

---

## Zekerheden in gezamenlijk verband: over de parallel debt en het joint creditorship

### Inleiding

Grotere kredieten worden in de regel niet door één enkele bank verstrekt, maar door een groep van banken (een 'syndicaat'). Eventuele zekerheden zullen dan ook aan alle deelnemende banken ten goede moeten komen. Aangezien de samenstelling van het syndicaat in de loop der tijd kan wijzigen, zullen de zekerheden bovendien aan toekomstige banken ten goede dienen te komen. Naar Nederlands recht creëert dit een probleem, omdat onzeker is in hoeverre zogenoemde 'kredietzekerheden' overgaan met de overdracht van een participatie in het krediet.

Teneinde zowel de huidige als de toekomstige banken te laten profiteren van de gevestigde zekerheden zijn verschillende methoden ontwikkeld. Daarvan behoren op dit moment in de praktijk de 'parallel debt' en het 'joint creditorship' tot de meest gangbare. In dit artikel worden beide methoden besproken.

### Afhankelijkheid van kredietzekerheden

Indien een pandrecht wordt gevestigd tot zekerheid van betaling van een bepaalde vordering, dan gaat in beginsel met de overdracht van die vordering het pandrecht als accessoir recht mee over. Is evenwel een pandrecht gevestigd tot zekerheid van al hetgeen een debiteur uit hoofde van een kredietrelatie nu en in de toekomst aan een bank verschuldigd is, dan is het op zijn minst onzeker of bij overdracht van een participatie in het krediet ook het pandrecht mee overgaat.

Hoewel het voorgaande ook voor hypotheekrechten geldt, zal hier kortheidshalve alleen over pandrecht worden gesproken. Om dezelfde reden wordt gesproken over banken in plaats van crediteuren.

Aangezien over de overgang van bank- en kredietzekerheden reeds het nodige is geschreven, wordt daarop in dit artikel niet uitgebreid ingegaan, maar wordt verwezen naar A.I.M. van Mierlo & M.V. Polak, *Verstreking van zekerheden aan internationale syndicaten*, NIBE Bankjuridische reeks nr. 31, 1998 en M.P. van Achterberg, *Overgang van vorderingen en schulden en de gevolgen voor de gevestigde (bank)zekerheden (I)*, WPNR 94/6133, p. 295 e.v. en de door hen aangehaalde literatuur.

Daar niet op het afhankelijke karakter van het pandrecht kan worden vertrouwd, moet een methode worden gevonden die zeker stelt dat toekomstige banken van de pandrechten kunnen profiteren. Nagenoeg alle oplossingen naar Nederlands recht bestaan uit het bewerkstelligen dat één bepaalde rechtspersoon (de 'Security Agent'), die tevens bank kan zijn, op de een of andere wijze het recht krijgt om bedragen te vorderen die gelijk zijn aan de bedragen die de debiteur aan de banken verschuldigd is. Daarbij kunnen in beginsel twee manieren worden onderscheiden.

De eerste mogelijkheid is dat de Security Agent één vorderingsrecht krijgt, dat in hoogte gelijk is aan de vorderingsrechten van alle banken in het syndicaat. Dit recht zal hierna het 'Gezamenlijke Recht' worden genoemd. Indien de Security Agent zelf ook in het krediet participeert, omvat het Gezamenlijke Recht vanzelfsprekend ook de vordering van de Security Agent uit dien hoofde. Een andere mogelijkheid is dat de Security Agent evenveel rechten krijgt om bedragen te vorderen van de debiteur, als er vorderingen van de (andere) banken zijn. Deze rechten zullen hierna de 'Eén-op-één Rechten' worden genoemd.

Vervolgens worden de pandrechten ten gunste van de Security Agent gevestigd tot zekerheid van de betaling van de bedragen uit hoofde van het Gezamenlijke Recht of de Eén-op-één Rechten. Aldus komen de vorderingen en de pandrechten in één hand en kunnen de laatstgenoemde dienen tot zekerheid van eerstgenoemde. De genoemde rechten van de Security Agent kunnen worden gecreëerd door gebruik te maken van het joint creditorship of van de parallel debt.

### Joint creditorship

Bij deze methode wordt de Security Agent 'joint creditor' gemaakt van de vorderingen van de (andere) banken. Kort gezegd wordt overeengekomen dat de

Security Agent medeschuldeiser is van de vorderingen van elk der andere banken. Deze figuur zou onder het 'oude' recht worden gekwalificeerd als 'actieve hoofdelijkheid', maar bestaat als zodanig niet meer en wordt nu beheerst door de artikelen 6:15 BW en 6:16 BW. Of in een concreet geval sprake is van artikel 6:15 BW of artikel 6:16 BW hangt af van het antwoord op de vraag of (a) de Security Agent zelf ook een participatie in het krediet heeft en (b) wat voor soort rechten worden gecreëerd (het Gezamenlijke Recht of de Eén-op-één Rechten).

