

Voorschoten, Januari 2011, Johan Jol, Legal Houdini ©

Tot zekerheid waarvan, de omvang van zekerheidsrechten, de overgang van zekerheidsrechten, regres en subrogatie, Syllabus voor BDN lesuren

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.
4. Zo 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).
5. Een crediteur en debiteur kunnen afspreken dat de vorderingen van de crediteur op de debiteur wordt achtergesteld bij alle (of bepaalde) andere vorderingen van andere crediteuren op de debiteur ("*subordination*", achterstelling)².

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 we hem toekent.

² 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 omlind begrip is en dat het karakter van een achtergestelde lening meebrengt dat de crediteur van die lening zijn recht op verrekening impliciet prijsgeeft, kan niet worden aanvaard (rov. 5 en 6). Voor de betekenis en de juridische gevolgen van de onderhavige achterstelling zal moeten worden gelet op de omstandigheden van het geval, het doel en de bewoordingen van de overeenkomst van achterstelling, waarbij de betekenis van de contractuele bepalingen wordt bepaald door de zin die partijen daaraan in de gegeven omstandigheden over en weer mochten toekennen en door hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (tweede rov. 7). In de gegeven omstandigheden moet worden aangenomen dat De Vliert haar vordering bij faillissement van Habo juist niet heeft willen achterstellen, zodat aan de overeenkomst meer het karakter van een uitgestelde opeisbaarheid moet worden toegekend (rov. 8 en 9). Uit de overeenkomst van 11 juli 1997 kan niet worden afgeleid dat De Vliert haar recht op verrekening heeft prijsgegeven; uit een brief van 10 oktober 1997 blijkt dat ook Habo zelf aan de overeenkomst die betekenis niet heeft toegekend (rov. 10).

Hoge Raad:

3.4.1 Onderdeel I.1 verwijt het Hof een onjuiste rechtsopvatting voor zover het heeft geoordeeld dat een overeenkomst van achterstelling als bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW naar aard en strekking niet meebrengt dat de crediteur wiens vordering is achtergesteld, zijn recht op verrekening heeft prijsgegeven en evenmin dat die crediteur in geval van faillissement van de debiteur pas aan bod komt als de andere crediteuren zijn voldaan.

3.4.2 Het onderdeel faalt. 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

6. Zekerheidsrechten zijn bedoeld om een crediteur de gelegenheid te geven om zich bij voorrang boven andere crediteuren te verhalen op de opbrengst van een bepaald goed. Zekerheidsrechten die voor bancaire financiers beschikbaar zijn in Nederland zijn de rechten van pand en hypotheek³. Overigens, zoals bekend zie je in meer recente financieringsstructuren ook een combinatie van zekerheidsrechten en een rangorde tussen de verschillende crediteuren die gerechtigd tot de zekerheden.
7. 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. Dit deel van de cursus is bedoeld om nader toe te lichten de vraag **tot zekerheid van welke vorderingen** van een crediteur op een debiteur kan een pand- of hypotheekrecht wordt gevestigd en hoe moet een en ander praktisch worden toegepast. (vgl. hierna punt 10 tot en met 29).
8. 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.
9. Tenslotte zal aandacht wordt besteed aan de rechtsfiguren **regres en subrogatie** (punt 36 tot en met punt 48).

Tot zekerheid waarvan

10. 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 wordt 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 verstrekt⁴.

overeengekomen.

3.4.3 De overige klachten van onderdeel I bouwen voort op onderdeel I.1 en falen derhalve eveneens.

3.5.1 De onderdelen II.6-8 berusten op het uitgangspunt dat het Hof bij de uitleg van de onderhavige overeenkomst van achterstelling ten onrechte heeft getoetst aan het "Haviltex-criterium". Het Hof heeft echter, ook indien - zoals met name in onderdeel II.8 wordt betoogd - de achterstelling zou moeten worden aangemerkt als een beding ten behoeve van een derde, terecht dit in het arrest van de Hoge Raad van 13 maart 1981, nr. 11647, NJ 1981, 635 ontwikkelde criterium toegepast, zodat ook deze onderdelen geen doel treffen.

³ 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.

⁴ 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.

11. 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). 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)⁵. 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 hiervan⁶.
12. In de literatuur is herhaaldelijk de vraag gesteld of het ook mogelijk om een pand of hypotheek zekerheid te verstrekken aan een ander dan degene die de vordering heeft tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht wordt verstrekt⁷.
13. 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 creditschap, de borgtocht-constructie en de parallel debt.⁸ 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 syndicaatlening, gelijk is aan de totale door het syndicaat verstrekte financiering). De NVB heeft in reeds 2001 een uitgebreide circulaire laten verschijnen over de constructie van de parallel debt en geadviseerd deze toe te passen.
14. 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 vordering

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 is gebleken 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).

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ Rongen, 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.

⁸ Vgl. Vindplaats noot 7, het eerste deel van het artikel van Rongen, Verhagen en Kortmann beschrijft deze constructies helder.

moet bepalen tot zekerheid waarvan de hypotheek wordt gevestigd of de feiten de hand waarvan de vordering kan worden bepaald. Voorts moet in de hypotheekakte het maximum bedrag waarvoor de hypotheek kan worden verhaald worden opgenomen. Dergelijke bepalingen ontbreken bij pandrecht⁹.

