

29 April 2025

Tot zekerheid waarvan, de vestiging en de omvang van zekerheidsrechten, de (on)mogelijkheid overgang van zekerheidsrechten, rangwisseling van zekerheden, regres en subrogatie

Inleiding

1. Een debiteur staat met zijn gehele vermogen in voor de verplichtingen die een debiteur ten opzichte van crediteuren heeft. Dit wordt - in "goed Nederlands" - ook wel "**full recourse**" genoemd, waarmee dan bedoeld wordt dat het gehele vermogen van een debiteur door zijn crediteuren kan worden uitgewonnen.
2. Iedere crediteur van een debiteur heeft in beginsel dezelfde rechten als alle andere crediteuren. Dit wordt wel aangeduid dat alle crediteuren "**pari passu**" zijn, dat wil zeggen dat zij onderling dezelfde rang hebben.¹
3. Zowel voor full recourse als voor pari passu geldt naar Nederlands recht dat uit de wet of overeenkomst iets anders kan blijken². Anders gezegd, full recourse en pari passu geldt tenzij uit de wet of overeenkomst iets anders blijkt.³
4. Zo geldt bij pandbelening dat de vordering die resteert nadat de pandhouder het onderpand dat hij in vuistpand heeft gekregen, niet op het vermogen van de pandgever te verhalen is⁴.
5. Ook kan in een overeenkomst tussen een debiteur en een crediteur worden afgesproken dat een vordering van de crediteur op de debiteur niet het gehele vermogen van een debiteur kan worden verhaald doch slechts op een deel daarvan ("**limited recourse**", dat wil zeggen: beperkt verhaal). Die afspraak bindt slechts de crediteur en de debiteur (en hun rechtsopvolgers).
6. Een crediteur en debiteur kunnen afspreken dat de vorderingen van de crediteur op de debiteur wordt achtergesteld bij alle (ook wel generieke achterstelling genoemd) of bepaalde (ook wel specifieke achterstelling genoemd) andere vorderingen van andere crediteuren op de debiteur ("**subordination**", achterstelling)⁵. De in artikel 3:277 BW opgenomen wettelijke achterstelling wordt ook wel eigenlijke

¹ Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/6.

² **Art 3:276 BW:**

Tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen. Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/4.

Art. 3: 277 BW:

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

³ Zie hierover nader: Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/5.

⁴ **Art. 7:139 BW:**

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

⁵ 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:

achterstelling genoemd en treedt pas in werking zodra er verhaal wordt genomen op een of meer goederen van de debiteur⁶. Door Pannevis genoemde aandachtspunten voor het opstellen van een achterstellingsovereenkomst zijn de volgende⁷:

- Rangverlaging en eventuele beperkingen daarvan.
- Beperking van de opeisbaarheid van de juniorvordering, en de verhouding daarvan tot opzegging van de juniorgeldlening.
- Mogelijke verrekening of inkoop van de juniorvordering door de schuldenaar.
- Een doorstortplicht en de afwikkeling daarvan.
- Een verbod op of meldingsplicht bij beslaglegging door de junior.
- Algemene verbintenissen tussen junior en senior, zoals een instructiebevoegdheid.
- Een mogelijk derdenpandrecht van de senior op de juniorvordering.
- Aansluiting tussen de achterstelling en zekerheden voor de juniorvordering.
- Doorwerking van de achterstelling bij hoofdelijkheid, zowel in de juniorvorderingen op hoofdelijke medeschuldenaren als in de verhoudingen tussen hoofdelijke schuldenaren onderling.
- Verificatie van de achtergestelde vordering in het faillissement van de schuldenaar.
- Inspraakrechten van de junior in het faillissement van de schuldenaar.
- Wie er partij wordt bij de achterstellingsovereenkomst.

Voor faillissement hierboven moet ook gelegen worden andere pre-insolventieprocedures zoals de WHOA en de surseance van betaling (of in hun pendanten in het buitenland).

In de praktijk zie je verschillende vormen van achterstelling die niet op de wet zijn gebaseerd (oneigenlijke achterstelling). Bij meer ingewikkelde financieringsstructuren, waarbij verschillende schuldenaren betrokken zijn die deel uitmaken van dezelfde groep wordt wel onderscheid gemaakt tussen structurele achterstelling en contractuele achterstelling. Bij structurele achterstelling zorgt de vennootschappelijke structuur voor de achterstelling, bij contractuele achterstelling geschiedt de achterstelling uitsluitend op basis van een overeenkomst. Een plaatje ter illustratie⁸.

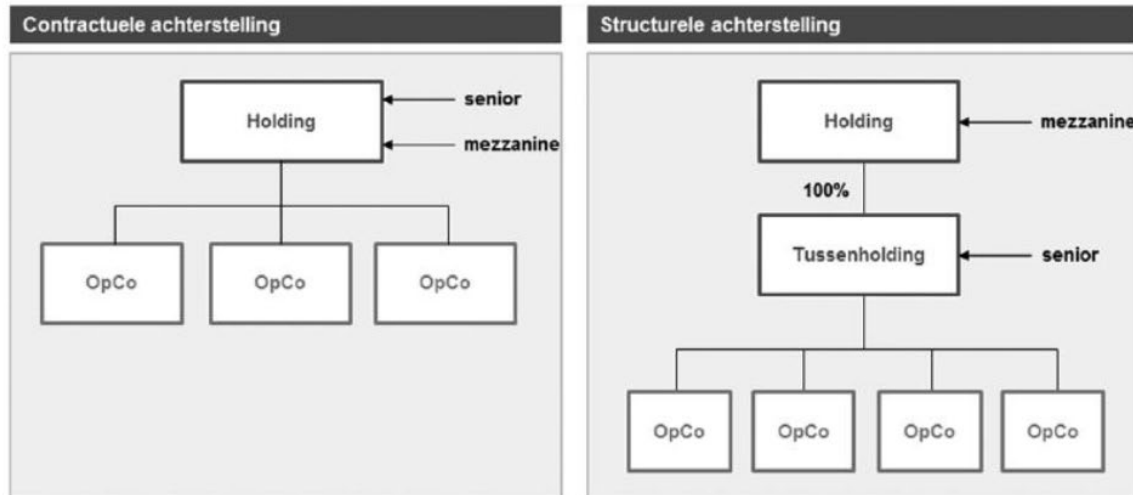
Hof: De stelling van curatoren, dat achterstelling een duidelijk

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

⁶ Zie hierover: Achtergestelde vorderingen (2005), I. Spinath, p. 2 e.v. Zie over achterstelling ook : Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/15 en N.B. Pannevis, Achtergestelde vorderingen (O&R nr. 114) 2019 en in WPNR 2020, nr. 7299 "Over het opstellen van achterstellingsovereenkomsten" waarin Pannevis een handleiding geeft voor het opstellen van achterstellingsovereenkomsten.

⁷ WPNR 2020, nr. 7299 "Over het opstellen van achterstellingsovereenkomsten"

⁸ Ontleend aan: Syndicaatsfinanciering in vogelvlucht: relevante aspecten van een syndicaatsfinanciering bij bedrijven in financiële moeilijkheden, mr. S. Jansen, mr. D.H.J. Postma, mr. D.J. Lyszcarz in De curator en het concern (Insolad jaarboek 2017), vgl. in het bijzonder 8.3.3. van het artikel over de inhoud van zogenaamde intercrediteurenovereenkomsten die gesloten worden. Het artikel beschrijft helder hoe syndicaatsleningen in elkaar steken en de aandachtspunten die er zijn indien de onderneming die het geld heeft geleend in financiële moeilijkheden komt.



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

7. Zekerheidsrechten zijn bedoeld om een crediteur de gelegenheid te geven om zich bij voorrang boven andere crediteuren te verhalen op de opbrengst van een of bepaalde goed⁹. Zekerheidsrechten die voor bancaire financiers beschikbaar zijn in Nederland zijn de rechten van pand en hypotheek¹⁰. De rechten van pand en hypotheek zijn wettelijke voorrangrechten¹¹. Een recht van hypotheek kan alleen op een registergoed worden gevestigd. Een recht van pand op alleen andere goederen¹². Een op een zaak rustend pand of hypotheekrecht is een zakelijk recht. Rust het pand of hypotheekrecht op een ander goed dan is het een vermogensrecht¹³. Overigens zie je in financieringsstructuren vaak ook een combinatie van zekerheidsrechten en een rangorde tussen de verschillende crediteuren die gerechtigd zijn tot de zekerheden¹⁴.

⁹ Zie hierover nader: Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/7 e.v.

¹⁰ 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.

¹¹ Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/8

¹² Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/24

¹³ Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/22

¹⁴ Zie daarover Syndicaatsfinanciering in vogelvlucht: relevante aspecten van een syndicaatsfinanciering bij bedrijven in financiële moeilijkheden, mr. S. Jansen, mr. D.H.J. Postma, mr. D.J. Lyszczarz in De curator en het concern (Insolad jaarboek 2017), par 2.4.

8. Bij de financieringspraktijk wordt doorgaans gebruik gemaakt van rechtspersonen. Daarom een enkel woord over de vestiging van zekerheidsrechten door rechtspersonen.¹⁵ De financier zal zich er steeds van moeten vergewissen dat de rechtspersoon rechtsgeldig is opgericht, nog bestaat en niet aan een of andere insolventieprocedure onderhevig. Voorts dat de rechtspersoon rechtsgeldig vertegenwoordigd is, dat er geen sprake is van tegenstrijdig belang tussen degene die als vertegenwoordiger optreedt en de rechtspersoon en dat de financiering geen overschrijding van het doel van de rechtspersoon inhoudt. Voor N.V. in NL geldt dat ook nog het in art. 2:98c BW opgenomen verbod op financiële assistentie bij de aankoop op aandelen. Voor recente opgerichte naamloze vennootschap is voorts art. 2:94c BW van belang, het zogenaamde Nachgrondsverbod. Zie over dit alles verder Asser-/ Van Mierlo & Kreminski 3-VI 2024/31 e.v.
9. Banken maken, juist in verband met het feit dat een crediteur die beschikt over een pand- of hypotheekrecht een hoog voorrecht heeft (en bovendien separatist is), veel gebruik van een door een pand- of hypotheekrecht versterkte wijze van financiering. In deze syllabus gaan we onder meer in op de vraag **tot zekerheid van welke vorderingen** van een crediteur op een debiteur kan een pand- of hypotheekrecht wordt gevestigd en hoe een en ander praktisch wordt toegepast. (vgl. hierna punt 13 e.v.). Voorts komt aan de orde hoe de **zekerheidsrechten in de praktijk worden gevestigd**, vgl. hierna punt 31.
10. Voorts komt de vraag aan de orde wat de invloed is van **de overdracht van (een deel van) de vordering tot zekerheid** waarvan het pand- of hypotheekrecht is gevestigd, op het pand- of hypotheekrecht zelf (vgl. hierna punt 39 e.v. De relevantie van deze vraag wordt steeds groter nu banken herhaaldelijk over wensen te gaan tot het overdragen van (een deel van) hun vorderingen.
11. Een ander voor de praktijk belangrijk punt is de vraag naar **rangwisseling** van zekerheden. Die komt aan de orde vanaf de punt 62.
12. Tenslotte zal aandacht worden besteed aan de rechtsfiguren **regres en subrogatie** (vanaf punt 64).

Tot zekerheid waarvan

13. De zekerheidsrechten pand en hypotheek kunnen uitsluitend worden gevestigd tot zekerheid voor de verplichting tot voldoening van een geldsom^{16 17}. 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

¹⁵Zie meer uitgebreid: Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/31 e.v.

¹⁶ Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/10 en 46

¹⁷ 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.

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

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

14. 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 derdenonderzetting)¹⁸. De vordering tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht strekt moet voldoende bepaalbaar zijn. Op die bepaalbaarheid word hierna in punt 17 e.v. nader ingegaan. 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)¹⁹. 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 hiervan²⁰. Voor hypotheeken op binnenschepen bepaalt art. 8:792 aanhef en onder c BW dat de hypotheekakte melding moet maken van de bedongen rente en het tijdstip of de tijdstippen waarop deze vervalt. Deze eis ziet niet op bankhypotheeken op binnenschepen, indien in de hypotheekakte een maximumbedrag is opgenomen waarin ook de verschuldigde rente is begrepen. Zo blijkt uit HR 16 juni 2000, NJ 2000/534 (Nedship/Oderkerk q.q.).²¹

¹⁸ Zie hierover Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/23

¹⁹ 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.

Zie ook Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/49 waarin ook de discussie aan de orde komt of in de toekomst te betalen rente een bestaande of een toekomstige vordering is. Van Mierlo & Krzeminski menen dat het een bestaande vordering is.

²⁰ 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.

²¹ ²¹ Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/49

15. In de literatuur is herhaaldelijk de vraag gesteld of het ook mogelijk is om een pand of hypotheek zekerheid te verstrekken aan een ander dan de crediteur die de vordering heeft tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht wordt verstrekt²². De heersende leer is inmiddels dat dit mogelijk zou moeten zijn.
16. 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 crediteurschap, de borgtocht-constructie en de parallel debt.²³ Deze constructies hebben allemaal ten doel om er voor zorg te dragen dat degene die de zekerheden heeft, ook beschikt over een vordering (die, in het geval van een syndicaatslening, gelijk is aan de totale door het syndicaat verstrekte financiering). De NVB (Nederlandse Vereniging van Banken) heeft reeds in 2001 een uitgebreide circulaire laten verschijnen over de constructie van de parallel debt en geadviseerd deze toe te passen. Ook nu is de constructie zeer gebruikelijk, vooral in internationale verhoudingen.²⁴
17. De vordering tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht wordt verstrekt dient niet alleen voldoende bepaalbaar te zijn. De parlementaire geschiedenis merkt hierover op dat voldoende is een zodanige aanduiding dat aan de hand hiervan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat wanneer het op executie van het tot zekerheid strekkende goed aankomt²⁵. Een recht van pand of hypotheek kan tot zekerheid voor de nakoming van alle mogelijke vorderingen tot betaling van een geldsom worden gegeven. Hierbij doet het er niet toe of de vordering onder voorwaarde, onder tijdsbepaling of, ten tijde van de vestiging van het recht van pand of hypotheek bestaand of toekomstig is. De wet spreekt in art. 3:231 lid 1 BW van 'toekomstige vordering', Daarmee wordt bedoeld zowel de absoluut als de relatief toekomstige vorderingen.²⁶ Bij een hypotheek is van belang dat de hypotheekakte de verzekerde vordering, dan wel de feiten de hand waarvan die vordering kan worden bepaald, moet aanduiden. Voorts moet in de hypotheekakte het maximum bedrag waarvoor de hypotheek kan worden verhaald worden opgenomen. Dergelijke bepalingen ontbreken bij pandrecht²⁷.

²²Rongen, 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.

