

JIN 2015/227 Hoge Raad, 16-10-2015 Insolventierecht, Prejudiciële vraag (art. 392 Rv), Faillissementsrecht, Overwaarde-arrangement, HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (Bannenberg), Verhaal door pandhouder voor ten tijde van faillietverklaring toekomstige vorderingen, Art. 483e Rv, Rechtsverhouding waaruit regresvordering van borg rechtstreeks voortvloeit

Wetsbepaling(en):

FW artikel 42, FW artikel 53, FW artikel 54

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:HR:2015:3023, AA 2016/02, JOR 2016/20, INS-Updates.nl 2015-0270 , NJ 2016/48, NJB 2015/1907, RI 2016/2, RvdW 2015/1123

JIN 2015/227, Hoge Raad, Parket bij de Hoge Raad, 16-10-2015, 10-07-2015, , , 14/05050, 14/05050, (annotatie)

Inhoudsindicatie

Insolventierecht, Prejudiciële vraag (art. 392 Rv), Faillissementsrecht, Overwaarde-arrangement, HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (Bannenberg), Verhaal door pandhouder voor ten tijde van faillietverklaring toekomstige vorderingen, Art. 483e Rv, Rechtsverhouding waaruit regresvordering van borg rechtstreeks voortvloeit

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	16-10-2015, 10-07-2015
Publicatie	JIN 2015/227 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 10, 2015
Annotator	• G.G. Boeve
ECLI	ECLI:NL:HR:2015:3023, ECLI:NL:PHR:2015:1691
Zaaknummer	14/05050, 14/05050
Overige publicaties	• ECLI:NL:HR:2015:3023 • JOR 2016/20 met annotatie van prof. mr. N.E.D. Faber en mr. N.S.G.J. Vermunt • INS-Updates.nl 2015-0270 • NTHR 2015, afl. 6, p. 333 • Ars Aequi AA20160104 met annotatie van R.M. Wibier • AR 2015/1945

- RvdW 2015/1123
- NJB 2015/1907
- JWB 2015/354
- RI 2016/2
- AR 2016/212
- NJ 2016/48
- ECLI:NL:PHR:2015:1691
- JOR 2016/20 met annotatie van prof. mr. N.E.D. Faber en mr. N.S.G.J. Vermunt

Rechtsgebied	Algemeen
Rubriek	Civil recht
Rechters	<ul style="list-style-type: none"> • mr. Numann • mr. Streefkerk • mr. Heisterkamp • mr. Polak • mr. Tanja-van den Broek • mr. De Groot
Partijen	<p>1. De Lage Landen Trade Finance B.V., 2. De Lage Landen Financial Services B.V., beide gevestigd te Eindhoven, eiseressen in eerste aanleg, advocaten in de prejudiciële procedure: mr. F.E. Vermeulen en mr. T.T. van Zanten, tegen</p> <p>Lambertus Boudewijn Archibald Van Logtestijn, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [A] B.V. en [B] B.V., wonende te Breda, gedaagde in eerste aanleg, advocaat in de prejudiciële procedure: mr. M.B.A. Alkema.</p>
Regelgeving	<p>Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als DLL c.s. en de curator.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fw - 42 • Fw - 53 • Fw - 54

Samenvatting

Een pandhouder kan zich in faillissement op de verpande goederen verhalen niet alleen voor vorderingen die bij het uitspreken van het faillissement reeds bestaan, maar ook voor vorderingen die op dat moment nog toekomstig zijn, mits deze voortvloeien uit een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde. Dit geldt ook voor regresvorderingen van pandhouders/borgen in een overwaarde-arrangement.

In HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (Bannenbergh) is overwogen – mede op grond van argumenten ontleend aan het wettelijk stelsel voor verrekening in faillissement – dat de in dat arrest onder 4.1 beschreven constructie van het overwaarde-arrangement noch naar inhoud, noch naar strekking in strijd komt met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht. Voor zover in dit verband van belang, had die constructie tot doel dat een pandhouder ook de regresvordering op zijn pandgever uit hoofde van een jegens een andere schuldeiser aangegane borgtocht kon verhalen op de verpande goederen. In de zaak Bannenbergh had de pandgever zich vóór het intreden van het faillissement

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

In r.o. 4.2-4.4 van haar laatste tussenvonnis heeft de rechtbank, overeenkomstig het eensluidende standpunt van partijen, de regresvordering van DLL Factoring niet aangemerkt als een (voorwaardelijk) vorderingsrecht dat is bedongen tussen DLL Factoring en [A], maar als de wettelijke regresvordering die bij de aanvang van het faillissement nog toekomstig was, zoals bedoeld in het arrest ASR/Achmea. Er is dan ook sprake van een ander geval dan dat van de zaak Bannenberg. De prejudiciële vragen stellen aan de orde of (en zo ja, onder welke voorwaarden) een overwaarde-arrangement waaruit slechts een wettelijk en daarmee toekomstig regresrecht voortvloeit, “faillissementsbestendig” is.

Uit hetgeen hiervoor in 3.3.1 is overwogen volgt dat een pandhouder zich in faillissement op de verpande goederen kan verhalen niet alleen voor vorderingen die bij het uitspreken van het faillissement reeds bestaan, maar ook voor vorderingen die op dat moment nog toekomstig zijn, mits deze voortvloeien uit een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde. Dit geldt ook voor regresvorderingen van pandhouders/borgen in een overwaarde-arrangement. Indien op de verpande zaken verhaal wordt gezocht voor toekomstige vorderingen, moet dus sprake zijn van een vóór het uitspreken van het faillissement bestaande rechtsverhouding tussen de pandhouder/borg en de pandgever/hoofdschuldenaar waaruit die vorderingen voortvloeien. Die rechtsverhouding moet (mede) door een rechtshandeling van de pandgever/hoofdschuldenaar zijn ontstaan, omdat het verhaal op het vermogen van de hoofdschuldenaar dan zijn grond vindt in een vóór zijn faillietverklaring verrichte rechtshandeling die rechtvaardigt dat de door hem verpande goederen ook uitgewonnen kunnen worden voor vorderingen die eerst tijdens zijn faillissement ontstaan. Die rechtshandeling kan aldus op een lijn worden gesteld met de beschikkingshandeling waarmee hij, ter bereiking van hetzelfde resultaat langs andere weg, een tweede stille verpanding tot stand had kunnen brengen.

Door de borgstelling ontstaat ook een rechtsverhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar (vgl. art. 7:865 BW). Deze rechtsverhouding kan op zichzelf nog niet worden aangemerkt als een rechtsverhouding die aan de hiervoor in 3.4.1 bedoelde eisen voldoet, waaruit, in het geval dat de borg de vordering van de schuldeiser voldoet, diens regresvordering voortvloeit. Die rechtsverhouding ontstaat immers omdat de wet dit gevolg verbindt aan de borgstelling, zonder dat daarvoor (mede) een rechtshandeling van de hoofdschuldenaar is vereist.

Indien de hoofdschuldenaar echter partij is bij – of als partij toetreedt tot – de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement), moet worden aangenomen dat de toekomstige regresvordering van de borg wél (mede) voortvloeit uit een rechtsverhouding met de hoofdschuldenaar die aan de hiervoor in 3.4.1 bedoelde eisen voldoet. Dan is die rechtshandeling immers (mede) grond voor de uitwinning van de door hem verpande goederen voor zodanige regresvorderingen. Het is een kwestie van uitleg van de verklaringen en gedragingen van partijen of is voldaan aan voormelde eis dat de hoofdschuldenaar partij is (geworden) bij de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement). Indien dat het geval is, is sprake van een constructie die “faillissementsbestendig” is op gelijke voet als het arrangement waarop het arrest Bannenberg ziet.

Uitspraak

Hoge Raad:

(...; *Red.*)

3.1 Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten:

(i) In de periode 16 februari 2007-24 mei 2012 heeft De Lage Landen Financial Services B.V. (hierna: DLL FS) financial leaseovereenkomsten gesloten met [A] B.V. (hierna: [A]), met als zekerheden pandrechten op de door [A] met behulp van de financiering van DLL FS verworven transportmiddelen.

(ii) Op 27 maart 2012 heeft De Lage Landen Trade Finance B.V. (hierna: DLL Factoring), een zustervenootschap van DLL FS, een factoringovereenkomst gesloten met [A] en [B] B.V. (hierna: [B]), met als zekerheid voor “de betaling van al hetgeen DLL blijktens haar administratie van [A] en [B] te vorderen heeft of zal hebben uit welke hoofde dan ook”, kort gezegd, een pandrecht op alle vorderingen van [A] en [B] (hierna gezamenlijk ook: [A] c.s.) op derden. De door [A] c.s. aan DLL Factoring verschaft pandrechten strekten mede tot zekerheid van elkaars (krediet)schulden aan DLL Factoring. Art. 2 onder k van de factoringovereenkomst bepaalt:

“De Klant [[A] c.s.] aanvaardt dat DLL [DLL Factoring] slechts bereid is deze Factoringovereenkomst aan te gaan indien een zogenaamde akte wederzijdse zekerhedenregeling zal worden ondertekend door DLL, haar zustervenootschappen en Rabobank De Zuidelijke Baronie, waarin DLL, haar zustervenootschappen en Rabobank De Zuidelijke Baronie zich over en weer borg stellen voor elkaar. Doel van deze wederzijdse zekerhedenregeling is dat bij uitwinning van zekerheden een eventuele overwaarde in de zekerheden van de een tot dat overwaardebedrag kan worden gebruikt als dekking van een tekort van de ander en vice versa.”

(iii) Eveneens op 27 maart 2012 hebben enerzijds DLL Factoring, DLL FS, Rabobank De Zuidelijke Baronie (hierna: de Rabobank, die ook financiering verschaft aan [A] c.s. en daarvoor van [A] c.s. zekerheden had verkregen), en anderzijds onder meer [A] c.s., een wederzijdse zekerhedenregeling (hierna: het overwaarde-arrangement) gesloten. De considerans van dit overwaarde-arrangement bepaalt:

“dat de Debiteur [[A] c.s. en anderen] ermee instemt dat de Financiers [DLL c.s. en de Rabobank] nu of in de toekomst jegens elkaar zekerheid stellen en zekerheid verkrijgen voor de huidige en toekomstige verplichtingen van Debiteur jegens iedere Financier”

Art. 2 lid 1 van het overwaarde-arrangement bepaalt:

“Iedere Financier stelt zich hierbij borg jegens de andere Financiers tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen de andere Financiers (zowel gezamenlijk als ieder afzonderlijk) van de Debiteur te vorderen hebben of mochten krijgen, uit welke hoofde dan ook, met dien verstande dat de zich borgstellende Financier uiteindelijk voor niet meer aansprakelijk is dan het bedrag van de Overwaarde dat zij uit hoofde van een regres- of subrogatievordering daadwerkelijk kan verhalen.”