15. 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, jtj) (...) 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)¹⁰.

Illustratie: Vaste, krediethypotheek en bankhypotheek / Boekenclausule

16. Ter illustratie van de vraag of de vordering tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht is verstrekt voldoende bepaalbaar is, het volgende.
17. 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**¹¹.

⁹ 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.

¹⁰ 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 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 kredietenschuld 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, behoeft dan ook nadere motivering, die het arrest van het Hof niet bevat.

¹¹ 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.

18. De *vaste hypotheek* is een hypotheek die strekt tot zekerheid voor een vaste bestaande vordering. 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.
19. 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*.
20. 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* verzonden, waarin de debiteur een recht van hypotheek verstrekt tot zekerheid voor de betaling van geldsommen verschuldigd aan de crediteur *uit welke hoofde dan ook*.
21. 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, 578¹²:
22. Het NBW 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 NBW 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)

23. Vergelijk voor een bevestiging van de rechtsgeldigheid van de krediet- en bankhypotheek bij binnenschepen: HR 6 juni 2000, NJ 2000, 534, Rov 3.4.2¹³:

"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

¹² 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 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.

¹³ In dit arrest komen ook de bijzondere voorwaarden van de hypotheekakte bij scheepshypotheken 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.

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.”

24. 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 2009:

11. Bewijskracht en bewaartermijn bankadministratie

Tegenover de cliënt strekt een uittreksel uit de administratie van de bank tot volledig bewijs, behoudens door de cliënt geleverd tegenbewijs. De bank behoeft haar administratie niet langer te bewaren dan de wettelijke bewaartermijnen.

25. Onder het voor 1 januari 1992 geldende recht had de Hoge Raad reeds herhaaldelijk geoordeeld dat de boekenclausule 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 (...).

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 is¹⁴. Uit het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1992¹⁵ 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 separatist¹⁶.

¹⁴ Vermogensrecht, losbladig, art. 231, aantekening 15)¹⁴:

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*,jtj).

¹⁵ Vgl. HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449

¹⁶ Snijders maakt in zijn noot bij dit arrest een aantal voor de praktijk belangrijke opmerkingen:

- Bankhypotheek blijven geldig, maar de executoriale kracht van (grossen van) bankhypotheekakten als titels voor beslag wordt in dit arrest toch fors aan banden gelegd door na te melden eisen. Gezien het recht van parate executie, dat van rechtswege

Gevolgen van beslag ten laste van hypotheekgever / faillissement hypotheekgever

26. 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 reeds in 1955 uitgesproken¹⁷. 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 crediethypotheek 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, jtj) artikel bedoelde inbeslagneming tegenover de beslaglegger de hypotheek kan worden ingeroepen mits deze in de daartoe bestemde openbare registers is ingeschreven voor die overschrijving.”

27. Overigens, de hypotheek-/pandhouder die in de wetenschap van het beslag, zijn vordering zonder meer op laat lopen, moet op zijn tellingen 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 daad¹⁸. 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).

aan de hypotheekhouder toekomt ex art. 3:268 BW, is de praktische betekenis van deze uitspraak voor de uitwinning van verhypothekende goederen overigens niet al te groot.

- Hoewel op deze zaak nog het voor 1 jan. 1992 geldende recht toepasselijk is, zoals de Hoge Raad uitdrukkelijk overweegt, zou hetzelfde naar nieuw recht beslist kunnen zijn.
- Welke eisen gelden nu voor de executoriale kracht van bankhypotheekakten? Het moet gaan om executie ter incasso van - kort gezegd - op de aktedatum bestaande of "enkelvoudig (relatief) toekomstige" vorderingen. Zie r.o. 3.3, 1e alinea. Voorts moet de akte hetzij het verschuldigde bedrag vermelden (hetgeen bij bankhypotheek praktisch is uitgesloten), hetzij de weg aangeven langs welke de grootte van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld. Zie r.o. 3.3, 2e alinea.
- De boekenclausule - ik ga steeds uit van een boekenclausule als de onderhavige met de mogelijkheid van tegenbewijs - valt ook niet onder de zwarte lijst van art. 6:236, in het bijzonder niet onder de daarin sub k opgesomde bedingen (L.v.Vr. II en L.v.A. II Inv. Parl. Gesch. Boek 3 Inv. BW, p. 1351 onder verwijzing naar MvT Inv. en MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv. BW, p. 1708 en 1711). Wel is zo'n boekenclausule onder huidig recht vernietigbaar, indien zij voor de hypotheekgever op grond van de omstandigheden van het geval onredelijk bezwarend is (art. 6:233 aanhef en sub a BW). Men bedenke hierbij, dat bankhypotheek ook door minder bonafide instellingen gevestigd kunnen worden.
- Veel intrigerender is de andere eis die de Hoge Raad thans stelt: een bankhypotheekakte heeft slechts executoriale kracht voor vorderingen die op het moment van verlijden der akte reeds bestaan en in de akte zijn omschreven alsmede voor vorderingen uit rechtsverhoudingen die op het moment van verlijden der akte reeds bestaan en in de akte zijn omschreven, derhalve slechts voor enkelvoudig toekomstige vorderingen.
- De uitsluiting van executoriale kracht van bankhypotheekakten voor dubbel toekomstige vorderingen heeft geen consequenties voor de krediethypotheek voor zover deze verleend wordt ter zake van een reeds ten tijde van de hypotheekakte bestaande, in de akte omschreven kredietverhouding. Te bepleiten valt hetzelfde voor een saldohypotheek voor zover deze verleend wordt ter zake van een reeds ten tijde van de hypotheekakte bestaande, in de akte omschreven rekening-courantverhouding. Zie De Bruijn/Kraan, p. 48.
- Concipiënten van bankhypotheekakten doen er goed aan, deze zo te formuleren, dat zij voor zover praktisch mogelijk in ieder geval een omschrijving inhouden van de reeds bestaande rechtsverhoudingen, opdat daarvoor tenminste een executoriale titel bestaat.