Indien de Security Agent krachtens het joint creditorship medeschuldeiser is van het gehele uitstaande bedrag (het Gezamenlijke Recht) én zelf in het krediet participeert, dan heeft hij een aandeel in het Gezamenlijke Recht en is krachtens artikel 6:15 BW sprake van een gemeenschappelijke vordering.

In dat geval bepalen de regels met betrekking tot gemeenschap (art. 3:166 BW e.v.) de bevoegdheden van de Security Agent en de andere banken. De gecreëerde gemeenschappelijke vordering staat in principe onder hun gezamenlijk beheer. In beginsel kan een debiteur niet bevrijdend betalen door voldoening van een gemeenschappelijke vordering aan één van de schuldeisers. Partijen kunnen echter anders overeenkomen, hetgeen bij het joint creditorship het geval is. Op grond daarvan is de Security Agent bevoegd om de gemeenschappelijke vordering te innen.

Beoogd wordt dat de Security Agent zich ter voldoening van die vordering kan verhalen op het ten gunste van hem gevestigde pandrecht. Daarbij kan een probleem spelen, aangezien het de vraag is of een gemeenschappelijke vordering ex artikel 6:15 BW wel door een individueel pandrecht kan worden gedekt. Genoemde gemeenschappelijke vordering en het individuele zekerheidsrecht van de Security Agent vallen immers in gescheiden vermogens. Daarnaast is de Security Agent krachtens artikel 3:248 BW slechts bevoegd om bij verzuim van de debiteur het *hem* verschuldigde op de opbrengst van de verkoop van het verpande goed te verhalen en krachtens artikel 3:253 BW mag de Security Agent van de netto-opbrengst van de verkoop van het verpande goed, slechts het aan *hem* verschuldigde bedrag afhouden. De debiteur is echter geen bedrag schuldig aan de Security Agent, maar aan de Security Agent en de andere banken gezamenlijk. Deze redenering volgend, zou het pandrecht niet kunnen dienen tot zekerheid van de joint creditorship-vordering. Het feit dat de Security Agent op grond van een beheersregeling bevoegd is om de vor-

dering te innen, doet daar niet aan af. De Security Agent int dan immers nog steeds een gemeenschappelijke vordering. Dit resultaat lijkt overigens sterk op hetgeen geldt ten aanzien van de verrekening van een gemeenschappelijke vordering met een individuele schuld. Een dergelijke verrekening is volgens de literatuur niet mogelijk (Asser-Hartkamp 4-I, 1996, p. 102, nr. 132).

Goed verdedigbaar is overigens dat het aandeel van de Security Agent in de gemeenschappelijke vordering in ieder geval wel door het pandrecht is gedekt, nu de Security Agent krachtens artikel 3:175 BW zelf over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed kan beschikken.

Indien de joint creditorship-bepaling zo is verwoord dat de Security Agent evenveel rechten heeft gekregen om bedragen te vorderen, als de andere banken vorderingen hebben (de Eén-op-één Rechten) óf indien de Security Agent zelf niet in het krediet participeert, dan heeft de Security Agent nimmer een aandeel daarin en ontstaan slechts vorderingsrechten ex artikel 6:16 BW. In dat geval zijn de gemeenschapsregels in de verhouding tussen de Security Agent en de (andere) banken enerzijds en de debiteur anderzijds van *overeenkomstige* toepassing, overigens tenzij deze expliciet zijn uitgesloten en met Loesberg (Enige beschouwingen over zekerheden in collectief verband, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en Effecten, Deventer 1998, p. 535) wordt aangenomen, dat een dergelijke uitsluiting mogelijk is.

Indien artikel 6:16 wordt toegepast, is in ieder geval geen sprake van een gemeenschappelijke vordering. Betoogd zou echter kunnen worden dat in dat geval de Security Agent in het geheel geen eigen vordering heeft, maar slechts betaalaadres is van de vorderingen van de banken. Wil men ook dat risico uitsluiten, dan zou ervoor gekozen kunnen worden om het joint creditorship beheerst te laten worden door buitenlands recht of om gebruik te maken van de hierna te bespreken parallel debt.

#### Parallel debt

Bij de parallel debt wordt doorgaans een individuele, zelfstandige vordering van de Security Agent op de debiteur gecreëerd, waarvan het bedrag gelijk is aan de bedragen van de vorderingen van de andere banken, met dien verstande dat bij betaling aan de Security Agent of aan de andere banken, de corresponderende vordering op de andere banken c.q. de Security Agent met het bedrag van die betaling wordt vermindert. Het verschil met het joint creditorship is dat de

Security Agent niet medeschuldeiser van de bestaande vorderingen wordt, maar rechthebbende (eigenaar) van een nieuwe, individuele, zelfstandige vordering (die krachtens overeenkomst even hoog is als de vorderingen van de banken tezamen). Aldus ontstaat een vordering die niet valt onder artikel 6:15 BW of 6:16 BW.