Met “overwaarde” wordt bedoeld de netto-opbrengst van de eigen zekerheden, na voldoening daaruit van de eigen vordering, met uitzondering van de hierna bedoelde eigen regres- of subrogatievorderingen.

(iv) Op 28 december 2012 zijn [A] c.s. in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van de curator als zodanig.

(v) DLL c.s. en de Rabobank hebben daarop hun zekerheden uitgewonnen. DLL Factoring hield daarbij een overwaarde over en DLL FS een tekort. DLL FS heeft DLL Factoring daarop aangesproken tot betaling van die overwaarde op grond van de door DLL Factoring in het kader van het overwaarde-arrangement afgegeven borgtocht.

3.2 DLL c.s. vorderen een verklaring voor recht dat DLL Factoring haar regresvordering op [A] c.s. die voortvloeit uit de door DLL Factoring ten gunste van DLL FS in het kader van de wederzijdse zekerhedenregeling afgegeven borgstelling, kan verhalen op de opbrengst van de uitwinning van de ten

gunste van DLL Factoring gevestigde zekerheden. De curator stelt zich op het standpunt dat de regresvordering als een op de faillissementsdatum nog toekomstige vordering moet worden aangemerkt en niet kan worden verhaald op de ten gunste van DLL Factoring voor het faillissement gevestigde zekerheden. De rechtbank heeft aan de Hoge Raad de hiervoor in 2 vermelde prejudiciële vragen gesteld.

3.3.1 Uit art. 132 lid 2 Fw in verbinding met art. 483e Rv volgt dat een pandhouder zich op de verpande goederen kan verhalen voor vorderingen op de schuldenaar-pandgever die ten tijde van diens faillietverklaring nog toekomstig waren, mits die vorderingen voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding.

Deze regel spoort met het wettelijk stelsel voor verrekening in faillissement. Volgens art. 53 Fw kan immers een vordering op de gefailleerde verrekend worden met een schuld aan hem, indien vordering en schuld zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Voor dit laatste volstaat dat de vordering of schuld voortvloeit uit een vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde (vgl. onder meer HR 26 maart 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD8095, NJ 1977/612).

3.3.2 In HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (Bannenberg) is overwogen – mede op grond van argumenten ontleend aan het wettelijk stelsel voor verrekening in faillissement – dat de in dat arrest onder 4.1 beschreven constructie van het overwaarde-arrangement noch naar inhoud, noch naar strekking in strijd komt met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht. Voor zover in dit verband van belang, had die constructie tot doel dat een pandhouder ook de regresvordering op zijn pandgever uit hoofde van een jegens een andere schuldeiser aangegane borgtocht, kon verhalen op de verpande goederen. 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 (vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), rov. 3.6).

3.3.3 In rov. 4.2-4.4 van haar laatste tussenvonnissen heeft de rechtbank, overeenkomstig het eensluidende standpunt van partijen, de regresvordering van DLL Factoring niet aangemerkt als een (voorwaardelijk) vorderingsrecht dat is bedongen tussen DLL Factoring en [A], maar als de wettelijke regresvordering die bij de aanvang van het faillissement nog toekomstig was, zoals bedoeld in het arrest ASR/Achmea. Er is dan ook sprake van een ander geval dan dat van de zaak Bannenberg. De prejudiciële vragen stellen aan de orde of (en zo ja, onder welke voorwaarden) een overwaarde-arrangement waaruit slechts een wettelijk en daarmee toekomstig regresrecht voortvloeit, “faillissementsbestendig” is.

3.4.1 Uit hetgeen hiervoor in 3.3.1 is overwogen volgt dat een pandhouder zich in faillissement op de verpande goederen kan verhalen niet alleen voor vorderingen die bij het uitspreken van het faillissement reeds bestaan, maar ook voor vorderingen die op dat moment nog toekomstig zijn, mits deze voortvloeien uit een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde. Dit geldt ook voor regresvorderingen van pandhouders/borgen in een overwaarde-arrangement. Indien op de verpande zaken verhaal wordt gezocht voor toekomstige vorderingen, moet dus sprake zijn van een vóór het uitspreken van het faillissement bestaande rechtsverhouding tussen de pandhouder/borg en de pandgever/hoofdschuldenaar waaruit die vorderingen voortvloeien. Die rechtsverhouding moet (mede) door een rechtshandeling van de pandgever/hoofdschuldenaar zijn ontstaan, omdat het verhaal op het vermogen van de hoofdschuldenaar dan zijn grond vindt in een vóór zijn faillietverklaring verrichte rechtshandeling die rechtvaardigt dat de door hem verpande goederen ook uitgewonnen kunnen worden voor vorderingen die eerst tijdens zijn faillissement ontstaan. Die rechtshandeling kan aldus op een lijn worden gesteld met de beschikkingshandeling waarmee hij, ter bereiking van hetzelfde resultaat langs andere weg, een tweede stille verpanding tot stand had kunnen brengen.

3.4.2 Door de borgstelling ontstaat ook een rechtsverhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar (vgl. art. 7:865 BW). Deze rechtsverhouding kan op zichzelf nog niet worden aangemerkt als een rechtsverhouding die aan de hiervoor in 3.4.1 bedoelde eisen voldoet, waaruit, in het geval dat de borg de vordering van de schuldeiser voldoet, diens regresvordering voortvloeit. Die rechtsverhouding ontstaat immers omdat de wet dit gevolg verbindt aan de borgstelling, zonder dat daarvoor (mede) een rechtshandeling van de hoofdschuldenaar is vereist.

3.4.3 Indien de hoofdschuldenaar echter partij is bij – of als partij toetreedt tot – de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement), moet worden aangenomen dat de toekomstige regresvordering van de borg wél (mede) voortvloeit uit een rechtsverhouding met de hoofdschuldenaar die aan de hiervoor in 3.4.1 bedoelde eisen voldoet. Dan is die rechtshandeling immers (mede) grond voor de uitwinning van de door hem verpande goederen voor zodanige regresvorderingen. Het is een kwestie van uitleg van de verklaringen en gedragingen van partijen of is voldaan aan voormelde eis dat de hoofdschuldenaar partij is (geworden) bij de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement). Indien dat het geval is, is sprake van een constructie die “faillissementsbestendig” is op gelijke voet als het arrangement waarop het arrest Bannenbergh ziet.

3.5 Opmerking verdient nog dat de curator de zojuist bedoelde rechtshandeling van de hoofdschuldenaar (evenals de rechtshandeling waarbij de hoofdschuldenaar zich vóór zijn faillissement heeft verbonden een regresvordering van een borg te zullen betalen) in voorkomend geval kan vernietigen op de voet van art. 42 Fw. Een dergelijke vernietiging brengt mee dat uit het overwaarde-arrangement slechts toekomstige regresvorderingen zijn ontstaan die niet voortvloeien uit een vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde als hiervoor in 3.4.1 bedoeld.

3.6 Het bovenstaande leidt tot de volgende beantwoording van de prejudiciële vragen.

4 Beantwoording van de prejudiciële vragen

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen als volgt:

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 Prejudiciële vragen

1.1 Deze conclusie betreft een tweetal prejudiciële vragen over de faillissementsbestendigheid van het zogenaamde “overwaardearrangement”: in casu een onderlinge wederzijdse zekerhedenregeling waarbij de betrokken (zakelijke) zekerheidsgerechtigden over en weer ten gunste van elkaar een borgtocht afgeven tot zekerheid van de betaling van de restantvordering van de ander, tot maximaal het bedrag van de overwaarde die resteert na de uitwinning door de borg van zijn eigen zekerheden en dat deze borg uit hoofde van een regres- en subrogatievordering daadwerkelijk kan verhalen.¹ De kwestie spitst zich toe op de vraag of de borg de regresvordering die voortvloeit uit de door hem ten gunste van de andere zekerheidsgerechtigde afgegeven borgstelling, met voorrang kan verhalen op de opbrengst van de uitwinning van de ten gunste van de borg zelf gevestigde zekerheden indien de andere zekerheidsgerechtigde door de borg wordt betaald na faillietverklaring van hun gezamenlijke schuldenaar.

1.2 Bij tussenvonnissen van 8 oktober 2014 heeft de rechtbank Midden-Nederland de volgende vragen aan de Hoge Raad voorgelegd:

“1. Is het mogelijk voor een pandhouder om staande het faillissement van diens pandgever verhaal te nemen op de opbrengst van de uitwinning van de betreffende voorafgaande aan dat faillissement gevestigde pandrechten, voor een vordering die is ontstaan op of na de dag van faillietverklaring van de pandgever, en is daarvoor noodzakelijk dat die vordering (rechtstreeks) voortvloeit uit een op de dag van

faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding tussen de pandhouder en schuldenaar dan wel een voordien door de schuldenaar verrichte handeling?

2. Kwalificeert de verhouding hoofdschuldenaar-borg als rechtsverhouding waaruit, in geval van betaling door de borg, de wettelijke regresvordering (rechtstreeks) voortvloeit en/of kwalificeert instemming van de hoofdschuldenaar met de borgtocht als een handeling als hiervoor (vraag 1) bedoeld?"

2 Feiten en procesverloop

2.1 De beantwoording van de prejudiciële vragen vindt plaats tegen de achtergrond van de navolgende feiten die de rechtbank Midden-Nederland in haar tussenvonnissen van 27 augustus 2014 heeft vastgesteld²:

a) In de periode 16 februari 2007-24 mei 2012 heeft DLL FS³ financial-leaseovereenkomsten gesloten met [A] B.V. (hierna: [A]), met als zekerheden pandrechten op de door [A] met behulp van de financiering van DLL FS verworven transportmiddelen. Op 27 maart 2012 heeft DLL Factoring, een zustervenootschap van DLL FS, een factoringovereenkomst gesloten met [A] en [B] B.V. (hierna: [B]), met als zekerheid, voor "de betaling van al hetgeen DLL blijktens haar administratie van [A] en [B] te vorderen heeft of zal hebben uit welke hoofde dan ook"⁴, kort gezegd, een pandrecht op alle vorderingen van [A] en [B] (hierna gezamenlijk ook: [A] c.s.) op derden. De door [A] c.s. aan DLL Factoring verschaft pandrechten strekten mede tot zekerheid van elkaars (krediet)schulden aan DLL Factoring.⁵ Artikel 2 sub k van de factoringovereenkomst bepaalt:

"De Klant [[A] c.s., *toevoeging A-G*] aanvaardt dat DLL [DLL FS, *toevoeging A-G*] slechts bereid is deze Factoringovereenkomst aan te gaan indien een zogenaamde akte wederzijdse zekerhedenregeling zal worden ondertekend door DLL, haar zustervenootschappen en Rabobank De Zuidelijke Baronie, waarin DLL, haar zustervenootschappen en Rabobank De Zuidelijke Baronie zich over en weer borg stellen voor elkaar. Doel van deze wederzijdse zekerhedenregeling is dat bij uitwinning van zekerheden een eventuele overwaarde in de zekerheden van de een tot dat overwaardebedrag kan worden gebruikt als dekking van een tekort van de ander en vice versa."