¹⁷ HR 25 februari 1955, NJ 1955, 711

¹⁸ Vgl. Asser-Van Mierlo 3-VI*, nr. 51

28. 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/Knottenbelt¹⁹. In dat geval betrof het een zekerheidsgerechtigde die tijdens het faillissement concurrente vorderingen van leverancier van de failliet overnam, en deze vervolgens op basis van een bankhypotheek tevens 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, reeds bij de zekerheidsgerechtigde aanwezige vorderingen.

De discussie heeft tevens 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 hakbijleffect van het faillissement, de boete niet moet kunnen worden geverifieerd en evenmin als vordering kunnen dienen waarvoor een zekerheidsrecht wordt uitgewonnen. Vgl. ook Loesberg in zijn artikel Enige beschouwingen over zekerheden in Collectief verband²⁰. Loesberg meent dat uit dit arrest 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 – en naar mijn mening juiste – zin: Rongen in zijn artikel De trustee bij obligatieleningen, in het bijzonder de security trustee in Vertegenwoordiging en tussenpersonen, serie Onderneming en recht, deel 17, p. 307 e.v. Ik meen - met Rongen - dat een zekerheidsrecht tot zekerheid strekt van:

- alle bestaande vorderingen van de debiteur op de crediteur (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.

Vgl. hierna meer uitgebreid onder regres en subrogatie in het bijzonder hierna punt 36 e.v.²¹. Indirecte steun voor deze opvatting is naar mijn mening te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 2003.²² 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 recente deals komt men dat ook tegen.

¹⁹ HR 4 november 1994, NJ 1995, 627

²⁰ Onderneming en Effecten, pag. 531 e.v.

²¹ Vgl. voor de discussie gevoerd naar aanleiding van de overwaarde-arrangementen, hierna, punt 44 e.v.

²² HR 31 januari 2003, JOR 2003, 73

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

29. 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);
 - II. Het pand-/hypotheekrecht is verbonden aan bestaande en toekomstige vorderingen uit hoofde van een ten tijde van de vestiging van het pand-/ hypotheekrecht bestaande kredietovereenkomst (**kredietpand-/ hypotheek-** recht); en
 - III. Het pand-/hypotheekrecht is verbonden aan bestaande en toekomstige vorderingen die uit welke hoofde dan ook ontstaan (**bankpand-/ hypotheek-** recht).

Ad I:

Er is sprake van een overgang van het pand-/hypotheekrecht 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-/hypotheekrecht. Strikt technisch ontstaat er alsdan een gemeenschap van pand-/hypotheekrechten.

Ad II:

Er wordt aangenomen dat een kredietpand-/hypotheekrecht 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 contractsovername of onder algemene titel) overgaat op een derde. Een groot voordeel van deze methode is dat ook vorderingen die na de contractsovername ontstaan uit hoofde van de kredietovereenkomst onder het pand-/hypotheekrecht 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 arrest²³ wordt algemeen aangenomen dat een bankpand/bankhypotheek overgaat indien een (bank)relatie tussen de bank (pand/hypotheekhouder) en debiteur (pand/hypotheekverstrekker) 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/hypotheekrecht niet mee overgaat indien (een deel van) de bestaande vordering aan een derde wordt overgedragen.

²³ HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 De Onderdrecht/FGH

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 bepleit²⁴.
33. Mede op basis van de adviesaanvraag en het daarop uitgebrachte het advies van Mr Van Mierlo stelde ik de volgende regels op:
- I. De overdracht door levering (cessie) van een (deel van de) vordering die gedekt is door een krediethypotheek of bankhypotheek (zonder dat de bestaande kredietrelatie wordt beëindigd) heeft tot gevolg dat (een deel van) het hypotheekrecht mee overgaat naar de verkrijger van de en 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)²⁵.
 - II. Ook indien de overgang van de vordering niet plaatsvindt door middel van cessie maar door middel van subrogatie²⁶ 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.
 - 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

²⁴ In de adviesaanvraag zijn literatuurverwijzingen opgenomen. Aan deze verwijzingen zijn nog toe te voegen: Mr L. Timmerman, Bankhypotheek 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.