²³Vgl. Vindplaats noot 21, het eerste deel van het artikel van Rongen, Verhagen en Kortmann beschrijft deze constructies helder. Zie ook: Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/34-45 met andere vindplaatsen. In Curaçao is in art. 2:231 lid 3 van het Curaçaos Burgerlijk Wetboek met zoveel woorden opgenomen dat de vordering waarvoor het pand- of hypotheekrecht is opgenomen kan toekomen aan een ander dan aan de pand- of hypotheekhouder. Vgl. D.S. Mansur, de parallel debt in Curaçao in Tijdschrift voor Financieel Recht Nr. 1/2 februari 2015. Zie voor beschrijving: Syndicaatsfinanciering in vogelvlucht: relevante aspecten van een syndicaatsfinanciering bij bedrijven in financiële moeilijkheden, mr. S. Jansen, mr. D.H.J. Postma, mr. D.J. Lyszczarz in De curator en het concern (Insolad jaarboek 2017), 2.4.

²⁴ Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/45

²⁵ Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/46 met een verwijzing naar MvA, Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 737

²⁶ Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/46

²⁷ 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.

18. Voor pandrecht²⁸ 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 (ING /Muller q.q.). In dat arrest ging het concreet om de vraag tot zekerheid van welke schulden een pandrecht werd gevestigd. Het betrof een financiering van een tweetal vennootschappen Group en Networks. De vorderingen tot zekerheid waarvan het pandrecht was gevestigd werden aldus omschreven (Conclusie AG Langemeijer onder 1.1.4):

“tot meerdere zekerheid voor de betaling of de teruggave van al hetgeen de besloten vennootschap 1st Line Medical Hospital Networks B.V. (Networks, LHA) (...) aan de bank nu of te eniger tijd schuldig mocht zijn of worden uit welke hoofde dan ook”.

Nu was vervolgens de bank een krediet gaan verlenen aan Group en was de vraag of ook voor dat krediet het pandrecht kon worden uitgewonnen. Dit was uiteindelijk mogelijk omdat Networks zich op haar beurt weer hoofdelijk aansprakelijk had gesteld voor de schulden van Group (Hoge Raad, Rov 4.5.1 en 4.5.2)²⁹.

De literatuur is verdeeld over de vraag hoe de uitleg van hypotheekaktes op dit punt moet zijn.³⁰ De meerderheid gaat uit van geldt een objectieve uitlegmaatstaf. Daarbij komt het aan op de partijbedoeling voor zover die in de notariële akte tot uitdrukking is gebracht, en dat deze bedoeling moet worden afgeleid uit de in de akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte. De ratio van deze objectieve uitlegmaatstaf is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. Derden moeten kunnen afdelen op hetgeen in een — in de openbare registers ingeschreven — akte is vermeld ter zake van de overdracht van een registergoed of van de vestiging van een beperkt recht op een registergoed. Beslissende rechtspraak van de Hoge Raad ontbreekt.

Illustratie: Vaste, krediethypotheek en bankhypotheek / Boekenclausule

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.

²⁸

²⁹ “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 kredietschuld van Group, maar de mogelijkheid bestaat dat dit alsnog gebeurt en in dat geval zou de bank zich bij niet-betaling door Networks moeten kunnen verhalen op de door Group verpande software.

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

³⁰ GS Vermogensrecht, art. 3:260 BW, aant. 4.6.1:4.6.1 Uitleg hypotheekakte

19. Ter illustratie van de vraag of de vordering tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht is verstrekt voldoende bepaalbaar is, het volgende.³¹
20. 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**³².
21. De **vaste hypotheek** is een hypotheek die strekt tot zekerheid voor een vaste bestaande vordering. Bijvoorbeeld: “De debiteur verklaart tot meerdere zekerheid voor de betaling door hem aan de crediteur van een bedrag, groot Euro 100.000, een recht van eerste hypotheek aan de crediteur te verlenen.”
22. 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*.
23. Het is mogelijk dat in de toekomst de crediteur uit andere hoofde dan de bestaande rekening courant overeenkomst een vordering op de debiteur krijgt (denk aan bijvoorbeeld de situatie waarin een huurgarantie is gesteld ten behoeve van de debiteur). Onder andere in verband met een dergelijke situatie is de zogenaamde **bankhypotheek** verzonnen, waarin de debiteur een recht van hypotheek verstrekt tot zekerheid voor de betaling van geldsommen verschuldigd aan de crediteur *uit welke hoofde dan ook*.
24. 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, 578³³:
25. Het huidige Burgerlijk Wetboek heeft niet bedoeld aan deze leer een einde te brengen.

³¹ Dit alles geldt behoudens andersluidende afspraak tussen hypotheekgever en hypotheekhouder, zie Hof adam 26 mei 2020, JOR 2020, 263 ABN / X Onroerend Goed B.V voor een geval waarin kennelijk afgesproken was dat een later krediet niet onder de hypotheek zou vallen.

³² 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. Zie ook Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/47 en 293

³³ 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.

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

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

26. Vergelijk voor een bevestiging van de rechtsgeldigheid van de krediet- en bankhypotheek bij binnenschepen: HR 6 juni 2000, NJ 2000, 534, Rov 3.4.2³⁴:

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

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

"18. Bewijskracht en bewaartermijn bankadministratie

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

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

28. Onder het voor 1 januari 1992 geldende recht had de Hoge Raad reeds herhaaldelijk geoordeeld dat de toenmalige boekenclausule van de banken geoorloofd was (vgl. HR 1 juni 1923, NJ 1923, 947 en HR 24 januari 1935, NJ 1935, 498). Gelet op de invoering van de Algemeen Voorwaardenregeling in het NBW kan 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 BW:

'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.'

³⁴ In dit arrest komen ook de bijzondere voorwaarden van de hypotheekakte bij scheepshypotheeken aan de orde, vgl. Art. 8:792 BW voor binnenschepen. De Hoge Raad concludeert dat de eis om separaat de bedongen rente en de tijdstippen waarop deze vervallen te vermelden (een eis waaraan bij een bankhypotheek niet kan worden voldaan voor ten tijde van het passeren van de hypotheekakte nog niet bestaande kredietverhoudingen) alleen relevant is indien men de rente wenst te verhalen boven het reeds in de hypotheekakte genoemde maximumbedrag.

Stein toont naar mijn mening overtuigend aan, dat deze twijfel onjuist is³⁵. Een boekenclausule doet er niet aan af dat indien de uitkomst van de boekenclausule wordt betwist, het aan de bank is aan te tonen dat de door de bank verstrekte opgave inderdaad met de gegevens in haar administratie overeenkomt.³⁶ De clausule is ook te beschouwen als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.³⁷

Uit de arresten van de Hoge Raad van 26 juni 1992 en 8 februari 2013³⁸ blijkt de boekenclausule slechts gebruikt kan worden als executoriale titel indien en voor zover het om op het moment van passeren van de akte bestaande vorderingen betreft als ook vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een ten tijde het passeren van de akte bestaande overeenkomsten. De relevantie hiervan is overigens slechts beperkt, als separatist is een pand- hypotheekhouder niet aan deze beperking gebonden doch is alleen beslissend of de vorderingen tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht is gevestigd voldoende bepaald is om als executoriale titel te dienen los van het optreden als separatist.

Rechtshandelingen in lagere instanties hebben in de praktijk moeite dit onderscheid. Zo paste de Rechtbank Midden Nederland zp Utrecht op 14 oktober 2016 (JOR 2017/21) ten onrechte het criterium toe dat uitsluitend geldt bij het verhaal op andere goederen dan waar een hypotheekrecht is gevestigd voor een geval waarin geoordeeld moest worden of het gebruik gemaakt kon worden van het hypotheekrecht. Diezelfde Rechtbank Midden Nederland ging op 17 augustus 2016 (JOR 2016/319) ook al in de fout. De Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland zp Alkmaar paste op 3 oktober 2016 (JOR 2016/320) wel het juiste criterium toe.³⁹

³⁵ Vermogensrecht, losbladig, art. 231, aantekening 15):

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

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

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

³⁶ Vergelijk Rov 3.8 in HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2055 (Honig/WUH) en Zie ook Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/47

³⁷ Art. 13 Rv luidt: "Overeenkomsten waarbij van het wettelijke bewijsrecht wordt afgeweken, blijven buiten toepassing, wanneer zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan, zulks onverminderd de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijven." Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/256a die tot dezelfde conclusie komen en ook melden dat het Kifid ook tot deze conclusie is gekomen.

³⁸ Vgl. HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449 (Rabobank/Visser), zie in dezelfde zin HR 8 februari 2013, NJ 2013, 123 (Rabobank/Donselaar q.q.), de noten van Snijders bij beide arresten zijn uiterst lezenswaardig, zie bijvoorbeeld de volgende passage: "Mijn noot bij Rabobank/Visser eindigde ik met een advies. Ik herhaal het advies nog maar eens en werk het ook nog wat uit. Wil een hypotheekakte of andere authentieke akte een executoriale titel kunnen vormen voor extrahypothecaire executie, dan dient ingevolge Rabobank/Donselaar het volgende te gebeuren. De bestaande vorderingen en de bestaande rechtsverhoudingen waaruit in de toekomst eventueel vorderingen zouden kunnen voortvloeien waarvoor de crediteur mogelijk verhaal zou willen zoeken via extrahypothecaire executie dienen in de akte geconcretiseerd te worden."

³⁹ Vergelijk de noot van Faber onder JOR 2016/320: "De vraag naar de executoriale kracht van de grosse van een hypotheekakte (of een andere authentieke akte) is alleen relevant in gevallen waarin de schuldeiser een executoriale titel nodig heeft om voor

Steneker heeft de eisen waar vorderingen van de hypotheekhouder aan moeten voldoen om onder een hypotheek te kunnen verhalen nog eens uiteengezet⁴⁰:

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

29. Van Mierlo en Krzeminski beschrijven een discussie in de literatuur over de vraag of een zekerheidsrecht dat is gevestigd voor al hetgeen de zekerheidsgerechtigde, al of niet als kredietverstrekker, van de schuldenaar te vorderen heeft of zal krijgen, ook strekt tot zekerheid van de tussentijdse saldovorderingen én de vordering tot betaling van het eindsaldo (die resteert na beëindiging van de relatie tussen schuldeiser en schuldenaar dan wel na afsluiting van de rekening-courant) of alleen tot zekerheid van de vordering tot betaling van het eindsaldo, de zogenaamde saldohypotheek. In de praktijk ben ik deze discussie nog niet tegengekomen.⁴¹
30. Het hebben van een bankhypotheek betekent niet vanzelfsprekend dat alle vorderingen van een hypotheekhouder ook daadwerkelijk onder de bankhypotheek kunnen worden verhaald. De hypotheekhouder kan met de hypotheekgever afspreken dat bepaalde vorderingen niet onder de hypotheek mogen worden verhaald. Vergelijk bijvoorbeeld het arrest van het Hof Amsterdam van 26 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1399, JOR 2020/263. In dit arrest oordeelde het Hof dat “de feiten en omstandigheden laten redelijkerwijs geen andere uitleg toe dan dat in 1990 tussen partijen is overeengekomen dat het recht van hypotheek niet mede diende als zekerheid voor het toen verstrekte krediet. Het feit dat het recht van hypotheek een zogenaamde krediethypotheek is, maakt dat niet anders.” Het Hof spreekt hier overigens ten onrechte en in afwijking van wat gebruikelijk is over een krediethypotheek terwijl “de hypotheekakte zelf de zinsnede”: uit welke hoofde dan ook bevatte⁴². Omdat in de documentatie waarbij het krediet werd verleend niet verwezen werd naar deze hypotheek als zekerheid,

een in die akte vermelde vordering verhaal te nemen op goederen van de schuldenaar. In het aan de Rechtbank Midden-Nederland voorgelegde geschil was dat echter niet aan de orde. Het gaat in die procedure uitsluitend om de vraag of de hypotheekhouder bevoegd was het met hypotheek bezwaarde goed (het onderpand) uit te winnen voor de door dat hypotheekrecht gecureerde vorderingen. De hypotheekhouder heeft op grond van art. 3:268 BW het recht van parate executie en behoeft om die reden nu juist geen executoriale titel voor het nemen van verhaal op het met hypotheek bezwaarde goed. Voldoende is dat het hypotheekrecht geldig is gevestigd en dat de schuldenaar jegens de hypotheekhouder in verzuim verkeert met betrekking tot de voldoening van een of meer door het hypotheekrecht gecureerde vorderingen. In het voorliggende geval strekte het hypotheekrecht – zoals gebruikelijk – tot zekerheid voor al hetgeen de hypotheekhouder nu of in de toekomst uit welke hoofde dan ook van de schuldenaar te vorderen had of zou hebben (een bankhypotheek). Een omschrijving van de gecureerde vorderingen als hier bedoeld, voldoet aan het bepaaldheidsvereiste van art. 3:231 lid 2 BW en niet in geschil was dat de vorderingen waarvoor de hypotheekhouder verhaal zocht, door het hypotheekrecht werden gecureerd. Daarmee stond naar geldend recht in beginsel niets aan de uitwinning van het hypotheekrecht door de hypotheekhouder in de weg.”

⁴⁰ WPNR 2017 (7138), Steneker, Hypotheek voor alle (lees: alle) vorderingen

⁴¹ Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/47a

⁴² Hof Amsterdam van 26 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1399, JOR 2020/263, annotator K. Everaars onder 5 komt terecht ook tot die conclusie

komt het Hof tot de conclusie dat het kennelijk niet de bedoeling van partijen was dat de hypotheek ook strekte voor het betreffende krediet. Annotator Everaars is kritisch over het oordeel van het Hof en stelt:

“Hiermee miskent het hof mijns inziens dat het bij beantwoording van de vraag voor welke vorderingen een hypotheekrecht tot zekerheid strekt, niet gaat om de bedoeling van partijen bij het ontstaan van de vordering, maar om de bedoeling van partijen bij de vestiging van het hypotheekrecht. Het gaat immers om de uitleg van de omschrijving van de geseceerde vorderingen in de hypotheekakte.”⁴³

Vestiging van pand en hypotheek

31. Voor de vestiging van een pand of hypotheekrecht gelden op grond van art. 3:98 BW in beginsel dezelfde vereisten als die voor overdracht van dat goed zijn gesteld, te weten:

- een twee- of meerzijdige handeling waardoor de vestiging geschiedt én de inachtneming van zekere formaliteiten waaruit de vestiging blijkt;
- een geldige titel, hiermee wordt bedoeld een rechtsverhouding die tot de vestiging van het zekerheidsrecht verbindt; en
- de bevoegdheid van degene die zijn goed bezwaart om dit goed te verpanden of te verhypothekeren⁴⁴.