b) Eveneens op 27 maart 2012 hebben DLL Factoring, DLL FS, Rabobank De Zuidelijke Baronie (hierna: de Rabobank), die ook financiering verschaft aan [A] c.s. en daarvoor van deze zekerheden had verkregen, en, onder meer [A] c.s., een wederzijdse zekerhedenregeling (hierna: het overwaardearrangement)⁶ gesloten. De considerans van dit overwaardearrangement bepaalt:

"dat de Debiteur [[A] c.s. en anderen, *toevoeging A-G*] ermee instemt dat de Financiers [DLL c.s. en de Rabobank, *toevoeging A-G*] nu of in de toekomst jegens elkaar zekerheid stellen en zekerheid verkrijgen voor de huidige en toekomstige verplichtingen van Debiteur jegens iedere Financier"

Artikel 2 lid 1 bepaalt:

"Iedere Financier stelt zich hierbij borg jegens de andere Financiers tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen de andere Financiers (zowel gezamenlijk als ieder afzonderlijk) van de Debiteur te vorderen hebben of mochten krijgen, uit welke hoofde dan ook, met dien verstande dat de zich borgstellende Financier uiteindelijk voor niet meer aansprakelijk is dan het bedrag van de Overwaarde [netto-opbrengst van de eigen zekerheden, na voldoening daaruit van de eigen vordering, met uitzondering van de hierna bedoelde eigen regres- of subrogatievorderingen, *toevoeging A-G*] dat zij uit hoofde van een regres- of subrogatievordering daadwerkelijk kan verhalen."

c) Op 28 december 2012 is [A] c.s. in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van de curator als zodanig.⁷

d) DLL c.s. en de Rabobank hebben daarop hun zekerheden uitgewonnen. DLL Factoring hield daarbij een overwaarde over en DLL FS een tekort. DLL FS heeft DLL Factoring daarop aangesproken op de door DLL Factoring in het kader van het overwaardearrangement afgegeven borgtocht.⁸

2.2 Bij inleidende dagvaarding van 19 mei 2014 vorderen DLL c.s. een verklaring voor recht dat DLL Factoring haar regresvordering op [A] c.s. die voortvloeit uit de door DLL Factoring ten gunste van DLL FS in het kader van de wederzijdse zekerhedenregeling afgegeven borgstelling, kan verhalen op de opbrengst van de uitwinning van de ten gunste van DLL Factoring gevestigde zekerheden. Zij leggen aan deze vordering ten grondslag:⁹

(i) dat in het arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2004 inzake Bannenberg q.q./NMB-Heller¹⁰ het overwaardearrangement wordt gesanctioneerd en de kwalificatie van de regresvordering (als bestaande voorwaardelijke vordering) voor de Hoge Raad niet bepalend was;

(ii) dat het arrest van de Hoge Raad van 6 april 2012 inzake ASR/Achmea¹¹ geen koerswijziging behelst;

(iii) dat uit het wettelijk systeem, meer in het bijzonder de artikelen 3:231 BW, 132 lid 2 Fw., 483e jo. 490b Rv. en 57 lid 4 Fw., voortvloeit dat DLL Factoring de regresvordering ook kan verhalen op de ten gunste van haar gevestigde zekerheden indien deze als een per datum faillissement toekomstige vordering zou kwalificeren, omdat de regresvordering is ontstaan uit een voor datum faillissement tussen [A] c.s. en DLL Factoring ontstane rechtsverhouding;

(iv) dat uit art. 136 lid 2 onder c Fw. en de wetsgeschiedenis daarbij kan worden afgeleid dat de wetgever ervan uitgaat dat de regresvordering van een hoofdelijk schuldenaar of borg kan worden verhaald krachtens een daarvoor verleend zekerheidsrecht, ook al is de regresvordering eerst na de dag van de faillietverklaring ontstaan;

(v) dat het verhaal van de regresvordering op de opbrengst van zekerheden in overeenstemming is met de regels die krachtens art. 128 Fw. gelden voor het verhaal van per de faillissementsdatum nog toekomstige rentevorderingen van de pand- of hypotheekhouder;

(vi) dat het verhaal van de regresvordering in overeenstemming is met de regels die gelden voor het verhaal van per de faillissementsdatum nog toekomstige vorderingen door indiening ter verificatie;

(vii) dat het verhaal van de regresvordering in overeenstemming is met de regels die gelden voor het verhaal van per de faillissementsdatum nog toekomstige vorderingen door verrekening; en

(viii) dat het arrest van de Hoge Raad van 4 november 1994 inzake NCM/Knottenbelt q.q.¹² niet in de weg staat aan het verhaal van de regresvordering.

2.3 De curator voert verweer en stelt zich op het standpunt dat de regresvordering als een op de faillissementsdatum nog toekomstige vordering moet worden aangemerkt en niet kan worden verhaald op de ten gunste van DLL Factoring voor faillissement gevestigde zekerheden.¹³ Hij beroept zich hiertoe op het fixatiebeginsel en het gesloten systeem van uitzonderingen hierop,¹⁴ de paritas creditorum¹⁵ en het hierboven onder (viii) genoemde arrest van de Hoge Raad van 4 november 1994 inzake NCM/Knottenbelt q.q.¹⁶ De regresvordering vloeit volgens de curator, voor zover dit nog relevant zou zijn, ook niet rechtstreeks voort uit een ten tijde van het faillissement reeds bestaande rechtsverhouding, nu de door DLL Factoring aan DLL FS afgegeven borgstelling niet een dergelijke rechtsverhouding tussen [A] c.s. en DLL Factoring doet ontstaan.¹⁷

2.4 Bij tussenvonnis van 8 oktober 2014 heeft de rechtbank Midden-Nederland de hierboven onder 1.2 geciteerde prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorgelegd.

3.1 De prejudiciële vragen nemen als uitgangspunt dat sprake is van (eventueel) verhaal voor een bij aanvang van het faillissement *toekomstige* (en dus niet een reeds bestaande, doch voorwaardelijke) (regres-)vordering van de borg tevens pandhouder. Dat uitgangspunt berust op het oordeel van de rechtbank dat erop neerkomt dat de rechtspraak hierover op dit moment voldoende duidelijkheid geeft (“geen ruimte voor rechtsonzekerheid laat”¹⁸). Dit stelt terzijde de zienswijze dat een vordering als hier aan de orde (onder omstandigheden) als een voorafgaand aan het faillissement *reeds bestaande* voorwaardelijke vordering zou kunnen worden beschouwd, namelijk onder de opschortende voorwaarde van betaling door de borg. De rechtbank is van oordeel dat HR 6 april 2012 inzake ASR/Achmea¹⁹ duidelijk heeft gemaakt – met onder meer een beroep op wetsteksten en parlementaire geschiedenis – dat de regresvordering van een hoofdelijk schuldenaar (waaronder ook de borg) gekwalificeerd dient te worden als een toekomstige vordering:

“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, *LJNZC1386*, *NJ 1995/340*, HR 3 mei 2002, *LJNAD9618*, *NJ 2002/393*, en HR 9 juli 2004, *LJNAO7575*, *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 toegevoegd, A-G)

Ik ben er – anders dan de rechtbank – niet van overtuigd dat de Hoge Raad geen ruimte laat voor het idee dat een verhaalsvordering van de kredietverschaffer, tevens pandhouder in het kader van een overwaarde-arrangement een reeds bestaande voorwaardelijke vordering is. De Hoge Raad oordeelt in het arrest ASR/Achmea dat het standpunt dat de regresvordering een toekomstige vordering is *uitgangspunt* is. Dat laat onder omstandigheden, bij voorbeeld afhankelijk van de contractsinhoud van het overwaarde-arrangement, m.i. ruimte voor de visie dat de verhaalsvordering van de kredietverschaffer, tevens pandhouder een reeds bestaande voorwaardelijke vordering is.

3.2 Die situatie deed zich m.i. voor in het arrest van HR 9 juli 2004 inzake Bannenberg q.q./NMB-Heller.²⁰ In die zaak had het hof aangenomen dat – nu werd betwist dat sprake was van een borgstelling – in ieder geval sprake was van een voorwaardelijke betalingsverplichting van de ene schuldeiser/zekerheidsgerechtigde (NMB) jegens de andere (ING). De verhaalsvordering van de op grond van deze verplichting betalende schuldeiser/zekerheidsgerechtigde NMB op de hoofdschuldenaar (ICT) berustte op een beding in de overeenkomst gesloten tussen schuldeisers/zekerheidsgerechtigden en hoofdschuldenaar. Volgens de curator van hoofdschuldenaar ICT waren zowel de voorwaardelijke betalingsverplichting als de regresvordering pas na aanvang van het faillissement ontstaan. Het hof meende dat de regresvordering ook na aanvang van het faillissement van hoofdschuldenaar ICT kon worden verhaald op hetgeen resteerde van het geïnde op de aan NMB verpande vorderingen na voldoening van diens (andere) vorderingen (het “surplus”):

“4.5.5 Dat voormeld surplus pas na het faillissement is ontstaan en dat de voorwaardelijke betalingsverplichting van NMB-Heller aan ING pas toen voorwaardelijk [onvoorwaardelijk, verbetering AG²¹] is geworden, staat naar het oordeel van het hof niet aan toewijzing van de vordering van NMB-Heller in de weg. De verplichting van NMB-Heller om een bedrag ter grootte van het surplus uit te keren aan ING [de voorwaardelijke betalingsverplichting, toevoeging AG] en de daaruit volgende bevoegdheid om eenzelfde bedrag in te houden op het surplus [de regresvordering, toevoeging AG], vloeien immers voort uit een rechtshandeling die voor de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht. Zowel de

bevoorschottingsovereenkomst, het Overwaarde-Arrangement als de vordering van ING op ICT dateren alle van vóór het faillissement. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 53, eerste lid Fw staat het intreden van het faillissement derhalve niet aan het ontstaan van deze bevoegdheid van NMB-Heller in de weg.”

De Hoge Raad kwam in cassatie uitgaande van het arrest van het hof tot de volgende kwalificatie van de regres- of verhaalsvordering:

“4.1 Het gaat in dit geding in de kern om het volgende. NMB, ING en ICT hebben vóór de faillietverklaring van ICT een (hiervoor in 3.1 onder (iv) gedeeltelijk aangehaalde) meerpartijenovereenkomst gesloten. *NMB heeft, naar in cassatie tot uitgangspunt dient, een voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING op zich genomen* ten belope van — kort gezegd — het bedrag dat ING nog van ICT te vorderen heeft, met dien verstande dat deze verplichting is gemaximeerd tot het totaal van de door ICT aan NMB verschaft, maar voor voldoening van de eigen vorderingen van NMB op ICT niet-noodzakelijke, zekerheden (art. 1.1-1.4 van het overwaarde-arrangement). *In samenhang daarmee heeft ICT zich jegens NMB verbonden om, indien en voor zover 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”.

