is gewezen op de mogelijkheid dat de pandhouder in een dergelijk geval door de derde wordt aangesproken op basis van onrechtmatige daad²⁶. Ik meen overigens dat indien en voor zover de vordering na de beslaglegging ontstaat uit een ten tijde van het beslag reeds tussen de pandgever/hypotheekgever en pandhouder/hypotheekhouder bestaande rechtsverhouding, van pauliana of onrechtmatige daad in beginsel geen sprake kan zijn (vgl. ook hierna voor situatie bij faillissement).

voorliggende geval strekte het hypotheekrecht – zoals gebruikelijk – tot zekerheid voor al hetgeen de hypotheekhouder nu of in de toekomst uit welke hoofde dan ook van de schuldenaar te vorderen had of zou hebben (een bankhypotheek). Een omschrijving van de geseceureerde vorderingen als hier bedoeld, voldoet aan het bepaaldheidsvereiste van art. 3:231 lid 2 BW en niet in geschil was dat de vorderingen waarvoor de hypotheekhouder verhaal zocht, door het hypotheekrecht werden geseceureerd. Daarmee stond naar geldend recht in beginsel niets aan de uitwinning van het hypotheekrecht door de hypotheekhouder in de weg.”

²⁴ WPNR 2017 (7138), Steneker, Hypotheek voor alle (lees: alle) vorderingen

²⁵ HR 25 februari 1955, NJ 1955, 711

²⁶ Vgl. Asser-Van Mierlo 3-VI*, nr. 51

29. Over de situatie bij faillissement van de zekerheidsverstrekker is veel geschreven. De discussie over de gevolgen van het faillissement voor de zekerheidsgerechtigde wordt mede gevoerd aan de hand van een arrest van de Hoge Raad uit 1995, NCM/Knottenbelt²⁷. In dat geval betrof het een zekerheidsgerechtigde die tijdens het faillissement concurrente vorderingen van een leverancier van de failliet overnam, en deze vervolgens op basis van een bankhypotheek wilde brengen onder zijn zekerheid. De Hoge Raad oordeelde dat uitsluitend verhaal kon worden geoefend voor bij de aanvraag van de, aan het faillissement voorafgaande surseance van betaling, bij de zekerheidsgerechtigde aanwezige vorderingen.

De discussie heeft ook betrekking op de (al dan niet) afdwingbaarheid van de constructie van een leveringsverplichting gekoppeld aan een boetebeding voor zover deze boete wordt verbeurd na de datum van het faillissement van de hypotheekgever. Zo stelt Faber in een noot bij een uitspraak van de Rechtbank Utrecht 16 juli 1997, JOR 1998, 31 dat in het geval een boete enkel en alleen de strekking heeft de schuldenaar aan te sporen tot nakoming over te gaan, er veel voor valt te zeggen dat indien een boete die eerst na het faillissement wordt verbeurd, in verband met het zogenaamde hakbijeffect van het faillissement, de boete niet moet kunnen worden geverifieerd en evenmin als vordering moet kunnen dienen waarvoor een zekerheidsrecht wordt uitgewonnen. Een dergelijke zuivere boete moet onderscheiden worden van een boete die eigenlijk bedoeld is als een gefixeerde schadevergoeding. Zo'n boete kan wel in het faillissement worden uitgewonnen²⁸.

Vgl. over het vorenstaande ook Loesberg in zijn artikel Enige beschouwingen over zekerheden in Collectief verband²⁹. Loesberg meende in dat artikel dat uit het arrest NCM/Knottenbelt een algemene regel kan worden afgeleid dat het niet mogelijk is om onder een bankhypotheek te verhalen vorderingen die eerst na de datum van het faillissement ontstaan. In andere zin Rongen in zijn artikel: "De trustee bij obligatieleningen, in het bijzonder de security trustee"³⁰. Rongen schreef dat een zekerheidsrecht tot zekerheid strekt van:

- bestaande vorderingen van de crediteur op de debiteur (al dan niet onder voorwaarde); en
- vorderingen die na de datum van het faillissement ontstaan mits deze voortvloeien uit een ten tijde van het moment van het uitspreken van het faillissement tussen de zekerheidsgever en zekerheidsnemer bestaande rechtsverhouding.

Rongen was overigens van mening dat beslissend is dat er een rechtsverhouding bestaat ten tijde van het uitspreken van het faillissement, en niet dat de rechtsverhouding bestond tussen de failliet en de zekerheidsgerechtigde. In December 2012 heeft Loesberg mij overigens desgevraagd mondeling laten weten dat hij inmiddels op zijn standpunt is teruggekomen.

Het Hof Den Bosch heeft op 24 januari 2012 een arrest gewezen met een afwijkend standpunt (zie Hof Den Bosch 16 augustus 2011, JOR 2012, 329 Schreurs q.q./ABN Commercial Finance). Het daartegen ingesteld cassatieberoep heeft geen duidelijkheid gegeven omdat het cassatieberoep zich niet tegen dit oordeel richtte (HR 14 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ5663 (Schreurs q.q. / ABN Commercial Finance), JOR 2013, 264 en NJ 2013/421). Gelukkig heeft de Hoge Raad op 16 oktober 2015 in het arrest inzake Der Lage Landen/Van Logtestijn een klip en klaar antwoord op deze vraag gegeven en impliciet de juistheid van het standpunt van Rongen onderschreven:

"Een pandhouder kan staande het faillissement van zijn pandgever verhaal nemen op de opbrengst van de uitwinning van voorafgaand aan het faillissement gevestigde pandrechten, voor een vordering die is ontstaan op of na de dag van de

²⁷ HR 4 november 1994, NJ 1995, 627

²⁸ Vergelijk voor een voorbeeld Hof Amsterdam 26 juli 2016, JOR 2017/47

²⁹ Onderneming en Effecten, pag. 531 e.v.

³⁰ in Vertegenwoordiging en tussenpersonen, serie Onderneming en recht, deel 17, p. 307 e.v

faillietverklaring van de pandgever, mits die vordering voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde.”³¹

Ook de nieuwste druk van Asser beschrijft dit inmiddels als de heersende leer³².

Vgl. hierna ook nog uitgebreid onder regres en subrogatie in het bijzonder hierna punt 36 e.v.³³. Een voorbeeld van een geval waarin de rechtsverhouding met de failliet al bestond ten tijde van het uitspreken van het faillissement is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 2003.³⁴ In die casus was een bankhypotheek gevestigd. Het vreemde in de casus was dat deze bankhypotheek gevestigd was nadat de hypotheekhouder aan de hypotheekgever een koopprijs voor het object had betaald waarop een hypotheek werd gevestigd. Vervolgens ging de hypotheekgever failliet. De curator stelde dat de hypotheek moest worden doorgehaald omdat er geen rechtsverhouding was tot zekerheid waarvan de hypotheek was gevestigd. In het geding bleek hypotheekhouder inderdaad niet in staat aannemelijk te maken dat er een rechtsverhouding bestond op basis waarvan een schuld zou ontstaan die onder de hypotheek kon worden gebracht. In het bijzonder was niet vast komen te staan dat de koopprijs bij nader inzien bedoeld was als lening. Nu hadden partijen af kunnen spreken dat tot zekerheid van de leveringsverplichting (via een boetebeding) de hypotheek zou gaan gelden maar dat was niet gebeurd. Conclusie: doorhaling van de hypotheek (ook al was er sprake van een bankhypotheek). Een voor de praktijk aardige vraag is nog of de schade die ontstaat door de niet levering en ontbinding van een verkoop- en leveringsovereenkomst ook een vordering kan zijn tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht kan worden gevestigd. Ik meen van wel. In transactiedocumentatie van deals komt men dat ook tegen.

Overdracht van (een deel van) de vordering(en) tot zekerheid waarvan het pandrecht en/of het hypotheekrecht strekt.

30. Pand- en hypotheekrechten zijn zogenaamde afhankelijke rechten, dat wil zeggen rechten die zodanig aan een ander recht, het hoofdrecht zijn verbonden dat deze rechten zonder het hoofdrecht niet kunnen bestaan (art. 3:7 BW). Afhankelijke rechten volgen bij overgang het vorderingsrecht waaraan ze verbonden zijn (art. 3:82 BW). Afhankelijke rechten zijn tevens nevenrechten in de zin van artikel 6:142 BW. Dus: de overdracht van pand- en hypotheekrechten is als zodanig niet mogelijk, er kan slechts sprake zijn van een overgang (van rechtswege) van pand- en hypotheekrechten indien er sprake is van een overgang/overdracht van het vorderingsrecht waaraan het pand- en hypotheekrecht verbonden is.
31. Het gaat bij deze overgang om de vraag aan welke vorderingsrechten pand- en hypotheekrecht verbonden kunnen zijn. Er kunnen de volgende gevallen worden onderscheiden:
 - I. Het pand-/hypotheekrecht is verbonden aan een vaste, bestaande vordering (**vast** pand-/hypotheekrecht);

³¹ De Lage Landen / Van Logtestijn op 16 oktober 2015, JOR 2016/20 (Noot Faber en Vermunt), NJ 2016/48 (Noot Verstijnen)

³² Asser-Van Mierlo 3-VI*, nr. 51: “Anders dan in de vorige druk nog is verdedigd, moet worden aangenomen dat het fixatiebeginsel niet eraan in de weg staat dat een pand- of hypotheekhouder zich ook voor eerst ná datum van faillietverklaring ontstane vorderingen kan verhalen op de opbrengst van het verbonden goed. Het fixatiebeginsel verzet zich uiteraard wel ertegen dat verhaal zou kunnen worden genomen voor vorderingen die eerst ná datum van faillietverklaring zijn ontstaan uit een vóór deze datum nog niet bestaande rechtsverhouding.”

³³ Vgl. voor de discussie gevoerd naar aanleiding van de overwaarde-arrangementen, hierna, punt 44 e.v.

³⁴ HR 31 januari 2003, JOR 2003, 73

- II. Het pand-/hypothekrecht is verbonden aan bestaande en toekomstige vorderingen uit hoofde van een ten tijde van de vestiging van het pand-/ hypothekrecht bestaande kredietovereenkomst (**kredietpand-/ hypothek- recht**); en
- III. Het pand-/hypothekrecht is verbonden aan bestaande en toekomstige vorderingen die uit welke hoofde dan ook ontstaan (**bankpand-/ hypothek- recht**).

Ad I:

Er is sprake van een overgang van het pand-/hypothekrecht indien de vaste vordering wordt overgedragen of overgaat door subrogatie of onder algemene titel. Ook indien een deel van de vaste vordering wordt overgedragen (of overgaat door subrogatie of onder algemene titel) is er volgens de heersende leer sprake van een gedeeltelijke overgang van het pand-/hypothekrecht. Strikt technisch ontstaat er alsdan een gemeenschap van pand-/hypothekrechten.

Ad II:

Er wordt aangenomen dat een kredietpand-/hypothekrecht mee overgaat indien de kredietovereenkomst in zijn geheel overgaat. Daarmee wordt de situatie bedoeld waarbij de kredietovereenkomst tot zekerheid waarvan de zekerheden zijn gevestigd (middels contractsoverneming of onder algemene titel) overgaat op een derde. Een groot voordeel van deze methode is dat ook vorderingen die na de contractsoverneming ontstaan uit hoofde van de kredietovereenkomst onder het pand-/hypothekrecht vallen.

De heersende leer veronderstelt voorts dat het mogelijk is om een deel van de vorderingen uit de kredietovereenkomst inclusief de daaraan verbonden zekerheden over te dragen indien de kredietovereenkomst eerst wordt beëindigd en vervolgens de vorderingen worden overgedragen.

Ad III:

Met een beroep op het Balkema arrest³⁵ wordt algemeen aangenomen dat een bankpand/bankhypothek overgaat indien een (bank)relatie tussen de bank (pand/hypothekhouder) en debiteur (pand/hypothekverstrekker) is geëindigd en de restantvordering wordt overgedragen. Indien de bankrelatie nog bestaat (en er uit hoofde van de kredietrelatie dan wel uit andere hoofde nog vorderingen kunnen ontstaan), werd veelal aangenomen dat het pand/hypothekrecht niet mee overgaat indien (een deel van) de bestaande vordering aan een derde wordt overgedragen.