Het recht van hypotheek wordt gevestigd op registergoederen door een notariële akte gevolgd door de inschrijving in de openbare registers.⁴⁵ Er kan geen hypotheek worden gevestigd op een toekomstig registergoed, vgl. art. 97 Boek 3 BW⁴⁶. Pandrecht op toekomstige goederen is in beginsel wel mogelijk.⁴⁷

In de praktijk wordt doorgaans verder gebruik gemaakt van het vuistloze pandrecht dat gevestigd wordt door een onderhandse of geregistreerde onderhandse akte.⁴⁸ Voor de vraag of het object van de verpanding voldoende bepaald, is vooral het arrest HR 20 september 2002, NJ 2004, 182 (Mulder q.q./ Rabobank) van belang van bepaaldheid van het onderpand bij vorderingen op naam: rov 3.6: “Het is ook niet onbegrijpelijk, nu aan de hand van de gegeven omschrijving kan worden bepaald welke vorderingen zijn verpand, namelijk alle ten tijde van de ondertekening van de pandakte (op 11 december 1998) bestaande vorderingen en alle vorderingen die uit op dat moment bestaande rechtsverhoudingen rechtstreeks zullen voortvloeien. Dat voor nadere specificaties te rade moet worden gegaan bij de boekhouding van de pandgever doet niet af aan de voldoende bepaaldheid van de vorderingen.”⁴⁹

Voor de verpanding van vorderingen op naam is voorts van belang dat uitsluitend bij een openbaar pandrecht toekomstige vorderingen onbeperkt kunnen worden verpand. Voor stil pandrecht op vorderingen geldt dat deze mogelijkheid beperkt is tot toekomstige vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 lid 1 BW)⁵⁰. In de praktijk is dit probleem door de banken opgelost door de zogenaamde verzamel pandakte. In de kredietofferte van de bank is een pandstamakte opgenomen, die wordt geregistreerd. De kredietnemer geeft bij de kredietovereenkomst

⁴³ Zie over Uitleg van hypotheekaktes: [Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:260 BW, aant 4.6.1.](#)

⁴⁴ Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/26 e.v.

⁴⁵ Art. 3:260 BW, Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/328

⁴⁶ Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/276, zie daar ook voor praktische oplossingen met betrekking tot nog te bouwen onroerend goed, de grond kun je vast belasten met een hypotheek.

⁴⁷ Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/17 en 180

⁴⁸ Vgl. art. 3:235 BW, Vgl. Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/27a en 166 e.v. en 220 e.v.

⁴⁹ Zie ook HR 22 november 2019, NJ 2020/33 en voor de toepassing van dit criterium op auteursrechten: ING/ Schepel q.q. 3 april 2020, JOR 2020/187 en NJ 2020/152., zie ook Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/205

⁵⁰ Vgl. Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/17, 212 en 228

de bank tevens een volmacht om de vorderingen die de kredietnemer op derden zal hebben verkregen, aan zichzelf te verpanden. De verpanding vindt vervolgens plaats doordat in één akte (de 'verzamel pandakte') namens alle kredietnemers die een dergelijke volmacht hebben gegeven, alle vorderingen van die kredietgevers op derden die voor verpanding in aanmerking komen, aan de bank worden verpand. Die ene akte wordt vervolgens eveneens geregistreerd. In het arrest Dix q.q./ING heeft de Hoge Raad deze praktijk gesanctioneerd.⁵¹

In de literatuur is recentelijk door Van er Kwaak (voormalig rechter) bepleit dat de verzamel pandakte toch niet rechtsgeldig zou zijn omdat deze inbreuk zou maken op de hoofdregels van ons verhaalsrecht. Deze zou niet zijn wegens strijd met de openbare orde en wellicht ook nietig wegens strijd met de goede zeden.⁵² Het is wachten op de eerste curator in een goed gevulde boedel die het weer eens gaat proberen. Ik ben niet overtuigd van het betoog van Van der Kwaak. Sinds begin 2025 is gebleken dat de Nederlandse regering denkt over de afschaffing van het grondslagvereiste. Dit kan mede van belang zijn in verband met de door de EU voorgestelde harmonisatie van insolventiewetgeving.⁵³ Van Hoof en Steneker bepleiten in 2025 eb 2923 ook voor afschaffing.⁵⁴

In Nederland is de registratie van het pandrecht niet voor derden kenbaar. Er bestaat geen pandregister. In België is dat sinds 1 januari 2018 wel het geval.⁵⁵

Overdraagbaarheid

32. Voor de vestiging van een zekerheidsrecht op een goed is vereist dat het goed dat tot zekerheid gaat strekken overdraagbaar is.⁵⁶ Vergelijk voor een voorbeeld van een niet overdraagbaar goed de uitspraak van de Hoge Raad 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909. De Hoge Raad oordeelde in die uitspraak dat een samenstel van goederen, in casu een assurantieportefeuille van een assurantietussenpersoon met daaraan verbonden goodwill, niet zelfstandig als samenstel kan worden verpand.⁵⁷ Zie over deze uitspraak Mellenbergh in FIP Juli 2020, nr 227 die daarin tevens het begrip goodwill bespreekt. Goodwill is als zodanig geen verpandbaar goed. Maar, in een ander overdraagbaar goed belichaamde goodwill is onverbreekelijk verbonden met de overdraagbare goed en als onderdeel van het overdraagbare goed te verpanden⁵⁸. Uit art.3:83 BW lid 1 volgt dat – onder meer – vorderingsrechten overdraagbaar zijn tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzetten. Art. 3:83 lid 2 BW bepaalt voor vorderingsrechten dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.

⁵¹ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen; AA20120455, m.nt. P.M. Veder; JOR 2012/200, m.nt. B.A. Schuijling (Dix q.q./ING), GS Vermogensrecht, art. 3:239 BW, aant. 3.6.4.2.

⁵² Dick van der Kwaak, Is de verzamel pandakteconstructie wel rechtsgeldig?, NJB 2025/479

⁵³ Zie Tvl 2023, Juni nummer, in het bijzonder, Tvl 2023/12, The European harmonisation of avoidance rules, a Dutch perspective on reshaping an age-old instrument, N.B. Pannevis en De nieuwe faillissementspauliana: een game changer voor de verpanding van vorderingen naar Nederlands recht? R.H.W.A. Verhoeven in FIP 2023/126

⁵⁴ V.M.J. van Hoof, De beperking van art. 3:239 lid 1 BW: historisch overbodig en onnodig beperkend voor de moderne financieringsmarkt. FIP 2025/126 en Steneker in FIP 2023/45: Liquiditeit en debiteurenverpanding

⁵⁵ Zie WPNR 2017/7169, S. Brijs en N. van Landuyt: het nieuwe Belgische pandregister

⁵⁶ Vgl. art. 3: 3:83 BW art. 3: 228 BW, Vgl. Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/25

⁵⁷ HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, JOR 2020/74 m.nt. Steneker en JIN 2020/26, m.nt. Volleberg.

⁵⁸ R. Mellenbergh, De definitie van het begrip goed in art. 3:1 BW en de daaruit voortvloeiende (on)mogelijkheden van verpanding, Nr 3.1 laatste zin met verwijzing naar rechtspraak van Hoge Raad HR 8 juli 2011, NJ 2013/256, m.nt.Hijma (Holle Bolle Gijs), r.o. 3.4.2: '(...) Ook indien de goodwill zelf niet aangemerkt kan worden als een zaak of vermogensrecht in de zin van art. 7:1 en 7:47, staat dat aan toepassing van art. 7:17 niet in de weg.'

33. De aard van een vorderingsrecht verzet zich tegen overdracht verzetten indien zij een persoonlijk karakter hebben. Denk daarbij aan het een geval waar de door de schuldenaar te verrichten prestatie verband houdt met persoonlijke eigenschappen van de schuldeiser of wanneer de aard van de aan de vordering ten grondslag liggende rechtsverhouding zich tegen overdracht verzet. Relevante voorbeelden uit de jurisprudentie zijn:
- een vordering uit hoofde van bijzondere, publiekrechtelijke steunkredietverlening door de Staat in het kader van de Regeling steun aan individuele bedrijven, vgl. HR 12 januari 1990, NJ 1990/766 (Staat/Appels);
 - de vordering van een curator op de voet van art. 2:248 BW (art. 2:138 BW), vgl. HR 7 september 1990, NJ 1991/52 (Den Toom/Kreek q.q.),

De aard van een 'gewone' geldvordering zal zich zelden tegen overdracht verzetten.

De steunverlening de overheid tijdens de Covid periode heeft tot de vraag geleid of vorderingen op de staat terzake de steun onoverdraagbaar zijn. De Rb Midden Nederland oordeelde op 20 maart 2022⁵⁹ dat het vorderingsrecht dat zijn grondslag kent in de NOW niet aan de bank kan worden overgedragen, omdat de aard van dit vorderingsrecht zich daartegen verzet. De Rechtbank Adam kwam op 26 juni 2024 tot een tegengesteld oordeel:

“Bij wet is niet bepaald dat de vorderingsrechten uit hoofde van de NOW- en TVL-regelingen niet overdraagbaar zijn. Ook de aard van deze vorderingsrechten verzet zich niet tegen overdracht. Dat is het geval als het vorderingsrecht een persoonlijk karakter heeft, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Vorderingsrechten hebben een persoonlijk karakter wanneer de door de schuldenaar te verrichten prestatie verband houdt met persoonlijke eigenschappen van de schuldeiser (Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 314). Sommige vorderingsrechten zijn zo sterk aan de persoon van de schuldeiser verbonden dat deze niet door een ander persoon geldend gemaakt kunnen worden. Daarvan is in dit geval geen sprake. De vorderingsrechten van [eiser] op de overheid hebben geen persoonlijk karakter. Het gaat om gewone geldvorderingen tot betaling van bedragen uit hoofde van coronasteunregelingen. Door overdracht (en ook verpanding), waardoor de schuldenaar een andere schuldeiser krijgt (of kan krijgen), verandert niet de inhoud van de prestatie. De persoonlijke eigenschappen van de schuldeiser spelen geen bijzondere rol en zijn rechten kunnen ook door een ander worden uitgeoefend. Dit maakt dat de aard van de vorderingen zich niet tegen overdracht verzet.”⁶⁰

Het wachten is op een oordeel van de Hoge Raad maar Faber is het in zijn noot onder het vonnis van de Rechtbank Adam eens met deze rechtbank.

Ook over de overdraagbaarheid van een geldvordering die een bank heeft, is door sommigen getwijfeld. Twee arresten van de Hoge Raad van 10 juli 2020 zijn hier van belang: NJ 2021/35 (Immobile/Promontoria) resp. JOR 2020/267 (Allegre/Promontoria). De Hoge Raad heeft daarin geoordeeld dat de aard van een vorderingsrecht van een bank op een cliënt voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening zich niet ertegen verzet dat dit vorderingsrecht door een bank aan een niet-bank – die niet (rechtstreeks) aan de bancaire zorgplicht is gehouden – wordt overgedragen. A-G Hartlief heeft in zijn conclusie voorafgaande aan deze beide uitspraken (ECLI:NL:PHR:2020:358 en ECLI:NL:PHR:2020:359) met juistheid gesteld dat een kredietvordering van een bank niet zozeer aan de persoon van de bank als schuldeiser is verbonden dat de rechten en bevoegdheden uit het krediet uitsluitend door de bank zelf kunnen worden uitgeoefend. Ook de inhoud van de kredietvordering wijzigt niet doordat de bank niet langer schuldeiser is. Maar, let op ook op een niet-bank waaraan een bancaire kredietvordering wordt overgedragen, kan aan een met de bancaire zorgplicht corresponderend regime kan

⁵⁹Rb Midden Nederland ECLI:NL:RBMNE:2022:126, JOR 2022/239 met noot van Wijn

⁶⁰Rb Amsterdam, 26 juni 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:3796. JOR 2024/ 243 met noot Faber

worden onderworpen, bijvoorbeeld door inkleuring van contractuele redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW.⁶¹

Over contractuele onoverdraagbaarheidsbedingen heeft de Hoge Raad geoordeeld in en tweetal andere arresten van 17 januari 2003, NJ 2004/281; AA 2003, p. 191 (Oryx/Van Eesteren) en van 21 maart 2014, NJ 2015/167; AA 2014, p. 927 e.v. (Coface/Intergamma). Dergelijke bedingen kunnen maar hoeven geen goederenrechtelijke werking te hebben. Volgens de Hoge Raad moet als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, worden aangenomen, dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering van het beding blijkt dat hiermee goederenrechtelijke werking is beoogd. Op grond van de door de Hoge Raad aangelegde uitlegmaatstaf moet worden aangenomen dat van dit laatste sprake is indien de onoverdraagbaarheid c.q. onverpandbaarheid – blijkens de formulering van het beding – tot eigenschap van de vordering is gemaakt, en niet slechts verplichtingen aan partijen bij de overeenkomst oplegt.⁶²

34. Omdat pandrecht op een vordering vaak niet uitgeoefend door verkoop en overdracht van de vordering, maar doordat de pandhouder de vordering int en zich uit het geïnde voldoet, is de vraag gerezen of een onoverdraagbare vordering mogelijk wel te verpanden is. De Hoge Raad heeft op 1 juli 2022 uitsluitel over gegeven in het arrest Rabobank/Ten Berge q.q.⁶³ De Hoge Raad oordeelde een beding als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW, dat de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht met goederenrechtelijke werking uitsluit, ook tot onverpandbaarheid van dat vorderingsrecht leidt. Schuldeiser en schuldenaar kunnen overeenkomen dat alleen de overdraagbaarheid maar niet de verpandbaarheid van een vorderingsrecht is uitgesloten. De contractsvrijheid laat hiervoor wellicht ruimte, maar de vraag is of onder een dergelijk beding rechtsgeldig een pandrecht op de desbetreffende vordering kan worden gevestigd. De literatuur is daarover verdeeld. Steneker en Verstijlen menen dat een dergelijke beding wel rechtsgeldig is in hun respectieve annotaties in NJ en JOR bij het arrest Rabobank/Ten Berge q.q. (JOR 2022/269 en NJ 2022/291). Van Mierlo & Krzeminski menen van niet omdat een goederenrechtelijke uitsluiting van overdraagbaarheid ertoe leidt dat het object van verpanding niet overdraagbaar is, terwijl een pandrecht uitsluitend kan worden gevestigd op ‘goederen die voor overdracht vatbaar zijn’. De tekst van art. 3:81 en 3:228 BW laat volgens hen geen ruimte voor het aannemen van een uitzondering op het voor verpanding geldende (dwingendrechtelijke) vereiste van overdraagbaarheid.⁶⁴ De argumenten van de laatste twee auteurs overtuigen mij.
35. De onverpandbaarheid van geldvordering wordt beperkt op 1 juli 2025 omdat alsdan het Wetsvoorstel “Wet opheffing verpandingsverboden” kracht van wet wordt. In deze wet wordt art. 3:83 lid 2 BW gewijzigd, aldus dat uitsluiting van de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van een geldvordering op naam (met uitzondering van een aantal specifiek in art. 3:83 lid 4 BW (nieuw) omschreven geldvorderingen) niet langer kan worden uitgesloten, indien deze vordering voortkomt uit de uitoefening van beroep of bedrijf. Dit Wetsvoorstel is op 4 maart 2025 aangenomen door de Eerste Kamer.⁶⁵ Bij het KB van 31 maart 2025 is de

⁶¹ Zie in dezelfde zin: Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/25; zie hierna vanaf punt 54 voor een verder bespreking van de deal die uiteindelijk tot dit arrest aanleiding heeft gegeven.