De Hoge Raad gaat in het arrest Bannenberg q.q./NMB-Heller m.i. uit van een contractueel vorm gegeven verhaalsrecht waarbij de verhaalsvordering een bestaande voorwaardelijke vordering is. In het ASR/Achmea-arrest heeft de Hoge Raad m.i. niet meer beslist dan dat het uitgangspunt voor de kwalificatie van een wettelijke regresvordering niet is dat deze een reeds bestaande vordering is, maar een toekomstige vordering. Deze kwalificatie kan door een specifieke contractuele inrichting van de verhaalsvordering worden aangevuld. Als dat het geval is, kan er sprake zijn van een tijdens faillissement bestaande, voorwaardelijke vordering. Omdat het hier een vraag van contractsuitleg betreft, is aan de feitelijke rechters over deze kwalificatie te beslissen.

4 Bespreking van de prejudiciële vragen

4.1 Ik begin met nogmaals te citeren uit het arrest Bannenberg q.q./NMB-Heller:

“4.2 De zojuist kort beschreven constructie van het overwaarde-arrangement komt *noch naar de inhoud, noch naar de strekking daarvan in strijd met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht.*

Ingevolge dit arrangement wenst NMB zich na de faillietverklaring van ICT op door laatstgenoemde aan haar verpande vorderingen te verhalen ter zake van de regresvordering *die ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk reeds bestond* (vgl. HR 3 mei 2002, nr. R00/110, NJ 2002, 393 en HR 3 juni 1994, nr. 8412, NJ 1995, 340). Aangezien ingevolge art. 3:231 lid 1 BW een pandrecht *zelfs voor een toekomstige vordering* kan worden gevestigd, is dit *ook mogelijk voor een reeds onder opschortende voorwaarde bestaande vordering.*

Met de onderhavige constructie hebben de *drie partijen bij het overwaarde-arrangement* kennelijk een resultaat willen bereiken dat zij ook langs andere weg tot stand hadden kunnen brengen zonder dat het stelsel van de Faillissementswet zich daartegen zou verzetten (namelijk door een tweede stille verpanding door ICT van de desbetreffende vorderingen, die alle zijn ontstaan voor de faillietverklaring van ICT, aan ING). Kennelijk hebben zij echter om praktische redenen voor de onderhavige constructie gekozen, die erop neerkomt dat NMB zich mag verhalen op de aan haar 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 verschaftte zekerheden verhaalt voor haar onderhavige regresvordering, die immers *haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling (namelijk het sluiten van het overwaarde-arrangement) welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht* (vgl. HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249). Ook art. 54 Fw, eveneens overeenkomstig op de onderhavige constructie toegepast, belet niet dat NMB zich verhaalt op de door ICT aan haar verschaftte zekerheden. Direct noch indirect is immers sprake van een overneming door NMB vóór of tijdens het faillissement van ICT van een vordering op of schuld aan ICT in de zin van deze bepaling, terwijl de onderliggende overeenkomst niet in het zicht van de faillietverklaring is aangegaan.

Omdat, zoals hiervoor overwogen, de onderhavige regresvordering *ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk al bestond en zij mitsdien haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht*, kan evenmin worden gezegd dat de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginselen, meer in het bijzonder het zogeheten fixatiebeginsel, door de constructie van het overwaarde-arrangement geweld wordt aangedaan.” [alle cursiveringen toegevoegd, A-G]

De Hoge Raad gaat, zoals we al hebben gezien, hier uit van een reeds bestaande, doch voorwaardelijke regresvordering en oordeelt onder meer dat de uitvoering van het overwaardearrangement na faillietverklaring van de hoofdschuldenaar niet in strijd komt met het fixatiebeginsel (en het gesloten systeem van uitzonderingen hierop) of met enig ander beginsel van faillissementsrecht, zoals de *paritas creditorum*. De vraag is of dit oordeel ook in stand blijft nu met het arrest inzake ASR/Achmea duidelijk is geworden dat in ieder geval de wettelijke regresvordering van een hoofdelijk schuldenaar moet worden aangemerkt als een *toekomstige* regresvordering.

4.2 De voorwaarden die in het arrest inzake Bannenberg q.q./NMB-Heller aan de faillissementsbestendigheid van het overwaardearrangement worden gesteld, laten m.i. ruimte voor de gedachte dat de Hoge Raad in zijn oordeel de toekomstige vordering heeft willen meenemen. Hij legt er de nadruk op dat sprake is van een vordering die *haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht* en (ook) daarom geen sprake kan zijn van strijd met art. 53 Fw. of van strijd met de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginselen. Dat is een criterium dat over het algemeen wordt gebruikt voor *niet* reeds bestaande (toekomstige) vorderingen om daarmee die groep van deze toekomstige vorderingen te onderscheiden waaraan nog wel (enige) werking na faillietverklaring wordt toegekend. Bij *bestaande* vorderingen is deze werking vanzelfsprekend en is dit criterium, en het maken van een dergelijk onderscheid, in wezen niet (meer) noodzakelijk. Dat is ook het geval bij het door de Hoge Raad aangehaalde voor *verrekening* geschreven art. 53 Fw. en de twee verschillende daarin genoemde criteria, waarvan de Hoge Raad het tweede criterium (het zojuist schuingedrukt aangehaalde criterium) in dit arrest op overeenkomstige wijze gebruikt voor de bepaling of *verhaal*²² op grond van het arrangement in strijd komt met de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginselen. De Hoge Raad benadrukt dit criterium door het tweemaal te noemen, en doet dit slechts de tweede maal in verbinding met de kwalificatie van de regresvordering als “voorwaardelijk al bestaande” vordering. Doorslaggevend – althans voldoende – lijkt mede daardoor ook in dit laatste geval het deel waarin – opnieuw – het zojuist schuingedrukt aangehaalde criterium van de rechtstreekse grondslag wordt genoemd (volgend op “mitsdien”²³).

4.3 Daar komt nog bij dat de Hoge Raad in het arrest inzake ASR/Achmea van mening lijkt te zijn dat daarin niet zozeer wordt teruggekomen op de door hem genoemde, eerdere jurisprudentie (waaronder de arresten inzake Brandao/Joral en inzake Bannenberg q.q./NMB-Heller), als wel dat aan deze jurisprudentie in de praktijk de verkeerde conclusies werden verbonden ten aanzien van de

voorwaardelijkheid van de regresvordering. In die zin is er geen sprake van een breuk in de jurisprudentie en daarom ook geen reden om aan te nemen dat op de uitspraak inzake Bannenberg q.q./NMB-Heller – en de sanctionering van het daar aan de orde zijnde overwaardearrangement – zou moeten worden teruggekomen.²⁴

4.4 Het arrest van HR 4 november 1994 inzake NCM/Knottenbelt q.q.²⁵, waarop de curator zich beroept, doet aan het bovenstaande niet af. Het ging hierin om een schuldeiser van de saniet (later failliet) die voorafgaande aan de surséance van betaling (later faillissement) geen enkele vordering op de saniet had, maar wel (bank)zekerheid had bedongen voor op dat moment dus enkel nog toekomstige vorderingen. Na aanvang van de surséance (en het faillissement) verkreeg de schuldeiser vorderingen op de saniet doordat de leveranciers van de saniet met de schuldeiser hun vorderingen op de saniet aan de schuldeiser tot zekerheid hadden gecedeerd. Die vorderingen wilde de schuldeiser verhalen op c.q. verrekenen met de opbrengst van de bedongen zekerheid. De Hoge Raad oordeelde hierover als volgt:

“3.4 (...) Het gaat hier om vóór de aanvang van de surséance door NCM verkregen zakelijke zekerheid, in de vorm van door [betrokkene] tot zekerheid aan NCM gecedeerde vorderingsrechten, welke zekerheid is verschaft opdat NCM daarop verhaal zou kunnen nemen voor alle door NCM verkregen of in de toekomst nog te verkrijgen vorderingen op [betrokkene]. De strekking van de artt. 230 en 233 F., die moeten worden gelezen in verband met art. 228 F. en ten doel hebben de concurrente schuldeisers gedurende de opschorting der betaling als gevolg van de surséance zoveel mogelijk gelijk te behandelen (HR 23 oktober 1981, NJ 1982, 173), brengt evenwel mee dat NCM op deze zekerheden uitsluitend verhaal kan nemen voor de vorderingen die zij bij de aanvang van de surséance reeds op [betrokkene] had, en dat *vorderingen op [betrokkene] die zij pas na de aanvang van de surséance heeft verkregen, noch op het onderpand kunnen worden verhaald, noch in aanmerking komen om op de voet van art. 234-235, of na de faillietverklaring op die van art. 53-54, te worden verrekend* met de bedragen die aan de boedel verschuldigd zijn geworden ter zake van de gelden die uit die zekerheden door inning zijn verworven en door NCM aan de curator dienen te worden afgedragen.(...)” (cursivering toegevoegd, AG)

Mijns inziens is voor de beoordeling van deze zaak cruciaal geweest dat sprake was van *na* aanvang van surséance (en faillissement) van een ander *overgenomen* (en vóór de overname dus wel reeds in het vermogen van een ander bestaande, maar niet door de betreffende zekerheid gedekte) vorderingen, die op de opbrengst van de bedongen zekerheid werden verhaald c.q. daarmee werden verrekend.²⁶ Een dergelijke verrekening is rechtstreeks en in alle gevallen in strijd met art. 235 lid 2 (en 54 lid 2) Fw. In het verlengde daarvan ligt het voor de hand te oordelen dat het – voorgaand aan een dergelijke verrekening te beoordelen – *verhaal* op dezelfde gelden voor dezelfde na aanvang van surséance (en faillissement) overgenomen vorderingen evenmin kan worden toegestaan, en in die zin in strijd komt met het systeem van de Faillissementswet. Het arrest ziet naar mijn mening niet op het verhaal voor ten tijde van faillietverklaring nog toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een voorafgaand aan faillissement bestaande rechtsverhouding *in het algemeen*.

4.5 Voor zover zou worden geoordeeld dat bovenstaand arrest *niet* uitsluitend betrekking heeft op verhaal en verrekening voor vorderingen die eerst na faillietverklaring zijn overgenomen, is het – in ieder geval wat betreft het daar aan de orde zijnde overwaardearrangement met bijbehorende regresvordering – achterhaald door het tien jaar later gewezen arrest inzake Bannenberg q.q./NMB-Heller.²⁷ In dit laatste arrest werd met zoveel woorden het verhaal op grond van het overwaardearrangement niet in strijd met de verrekeningsartikelen 53 en 54 Fw. en – met eveneens een overeenkomstige toepassing van de criteria bij verrekening – ook niet in strijd met de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginselen geacht, een arrest dat mijns inziens ook geldt ingeval van een toekomstige regresvordering.