32. Deze laatste leer heeft in de literatuur nogal onder vuur gelegen. In verband daarmee heeft de Juridische Commissie van de NVB in 2002 het initiatief genomen om te bezien in hoeverre de heersende leer wijziging behoefde. Naar aanleiding van adviesaanvraag heeft Prof. Mr. Van Mierlo een wijziging van de heersende leer bepleit³⁶.
33. Mede op basis van de adviesaanvraag en het daarop uitgebrachte het advies van Mr Van Mierlo stelde ik ooit de volgende regels op:
 - I. De overdracht door levering (cessie) van een (deel van de) vordering die gedekt is door een krediethypothek of bankhypothek (zonder dat de bestaande kredietrelatie wordt beëindigd) heeft tot gevolg dat (een deel van) het hypothekrecht mee overgaat naar de verkrijger van de vordering en

³⁵ HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 De Ouderrecht/FGH

³⁶ bijvoorbeeld Mr L. Timmerman, Bankhypothek en afhankelijkheid, Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, p. 409 e.v., Prof. Mr. W. Snijders, de openheid van het vermogensrecht; Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen, Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, p. 27 e.v.

wel aldus dat er een gemeenschappelijk hypotheekrecht ontstaat, tenzij partijen bij de totstandkoming van het hypotheekrecht uitdrukkelijk iets anders hebben afgesproken (en het hypotheekrecht daarmee hebben gemaakt tot een strikt persoonlijk, niet voor overgang vatbaar recht)³⁷.

- II. Ook indien de overgang van de vordering niet plaatsvindt door middel van cessie maar door middel van subrogatie³⁸ of wanneer de vordering niet onder bijzondere titel maar onder algemene titel overgaat, geldt het gestelde onder punt I.
- III. Bij overdracht onder **algemene titel** (zoals bij een fusie of een splitsing) treedt de verkrijger de positie van alle rechten en verplichtingen van zijn voorganger. Bij een krediethypotheek treedt 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. Vorderingen die uit andere hoofde dan de kredietovereenkomst ontstaan, kunnen ook bij overdracht onder algemene titel niet worden verhaald door de verkrijger onder de krediethypotheek. Bij de overgang onder algemene titel van een bankhypotheek treedt bij fusie 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. Bij afsplitsing is de vraag van belang of de hypotheekgever nog een relatie overhoudt met de achterblijvende vennootschap en is de positie niet eenduidig. Indien een relatie achterblijft, zal er een gemeenschappelijk hypotheekrecht ontstaan.
- IV. Bij overdracht onder **bijzondere titel** treedt de verkrijger alleen in de rechten en verplichtingen die verband houden met het object dat onderdeel uitmaakt van de overdracht (bij cessie of subrogatie, de vordering of, bij contractsovername, de overeenkomst). Het hangt er hier dus vanaf wat exact wordt overgedragen. Is het een vordering (waarbij geen expliciete afspraak wordt gemaakt omtrent de rente die op die vordering vervalt na de datum van overdracht) dan geldt ingevolge art. 6:142 BW dat het recht op bedongen rente die vervalt na de datum van overdracht mee overgaat op de verkrijger en dat de verkrijger deze dus ook kan verhalen op de bank- of krediethypotheek. De regel, die bij de zogenaamde vaste hypotheek onbetwist is, te weten dat na overgang van een vordering, de hypotheek mede tot zekerheid strekt van vorderingen tot betaling van rente die na de overgang ontstaan met betrekking tot de overgedragen vorderingen, tevens van toepassing is in het geval dat er sprake is van een krediet- en bankhypotheek. Wordt de kredietovereenkomst (partieel) overgedragen, dan kan de verkrijger de vorderingen die hij in de toekomst verkrijgt uit hoofde van de (partieel) overgedragen kredietovereenkomst onder de hypotheek verhalen.
- V. Van het gestelde onder de punten III en IV kan worden afgeweken indien partijen bij het vestigen van de zekerheid bepalen dat de overgang van de hypotheek niet mogelijk is (waarmee het hypotheekrecht een strikt persoonlijk karakter krijgt, te weten verbonden aan de persoon van de hypotheekhouder).

³⁷ Vgl. Snijders, In Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, t.a.p., p. 34 en Verhagen en Rongen, Cessie, p. 145. Verhagen en Rongen wijzen erop dat het ook denkbaar is dat niet een gemeenschappelijk hypotheekrecht ontstaat maar twee separate hypotheekrechten met dezelfde rang, vgl. p. 146.

³⁸ Vgl. voor beschrijving van subrogatie in het algemeen, hierna punt 36 e.v.

34. Bij het voorafgaande geldt een waarschuwing, te weten dat er geen (beslissende) rechtspraak is waaruit blijkt dat deze regels juist zijn. Ik meen mij echter gesteund door de literatuur over dit onderwerp en het advies van Mr Van Mierlo. Dat het nog steeds geen uitgemaakte zaak is, moge blijken uit de oude druk uit 2003 van Asser-Van Velten, Zekerheidsrechten III, p. 320 e.v. waarin nog steeds de oude leer wordt beschreven als de heersende. De huidige Asser Zekerheidsrecht 3 – VI (2016, van de hand van Mr Van Mierlo, vgl. nr 52 e.v. in het bijzonder 54) is meer genuanceerd en stelt dat het vooral een kwestie van uitleg is van de pand- of hypotheekakte:

“In het kader van een bank- of kredietzekerheid lopen de meningen uiteen over de vraag of bij overgang van de gesecureerde vordering door cessie of subrogatie tevens van rechtswege het zekerheidsrecht overgaat op de cessionaris onderscheidenlijk de gesubrogeerde. Beslissend hiervoor is het antwoord op de vraag waartoe de bank- of kredietzekerheid strekt, hetgeen uitleg noodzakelijk maakt van de omschrijving van de vorderingen waarvoor de zekerheid strekt. Strekt de bank- of kredietzekerheid tot zekerheid voor de terugbetaling van de vordering die resteert na beëindiging van de relatie (derhalve voor de eindvordering), dan brengt overgang van een vordering door cessie of subrogatie slechts overgang van het zekerheidsrecht met zich als de relatie tussen oorspronkelijke schuldeiser en schuldenaar is beëindigd en de overgegangene vordering derhalve een eindvordering is. Strekt de bank- of kredietzekerheid niet alleen voor de eindvordering maar voor een veelheid van vorderingen, dan leidt de overgang van de – op enig moment bestaande – vordering van schuldeiser op schuldenaar tot (gedeeltelijke) overgang van het zekerheidsrecht, waarbij dit zekerheidsrecht zowel vorderingen van de oorspronkelijke schuldeiser als de krachtens cessie of subrogatie op de nieuwe schuldeiser overgegangene vordering dekt. In dat geval ontstaat aldus een gemeenschappelijk zekerheidsrecht.”

Zie over dit onderwerp mr dr A.C.F.G. Thiele in Collectieve zekerheidsarrangementen; onzekere zekerheid? ³⁹ Zij komt tot de feitelijke constatering dat de meeste grote advocatenkantoren beredeneerde opinies (reasoned opinions) afgeven waarin de overdraagbaarheid wordt bevestigd. Zie hierover ook uitgebreid, onder verwijzing naar de nieuwe leer, M.H.E. Rongen in de “Rongen Bijbel” over Cessie (2012), hoofdstuk XI. Zie ook (en helder) de Mrs Faber en Vermunt in De Security Trustee in crisistijden, hoofdstuk 6 in het boek: De Kredietcrisis, Serie Onderneming en Recht deel 54. Zie ook J.E. Dorsman en M.Th. van Kekem-Spit, Overgang van de bankhypotheek in Daar word ik blij van, opstellen aangeboden aan Marc Blom (2016), p. 71 e.v.

35. De afgelopen jaren is het onderwerp overgang van bankzekerheden mede van belang geworden in verband met de overdracht van zogenaamde NPLs (non-performing loans) door banken. Klanten van banken verzetten zich soms tegen deze overdracht. Bij dit verzet komt dan ook de stelling aan de orde of de overdracht van de lening (het contract, via contractsovername of via afsplitsing) en/of de vordering (de vordering uit hoofde van de lening, via cessie) ook tot gevolg heeft dat de zekerheden in handen komen van de verkrijger. Het hof Amsterdam heeft daarover in een [uitspraak op 17 januari 2017](#) een oordeel geveld⁴⁰. Het ging daarbij om een overdracht van een portefeuille vastgoedleningen door Van Lanschot aan Cerberus⁴¹. De overdracht geschiedde door middel van contractsovername. Het Hof kwam tot het volgende oordeel over die contractsovername:

“de vraag aan de orde of art. 36 van de ABV aldus moet worden uitgelegd dat [appellant sub 1 - de klant van Van Lanschot, LHA -] geacht wordt op voorhand de in art. 6:159 BW voorgeschreven toestemming voor de overdracht te hebben gegeven. Het hof onderschrijft het oordeel van de voorzieningenrechter dat voorshands ervan kan worden uitgegaan dit het geval is. Promontoria (de door Cerberus gebruikte juridische entiteit, LHA) heeft namelijk betoogd dat de Veldzichtlening deel uitmaakte van de zakelijke kredietportefeuille van Van Lanschot en dat Van Lanschot in 2013 het strategische besluit heeft genomen om haar zakelijke kredietportefeuille – als niet-kernactiviteit van de bank – af te stoten.

³⁹ Zekerheidsrechten in ontwikkeling, preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 2009, p. 78 e.v.

⁴⁰ Hof Adam 17 januari 2017, JOR 2017, 269, met noot M. Huizingh

⁴¹ Vergelijk het persbericht over deze deal van [6 augustus 2015](#)

Daartoe is eerst de zakelijke kredietportefeuille ondergebracht bij een aparte afdeling van de bank genaamd Corporate Banking. Vervolgens is van die portefeuille als eerste het pakket zakelijke vastgoedleningen die onder bijzonder beheer staan – waaronder de Veldzichtlening – verkocht aan Promontoria. Op 6 augustus 2015 heeft Van Lanschot haar voornemen tot die verkoop in een persbericht publiekelijk bekend gemaakt en bij brief van dezelfde datum – met in de bijlage het persbericht – is [appellant sub 1] persoonlijk van dit voornemen in kennis gesteld. Naar het voorlopig oordeel van het hof heeft Promontoria aldus vooralsnog genoegzaam aannemelijk gemaakt dat Van Lanschot de rechtsverhouding met [appellant sub 1] uit hoofde van de Veldzichtlening heeft overgedragen als onderdeel van een samenhangend geheel van activiteiten (zakelijke kredietverlening) en dat de overdracht van die activiteiten kwalificeert als een (gedeeltelijke) overdracht van de onderneming, oftewel – zo zal zijn bedoeld – overdracht van een gedeelte van de onderneming van Van Lanschot als bedoeld in art. 36 ABV. “

Vervolgens rees de vraag of als gevolg van de contractsovername ook de zekerheden mee over waren gegaan. Het Hof oordeelde daarover aldus:

“3.13. Met grief 3 klagen [appellanten] tevergeefs dat de door Veldzicht verstrekte hypotheek niet mee is overgegaan omdat het een bankhypotheek is die slechts op Promontoria kan overgaan als de relatie van [appellant sub 1] met Van Lanschot is beëindigd (vet, LHA). De grief gaat om meerdere redenen niet op: 1) Promontoria heeft met juistheid betoogd dat ook indien de relatie niet is beëindigd de bankhypotheek (gedeeltelijk) mee is overgegaan waardoor een gemeenschappelijk hypotheekrecht is ontstaan (vet, LHA); 2) Van Lanschot heeft op 25 mei 2016 (voor zover nodig) schriftelijk verklaard, dat voor zover sprake is van een gemeenschappelijk hypotheekrecht, Promontoria alle rechten uit de hypotheek zelfstandig kan uitoefenen, waaronder uitdrukkelijk begrepen het recht van parate executie; 3) Promontoria staat in het kadaster ingeschreven als hypotheekhouder, terwijl dit kort geding zich niet leent voor een onderzoek naar de rechtsgeldigheid van die inschrijving.”