⁶² Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/25

⁶³ HR 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:984 (Rabobank/Ten Berge q.q.), NJ 2022/291 met noot Verstijlen, JOR 2022/269 met noot Steneker, A. zie ook WPNR 2022, 661, Hoge Raad beslist dat onoverdraagbaar gemaakte vorderingen ‘automatisch’ ook onverpandbaar zijn, M. van Eekelen-Atema en P.W. den Hollander

⁶⁴ Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/25

⁶⁵ zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/25a en https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/35482_wet_opheffing

inwerkingtreding van de wet bepaald op 1 juli 2025⁶⁶. Let op, ingevolge het overgangsrecht geldt dat de nietigheid ook geldt voor bedingen van voor de inwerkingtreding van de wet maar pas vanaf 1 oktober 2025.⁶⁷

Gevolgen van beslag ten laste van hypotheekgever/faillissement hypotheekgever

36. De mogelijkheid van een krediet- en bankhypotheek doet wel de vraag rijzen naar de gevolgen van een dergelijke hypotheek in geval van beslag of faillissement van de hypotheekgever. Over de gevolgen van een beslag heeft de Hoge Raad zich in 1955 uitgesproken⁶⁸. 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 crediet, ook indien deze zijn ontstaan na de overschrijving van het proces verbaal van de in dat artikel (art. 505 Rv oud, LHA) artikel bedoelde inbeslagneming tegenover de beslaglegger de hypotheek kan worden ingeroepen mits deze in de daartoe bestemde openbare registers is ingeschreven voor die overschrijving.”

37. Overigens, de hypotheek-/pandhouder die in de wetenschap van het beslag, zijn vordering zonder meer op laat lopen, moet op zijn tellen passen. Het arrest uit 1955 had betrekking op het opnemen van krediet na beslaglegging terzake een voor de beslaglegging gesloten kredietovereenkomst. In de literatuur is – mijns inziens terecht – gewezen op de mogelijkheid dat een derde een rechtshandeling tussen de pandhouder (die wetenschap heeft van het beslag) en pandgever verricht na het beslag vernietigd met een beroep op de actio pauliana (art. 3:45 BW). Voorts is gewezen op de mogelijkheid dat de pandhouder in een dergelijk geval door de derde wordt aangesproken op basis van onrechtmatige daad⁶⁹. 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).
38. 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/Knottenbelt⁷⁰. In dat geval betrof het een zekerheidsgerechtigde die tijdens het faillissement concurrente vorderingen van een leverancier van de failliet overnam, en deze vervolgens op basis van een bankhypotheek wilde brengen onder zijn zekerheid. De Hoge Raad oordeelde dat uitsluitend verhaal kon worden geoefend voor bij de aanvraag van de, aan het faillissement voorafgaande surseance van betaling, bij de zekerheidsgerechtigde aanwezige vorderingen.

De discussie heeft ook betrekking op de (al dan niet) afdwingbaarheid van de constructie van een leveringsverplichting gekoppeld aan een boetebeding voor zover deze boete wordt verbeurd na de datum van

⁶⁶ KB 31 maart 2025, Stbl 2025/92, zie ook Bb 2025/17 Wet opheffing verpandingsverboden – Verruiming kredietmogelijkheden, Jamie Pellegrom is advocaat bij Rutgers & Posch N.V. te Amsterdam

⁶⁷ Artikel II van Wet van 6 maart 2025 tot wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die ertoe strekken vervreemding dan wel verpanding van geldvorderingen op naam tegen te gaan (Wet opheffing verpandingsverboden), Stbl 2025/72

⁶⁸ HR 25 februari 1955, NJ 1955, 711

⁶⁹ Vgl. Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024, nr. 51

⁷⁰ HR 4 november 1994, NJ 1995, 627

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 moet kunnen dienen waarvoor een zekerheidsrecht wordt uitgewonnen. Een dergelijke zuivere boete moet onderscheiden worden van een boete die eigenlijk bedoeld is als een gefixeerde schadevergoeding. Zo'n boete kan wel in het faillissement worden uitgewonnen⁷¹.

Vergelijk over het vorenstaande ook Loesberg in zijn artikel Enige beschouwingen over zekerheden in Collectief verband⁷². Loesberg meende in dat artikel dat uit het arrest NCM/Knottenbelt een algemene regel kan worden afgeleid dat het niet mogelijk is om onder een bankhypotheek te verhalen vorderingen die eerst na de datum van het faillissement ontstaan. In andere zin Rongen in zijn artikel: "De trustee bij obligatieleningen, in het bijzonder de security trustee"⁷³. Rongen schreef dat een zekerheidsrecht tot zekerheid strekt van:

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

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

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

"Een pandhouder kan staande het faillissement van zijn pandgever verhaal nemen op de opbrengst van de uitwinning van voorafgaand aan het faillissement gevestigde pandrechten, voor een vordering die is ontstaan op of na de dag van de faillietverklaring van de pandgever, mits die vordering voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde."⁷⁴

Vgl. hierna ook nog uitgebreid onder regres en subrogatie in het bijzonder hierna punt 36 e.v.⁷⁵. Een voorbeeld van een geval waarin de rechtsverhouding met de failliet al bestond ten tijde van het uitspreken van het faillissement is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 2003.⁷⁶ In die casus was een bankhypotheek gevestigd. Het vreemde in de casus was dat deze bankhypotheek gevestigd was nadat de

⁷¹ Vergelijk voor een voorbeeld Hof Amsterdam 26 juli 2016, JOR 2017/47

⁷² Onderneming en Effecten, pag. 531 e.v.

⁷³ in Vertegenwoordiging en tussenpersonen, serie Onderneming en recht, deel 17, p. 307 e.v

⁷⁴ De Lage Landen / Van Logtestijn op 16 oktober 2015, JOR 2016/20 (Noot Faber en Vermunt), NJ 2016/48 (Noot Verstijlen). Zie hierover ook Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024, nr. 51

⁷⁵ Vgl. voor de discussie gevoerd naar aanleiding van de overwaarde-arrangementen, hierna, punt 90 e.v.

⁷⁶ HR 31 januari 2003, JOR 2003, 73

hypotheekhouder aan de hypotheekgever een koopprijs voor het object had betaald waarop een hypotheek werd gevestigd. Vervolgens ging de hypotheekgever failliet. De curator stelde dat de hypotheek moest worden doorgehaald omdat er geen rechtsverhouding was tot zekerheid waarvan de hypotheek was gevestigd. In het geding bleek hypotheekhouder inderdaad niet in staat aannemelijk te maken dat er een rechtsverhouding bestond op basis waarvan een schuld zou ontstaan die onder de hypotheek kon worden gebracht. In het bijzonder was niet vast komen te staan dat de koopprijs bij nader inzien bedoeld was als lening. Nu hadden partijen af kunnen spreken dat tot zekerheid van de leveringsverplichting (via een boetebeding) de hypotheek zou gaan gelden maar dat was niet gebeurd. Conclusie: doorhaling van de hypotheek (ook al was er sprake van een bankhypotheek). Een voor de praktijk aardige vraag is nog of de schade die ontstaat door de niet levering en ontbinding van een verkoop- en leveringsovereenkomst ook een vordering kan zijn tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht kan worden gevestigd. Ik meen van wel. In transactiedocumentatie van deals komt men dat ook tegen.

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

39. 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.
40. 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).
41. Ad I:
Er is sprake van een overgang van het pand-/hypotheekrecht indien de vaste vordering wordt overgedragen door levering (cessie) 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.
42. 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 contractsoverneming of onder algemene titel) overgaat op een derde. Een groot voordeel van deze methode is dat ook vorderingen die na de contractsoverneming ontstaan uit hoofde van de kredietovereenkomst onder het pand-/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 resterende vordering wordt overgedragen of overgaat door subrogatie of onder algemene titel.

43. Ad III:

Met een beroep op het Balkema arrest 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

44. 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 de adviesaanvraag heeft Prof. Mr. Van Mierlo een wijziging van de heersende leer bepleit⁷⁷.

45. Mede op basis van de adviesaanvraag en het daarop uitgebrachte het advies van Mr Van Mierlo stelde ik ooit de volgende regels op (zie nu ook de Noot van Faber uit 2021 in JOR 2021/141 waarin een en ander glashelder wordt uitgelegd) :

46. 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 vordering 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) .

47. Ook indien de overgang van de vordering niet plaatsvindt door middel van cessie maar door middel van subrogatie of wanneer de vordering niet onder bijzondere titel maar onder algemene titel overgaat, geldt het gestelde onder punt 46

48. 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 – inhoudt 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

⁷⁷ bijvoorbeeld 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.

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 onderhoudt met de achterblijvende vennootschap en is de positie niet eenduidig. Indien een relatie achterblijft, zal er een gemeenschappelijk hypotheekrecht ontstaan.

49. Bij overdracht onder bijzondere titel treedt de verkrijger alleen in de rechten en verplichtingen die verband houden met het object dat onderdeel uitmaakt van de overdracht (bij cessie of subrogatie, de vordering of, bij contractsovername, de overeenkomst). Het hangt er hier dus vanaf wat exact wordt overgedragen. Is het een vordering (waarbij geen expliciete afspraak wordt gemaakt omtrent de rente die op die vordering vervalt na de datum van overdracht) dan geldt ingevolge art. 6:142 BW dat het recht op bedongen rente die vervalt na de datum van overdracht mee overgaat op de verkrijger en dat de verkrijger deze dus ook kan verhalen op de bank- of krediet hypotheek. 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 bank hypotheek. 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.
50. Van het gestelde onder de punten 46 en 47 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).
51. Bij het voorafgaande geldt een waarschuwing, te weten dat er geen (beslissende) rechtspraak van de Hoge Raad is waaruit blijkt dat deze regels juist zijn.
52. Ik meende mij echter altijd al gesteund door de literatuur over dit onderwerp en het advies van Mr Van Mierlo. Dat het nog steeds geen uitgemaakte zaak is, moge blijken uit de oude druk uit 2003 van Asser-Van Velten, Zekerheidsrechten III, p. 320 e.v. waarin nog steeds de oude leer wordt beschreven als de heersende. De huidige Asser Zekerheidsrecht 3 – VI/2024, van de hand van Mr Van Mierlo en Mr Krzeminski is meer genuanceerd en stelt dat het vooral een kwestie van uitleg is van de pand- of hypotheekakte:

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

53. Zie over dit onderwerp mr dr A.C.F.G. Thiele in Collectieve zekerheidsarrangementen; onzekere zekerheid? Zij komt tot de feitelijke constatering dat de meeste grote advocatenkantoren beredeneerde opinions (reasoned opinions) afgeven waarin de overdraagbaarheid wordt bevestigd. Zie hierover ook uitgebreid, onder verwijzing naar de nieuwe leer, M.H.E. Rongen in de “Rongen Bijbel” over Cessie (2012), hoofdstuk XI. Zie ook (en helder) de Mrs Faber en Vermunt in De Security Trustee in crisistijden, hoofdstuk 6 in het boek: De Kredietcrisis, Serie Onderneming en Recht deel 54. Zie ook J.E. Dorsman en M.Th. van Kekem-Spit, Overgang van de bankhypothec in Daar word ik blij van, opstellen aangeboden aan Marc Blom (2016), p. 71 e.v. Zie tenslotte: Zie tenslotte: N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: Financiering van de productieketen (2019), par. 9.4
54. De afgelopen jaren is het onderwerp overgang van bankzekerheden mede van belang geworden in verband met de overdracht van zogenaamde NPLs (non-performing loans) door banken⁷⁸. Klanten van banken verzetten zich soms tegen deze overdracht. Bij dit verzet komt dan ook de vraag aan de orde of de overdracht van de lening (het contract, via contractsovername of via afsplitsing) en/of de vordering (de vordering uit hoofde van de lening, via cessie) ook tot gevolg heeft dat de zekerheden in handen komen van de verkrijger. Het hof Amsterdam heeft daarover in een uitspraak op 17 januari 2018 een oordeel geveld⁷⁹. Het ging daarbij om een overdracht van een portefeuille vastgoedleningen door Van Lanschot aan Cerberus. De overdracht geschiedde door middel van contractsovername. Het Hof kwam tot het volgende oordeel over die contractsovername:

“de vraag aan de orde of art. 36 van de ABV aldus moet worden uitgelegd dat [appellant sub 1 - de klant van Van Lanschot, LHA -] geacht wordt op voorhand de in art. 6:159 BW voorgeschreven toestemming voor de overdracht te hebben gegeven. Het hof onderschrijft het oordeel van de voorzieningenrechter dat voorshands ervan kan worden uitgegaan dit het geval is. Promontoria (de door Cerberus gebruikte juridische entiteit, LHA) heeft namelijk betoogd dat de Veldzichtlening deel uitmaakte van de zakelijke kredietportefeuille van Van Lanschot en dat Van Lanschot in 2013 het strategische besluit heeft genomen om haar zakelijke kredietportefeuille – als niet-kernactiviteit van de bank – af te stoten. Daartoe is eerst de zakelijke kredietportefeuille ondergebracht bij een aparte afdeling van de bank genaamd Corporate Banking. Vervolgens is van die portefeuille als eerste het pakket zakelijke vastgoedleningen die onder bijzonder beheer staan – waaronder de Veldzichtlening – verkocht aan Promontoria. Op 6 augustus 2015 heeft Van Lanschot haar voornemen tot die verkoop in een persbericht publiekelijk bekend gemaakt en bij brief van dezelfde datum – met in de bijlage het persbericht – is [appellant sub 1] persoonlijk van dit voornemen in kennis gesteld. Naar het voorlopig oordeel van het hof heeft Promontoria aldus vooralsnog genoegzaam aannemelijk gemaakt dat Van Lanschot de rechtsverhouding met [appellant sub 1] uit hoofde van de Veldzichtlening heeft overgedragen als onderdeel van een samenhangend geheel van activiteiten (zakelijke kredietverlening) en dat de overdracht van die activiteiten kwalificeert als een (gedeeltelijke) overdracht van de onderneming, oftewel – zo zal zijn bedoeld – overdracht van een gedeelte van de onderneming van Van Lanschot als bedoeld in art. 36 ABV.”

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

“3.13. Met grief 3 klagen [appellanten] tevergeefs dat de door Veldzicht verstrekte hypotheek niet mee is overgegaan omdat het een bankhypothec is die slechts op Promontoria kan overgaan als de relatie van [appellant sub 1] met Van Lanschot is beëindigd (vet, LHA). De grief gaat om meerdere redenen niet op: 1)

⁷⁸ Zie D. Busch en L.P. Buitelaar in WPNR 7340: Overdracht van oninbare bankleningen na Promontoria voor een overzichtsartikel

⁷⁹ Gerechtshof Adam 17 april 2018, JOR 2018/181

Promontoria heeft met juistheid betoogd dat ook indien de relatie niet is beëindigd de bankhypothek (gedeeltelijk) mee is overgegaan waardoor een gemeenschappelijk hypotheekrecht is ontstaan; 2) Van Lanschot heeft op 25 mei 2016 (voor zover nodig) schriftelijk verklaard, dat voor zover sprake is van een gemeenschappelijk hypotheekrecht, Promontoria alle rechten uit de hypotheek zelfstandig kan uitoefenen, waaronder uitdrukkelijk begrepen het recht van parate executie; 3) Promontoria staat in het kadaster ingeschreven als hypotheekhouder, terwijl dit kort geding zich niet leent voor een onderzoek naar de rechtsgeldigheid van die inschrijving.”