4.6 Ik meen dat de gevolgtrekking die het hof Den Bosch in zijn arrest van 16 augustus 2011 inzake Schreurs q.q./Fortis²⁸ aan het arrest van HR 4 november 1994 inzake NCM/Knottenbelt q.q. heeft gegeven, niet aan dat arrest mag worden verbonden.²⁹ Dit hof overwoog in deze zaak over een na faillissement ontstane vordering tot vergoeding van gederfde winst op grond van een vóór faillissement gesloten overeenkomst:

“4.3.2. Het hof deelt het standpunt van de curatoren dat Fortis haar vordering op grond van het contractuele beding (...) niet kan verhalen op de opbrengst van de aan haar verstrekte zekerheden. Het feit dat Fortis de zekerheden mede heeft bedongen ter verzekering van toekomstige vorderingen, laat onverlet dat een schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissementsvermogen behorende vermogen verliest (art. 23 Fw). De gefailleerde vennootschappen hebben dan ook alleen zekerheden kunnen verstrekken voor vorderingen van Fortis die vóór de faillietverklaringen zijn ontstaan (vgl. HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 627, r.o. 3.4). Nu de vordering van Fortis tot vergoeding van gedeelde winst eerst nadien is ontstaan (en kon ontstaan), valt deze vordering niet onder de dekking van de verstrekte zekerheden.”

Het hof achtte voorts art. 53 Fw. in het aan hem voorliggende geval niet van toepassing en overwoog om die reden nog als volgt:

“4.3.3. (...) De vraag of de vordering van Fortis (...) zou kunnen worden beschouwd als een vordering die voldoet aan het criterium dat deze voortvloeit uit handelingen met de gefailleerde van vóór de faillietverklaring is (...) in dit geval niet relevant en kan onbesproken blijven.”

In cassatie werd de hierboven geciteerde rov. 4.3.2 dat de gefailleerde vennootschappen alleen zekerheden hebben kunnen verstrekken voor vorderingen van Fortis die vóór de faillietverklaringen zijn ontstaan, niet bestreden. De Hoge Raad heeft hierover niet kunnen oordelen.³⁰ Bij dit uitgangspunt kon in het in dit arrest voorliggende geval ook van verrekening op grond van art. 53 Fw. volgens de Hoge Raad geen sprake zijn.³¹

4.7 Op grond van het voorgaande neem ik aan dat het in het arrest inzake Bannenberg q.q./NMB-Heller beoordeelde overwaardearrangement óók met een als toekomstige gekwalificeerde regresvordering stand houdt in en buiten faillissement. Voor deze opvatting bestaat steun in de literatuur.³² Het fixatiebeginsel dient mijns inziens niet zo rigide te worden opgevat dat alles wat na faillietverklaring gebeurt, volledig irrelevant is voor de afwikkeling van het faillissement. De rechtstoestand van de boedel wordt weliswaar “bevroren” in de toestand waarin die zich bevindt ten tijde van faillietverklaring, maar onderdeel van die rechtstoestand kunnen óók uitmaken vorderingen waarvoor de kiem is gelegd in de vóór faillietverklaring reeds tot stand gekomen rechtstoestand, en die ten tijde van de faillietverklaring in een zekere sluimertoestand verkeren. Dit geldt zonder twijfel voor die vorderingen die gekwalificeerd kunnen worden als reeds bestaand, maar voorwaardelijk. Ik zie geen goede reden om op dit punt zonder meer *alle* toekomstige, uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeiende vorderingen fundamenteel anders te behandelen, al was het maar omdat het onderscheid tussen deze beide vorderingen niet altijd gemakkelijk is te maken (zoals ook is gebleken uit de jurisprudentie daarover).³³ Dat is in ieder geval anders waar het betreft toekomstige vorderingen die hun oorsprong niet in een dergelijke rechtsverhouding, maar pas (geheel) *tijdens* (of na) het faillissement hebben.³⁴

4.8 Ik ga – evenals eiseressen hebben gedaan – in het systeem van het faillissementsrecht op zoek naar aanwijzingen die deze conclusie – dat dat verhaal (met voorrang) mogelijk is op de met een pandrecht belaste goederen voor een door dit pandrecht gezeekerde, ten tijde van faillietverklaring nog toekomstige regresvordering van een borg – kunnen ondersteunen, of die deze juist weerleggen.

4.9 Uit art. 3:231 BW³⁵ of art. 57 lid 1 Fw.³⁶ acht ik niet af te leiden dat voor een op het moment van faillissement nog toekomstige regresvordering van een borg een dergelijk verhaal op daarvoor met pandrecht belaste goederen mogelijk is. Ook art. 128 Fw. geeft hiervoor naar mijn mening onvoldoende grond.

4.10 Van andere orde zijn de artt. 136 lid 2 onder c Fw. en art. 483e Rv., zeker als deze in onderlinge samenhang worden bekeken. Art. 136 lid 2 Fw. maakt het mogelijk dat in geval van hoofdelijk schuldenaarschap (waaronder borgstelling) niet (alleen) de schuldeiser in het faillissement van de ene hoofdelijk schuldenaar (bij borgstelling: van de hoofdschuldenaar) kan opkomen, maar (ook) de andere hoofdelijk schuldenaar (bij borgstelling: de borg) dat kan doen ter zake van zijn regresvordering, althans in bepaalde gevallen. Het geval van lid 2 sub c is relevant,³⁷ en luidt:

“c. voorzover om een andere reden de toelating geen voor de concurrente schuldeisers nadelige invloed heeft op de aan hen uit te keren percenten.”

De mogelijkheid van toelating onder bovenstaande voorwaarde is volgens de wetsgeschiedenis gebaseerd op het arrest HR 15 februari 1929, *NJ* 1929/1372 m.nt. EMM.³⁸ Het betreft gevallen waarin het gaat om verhaal (door de hoofdelijk schuldenaar of borg) uit hoofde van een niet ook aan de schuldeiser zelf toekomend zekerheidsrecht.³⁹ Art. 136 Fw. mag er dan niet toe leiden dat een recht van voorrang dat aan een vordering is verbonden, weerloos wordt gemaakt. In die gevallen worden de concurrente schuldeisers niet benadeeld indien de schuldeiser en de ene hoofdelijk schuldenaar (bij borgstelling: de schuldeiser en de borg) in het faillissement van de andere hoofdelijk schuldenaar (bij borgstelling: de hoofdschuldenaar) tezamen niet meer verhaalsrecht krijgen dan één schuldeiser met zakelijke zekerheid zou hebben,⁴⁰ ook al wordt voor éénzelfde vordering tweemaal in het faillissement opgekomen, en behoort toelating derhalve mogelijk te zijn.⁴¹

Art. 136 lid 2 Fw. heeft volgens de tekst betrekking op vorderingen die de hoofdelijk schuldenaar krachtens zijn onderlinge rechtsverhouding met de gefailleerde als hoofdelijke medeschuldenaren “heeft verkregen of *zal verkrijgen*.” Hij kan voor deze vorderingen “zo nodig voorwaardelijk” worden toegelaten. De wetsgeschiedenis verduidelijkt nog eens dat het artikellid betrekking heeft op de vorderingen die de hoofdelijke schuldenaar *ten tijde van de verificatie* – en *wellicht vóór de faillietverklaring* – op zijn gefailleerde medeschuldenaar had verkregen als op de vorderingen die hij *dan uit hoofde van hun onderlinge rechtsverhouding nog op hem zal kunnen verkrijgen*. De toelating zal volgens de wetsgeschiedenis meestal slechts voorwaardelijk kunnen geschieden, nl. zowel onder de voorwaarden die voortvloeien uit hetgeen onder lid 2 sub a-c is bepaald, als – *voor zover de hoofdelijk schuldenaar de schuldeiser nog niet voldaan heeft* – onder voorwaarde van die voldoening.⁴²

Het artikel laat de hoofdelijke schuldenaar (waaronder de borg) in de gevallen genoemd onder lid 2 sub a-c tot verificatie toe ten aanzien van zijn regresvordering, of deze nu reeds bestaand en onvoorwaardelijk is, nog voorwaardelijk, of zelfs nog *toekomstig* is, omdat het een vordering is die hij krachtens zijn onderlinge rechtsverhouding met zijn hoofdelijk medeschuldenaar (bij borgstelling: met de hoofdschuldenaar) heeft verkregen of zal verkrijgen. Uit dit alles kan dan ook geen andere conclusie worden getrokken dan dat de wetgever heeft gewild dat ook de *toekomstige* regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar (waaronder de borg) – die hij uit hoofde van de onderlinge rechtsverhouding met de andere hoofdelijk schuldenaar (bij borgstelling: met de hoofdschuldenaar), indien en nadat hij op grond van zijn aansprakelijkheid zal hebben betaald, zal verkrijgen – in die gevallen ter verificatie kan worden ingediend.⁴³

Daarmee is nog niet direct de vraag beantwoord of in deze gevallen de hoofdelijk schuldenaar of borg die zijn regresvordering met een pandrecht heeft versterkt voor zijn toekomstige vordering, ook *verhaal* kan nemen op de aan het pandrecht onderworpen goederen indien betaling door de hoofdelijk schuldenaar of borg deze vordering doet ontstaan tijdens het faillissement. Dat art. 136 Fw. alleen over verificatie spreekt, is daarbij niet doorslaggevend. Dit is – nog afgezien van het feit dat het artikel staat in de afdeling die handelt over de verificatie van schuldvorderingen – logisch, nu het artikel, voor zover het specifiek ziet op de hoofdelijk schuldenaar of borg met een zekerheidsrecht (i.e. onder sub c), voor wat betreft de toekomstige regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar of borg nu juist een voorziening beoogt te bieden voor de situatie in faillissement waarin deze vordering nog *niet* tot stand is gekomen. Op *dat* moment is uiteraard nog geen verhaal door de zekerheidsgerechtigde mogelijk. Op grond van art. 136 Fw. behoort dan echter *ten minste* nog wel een voorwaardelijke verificatie van de vordering tot de mogelijkheden.⁴⁴ Dat het artikel niet rept van verhaal, is in meerdere opzichten voor de hand liggend.