In de literatuur is verdedigd dat de parallel debt wél een vordering ex artikel 6:15 of 6:16 BW creëert, zie Van Achterberg en Brakel (De NV 1998, p. 73). Een gevolg daarvan zou zijn dat hetgeen hiervoor met betrekking tot het joint creditorship is vermeld, ook voor de parallel debt geldt. Overigens zijn er wel argumenten tegen de redenering van Van Achterberg en Brakel. Ter ondersteuning van hun stelling voeren zij immers aan dat de debiteur formeel wel twee identieke prestaties moet verrichten, maar dat deze prestaties zo nauw samenhangen dat in totaliteit, materieel, slechts één prestatie behoeft te worden verricht. Daar kan evenwel tegen worden ingebracht dat nauwe samenloop tussen twee vorderingen niet voldoende is om deze als één vordering te kwalificeren. Zo bestaat er bijvoorbeeld in veel gevallen ook een nauwe samenhang tussen vorderingen uit onrechtmatige daad en wanprestatie, maar smelten deze twee niet samen tot één vordering. Hetzelfde geldt voor andere vormen van samenloop, zoals bij een derde die op grond van een overeenkomst van lastgeving met een schuldenaar diens vordering aan de schuldeiser voldoet. De derde zal alsdan, na betaling, zowel zijn eigen vordering uit hoofde van lastgeving op de schuldenaar hebben, als door subrogatie de vordering van de schuldeiser (zie Asser-Hartkamp 4-I, 1996, p. 489, nr. 575). Ook deze vorderingen 'smelten niet samen'.

Daarnaast voeren Van Achterberg en Brakel aan dat het onmogelijk is dat de debiteur zowel jegens de andere banken als jegens de Security Agent een afzonderlijke prestatie moet verrichten, omdat alleen de banken jegens de debiteur een prestatie hebben verricht. Tegen dit argument kan het volgende worden aangevoerd. Naar Nederlands recht staat het partijen vrij om in een drie-partijen-overeenkomst hun verhoudingen tot elkaar (ten dele) overeen te komen. Daarbij kan A de verplichting op zich nemen om aan B een bepaalde prestatie te voldoen, en B de verplichting om aan C een prestatie te voldoen, terwijl C alleen maar rechten onder de overeenkomst krijgt. Daar is niets mis mee (deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor na acceptatie door C van een ten gunste van hem gemaakt derdenbeding in een overeenkomst tussen A en B). Wellicht dat A en C hun verhouding in een

andere overeenkomst nader geregeld hebben. Evenzo kunnen de andere banken in de kredietovereenkomst een vordering van de Security Agent tegenover de debiteur bedingen, terwijl in de zogenoemde intercreditorsovereenkomst tussen de banken en de Security Agent is bepaald dat de Security Agent het onder de vordering geïnde over hemzelf en de andere banken dient te verdelen.

Het is dan ook goed verdedigbaar dat de vordering die als gevolg van een parallel debt ontstaat *niet* als vordering ex artikel 6:15 BW of artikel 6:16 BW moet worden gekwalificeerd, zeker indien partijen duidelijk aangeven dat actieve hoofdelijkheid niet hun bedoeling is. Aldus ontstaat door de parallel debt een individuele, zelfstandige vordering van de Security Agent, die gedekt wordt door het ten gunste van hem gevestigde zekerheidsrecht.

### Conclusie

In het voorgaande zijn twee gangbare oplossingen besproken voor het probleem dat kredietzekerheden niet zonder meer mee overgaan bij overdracht van een participatie in een krediet. Zowel het joint creditorship als de parallel debt beoogt te bewerkstelligen dat één crediteur, de Security Agent, gedurende de looptijd van het krediet te allen tijde bedragen kan vorderen die gelijk zijn aan de bedragen die de overige crediteuren kunnen vorderen. Daarbij worden de zekerheden ten gunste van de Security Agent gevestigd. Gebleken is dat, afhankelijk van de vraag hoe de joint creditorship-bepaling precies luidt en of de Security Agent zelf ook in het krediet participeert, het risico zou kunnen bestaan dat de ten gunste van de Security Agent gevestigde zekerheden niet tot zekerheid van de gecreëerde vorderingen strekken. Bij de parallel debt-structuur lijkt dit risico nauwelijks aanwezig. Reden waarom deze structuur de voorkeur verdient.

*Mr. dr. E.M. Vermeulen  
NautaDutilh*