56. Annotator Huizingh zegt over het oordeel van het Hof:

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

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

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

en in beide gevallen geldt dat dit normaal gesproken niet in de weg staat aan overgang van het hypotheekrecht.”

57. Er is dus nu – eindelijk – een rechterlijke uitspraak die richting steun geeft . Mr Loesberg (in zijn hoedanigheid van Voorzieningenrechter Rechtbank Oost-Brabant) oordeelde op 8 februari 2018 (JOR 2018/136) in gelijk zin voor een geval van cessie van de vordering:

“4.12. Het betoog van [eiser] dat het pandrecht niet met de cessie van de vordering mee is overgegaan naar Promontoria omdat sprake is van een zogenaamde bankzekerheid (een zekerheid voor alle bestaande en toekomstige vorderingen uit welke hoofde dan ook), faalt. In zijn arrest van 16 september 1988, NJ 1989/10 (Onderrecht/FGH en PHP) overweegt de Hoge Raad onder andere: “De vraag of de omschrijving van de bestaande en toekomstige vorderingen waarvoor een hypotheek tot zekerheid zal strekken, meebrengt dat de hypotheek – in weerwil van de hoofdregel dat zij als afhankelijk recht mee overgaat met de vordering waaraan zij is verbonden – uitsluitend en dus ook in geval van cessie toekomt aan degene ten behoeve van wie zij is gevestigd, is in beginsel een kwestie van uitleg van die omschrijving, zoals zij in de hypotheekakte is opgenomen”. Hieruit moet worden afgeleid dat in het geval van cessie van de gecureerde vordering alleen dan het pandrecht niet mee overgaat als deze zekerheid met zoveel woorden “persoonlijk” is gemaakt, met andere woorden in de pandakte is bepaald dat uitsluitend de in de akte genoemde schuldeiser zich op de zekerheid kan beroepen. Dit nu, is in deze casus niet gebeurd.”

58. Zie voor een ander voorbeeld Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda 15 mei 2019, JOR 2019/286, met noot Booms. De rechter oordeelde daar dat bij overgang door subrogatie van een door bankhypotheek gezeekerde vordering de verkrijger van de hypotheek niet al zijn vorderingen, maar uitsluitend de overgenomen vordering verhalen.
59. Op 21 november 2023 wees het Gerechtshof Arnhem een arrest over de reikwijdte van bankhypotheken bij fusie van banken⁸⁰. Waar ging de zaak over? FGH Bank had een door een hypotheek gecureerde vordering op een klant. Rabobank had op dezelfde klant een vordering die ongedekt was en die verband hield met een derivaat. FGH fuseert met Rabobank. FGH verdwijnt, Rabobank verkrijgt alles van FGH onder algemene titel en meent dat haar derivatenvordering nu ook gedekt is.⁸¹ Het Gerechtshof oordeelt van niet, dat niet verassend. Maar, het Hof laat ruimte: “tenzij dit zou blijken uit de tekst van de hypotheekakte of tussen partijen zou zijn overeengekomen.”. Annotator Kreuze gaat er onmiddellijk mee aan de haal: “Zonder dit te onderbouwen volgt het hof de ruime benadering (zie r.o. 4.12). Volgens het hof kan zelfs een vordering van de verkrijgende hypotheekhouder die dateert van voor de fusie, worden gezekerd onder het bankhypotheekrecht dat op de verkrijgende partij overgaat door de fusie, mits uit de hypotheekakte voldoende duidelijk blijkt dat dit de bedoeling is.” Ik ben tegen. De klant van de bank heeft echt geen idee en heeft hier nooit voor getekend. Niet doen dus! Faber heeft tijdens een cursus gemeld dat hij het met Kreuze eens is. Dat dat zal wel maar een klant, zelfs als professionele klant, kan echt niet weten wat er in het bankenlandschap allemaal gaat veranderen in de toekomst. Dus, na fusie alsnog instemming vragen is het advies.
60. 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

⁸⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2023, JOR 2023, 122

⁸¹ Toegegeven, wel wrang dat de vordering wel in een overwaardearrangement was gedekt

van de Security Trustee van de financiering te stellen⁸². Het grote voordeel daarvan is dat alle participanten - met uitzondering van de Security Trustee - kunnen wijzigen (en ook nieuwe participanten kunnen toetreden), zonder dat er een probleem met betrekking tot de overdracht van zekerheden ontstaat⁸³. Praktisch gezien gebeurt dit doordat de partij die zijn vordering wil overdragen, zijn vordering overdraagt – door levering van deze vordering of door contractsoverneming -, waarbij dan tevens betrokken wordt de overdracht van de contractuele rechten en plichten ten opzichte van de Security Trustee door middel van contractsoverneming. Een andere reden om de zekerheden uitsluitend ten behoeve van de Security Trustee te stellen houdt verband met het feit dat slechts de agent dan de zekerheden uit kan winnen. Eerdergenoemde Mr Thiele wees in haar proefschrift van 2003⁸⁴ al op het risico van een eventueel faillissement van de Security Trustee. Waar in veel andere landen de zekerheid die de Security Trustee 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 Trustee, 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. In 2009 herhaalde zij haar door de credit crisis en – bijna - faillierende banken zeer actueel geworden standpunt⁸⁵. Theoretisch heeft ze daar zonder meer een punt⁸⁶. 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.

61. Overigens kan een insolventierisico van de Security Trustee worden beperkt 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.⁸⁷ Dit heeft als bijkomende voordeel dat het vervangen van de Security Trustee kan geschieden door het vervangen van het bestuur van deze SPV, op instructie van – bijvoorbeeld – de meerderheid van de lenders.

Rangwisseling

62. Bij meervoudige verpanding of het vestigen van meerdere hypotheekten geldt in beginsel het prioritatiebeginsel, de oudste heeft de hoogste rang.⁸⁸ In de praktijk komt het regelmatig voor dat het wenselijk wordt geacht om een wijziging aan te brengen in de rangorde bij pand en hypotheek. De bedoeling is dan om dit te doen met goederenrechtelijk effect. Een afspraak tussen crediteuren onderling is altijd mogelijk maar heeft het risico dat deze in het faillissement van een van de crediteuren niet nagekomen wordt. Goederenrechtelijk effect betekent bijvoorbeeld, de een hypotheekhouder/pandhouder die eerste in rang is wordt tweede, en degene die tweede in rang was, wordt de eerste. Voor het recht van hypotheek geeft art. 3:262 BW de oplossing. Lid 1 van dat artikel zegt: “Bij een notariële akte die in de registers wordt ingeschreven, kan worden bepaald dat een hypotheek ten aanzien van een of meer hypotheekten op hetzelfde goed een hogere rang heeft dan haar volgens het tijdstip van haar inschrijving toekomt, mits uit de akte blijkt dat de gerechtigden tot die andere hypotheek

⁸²Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/41 waarin wordt uitgelegd dat gesyndiceerde leningen waarbij meer banken als kredietverstrekkers optreden en dat men in theorie er voor zou kunnen kiezen alle kredietverstrekker een gemeenschappelijk zekerheidsrecht te geven.

⁸³Rongen, Verhagen en Kortmann hebben zich in WPNR 6459 en 6460 (2001) uitgesproken voor deze mogelijkheid.

⁸⁴Collective Security Arrangements (2003), p. 102

⁸⁵Zekerheidsrechten in ontwikkeling, preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 2009, p. 96 e.v.

⁸⁶Ik 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, Mr Thiele is dat niet met mij eens.

⁸⁷Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/43

⁸⁸Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/128 e.v voor pand en de uitzondering op dit beginsel en Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/353 e.v voor hypotheek.

of hypotheeken daarin toestemmen.”⁸⁹ Het kan dus. Lange tijd is er in de literatuur gediscussieerd over de vraag wat heeft te gelden bij pandrecht. Een wettelijke bepaling ontbreekt. Faber en Vermunt betoogden al in 2010 dat ook bij pandrecht een rangwisseling mogelijk was⁹⁰. Het heeft tot 2021 geduurd voordat de HR zich hierover uitgelaten heeft. Op 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524, NJ 2021/214 (Van Dooren q.q./Holding) bepaalde de HR in het arrest in de zaak Van Dooren q.q. dat het gebrek aan wettelijk basis rangwisseling niet onmogelijk maakt. Het past in het stelsel van de wet en sluit aan bij de in de wet geregelde gevallen om aan te nemen dat rangwijziging ook ten aanzien van het recht van pand mogelijk is. Het bepaalde in art. 3:262 BW leent zich ten aanzien hiervan voor analoge toepassing. Volgens de Hoge Raad betekent dit dat het mogelijk is te bepalen dat een recht van pand ten aanzien van een of meer pandrechten op hetzelfde goed een hogere rang heeft dan hem volgens het tijdstip van zijn vestiging toekomt, mits uit de akte betreffende rangwijziging (of uit een of meer afzonderlijke akten die in samenhang daarmee moeten worden gelezen) blijkt dat de gerechtigden tot de pandrechten die door de rangwijziging in rang worden verlaagd daarin toestemmen. De toestemming door deze pandhouders dient volgens de Hoge Raad te voldoen aan hetzelfde vormvereiste als geldt voor de vestiging van het desbetreffende recht van pand (hetzelfde geldt overigens voor een rangwisseling van het recht van hypotheek. Een rangwijziging van een recht van pand kan plaatsvinden ter gelegenheid van de vestiging van een nieuw recht van pand – waarbij de akte betreffende rangwijziging kan worden opgenomen in die waarbij het nieuwe recht van pand wordt verleend – en ook naderhand⁹¹.

63. De inwerkingtreding van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (“WHOA”) met ingang van 1 januari 2021⁹² door toevoeging van Titel IV aan de Faillissementswet, homologatie van en onderhands akkoorden de door de Hoge Raad uitgegeven uitleg van de relevante bepalingen heeft tot een nieuwe discussie geleid over de wijziging van rangorde in het kader van de homologatie rechter door de rechter van een akkoord. De WHOA is tevens gebruikt door de wetgever om de Herstructureringsrichtlijn te implementeren in de Nederlandse wetgeving⁹³. Ik meende dat de parlementaire geschiedenis duidelijk was. Art. 17 lid 4 Herstructureringsrichtlijn geeft lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat verstrekkers van interim of nieuwe financiering het recht krijgen om met voorrang te worden terugbetaald. Een dergelijke regeling zou een stimulans kunnen zijn voor kredietverstrekkers om financiering te verstrekken aan schuldenaren in financiële moeilijkheden. Het fenomeen dat een bestaande of nieuwe financier – na goedkeuring van de rechter – een hogere rang krijgt dan de zittende financiers (“superpriority”) wordt ook wel ‘priming’ genoemd. Priming liens komen bijvoorbeeld voor in de Amerikaanse herstructureringspraktijk⁹⁴. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om geen gebruik te maken van demogelijkheid om een dergelijke ‘superprioriteit’ te introduceren. Dat dit een bewuste keuze is geweest, blijkt uit de memorie van toelichting bij de Implementatiewet.⁹⁵

De Hoge Raad besloot op 25 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1533, NJ 2024/322 echter in andere zin. De Hoge Raad meent dat de WHOA wel degelijk ruimte laat voor de wijziging van de rangorde bij een akkoord:

⁸⁹ Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/358 voor rangwisseling hypotheek

⁹⁰ Vermunt en Faber in *Bancaire Zekerheid*, Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, *Onderneming & Recht* nr. 58/ 2010, 10.3, zie Zie Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/131a voor overzicht discussie en verschillende bronnen

⁹¹ HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524, NJ 2021/214, met noot Verstijnen en JOR 2021/193 met Noot Everaars, *Ondernemingsrecht* 2021/104 met annotatie Krzeminski, zie ook Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/131

⁹² Stb 2020,415,

⁹³ Zie voor de Implementatiewet Stb. 2022, 491.

⁹⁴ Zie daarover F. van der Drift en K.B.G. Durlinger, ‘De positie van de noodfinancier onder de WHOA – voldoende comfortabel?’, *Tvl* 2020/43, par. 4.

⁹⁵ Kamerstukken II 2021-2022, 36 040, nr. 3, p. 24: “Hiervan is in de huidige WHOA-regeling geen gebruik gemaakt en er is niet voor gekozen om dit alsnog te doen.”

“ Art. 370 lid 1 Fw laat ruimte voor het aanbieden van een akkoord dat de rangorde wijzigt die geldt voor de door het akkoord te binden schuldeisers bij een latere uitwinning van het vermogen van de schuldenaar. Een daartoe strekkend akkoord kan, als een schuldeiser zich beroept op de absolute priority rule van art. 384 lid 4, onder b, Fw, slechts gehomologeerd worden als die schuldeiser, kort gezegd, behoort tot een klasse die in de vereiste meerderheid vóór het akkoord heeft gestemd, of voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de schuldeiser daardoor niet in zijn belang wordt geschaad. De omstandigheid dat de WHOA niet inhoudt dat verstrekkers van nieuwe of tussentijdse financiering het recht hebben om met voorrang terugbetaald te worden in het kader van daaropvolgende insolventieprocedures (zoals art. 17 lid 4 van de EU-Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie mogelijk maakt, zie hiervoor in 3.6), doet daaraan niet af, omdat die (niet benutte mogelijkheid van) wettelijke voorrang moet worden onderscheiden van een verlaging van de positie in de rangorde via het akkoord, die voor de desbetreffende schuldeisers een wijziging van hun rechten is, als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw. Anders dan de rechtbank in rov. 4.35 heeft overwogen, geldt een en ander niet alleen voor een wijziging van de contractuele rangorde - zoals in het onderhavige geval door wijziging van de IA - maar ook voor een aanpassing van de goederenrechtelijke rangorde tussen de schuldeisers, bijvoorbeeld door aan een nieuwe financier een zakelijk zekerheidsrecht te verschaffen in combinatie met het verlagen van de rang van de zakelijke zekerheidsrechten van bestaande schuldeisers. Ook dat is een wijziging van de rechten van de schuldeisers als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw. De WHOA is niet van toepassing op financiëlezekerheidsovereenkomsten en verrekenbedingen in de zin van art. 7:51 BW (art. 369 lid 4, onder c, Fw). Zekerheidsrechten die daaruit voortvloeien kunnen dus niet worden gewijzigd door homologatie van een akkoord.”

Dit oordeel van de Hoge Raad zal in de praktijk tot veel discussie gaan leiden over de vraag wat er nu precies allemaal mag wel en niet mag. Zie voor een begin van de discussie in noten van Verstijlen en Tekstra in de NJ⁹⁶ en JOR⁹⁷. Voor het bereiken van de wijziging van de rangorde doen zich nog interessante juridische puzzels voor. Het vonnis van de Rechtbank waarin het akkoord wordt gehomologeerd, wijzigt de rangorde. Maar dat staat nergens in Boek 3. Het is in dat verband praktisch raadzaam om de rechter expliciet te vragen dat de homologatie beschikking bij het akkoord de rangwijziging consitueert dan wel een volmacht op te nemen om de noodzakelijk rechtshandelingen te verrichten en/of een dwangvertegenwoordiger aan te wijzen om die noodzakelijke rechtshandelingen kan verrichten⁹⁸. Ik verwacht in het bijzonder bij de wijziging van hypotheekrecht nog wel wat praktisch problemen.