Het is mijns inziens ook moeilijk voorstelbaar dat voor een toekomstige vordering die wel degelijk ter verificatie kan worden ingediend, géén verhaal zou kunnen worden genomen uit hoofde van een daartoe gevestigd en wettelijk uitdrukkelijk toegelaten pandrecht. Dient de pandhouder zich dan, indien zijn rechtsgeldig met pandrecht gezeekerde én voor verificatie in aanmerking komende vordering ontstaat na aanvang van het faillissement, tevreden te stellen met enkel en alleen een concurrente vordering op de gefailleerde? Ik meen van niet.⁴⁵ Bovendien is de regel van art. 136 lid 2 sub c Fw. blijkens de wetsgeschiedenis (die spreekt over “gevallen waarin het gaat om verhaal uit hoofde van een niet ook aan

de schuldeiser zelf toekomend zekerheidsrecht”) en de Hoge Raad (die verificatie in voornoemd arrest toelaat “met dien verstande dat aan eischers niet meer wordt uitgekeerd dan de som, waarvoor zij batig gerangschikt kunnen worden op de opbrengst der na te melden aan [eischer] verbonden goederen of op de opbrengst bij eigenmachtigen verkoop, (...)”) duidelijk gebaseerd op het eventuele ontstaan van de mogelijkheid tot verhaal, ondanks dat de daarvoor vereiste betaling door de hoofdelijk schuldenaar of borg pas plaats zal vinden ná faillietverklaring.⁴⁶ Hierbij moet worden aangetekend dat in het geval waarover de Hoge Raad oordeelde sprake was van een reeds bestaande, voorwaardelijke vordering; de groep met vorderingen die art. 136 lid 2 Fw. bestrijkt, omvat echter overduidelijk óók op het moment van faillietverklaring – en eventueel zelfs op het moment van verificatie – nog *toekomstige* vorderingen.

4.11 Ten aanzien van art. 483e Rv. geldt het volgende. Indien een pandhouder op grond van art. 3:248 BW jo. 57 lid 1 Fw. tijdens faillissement tot executie van zijn pandrecht overgaat, geldt dat de verdeling van de opbrengst plaatsvindt overeenkomstig art. 3:253 lid 1 BW jo. 57 Fw. jo. 490b Rv. Daarbij kan een rangregeling worden opgesteld op grond van art. 57 lid 4 Fw. jo. 490b lid 2 Rv., overeenkomstig de artikelen van afd. 2.2.3 Rv., waaronder dit art. 483e Rv.⁴⁷ Dit laatste artikel bepaalt dat indien het pandrecht strekt tot zekerheid van vorderingen die de pandhouder uit hoofde van een bestaande rechtsverhouding *zal verkrijgen*, deze *in de rangregeling kunnen worden begrepen*, hetzij voor het gehele op het tijdstip van het opmaken van de staat reeds verschuldigde bedrag, hetzij, op verlangen van de pandhouder, *voorwaardelijk voor het hele bedrag waarvoor het pandrecht tot zekerheid strekt*. Art. 132 lid 1 jo. 2 Fw. stelt nog buiten twijfel dat schuldeisers wier vordering door pandrecht zijn gedekt, maar die kunnen aantonen dat een deel hunner vordering vermoedelijk niet batig gerangschikt zal kunnen worden op de opbrengst der verbonden goederen, kunnen verlangen dat hun voor dat deel de rechten van concurrente schuldeisers worden toegekend met behoud van hun recht van voorrang, en dat het bedrag waarvoor zij batig gerangschikt kunnen worden, óók wordt bepaald met inachtneming van art. 483e Rv.⁴⁸ Daarbij geldt voor het tijdstip van het opmaken van de staat in de plaats treedt de aanvang van de dag waarop de faillietverklaring werd uitgesproken. Art. 483e Rv. geldt dus *zowel* in het geval dat de pandhouder zich als separatist verhaalt op de opbrengst van de verpande goederen (en voor zover deze opbrengst voldoet), *als* in het geval dat deze opbrengst niet voldoet en de pandhouder als concurrent schuldeiser in het faillissement opkomt – al is voor dit laatste geval *wel* en voor het eerste *niet* uitdrukkelijk bepaald dat het tijdstip van opmaken van de staat daarbij moet worden gelezen als de aanvang van de dag waarop de faillietverklaring werd uitgesproken. Dit ligt bij de overeenkomstige toepassing van het artikel ook in dat laatste geval wel voor de hand.⁴⁹ In beide gevallen kan de pandhouder in een rangregeling óók voorwaardelijk worden opgenomen voor op het moment van aanvang van de dag waarop de faillietverklaring werd uitgesproken nog *toekomstige* vorderingen indien het pandrecht strekt tot zekerheid van vorderingen die de pandhouder *uit hoofde van een (toen) bestaande rechtsverhouding* zal verkrijgen. Als de pandhouder in het geval dat er een rangregeling wordt opgesteld, voor deze toekomstige vorderingen in die regeling kan worden opgenomen, betekent dit mijns inziens ook dat, in het geval dat er geen noodzaak bestaat tot het opstellen van een rangregeling en dit achterwege blijft, de pandhouder zich voor deze ten tijde van faillietverklaring toekomstige vorderingen na hun ontstaan tijdens faillissement – uit hoofde van een vóór faillissement reeds bestaande rechtsverhouding – (evenzeer) op de opbrengst kan verhalen.⁵⁰ Dit verhaal kan immers niet afhankelijk zijn van de opstelling van een rangregeling; een rangregeling brengt geen verandering in de verhaalsrechten van de daarbij betrokkenen. Dit betekent dat de pandhouder zich voor vorderingen die de pandhouder na faillietverklaring verkrijgt uit hoofde van een daarvóór reeds bestaande rechtsverhouding, dus (ook) als separatist en met voorrang tijdens faillissement van zijn schuldenaar kan verhalen op de verpande goederen indien het pandrecht strekt tot zekerheid van deze vorderingen.⁵¹

In strijd met het fixatiebeginsel acht ik het voorgaande – althans ten aanzien van de op het moment van faillissement nog toekomstige regresvordering van een borg – als gezegd niet. Evenmin acht ik het in strijd met de *paritas creditorum*, waarop de pandhouder met de door zijn pandrecht verzekerde vorderingen per definitie een uitzondering vormt. De algemene opmerking in de wetsgeschiedenis van art. 483e Rv. dat in de Faillissementswet de verificatie van toekomstige vorderingen niet wordt geregeld nu deze krachtens artikel 24 Fw. in het geheel niet voor erkenning in aanmerking komen,⁵² kan aan het voorgaande ten slotte ook niet in de weg staan, zeker niet nu art. 483e Rv. volgens wet én wetsgeschiedenis in faillissement van overeenkomstige toepassing is.⁵³

4.12 Ook de wetsartikelen over verrekening in faillissementssituaties, artt. 53 en 54 Fw., vormen aanleiding tot bevestiging van de onder 4.7 hierboven geformuleerde conclusie. Verrekening in faillissement is in beginsel mogelijk indien het gaat om schulden aan en vorderingen op de gefailleerde die zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht (art. 53 Fw.). Dit is anders indien degene die wil verrekenen een schuld aan de gefailleerde of een vordering op hem van een derde heeft overgenomen en bij die overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld (art. 54 lid 1 Fw.), of als die schuld of vordering na de faillietverklaring is overgenomen (art. 54 lid 2 Fw.).

Deze regels van verrekening in faillissement zijn door de Hoge Raad met grote regelmaat (analoog) toegepast als het niet ging om verrekening, maar om verhaal op grond van een zekerheidsrecht, ten aanzien van de vordering waarvoor verhaal werd gezocht.⁵⁴ Dit ligt ook voor de hand, nu het uiterst merkwaardig (en mijns inziens ook onjuist) zou zijn, als men zich als concurrent schuldeiser die zich in faillissement op verrekening beroept zijn op het moment van faillietverklaring nog niet bestaande vordering *wel* voldaan zou kunnen krijgen door middel van deze verrekening, en een preferent schuldeiser met voor dezelfde vordering rechtsgeldig tot stand gekomen zakelijke zekerheid die zich in dezelfde omstandigheden wil verhalen op de goederen waarop zijn zekerheidsrecht rust, zijn vordering *niet* voldaan zou kunnen krijgen door middel van dit verhaal.⁵⁵ Het fixatiebeginsel zou in dat geval geacht moeten worden niet in de weg te staan aan verrekening, maar wel aan verhaal met voorrang voor dezelfde vorderingen.⁵⁶

4.13 Op grond van het voorgaande acht ik het mogelijk voor een pandhouder om staande het faillissement van diens pandgever verhaal te nemen op de opbrengst van de uitwinning van de betreffende voorafgaande aan dat faillissement gevestigde pandrechten, voor een regresvordering die hij uit hoofde van een voorafgaand aan het faillissement overeengekomen borgstelling heeft verkregen op of na de dag van faillietverklaring van de pandgever. Over een dergelijk geval handelt ook de jurisprudentie inzake Bannenberg q.q./NMB-Heller en art. 136 lid 2 Fw. Wel moet hierbij mijns inziens – in overeenstemming met het arrest Bannenberg q.q./NMB-Heller (rov. 4.2, alinea 3 slot) – een voorbehoud worden gemaakt voor gevallen waarin de borgstelling wordt overeengekomen op het moment dat het faillissement reeds in zicht is, analoog aan art. 54 lid 1 Fw.⁵⁷ In dat geval kan een dergelijk verhaal niet aan de orde zijn.

4.14 In het voorgaande is nog één vraag blijven liggen, en dat is de vraag of voor de faillissementsbestendigheid van het overwaardearrangement en de uit de daarbij overeengekomen borgstelling voortvloeiende regresvordering van belang is dat wordt vastgesteld dat sprake is van een reeds vóór faillissement bestaande *rechtsverhouding* waaruit de regresvordering (rechtstreeks) voortvloeit dan wel van een voordien door de hoofdschuldenaar/pandgever (de latere failliet) verrichte *handeling* waarin de regresvordering zijn (rechtstreekse) grondslag vindt, en in welke gevallen aan deze eis in het geval van het overwaardearrangement nu precies is voldaan.

4.15 Uit Bannenberg q.q./NMB-Heller vloeit voort dat deze eis – die daar wordt gebaseerd op (analoge toepassing van) art. 53 Fw. en wordt geformuleerd in die zin dat de regresvordering haar *rechtstreekse grondslag* vindt in een *handeling welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht* – van belang is. Ik meen dat juist in verband met het overwaardearrangement aan de eis van het voor faillissement verrichten van een handeling met de failliet vastgehouden moet worden. Het is m.i. noodzakelijk dat de pandgever/latere gefailleerde met de specifieke, aan de orde zijn borgstelling heeft ingestemd en daarbij heeft verklaard dat hij de regresvordering van de pandhouder/financier zal voldoen. Als de eis van de handeling door de gefailleerde niet gesteld zou worden, is het mogelijk dat de financier eenzijdig zonder invloed daarop van de latere gefailleerde door een borgstelling ten bate van een door de financier uitgekozen schuldeiser gaat bepalen welke schuldeisers een preferente status in het faillissement krijgen. Dat lijkt mij onwenselijk en geeft de financier een te grote machtspositie⁵⁸.