²⁵ 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.

²⁶ Vgl. voor beschrijving van subrogatie in het algemeen, hierna punt 36 e.v.

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).
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 recente publicaties 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. In de nieuwe druk van Asser Zekerheidsrecht 3 – VI (van de hand van Mr Van Mierlo) is in nrs. 53 tot en met 55 het volgende vermeld:

“53. Het afhankelijke karakter van de rechten van pand en hypotheek staat niet eraan in de weg dat schuldenaar en schuldeiser bepalen dat het zekerheidsrecht uitsluitend strekt tot zekerheid van de vorderingen van de zekerheidsgerechtigde zodat het niet overgaat bij overgang van de vordering door cessie of subrogatie op een derde. Hierdoor behoort de vordering niet meer toe aan de oorspronkelijke schuldeiser.

Hoofregel is dat een zekerheidsrecht als nevenrecht mee overgaat met de vordering waaraan het is verbonden (zie nr. 52). Uit HR 16 september 1988, [NJ 1989, 10](#) (De Onderdrecht/Pierson Heldring Pierson) volgt evenwel - zie rechtsoverweging 3.2 - dat schuldeiser en schuldenaar bij het vestigen van het zekerheidsrecht of nadien anders kunnen overeenkomen, aldus dat het zekerheidsrecht in geval van overgang van de geseceureerde vordering uitsluitend toekomt aan degene ten behoeve van wie het zekerheidsrecht is gevestigd. Een dergelijke afspraak specificeert nader (zie ook [art. 3:231 lid 2 BW](#)) de vordering of vorderingen waarvoor het zekerheidsrecht is of wordt verleend en doet geen afbreuk aan het bepaalde in [art. 3:82 BW](#). De nadere afspraak tussen partijen maakt het zekerheidsrecht tot een zuiver persoonlijk recht, dat wil zeggen tot een recht dat louter aan de persoon van deze schuldeiser toekomt en in geval van cessie of subrogatie niet dekt de vordering die de cessionaris of de gesubrogeerde heeft verkregen. Zie in dit verband nader ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-II* 2009, nr. 258, met verdere literatuurverwijzingen, waaraan toegevoegd KORTMANN, RMThemis 1993, p. 101, alsmede MIJNSSEN, De rekening-courantverhouding, Mon. Privaatrecht 15 (2010), nr. 13.2.

54. In het kader van een bank- of kredietzekerheid lopen de meningen uiteen over de vraag of bij overgang van de geseceureerde 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 noodzakelijke 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 overgegangene vordering dekt.

In HR 16 september 1988, [NJ 1989, 10](#) (De Onderdrecht/Pierson Heldring Pierson) overweegt de Hoge Raad (rov. 3.2) dat de vraag of de omschrijving van de bestaande en toekomstige vorderingen waarvoor een hypotheek tot zekerheid zal strekken - in weerwil van de hoofregel 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, een kwestie van uitleg van die omschrijving is. Een overeenkomst tot het verstrekken van zekerheid voor hetgeen de wederpartij op grond van een verleend krediet of anderszins te vorderen heeft, is naar aard en strekking erop gericht zekerheid te verschaffen voor de

betaling van de vordering die resteert na beëindiging van de relatie. In dezelfde zin ook FESEVUR, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990/2, p. 62 e.v. Het ter uitvoering van deze overeenkomst verleende zekerheidsrecht heeft een overeenkomstige strekking en is mitsdien afhankelijk van de vordering tot betaling van het eindsaldo en derhalve niet als afhankelijk recht verbonden aan een vordering die gedurende de relatie tussen schuldeiser en schuldenaar bestaat. Vanzelfsprekend staat het partijen vrij bij het aangaan van de overeenkomst tot het verstrekken van bank- of kredietzekerheid dan wel bij latere overeenkomst te bepalen dat de zekerheid ook geldt voor andere vorderingen dan die tot betaling van het eindsaldo. Behoudens dergelijke andersluidende afspraken strekken bank- en kredietzekerheden tot zekerheid van de vordering die resteert na beëindiging van de relatie tussen schuldeiser en schuldenaar of afsluiting van de rekening-courant. Zie nader hiervoor nr. 48. In deze benadering vindt bij overgang van de geseceureerde vordering door cessie of subrogatie overgang van de bank- of kredietzekerheid in beginsel slechts plaats indien de cessionaris of gesubrogeerde de vordering verwerft nadat de vorige schuldeiser diens relatie met de schuldenaar heeft beëindigd. Zie ook P.A. STEIN, Zekerheidsrechten, hypotheek, Serie Recht en Praktijk 7a (2004), p. 139, VRIESENDORP, WPNR 5876 (1988), alsmede TIMMERMAN, Bankhypotheek en afhankelijkheid, in: Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht 24 (2002), p. 414-415, met uitvoerige literatuurverwijzingen. Beëindiging van de relatie met de schuldenaar dient aldus te geschieden dat de vorige schuldeiser na de overgang geen geseceureerde vorderingen meer op de schuldenaar kan verkrijgen. Een en ander valt te bewerkstelligen door - vanwege het meerszijdige karakter daarvan - met medewerking van de schuldenaar partieel afstand te doen van het zekerheidsrecht ([art. 3:81 lid 2](#), aanhef en onder c, BW) dan wel, indien de zekerheidsdocumentatie de mogelijkheid daartoe biedt, het zekerheidsrecht op te zeggen ([art. 3:81 lid 2](#), aanhef en onder d, BW), in beide gevallen zodanig dat het zekerheidsrecht nog slechts dekt de tussentijdse saldovordering. Betreft het zekerheidsrecht een recht van hypotheek dan geschiedt afstand bij notariële akte, gevolgd door de inschrijving hiervan ([art. 3:84](#) BW jo. [art. 3:98](#) BW jo. [art. 3:260](#) BW). De bank- of kredietzekerheid is in deze beide gevallen materieel een vaste zekerheid geworden die als zodanig mee overgaat met de vordering. Het met het zekerheidsrecht belaste goed kan alleen worden uitgewonnen voor de overgegangene vordering. Zie ook VAN SINT TRUIDEN, De Bankhypotheek en haar kwestie van overgang op derden, Bank- en effectenbedrijf 1989, p. 39 e.v. Zie over deze beide gevallen - opzegging en afstand - ook RUYSS, Securitisation en bankhypotheek: problemen en mogelijke oplossingen, in: Onderneming en Effecten, Serie Onderneming en Recht 13 (1998), p. 517 e.v., die bovendien nog de mogelijkheid oppert dat de oorspronkelijke schuldeiser aan de cessionaris of gesubrogeerde een borgtocht afgeeft voor nakoming door de debiteur van de verplichtingen voortvloeiende uit de overgegangene vordering.