De inhoudelijke discussie over de vraag wanneer een wijziging van de rangorde redelijk is, moet wat mij betreft in ieder geval beginne met de vraag of er overwaarde is op de zekerheden. Als dat niet is zo, zou deze weg afgesloten moeten blijven.

Regres en Subrogatie

64. 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 betaald⁹⁹.

⁹⁶ NJ 2024/322

⁹⁷ JOR 2025/21

⁹⁸ Art. 300 Boek 3 BW, vgl. Reële executie (Mon. BW nr. A13) 2020/73

⁹⁹ 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.,

ING omschrijft regres in haar [zakelijke kredietvoorwaarden zoals deze sinds 1 januari 2017](#) gelden een regresvordering aldus:

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

De relevante wetsartikelen zijn opgenomen in Boek 6¹⁰⁰. Zie voor een fraai artikel over dit onderwerp Collisie van persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheden door F.E.J. Beekhoven van den Boezem.¹⁰¹

65. De regels van subrogatie en regres zijn eenvoudig te beschrijven aan de hand van een voorbeeld. Een concern bestaande uit een drietal vennootschappen, een Moeder en twee werkmaatschappijen, A en B. Het concern wordt onder andere gefinancierd door een rekening courant (paraplu)krediet van de Bank van maximaal Euro 2,5 miljoen. Deze financiering is aldus vormgegeven dat elk van de vennootschappen onder het krediet mag trekken en dat elk van hen hoofdelijk aansprakelijk is voor het totaal van de verstrekte kredieten. Veronderstel nu dat de Moeder Euro 0,5 miljoen heeft opgenomen onder het krediet, A Euro 1 miljoen en B Euro 1 miljoen. M, A en B hebben afgesproken dat in hun onderlinge verhouding voor het antwoord op de vraag wat hun uiteindelijke draagplicht van de schuld aan de Bank, het saldo van de rekening courant bij de bank op het moment van opzegging beslissend is. Naast de hoofdelijkheid van de drie vennootschappen heeft de Bank voorts de gebruikelijke zakelijke zekerheden bedongen, te weten: pandrecht op de door M gehouden aandelen in A en B en pandrecht op voorraad, inventaris en debiteuren.
66. Het concern voldoet niet meer aan bepaalde covenants die in de rekening courant faciliteit zijn opgenomen, de Bank zegt het krediet op (rekening courant saldi zijn nog steeds gelijk als hiervoor vermeld). De Bank kan nu ieder van de drie aanspreken voor het volledige bedrag van Euro 2,5 miljoen. Veronderstel nu dat B er in slaagt de Euro 2,5 miljoen aan de bank te voldoen. B treedt dan (ingevolge art. 6:12 BW) in de rechten van de Bank ten opzichte van M en A steeds voor respectievelijk een bedrag van Euro 0,5 miljoen (M) en Euro 1 milj. (A). B treedt bovendien in de positie van de Bank met betrekking tot de zekerheidsrechten. Daarnaast krijgt B (ingevolge art. 6:10 BW) een eigen (ongesecureerde) regresvordering op M en A (voor respectievelijk A: Euro 0,5 miljoen en B: Euro 1 miljoen).

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

¹⁰⁰ Zie **Bijlage I** hierna opgenomen

¹⁰¹ in Onderneming & Financiering 2005, nr. 67, p. 56 e.v. Zie meer recent ook het artikel van A.R. van Uhm, Persoonlijke zekerheden in concernfinancieringen in [Maandblad voor Vermogensrecht 2017, nummer 9](#)

67. 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.
68. Zie bijvoorbeeld ook de (toegegeven nogal gecompliceerd opgeschreven) Algemene Bepalingen van Kredietverlening van ABN uit 2019:

“12.3 Regres en subrogatie

Betaalt u aan ons onder uw hoofdelijke verbondenheid zoals afgesproken in artikel 12.1? Dan zegt de wet dat daardoor:

- ▶ onze rechten geheel of gedeeltelijk op u kunnen overgaan (subrogatie); en
- ▶ u een vordering kunt krijgen op de andere Kredietnemers (een regresvordering).

Wij maken hierover de volgende afspraken met u:

- ▶ De wettelijke regeling over subrogatie en regres vorderingen is niet van toepassing. Subrogatie vindt niet plaats en er ontstaat geen regresvordering.
 - ▶ In plaats van de wettelijke regeling over subrogatie en regresvorderingen gelden tussen u en de andere Kredietnemers de volgende afspraken over een vergoeding:
 - ▶ Op het moment dat u hoofdelijke verbondenheid met ons afspreekt, ontstaat er voor u een vordering tot vergoeding op de andere Kredietnemers.
 - ▶ De hoogte van uw vordering tot vergoeding op de andere Kredietnemers is gelijk aan de hoogte van de regresvordering die u op grond van de wet zou hebben gehad op die Kredietnemers.
 - ▶ Maakt een andere Kredietnemer niet langer deel uit van de Groep waartoe deze behoorde op het moment dat u hoofdelijke verbondenheid met ons afsprak? En hebben wij daar onze uitdrukkelijke toestemming voor gegeven? Dan is vanaf dat moment de hoogte van uw vordering tot vergoeding op die Kredietnemer gelijk aan nul.
 - ▶ Zolang een Kredietnemer volgens ons een Schuld aan ons heeft of kan krijgen, mogen u en de andere Kredietnemers geen andere afspraken met elkaar maken over regresvorderingen, subrogatie of de vordering tot vergoeding. Het verbod om andere afspraken te maken geldt niet als wij u onze vooraf gaande uitdrukkelijke toestemming hebben gegeven. Deze afspraken gelden tot wij uitdrukkelijk aan u hebben laten weten dat deze afspraken, of een aantal daarvan, niet meer gelden.

Verpanding en achterstelling

Voor alle vorderingen die u op andere Kredietnemers of op anderen heeft in verband met uw hoofdelijke verbondenheid en de hiervoor gemaakte afspraken tot vergoeding, geldt het volgende:

- ▶ U moet de vorderingen aan ons verpanden. U geeft de vorderingen hierbij aan ons in pand. Wij doen hierbij mededeling van de pandrechten aan iedere Kredietnemer. U geeft aan ons ook een volmacht om de vorderingen bij herhaling namens u aan onszelf te verpanden zo vaak als wij dat nodig vinden.
- ▶ Eigenschappen van de vorderingen zijn dat zij:
 - ▶ zijn achtergesteld bij alle vorderingen die wij op die andere Kredietnemers of anderen hebben of zullen hebben, uit welke hoofde dan ook; en
 - ▶ niet opeisbaar zijn en niet kunnen worden verrekend.
- ▶ U mag geen betaling van de vorderingen ontvangen en de andere Kredietnemers mogen de vorderingen niet betalen. U en de andere Kredietnemers mogen ook niets doen waardoor de vorderingen op een andere manier

worden beperkt of teniet gaan. Ontvangt u toch een betaling van de vorderingen? Dan moet u dat bedrag meteen aan ons betalen. Wij mogen dat bedrag gebruiken om de Schulden van u of de andere Kredietnemers te betalen.

Deze afspraken gelden tot het moment waarop u en de andere Kredietnemers volgens ons geen Schulden meer hebben en ook niet meer zullen hebben. Dit geldt niet als wij u op een eerder moment uitdrukkelijk hebben laten weten dat deze bepaling niet meer van toepassing is op één of meer van de vorderingen. Bijvoorbeeld omdat wij ons pandrecht op een vordering gebruiken.”

69. ING schrijft het in haar kredietvoorwaarden uit 2017 kort en krachtig op:

“3.2 Regresvorderingen van de kredietnemer zijn achtergesteld en niet verrekenbaar

Voor regresvorderingen geldt het volgende:

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

Achtergesteld en niet verrekenbaar betekent dat regresvorderingen:

- niet betaald kunnen en mogen worden;
- niet opgeëist kunnen en mogen worden;
- niet in een juridische procedure opgeëist kunnen en mogen worden; en
- niet verrekend kunnen en mogen worden.

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

3.3 Subrogatie is uitgesloten

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

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

71. Ter toelichting nog wat nadere juridische bespiegelingen over regres en subrogatie. Voor wat betreft de regresvordering ex. art. 6:10 BW werd er lange tijd van uitgegaan dat deze regresvordering een bestaande vordering is onder de opschortende voorwaarde van betaling. Zie daarover HR 3 juni 1994, NJ 1995, 340 (De Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.). Deze visie van de Hoge Raad was overigens omstreden. Maar, ondanks kritiek in de literatuur heeft de Hoge Raad deze visie een aantal malen herhaald, zie bijvoorbeeld HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393, JOR 2002, 111 (Da Costa Gomez-Brandao/Joral Management) met noot Van Hees en HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618 Mr Bannenberg q.q. – NMB-Heller. Er werd vanuit gegaan dat het hier ging om een bestaande voorwaardelijke vordering. Maar op 6 april 2012 (ASR/Achmea. ECLI:NL:HR:2012:BU3784, JOR

2014/172) heeft de Hoge Raad een uitspraak gewezen op basis waarvan men moet concluderen dat de Hoge Raad meent dat een wettelijke regresvordering eerst ontstaat door de betaling door de hoofdelijke schuldenaar aan de schuldeiser:

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

72. 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 betaling . De heersende leer is anders: De vordering die je door middel van subrogatie verkrijgt, is een bestaande vordering van de oorspronkelijk crediteur, die jij op voorwaarde van betaling in jouw vermogen verkrijgt (en in dat opzicht voor jou dus een toekomstige vordering is. In oudere kredietvoorwaarden zag je ook het volgende opgenomen : “Aanvaardt u dat, in geval van subrogatie door u in een vordering van de Bank op een andere Kredietnemer, die vordering op u overgaat met een voorbehouden pandrecht erop voor de Bank.” Voor deze constructie zal gekozen zijn om er voor te zorgen dat de vorderingen die krachtens subrogatie overgaan, slechts overgaan belast met een pandrecht (het zogenaamde voorbehouden pandrecht). Omdat daarmee de rechten belast met een pandrecht overgaan, werkt deze constructie mijns inziens. Mondeling berichtte Prof. J.J. van Hees mij ooit dat hij twijfels heeft bij deze constructie van het voorbehouden pandrecht omdat hier geen overdracht van een vordering zou zijn (in welke geval de constructie van het voorbehouden pandrecht algemeen erkend wordt), maar een overgang. De heer Van Hees sprak de voorkeur uit om af te spreken dat geen subrogatie plaatsvindt. Deze volledige uitsluiting van subrogatie zou – anders dan de opschorting of beperking daarvan – mogelijk zijn omdat subrogatie is opgenomen in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en derhalve regelend recht zou zijn. De huidige clausules van ING en ABN lijkt in dat geval opzicht vanuit een bankenstandpunt bezien robuust omdat ING en ABN subrogatie uitsluiten en dat kan. Struycken en Keukens zijn overigens van mening dat de structuur van het voorbehouden pandrecht wel zou moeten werken:

“soms wordt gebruik gemaakt van de constructie van een voorbehouden pandrecht. De afspraak tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren en de gezamenlijke schuldeiser is dan dat wordt aanvaard dat een door subrogatie te verkrijgen vordering wordt verkregen onder voorbehoud van een pandrecht ten gunste van de oorspronkelijke schuldeiser. Het is niet helemaal zeker of deze constructie werkt, doordat contractueel een wijze van rechtsverkrijging wordt gemoduleerd terwijl deze wijze van rechtsverkrijging van rechtsweg plaatsvindt zonder direct het gevolg te zijn van een leveringshandeling. Wij zien echter geen goede reden om geen ruimte te bieden aan de partijautonomie wanneer alle betrokken partijen

ervoor kiezen om subrogatie onder voorbehoud van een pandrecht te laten plaatsvinden, temeer daar partijen ook voor algehele afstand van subrogatie kunnen kiezen. Het technische gegeven dat bij verkrijging door subrogatie geen sprake is van een leverings- of vestigingshandeling achten wij ook niet doorslaggevend; wij zien niet in waarom partijen geen afspraken kunnen maken of rechten kunnen doen ontstaan in verband met een rechtsverkrijging van rechtswege.”

73. De kwalificatie van de regresvordering als bestaande of toekomstige vordering is van wezenlijk belang omdat indien de vordering een toekomstige zou zijn, een eventuele verpanding niet aan de boedel kan worden tegengeworpen in verband met het bepaalde in art. 35 lid 2 van de Faillissementswet. Daarin is – kort gezegd – opgenomen dat een levering bij voorbaat van een toekomstig goed niet aan de boedel kan worden tegengeworpen. Onder toekomstig goed valt ook een goed dat weliswaar bestaat, maar dat je zelf nog niet hebt. Indien de regresvordering een bestaande voorwaardelijke vordering is, kan de verpanding dus wel tegen de curator worden ingeroepen, maar niet indien de regresvordering een toekomstige is en eerst na het faillissement van de hoofdelijke schuldenaar wordt uitgewonnen .
74. In verband met het in april 2012 door de Hoge Raad verkondigde standpunt dat wettelijke regresvorderingen toekomstige vorderingen zijn, is thans aan te raden ook niet alleen de wettelijke mogelijkheid van subrogatie uit te sluiten maar ook de wettelijke mogelijkheid van regres en in plaats daarvan een contractuele regresvordering af te spreken die onmiddellijk ontstaat onder de opschortende voorwaarde van betaling .
75. In deze syllabus werd eerder het arrest De Lage Landen / Van Logtestijn aangehaald met betrekking tot het antwoord op de vraag of een eerst na het faillissement ontstane rechtsvordering op zekerheid kon worden verhaald. Datzelfde arrest is ook van belang voor de onderhavige problematiek, te weten het ontstaansmoment van een regresvordering. De Hoge Raad gaat er in het arrest De Lage Landen / Van Logtestijn vanuit te gaan dat het partijen vrij staat het moment te bepalen waarop een (regres)vordering ontstaat. In rechtsoverweging 3.3.2. verwijst de Hoge Raad naar een eerder arrest waarin het overwaarde arrangement was gesanctioneerd (HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (Bannenberg)) en komt de Hoge Raad tot de conclusie dat het daar niet ging om een zuivere wettelijk recht van regres (zoals bij ASR/Achmea) maar om een contractueel voorwaardelijk recht van regres:

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

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

mijns inziens nog niet voldoende helder aan dat zij de wettelijke regresvorderingen willen uitsluiten en uitsluitend contractuele regresvorderingen in het leven willen roepen.

77. In 2021 werd door de Rechtbank Oost-Brabant z.p.'s-Hertogenbosch (23 juni 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:2989, JOR 2021/227 een uitspraak gedaan in een geval waarin een hoofdelijk schuldenaar eerst na zijn faillissement werd uitgewonnen. De Rechtbank oordeelde:

“4.1. De Hoge Raad heeft in het arrest van 13 juli 2012 (op www.rechtspraak.nl gepubliceerd onder nummer ECLI:NL:HR:2012:BW4206 («JOR» 2012/306, m.nt. Bergervoet (Janssen q.q./JVS); red.) criteria geformuleerd voor de interne draagplicht bij een concernfinanciering. De curatoren stellen zich op het standpunt dat volgens die criteria Anchor de interne draagplicht heeft voor de lening van € 2.566.660, en Melamo de interne draagplicht voor het krediet van € 742.277,. Rabobank betwist dat niet. Ook de rechtbank acht dat standpunt juist.