Annotator Huizingh⁴² zegt over het oordeel van het Hof:

“4. Overgang van een bankhypotheek bij in stand blijven van de kredietrelatie. Een ander punt dat in hoger beroep aan de orde wordt gesteld, is de vraag of het hypotheekrecht op het appartementencomplex wel op Promontoria was overgegaan. Het door Van Lanschot gevestigde hypotheekrecht was een zogeheten bankhypotheek; een hypotheekrecht dat strekt tot zekerheid voor alle vorderingen die de bank op de schuldenaar heeft of zal verkrijgen uit welken hoofde ook. Dit hypotheekrecht strekte derhalve tevens tot zekerheid voor het door Van Lanschot verstrekte persoonlijk krediet dat niet door Promontoria werd overgenomen en evenmin door Van Lanschot was beëindigd. De ondernemer voerde aan dat het hypotheekrecht slechts op Promontoria kon overgaan als de relatie met Van Lanschot zou zijn beëindigd.

5. Dit argument is vermoedelijk ontleend aan het Balkema-arrest (HR 16 september 1988, NJ 1989/10). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de overnemer van een door bankhypotheek gecureerde vordering het daaraan verbonden hypotheekrecht kon uitwinnen. Het karakter van de bankhypotheek (het gegeven dat dit hypotheekrecht bedoeld is om zekerheid te bieden voor alle bestaande en toekomstige vorderingen van de bank uit welken hoofde ook), stond daaraan niet in de weg. De Hoge Raad benadrukte in het arrest de hoofdregel dat de hypotheek als afhankelijk recht mee overgaat met de vordering waaraan zij is verbonden. Een bijzondere omstandigheid in de zaak Balkema was dat de overdracht van de vordering plaatsvond op een moment dat de kredietrelatie tussen de overdrager en de schuldenaar al was geëindigd. Verscheidene auteurs leidden daaruit af dat beëindiging van de kredietrelatie een voorwaarde is voor de overgang van het hypotheekrecht. Op die opvatting is later veel kritiek gekomen, bijvoorbeeld van Van Achterberg die stelde dat beëindiging van de kredietrelatie géén vereiste is voor overgang van de bankhypotheek (WPNR 1994/6133, p. 295-298 en WPNR 1994/6134, p. 311-314). Haar opvatting is later door veel auteurs overgenomen, verder uitgewerkt en nader onderbouwd (zie voor een literatuuroverzicht J.W.A. Biemans, Rechtsgevolgen van stille cessie (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, pag. 227, voetnoot 44). De meeste schrijvers nemen inmiddels aan dat een bankhypotheek als afhankelijk recht overgaat op de verkrijger van een of meer van de daardoor gecureerde vorderingen, ongeacht of de kredietrelatie tussen de oorspronkelijke hypotheeknemer en de schuldenaar nog bestaat of is geëindigd. Tegenwoordig wordt veelal aangenomen dat overgang van de bankhypotheek alleen dan niet aan de orde is wanneer het hypotheekrecht door partijen tot een

⁴² Hof Adam 17 januari 2017, [JOR 2017, 269](#), met noot M. Huizingh

persoonlijk recht van de hypotheekhouder is gemaakt, hetgeen doorgaans (bij de gebruikelijke bewoordingen van de hypotheekakte) niet het geval is. Rechtspraak waarin deze visie op het Balkema-arrest wordt bevestigd was er tot nu toe echter niet.

6. Het hier besproken arrest van het Hof Amsterdam is in lijn met de thans heersende opvatting in de literatuur. Hoewel deze uitspraak ziet op de overgang van een vordering door contractoverneming, is zij ook relevant voor overgang door cessie. Voor de overgang van het hypotheekrecht is het niet van belang of alleen de daardoor gecureerde vordering wordt overgenomen of de rechtsverhouding waaruit die vordering voortvloeit; de rechtsgevolgen hiervan zijn op dit punt gelijk (vgl. M. Huizingh, Contractsoverneming (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, nr. 153-156). Zowel na cessie als na contractsoverneming kan een kredietrelatie blijven bestaan tussen de overdrager en de hypotheekgever en in beide gevallen geldt dat dit normaal gesproken niet in de weg staat aan overgang van het hypotheekrecht.”

Er is dus nu – eindelijk – een rechterlijke uitspraak die richting steun geeft aan het ook door mij ingenomen standpunt⁴³. Mr Loesberg (in zijn hoedanigheid van Voorzieningenrechter Rechtbank Oost-Brabant oordeelde op 8 februari 2018⁴⁴ in gelijk zin:

“4.12. Het betoog van [eiser] dat het pandrecht niet met de cessie van de vordering mee is overgegaan naar Promontoria omdat sprake is van een zogenaamde bankzekerheid (een zekerheid voor alle bestaande en toekomstige vorderingen uit welke hoofde dan ook), faalt. In zijn arrest van 16 september 1988, NJ 1989/10 (Onderrecht/FGH en PHP) overweegt de Hoge Raad onder andere: “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”. **Hieruit moet worden afgeleid dat in het geval van cessie van de gecureerde vordering alleen dan het pandrecht niet mee overgaat als deze zekerheid met zoveel woorden “persoonlijk” is gemaakt, met andere woorden in de pandakte is bepaald dat uitsluitend de in de akte genoemde schuldeiser zich op de zekerheid kan beroepen.** Dit nu, is in deze casus niet gebeurd.”

36. De onzekerheid voor wat betreft de gevolgen bij een bankhypotheek en krediethypotheek bij de overdracht van vorderingen, wordt in de praktijk bij gesyndiceerde leningen vaak opgelost door de zekerheden ten gunste van de Security Agent van de financiering te stellen. Het grote voordeel daarvan is dat alle participanten - met uitzondering van de Security Agent - kunnen wijzigen (en ook nieuwe participanten kunnen toetreden), zonder dat er een probleem met betrekking tot de overdracht van zekerheden ontstaat⁴⁵. Praktisch gezien gebeurt dit doordat de partij die zijn vordering wil overdragen, zijn vordering overdraagt – door levering van deze vordering of door contractsoverneming -, waarbij dan tevens betrokken wordt de overdracht van de

⁴³ Het laatste rechterlijke oordeel over de Van Lanschot – Cerberus deal is nog niet geveld. De Rechtbank Oost-Brabant oordeelde in een bodemprocedure dat artikel 36 ABV niet van toepassing is, Rb Oostbrabant 20 september 2017, [JOR 2018/24](#). Tegen dat vonnis is hoger beroep aangetekend. Annotator Keukens is kritisch over deze uitspraak. Persoonlijk vraag ik me af of het beroep op artikel 36 ABV stand houdt omdat ik me afvraag of inderdaad een deel van de bank Van Lanschot is overgedragen of slechts een portefeuille van leningen. In de ABV van 2017 is in artikel nog steeds een dergelijke bepaling opgenomen. In het vonnis van de Rechtbank Oost-Brabant zijn geen specifieke overwegingen te vinden met betrekking tot de overgang van zekerheden anders dan dat gesproken wordt over het door inroepen door de koper van pandrecht in het kader van de volgens de Rechtbank wel geslaagde cessie van de vorderingen (zie Rov. 4.18). Vergelijk over art. 36 ABV ook Hof Amsterdam 17 april 2018, [JOR 2018/181](#) (kort gezegd: Hoger beroep in kort geding, Opeising kredieten na overdracht kredietrelatie, Overdracht van slecht presterende leningen uit zakelijke vastgoedkredietportefeuille is geen (gedeeltelijke) overdracht van onderneming in de zin van art. 36 algemene bankvoorwaarden, Contractsoverneming niet rechtsgeldig, Aan voorwaarde cessie is niet voldaan, Verbod op executie onder dwangsom, Verwijzing naar rechtbank voor voortzetting van geding in bodemprocedure) en Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 25 mei 2018, [ECLI:NL:RBAMS:2018:3606](#)

⁴⁴ Voorzieningenrechter Rechtbank Oost-Brabant 8 februari 2018, [JOR 2018/136](#)

⁴⁵Rongen, Verhagen en Kortmann hebben zich in WPNR 6459 en 6460 (2001) uitgesproken voor deze mogelijkheid.

contractuele rechten en plichten ten opzichte van de Security Agent door middel van contractsovername. Een andere reden om de zekerheden uitsluitend ten behoeve van de Security Agent te stellen houdt verband met het feit dat slechts de agent dan de zekerheden uit kan winnen. Eerdergenoemde Mr Thiele wees in haar proefschrift van 2003⁴⁶ al op het risico van een eventueel faillissement van de Security Agent. Waar in veel andere landen de zekerheid die de Security Agent voor anderen houdt, een separaat afgescheiden deel van zijn vermogen vormt waar zijn gewone crediteuren geen verhaal op hebben, is dat in Nederland niet het geval. Dat zou betekenen dat in het faillissement van de Security Agent, zijn curator de zekerheden kan gaan uitwinnen en de opbrengst daarvan in de boedel trekt, terwijl hij de vorderingen van de lenders als concurrente crediteuren aanvaardt. Recentelijk heeft zij haar door de credit crisis en – bijna - faillierende banken zeer actueel geworden standpunt herhaald⁴⁷. Theoretisch heeft ze daar zonder meer een punt⁴⁸. Praktisch gezien weten we inmiddels dat in ieder geval het faillissement van Icesave in Nederland waar dit probleem speelde, de bewindvoerder hebben meegewerkt aan de overdracht van de positie als Security Agent.

35. Overigens kan een insolventierisico van de Security Agent worden voorkomen door een zogenaamd special purpose vehicle (rechtspersoon die maar een activiteit heeft het houden van zekerheden voor bepaalde deal, in Nederland voor zover mij bekend altijd een stichting) als houder van de zekerheden te laten optreden. Dit heeft als bijkomende voordeel dat het vervangen van de Security Agent kan geschieden door het vervangen van het bestuur van deze SPV, op instructie van – bijvoorbeeld – de meerderheid van de lenders.

⁴⁶ Collective Security Arrangements (2003), p. 102

⁴⁷ Zekerheidsrechten in ontwikkeling, preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 2009, p. 96 e.v.

⁴⁸ Ik meen overigens dat een curator die als security trustee de parallelle schuld incasseert een boedelschuld doet ontstaan omdat de boedel door zijn handeling, te weten het incasseren, is gebaat, vgl. art. 24 Fw, doch Mr Thiele is dat niet met mij eens.

Regres en subrogatie

36. Regres en subrogatie zijn twee in de wet beschreven rechtsfiguren die verband houden met het feit dat een derde een schuld van een ander voldoet. Het verschil zit – kort gezegd – in het feit dat bij **regres** de derde een **eigen** vordering krijgt op degene van wie hij de schuld heeft betaald, terwijl bij subrogatie de derde treedt (subrogeert) in de positie van de oorspronkelijke crediteur ten opzichte van degene wiens schuld is betaald⁴⁹. ING omschrijft regres in haar [zakelijke kredietvoorwaarden zoals deze sinds 1 januari 2017](#) gelden een regresvordering aldus:

“r. met regresvordering bedoelen we de vordering die een kredietnemer heeft op een van de andere kredietnemers als hij de schuld aan de bank heeft betaald. Als bijvoorbeeld kredietnemer A de hele schuld aan de bank betaalt kan het zijn dat een gedeelte van die schuld voor rekening van kredietnemer B moet komen. Of dat het geval is wordt bepaald door de onderlinge verhouding tussen A en B. Als uit hun onderlinge verhouding volgt dat B moet bijdragen aan terugbetaling van de schuld aan de bank, dan moet kredietnemer B dat gedeelte van de schuld aan kredietnemer A terugbetalen. We zeggen dan dat kredietnemer A een regresvordering heeft op kredietnemer B. Als de bank gebruik maakt van de mogelijkheid van omslag zoals bedoeld in artikel 6:13 van het Burgerlijk Wetboek ontstaat ook een regresvordering.”