Bij het aangaan van de overeenkomst tot het verstrekken van de bank- of kredietzekerheid dan wel bij latere overeenkomst kunnen partijen vanzelfsprekend bepalen dat deze zekerheid ook zal strekken tot zekerheid voor de terugbetaling van andere vorderingen dan die tot betaling van de eindvordering.

VERHAGEN en RONGEN, Cessie, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht (2000), nr. 10.4 leggen een bank- of kredietzekerheid anders uit. Zij zijn van oordeel dat een bank- of kredietzekerheidsrecht een veelheid van (min of meer onbepaalde) vorderingen secureert en dat - tenzij door partijen uitdrukkelijk anders is overeengekomen - een tussentijdse overgang van één van die vorderingen leidt tot een gedeeltelijke overgang van het zekerheidsrecht (ook als nadien de relatie tussen de vorige schuldeiser en de schuldenaar nog voortduurt), terwijl overgang van de vordering bij beëindiging van de bank- of kredietrelatie resulteert in overgang van het gehele zekerheidsrecht. In het kader van bankzekerheden meent ook VAN ACHTERBERG, Overgang van vorderingen en schulden en de gevolgen voor de gevestigde (bank)zekerheden, WPNR 6134 (1994), p. 313 e.v. dat het zekerheidsrecht (gedeeltelijk) mee overgaat, indien een op een bepaald moment bestaande vordering overgaat op een nieuwe schuldeiser terwijl de relatie tussen oude schuldeiser en schuldenaar niet wordt beëindigd. Naar haar mening is het moment van uitwinning bepalend voor het antwoord op de vraag welk deel van het zekerheidsrecht is mee overgegaan. Een bankzekerheid wordt immers gevestigd tot zekerheid van de op het moment van uitwinning bestaande vordering(en). Zie ook Mon. Nieuw BW B44 (VAN ACHTERBERG), nr. 44, VRANKEN, Roestplekken in de literatuur over bankhypotheek, in: Yin-Yang (Van Mourik-bundel) (2000), p. 429-434, alsmede VAN DEN HEUVEL, Overgang van bankzekerheden, in: Onzekere zekerheid (Insolad-jaarboek 2001), p. 81 e.v.

Zoals VERHAGEN en RONGEN (nr. 10.3) ook zelf vermelden is de door hen - en andere schrijvers - verdedigde opvatting niet in overeenstemming met HR 14 april 1927, NJ 1927, 763 (Bodengraversche Bankvereniging/Kiebert). In dit arrest betrof het een cessie door een bank van het op een bepaald tijdstip bestaande saldo van een bankrekening. Ten behoeve van de schuldenaar had iemand zich borg gesteld voor al hetgeen de bank uit rekening-courant of welke hoofde ook te vorderen mocht krijgen (bankborgtocht). De Hoge Raad oordeelde dat de cessionaris de borg niet kon aanspreken. Een borgtocht als de onderhavige strekt niet slechts tot waarborg voor hetgeen de schuldenaar op zeker ogenblik verschuldigd is, maar ook voor hetgeen de schuldenaar later, uit welke hoofde ook, nog verschuldigd mocht worden. Een dergelijke borgtocht behoort, naar het oordeel van de Hoge Raad, niet tot een bepaalde vordering van de bank, in welk geval zij trouwens met die vordering zou teniet gaan. Het is dan ook niet aannemelijk dat bij gehele of gedeeltelijke overdracht door de bank van hetgeen zij op zeker ogenblik van de schuldenaar te vorderen heeft, de borgtocht geheel of ten dele mee zou overgaan. De hiervoor vermelde overwegingen van de Hoge Raad steunen geheel op het afhankelijke karakter van de borgtocht. Zij zijn van zo een algemene aard dat zij evenzeer gelden voor andere zekerheidsrechten.