4.2. De curatoren stellen dat Melamo op grond van artikel 6:10 van het Burgerlijk Wetboek (BW) een vordering op Anchor heeft verkregen van € 898.000,, het bedrag dat Melamo boven haar interne draagplicht aan Rabobank heeft voldaan. In deze procedure betwist Rabobank die regresvordering niet.

4.3. De curatoren stellen dat Melamo op grond van artikel 6:12 BW is gesubrogeerd in de rechten van Rabobank tot dat bedrag van € 898.000. Die subrogatie betekent niet alleen dat de betalingsvordering van Rabobank op Anchor voor een deel van € 898.000, is overgegaan naar Melamo, maar ook dat een evenredig deel van het hypotheekrecht van Rabobank op het bedrijfspand van Anchor als nevenrecht naar Melamo is overgegaan. De curatoren verwijzen daarvoor naar het arrest van de Hoge Raad van 16 september 1988 ECLI:NL:HR:1988:AD0247 (lees: AD0240, «JOR» 2021/141, m.nt. Faber (Onderdrecht); red.)). De curatoren concluderen dat sprake was van een gemeenschappelijk hypotheekrecht van Rabobank en Melamo en dat daarom de opbrengst van de verkoop van het bedrijfspand van Anchor evenredig over Rabobank en Melamo had moeten worden verdeeld. De curatoren berekenen het aandeel van Melamo op € 499.393,75. Daarvan trekken zij af het bedrag van € 244.643,63 dat Rabobank op de boedelrekening van Anchor heeft gestort. Daarna resteert het bedrag van € 254.750,12 dat de curatoren vorderen.

4.4. Rabobank betwist niet dat, als sprake is van subrogatie, een deel van het hypotheekrecht van Rabobank is overgegaan naar Melamo en dat Melamo dan recht had op een aandeel van € 499.393,75 in de opbrengst van het bedrijfspand van Anchor. Rabobank betwist wel dat Melamo is gesubrogeerd in een deel van de betalingsvordering van Rabobank op Anchor.

4.5. Rabobank beroept zich daarvoor op artikel 19 lid a van de Algemene voorwaarden bedrijfsfinancieringen van de Rabobank 2010 (hierna de bankvoorwaarden). In die bepaling staat:

“De klant doet door ondertekening van de akte ten behoeve van de bank – voor zover nodig bij voorbaat – onherroepelijk afstand van subrogatie en van alle (neven)rechten waarin hij door subrogatie zou kunnen treden, waaronder begrepen zekerheidsrechten. Door ondertekening van de akte neemt de klant deze afstanddoening aan.”

4.13. Omdat in de tekst van artikel 19 lid a van de bankvoorwaarden wordt gesproken over het doen van afstand, mocht Melamo in redelijkheid verwachten dat Rabobank daarmee afstand van een vorderingsrecht zoals beschreven in artikel 6:160 BW heeft bedoeld en niet de uitsluiting die Rabo bank achteraf verdedigt na kennisname van het arrest van 6 april 2012. De rechtbank verwerpt daarom het beroep van Rabobank op artikel 19 lid a van de bankvoorwaarden. De daarin gedane afstand is niet rechtsgeldig omdat Melamo door haar faillissement niet meer bevoegd was afstand te doen op het moment dat haar subrogatievordering ontstond.”

Dat oordeel lijkt me – gelet op de stand van de rechtspraak van de Hoge Raad juist. Vervolgens komt de rechtbank tot een onjuiste overweging ten overvloede in het vonnis (zie 4.14 e.v.)

78. Annotator Stein corrigeert terecht de Rechtbank:

“8. Overweging ten overvloede. De rechtbank volstaat in haar vonnis niet met het oordeel dat subrogatie niet was uitgesloten, maar wijdt ook enkele overwegingen aan de principiële mogelijkheid van een dergelijke uitsluiting (r.o. 4.14 e.v.). Zij doet dat omdat de literatuur over dit onderwerp volgens haar verdeeld is (r.o. 4.14) en zij citeert vervolgens ruimschoots uit de passages uit de parlementaire geschiedenis waarop de verdeeldheid zou zijn terug te voeren (r.o. 4.15-4.17). Die citaten zijn ongelukkig, omdat zij geen betrekking hebben op de uitsluiting van subrogatie tussen partijen. Zij gaan enerzijds over de vraag of een vordering principieel onvatbaar kan worden gemaakt voor overgang krachtens subrogatie (r.o. 4.15) en anderzijds over de vraag of door middel van afspraken over draagplichtverdeling invloed kan worden uitgeoefend op de verhoudingen tussen hoofdelijk schuldenaren (r.o. 4.16). Er bestaat in de literatuur geen discussie over het antwoord op de eerste vraag (antwoord: nee) en evenmin over het antwoord op de tweede vraag (antwoord: ja; HR 13 juli 2012, «JOR» 2012/306, m.nt. Bergervoet (Janssen/JVS Beheer), r.o. 6.2). De rechtbank had zich dan ook beter kunnen richten op de vraag of art. 6:12 BW een regel van regeland recht is. Ook over het antwoord op die vraag bestaat bij mijn weten geen discussie in de literatuur. Mij zijn in ieder geval geen auteurs bekend die met kracht van argumenten betogen dat art. 6:12 BW een regel van dwingend recht zou zijn.”

79. Het oordeel van de Rechtbank is in hoger beroep bekrachtigd, Gerechtshof Den Bosch 21 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1955, JOR 2022/266. De Hoge Raad oordeelde op 29 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1354, in cassatie over deze zaak. Over de vraag of art 6:12 BW dwingend of regeland recht is, overweegt de Hoge Raad het volgende

“Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:12 BW volgt dat een schuldeiser en hoofdelijk schuldenaren kunnen afwijken van de regel dat de rechten van de schuldeiser jegens de medeschuldenaren van een hoofdelijke schuldenaar ten laste van wie een schuld gedelgd wordt voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, krachtens subrogatie overgaan op die schuldenaar.”

80. Faber schrijft hier over in zijn noot onder het arrest in JOR 2023/22 het volgende:

“Voor alle duidelijkheid merk ik op dat het bij uitsluiting van subrogatie – anders dan bij uit sluiting van regres – niet gaat om het voorkomen dat in het vermogen van de desbetreffende hoofdelijk verbonden schuldenaar een vordering op een medeschuldenaar ontstaat, maar dat het gaat om het voorkomen dat een aan een ander (de schuldeiser) toebehorende vordering op hem overgaat. Van “het ontstaan van de vordering op grond van subrogatie”, waarover curatoren spreken (zie het arrest van het hof, r.o. 5.4.2), of van het voorkomen “dat in het vermogen van een hoofdelijk schuldenaar een wettelijke verhaalsvordering ontstaat” respectievelijk dat “de verhaalsvordering pas tijdens insolventie ontstaat”, zoals Stein in zijn «JOR»-noot onder het vonnis van de rechtbank schrijft, is geen sprake. De vordering ontstaat in het vermogen van de (oorspronkelijke) schuldeiser.”

81. Tenslotte is nog interessant hetgeen Faber zegt over het laten overgaan naar een derde:

“Ik merk voorts op dat het gegeven dat in de parlementaire geschiedenis wordt gesteld dat een schuldeiser en een schuldenaar – hetzij bij het ontstaan van de vordering, hetzij later – die vordering niet onvatbaar kunnen maken voor overgang door subrogatie (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 119 en 558), aan het voorafgaande niets afdoet. Dit betekent immers slechts dat een schuldeiser en een schuldenaar niet bij overeenkomst kunnen bepalen dat een derde niet in de vordering van de schuldeiser jegens de schuldenaar kan worden

gesubrogeerd, c.q. dat zij niet kunnen overeenkomen dat de vordering de voor subrogatie benodigde eigenschap mist. Daarin verschilt de uitsluiting van subrogatie van de uitsluiting (of beperking) van de overdraagbaarheid van een vordering. Vgl. art. 3:83 lid 2 BW. Om subrogatie door een derde te voorkomen, dat wil zeggen subrogatie door die derde in een concreet geval uit te sluiten, is steeds de instemming van die derde vereist. Die instemming kan op voorhand worden gegeven en kan zowel betrekking hebben op een op dat moment reeds bestaande vordering van de schuldeiser alsook op een vooralsnog toekomstige vordering (en wel ongeacht of de rechtsverhouding waaruit de toekomstige vordering zal worden verkregen, op dat moment reeds bestaat)."

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

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

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

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

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

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

84. In een publicatie uit 2017 kiest Struycken samen met Keukens voor de volgende stelling :

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

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

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

86. Kortom: zolang er geen afspraak is over de verdeling van de interne draagplicht, bestaat er onzekerheid over wat deze is. Daarin brengt het arrest van de Hoge Raad van Reiziger q.q. tegen de Buurtzuster B.V. van 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:295, JOR 2023/166 met noor Martman en NJ 2024/241 met noot Smeehuijzen geen verandering. In dit arrest beantwoordde de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen die door Hoge Raad waren gesteld. De vragen en het oordeel van de Hoge Raad zijn kort en krachtig en zijn daarom hierna integraal opgenomen:

“3.1 De prejudiciële vragen hebben betrekking op de onderlinge bijdrageplicht (ook wel draagplicht) van hoofdelijke schuldenaren.

Volgens art. 6:10 BW moet de hoofdelijke schuldenaar in de schuld en in de kosten bijdragen voor het gedeelte van de schuld dat hem aangaat in zijn onderlinge verhouding tot de andere hoofdelijke schuldenaren. Deze bepaling, die van regeland recht is, geeft geen nadere regels over de wijze waarop de onderlinge draagplicht van de hoofdelijke schuldenaren moet worden bepaald. Ter toelichting is in de wetsgeschiedenis opgemerkt:

“Hieromtrent toch zijn geen algemene regels te geven. De grootte van ieders bijdrageplicht zal in de eerste plaats afhangen van hetgeen zij uitdrukkelijk of stilzwijgend omtrent hun bijdrageplicht zijn overeengekomen en van een eventuele onderlinge rechtsverhouding der schuldenaren, op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden (...). Is de schuld om baat aangegaan, dan is voorts van belang – en dit vooral, wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat, dan het feit dat zij hoofdelijke medeschuldenaren zijn – in hoeverre de tegenwaarde van hun schuld ieder van hen ten goede is gekomen. (...) Tenslotte kunnen ook de beginselen van de ongerechtvaardigde verrijking nog een rol spelen. In ieder geval is het niet wenselijk – gelijk in sommige buitenlandse wetboeken is bepaald – als hoofdregel voorop te stellen dat de schuldenaren voor gelijke delen in de schuld moeten bijdragen; de uitzonderingen zouden dan belangrijker zijn dan de hoofdregel. Vanzelfsprekend is echter, indien geen van de hierboven aangegeven omstandigheden en beginselen uitsluitel geeft, een draagplicht voor gelijke delen ook volgens het ontwerp de aangewezen oplossing. Gaat de schuld een van de hoofdelijke schuldenaren intern in het geheel niet aan, dan kunnen zijn medeschuldenaren op hem geen verhaal nemen, en kan hij omgekeerd het gehele door hem betaalde bedrag verhalen op zijn medeschuldenaren.”

3.2 Ten aanzien van de onderlinge draagplicht van hoofdelijk verbonden concernvennootschappen is in de wetsgeschiedenis vermeld dat het voor de hand ligt dat – bij gebreke van eerdere of latere overeenkomsten in andere zin – degenen wie de schuld ‘aangaat’, zij zijn “die het krediet hebben gebruikt of te wier beschikking het is gekomen”.

3.3 In het hiervoor in 2.4 genoemde arrest Janssen q.q./JVS Beheer⁶ heeft de Hoge Raad overwogen dat indien binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, hun onderlinge draagplicht wordt bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat. Ook is in dat arrest overwogen dat bij de beantwoording van deze vraag erop moet worden gelet “wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval”. Daarbij is verwezen naar de hiervoor in 3.2 aangehaalde passage in de wetsgeschiedenis.

3.4 De vraag hoe moet worden bepaald voor welk gedeelte de schuld de hoofdelijke medeschuldenaar ‘aangaat’ in de zin van art. 6:10 BW, kan niet in algemene zin worden beantwoord. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval.

De hiervoor in 3.3 aangehaalde overweging dat erop moet worden gelet “wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval” moet aldus worden begrepen dat ook indirect profijt een rol kan spelen. Een en ander leent zich niet voor precisering in algemene zin.

3.5 Op grond van het vorenstaande moeten de prejudiciële vragen als volgt worden beantwoord. Het antwoord op de vragen 1 en 2 is dat, wanneer een lening of krediet is verstrekt aan een vennootschap en een andere (zuster)vennootschap zich hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van de lening of het krediet, bij de bepaling van de onderlinge draagplicht en de in dat kader te beantwoorden vraag wie de schuld aangaat, betekenis kan toekomen aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van de lening of het krediet.

Het antwoord op de vragen 3 en 4 is dat de in deze vragen genoemde feiten en omstandigheden – naast de overige feiten en omstandigheden van het geval – mogen worden betrokken in de rechterlijke oordeelsvorming. Het is aan de rechter die over de feiten oordeelt, om te bepalen welke betekenis en welk gewicht toekomt aan deze feiten en omstandigheden.

Vraag 5 leent zich niet voor beantwoording in algemene zin.”

We weten dus eigenlijk nog steeds niet hoe het zit.

87. De vraag of (in het door mij gegeven voorbeeld) A en B draagplicht hebben is ook in het bijzonder van belang in verband met de in de wet opgenomen regeling van omslag bij 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.
88. De regels zijn vooral van belang in die gevallen van concernfinanciering waarbij in het kader van een herstructurering getracht wordt een deel van de activiteiten van het concern af te splitsen door de overdracht van de aandelen van een hoofdelijk medeschuldenaar. Het enkele ontslaan uit de hoofdelijkheid van deze vennootschap is niet voldoende, er zal tevens een oplossing moeten worden gevonden voor de eventuele subrogatie en regresrechten. Een – voor de Bank – vaak weinig aantrekkelijke oplossing is dat de Bank zich ten opzichte van de achterblijvende hoofdelijke schuldenaren verplicht de vordering van de Bank te verminderen met het bedrag dat deze achterblijvende schuldenaren als bijdrage hadden kunnen vorderen (vgl. art. 6:14 BW)¹⁰². Om die reden wordt in de documentatie getracht deze regres- en subrogatierechten in te perken (zie

¹⁰² Losbladige verbintenissenrecht, art. 14, aant. 4:

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

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

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

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

Gesteld dat de schuldeiser B's schuld door kwijtschelding tot f 1000 wil terugbrengen, zodanig dat deze ook intern slechts f 1000

hiervoor onder punt 42 e.v., zij het dat deze clausules door het recente arrest van de Hoge Raad deels deels achterhaald zijn en plaats zullen maken voor een regeling waarbij alle vormen van wettelijk regres en subrogatie worden uitgesloten om plaats te maken voor een contractuele regeling, zie hierboven onder punt 42 e.v.).