38. De relevante wetsartikelen zijn opgenomen in Boek 6⁵⁰. Zie voor een fraai artikel over dit onderwerp Collisie van persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheden door F.E.J. Beekhoven van den Boezem.⁵¹

39. De regels van subrogatie en regres zijn eenvoudig te beschrijven aan de hand van een voorbeeld. Een concern bestaande uit een drietal vennootschappen, een Moeder en twee werkmaatschappijen, A en B. Het concern wordt onder andere gefinancierd door een rekening courant (paraplu)krediet van de Bank van maximaal Euro 2,5 miljoen. Deze financiering is aldus vormgegeven dat elk van de vennootschappen onder het krediet mag trekken en dat elk van hen hoofdelijk aansprakelijk is voor het totaal van de verstrekte kredieten. Veronderstel nu dat de Moeder Euro 0,5 miljoen heeft opgenomen onder het krediet, A Euro 1 miljoen en B Euro 1 miljoen. M, A en B hebben afgesproken dat in hun onderlinge verhouding voor het antwoord op de vraag wat hun uiteindelijke draagplicht van de schuld aan de Bank, het saldo van de rekening courant bij de bank op het moment van opzegging beslissend is. Naast de hoofdelijkheid van de drie vennootschappen heeft de Bank voorts de gebruikelijke zakelijke zekerheden bedongen, te weten:

- pandrecht op de door M gehouden aandelen in A en B; en

⁴⁹ Losbladige Vermogensrecht, art. 6:12 aantekening 3:

De voornaamste bijzonderheid van de subrogatie van art. 12 is in wezen dat niet de vordering overgaat op een *derde* die betaalde, maar op iemand die zelf *medeschuldenaar* was tegenover dezelfde schuldeiser. Zie de T-M op art. 150, Parl. gesch., blz. 557. De bijzondere situatie eist bijzondere regels die uitgaan van de verhouding tussen de medeschuldenaren en hun draagplicht. Subrogatie betekent ook dat op de schuldenaar door de delging van de schuld overgaan de eventuele zekerheidsrechten en andere nevenrechten, alsmede voorrechten die de schuldeiser tegenover de medeschuldenaren ten dienste stonden. Het is dus belangrijk dat, naast art. 10, dat de schuldenaar een regresrecht geeft, art. 12 hem een recht geeft door subrogatie; Van Boom, diss., spreekt dan ook van de regresversterkende subrogatie. De samenloop tussen regres en subrogatie is een geval van alternativiteit: de schuldenaar krijgt de keuze voor zijn uitgangspunt. In de T-M, Parl. gesch., blz. 120, wordt uitvoerig op de verhouding tussen art. 10 en 12 ingegaan. Praktisch is het verschil klein, zo blijkt uit de MvA II, Parl. gesch., blz. 121. Dit geringe verschil is ook, zo leest men daar, de reden waarom in het midden wordt gelaten of er sprake is van één vorderingsrecht waarvan de inhoud wordt bepaald door de art. 10 en 12 tezamen, dan wel van twee vorderingsrechten die tezamen slechts éénmaal recht op dezelfde prestatie geven. De Toelichting verwijst voor een en ander naar Sniijders in Speculum Langemeijer, blz. 459 e.v

⁵⁰ Zie [Bijlage I](#) hierna opgenomen

⁵¹ in Onderneming & Financiering 2005, nr. 67, p. 56 e.v. Zie meer recent ook het artikel van A.R. van Uhm, Persoonlijke zekerheden in concernfinancieringen in [Maandblad voor Vermogensrecht 2017, nummer 9](#)

- pandrecht op voorraad, inventaris en debiteuren.
40. Het concern voldoet niet meer aan bepaalde covenants die in de rekening courant faciliteit zijn opgenomen, de Bank zegt het krediet op (rekening courant saldi zijn nog steeds gelijk als hiervoor vermeld). De Bank kan nu ieder van de drie aanspreken voor het volledige bedrag van Euro 2,5 miljoen. Veronderstel nu dat B er in slaagt de Euro 2,5 miljoen aan de bank te voldoen. B treedt dan (ingevolge art. 6:12 BW) in de rechten van de Bank ten opzichte van M en A steeds voor respectievelijk een bedrag van Euro 0,5 miljoen (M) en Euro 1 milj. (A). B treedt bovendien in de positie van de Bank met betrekking tot de zekerheidsrechten⁵². Daarnaast krijgt B (ingevolge art. 6:10 BW) een eigen (ongesecureerde) regresvordering op M en A (voor respectievelijk A: Euro 0,5 miljoen en B: Euro 1 miljoen).
41. In dit voorbeeld is de Bank volledig voldaan en zal de Bank niet meer geïnteresseerd zijn in wat er verder in de onderlinge discussie tussen M, A en B gebeurt. Het is vaak zo dat de Bank na uitwinning van één van de hoofdelijke debiteuren nog niet volledig voldaan is en nog een restantvordering heeft. Om te voorkomen dat de Bank dan hinder ondervindt van eventuele subrogatie of regresvorderingen van de uitgewonnen debiteuren bij de uitwinning van één van de andere debiteuren worden in de documentatie allerlei voorzieningen getroffen om te voorkomen dat de Bank hinder van dit regres of deze subrogatie ondervindt.

Zie bijvoorbeeld ook de (toegegeven nogal gecompliceerd opgeschreven) [Algemene Voorwaarden van Kredietverlening van ABN Amro van 2015](#):

“4.3 Vorderingen uit regres en subrogatie

U moet al uw vorderingen uit regres en subrogatie op ieder andere Kredietnemer aan de Bank verpanden. Beide verpandingen geven de Bank zekerheid voor alle vorderingen die de Bank nu op u heeft of later zal hebben. Deze vorderingen kunnen ontstaan uit een Kredietovereenkomst, maar ook uit iedere andere rechtsverhouding van de Bank, waaronder het gewone bankverkeer en overeenkomsten over derivaten.

Ter uitvoering van bovenstaande verplichting:

- Verpand u hierbij (voor zover nodig bij voorbaat) aan de Bank uw vorderingen uit regres op iedere andere Kredietnemer; en
- Aanvaardt u dat, in geval van subrogatie door u in een vordering van de Bank op een andere Kredietnemer, die vordering op u overgaat met een voorbehouden pandrecht erop voor de Bank.

Beide pandrechten gelden als zekerheid voor alle vorderingen die de Bank nu op u heeft of later zal hebben.

De Bank doet hierbij mededeling van de pandrechten aan Kredietnemer als schuldenaren van de vorderingen uit regres en uit subrogatie.

Voor zover nodig voor de verpanding van uw vordering uit regres en subrogatie geeft u een volmacht aan de Bank om een pandrecht op die vorderingen aan de Bank zelf vestigen.

De Bank mag als pandhouder van uw vorderingen uit regres en subrogatie afstand doen van die vorderingen. U mag geen afstand doen van die vorderingen zonder dat u vooraf schriftelijk toestemming van de Bank heeft gekregen.

Als op uw vorderingen uit regres en subrogatie op een andere Kredietnemer geen pandrecht van de Bank (meer) rust geldt het volgende:

- Uw vorderingen uit regres en subrogatie zijn altijd achtergesteld, zoals bedoeld in artikel 3:277 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek, bij alle vorderingen van de Bank op iedere Kredietnemer. Daarnaast geldt dat zolang er volgens de Bank vorderingen van de Bank op andere Kredietnemers bestaan of kunnen ontstaan:
 - uw vorderingen uit regres en subrogatie niet opeisbaar zijn;
 - uw vorderingen uit regres en subrogatie op geen enkele wijze zullen worden voldaan;
 - u betalingen die u heeft ontvangen op deze vorderingen meteen aan de Bank moet afgeven en tot die tijd gescheiden moet houden van uw vermogen, voor zover dit mogelijk is; en
 - u deze vorderingen niet mag verkopen of op geen andere mag vervreemden of bezwaren;

⁵² Zie ook hierboven onder 33 IV.

- U doet afstand van de zekerheidsrechten verbonden aan uw vorderingen uit regres en subrogatie of u zegt deze op; en
- U doet bij voorbaat afstand van uw vorderingen uit regres en subrogatie als die andere Kredietnemer wordt overgedragen aan een andere partij in verband met een ontvlechting van de groep waar die andere Kredietnemer onderdeel van is.

Als uw vorderingen uit regres en subrogatie op een andere Kredietnemer niet zijn verpand aan de Bank en daarnaast de rechtsgevolgen zoals in bovenstaande opsomming bedoeld niet van toepassing worden, geldt het volgende.

U spreekt met de Bank af dat u uw vorderingen uit regres en subrogatie pas kunt uitoefenen als geen enkele Kredietnemer nog iets aan de Bank verschuldigd zal zijn.”

ING schrijft het in in [haar voorwaarden](#) kort en krachtig op:

“3.2 Regresvorderingen van de kredietnemers zijn achtergesteld en niet verrekenbaar.

Over regresvorderingen is het volgende afgesproken:

- alle regresvorderingen die een kredietnemer op een andere kredietnemer heeft zijn achtergesteld en niet verrekenbaar;
- alle regresvorderingen die een kredietnemer in de toekomst krijgt op een andere kredietnemer ontstaan achtergesteld en zijn niet verrekenbaar;
- de achterstelling en het niet verrekenbaar zijn geldt ten opzichte van alle tegenwoordige en toekomstige vorderingen die de bank op welke grond ook op de kredietnemer heeft of in de toekomst kan krijgen.

Achtergesteld en niet verrekenbaar betekent dat regresvorderingen:

- niet betaald kunnen en mogen worden;
- niet opgeëist kunnen en mogen worden;
- niet in een juridische procedure opgeëist kunnen en mogen worden;
- niet verrekend kunnen en mogen worden. Niet kunnen betekent, dat een betaling, opeising of verrekening in strijd met deze afspraak niet werkt ten opzichte van de bank. Dat geldt totdat alle vorderingen die de bank op de kredietnemer heeft of in de toekomst krijgt, volledig en onvoorwaardelijk zijn betaald.

3.3 Subrogatie is uitgesloten

Ook is afgesproken dat er geen subrogatie zal plaatsvinden. Dat betekent dat een kredietnemer die een schuld aan de bank betaalt waarvoor ook een andere kredietnemer aansprakelijk is, niet in de rechten treedt die de bank heeft.”

Toegeven in theorie heb je bij ABN nadat ABN helemaal is voldaan mogelijk nog steeds iets aan de vordering van de ABN waarin je gesubrogeerd bent en bij ING niet omdat deze laatste de subrogatie helemaal uitsluit, maar de vraag is of je dat in de praktijk veel helpt omdat de zekerheden die de Bank heeft verkrijgt doorgaans helemaal zijn uitgewonnen voordat de Bank helemaal voldaan is.

42. Ter toelichting nog wat nadere juridische bespiegelingen over regres en subrogatie. Voor wat betreft de **regresvordering** ex. art. 6:10 BW werd er lange tijd van uitgegaan dat deze regresvordering een bestaande vordering is onder de opschortende voorwaarde van betaling. Zie daarover HR 3 juni 1994, NJ 1995, 340 (De Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.). Deze visie van de Hoge Raad was overigens omstreden. Maar, ondanks kritiek in de literatuur heeft de Hoge Raad deze visie een aantal malen herhaald, zie bijvoorbeeld HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393, JOR 2002, 111 (Da Costa Gomez-Brandao/Joral Management) met noot Van Hees en HR 9

juli 2004, NJ 2004, 618 Mr Bannenberg q.q. – NMB-Heller⁵³. Er werd vanuit gegaan dat het hier ging om een bestaande voorwaardelijke vordering. Maar op 6 april 2012 (ASR/Achmea. [ELCI:NL:HR:2012:BU3784](#), JOR 2014/172) heeft de Hoge Raad een uitspraak gewezen op basis waarvan men moet concluderen dat de Hoge Raad meent dat een wettelijke regresvordering eerst ontstaat door de betaling door de hoofdelijke schuldenaar aan de schuldeiser:

“3.6 Met betrekking tot de vraag op welk moment een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 ontstaat, wordt het volgende overwogen. De tekst van art. 6:10 lid 2 ("De verplichting tot bijdragen (...) komt op iedere medeschuldenaar te rusten") en van art. 6:11 lid 1 en 3 ("op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen") wijst erop, mede in het licht van de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 12 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis, dat de regresvordering pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Deze betaling door de hoofdelijk verbonden schuldenaar is dan ook niet een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW (voorwaardelijke verbintenis), maar een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering. Daarop wijst ook het bestaan van de art. 6:8 en 7:865 BW, die overbodig zouden zijn indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar reeds voor de betaling een (voorwaardelijk) schuldeiser van zijn medeschuldenaren zou zijn; vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 102, en Parl. Gesch. Boek 7, blz. 462. Daarom moet, anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 3 juni 1994, LJN ZC1386, NJ 1995/340, HR 3 mei 2002, LJN AD9618, NJ 2002/393, en HR 9 juli 2004, LJN AO7575, NJ 2004/618), tot uitgangspunt dienen dat **de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat** (cursivering en highlighting LHA).”