Wat daarvan ook zij, de opvatting van VERHAGEN en RONGEN biedt de hedendaagse (internationale) bankpraktijk het meeste soelaas, zeker waar het gaat om het overdragen van zekerhedenportefeuilles. Zij wordt

in literatuur veelvuldig verdedigd. Zie ook VAN MIERLO, Rechtsvraag WPNR 6773 (2008), p. 828 e.v. Rechtspraak in die zin ontbreekt evenwel. Daarnaast kan tegen deze opvatting als mogelijk bezwaar worden aangevoerd dat door de overgang van een tussentijdse saldovordering de positie van de schuldenaar wordt verzwaaard doordat het zekerheidsrecht niet alleen geldt voor de vordering die de cessionaris of gesubrogeerde heeft verkregen maar ook blijft gelden voor al hetgeen de oorspronkelijke schuldeiser nog van de schuldenaar te vorderen heeft of zal krijgen. Zie nader MIJNSSEN, De rekening-courantverhouding, Mon. Privaatrecht 15 (2010), nr. 13.3. Of dit punt beslissend moet worden geacht, valt te betwijfelen. In geval van een door de oorspronkelijke schuldeiser aan de cessionaris of gesubrogeerde afgegeven borgtocht voor nakoming door de debiteur van de verplichtingen voortvloeiende uit de overgegangene vordering, zoals uiteengezet door onder meer RUYSS (in: Onderneming en Effecten, Serie Onderneming en Recht 13 (1998), p. 521-522) en in de praktijk veelal algemeen aanvaard, gebeurt in wezen niet veel anders.

55. Bij een overgang onder algemene titel gaan bank- en kredietzekerheden in de regel met de vordering mee over op de rechtsopvolger onder algemene titel. In geval van contractsovername ([art. 6:159](#) BW) moet hetzelfde worden aangenomen.

Rechten en verplichtingen van de zekerheidsgerechtigde kunnen onder algemene titel overgaan op een ander door erfopvolging (natuurlijk persoon), juridische fusie of juridische splitsing (rechtspersonen). Gaan met een bank- of kredietzekerheid geseceureerde vorderingen onder algemene titel over dan is daarop [art. 6:142](#) BW van toepassing. De bank- en kredietzekerheden gaan met de vordering over op de verkrijger onder algemene titel. In de wetgeschiedenis bij [art. 2:334j](#) BW (Kamerstukken 24 702, nr. 6, p. 9-10) wordt in dit verband onder meer opgemerkt dat men bij juridische fusie ervan mag uitgaan dat in beginsel de kredietverhouding of de bankrelatie op de rechtsopvolger overgaat. Met de overgang van de uit die rechtsverhouding voortvloeiende al dan niet toekomstige (mits op het tijdstip van executie voldoende bepaalbare) vorderingen, behoudt de rechtsopvolger in de regel de voor deze vorderingen verleende zekerheidsrechten, tenzij blijkt dat deze door de oorspronkelijke partijen tot persoonsgebonden zijn bestempeld. Is krachtens de overgegangene kredietverhouding nog een bestedingsruimte en wordt daarvan na de juridische fusie gebruik gemaakt, dan zijn de verstrekte zekerheden in beginsel ook accessoir aan de rechten uit de dan ontstane vorderingen. Het zekerheidsrecht kan worden beschouwd als een voorwaardelijk recht gebonden aan de vorderingen die zullen ontstaan uit de overgegangene rechtsverhouding. Dit uitgangspunt dient ook te gelden bij juridische splitsing en, zo valt daaraan toe te voegen, erfopvolging.

Een partij bij een overeenkomst kan haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste overdragen aan een derde ([art. 6:159](#) BW). Door deze contractsovername gaan, evenals bij de rechtsopvolging onder algemene titel, in beginsel alle rechten en verplichtingen over op de derde. In een dergelijk geval geldt evenzeer dat bij overgang van de geseceureerde vordering in beginsel tevens de bank- en kredietzekerheden mee overgaan. Zie over contractsovername nader ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-II* 2009, nr. 308 e.v."

35. Zie over dit onderwerp recentelijk mr dr A.C.F.G. Thiele in Collectieve zekerheidsarrangementen; onzekere zekerheid? ²⁷. Zij komt tot de feitelijke constatering dat de meeste grote advocatenkantoren beredeneerde opinions (reasoned opinions) afgeven waarin de overdraagbaarheid wordt bevestigd. Ook de meest recente ervaringen die ik heb in het kader van de voorbereidingen van de fusie Fortis - ABN met adviezen van advocaten bevestigen dat de leer zoals hierboven onder 33. is weergegeven de juiste is.
35. 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 ontstaat²⁸. Praktisch gezien gebeurt dit doordat de partij die zijn vordering wil overdragen, zijn vordering overdraagt – door levering van deze vordering of door contractsovername -, waarbij dan tevens betrokken wordt de overdracht van de 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

²⁷ Zekerheidsrechten in ontwikkeling, preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 2009, p. 78 e.v.