5 Conclusie: beantwoording van de prejudiciële vragen

De door de rechtbank gestelde vragen dienen als volgt te worden beantwoord:

1. Ja, het is mogelijk voor een pandhouder om staande het faillissement van diens pandgever verhaal te nemen op de opbrengst van de uitwinning van de betreffende voorafgaande aan dat faillissement gevestigde pandrechten, voor een regresvordering die hij uit hoofde van een voorafgaand aan het faillissement overeengekomen overwaardearrangement heeft verkregen op of na de dag van faillietverklaring van de pandgever. Daarbij gelden twee voorwaarden: a. dat arrangement is niet overeengekomen in het zicht van het faillissement; b. de regresvordering is een vordering die, in geval van betaling door de borg, rechtstreeks voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding.

2. Voor het kunnen aannemen van een vordering die rechtstreeks voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding is ingeval van een overwaardearrangement een instemming van de hoofdschuldenaar met de specifieke, aan de orde zijnde borgtocht vereist.

Noot

1. 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.

2. 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).

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1800,= aan de zijde van DLL en op € 1800,= aan de zijde van de curator.

1. In deze uitspraak bevestigt de Hoge Raad zijn eerdere uitspraak inzake *Bannenbergh/NMB-Heller* (HR 9 juli 2004, «JOR» 2004/222, m.nt. JJvH) over de faillissementsbestendigheid van de wederzijdse zekerhedenregeling (ook wel genoemd het overwaarde-arrangement). Voor de beoogde werking van de regeling is, aldus thans de Hoge Raad, wel nodig dat de hoofdschuldenaar partij is bij (of toetreedt tot) de regeling.

2. De wederzijdse zekerhedenregeling komt er in de kern op neer dat de zekerheidsgerechtigden over en weer ten gunste van elkaar een borgtocht afgeven tot zekerheid van de betaling van de restantvordering van de ander, tot maximaal het bedrag van de overwaarde die resteert na de uitwinning van de borg van zijn eigen zekerheden en dat deze borg uit hoofde van een regres- en subrogatievordering daadwerkelijk kan verhalen. Voor de beoogde werking van deze constructie is het noodzakelijk dat de regresvordering van de pandhouder/borg op de hoofdschuldenaar/de failliet kwalificeert als een reeds ten tijde van de faillietverklaring onder opschortende voorwaarde bestaande vordering. Dat de betreffende vordering aldus kwalificeert indien de hoofdschuldenaar partij is bij het arrangement, volgt expliciet uit het arrest *Bannenbergh/NMB-Heller*. Zie in die zin HR 3 juni 1994, NJ 1995/340 (*Antillen/Komdeur*) en HR 3 mei 2002, NJ 2002/393 (*Brandao/Joral*).

3. Na het arrest inzake *ASR/Achmea* (HR 6 april 2012, «JOR» 2014/172, m.nt. NEDF en NSGJV), ontstond onduidelijkheid over de vraag of de constructie nog wel *faillissementsproof* zou zijn. In dat arrest overwoog de Hoge Raad over een wettelijke regresvordering dat “anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad, tot uitgangspunt (moet) 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”. Zie onder meer Mellenbergh, ‘De valkuilen van het overwaardearrangement’, *NTBR* 2012/54, J.L. Snijders, ‘Regresvordering toekomstig volgens Hoge Raad in *ASR/Achmea*, wat betekent dit voor concernfinanciering?’, *FIP* 2012/5 en R.M. Wibier, ‘De regresvordering in de Nederlandse financieringspraktijk na het arrest *ASR Verzekeringen/Achmea*’, *MvV* 2012/6.

4. De Hoge Raad geeft nu dus duidelijkheid. Dat doet hij via de route van art. 132 lid 2 Fw in verbinding met art. 483e Rv. Uit die artikelen volgt dat verhaal op de executieopbrengst mogelijk is, voor zover de betreffende (regres)vorderingen voortvloeien uit hoofde van een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding. Zie daarover onder meer A. Steneker in zijn noot bij Rechtbank Amsterdam 27 augustus 2014, «JOR» 2014/318. De rechtsverhouding tussen de pandhouder/borg en hoofdschuldenaar die (op grond van de wet) ontstaat door de borgstelling (vgl. art. 7:865 BW) is daartoe op zichzelf onvoldoende, aldus de Hoge Raad. Er is een zekere wens/handeling van de hoofdschuldenaar om tot verpanding van de betreffende vordering te komen noodzakelijk. Dat is af te leiden uit de opmerking van de Hoge Raad dat door de wederzijdse zekerhedenregeling een vergelijkbaar resultaat wordt bereikt als in het geval waarbij de hoofdschuldenaar een tweede pandrecht had verleend. Dat resultaat wordt bereikt “indien de hoofdschuldenaar partij is bij – of als partij toetreedt tot – de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement)” (r.o. 3.4.3). Of de hoofdschuldenaar partij is (geworden), is vervolgens een kwestie van uitleg van de verklaringen en gedragingen van partijen.

5. Het bovenstaande laat onverlet dat de regeling op andere gronden zijn werking kan worden ontnomen, bijvoorbeeld op de voet van art. 42 Fw. Zie voor een dergelijk geval bijvoorbeeld HR 9 juni 2006, *NJ* 2007/21, *Smit/Van Hees*. Indien de rechtshandeling van de hoofdschuldenaar wordt vernietigd, brengt dat mee dat uit de wederzijdse zekerhedenregeling slechts toekomstige regresvorderingen zijn ontstaan die niet voortvloeien uit een voor faillietverklaring bestaande rechtsverhouding.

6. Dit zo bezien lijkt de beslissing van de Hoge Raad mij juist en praktisch voor de praktijk. Voor de praktijk betekent dit verder dat financiers er wel voor zullen zorgen dat de hoofdschuldenaar partij is bij of toetreedt tot de regeling (de overeenkomst van borgtocht of het overwaarde-arrangement), dat laatste voor zover dat nog niet was gedaan naar aanleiding van de eerdere commentaren op de regeling.

G.G. Boeve, Schenkeveld Advocaten

Voetnoten

1

Vgl. inl. dagv. onder 2.5 en art. 2.1 van de als prod. 3 overgelegde wederzijdse zekerhedenregeling.

2

Rov. 2.1-2.4.

3

Zie akte na tussenvonnissen van 10 september 2014 onder 1.3.

4

Hier is een kleine aanpassing gedaan in de weergave van de door de rechtbank vastgestelde feiten, gebaseerd op art. 2a van de als prod. 2 bij de dagvaarding overgelegde factoringovereenkomst.

5

Zie het tussenvonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 24 september 2014 onder 2.1.

6

Prod. 3 Inl. dagv.

7

Prod. 1 CvA.

8

Prod. 4 Inl. dagv.

9

Inl. dagv. onder 4.1.

10

ECLI:NL:HR:2004:AO7575, *NJ* 2004/618 m.nt. PvS, *JOR* 2004/222 m.nt. JJvH, *ONDR* 2004/179.

11

ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *RvdW* 2012/534, *JOR* 2014/172 m.nt. NEDF en NSGJV, *JIN* 2012/120 m.nt. MC, *JA* 2012/107 m.nt. RAW, AA20130036 m.nt. WHvB, *RI* 2012/60.

12

ECLI:NL:HR:1994:ZC1517, *NJ* 1995/627 m.nt. PvS.

13

CvA onder 2.

14

CvA onder 5 e.v.

15

CvA onder 8.

16

CvA onder 9 e.v.

17

CvA onder 15 e.v.

18

Tussenvonnis 27 augustus 2014, rov. 4.4. Zie ook tussenvonnis 8 oktober 2014, rov. 4.3.

19

HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *RvdW* 2012/534, *JOR* 2014/172 m.nt. NEDF en NSGJV, *JIN* 2012/120 m.nt. MC, *JA* 2012/107 m.nt. RAW, AA20130036 m.nt. WHvB, *RI* 2012/60 (ASR/Achmea).

20

ECLI:NL:HR:2004:AO7575, *NJ* 2004/618 m.nt. PvS, *JOR* 2004/222 m.nt. JJvH, *ONDR* 2004/179.

21

Deze verbetering bracht de Hoge Raad ook aan in de weergave van het oordeel van het hof in rov. 3.4 van het arrest in cassatie.

22

Voor het verschil tussen verrekening en verhaal, zie Van Schilfgaarde in zijn annotatie in *NJ* 1995/627 onder 2.

23

Een woord dat volgens Van Schilfgaarde (zie zijn annotatie in *NJ* 2004/618 onder 5) overigens op onjuiste wijze een verbinding legt tussen het “voorwaardelijk al bestaan” en de “rechtstreekse grondslag in een handeling welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht”. Indien de regresvordering van de borg wordt gezien als een reeds bestaande, voorwaardelijke vordering hoeft deze immers nog niet voort te vloeien uit een handeling die met de gefailleerde hoofdschuldenaar is verricht. Voor de geldigheid van een borgtocht is immers de medewerking daaraan – en zelfs de kennisneming ervan – door de hoofdschuldenaar niet vereist, zie art. 7:850 lid 2 BW. In het arrest inzake Bannenberg q.q./NMB-Heller was dit echter wel het geval.

24

Vgl. in die zin ook Faber in *JOR* 2012/329 onder 6; Faber/Vermunt in *JOR* 2014/172 onder 4; Wibier, *MvV* 2012/6 onder 6; en Stortelder, *TvI* 2014/11 onder 4.2. Ook Verdaas (*NTBR* 2014/3 onder 3) is van mening dat de Hoge Raad *niet* is “omgegaan”.

25

ECLI:NL:HR:1994:ZC1517, *NJ* 1995/627 m.nt. PvS.

26

In die zin ook Rongen, *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, 1999, p. 339-340; Van Hees, *A-T-D bundel*, 2000, p. 138; Kortmann/Faber, *Onzekere zekerheid*, 2001, p. 142-145; Hof Amsterdam 13 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG8157, *JOR* 2002/182 m.nt. JJvH (Rijpma q.q./NMB-Heller), rov. 4.13; Faber in *JOR* 2012/329 onder 5; Verstijlen in *NJ* 2013/421 onder 6; Van Zanten, diss. 2012, p. 203 bij voetnoot 638; Rongen, *TFR* 2013/1 onder 4.2.2 slot; Linck, *WPNR* 6957 (2013) onder 4.2; en Rb. Amsterdam 17 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5661, *JOR* 2015/23 m.nt. GJLB (Thieme). Anders Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/51 en Loesberg in *JOR* 1999/110 onder punt 8. Stortelder (*TvI* 2014/11 onder 5.3) ziet reden voor analoge toepassing van (het verbod van) art. 54 Fw. bij het overwaardearrangement, maar alleen indien dit arrangement niet te goeder trouw, in het zicht van het faillissement, wordt aangegaan. Daarvan is doorgaans geen sprake.

27

Zo ook Rongen, *TFR* 2013/1 onder 4.2.2 slot.