De volgende vraag is hoe we de moeten beschouwen de vordering die men uit hoofde van **subrogatie** ex art. 6:12 BW verkrijgt. Peters heeft verdedigd dat het hier ook zou gaan om een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde van betaling⁵⁴. De heersende leer is anders: De vordering die je door middel van subrogatie verkrijgt, is een bestaande vordering van de oorspronkelijk crediteur, die jij op voorwaarde van betaling in jouw vermogen verkrijgt (en in dat opzicht voor jou dus een toekomstige vordering is. Dat zal ook de reden zijn dat in de voorwaarden van ABN het volgende is opgenomen: “Aanvaardt u dat, in geval van subrogatie door u in een vordering van de Bank op een andere Kredietnemer, die vordering op u overgaat met een voorbehouden pandrecht erop voor de Bank.” Voor deze constructie zal gekozen zijn om er voor te zorgen dat de vorderingen die krachtens subrogatie overgaan, slechts overgaan belast met een pandrecht (het zogenaamde voorbehouden pandrecht). Omdat daarmee de rechten belast met een pandrecht overgaan, werkt deze constructie mijns inziens. Mondeling berichtte Prof. J.J. van Hees mij ooit dat hij twijfels heeft bij deze constructie van het voorbehouden pandrecht omdat hier geen overdracht van een vordering zou zijn (in welke geval de constructie van het voorbehouden pandrecht algemeen erkend wordt), maar een overgang. De heer Van Hees sprak de voorkeur uit om af te spreken dat geen subrogatie plaatsvindt. Deze volledige uitsluiting van subrogatie zou – anders dan de opschorting of beperking daarvan – mogelijk zijn omdat subrogatie is opgenomen in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en derhalve regelen recht zou zijn. De clausule van ING lijkt in dat geval opzicht vanuit een bankenstandpunt bezien robuuster dan die van ABN omdat ING e

⁵³ Overigens, Mr Egbert Koops heeft in NTBR 2009/3, p. 116 e.v. verdedigd dat het standpunt van de Hoge Raad onjuist zou zijn. Hij leidt voorts uit het arrest van de Hoge Raad van 6 juni 2008 af dat deze leer mogelijk zijn langste tijd zou hebben gehad. Uit het hierna onder punt 41 te bespreken arrest van de Hoge Raad van 6 april 2012 blijkt dat Mr Koop gelijk heeft gekregen. Een ander probleem is dat er discussie bestaat over de vraag of de regresmogelijkheid die ontstaat ex art. 6:13 BW (omslag bij insolventie mededraagplichtige) ook een bestaande vordering is onder opschortende voorwaarde, zie over art. 6:13 BW ook hierna onder punt 41.

⁵⁴ P.J. Peters in Journaal IF&Z 2007, p. 390

subrogatie uitsluit. Struycken en Keukens zijn overigens van mening dat de structuur van het voorbehouden pandrecht wel zou moeten werken:⁵⁵

“soms wordt gebruik gemaakt van de constructie van een voorbehouden pandrecht. De afspraak tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren en de gezamenlijke schuldeiser is dan dat wordt aanvaard dat een door subrogatie te verkrijgen vordering wordt verkregen onder voorbehoud van een pandrecht ten gunste van de oorspronkelijke schuldeiser. Het is niet helemaal zeker of deze constructie werkt, doordat contractueel een wijze van rechtsverkrijging wordt gemoduleerd terwijl deze wijze van rechtsverkrijging van rechtswege plaatsvindt zonder direct het gevolg te zijn van een leveringshandeling. Wij zien echter geen goede reden om geen ruimte te bieden aan de partijautonomie wanneer alle betrokken partijen ervoor kiezen om subrogatie onder voorbehoud van een pandrecht te laten plaatsvinden, temeer daar partijen ook voor algehele afstand van subrogatie kunnen kiezen. Het technische gegeven dat bij verkrijging door subrogatie geen sprake is van een leverings- of vestigingshandeling achten wij ook niet doorslaggevend; wij zien niet in waarom partijen geen afspraken kunnen maken of rechten kunnen doen ontstaan in verband met een rechtsverkrijging van rechtswege.”

De kwalificatie van de regresvordering als bestaande of toekomstige vordering is van wezenlijk belang omdat indien de vordering een toekomstige zou zijn, een eventuele verpanding niet aan de boedel kan worden tegengeworpen in verband met het bepaalde in art. 35 lid 2 van de Faillissementswet. Daarin is – kort gezegd – opgenomen dat een levering bij voorbaat van een toekomstig goed niet aan de boedel kan worden tegengeworpen. Onder toekomstig goed valt ook een goed dat weliswaar bestaat, maar dat je zelf nog niet hebt. Indien de regresvordering een bestaande voorwaardelijke vordering is, kan de verpanding dus **wel** tegen de curator worden ingeroepen, maar **niet** indien de regresvordering een toekomstige is en eerst na het faillissement van de hoofdelijke schuldenaar wordt uitgewonnen⁵⁶.

In verband met het in april 2012 door de Hoge Raad verkondigde standpunt dat wettelijke regresvorderingen toekomstige vorderingen zijn, is thans aan te raden ook niet alleen de wettelijke mogelijkheid van subrogatie uit te sluiten maar ook de wettelijke mogelijkheid van regres en in plaats daarvan een contractuele regresvordering af te spreken die onmiddellijk ontstaat onder de opschortende voorwaarde van betaling⁵⁷.

In deze syllabus werd eerder het arrest De Lage Landen / Van Logtestijn aangehaald met betrekking tot het antwoord op de vraag of een eerst na het faillissement ontstane rechtsvordering op zekerheid kon worden verhaald. Datzelfde arrest is ook van belang voor de onderhavige problematiek, te weten het ontstaansmoment van een regresvordering. De Hoge Raad gaat er in het arrest De Lage Landen / Van Logtestijn vanuit te gaan dat het partijen vrij staat het moment te bepalen waarop een (regres)vordering ontstaat. In rechtsoverweging 3.3.2. verwijst de Hoge Raad naar een eerder arrest waarin het overwaarde arrangement was gesanctioneerd (HR 9 juli 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AO7575](#), NJ 2004/618 (Bannenbergh)) en komt de Hoge Raad tot de conclusie dat het daar niet ging om een zuivere wettelijk recht van regres (zoals bij ASR/Achmea) maar om een contractueel voorwaardelijk recht van regres:

⁵⁵Herstructurering in concernverhoudingen: vier stellingen over regres en subrogatie, in de curator en het Concern hoofdstuk 9.6.2.2., Jaarboek Insolad 2017

⁵⁶ Zie ook Struycken en Keukens in Herstructurering in concernverhoudingen: vier stellingen over regres en subrogatie, in de curator en het Concern hoofdstuk 9.6.2.1., Jaarboek Insolad 2017: “Het is tenminste onzeker of een verpanding nog steeds voldoende controle geeft over regresrechten in het kader van hoofdelijke verbondenheid en borgtocht.” Zij spreken ook over de achterstelling en de afstand problematiek in 9.6.2.3. Hun 4^e stelling in het artikel over het ontstaansmoment van de regresvordering spreekt me niet aan, althans niet voor wat betreft het geldende recht.

⁵⁷ Ook art. 6:13 BW moet worden uitgesloten omdat indien dit een toekomstige vordering zou zijn omdat ook afstand bij voorbaat van een toekomstige vordering die eerst na het faillissement ontstaat niet tegen de boedel kan worden ingeroepen. Zie ook het arrest ASR Schadeverzekering / Achmea en de gevolgen voor de financieringspraktijk: de schade valt mee, M.H.E. Rongen in TvFR nr 1 / 2 Februari 2013, p. 5 e.v.

“In de zaak Bannenbergh had de pandgever zich vóór het intreden van het faillissement contractueel jegens de pandhouder verbonden zodanige regresvorderingen te zullen voldoen. Er was in dat arrest dus geen sprake van een regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstig was, maar van een op dat tijdstip reeds bestaande contractuele regresvordering (onder opschortende voorwaarde). Zoals uit genoemd arrest al voortvloeit, verzet de wet zich niet ertegen dat bij overeenkomst een dergelijke regresvordering in het leven wordt geroepen, naast de regresvordering die op grond van de wet ontstaat op het moment dat de borg de schuld aan de schuldeiser voldoet (cursivering jtj) (vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, JOR 2014/172 (ASR/Achmea), rov. 3.6).”

Dat zou betekenen dat het partijen (in ieder geval) vrijstaat het ontstaansmoment van contractuele regresvorderingen zelf te bepalen. Voor de rechtsgeldige verpanding van deze contractuele regresvorderingen is dat een voor de financieringspraktijk acceptabele uitkomst⁵⁸. In de documentatie kunnen de wettelijke regres en subrogatieregels weggeschreven (er wordt afgesproken dat deze niet van toepassing zijn en ook niet ontstaan). Vervolgens wordt er een contractuele reeds bestaande schadevergoedingsverplichting (een contractueel regresrecht) opgenomen onder de opschortende voorwaarde van betaling aan de crediteur. Deze contractuele schadevergoedingsverplichting wordt verpand aan de bank en (voor zover nog noodzakelijk) ook achtergesteld bij de vordering op de bank. ABN noch ING lijken overigens in hun voorwaarden gebruik van deze mogelijkheid te maken, althans de wijze waarop over regresvordering wordt geschreven door hen, geeft mijns inziens nog niet voldoende helder aan dat zij de wettelijke regresvorderingen willen uitsluiten en uitsluitend contractuele regresvorderingen in het leven willen roepen⁵⁹.

43. In het voorafgaande voorbeeld is uitgegaan van de situatie dat de hoofdelijke schuldenaren vooraf hadden afgesproken **wat** hun onderlinge draagplicht was. In de praktijk is dit vaak niet het geval. Dan rijst de lastige vraag op welke wijze de onderlinge draagplicht moet worden bepaald. Een naar mijn mening redelijke uitleg is dat in die gevallen het profijtbeginsel moet worden gehanteerd, dat wil zeggen dat bezien moet worden wie direct of indirect van het krediet heeft geprofiteerd. Stel dat het hier zou gaan om een situatie waarbij alleen M zou hebben kunnen trekken en A en B slechts hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn. M geeft vervolgens aan

⁵⁸ De Lage Landen / Van Logtestijn op 16 oktober 2015, [ECLI:NL:HR:2015:3023](https://www.eclinet.nl/HR/2015/3023), JOR 2016/20 en NJ 2016/48, zie over deze structuur ook Struycken en Keukens in Herstructurering in concernverhoudingen: vier stellingen over regres en subrogatie, in de curator en het Concern hoofdstuk 9.6.4.1., Jaarboek Insolad 2017.

⁵⁹ Indien een groepsvennootschap geen kredietnemer hoeft te zijn, maar de bank wel verhaal erop wil nemen, kan een garantiestructuur met contractueel regresrecht een goede oplossing zijn, zie daarover Syndicaatsfinanciering in vogelvlucht: relevante aspecten van een syndicaatsfinanciering bij bedrijven in financiële moeilijkheden, mr. S. Jansen, mr. D.H.J. Postma, mr. D.J. Lyszczarz in De curator en het concern (Insolad jaarboek 2017), vgl. in het bijzonder 8.3.4:

“Om deze reden wordt tegenwoordig de garantieclausule in de kredietovereenkomst geformuleerd als een abstracte contractuele garantie; een garantie, als eigen zelfstandige verplichting van de garant, dat de verplichting van iedere schuldenaar tijdig en volledig wordt nagekomen en met een zelfstandige verplichting tot betaling op eerste verzoek van de facility agent (of een financier), waarbij geen wettelijke regres- of subrogatierechten ontstaan. Daarnaast verbinden de garanten zich geen handelingen te verrichten die zouden concurreren met de positie van de financiers, tot de laatstgenoemden volledig zijn voldaan. Onder omstandigheden kan de vrees bestaan dat het verstrekken van een dergelijke garantie door een garant, zonder mogelijkheid van regres of subrogatie, niet in het vennootschappelijk belang is van de betreffende garant en daarom aan te tasten zou zijn op grond van artikel 2:7 BW. In een dergelijk geval kan de vrees voor ultra vires worden weggenomen, door een contractueel verhaalsrecht te creëren voor de garanten voor het door hen (te veel) betaalde onder de garantie. Vanwege het contractuele karakter van een dergelijk regresrecht, kunnen hier wel al bij het aangaan van de kredietovereenkomst afspraken over gemaakt worden en kan bepaald worden dat dit verhaalsrecht ontstaat op het moment van aangaan van de kredietovereenkomst, en dus een toekomstige (hoewel voorwaardelijke) vordering inhoudt. Vervolgens is het wel mogelijk om onder omstandigheden afstand van deze contractuele regresvordering te laten doen, bijvoorbeeld in het geval andere groepsmaatschappijen de “groep” verlaten, op welk moment de regresvordering moet komen te vervallen. Bovendien kan deze contractuele regresvordering worden achtergesteld ten opzichte van de vorderingen van de financiers onder de kredietovereenkomst, of worden verpand ten behoeve van de financiers.”