²⁸ Rongen, Verhagen en Kortmann hebben zich in WPNR 6459 en 6460 (2001) uitgesproken voor deze mogelijkheid.

haar proefschrift van 2003²⁹ 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 herhaald³⁰. Theoretisch heeft ze daar zonder meer een punt³¹. 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.

36. 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.

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 betaald³².
37. De relevante wetsartikelen zijn opgenomen in Boek 6³³. Zie voor een mooi artikel over dit onderwerp Collisie van persoonlijke en goedenrechtelijke zekerheden door F.E.J. Beekhoven van den Boezem.³⁴

²⁹ Collective Security Arrangements (2003), p. 102

³⁰ Zekerheidsrechten in ontwikkeling, preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 2009, p. 96 e.v.

³¹ Ik meen overigens dat een curator die als security trustee de parallel debt 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.

³² 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 Snijders in Speculum Langemeijer, blz. 459 e.v

³³ **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;

38. De regels van subrogatie en regres zijn eenvoudig te beschrijven aan de hand van een eenvoudig 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 Eur 1 miljoen en B Eur 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:

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 bijgedragene 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.

³⁴ in Onderneming & Financiering 2005, nr. 67, p. 56 e.v.

- pandrecht op de door M gehouden aandelen in A en B; en
 - pandrecht op voorraad, inventaris en debiteuren.
39. 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 Eur 2,5 miljoen. Veronderstel nu dat B er in slaagt de Eur 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 Eur 0,5 miljoen (M) en Eur 1 milj. (A). B treedt bovendien in de positie van de Bank met betrekking tot de zekerheidsrechten³⁵. Daarnaast krijgt B (ingevolge art. 6:10 BW) een eigen (ongesecureerde) regresvordering op M en A (voor respectievelijk A: 0,5 miljoen en B: 1 miljoen).
40. 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. Vergelijk deze bepalingen:

Each Guarantor subordinates its present and future claims which such Guarantor has or will have against any Obligor on account of reimbursement and/or subrogation to the claims of a Finance Party, which subordination implies that the first-mentioned claims cannot be exercised for so long as any amount is outstanding under the Finance Documents or any Commitment is in force.

Voorts de volgende bepaling uit de standaard Loan Market Association UK law facility agreement, versie January 2003: Deferral of Guarantors' rights
Until all amounts which may be or become payable by the Obligors under or in connection with the Finance Documents have been irrevocably paid in full and unless the Agent otherwise directs, no Guarantor will exercise any rights which it may have by reason of performance by it of its obligations under the Finance Documents:

- (a) to be indemnified by an Obligor;
- (b) to claim any contribution from any other guarantor of any Obligor's obligations under the Finance Documents; and/or
- (c) to take the benefit (in whole or in part and whether by way of subrogation or otherwise) of any rights of the Finance Parties under the Finance Documents or of any other guarantee or security taken pursuant to, or in connection with, the Finance Documents by any Finance Party.

Zie ook dit voorbeeld (Finance Parties staat voor de banken en Guarantor voor hoofdelijke schuldenaren):

1.1. Creation of pledge over rights to recourse and retention of pledge on rights subrogated

As security for the payment obligations of each Obligor under the Finance Documents (i) each Guarantor agrees to create and hereby creates in advance in favour of the Security Agent a disclosed right of pledge (*openbaar pandrecht*) on the rights such Guarantor may have to recourse against any Obligor and (ii) each Finance Party shall retain an undisclosed right of pledge on all of its rights to which the Guarantor may be subrogated. By signing this Agreement the Obligors acknowledge and confirm (if applicable in accordance with Article 1690 of the Belgian Civil Code) to have received notification of the creation of the rights of pledge created pursuant to this Clause 1.1. The Security Agent hereby accepts the rights of pledge created pursuant to this Clause 1.1 and may, on behalf of each Guarantor, waive or cancel by notice in writing these rights of pledge.

1.2. Subordination of rights to recourse and rights subrogated

If and to the extent that the rights of pledge purported to be created and retained pursuant to Clause 1.1 have not been

³⁵ Zie ook hierboven onder 33 IV.

created or retained or if these rights of pledge have been waived or cancelled, the rights Guarantors may have to recourse against any Obligor and the rights of the Finance Parties to which Guarantors may be subrogated shall be subordinated to the payment obligations of the Obligors under the Finance Documents.

1.3. Waiver of subrogated Security

Each Guarantor hereby waives all rights of Security attached to the rights of the Finance Parties to which such Guarantor may be subrogated until all (present and future) monetary payment obligations of all Obligors under the Finance Documents have irrevocably been paid in full.

1.4. Waiver of rights to recourse and rights subrogated

If and to the extent that the rights of pledge purported to be created and retained pursuant to Clause 1.1 have not been created or retained, each Guarantor hereby waives, under the condition precedent that an Obligor is sold to a third party, the rights it may have to recourse against such Obligor and the rights of the Finance Parties to which it may be subrogated in respect of that Obligor.