89. Hiervoor is aandacht besteed aan regres en subrogatie in gevallen van hoofdelijkheid. Regres en subrogatie speelt eveneens bij borgtocht. De borg die uitgewonnen is, heeft intern in beginsel geen draagplicht, hij is slechts borg, geen draagplichtig schuldenaar¹⁰³. In beginsel, omdat het natuurlijk wel mogelijk is dat intern een andere afspraak wordt gemaakt, bijvoorbeeld dat de borg wel en draagplicht heeft.
90. Van de borgtocht wordt ook gebruik gemaakt om de overwaarde van de zekerheden, die een bepaalde crediteur heeft, te benutten voor een andere crediteur. Dit is een constructie die in de praktijk wordt aangeduid met Ausfallbürgschaft of overwaardearrangement. In een dergelijke constructie geven een crediteur die over zekerheden beschikt (de "Borg") aan een andere crediteur (de "Gewaarborgde") een borgtocht af waarbij de Borg zich ten opzichte van de Gewaarborgde tot nakoming voor verplichtingen van de debiteur van beide partijen verplicht, zulks echter tot maximaal het surplus, dat wil zeggen, het verschil tussen het onder de eigen zekerheden uitgewonnen bedrag en de eigen vordering van de Borg. 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 uitgesproken: De HR is van mening dat een overwaarde-arrangement rechtsgeldig is:

"4.1 Het gaat in dit geding in de kern om het volgende. NMB, ING en ICT hebben vóór de faillietverklaring van ICT een (hiervoor in 3.1 onder (iv) gedeeltelijk aangehaalde) meerpartijenovereenkomst gesloten. NMB heeft, naar in cassatie tot uitgangspunt dient, een voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING op zich genomen ten belope van — kort

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.'

¹⁰³ 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 ontlennen 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 behoeften 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

gezegd — het bedrag dat ING nog van ICT te vorderen heeft, met dien verstande dat deze verplichting is gemaximeerd tot het totaal van de door ICT aan NMB verschaft, maar voor voldoening van de eigen vorderingen van NMB op ICT niet-noodzakelijke, zekerheden (art. 1.1-1.4 van het overwaarde-arrangement). In samenhang daarmee heeft ICT zich jegens NMB verbonden om, indien en voorzover NMB aan haar zojuist bedoelde voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING voldoet, deze bedragen aan NMB terug te betalen (art. 3.1 van het overwaarde-arrangement; hierna ook: de regresvordering). NMB wil thans van haar zojuist beschreven contractuele bevoegdheden gebruikmaken ten behoeve van ING, met daaruit voortvloeiend regres op ICT. De curator verzet zich daartegen.

4.2 De zojuist kort beschreven constructie van het overwaarde-arrangement komt noch naar de inhoud, noch naar de strekking daarvan in strijd met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht. Ingevolge dit arrangement wenst NMB zich na de faillietverklaring van ICT op door laatstgenoemde aan haar verpande vorderingen te verhalen ter zake van **de regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk reeds bestond** (cursieve toevoeging LHA)(vgl. HR 3 mei 2002, nr. R 00/110, [NJ 2002, 393](#) en HR 3 juni 1994, nr. 8412, [NJ 1995, 340](#)). **Aangezien ingevolge art. 3:231 lid 1 BW een pandrecht zelfs voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd, is dit ook mogelijk voor een reeds onder opschortende voorwaarde bestaande vordering** (cursieve toevoeging LHA). Met de onderhavige constructie hebben de drie partijen bij het overwaarde-arrangement kennelijk een resultaat willen bereiken dat zij ook langs andere weg tot stand hadden kunnen brengen zonder dat het stelsel van de [Faillissementswet](#) zich daartegen zou verzetten (namelijk door een tweede stille verpanding door ICT van de desbetreffende vorderingen, die alle zijn ontstaan voor de faillietverklaring van ICT, aan ING). Kennelijk hebben zij echter om praktische redenen voor de onderhavige constructie gekozen, die erop neerkomt dat NMB zich mag verhalen op de aan haar verschaft zekerheden mede ten behoeve van ING. Het feit dat NMB krachtens de onderhavige meerpartijenovereenkomst deze zekerheden in zoverre in wezen ten behoeve van ING heeft bedongen (in de vorm van een uitwinning ten behoeve van een eigen (regres)vordering van NMB op ICT) en NMB bij de uitwinning daarvan optreedt op eigen naam ten behoeve van ING, is in het kader van een financieringsconstructie als de onderhavige, niet in strijd met enige goederenrechtelijke regel of beginsel. Evenmin valt in te zien dat het feit dat ICT inmiddels is failliet verklaard en dat NMB juist daarom thans van haar onderhavige bevoegdheden gebruik wenst te maken, aan de door NMB nagestreefde gang van zaken in de weg zou staan. Nu NMB zich op de zekerheden wil verhalen in verband met de onbetaald gebleven (regres)vordering die zij op ICT heeft, verzet [art. 53 Fw](#) zich daartegen niet, reeds omdat dit verhaal niet plaatsvindt langs de weg van verrekening. Zou deze bepaling niettemin op het onderhavige geval overeenkomstig worden toegepast, dan nog verzet zij zich niet ertegen dat NMB zich op de aan haar verschaft zekerheden verhaalt voor haar onderhavige regresvordering, die immers haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling (namelijk het sluiten van het overwaarde-arrangement) welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht (vgl. HR 10 januari 1975, [NJ 1976, 249](#)). Ook [art. 54 Fw](#), eveneens overeenkomstig op de onderhavige constructie toegepast, belet niet dat NMB zich verhaalt op de door ICT aan haar verschaft zekerheden. Direct noch indirect is immers sprake van een overneming door NMB vóór of tijdens het faillissement van ICT van een vordering op of schuld aan ICT in de zin van deze bepaling, terwijl de onderliggende overeenkomst niet in het zicht van de faillietverklaring is aangegaan. Omdat, zoals hiervoor overwogen, **de onderhavige regresvordering ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk al bestond en zij mitsdien haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht**, (cursivering, LHA) kan evenmin worden gezegd dat de aan de [Faillissementswet](#) ten grondslag liggende beginselen, meer in het bijzonder het zogeheten fixatiebeginsel, door de constructie van het overwaarde-arrangement geweld wordt aangedaan.

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

“De enkele in art. 7:865 BW bedoelde rechtsverhouding hoofdschuldenaar-borg kan niet worden aangemerkt als een rechtsverhouding in de hiervoor onder 1 bedoelde zin waaruit het regresrecht van de borg voortvloeit.

Een rechtsverhouding in de zojuist bedoelde zin ontstaat wel indien de hoofdschuldenaar partij is bij – of als partij toetreedt tot – de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement).”

92. Om zeker te zijn dat het overwaarde-arrangement vormgegeven als een borgtochtconstructie ook voor vorderingen die eerst na het faillissement ontstaan werkt, is medewerking dus nodig. Die medewerking licht overigens reeds besloten in de constructie waarin de oorspronkelijke debiteur zich reeds ten tijde van het totstandkoming van het arrangement verplicht om aan de zekerheidsgerechtigde de overwaarde te vergoeden die deze aan de derde geeft (de structuur zoals deze bij het arrest uit 2004 aan de orde was).¹⁰⁴
93. Bij het overwaardearrangement speelt in sommige gevallen nog een – door sommige curatoren inmiddels ontdekt – praktisch probleem. Je kunt als pand- of hypotheekhouder slechts van je rechten gebruik maken indien en voor zover je daadwerkelijk beschikt over een opeisbare vordering. Dat zal in het geval van het overwaarde-arrangement dus betekenen dat je daadwerkelijk als borg betaald moet hebben, alvorens je de opeisbare regresvordering kunt verhalen op de zekerheden. Daarvoor is een – virtueel – cashrondje nodig. Kort gezegd ziet dit cash rondje er als volgt uit:
- De borg (pand/hypotheekhouder) spreekt met degene tot wie de borg gericht af dat hij van hem leent een bedrag, ter hoogte van de borgtocht;
 - De borg verrekent zijn vordering uit hoofde van de leningsovereenkomst met zijn schuld uit hoofde van de borgtocht;
 - De borg verkrijgt vervolgens een regresvordering voor het totale bedrag op de eigenlijke debiteur en kan de zekerheden executeren;
 - Na executie blijkt wat de overwaarde is; deze overwaarde wordt terug betaald onder de lening;
 - Indien de lening niet volledig is voldaan, betekent dat ook dat de borg teveel betaald heeft onder de borg. De borg heeft dan een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling op de partij tot wie de borg gericht was. De laatste heeft een vordering uit hoofde van de lening omdat deze niet geheel voldaan is. Deze vordering en schuld van de borg kunnen verrekend worden.
94. 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 guarantor de overeenkomst kende of van de overeenkomst kennis had gekregen van deze overeenkomst .
95. Een praktisch voorbeeld van contractuele subrogatie is de situatie waarbij een bank op verzoek van een cliënt een garantie stelt tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de cliënt. De bank zal alsdan middels een contragarantie af te geven door de cliënt bedingen dat de bank regres heeft op de cliënt en voorts dat de bank subrogeert in de rechten van de schuldeiser ten opzichte van degene ten behoeve van wie de bank de zekerheid stelt. Doet de bank dit niet, dan heeft de bank ook geen regres . De opstellers van bankgaranties zijn dus gewaarschuwd!
96. Sinds de arresten over de verstrekte huurgaranties weten we echter dat er beperkingen zijn verbonden aan de mogelijkheden om verhaal te nemen op een failliet voor (huur)garanties voor zover deze schade dekken die de failliet ingevolge artikel 39 Fw niet gehouden is te betalen . Het meest recente arrest van de Hoge Raad over dit onderwerp is het op 17 februari 2017 gewezen arrest . De curator slaagde hier niet in het terughalen van het uitbetaalde bij de verhuurder die onder de bankgarantie had getrokken en was voldaan waarna vervolgens de bank zich verhaald had voor haar regresvordering. De Hoge Raad is glashelder en zegt het als volgt:

¹⁰⁴ Zie ook Asser-/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/50a en 50b

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

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

97. Verstrekkers van huurgaranties moeten nu voldoende gewaarschuwd zijn door de Hoge Raad: indien u meer garandeert dan dat art. 39 Fw toestaat: geen verhaal op welke wijze dan ook op de boedel van de huurder. Verhaal op (iets van) iemand anders mag natuurlijk wel .
98. De inwerkingtreding van de Wet Homologatie Onderhands akkoord in de Faillissementswet heeft nog tot een ander discussiepunt over het verhaal nemen door de bank op de client geleid. Het gaat hier om de uitleg van art. 370 lid 2 Fw waarin een verbod op is genomen voor het nemen van regres voor bedragen die de garantor betaald aan de derde na homologatie van het akkoord. De Rechtbank Amsterdam heeft in het kader van een zogenaamd aspectenverzoek bepaald dat deze bepaling aldus moet uitgelegd worden dat dit ook geldt indien de regresvordering van de garantor gedekt is door de client gestelde zekerheden¹⁰⁵. Dezelfde rechtbank kwam in een gewone civiele zaak tot de conclusie dat de garantor wel verhaal mocht nemen¹⁰⁶. Het wachten

¹⁰⁵ Rb Adam 1 februari 2023, [ECLI:NL:RBAMS:2023:569](https://ecli.nl/rbams/2023/569), JOR 2023/83 met annotatie van mr. V.G. Koolen

¹⁰⁶ Rb Adam 15 januari 2025, [ECLI:NL:RBAMS:2025:338](https://ecli.nl/rbams/2025/338). JOR 2024/98

is op richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad. Uit de Noot van Wessels in de JOR weten we dat cassatie is ingesteld.

© 29 April 2025 Legal Houdini Academy

Bijlage I

Subrogatie:

Art. 6: 12 BW

1. Wordt de schuld ten laste van een hoofdelijke schuldenaar gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, dan gaan de rechten van de schuldeiser jegens de medeschuldenaren en jegens derden krachtens subrogatie voor dit meerdere op die schuldenaar over, telkens tot ten hoogste het gedeelte dat de medeschuldenaar of de derde aangaat in zijn verhouding tot die schuldenaar.
2. Door de subrogatie wordt de vordering, indien zij een andere prestatie dan geld betrof, omgezet in een geldvordering van gelijke waarde.

Art. 6:150 BW

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

- a. indien een hem toebehorend goed voor de vordering wordt uitgewonnen;
- b. indien hij de vordering voldoet omdat een hem toebehorend goed voor de vordering verbonden is;
- c. indien hij de vordering voldoet om uitwinning te voorkomen van een hem niet toebehorend goed, mits door de uitwinning een recht dat hij op het goed heeft, verloren zou gaan of de voldoening van een hem toekomend vorderingsrecht in gevaar zou worden gebracht;
- d. krachtens overeenkomst tussen de derde die de vordering voldoet en de schuldenaar, mits de schuldeiser op het tijdstip van de voldoening deze overeenkomst kende of hem daarvan kennis was gegeven.

Art. 6:151 BW

1. Subrogatie overeenkomstig artikel 150 vindt niet plaats voor zover de schuld de derde aangaat in zijn verhouding tot de schuldenaar.
2. De rechten van de schuldeiser tegen borgen en personen die geen schuldenaar zijn, gaan slechts op de derde over tot ten hoogste de bedragen, waarvoor de schuld ieder van hen aangaat in hun verhouding tot de schuldenaar.

Art. 6:152 BW

1. Blijkt verhaal krachtens subrogatie overeenkomstig artikel 150 geheel of gedeeltelijk onmogelijk, dan wordt het onvoldaan gebleven deel over de gesubrogeerde en andere in lid 2 van het vorige artikel genoemde derden omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het tijdstip van de voldoening jegens de schuldeiser aansprakelijk was.
2. De gesubrogeerde kan van geen der andere bij de omslag betrokken derden een groter bedrag vorderen dan de oorspronkelijke schuldeiser op het tijdstip van de voldoening op deze had kunnen verhalen.
3. Ieder der in de omslag betrokkenen blijft gerechtigd het bijgedragene alsnog van hem die geen verhaal bood, terug te vorderen.

Art. 6:153 BW

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

Art. 6:154 BW

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

Regres

Art. 6: 10 BW

1. Hoofdelijke schuldenaren zijn, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht overeenkomstig de volgende leden in de schuld en in de kosten bij te dragen.
2. De verplichting tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, komt op iedere medeschuldenaar te rusten voor het bedrag van dit meerdere, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat.
3. In door een hoofdelijke schuldenaar in redelijkheid gemaakte kosten moet iedere medeschuldenaar bijdragen naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld dat hem aangaat, tenzij de kosten slechts de schuldenaar persoonlijk betreffen.

Omslag bij insolventie

Art. 6:13 BW

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

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

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

Art. 6:14 BW

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