A en B elk een lening van Eur 1 miljoen. In beginsel zou je dan zeggen dat de draagplicht van A en B nihil is omdat A en B geen eigen rekening courant schuld hebben aan de Bank. Toch wordt vaak aangenomen dat A en B in zo'n geval dezelfde draagplicht hebben als in de situatie dat zij rechtstreeks leenden omdat zij van het rekening courant krediet geprofiteerd hebben. In een arrest uit 2003 heeft de Hoge Raad (HR 18 april 2003, JOR 2003, 160) het oordeel van het Hof in stand gelaten dat – kort gezegd – inhield dat de vraag naar de draagplicht niet beslissend beantwoord moet worden of, en de mate waarin van het krediet genoten is, maar “of men geacht moet worden, deel uitmakend van een concern, direct of indirect toegang tot dat krediet te hebben verkregen en of dat krediet haar in die zin ten goede is gekomen.” De casus betrof een geval waarin de achtergestelde financiering verstrekt was aan de moeder en alle dochters zich hoofdelijk aansprakelijk hadden gesteld ten opzichte van de financier. Vervolgens wilde een van de dochters, die door de financier was uitgewonnen, zich verhalen op een aantal andere dochters. Deze dochters waren inmiddels uit het concern gevaren. Er was geen specifieke afspraak gemaakt over het gesprek. Het hof nam daarom aan dat, bij gebrek aan bewijs van het tegendeel, moest worden aangenomen dat in de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren op grond van beginselen van goede trouw en solidariteit, aangenomen moet worden dat de schuld hen gelijkmatig aanging (hetgeen betekende dat ieder voor een gelijk deel aansprakelijk was, ook intern). In het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2011 (JOR 2011, 319, met noot Tekstra) wordt niet uitgegaan van een gelijkmatig aangaan van de schuld. Tekstra zegt het in zijn noot aldus:

"Ondanks de (zeer) marginale inhoudelijke bemoeienis van de Hoge Raad met het oordeel van het hof, wordt het arrest OG/van de Wetering meestal aangehaald om te beredeneren dat het uitgangspunt zou zijn dat bij hoofdelijke financiering aan een groep van bedrijven, de draagplicht in beginsel naar evenredigheid moet worden vastgesteld. Het onderhavige arrest van de Hoge Raad toont aan dat dit zeker geen wet van Meden en Perzen is.

3. De Hoge Raad gaat in r.o. 3.5.1 in op het primaire standpunt van de fiscus. De Hoge Raad acht het oordeel van het hof, dat het krediet uitsluitend B BV aanging in de zin van art. 6:10 BW, niet onbegrijpelijk, omdat B BV de door de bank verschaft middelen overeenkomstig het bestedingsdoel aanwendde in het kader van haar bedrijfsuitoefening en aldus het krediet heeft gebruikt. Het cassatiemiddel van de Staatssecretaris van Financiën gaat er volgens de Hoge Raad dan ook ten onrechte van uit dat het krediet A, A BV, B BV, C BV en D ieder voor een vijfde aanging. Het subsidiaire standpunt van de fiscus gaat wel op. De omslag onder de niet-draagplichtigen leidt tot een bijdrageplicht op de voet van art. 6:13 lid 2 BW van een vierde. De Hoge Raad doet de zaak zelf af en stelt vast dat de afwaardering van de vordering op B BV tot een bedrag van € 5.409 niet op A drukt, zodat hij – ervan uitgaande dat A BV, C BV en D wel verhaal zullen bieden – een negatief resultaat mag opvoeren van € 1.803.

4. In het arrest OG/Van de Wetering deed zich de situatie voor waarin kennelijk niet was vast te stellen welke vennootschappen in welke mate van het groepskrediet gebruik hadden gemaakt. In de onderhavige zaak was dit wel bekend en bleek er slechts één groepsvennootschap te zijn die het gehele krediet had aangewend. Het is niet onlogisch dat in het geval OG/van de Wetering de draagplicht in beginsel naar evenredigheid wordt vastgesteld. In het onderhavige geval is het evenmin onlogisch dat de draagplicht in beginsel alleen rust op de vennootschap die het gehele krediet heeft aangewend. Niet duidelijk is echter wat het gevolg voor de draagplicht zou zijn als blijkt dat het krediet de andere groepsvennootschappen direct of indirect ten goede is gekomen. Een derde soort gevallen betreft die waarin het krediet door verschillende groepsvennootschappen is aangewend en dit op een normale wijze is geadministreerd. Naar mijn mening lost de draagplicht zich dan primair op via de intercompany-boeking die daarvan het gevolg zijn, gekoppeld aan de eigen schuld van de verschillende vennootschappen aan de kredietgever. Stel vennootschap X neemt een krediet op van € 100.000 en leent daarvan € 80.000 door aan vennootschap Y, dan zal in de rekening-courant verhouding tussen X en Y een schuld ontstaan voor Y aan X van € 80.000. Daarnaast heeft X een schuld van € 100.000 aan de bank. Neemt Y de € 80.000 rechtstreeks op onder het krediet, dan ontstaat een schuld voor Y aan de bank voor dat bedrag. X hoeft dan nog maar € 20.000 op te

nemen bij de bank en krijgt slechts voor dat bedrag een schuld aan de bank. De draagplicht – na uitwinning door de bank of eigenhandige aflossing van de bankschuld – laat zich in dit soort gevallen naar het lijkt vrij eenvoudig vaststellen, mits de afzonderlijke bankschulden en de onderlinge rekening-courantverhoudingen inderdaad adequaat zijn bijgehouden."

In een presentatie voor Insolad (Februari 2012), opperde Struycken de volgende mogelijkheden:

1. voor nominaal gelijke delen
= schuld gedeeld door het aantal draagplichtige medeschuldenaren
2. pro rata: maar evenredig waaraan?:
 - geplaatst kapitaal? (W. Snijders)
 - omvang van externe aansprakelijkheid
3. op basis van concreet profijtbeginsel
 - NB: daadwerkelijk genoten krediet
 - ook indirect genoten krediet (uit doorlening)?
4. op basis van pechbeginsel: verhaal is bijdrageplicht⁶⁰

Meer recent kiest Struycken samen met Keukens voor de volgende stelling:

"Bij de vaststelling van de interne draagplicht bij hoofdelijke aansprakelijkheid in concernverhoudingen is, behoudens andersluidende partijafpraak, enkel concreet, direct profijt – dat wil zeggen: daadwerkelijk gebruik van het concernkrediet door daaronder financiering te hebben getrokken – relevant."

Zie ook nog HR 13 juli 2012, JOR 2012/306 en de noot van Bergervoet:

"Dit arrest van de Hoge Raad schept duidelijkheid over de maatstaf die moet worden gehanteerd bij het vaststellen van de interne draagplicht van hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen. Indien geen afspraken zijn gemaakt omtrent de verdeling van deze interne draagplicht, dan geldt het uitgangspunt dat erop moet worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval (r.o. 6.2). Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1208. Door aan te knopen bij de uitgangspunten uit de parlementaire geschiedenis, maakt de Hoge Raad duidelijk dat een afwijkende, algemeen geldende regel in concernverband – die door sommigen wel werd bepleit – niet aan de orde is."

Kortom: zolang er geen afspraak is over de verdeling van de interne draagplicht, bestaat er onzekerheid over wat deze is.

41. De vraag of (in het door mij gegeven voorbeeld) A en B draagplicht hebben is ook in het bijzonder van belang in verband met de in de wet opgenomen regeling van omslag bij insolabiliteit (art. 6:13 BW). Art. 6:13 BW heeft betrekking op de situatie dat een hoofdelijk schuldenaar die betaald heeft er door insolabiliteit van een andere draagplichtige niet in slaagt om (een deel van) zijn regresvordering / subrogatievordering voldaan te krijgen. Indien de hoofdelijke schuldenaar zelf een draagplichtige is, kan hij het tekort alleen proberen te verhalen bij een (andere) draagplichtige. Is hij zelf niet draagplichtig dan kan hij het verhalen bij in eerste instantie de draagplichtige en (als ook daar een tekort blijft) de niet-draagplichtige.

⁶⁰ Struycken en Keukens in Herstructurering in concernverhoudingen: vier stellingen over regres en subrogatie, in de curator en het Concern hoofdstuk 9.3 en 9.4, Jaarboek Insolad 2017

42. De regels zijn vooral van belang in die gevallen van concernfinanciering waarbij in het kader van een herstructurering getracht wordt een deel van de activiteiten van het concern af te splitsen door de overdracht van de aandelen van een hoofdelijk medeschuldenaar. Het enkele ontslaan uit de hoofdelijkheid van deze vennootschap is niet voldoende, er zal tevens een oplossing moeten worden gevonden voor de eventuele subrogatie en regresrechten. Een – voor de Bank – vaak weinig aantrekkelijke oplossing is dat de Bank zich ten opzichte van de achterblijvende hoofdelijke schuldenaren verplicht de vordering van de Bank te verminderen met het bedrag dat deze achterblijvende schuldenaren als bijdrage hadden kunnen vorderen (vgl. art. 6:14 BW)⁶¹. Om die reden wordt in de documentatie getracht deze regres- en subrogatierechten in te perken (zie hiervoor onder punt 42 e.v., zij het dat deze clausules door het recente arrest van de Hoge Raad deels deels achterhaald zijn en plaats zullen maken voor een regeling waarbij alle vormen van wettelijk regres en subrogatie worden uitgesloten om plaats te maken voor een contractuele regeling, zie hierboven onder punt 42 e.v.).
43. Hiervoor is aandacht besteed aan regres en subrogatie in gevallen van hoofdelijkheid. Regres en subrogatie speelt eveneens bij borgtocht. De borg die uitgewonnen is, heeft intern in beginsel geen draagplicht, hij is slechts borg, geen draagplichtig schuldenaar⁶². In beginsel, omdat het natuurlijk wel mogelijk is dat intern een andere afspraak wordt gemaakt, bijvoorbeeld dat de borg wel en draagplicht heeft.

⁶¹ Losbladige verbintenissenrecht, art. 14, aant. 4:

Het wezen van art. 14 wordt aangeduid in de MvA II (Parl. gesch., blz. 125):

'De bevrijding van de bijdrageplicht treedt (...) alleen in, wanneer dit de strekking van die afstand was.'

De crediteur die afstand doet, kan dus uitdrukkelijk één of meer schuldenaren van hun bijdrageplicht bevrijden. Hij kan dit voor het geheel, maar ook voor een deel van de bijdrage doen; hij kan ook bevrijden van de bijdrageplicht zonder afstand van zijn vorderingsrecht te doen. Aldus nog steeds de MvA II. Daarin wordt bij art. 13 een voorbeeld van afstand gegeven, waar duidelijk naar voren komt dat afstand van het vorderingsrecht, bijdrageplicht en bevrijding van de bijdrage drie verschillende zaken zijn die men goed uit elkaar moet houden. Illustratief is de volgende passage uit de MvA (Parl. gesch., blz. 123):

'De schuldenaren A, B en C zijn hoofdelijk verbonden voor een schuld van f 3000. Intern gaat de schuld ieder van hen aan voor f 1000. C is insolvent.