28

ECLI:NL:GHSHE:2011:BS8956, *JOR* 2012/329 m.nt. NEDF, *RI* 2012/9.

29

Dezelfde mening zijn toegedaan Faber in *JOR* 2012/329 en Verstijlen in *NJ* 2013/421 onder 6; Van Zanten, diss. 2012, p. 203 bij voetnoot 638; Rongen, *TFR* 2013/1 onder 4.2.2 slot; Linck, *WPNR* 6957 (2013) onder 4.2; Stortelder, *TvI* 2014/11 onder 4.2.

30

Zie rov. 3.5.2 van HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5663, NJ 2013/421 m.nt. FMJV, JOR 2013/264 m.nt. NEDF (ABN Amro/Schreurs q.q.) en in dezelfde zin plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense onder punt 22 van haar conclusie.

31

Rov. 3.7.

32

Zie in dit verband onder meer Faber in JOR 2012/329 onder 6; Faber/Vermunt in JOR 2014/172 onder 4; Wibier, MvV 2012/6 onder 5.5 en 6; Rongen, TFR 2013/1 onder 4.2.2; Van Boom onder 1.2 en voetnoot 31 in AA20130036; Linck, WPNR 6957 (2013) onder 4.2; en Stortelder, TvI 2014/11 onder 4.2; Verstijlen, T&C, Insolventierecht, Aantekening 3 bij art. 54 Fw; Vgl. ook reeds – algemener – Rongen, *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, 1999, p. 329-348; Van Hees, *A-T-D bundel*, 2000, p. 135-138; Kortmann/Faber, *Onzekere zekerheid*, 2001, p. 139-153; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/439. Vgl. ook reeds – algemener – nr. 51 van dezelfde Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010; Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:231 BW, aant. 13; Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 2012, nr. 511 slot; en Loesberg in JOR 1999/110 onder punt 11. Zie voor een overzicht van de opvattingen plv p.g De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor Hoge Raad 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ, NJ 2013/421 m.nt. FMJV.

33

Vgl. hierover – met verdere verwijzingen – bijv. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense onder punt 25 van haar conclusie vóór HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5663, NJ 2013/421 m.nt. FMJV, JOR 2013/264 m.nt. NEDF (ABN Amro/Schreurs q.q.).

34

Vgl. in die zin ook uitdrukkelijk Faber in JOR 2012/329 onder 4 en eerder al diss. 2005, nr. 424 en 430.

35

Art. 3:231 BW bepaalt alleen dat een recht van pand ook voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd. Over de werking van deze constructie in geval van faillissement zegt de bepaling welbeschouwd niets.

36

Art. 57 lid 1 Fw. bepaalt dat een pandhouder zijn recht kan uitoefenen alsof er geen faillissement was. Op grond van dit artikel hoeft de pandhouder zijn vordering niet ter verificatie in te dienen, maar kan hij ook in faillissement zelf tot executie overgaan. Dat betekent niet dat het faillissement (en het fixatiebeginsel) geen enkel gevolg heeft voor de pandhouder. Zo kan, bijvoorbeeld, de curator de pandhouder een redelijke termijn stellen om tot uitoefening van zijn recht over te gaan, bij gebreke waarvan hij zijn separatistenpositie verliest (art. 58 Fw.). Art. 57 Fw. geeft daarom op zichzelf nog geen antwoord op de vraag ten behoeve van welke vorderingen de pandhouder in faillissement zijn recht kan uitoefenen en zich op de verpande goederen verhalen, en welke invloed hierop van het fixatiebeginsel uitgaat, slechts dat hij *zelf* tot executie kan (blijven) overgaan voor die vorderingen waarvoor hij zijn recht op dat moment kan uitoefenen en zich op de verpande goederen verhalen. Vgl. in die zin ook Rongen, *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, 1999, p. 334-335.

37

Hoewel niet uitgesloten lijkt dat in gevallen als die waarover deze prejudiciële vragen handelen, ook sub a van toepassing is.

38

Hierover: Bergervoet, diss. 2014, nr. 299.

39

MvT (16 593) bij art. 135 en 136 Fw., Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, 1995, p. 266.

40

Vgl. het arrest en de noot van Meijers daaronder.

41

MvT (16 593) bij art. 135 en 136 Fw., Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, 1995, p. 266.

42

Idem, p. 265.

43

In die zin ook Bergervoet, diss. 2014, nr. 295.

44

Overigens m.i. ook met behoud van voorrang, overeenkomstig art. 132 Fw.

45

Ook Faber (*JOR* 2012/329 onder 7), Van Zanten (diss. 2012, p. 203) en Stortelder (*TvI* 2014/11 onder 4.2 slot) menen dat de mogelijkheid tot verificatie mede inhoudt de mogelijkheid tot verhaal krachtens pandrecht. Anders kennelijk Hof Amsterdam 13 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG8157, *JOR* 2002/182 m.nt. JJvH (Rijpma q.q./NMB-Heller), rov. 4.12.

46

In die zin ook Rongen, *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, 1999, p. 344 en Bergervoet, diss. 2014, nr. 300, al acht deze laatste de PG bij art. 136 lid 2 sub c Fw. te summier om daaruit met zekerheid af te leiden dat het verhaal niet in strijd komt met het fixatiebeginsel.

47

Gieske – die in T&C Rv. 2014, art. 483e Rv., aant. 1 stelt dat art. 483e Rv. geen equivalent heeft in de Faillissementswet – lijkt over het hoofd te zien dat dit artikel in faillissement van overeenkomstige toepassing is via art. 57 lid 1 Fw. jo. 3:253 lid 1 BW jo. 490b lid 2 Rv. en/of art. 57 lid 4 Fw. jo. 490b lid 2 Rv. In die zin ook uitdrukkelijk MvT (16 593) bij art. 57 Fw., Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, 1995, p. 167.

48

MvT (16 593) bij art. 132 Fw., Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, 1995, p. 262.

49

In die zin ook Steneker, *Pandrecht*, Monografieën BW nr. B12a, 2012, nr. 31. Zie ook dezelfde in *JOR* 2014/318 onder punt 4.

50

Anders Loesberg in *JOR* 1999/110 onder punt 11 en – voorzichtiger – Van Hees, *JOR* 2002/182 onder 7.

51

Tot deze conclusie komen – behalve de zojuist genoemde Steneker – op grond van art. 483e ook: Kortmann/Faber, *Onzekere zekerheid*, 2001, par. 3.3 en 3.4; Van Hees, *Leasing*, 1997, p. 167, *A-T-D bundel*, 2000, p. 137-138 en *JOR* 2002/182 onder 7; Rongen, *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, 1999, p. 341-343 en *TFR* 2013/1 onder 4.2; Verstijlen in *NJ* 2013/421 onder 5; Hof Amsterdam 13 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG8157, *JOR* 2002/182 m.nt. JJvH (Rijpma q.q./NMB-Heller), rov. 4.12; Van Boom onder 1.2 en voetnoot 31 in AA20130036; Linck, *WPNR* 6957 (2013) onder 4.2; Stortelder, *TvI* 2014/11 onder 4.2; en Bergervoet, diss. 2014, nr. 301. Anders Loesberg in *JOR* 1999/110 onder punt 9-11. Overigens zien ook verschillenden van hen (Rongen in *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Hof Amsterdam en Van Hees in zijn noot hierbij in *JOR* 2002/182 onder 7, Van Boom en Loesberg) mijns inziens over het hoofd dat art. 483e Rv. ook bij de executie door de pandhouder als separatist tijdens faillissement van toepassing is *op grond van de wet zelf*, nl. art. 57 lid 1 Fw. jo. 3:253 lid 1 BW jo. 490b lid 2 Rv. en/of art. 57 lid 4 Fw. jo. 490b lid 2 Rv.

52

PG Inv. Boek 3, 5 en 6 BW, Wijz. Rv., MvT Inv. bij art. 483e Rv., p. 201.

53

MvT (16 593) bij art. 57 Fw., Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, 1995, p. 167. Vgl. ook de MvT bij art. 132 Fw. op p. 262. Hierbij moet bedacht worden dat tot 1980 (HR 24 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC7018, *NJ* 1981/265 m.nt. WMK (Solleveld)) vorderingen als *bestaand* werden aangemerkt indien zij hun onmiddellijke grondslag vonden in een bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar, vgl. bv. HR 29 december 1933, *NJ* 1934/343 m.nt. PS (Fijn van Draat q.q./De Nederlanden). Het lijkt waarschijnlijk dat deze omslag de (uitleg van de) opmerkingen in de parlementaire geschiedenis soms vertroebelt.

54

Dit was het geval met de beide artikelen (53 en 54 Fw.) – en door zowel hof als Hoge Raad – in het hierboven onder 4.1 en 4.2 uitgebreid geciteerde zaak Bannenberg q.q./NMB-Heller (ECLI:NL:GHSHE:2011:BS8956, *JOR* 2012/329 m.nt. NEDF, *RI* 2012/9); met art. 54 lid 1 Fw. reeds in HR 30 januari 1953, *NJ* 1953/578 m.nt. PhANH (Doyer & Kalff); en met art. 54 lid 2 Fw. in het hierboven onder 4.4-4.8 ook reeds uitgebreid aan de orde gekomen HR 4 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1517, *NJ* 1995/627 m.nt. PvS (NCM/Knottenbelt q.q.).

55

Vgl. in deze zin ook Linck, *WPNR* 6957 (2013) onder 4.2.

56

Anders Rongen, *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, 1999, p. 336, die de vergelijking met verrekening kennelijk niet zonder meer op vindt gaan.

57

Vgl. in die zin ook Van Hees, *A-T-D bundel*, 2000, p. 138; Faber, diss. 2005, nr. 378; Steneker, *Pandrecht*, Monografieën BW nr. B12a, 2012, nr. 31; Rongen, *TFR* 2013/1 onder 4.2.3; Stortelder, *TvI* 2014/11 onder 5.3; en Bergervoet, diss. 2014, nr. 250 en in *JOR* 2015/23 onder punt 6. Er wordt wel betoogd (vgl. bv. Faber en Stortelder) dat ook de borgstelling in een overwaardearrangement leidt tot een zekere “overneming” van vorderingen in faillissement, die bestreken zou (moeten) worden door het verbod van art. 54 lid 2 Fw. Ik leg het arrest Bannenberg q.q./NMB-Heller (rov. 4.2, alinea 3 slot) zo uit, dat slechts in het geval een overwaardearrangement niet in het zicht van het faillissement is aangegaan, geen sprake geacht kan worden te zijn van een overneming in de zin van art. 54 lid 2 Fw. waarvoor verrekening en verhaal uitgesloten zou moeten zijn.

58

Zie over deze kwestie de noot van Steneker in *JOR* 2014/318 en Faber in *JOR* 2015/24. Zie ook nog Stortelder in *TvI* 2014/11 en Mellenbergh in *NTBR* 2012, 54.