

Ogenschijnlijk weinig beperkin- gen aan zogenoemde

'overwaardeovereenkomsten'

(HR 9 juli 2004, LJN-nr.

AO7575, zaaknr. C03/078HR)

Overwaardeovereenkomsten of – terminologisch zuiverder – wederzijdse zekerheidsarrangementen zijn er in diverse verschijningsvormen. In het geval dat aan het te bespreken arrest ten grondslag ligt, hadden de factormaatschappij NMB-Heller, de debiteur ICT en een derde financieringsbank ING – in het kort – het volgende afgesproken. ICT zou haar vorderingen op derden aan NMB-Heller verpanden tot meerdere zekerheid van de vorderingen van NMB-Heller uit de factorrelatie. Ook had ICT een schuld aan ING. Partijen kwamen overeen dat de schuld van ICT aan ING door NMB-Heller voldaan zou worden tot maximaal het bedrag van de 'overwaarde' van de zekerheden die NMB-Heller had op de schuldenaren van ICT. Voor dat – door NMB-Heller aan ING 'verschuldigde' – bedrag zou NMB-Heller een regresvordering op ICT verkrijgen met als zekerheid de overwaarde van de zekerheid. Als het cirkeltje dan rond is, zouden in beginsel zowel NMB-Heller als ING betaald kunnen worden uit de ten gelde gemaakte zekerheidsrechten die NMB-Heller heeft gevestigd.

Van belang is hierbij op te merken dat in dit soort arrangementen de pandrechten 'ruim' dienen te worden geformuleerd, hetgeen ook was geschied.

Toen ICT failliet ging en NMB-Heller de verpande vorderingen op derden incasseerde en daaruit tevens haar verplichting jegens ING 'financierde', probeerde de curator daar een stokje voor te steken. De curator van ICT stelde zich met name op het standpunt dat de op het overwaardearrangement gebaseerde vordering van ING op NMB-Heller op de datum van het faillissement van

ICT nog niet was ontstaan. Hetzelfde had volgens hem te gelden voor de gestelde regresvordering van NMB-Heller op ICT. Laatstbedoelde vordering kon na de faillietverklaring van ICT niet alsnog ontstaan gelet op de artikelen 53 en 54 Fw, althans de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginselen, met name het fixatiebeginsel. Met andere woorden, het pandrecht van NMB-Heller kon zich niet mede uitstrekken tot de betaling van de (afgeleide) vordering van ING op NMB-Heller. De vordering van ING op ICT was in die visie niet meer dan een concurrente vordering en diende volgens de curator op die wijze behandeld te worden.

De Hoge Raad ziet een en ander bepaald anders. Volgens de Hoge Raad komt een hiervoor geschetst overwaardearrangement noch naar de inhoud, noch naar de strekking daarvan in strijd met enige regel of enig beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht. De Hoge Raad oordeelde dat ingevolge dit arrangement NMB-Heller zich na de faillietverklaring van ICT op door laatstgenoemde aan haar verpande vorderingen wenst te verhalen ter zake van de regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk reeds bestond. Aangezien ingevolge artikel 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, aldus de Hoge Raad.

Met de onderhavige constructie hebben de drie partijen bij het overwaardearrangement 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). De Hoge Raad schatte in dat partijen kennelijk echter om praktische redenen voor de onderhavige constructie hebben gekozen, die erop neerkomt dat NMB-Heller zich mag verhalen op de aan haar verschaftte zekerheden mede ten behoeve van ING. Het feit dat NMB-Heller 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-Heller op ICT) en NMB-Heller 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 enig goederenrechtelijk beginsel.

Evenmin valt volgens de Hoge Raad in te zien dat het feit dat ICT inmiddels is failliet verklaard en dat NMB-Heller juist daarom thans van haar onderhavige bevoegdheden gebruik wenst te maken, aan de door NMB-Heller nagestreefde gang van zaken in de weg zou staan. Nu NMB-Heller zich op de zekerheden wil verhalen in verband met de onbetaald gebleven (regres)vordering die zij op ICT heeft, verzet artikel 53 Fw zich daartegen niet, reeds omdat dit verhaal niet plaatsvindt langs de weg van verrekening.

De Hoge Raad gaat zelfs nog een stap verder door expliciet te overwegen dat ook al zou deze bepaling niettemin op het onderhavige geval overeenkomstig worden toegepast, zij zich dan er nog niet tegen verzet dat NMB-Heller 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 overwaardearrangement), die vóór de

faillietverklaring met de gefailleerde is verricht. Ook artikel 54 Fw, eveneens overeenkomstig op de onderhavige constructie toegepast, belet volgens de Hoge Raad niet dat NMB-Heller zich verhaalt op de door ICT aan haar verschaftte zekerheden. Direct noch indirect is immers sprake van een overneming door NMB-Heller 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.

De slotoverweging waarin de Hoge Raad oordeelt dat omdat de onderhavige regresvordering ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk al bestond en zij mitsdien haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht, er evenmin kan worden gezegd dat de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginselen, meer in het bijzonder het zogeheten fixatiebeginsel, door de constructie van het overwaardearrangement geweld wordt aangedaan, laat aan duidelijkheid weinig te wensen over.

Commentaar

Het lijkt erop dat de Hoge Raad de financiële wereld – en in het bijzonder de financiële dienstverleners – weinig beperkingen wil opleggen als het om de vaststelling van de omvang van eventuele (bedongen zekerheids)rechten van deze dienstverleners gaat. Uit een reeks van arresten kan al worden afgeleid dat pandakten en cessieakten niet alleen naar de letter daarvan hoeven te worden geïnterpreteerd en dat de reikwijdte van verpandingen – ten aanzien van de toekomstigheid en de bepaalbaarheid van vorderingen – ook niet echt aan te strikte banden wordt gelegd. Ook met het onderhavige arrest wordt ruim baan geboden aan in de praktijk ontwikkelde constructies. Toch roept dit arrest wel de nodige vragen op.

Een daarvan is bijvoorbeeld of de bank met het eerste en ruim geformuleerde pandrecht de rechten van bijvoorbeeld een opvolgend pandhouder kan frustreren door zich borg te stellen – waarvoor de toestemming van de oorspronkelijke schuldenaar niet nodig is – voor de schuld van ‘zijn schuldenaar’ aan een derde financier (bijvoorbeeld een dochtermaatschappij van de bank). Deze borgstelling creëert namelijk een wettelijk regresrecht op de oorspronkelijke schuldenaar, waardoor de (uitbetalings)verplichtingen van de borg (bank) uit deze borgstelling dan indirect onder de te ruim bedongen (primaire) zekerheden kunnen worden geschoven. Op het eerste gezicht lijkt het arrest niet aan een dergelijke constructie in de weg te staan, maar wij behouden aarzelingen. De door ons geschetste casus bevat immers een element – de positie van een tweede pandhouder – dat in het door de Hoge Raad berechte geval niet aan de orde was. De uitkomst zou daardoor anders kunnen zijn.

Mr. T.H.M. van Wechem en prof. mr. M.H. Wissink