41. Ter toelichting nog het volgende. Men moet als gezegd onderscheid maken tussen de mogelijkheden van regres en subrogatie. Voor wat betreft de regresvordering ex. art. 6:10 BW wordt ervan uitgegaan dat deze regresvordering een bestaande vordering is onder de opschortende voorwaarde van betaling. Zie daarover HR 3 juni 1994, NJ 1995, 340. Deze visie van de Hoge Raad is overigens omstreden. Maar, ondanks kritiek in de literatuur heeft de Hoge Raad deze visie herhaald, zie HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393, JOR 2002, 111 met noot Van Hees en HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618 Mr Bannenberg q.q. – NMB-Heller³⁶. Kortom, vooralsnog mogen we ervan uit gaan dat het hier gaat om een bestaande vordering. 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 betaling³⁷. Ik zie dat (en met mij kennelijk de opsteller van de hiervoor opgenomen clause) anders. De vordering die je door middel van subrogatie verkrijgt, is een bestaande vordering van de oorspronkelijk crediteur, die jij op voorwaarde van betaling verkrijgt. De kwalificatie van de regres- en subrogatievordering 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. De opstellers van deze clause hebben er in art. 1.1. voor gekozen om de regresrechten bij voorbaat te laten verpanden door de Guarantors. Dat werkt omdat zij reeds voorwaardelijke over deze bestaande vorderingen beschikken. Maar: omdat de Guarantors hun rechten krachtens subrogatie pas krijgen nadat ze betaald hebben, is in art. 1.1. er voor een constructie gekozen 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 mijn inziens. Maar, recentelijk berichtte de heer J.J. van Hees mij 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 regeland recht zou zijn. Voor zover art. 1.1. niet zou werken, is in art. 1.2 een achterstelling van de rechten van de Guarantors opgenomen ten opzichte van de rechten van de Finance Parties en in art. 1.3. een opschorting van de rechten van Guarantors ten opzichte van die van de Finance Parties. Bij deze constructie heeft van Hees overigens twijfels.

³⁶ Overigens, Mr Egbert Koops heeft recentelijk in NTBR 2009/3, p. 116 e.v. wederom 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. 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 42.

³⁷ P.J. Peters in Journaal IF&Z 2007, p. 390

Tenslotte is voor zover art. 1.1 niet zou werken een afstand van rechten opgenomen voor gevallen dat een Obligor wordt verkocht. Dat is gedaan om de ontvlechting van een concern mogelijk te maken, zie ook hierna punt 43. Deze structuur is voor zover mij bekend nog niet in rechte getest³⁸.

41. 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 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 zijn rechtstreeks leenden omdat zij van het rekening courant krediet geprofiteerd hebben. In een recent arrest van de Hoge Raad (HR 18 april 2003, JOR 2003, 160) wordt 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).
42. De vraag of A en B draagplicht hebben is in het bijzonder van belang in verband met de in de wet opgenomen regeling van omslag bij insolventie (art. 6:13 BW). Art. 6: 13 BW heeft betrekking op de situatie dat een hoofdelijk schuldenaar die betaald heeft er door insolventie 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. De casus waarover de HR op 18 april 2003 oordeelde, betrof een dergelijk geval.
43. 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 mede-schuldenaar. 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)³⁹. Om die

³⁸ Art. 1.4 is volgens mij ook geen oplossing indien art. 6:13 BW 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. Ik hoop de komende maanden een discussie tussen Nauta en Resor te ontlokken om meer duidelijkheid te krijgen, wordt vervolgd

³⁹ 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

reden wordt in de documentatie getracht deze regres- en subrogatierechten in te perken (zie hiervoor onder punt 40).

44. 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 geen draagplicht, hij is slechts borg, geen draagplichtig schuldenaar⁴⁰.
45. 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* (ook wel overwaardearrangement zoals dat binnen Fortis gebruikelijk wordt afgesproken met Fortis Commercial Finance). 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 Borg⁴¹. 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 uitgesproken⁴²: 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 (□) 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 verschafte, 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

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.'

⁴⁰ 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 ontlenuw 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.

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

⁴¹ Vgl. Rongen, t.a.p. 329 e.v. voor heldere uiteenzetting

⁴² HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618 Mr Bannenberg q.q. – NMB-Heller

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 (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. 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 verschaftte 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 onderhavige geval overeenkomstig worden toegepast, dan nog verzet zij zich niet ertegen dat NMB zich op de aan haar verschaftte 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 verschaftte 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, 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.

46. Bij dit overwaardearrangement speelt 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 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 – cashronde nodig⁴³.
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 overeenkomst⁴⁴.
48. 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 regres⁴⁵. De opstellers van bankgaranties zijn dus gewaarschuwd!

⁴³ Zie mr dr A.C.F.G. Thiele in Zekerheidsrechten in ontwikkeling, preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 2009, p. 82

⁴⁴ vgl. art. 6:150 onder d. BW als hierboven geciteerd

⁴⁵ Vgl. Hof Amsterdam 10 augustus 2000, JOR 2000, 205 voor een geval waarbij de garantor zulks nagelaten had.