Gesteld dat de schuldeiser B's schuld door kwijtschelding tot f 1000 wil terugbrengen, zodanig dat deze ook intern slechts f 1000 in schuld heeft bij te dragen, dan zal hij daartoe als volgt te werk dienen te gaan. Hij zal aan B f 2000 van zijn externe aansprakelijkheid moeten kwijtschelden. Daarnaast zal hij ingevolge artikel 7b ook A van diens externe aansprakelijkheid dienen te bevrijden tot het bedrag dat deze als bijdrage van B kan vorderen, voor zover dit de f 1000 waartoe de schuldeiser B's schuld wil terugbrengen, overtreft. B is in beginsel jegens A, indien deze de schuldeiser zou voldoen, draagplichtig tot een bedrag van f 1500, namelijk f 1000 uit hoofde van de artikelen 4 en 7 en f 500 uit hoofde van artikel 7a, zijnde de helft van de draagplicht van C, die op grond van dit artikel over A en B moet worden omgeslagen. Om te bereiken dat ook B's interne draagplicht tot f 1000 wordt teruggebracht, zal hij dus aan A f 500 dienen kwijt te schelden.'

⁶² Art. 7:850 BW

1. Borgtocht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, zich tegenover de andere partij, de schuldeiser, verbindt tot nakoming van een verbintenis, die een derde, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.
2. Voor de geldigheid van een borgtocht is niet vereist dat de hoofdschuldenaar deze kent.
3. Op borgtocht zijn de bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen van toepassing, voor zover daarvan in deze titel niet wordt afgeweken.

Art. 7:866 BW

1. De borg heeft voor het gehele bedrag dat hij aan hoofdsom, rente en kosten aan de schuldeiser heeft moeten voldoen, krachtens artikel 10 van Boek 6 een vordering op de hoofdschuldenaar.
2. De borg kan noch aan artikel 10 van Boek 6, noch aan artikel 12 van Boek 6 een vordering op de hoofdschuldenaar ontlenen voor wettelijke rente over de periode waarin hij door hem persoonlijk betreffende omstandigheden in verzuim is geweest of voor kosten die hem persoonlijk betreffen of door hem in redelijkheid niet behoeft te worden gemaakt.
3. Heeft iemand zich ter zake van dezelfde verbintenis borg gesteld voor twee of meer hoofdelijk verbonden hoofdschuldenaren, dan zijn deze in afwijking van artikel 10 lid 1 van Boek 6 en artikel 12 lid 1 van Boek 6, jegens de borg hoofdelijk verbonden voor hetgeen deze aan hoofdsom, rente en kosten op hem kan verhalen.

44. Van de borgtocht wordt ook gebruik gemaakt om de overwaarde van de zekerheden, die een bepaalde crediteur heeft, te benutten voor een andere crediteur. Dit is een constructie die in de praktijk wordt aangeduid met *Ausfallbürgschaft* of overwaardearrangement. In een dergelijke constructie geven een crediteur die over zekerheden beschikt (de “Borg”) aan een andere crediteur (de “Gewaarborgde”) een borgtocht af waarbij de Borg zich ten opzichte van de Gewaarborgde tot nakoming voor verplichtingen van de debiteur van beide partijen verplicht, zulks echter tot maximaal het surplus, dat wil zeggen, het verschil tussen het onder de eigen zekerheden uitgewonnen bedrag en de eigen vordering van de Borg⁶³. Deze constructie is gebaseerd op het feit dat de Borg door de betalingen onder de borg regresvorderingen op de Debiteur krijgt die hij kan uitwinnen onder zijn eigen zekerheden. Over de rechtsgeldigheid van deze constructies heeft de Hoge Raad zich in 2004 uitgesproken⁶⁴: De HR is van mening dat een overwaarde-arrangement rechtsgeldig is:

“4.1 Het gaat in dit geding in de kern om het volgende. NMB, ING en ICT hebben vóór de faillietverklaring van ICT een (hiervoor in 3.1 onder (iv) gedeeltelijk aangehaalde) meerpartijenovereenkomst gesloten. NMB heeft, naar in cassatie tot uitgangspunt dient, een voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING op zich genomen ten belope van — kort gezegd — het bedrag dat ING nog van ICT te vorderen heeft, met dien verstande dat deze verplichting is gemaximeerd tot het totaal van de door ICT aan NMB verschaft, maar voor voldoening van de eigen vorderingen van NMB op ICT niet-noodzakelijke, zekerheden (art. 1.1-1.4 van het overwaarde-arrangement). In samenhang daarmee heeft ICT zich jegens NMB verbonden om, indien en voorzover NMB aan haar zojuist bedoelde voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING voldoet, deze bedragen aan NMB terug te betalen (art. 3.1 van het overwaarde-arrangement; hierna ook: de regresvordering). NMB wil thans van haar zojuist beschreven contractuele bevoegdheden gebruikmaken ten behoeve van ING, met daaruit voortvloeiend regres op ICT. De curator verzet zich daartegen.

4.2 De zojuist kort beschreven constructie van het overwaarde-arrangement komt noch naar de inhoud, noch naar de strekking daarvan in strijd met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht. Ingevolge dit arrangement wenst NMB zich na de faillietverklaring van ICT op door laatstgenoemde aan haar verpande vorderingen te verhalen ter zake van **de regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk reeds bestond** (cursieve toevoeging LHA)(vgl. HR 3 mei 2002, nr. R 00/110, [NJ 2002, 393](#) en HR 3 juni 1994, nr. 8412, [NJ 1995, 340](#)). **Aangezien ingevolge art. 3:231 lid 1 BW een pandrecht zelfs voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd, is dit ook mogelijk voor een reeds onder opschortende voorwaarde bestaande vordering** (cursieve toevoeging LHA). Met de onderhavige constructie hebben de drie partijen bij het overwaarde-arrangement kennelijk een resultaat willen bereiken dat zij ook langs andere weg tot stand hadden kunnen brengen zonder dat het stelsel van de [Faillissementswet](#) zich daartegen zou verzetten (namelijk door een tweede stille verpanding door ICT van de desbetreffende vorderingen, die alle zijn ontstaan voor de faillietverklaring van ICT, aan ING). Kennelijk hebben zij echter om praktische redenen voor de onderhavige constructie gekozen, die erop neerkomt dat NMB zich mag verhalen op de aan haar verschaft zekerheden mede ten behoeve van ING. Het feit dat NMB krachtens de onderhavige meerpartijenovereenkomst deze zekerheden in zoverre in wezen ten behoeve van ING heeft bedongen (in de vorm van een uitwinning ten behoeve van een eigen (regres)vordering van NMB op ICT) en NMB bij de uitwinning daarvan optreedt op eigen naam ten behoeve van ING, is in het kader van een financieringsconstructie als de onderhavige, niet in strijd met enige goederenrechtelijke regel of beginsel. Evenmin valt in te zien dat het feit dat ICT inmiddels is failliet verklaard en dat NMB juist daarom thans van haar onderhavige bevoegdheden gebruik wenst te maken, aan de door NMB nagestreefde gang van zaken in de weg zou staan. Nu NMB zich op de zekerheden wil verhalen in verband met de onbetaald gebleven (regres)vordering die zij op ICT heeft, verzet [art. 53 Fw](#) zich daartegen niet, reeds omdat dit verhaal niet plaatsvindt langs de weg van verrekening. Zou deze bepaling niettemin op het

4. Uit de rechtsverhouding tussen de borg en een of meer hoofdschuldenaren kan iets anders voortvloeien dan de leden 1-3 meebrengen

⁶³ Vgl. Rongen, t.a.p. 329 e.v. voor heldere uiteenzetting

⁶⁴ HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618 Mr Bannenberq q.q. – NMB-Heller, overigens het arrangement was daar in mijn ogen vormgegeven als een contractuele bestaande voorwaardelijke verplichting om het geld dat de zekerheidsgerechtigde uit keerde aan hem terug te betalen.

onderhavige geval overeenkomstig worden toegepast, dan nog verzet zij zich niet ertegen dat NMB zich op de aan haar verschaft zekerheden verhaalt voor haar onderhavige regresvordering, die immers haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling (namelijk het sluiten van het overwaarde-arrangement) welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht (vgl. HR 10 januari 1975, [NJ 1976, 249](#)). Ook [art. 54 Fw](#), eveneens overeenkomstig op de onderhavige constructie toegepast, belet niet dat NMB zich verhaalt op de door ICT aan haar verschaft zekerheden. Direct noch indirect is immers sprake van een overneming door NMB vóór of tijdens het faillissement van ICT van een vordering op of schuld aan ICT in de zin van deze bepaling, terwijl de onderliggende overeenkomst niet in het zicht van de faillietverklaring is aangegaan. Omdat, zoals hiervoor overwogen, **de onderhavige regresvordering ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk al bestond en zij mitsdien haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht**, (cursivering, LHA) kan evenmin worden gezegd dat de aan de [Faillissementswet](#) ten grondslag liggende beginselen, meer in het bijzonder het zogeheten fixatiebeginsel, door de constructie van het overwaarde-arrangement geweld wordt aangedaan.

45. Ik merk voorts op dat in de literatuur gediscussieerd werd over het antwoord op de vraag of voor de rechtsgeldigheid van het overwaarde-arrangement noodzakelijk is dat eigenlijke debiteur zijn medewerking verleend. Voor zover het overwaardearrangement vorm gegeven wordt via een borgtochtconstructie noodzaakte het ASR/Achmea arrest van de Hoge Raad uit 2012 inzake de toekomstigheid van de wettelijke regresvordering in mijn ogen al medewerking van de eigenlijke debiteur om de faillissementsbestendigheid van deze structuur te waarborgen⁶⁵. Het arrest De Lage Landen / Van Logtestijn op 16 oktober 2015 is ook hier helder⁶⁶. De Hoge Raad overweegt:

“De enkele in art. 7:865 BW bedoelde rechtsverhouding hoofdschuldenaar-borg kan niet worden aangemerkt als een rechtsverhouding in de hiervoor onder 1 bedoelde zin waaruit het regresrecht van de borg voortvloeit. Een rechtsverhouding in de zojuist bedoelde zin ontstaat wel indien de hoofdschuldenaar partij is bij – of als partij toetreedt tot – de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement).”

Om zeker te zijn dat het overwaarde-arrangement vormgegeven als een borgtochtconstructie ook voor vorderingen die eerst na het faillissement ontstaan werkt, is medewerking dus nodig. Die medewerking licht overigens reeds besloten in de constructie waarin de oorspronkelijke debiteur zich reeds ten tijde van het de totstandkoming van het arrangement verplicht om aan de zekerheidsgerechtigde de overwaarde te vergoeden die deze aan de derde geeft (de structuur zoals deze bij het arrest uit 2004 aan de orde was).

46. Bij het overwaardearrangement speelt in sommige gevallen nog een – door sommige curatoren inmiddels ontdekt – praktisch probleem. Je kunt als pand- of hypotheekhouder slechts van je rechten gebruik maken indien en voor zover je daadwerkelijk beschikt over een opeisbare vordering. Dat zal in het geval van het overwaarde-arrangement dus betekenen dat je daadwerkelijk als borg betaald moet hebben, alvorens je de opeisbare regresvordering kunt verhalen op de zekerheden. Daarvoor is een – virtueel – cashronkje nodig⁶⁷. Kort gezegd ziet dit cash rondje er als volgt uit:
- De borg (pand/hypotheekhouder) spreekt met degene tot wie de borg gericht af dat hij van hem leent een bedrag, ter hoogte van de borgtocht;

⁶⁵ Zie M.R.J. Linck in WPNR 2013(6957) (On)zekerheid voor regres- en subrogatievorderingen na ASR/Achmea die meent dat het overwaardearrangement faillissementsbestendig is en ook Faber in zijn noot onder: JOR 2012/329 Gerechtshof 's-Hertogenbosch en voorts Faber en Vermunt in hun noot onder ASR/Achmea (JOR 2014/172). Verwarrend was daarbij dat de Hoge Raad in 2004 spreekt over de regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk reeds bestond. Dat heeft te maken met de manier waarop dat arrangement was vormgegeven, zie Abendroth in [WPNR 7099](#)

⁶⁶ De Lage Landen / Van Logtestijn op 16 oktober 2015, [ECLI:NL:HR:2015:3023](#), JOR 2016/20 en NJ 2016/48

⁶⁷ Zie mr dr A.C.F.G. Thiele in Zekerheidsrechten in ontwikkeling, preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 2009, p. 82. Abendroth wijst in WPNR 7099 ook op het probleem maar geeft deze oplossing niet.

- De borg verrekent zijn vordering uit hoofde van de leningsovereenkomst met zijn schuld uit hoofde van de borgtocht;
- De borg verkrijgt vervolgens een regresvordering voor het totale bedrag op de eigenlijke debiteur en kan de zekerheden executeren;
- Na executie blijkt wat de overwaarde is; deze overwaarde wordt terug betaald onder de lening;
- Indien de lening niet volledig is voldaan, betekent dat ook dat de borg teveel betaald heeft onder de borg. De borg heeft dan een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling op de partij tot wie de borg gericht was. De laatste heeft een vordering uit hoofde van de lening omdat deze niet geheel voldaan is. Deze vordering en schuld van de borg kunnen verrekend worden.

47. Degene die de verplichtingen van een schuldenaar heeft gegarandeerd heeft, wordt slechts gesubrogeerd in de vorderingen van de oorspronkelijke crediteur:

- indien het verstrekken van deze garantie geschiedde op verzoek van de oorspronkelijke schuldenaar; en
- de oorspronkelijke crediteur ten tijde van de betaling door de garantor de overeenkomst kende of van de overeenkomst kennis had gekregen van deze overeenkomst⁶⁸.

Een praktisch voorbeeld van contractuele subrogatie is de situatie waarbij een bank op verzoek van een cliënt een garantie stelt tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de cliënt. De bank zal alsdan middels een contragarantie af te geven door de cliënt bedingen dat de bank regres heeft op de cliënt en voorts dat de bank subrogeert in de rechten van de schuldeiser ten opzichte van degene ten behoeve van wie de bank de zekerheid stelt. Doet de bank dit niet, dan heeft de bank ook geen regres. De opstellers van bankgaranties zijn dus gewaarschuwd!

Sinds de arresten over de verstrekte huurgaranties weten we echter dat er beperkingen zijn verbonden aan de mogelijkheden om verhaal te nemen op een failliet voor (huur)garanties voor zover deze schade dekken die de failliet ingevolge artikel 39 Fw niet gehouden is te betalen⁶⁹. Het meest recente arrest van de Hoge Raad over dit onderwerp is het op 17 februari 2017 gewezen arrest⁷⁰. De curator slaagde hier niet in het terughalen van het uitbetaalde bij de verhuurder die onder de bankgarantie had getrokken en was voldaan waarna vervolgens de bank zich verhaald had voor haar regresvordering. De Hoge Raad is glashelder en zegt het als volgt:

⁶⁸ vgl. art. 6:150 onder d. BW als hierboven geciteerd

⁶⁹ Zie HR 24 januari 2011, NJ 2011/114, met noot P. van Schilfgaarde (Aukema q.q./Uni-Invest), waarin de curator procedeerde tegen de verhuurder die een bankgarantie had getrokken, en werd beslist dat '[h]et resultaat van de bedoelde belangenafweging [...] niet [kan] worden doorbroken door het bedingen van een recht op schadevergoeding ter zake van de huur die verschuldigd zou zijn geworden indien de huurovereenkomst niet tussentijds op de voet van art. 39 zou zijn beëindigd'. Zie vervolgens HR 15 november 2013, NJ 2014/68, met noot Van Schilfgaarde (Romania). Daar ging het om een zaak tussen een verhuurder en een garant, die weigerde uit te betalen ter zake van leegstandschade. Dat was onterecht, want een schadevergoedingsbeding dat de grenzen van art. 39 Fw overschrijft sorteert alleen geen effect tegenover de boedel. Art. 39 Fw strekt er niet toe de schuldenaar te beschermen maar de gezamenlijke schuldeisers. Een verdergaand schadevergoedingsbeding is niet nietig jegens de gefailleerde; de daaruit voortvloeiende vordering kan slechts niet worden geverifieerd in het faillissement. En voor een eventuele regresvordering van de garant 'geldt eveneens dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder'. Een week later liet de Hoge Raad (HR 22 november 2013, NJ 2014/69, noot Van Schilfgaarde (Autodrôme) een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in stand waarin een vordering van de curator tegen een verhuurder die leegstandschade op een bankgarantie had verhaald op grond van ongerechtvaardigde verrijking werd toegewezen.

⁷⁰ HR 17 februari 2017, [NJ 2017, 142](#) (Bouwgros) met noot Verstijnen

“Het middel is gericht tegen de toepassing die het hof heeft gegeven aan art. 39 Fw. Bij de beoordeling wordt het volgende vooropgesteld. (Zie HR 24 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114 (Aukema/Uni-Invest), en HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (Romania Beheer)) Volgens art. 39 lid 1 Fw kan, indien de gefailleerde huurder is, zowel de curator als de verhuurder de huur tussentijds door opzegging doen eindigen, op een termijn van in beginsel ten hoogste drie maanden. Volgens de laatste volzin van art. 39 lid 1 Fw is de huurprijs vanaf de dag der faillietverklaring boedelschuld. Een opzegging op de voet van art. 39 Fw is een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst die jegens de faillissementsboedel geen recht doet ontstaan op schadevergoeding wegens gemis van de huur die verschuldigd zou zijn na de datum waartegen volgens dat artikel kan worden opgezegd, ook niet ingeval deze schadevergoeding contractueel is bedongen. Art. 39 Fw berust blijkens zijn totstandkomings-geschiedenis op een afweging van enerzijds het belang van de boedel bij voorkoming van het oplopen van schulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen, en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs. Het resultaat van deze afweging kan niet worden ontgaan door een andersluidend beding. De bedoelde afweging heeft slechts betrekking op de verhouding tussen verhuurder en boedel. De op die afweging berustende regeling van art. 39 Fw strekt niet mede ter bescherming van het belang van de gefailleerde. Een beding waarbij de huurder zich heeft verplicht tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt door een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van de huurder, is dan ook niet nietig jegens de gefailleerde huurder zelf. Ingeval de huurovereenkomst wordt opgezegd op de voet van het artikel, heeft dit beding alleen geen effect jegens de boedel. De daaruit resulterende vordering komt niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder en kan evenmin op andere wijze ten laste van de boedel worden gebracht.

Indien een derde de nakoming van de bedoelde vordering heeft gegarandeerd, brengen het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw geen verandering in de verplichtingen uit die garantie, tenzij anders is bedongen. Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder geldt dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Daarbij maakt niet uit op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht; de aard van de vordering staat — gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over de afweging die aan art. 39 Fw ten grondslag ligt — eraan in de weg dat deze ten laste van de boedel wordt gebracht. Indien de voorwaarden van de garantie dat toestaan, kan de garant hieraan een verweermiddel ontleen jegens de verhuurder.”

Verstrekking van huurgaranties moeten nu voldoende gewaarschuwd zijn door de Hoge Raad: indien u meer garandeert dan dat art. 39 Fw toestaat: geen verhaal op welke wijze dan ook op de boedel van de huurder. Verhaal op (iets van) iemand anders mag natuurlijk wel⁷¹.

⁷¹ Zie noot Verstijlen bij HR 17 februari 2017, [NJ 2017, 142](#) (Bouwgros) onder punt 10

Bijlage I

Subrogatie:

Art. 6: 12 BW

1. Wordt de schuld ten laste van een hoofdelijke schuldenaar gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, dan gaan de rechten van de schuldeiser jegens de medeschuldenaren en jegens derden krachtens subrogatie voor dit meerdere op die schuldenaar over, telkens tot ten hoogste het gedeelte dat de medeschuldenaar of de derde aangaat in zijn verhouding tot die schuldenaar.

2. Door de subrogatie wordt de vordering, indien zij een andere prestatie dan geld betrof, omgezet in een geldvordering van gelijke waarde.

Art. 6:150 BW

Een vordering gaat bij wijze van subrogatie over op een derde:

a. indien een hem toebehorend goed voor de vordering wordt uitgewonnen;

b. indien hij de vordering voldoet omdat een hem toebehorend goed voor de vordering verbonden is;

c. indien hij de vordering voldoet om uitwinning te voorkomen van een hem niet toebehorend goed, mits door de uitwinning een recht dat hij op het goed heeft, verloren zou gaan of de voldoening van een hem toekomend vorderingsrecht in gevaar zou worden gebracht;

d. krachtens overeenkomst tussen de derde die de vordering voldoet en de schuldenaar, mits de schuldeiser op het tijdstip van de voldoening deze overeenkomst kende of hem daarvan kennis was gegeven.

Art. 6:151 BW

1. Subrogatie overeenkomstig artikel 150 vindt niet plaats voor zover de schuld de derde aangaat in zijn verhouding tot de schuldenaar.

2. De rechten van de schuldeiser tegen borgen en personen die geen schuldenaar zijn, gaan slechts op de derde over tot ten hoogste de bedragen, waarvoor de schuld ieder van hen aangaat in hun verhouding tot de schuldenaar.

Art. 6:152 BW

1. Blijkt verhaal krachtens subrogatie overeenkomstig artikel 150 geheel of gedeeltelijk onmogelijk, dan wordt het onvoldaan gebleven deel over de gesubrogeerde en andere in lid 2 van het vorige artikel genoemde derden omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het tijdstip van de voldoening jegens de schuldeiser aansprakelijk was.

2. De gesubrogeerde kan van geen der andere bij de omslag betrokken derden een groter bedrag vorderen dan de oorspronkelijke schuldeiser op het tijdstip van de voldoening op deze had kunnen verhalen.

3. Ieder der in de omslag betrokkenen blijft gerechtigd het bijgedragene alsnog van hem die geen verhaal bood, terug te vorderen.

Art. 6:153 BW

In het geval van subrogatie in de hoofdvordering verkrijgt de gesubrogeerde het recht op bedongen rente slechts voor zover deze betrekking heeft op het tijdvak na de overgang.

Art. 6:154 BW

De schuldeiser is jegens degene die, zo hij de vordering voldoet, zal worden gesubrogeerd, verplicht zich te onthouden van elke gedraging die ten koste van deze afbreuk doet aan de rechten waarin hij mag verwachten krachtens de subrogatie te zullen treden

Regres

Art. 6: 10 BW

1. Hoofdelijke schuldenaren zijn, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht overeenkomstig de volgende leden in de schuld en in de kosten bij te dragen.

2. De verplichting tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, komt op iedere medeschuldenaar te rusten voor het bedrag van dit meerdere, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat.

3. In door een hoofdelijke schuldenaar in redelijkheid gemaakte kosten moet iedere medeschuldenaar bijdragen naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld dat hem aangaat, tenzij de kosten slechts de schuldenaar persoonlijk betreffen.

Omslag bij insolventie

Art. 6:13 BW

1. Blijkt verhaal op een hoofdelijke schuldenaar voor een vordering als bedoeld in de artikelen 10 en 12 geheel of gedeeltelijk onmogelijk, dan wordt het onverhaalbaar gebleken deel over al zijn medeschuldenaren omgeslagen naar evenredigheid van de gedeelten waarvoor de schuld ieder van hen in hun onderlinge verhouding aanging.

2. Werd de schuld geheel of gedeeltelijk gedelgd ten laste van een hoofdelijke schuldenaar wie de schuld zelf niet aanging en blijkt op geen van de medeschuldenaren wie de schuld wel aanging verhaal mogelijk, dan wordt het onverhaalbaar gebleken deel over alle medeschuldenaren wie de schuld niet aanging, omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het tijdstip van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was.

3. Ieder der in een omslag betrokkenen blijft gerechtigd het bijgedragen alsnog van hem die geen verhaal bood, terug te vorderen.

Art. 6:14 BW

Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijke schuldenaar bevrijdt deze niet van zijn verplichting tot bijdragen. De schuldeiser kan hem niettemin van zijn verplichting tot bijdragen jegens een medeschuldenaar bevrijden door zich jegens deze laatste te verbinden zijn vordering op hem te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden.