



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Regres bij concernfinanciering

Oostrum, C.H.A. van

Citation

Oostrum, C. H. A. van. (2019, February 20). *Regres bij concernfinanciering. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/69314>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/69314>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/69314> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Oostrum, C.H.A. van

Title: Regres bij concernfinanciering

Issue Date: 2019-02-20

Hoofdstuk 5

REGRESRECHT-BEÏNVLOEDENDE MAATREGELLEN

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt besproken in welke mate ongewenste effecten van rechten uit regres en subrogatie (contractueel) beperkt kunnen worden. Dikwijls worden hier toe afspraken gemaakt tussen de concernvennootschappen en de bank. Deze afspraken zijn vaak opgenomen in de algemene kredietvoorwaarden van banken. Ook kunnen dergelijke afspraken *tailor-made* worden overeengekomen. De vraag is welke werking deze afspraken toekomen. Daarom wordt in dit hoofdstuk gekeken naar de faillissementvastheid van voornoemde afspraken en daarmee samenhangend of en onder welke omstandigheden de overeengekomen bedingen kunnen worden aangetast.

Als eerste wordt in § 5.2 besproken welke partijafspraken gewoonlijk worden gemaakt over regres en subrogatie. Daarna wordt in § 5.3 de problematiek inzake het ontstaansmoment van de regresvordering uiteengezet. Deze problematiek is van invloed op de effectiviteit van verschillende partijafspraken over regres en subrogatie. Vervolgens komen methoden aan bod die tot doel hebben om wettelijke regres- en subrogatievorderingen voortvloeiend uit de contractuele hoofdelijkheid te voorkomen, te beperken of de verhaalsposities ten aanzien van die vordering te wijzigen. Deze methoden kunnen geclassificeerd worden naar methoden die (I) indirect de regresvordering beïnvloeden en (II) direct de regresvordering beïnvloeden. Ad I wordt besproken in § 5.4 en ad II in § 5.5. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in § 5.6.

5.2 Partijafspraken en het beteugelen van regresproblematiek

In de praktijk worden over regres en subrogatie afspraken gemaakt om twee redenen. Ten eerste om ervoor te zorgen dat rechten voortvloeiend uit regres en subrogatie een herstructurering niet in de weg staan. Ten tweede om te zorgen dat de bank ongestoord zijn zekerheidsrechten kan uitoefenen, zonder te moeten vrezen voor concurrerende rechten van concernvennootschappen. Onderstaand worden beide redenen kort toegelicht.

Tussen concernvennootschappen ontstaan financiële kruisverbanden wanneer zij hoofdelijke zekerheid verlenen ten behoeve van het concernkrediet. Het bestaan van financiële kruisverbanden kunnen een herstructurering of verkoop van een concernvennootschap dwarsbomen. Het succes van een herstructurering of verkoop hangt daarom mede af of de uitgevaren vennootschappen voldoende garanties hebben dat zij niet worden aangesproken uit hoofde van regres of subrogatie door de achterblijvende concernvennootschappen. Indien deze garanties ontbreken, kunnen de uitgevaren en dikwijls renderende concernvennootschappen worden betrokken in het faillissement van de achterblijvers. Dit gaat ten koste van de mogelijkheid om de gezonde concernvennootschappen going concern te verkopen, wat doorgaans een hogere verkoopprijs oplevert dan verkoop tegen liquidatiewaarde.¹

Dergelijke garanties volgen uit partijafspraken tussen (delen van) het concern en de bank. Het komt voor dat partijen verzuimen om deze afspraken te maken. Wanneer partijen hiertoe wel overgaan, worden overeengekomen bepalingen opgetekend in de krediet-/zekerhedenovereenkomst met de bank. Vervolgens zal in een deconfiture blijken of de gemaakte afspraken afdoende en faillissementbestendig zijn. Het is wenselijk om dit op voorhand te weten.

Het is voor een bank belangrijk om bij het uitoefenen van haar zekerheidsrechten geen concurrentie te ondervinden van andere schuldeisers. De boven zijn aandeel in de schuld gedelgd hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap verkrijgt rechten uit regres of subrogatie op zijn medeschuldenaren. Met deze rechten kan deze vennootschap of diens curator het uitwinningbeleid van de bank flink hinderen. In het bijzonder als er door subrogatie ook zekerheden overgaan op deze nieuwe schuldeisers. Het risico op het ontstaan van een gemeenschap van zekerheden, waarbij de deelgenoten alleen samen bevoegd zijn tot het uitoefenen van de rechten, is dan reëel.²

Partijafspraken over regres en subrogatie moet de beschreven problemen voorkomen. Bij het aangaan van een concernkrediet worden in de financieringsovereenkomst bepalingen opgenomen die ongewenste effecten van het regresrecht en de subrogatie tegengaan. In krediet-/zekerhedendocumentatie worden gewoonlijk bepalingen aangetroffen inzake:

- (I) het door alle (oud) concernvennootschappen over en weer afstand doen van (toekomstige) regresvorderingen, voortvloeiend uit de door een bank geëiste hoofdelijke aansprakelijkheid of het door concernvennootschappen afstand doen in het geval het regres betrekking heeft op een concernvennootschap die uitvaart of door de bank is ontslagen van hoofdelijke aansprakelijkheid;
- (II) het door de hoofdelijke schuldenaren verpanden van (toekomstige) regresvorderingen aan de bank;

1 Zie § 4.3 voor meer informatie over financiële kruisverbanden en de mogelijke problematiek hiervan bij het sterfhuis en de verkoop van een concernvennootschap.

2 Beekhoven van den Boezem, *O&F* 2005, p. 56-62, p. 60-61; Struycken & Keukens 2017, p. 236; Uhm, *MvV* 2017 p. 278-284, p. 282; Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 3.

- (III) het achterstellen van regresvorderingen tussen concernvennootschappen bij de vordering van de bank of dat de regresvordering niet opeisbaar of niet verrekenbaar is tot de vordering van de bank is voldaan;
- (IV) het aan de bank overdragen van onderlinge regresvorderingen tot zekerheid van hetgeen de bank te vorderen heeft; en
- (V) het uitsluiten van subrogatie of dat (regres)vorderingen voortvloeiend uit subrogatie bij voorbaat zijn achtergesteld bij de vorderingen van de bank.³

In oudere krediet-/zekerhedendocumentatie wordt vaak afstand gedaan van alle rechten uit regres en subrogatie. In meer recente financieringsovereenkomsten wordt hier gedifferentieerder mee omgegaan. Bijvoorbeeld door alleen afstand te bewerkstelligen bij herstructurering van het concern of bij de verkoop van een concernvennootschap. In het geval van subrogatie wordt soms deels afstand gedaan van de rechten uit subrogatie, bijvoorbeeld van de subrogatie van zekerheidsrechten. Gewoonlijk wordt in financieringsdocumentatie van de Nederlandse grootbanken alle rechten voortvloeiend uit regres of subrogatie verpand. Bij subrogatie wordt ook wel gebruikgemaakt van een voorbehouden pandrecht.⁴ Daarnaast worden alle rechten voortvloeiend uit regres of subrogatie achtergesteld ten aanzien van de vorderingen van de bank.⁵ Soms wordt ook gebruikgemaakt van clausules van niet verrekenbaarheid van regresvorderingen met de vorderingen van de bank op de kredietnemer.

De mate waarin afspraken over regres en subrogatie effectief zijn, hangt mede af van het moment waarop deze afspraken worden gemaakt. Verkeert het concern reeds in slecht weer en is het faillissement nabij, dan zal rekening gehouden moeten worden met schuldeisersbenadeling en mogelijke aansprakelijkheid van het bestuur. Echter, ook wanneer het concern rendabel is, kunnen dergelijke contractuele bepalingen hun werking missen.

In het arrest ASR/Achmea oordeelt de Hoge Raad dat een regresvordering ontstaat op het moment dat een schuldenaar meer betaalt dan hem in de interne verhouding aangaat. Tot dat moment is de regresvordering een toekomstig recht in

3 Zie bijvoorbeeld: Algemene voorwaarden bedrijfsfinancieringen, De Rabobank, 2017; Algemene Bepalingen van Zakelijk Kredietverlening, ING Bank NV, maart 2015; Zakelijk Krediet. 'Algemene Kredietvoorwaarden, Algemene Bepalingen van Pandrecht, Algemene Voorwaarden van de Bank', ING Bank NV, januari 2017; Algemene Bepalingen voor het Ondernemerskrediet, ABN AMRO Bank NV, december 2009; Algemene Bepalingen voor Kredietverlening (voor zakelijke klanten), ABN AMRO Bank NV, november 2011; Algemene Bepalingen voor het Ondernemerskrediet, ABN AMRO Bank NV, januari 2016. Zie ook: Verloop 1985, p. 15; Rongen 2013, p. 10; Uhm, *MvV* 2017 p. 278-284, p. 282-284; Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 4; Verdaas 2018.

4 Algemene Bepalingen voor het Ondernemerskrediet, ABN AMRO Bank NV januari 2016, art. 6.3. Vgl. Linck, *FR* 2013, p. 382-384.

5 Struycken & Keukens 2017, p. 200, 237.

plaats van een bestaand recht onder opschortende voorwaarden van betaling.⁶ Deze kwalificatie beïnvloedt mogelijk de effectiviteit van bepalingen die de bank zekerheid bieden. Verschillende auteurs hebben naar aanleiding van het ASR/Achmea-arrest hun zorgen geuit over het in faillissement bij voorbaat afstand doen van een regresvordering. Onzekerheid bestaat er ook ten aanzien van zekerheidstelling voor en op een toekomstige (regres)vordering, het cederen van een toekomstige (regres)vordering en het achterstellen van een toekomstige (regres)vordering.⁷ Ook is er in navolging van het ASR/Achmea-arrest het nodige geschreven over de houdbaarheid van het overwaardearrangement (ook bekend als wederzijdse zekerhedenregeling) staande het faillissement van de kredietnemer.⁸

Het overwaardearrangement wordt ingezet om tussen meerdere schuldeisers van één schuldenaar, het surplus van de uitwinning van zekerheden aan elkaar ten goede te laten komen. Dit gaat als volgt in zijn werk. Schuldeiser A en schuldeiser B hebben beiden een met een pandrecht gecureerde vordering op schuldenaar C. Het pandrecht is gevestigd tot zekerheid van alle huidige en toekomstige vorderingen. A en B komen overeen dat zij borg staan voor elkaars vorderingen op C, zover bij uitwinning van hun zekerheden een surplus wordt gerealiseerd, dat wil zeggen het bedrag boven hun eigen vordering op C. Wanneer als gevolg van deze afspraak A een bedrag uitkeert aan B, krijgt A een regresvordering⁹ op C die hij, als separatist, kan verhalen op de executieopbrengst. Het idee van de constructie is derhalve dat pandhouder A ook de regresvordering op pandgever C, op grond van de jegens schuldeiser B aangegane borgtocht, kan verhalen op de verpande goederen. Het voordeel van deze regeling is dat bij ondersecuring indirect teruggevallen kan worden op een preferente zekerheid en dat niet aangesloten hoeft te worden in de rij van concurrente crediteuren.

De geldigheid van deze constructie wordt niet betwist en is door de Hoge Raad geaccepteerd in het Bannenberg q.q./NMB-Heller-arrest.¹⁰ Inmiddels heeft de Hoge Raad in de De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn-uitspraak ook de faillissementsbestendigheid van het arrangement bevestigd, mits het voldoet aan de door hem

6 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *RvdW* 2012/534 (ASR/Achmea). Zie ook: HR 14 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7157. Over de toekomstige vordering zie Schuijling 2016.

7 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836; Kriekaert, *ORP* 2012, p. 30-34; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166; Wibier, *MvV* 2012, p. 147-154; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15; Verdaas, *NTBR* 2014/3; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 231; Van Boom 2016, p. 103-104.

8 Mellenbergh, *NTBR* 2012/54; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166; Wibier, *MvV* 2012, p. 147-154; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43; Linck, *WPNR* 2013/6957; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15; Stortelder, *TvI* 2014/11.

9 Bijvoorbeeld op grond van art. 7:866 lid 1 jo art. 6:10 BW of art. 7:850 lid 3 jo art. 6:12 BW.

10 HR 9 juli, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, *NJ* 2004/618 (Bannenberg q.q./NMB-Heller).

gestelde eisen.¹¹ Dit oordeel van de Hoge Raad heeft de onrust bij de financieringspraktijk verzacht. In § 5.3.1 wordt hier binnen het bestek van het onderzoek nader op ingegaan.

Overigens is het van belang om bij het opstellen van regresclausules ook rekening te houden met subrogatie. De meer dan zijn aandeel in de schuld betalende hoofdelijke schuldenaar, wordt voor dat meerdere krachtens art. 6:12 BW gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser. Dit betekent dat eventuele nevenrechten, voorrechten en zekerheidsrechten die verbonden zijn aan de vordering van de schuldeiser voor het boven zijn aandeel betaalde gedeelte, toekomen aan de hoofdelijke schuldenaar. Als een concernvennootschap meer betaalt dan haar aangaat, dan kan zij ervoor kiezen om een regresvordering of een vordering uit subrogatie in te stellen tegen haar medeschuldenaren. Daarom zal bij ontvlechting van een concern rekening worden gehouden met subrogatievorderingen. Om dit te voorkomen dient afstand te worden gedaan van subrogatievorderingen. Wat in het vervolg van dit stuk wordt geschreven over het afstand doen van (toekomstige) regresvorderingen geldt mutatis mutandis ook voor (toekomstige) subrogatievorderingen.¹²

Omwille van de helderheid een woord over definities. De aanduidingen relatief en absoluut toekomstige vordering hebben in de literatuur voor begripsverwarring gezorgd. Enerzijds worden de termen gebruikt om aan te geven of een toekomstige vordering rechtstreeks of niet rechtstreeks verkregen wordt uit een bestaande rechtsverhouding. Anderzijds is het mogelijk om met de termen aan te duiden dat de vordering nog niet tot het vermogen van de vervreemder behoort, maar wel bestaat of dat de vordering tot geen enkel vermogen behoort, oftewel in het geheel nog niet bestaat.¹³ De laatste opvatting is de klassieke opvatting die ook in deze studie wordt gehanteerd.

5.3 Het ontstaansmoment van de regresvordering en zijn gevolgen

Als eerste wordt het ASR/Achmea-arrest uiteengezet. Daarna worden de kwalificaties van dit arrest besproken in het licht van de literatuur en de jurisprudentie. Tot slot is er naar aanleiding van het arrest *De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn* in deze paragraaf aandacht voor het gebruik van contractuele regresrechten.

Het feitencomplex van het ASR/Achmea-arrest is de volgende. Van Aart en Schellekens hebben ieder voor 50% een aan hen toebehorend Fries paard in eigendom, dat gestald is bij een manege in Sint-Michiëlsgestel, waar het paard wordt verzorgd.

11 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (*De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn*); HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (*Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV*).

12 Faber, *NTBR* 1995, p. 35-40, p. 39-40; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 83.

13 Faber & Vermunt, *JOR* 2014/172.

Op 26 oktober 1990 heeft het paard tijdens zijn verzorging Van den Ven tegen haar knie getrapt, met ernstig letsel tot gevolg. Van den Ven heeft Schellekens per brief van 8 september 1995 aangesproken tot vergoeding van haar schade. Op 1 april 1999 wordt Schellekens door Van den Ven gedagvaard. De procedure mondt uit in een declaratoir vonnis waarin wordt verklaard dat Schellekens aansprakelijk is.

De aansprakelijkheidsverzekeraar van Schellekens, Achmea schadeverzekeringen NV (hierna: Achmea), doet twee betalingen aan Van den Ven en wordt als zodanig gesubrogeerd in de vorderingsrechten van Schellekens. Op 7 augustus 2001 spreekt Achmea Van Aart en zijn schadeverzekering, een rechtsvoorganger van ASR schadeverzekeringen NV (hierna: ASR) aan tot vergoeding van 50% van het uitgekeerde bedrag op grond van het gesubrogeerde regresrecht van Schellekens. ASR stelt zich echter op het standpunt dat de regresvordering van Schellekens jegens Van Aart ex art. 3:310 BW verjaard is. Achmea betwist de verjaring van haar vordering en dagvaardt ASR voor de rechtbank Utrecht. Achmea vordert een verklaring voor recht waarin Van Aart en ASR hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de helft van het door haar uitgekeerde bedrag naar aanleiding van het ongeval van Van den Ven.

Nadat de feitenrechters het verjaringsverweer van ASR niet hebben gehonoreerd gaat de zaak in cassatie alwaar een oordeel geveld moet worden over de vragen of a) de door het hof gehanteerde vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is op een regresvordering in de zin van art. 6:10 BW en b) op welk moment een dergelijke regresvordering ontstaat. De Hoge Raad is het met het hof eens dat art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is op regresvorderingen krachtens art. 6:10 BW. Hij stelt in r.o. 3.5:

‘Een dergelijke regresvordering kan beschouwd worden als een “rechtsoverdracht tot vergoeding van schade” in de zin van art. 3:310 lid 1, welk begrip een ruime strekking heeft. De rechtsoverdracht strekt ertoe te voorkomen dat de niet aangesproken schuldenaar ten koste van de aangesproken schuldenaar ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat laatstgenoemde het verschuldigde heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.’¹⁴

14 Anders Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 37; Van Boom 1999, p. 98. Van Boom meent dat art. 3:306 BW van toepassing dient te zijn op art. 6:10 BW daar de regresvordering volgens hem geen ‘rechtsoverdracht tot vergoeding van schade’ is, maar een rechtsoverdracht tot bijdragen. Zie ook HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, NJ 2006/323 (Camerling/Gemeente Heerlen).

Ten aanzien van het ontstaansmoment van de regresvordering ex art. 6:10 BW oordeelt de Hoge Raad, overigens geheel in lijn met A-G De Vries Lentsch-Kostense¹⁵, 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.’¹⁶

Voorgaande zorgt ervoor dat het cassatieberoep van ASR wordt verworpen en vaststaat dat Achmea een regresvordering heeft jegens ASR en Van Aart voor de helft van het aan Van den Ven uitgekeerde schadebedrag.

5.3.1 *Het ASR/Achmea-arrest: de wettelijke regresvordering*

Om mogelijke gevolgen van het ASR/Achmea-arrest voor het regresrecht ex art. 6:10 BW te duiden, is het goed om enige opmerkingen te maken over de reikwijdte van het arrest. Het arrest gaat over een gesubrogeerde wettelijke regresvordering, desondanks lijkt het arrest ook van toepassing op regresvorderingen in een andere context. Aanvankelijk bestond in de literatuur verschil van inzicht over de vraag of de uit het ASR/Achmea-arrest voortvloeiende kwalificaties mogen worden toegepast op alle wettelijke vormen van een regresvordering.¹⁷ Auteurs die van mening zijn dat dit niet het geval is, wijzen erop dat de rechtspraak van de Hoge Raad slechts geïnterpreteerd moet worden tegen de achtergrond van de onderhavige zaak en behandelde rechtsvraag. De reikwijdte van het ASR/Achmea-arrest moet volgens hen restrictief worden toegepast.¹⁸ In de literatuur is ook gepleit om het arrest alleen te interpreteren als een oordeel over de ‘toekomstigheid’ van het regresrecht in relatie tot de verjaringsproblematiek en niet in relatie tot bijvoorbeeld het bezwaren (verpanden) van het regresrecht.¹⁹

15 PHR 06 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), nr. 27.

16 HR 06 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), r.o. 3.6. Zie ook de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, PHR 06 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), nr. 10-12. Vgl. het Duits recht: BGH 18 juni 2009, VII ZR 167/08, *NJW* 2010, 60; BGH 08 november 2016, VI ZR 200/15, *VersR* 2017, 170.

17 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 163.

18 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 157; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 43; Linck, *WPNR* 2013/6957, § 3.1; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 8.

19 Verstijlen, *WPNR* 2013/6963/121, § 9; Struycken & Keukens 2017, p. 242.

De kwalificaties uit het ASR/Achmea-arrest zijn in ieder geval van toepassing op de regresvordering uit borgtocht (art. 7:866 lid 1 jo 6:10 BW). Deze rechtsfiguur kan voor wat het ontstaansmoment van de regresvordering betreft op één lijn gesteld worden met de regresvordering die voorkomt uit hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:10 BW). De verschillen tussen borgtocht en hoofdelijkheid rechtvaardigen niet dat regresvorderingen voortkomend uit beide rechtsfiguren anders benaderd moeten worden inzake hun ontstaansmoment. Ook het subsidiaire karakter van borgtocht biedt hiertoe geen aanleiding. Beide berusten immers op de wettelijke grondslag van 6:10 BW.²⁰ In de literatuur is ervoor gepleit dat ook andere wettelijke regresvorderingen voor wat betreft hun ontstaansmoment, zich in beginsel kunnen richten op de hiertoe geformuleerde criteria uit de ASR/Achmea-uitspraak.²¹ Mijns inziens niet onterecht.

De rechtspraak²² en de literatuur²³ van vóór het ASR/Achmea-arrest heeft bij de praktijk tot de overtuiging geleid dat een latent regresrecht gekwalificeerd moest worden als een bestaand recht onder opschortende voorwaarden. Uit het ASR/Achmea-arrest volgt dat dit niet het geval is: een regresrecht vóór het moment dat de schuldenaar meer betaalt dan hem in de interne verhouding aangaat, is een toekomstig recht. Daarom meent een aantal auteurs dat de Hoge Raad in zijn uitspraak ASR/Achmea 'om' is.²⁴ De Hoge Raad stelt echter dat de praktijk zijn arresten verkeerd heeft uitgelegd.²⁵ Hoe het ook zij: het gevolg is dat de ASR/Achmea-uitspraak de praktijk heeft verrast.

20 Linck, *WPNR* 2013/6957, § 3.1; HR 14 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7157, *JOR* 2012/346, m.nt. A.J. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X).

21 Faber & Vermunt, *JOR* 2016/20, nr. 2; Schuijling 2016, p. 136.

22 HR 3 juni 1994, *NJ* 1995/340 (Antillen/Komdeur q.q.); HR 3 mei 2002, *NJ* 2002/393 (Brandao/Joral); HR 9 juli 2004, *NJ* 2004/618, m.nt. PvS (Bannenberq q.q./NMB-Heller). Zie ook HR 13 november 1903, *W* 7986 (De Veije q.q./Waterreus). Voor een kort overzicht van deze rechtspraak en het debat zie Bergervoet 2014, p. 265-268.

23 Zo meent Verloop, onder vigeur van het oude recht, dat de regresvordering ontstaat op het tijdstip dat de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aangegaan en dat de regresvordering daarom een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde van betaling is. Hij zoekt hiervoor aansluiting bij de borgtocht, art. 1876 BW oud. Op grond van deze bepaling en de bijbehorende jurisprudentie blijkt dat de verbintenis tussen de hoofdschuldenaar en de borg ontstaat onder opschortende voorwaarde van betaling op het moment dat de borgverplichting wordt aangegaan. Verloop past dit analoog toe op regresvorderingen. Van der Grinten daarentegen betoogt dat de regresvordering een toekomstige vordering is. Zie discussieverslag *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van conformfinanciering*, p. 130; Van der Grinten 1987, p. 68. Zie ook HR 13 november 1903, *W* 1903/7986 (De Veije q.q./Waterreus) en HR 8 november 1974, *NJ* 1975/268.

24 Faber & Vermunt, *RvdW* 2012/534; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 7; Schuijling 2016, p. 135. Vgl. Wibier, *MvV* 2012, p. 147-154. Anders Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 9-17.

25 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), r.o. 3.6.

In de literatuur is gewezen op de vermogensrechtelijke gevolgen die samenhangen met het beperktere rechtsgevolg die de beschikkings- of bezwaringshandeling van een toekomstige (regres)vordering heeft in vergelijking met een bestaande (regres)vordering.²⁶ Zo kunnen goederenrechtelijke handelingen bij toekomstige vorderingen alleen bij voorbaat worden verricht, aangezien de beschikkingsbevoegdheid tot het verrichten van die handelingen nog ontbreekt. Daarom geschiedt het verrichten van dergelijke handelingen onder opschortende voorwaarde van verkrijging. De levering of vestiging zal geen overdracht tot gevolg hebben zolang het goed als toekomstig wordt aangemerkt. Problemen lijken, afhankelijk van het betrokken rechtsfiguur, vooral te ontstaan wanneer de onderhavige (wettelijke) regresvordering ontstaat tijdens het faillissement van degene die over de vordering beschikte. Immers, in verband met het in art. 23 en 35 Fw bepaalde, beschikt niet de failliet over de, dan bestaande (regres)vordering, maar de curator. In dit geval is het op zijn minst ongewis of de curator de betreffende goederenrechtelijke handeling doorzet.

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de mate waarin partijafspraken inzake regres en subrogatie vatbaar zijn voor de bovenstaande thematiek.²⁷ Het kwalificeren van de regresvordering als toekomstige vordering is in de literatuur als problematisch ervaren inzake faillissementbestendigheid van het overwaardearrangement. Thans blijken dankzij het arrest *De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn* deze gevreesde gevolgen niet te zijn uitgekomen. In deze zaak heeft schuldenaar *Ouweland c.s.* zekerheden verschafft aan zijn schuldeisers *DLL Factoring, DLL FS en de Rabobank* die met elkaar een overwaardearrangement hebben gesloten. Nadat *Ouweland* failliet is gegaan zijn de zekerheden uitgewonnen. Dit resulteert in een surplus voor *DLL Factoring* en een tekort voor *DLL FS*. Vervolgens spreekt *DLL FS, DLL Factoring* aan op grond van de bij het overwaardearrangement afgegeven borgstelling en wil *DLL Factoring* haar regresvordering verhalen op de opbrengst van de uitwinning van de ten gunste van *DLL Factoring* gevestigde zekerheden. Bij de rechtbank Midden-Nederland vordert *DLL c.s.* hiervoor dan ook een verklaring voor recht. Bij behandeling van de zaak oordeelt de rechtbank dat de regresvordering van *DLL Factoring* geen tussen *DLL Factoring* en *Ouweland* bedongen (voorwaardelijk) vorderingsrecht is, maar een op datum faillissement toekomstige wettelijke regresvordering in de zin van het *ASR/Achmea*-arrest. Vervolgens stelt de rechtbank prejudiciële vragen of (en zo ja, onder welke voorwaarden) een overwaardearrangement waaruit slechts een wettelijk en daarmee toekomstig regresrecht voortvloeit, faillissementsbestendig is. De Hoge Raad overweegt:

26 Asser/Bartels & Mierlo 3-IV 2013/81 e.v.; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 39; Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 6-8.

27 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836; Krieckaert, *ORP* 2012, p. 30-34; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166; Wibier, *MvV* 2012, p. 147-154; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15.

‘[...] 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.’²⁸

De Hoge Raad vervolgt:

‘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.’²⁹

‘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

28 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn), r.o. 3.4.1.

29 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn), r.o. 3.4.2.

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.³⁰

Kort en goed: het overwaardearrangement is faillissementsbestendig. Hiervoor is nodig dat bij het uitspreken van het faillissement toekomstige (regres)vorderingen voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde schuldenaar. De rechtsverhouding tussen de hoofdschuldenaar en borg wordt hiertoe onvoldoende geacht. In dit kader is het cruciaal dat de schuldenaar toetreedt tot het overwaardearrangement en zodoende het regres voorziet van een contractuele basis.

De Hoge Raad oordeelt dat de wet zich niet verzet tegen een door partijen in het leven geroepen contractuele regresvordering onder opschortende voorwaarde.³¹ Dit betekent dat partijen zich niet kunnen uitspreken over het ontstaansmoment van een wettelijke regresvordering, maar op grond van de contractsvrijheid en de partij-autonomie in beginsel wel over het ontstaansmoment van een contractuele regresvordering.³² Partijafspraken betreffende het ontstaansmoment beïnvloeden niet de wettelijke regresvordering, maar roepen een naast de wettelijke regresvordering staande contractuele regresvordering in het leven.³³

Het naast elkaar bestaan van wettelijke en contractuele regresvorderingen roept vragen op inzake de samenloop.³⁴ Bijvoorbeeld: resulteert deze samenloop in één vorderingsrecht met meerdere rechtsgronden of heeft de regresgerechtigde in dit geval twee vorderingsrechten tot zijn beschikking? Zowel Van Boom als Bergervoet menen het laatste.³⁵ Wat in dit geval de verhouding is tussen de beide regresvorderingen is overigens geen uitgemaakte zaak. Het lijkt waarschijnlijk dat beide vorderingen naast elkaar kunnen bestaan, maar dat partijafspraken voorrang hebben op de wettelijke regresvordering en (delen ervan) ter zijde kunnen schuiven.³⁶

30 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn), r.o. 3.4.3.

31 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn), r.o. 3.3.2; Van Boom 2015; Krzeminski, *MvV* 2016, p. 120-124, p. 121-123; Wibier, *AA* 2016, p. 104-109, p. 108.

32 Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 24; Van Boom 2016, p. 118; Schuijling 2016, p. 162; Wibier, *AA* 2016, p. 104-109, p. 108-109.

33 Wanneer partijen bij een regresvordering met een contractuele grondslag niets afspreken over het ontstaansmoment wordt automatisch teruggevallen op de kenmerken van de wettelijke regresvordering. Zie Faber & Vermunt, *JOR* 2014/172.

34 Van Boom 2016, p. 105, 117-119; Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 5.

35 Van Boom 2016, p. 118; Bergervoet 2014, p. 251.

36 Vgl. Snijders 1973, p. 454.

Het door partijen omzetten van een toekomstige regresvordering in een bestaande regresvordering onder opschortende voorwaarde van betaling, raakt niet aan de kern van de vordering, namelijk het voldoen van schuld boven het eigen aandeel. Want het ontstaanscriterium van de toekomstige regresvordering en de voorwaarde van de bestaande regresvordering betreft beide het voldoen van schuld boven het eigen aandeel. De identiteitsverandering van de vordering vindt alleen plaats vanwege hetgeen partijen zijn overeengekomen. In de literatuur is gesteld dat een dergelijke constructie het ontstaansmoment niet zou moeten beïnvloeden.³⁷

Overigens kunnen partijen niet naar believen het ontstaansmoment van contractuele (regres)vorderingen bepalen. Het ontstaansmoment van een vordering heeft namelijk goederenrechtelijke consequenties die zich in het bijzonder laten gelden in faillissement. Bij de vordering betrokken derden kunnen door dergelijke partijafspraken geschaad worden in hun rechtspositie. Daarom zouden deze afspraken moeten worden geobjectiveerd. In die zin dat op grond van hetgeen ontspruit uit de rechtsrelatie van contractspartijen, beoordeeld moet worden op wat redelijkerwijs de gevolgen mogen zijn voor alle betrokkenen. Het omvormen van vorderingen van toekomstig naar bestaand en vice versa, stuit op een grens wanneer hierdoor derden onredelijk in hun rechten worden benadeeld.³⁸

Deze grens kan bereikt zijn wanneer in het zicht van faillissement afspraken worden gemaakt over dat ontstaansmoment. Aangezien de Hoge Raad inzake het overwaardearrangement vereist dat de hoofdschuldenaar toetreedt tot het arrangement en zich bij overeenkomst verplicht om de regresvordering van de borg te voldoen, ligt een faillissementspauliana op de loer. Vernietiging op grond van 42 Fw tast de rechtshandeling van de hoofdschuldenaar aan, in dit geval het toetreden tot het overwaardearrangement. Het gevolg is dat de betreffende regresvordering toekomstig van aard is en niet, zoals partijen beogen, bestaand (voorwaardelijk).

Een dergelijke casus doet zich voor in het Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV-arrest.³⁹ De Hoge Raad heeft overwogen dat het toetreden van de hoofdschuldenaar tot een overwaardearrangement een onverplichte rechtshandeling is.⁴⁰ Ook oordeelt de Hoge Raad dat er sprake is van wetenschap van benadeling indien het faillissement en een boedeltekort met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien op het moment van het aangaan van het overwaardearrangement.⁴¹ Het is daarom riskant om kort voor faillissement van de hoofdschuldenaar over te gaan tot het sluiten van het overwaardearrangement.⁴²

37 Schuijling 2016, p. 164.

38 Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 28; Van Boom 2016, p. 119; Schuijling 2016, p. 161-164.

39 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV).

40 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV), r.o. 4.2.2-4.2.5.

41 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV), r.o. 4.3.2.

42 Krzeminski, *MvV* 2016, p. 120-124, p. 124.

Naar aanleiding van het bovenstaande is het de schuldeisers aan te bevelen om een positive pledge clause overeen te komen met de hoofdschuldenaar. In het licht van een dergelijke clause kunnen partijen afspreken dat de hoofdschuldenaar: aanvullende zekerheid biedt, akkoord gaat met een tussen zijn crediteuren overeengekomen overwaardearrangement en instemt met een voorwaardelijke betalingsverplichting. Op deze wijze wordt een onverplichte rechtshandeling ex art. 42 Fw voorkomen.

5.3.1.1 Contractuele regresrechten en het fixatiebeginsel

De (financierings)praktijk gebruikt in toenemende mate contractueel vormgegeven verhaalsrechten om te komen tot een door partijen gewenste afwikkeling. Zo wordt contractueel bepaald dat tussen hoofdelijke medeschuldenaren over en weer bestaande vorderingsrechten onder opschortende voorwaarden al bestaan. Vervolgens worden deze rechten bij voorbaat verpand, eventueel achtergesteld en wordt er bij voorbaat afstand van gedaan.⁴³

Het gebruik van contractuele regresrechten vindt aansluiting bij de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁴⁴ Met het toepassen van contractuele regresrechten kan betrekkelijk gemakkelijk de rechtsverhouding worden bepaald tussen de bank en de hoofdelijke schuldenaren en de hoofdelijke schuldenaren onderling. De hoofdelijke schuldenaren kunnen overeenkomen dat zij een voorwaardelijke contractuele regresvordering hebben op elkaar. Als opschortende voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering kan worden bepaald dat alle schulden van de hoofdelijke schuldenaren aan de bank moeten zijn voldaan. Zolang de bank een vordering heeft op één van de hoofdelijke schuldenaren ontstaat er geen (contractueel) regres. Aanvullende beperkingen en/of uitsluitingen van het regresrecht zouden *sec* gezien niet nodig zijn.⁴⁵

In de literatuur zijn er auteurs die de wenselijkheid betwisten van het contractueel ‘omvormen’ van een toekomstig regresrecht naar een bestaand regresrecht. Snijders meent dat ‘partijbepalingen die tot gevolg hebben dat wordt afgeweken van het

43 Struycken & Keukens 2017, p. 240; Verdaas 2018. Voor een praktijkvoorbeeld zie: Algemene voorwaarden bedrijfsfinancieringen van de Rabobank 2017, hoofdstuk 8 Bepalingen over vergoedingsrechten. In art. 1 van dit hoofdstuk wordt overeengekomen: ‘Is er nog een andere klant of een ander die aansprakelijk is voor de financiering? En heeft u meer betaald dan dat u op grond van de onderlinge verhouding had moeten betalen? Op grond van de wet kunt u dan een vordering op de andere klant of die ander krijgen. Dit kan een vordering zijn in verband met subrogatie of regres. U gaat ermee akkoord dat u geen wettelijke vorderingen in verband met subrogatie of regres zult hebben tegenover die andere klanten of anderen. In plaats daarvan spreken wij met u contractuele vergoedingsrechten af.’

44 Zie de uitspraken: HR 9 juli 2004, *NJ* 2004/618, m.nt. PvS (Bannenberg q.q./NMB-Heller) en HR 16 oktober 2015, *ECLI:NL:HR:2015:3023* (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn).

45 Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 6.

fixatiebeginsel en de *paritas creditorum* in beginsel niet geoorloofd moeten zijn'.⁴⁶ Het is aan de rechter en niet aan de zekerheidsgerechtigden om de verhaalsmogelijkheden te verdelen over de zekerheidsgerechtigden en de boedel, aldus Snijders.⁴⁷

Volgens de Hoge Raad is de boedel niet weerloos tegen overmatige sturing van verhaalsmogelijkheden door de zekerheidsgerechtigden. Hij meent in zijn *De Lage Landen/Van Logtestijn*-arrest dat de faillissementspauliana kan bijdragen aan bescherming van de boedel. Verschillende auteurs sluiten zich aan bij de Hoge Raad en wijzen ook op dit rechtsfiguur als bescherming voor de boedel.⁴⁸ Van Boom vindt Pauliana-bescherming maar een schrale troost, het kan immers bewerkelijk zijn om paulianeus handelen aan te tonen.⁴⁹

Door auteurs is ook betoogd om het fixatiebeginsel minder stringent toe te passen. Wanneer een dergelijke ontspanning inzake het fixatiebeginsel optreedt, kan het gebruik van contractuele verhaalsrechten in beginsel worden beperkt. A-G Timmerman stelt ter zake in zijn conclusie bij *De Lage Landen/Van Logtestijn*-arrest:

'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. [...] onderdeel van die rechtstoestand [van de boedel] 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 sluimer-toestand 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.'⁵⁰

Een ander in de literatuur geopperd alternatief is om alle vorderingen die voortkomen uit bestaande rechtsverhoudingen als bestaand te kwalificeren ex art. 23 en 25 lid 2 Fw. De ratio hierachter is om het fixatiebeginsel te enten op de rechtsverhouding waaruit de vordering voortkomt en niet op het ontstaansmoment.⁵¹

46 Snijders 2016, p. 378.

47 Snijders 2016, p. 378.

48 Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 28.

49 Van Boom 2015, § 3. Eveneens zo Snijders 2016, p. 379.

50 PHR 10 juli 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1691, nr. 4.7.

51 Snijders 2016, p. 382.

5.4 Methoden die indirect de regresvordering beïnvloeden

In deze paragraaf worden rechtsfiguren besproken die indirect de regresvordering kunnen beïnvloeden. Deze methoden worden aangewend om de hoofdelijke aansprakelijkheid aan te tasten of om constructies te maken die het gebruik van de hoofdelijkheid vermijden. De gedachte is dat door de hoofdelijke aansprakelijkheid aan te tasten of te vermijden, de regresvordering wordt aangetast of niet ontstaat. Deze methoden kunnen mede worden ingezet door partijen die geen rol spelen bij de totstandkoming van de financierings-/zekerhedenovereenkomst, zoals de curator.

De problematiek inzake de toekomstige aard van het regresrecht speelt geen rol bij deze methoden. Wel kan het aantasten van de rechtshandeling die de hoofdelijkheid in het leven roept, verregaande effecten hebben voor het concern. Daarom kan het gebruik van een dergelijke methode als te invasief worden beoordeeld. Achtereenvolgens wordt behandeld: de doeloverschrijding, de actio Pauliana, ontslag van hoofdelijke aansprakelijkheid krachtens 6:14 BW, de schuldoverneming, de bedding- en limiteringstheorie, een beroep op de onrechtmatige daad, de activa/passiva transactie en een beroep op de redelijkheid en billijkheid.

5.4.1 Een beroep op doeloverschrijding

De rechtspersoon is een organisatie met een doelomschrijving. Volgens de literatuur en de wetsgeschiedenis wordt onder het doel in de zin van art. 2:7 BW het statutaire doel verstaan.⁵² Rechtshandelingen die worden verricht door de rechtspersoon en buiten haar doelomschrijving vallen, zijn te vernietigen door de rechtspersoon met een beroep op doeloverschrijding. Een voorwaarde hierbij is dat de wederpartij weet of zonder eigen onderzoek moet weten dat de rechtshandeling in strijd is met het statutaire doel van de vennootschap.

Het statutaire doel vormt het kader van de handelingen van de rechtspersoon. Art. 2:7 BW draagt bij aan de begrenzing van dat statutaire doel.⁵³ Hierbij heeft de Hoge Raad bepaald dat voor beantwoording van de vraag of er bij bepaalde rechtshandelingen sprake is van doeloverschrijding, zowel de statutaire doelomschrijving als alle overige omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen.⁵⁴ In het bijzonder moet gekeken worden of met de betrokken rechtshandeling het belang van de vennootschap is gediend.⁵⁵ Ook de concernverhoudingen spelen bij deze afweging een rol van betekenis.⁵⁶

52 Parl. Gesch. NBW, Boek 2, p. 127 e.v.; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 224 e.v.

53 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/830.

54 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993/98 (Westland/Utrecht Hypotheekbank).

55 HR 20 september 1996, *NJ* 1997/149 (Playland); HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993/98 (De Wereld).

56 HR 07 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0502, *NJ* 1992/438 (Astro).

Kort gesteld moet de statutaire doelomschrijving worden uitgelegd in het licht van de redelijkheid en billijkheid, de belangen en aard van de rechtspersoon en het kader waarbinnen de rechtspersoon functioneert.⁵⁷ Hierbij bestaan in de literatuur twee lezingen over de verhouding tussen het vennootschappelijk belang en het statutaire doel: de nominale leer en de intrinsieke leer.⁵⁸

In de intrinsieke leer is ruimte weggelegd voor een derogerende werking van het vennootschapsbelang.⁵⁹ Het vennootschappelijk belang is in deze leer een optelsom van alle bij de vennootschap betrokken deelbelangen in een specifiek geval. Concreet betekent dit dat bijvoorbeeld het werknemersbelang, het belang van de aandeelhouders of het concernbelang onderdeel zijn van het vennootschappelijk belang. Handelingen die kennelijk in strijd zijn met het vennootschapsbelang, zijn in strijd met het doel van de vennootschap. Hierbij maakt het niet uit hoe ruim de omschrijving van het statutaire doel van een vennootschap is geformuleerd. Zo zou een doelomschrijving die aan het concernbelang dermate prioriteit geeft dat de concernvennootschap zich geheel en zonder enig voorbehoud garant stelt voor de concernschulden, de toets met het vennootschappelijk belang niet kunnen doorstaan. Anders gesteld, een beroep op doeloverschrijding is te rechtvaardigen wanneer een concernvennootschap zekerheid geeft die niet in lijn is met de omvang van haar eigen vermogen en zij daarbij zelf niet of nauwelijks profijt trekt van het verleende krediet.⁶⁰

De nominale leer gaat ervan uit dat een heldere statutaire doelomschrijving niet gevoelig is voor een derogerende werking van het vennootschappelijk belang.⁶¹ De letterlijke tekst van de statutaire doelomschrijving is in beginsel leidend in de afwijking of er in een concreet geval sprake is van doeloverschrijding. Hierbij worden de zogenoemde secundaire handelingen ook tot het statutaire doel gerekend. Dit zijn handelingen die niet expliciet in het statutaire doel worden omschreven, maar redelijkerwijs uit de doelomschrijving voortvloeien of tot de noodzakelijke werkzaamheden behoren. Hiertoe behoort ook het geven van zekerheid voor schulden van derden.⁶² De nominale leer vindt aansluiting bij het Playland-arrest⁶³ vanwege de

57 Huizink 2014.

58 Keijzer *V&O* 2002, p. 82-87; Belder, *V&O* 2004, p. 42-45; Stienstra *V&O* 2005, p. 22-26. Zie ook HR 01 april 1949, *NJ* 1949/465 (Doetinchemse IJzergieterij).

59 Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, p. 210-213.

60 Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, p. 211.

61 Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997/74 en 76. Vgl. Van Solinge 2002.

62 Hof Amsterdam 22 maart 1984, *NJ* 1985/219 (Nesolas BV); Rb. Breda 24 juni 1997, *JOR* 1997/112 (Van Gils Holding Roosendaal BV); Rb. Rotterdam 24 februari 2000, *JOR* 2000/76 (Diepvries Goedereede B.V.); Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/830; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 227.

63 HR 20 september 1996, *NJ* 1997/149; *JOR* 1996/119 (Playland).

rol die de redelijkheid en billijkheid speelt in de begrenzing van het toepassingsbereik van de leer. De dochter kan zonder risico van doeloverschrijding zekerheid bieden voor de concernschuld, zolang de continuïteit van de dochter maar niet in gevaar komt.⁶⁴

De meeste concernvennootschappen zullen, al dan niet aangespoord door banken, een concernclausule opnemen in hun statuten. De uitwerking van zo'n clausule op de doelomschrijving van de moedervennootschap is als volgt. In de doelomschrijving van de moedervennootschap wordt dan opgenomen dat zij haar doel kan nastreven door het oprichten van, deelnemen in, het voeren van beheer over, samenwerken met en het financieren van rechtspersonen, waarbij zij het beleid van die andere vennootschappen zal coördineren en op elkaar afstemmen. Ook de doelomschrijving van een dochtervennootschap wordt beïnvloed door het gebruik van een concernclausule. Doorgaans wordt opgenomen dat de dochtervennootschap mede tot doel heeft om de belangen te dienen van de moedervennootschap en van de met haar in het concern verbonden vennootschappen. Ook wordt vaak vermeld dat de dochter tegen deze achtergrond een van de moedervennootschap afhankelijke vennootschap is. Deze tekst kan worden aangevuld met zinsneden inzake het verstrekken van zekerheden, al dan niet voor schulden van anderen en/of het aangaan en verstrekken van geldleningen. Om al hetgeen wat wellicht niet in de doelstelling staat, maar daar wel in had moeten gedekt te hebben, wordt doorgaans afgesloten met de alomvattende zin, 'de vennootschap heeft ten doel: al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn'.⁶⁵ In dit licht fungeert als contra-indicatie het uitdrukkelijk statutair uitsluiten van zekerheidstelling door de dochtervennootschap voor de schulden van andere ondernemingen.⁶⁶

Al met al lijkt het op deze wijze 'dichttimmeren' van de doelomschrijving geen ruimte te laten voor een geslaagd beroep op doeloverschrijding. Desalniettemin is het de vraag wat de waarde is van de tekstdelen uit de voorgaande alinea in het licht van één van de belangrijkste verplichtingen van de vennootschap: het waarborgen van het voortbestaan van de vennootschap. Wanneer de vennootschap rechtshandelingen verricht waardoor het voorzienbaar is dat de onderneming in haar voortbestaan wordt bedreigd, wordt de rechtshandeling geacht in weerspraak te zijn met het

64 Belder, *V&O* 2004, p. 42-45, p. 42-43. Overigens wordt door verschillende auteurs een wijziging van art. 2:7 BW bepleit. Namelijk om bij rechtshandelingen met derden doeloverschrijding alleen interne werking toe te kennen. Rechtshandelingen met derden zijn derhalve enkel onder bijzondere omstandigheden vatbaar voor vernietiging op grond van art. 2:7 BW. Groenewald 2001, p. 201; Timmerman 2001, p. 45-46.

65 Jager, *VrA* 2007/1, p. 10; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 231-232.

66 Rb. Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5310, *JIN* 2013/176, r.o. 4.7.

vennootschappelijk belang en haar statutaire doel. Zou het aangaan van hoofdelijke aansprakelijkheid leiden tot zo'n situatie, dan zou een beroep op doeloverschrijding kunnen slagen. Het maakt daarvoor niet uit of het bieden van zekerheid voor de concernschuld letterlijk is opgenomen in het statutaire doel of dat dit is aan te merken als een secundaire handeling.⁶⁷

Het in zwaar weer verlenen van hoofdelijke aansprakelijkheid kan leiden tot doeloverschrijding van de vennootschap in kwestie.⁶⁸ Het gegeven dat de hoofdelijk aansprakelijke vennootschap een regresvordering krijgt wanneer hij wordt aangesproken door de schuldeiser, zal gewoonlijk niet tot een ander oordeel leiden. Immers, een eventuele regresvordering van de vennootschap is achtergesteld bij de vorderingen van de bank. Pas als de vorderingen van de bank zijn voldaan, komt de vennootschap toe aan haar regresvordering. Het is zeer twijfelachtig of er in dat geval bij de hoofdelijke medeschuldenaren nog genoeg vermogen resteert om de regresvordering te voldoen. Het is in een dergelijk geval voorstelbaar dat er concernvennootschappen failleren en als gevolg van een domino-effect ook de andere concernvennootschappen meeslepen in een deconfiture.

Deze kanttekening gemaakt hebbende; gewoonlijk is een succesvol beroep op doeloverschrijding minder waarschijnlijk wanneer (I) tussen concernvennootschappen de financiële verwevenheid toeneemt; (II) de concernvennootschappen profijt hebben van de financiële kruisverbanden; en (III) de hoofdelijke aansprakelijkstelling op basis van reciprociteit plaatsvindt.⁶⁹ Op grond van (de spaarzame) rechtspraak lijkt een beroep op doeloverschrijding inzake het geven van zekerheden voor de concernfinanciering, niet snel te worden toegekend. Doorgaans vanwege de functie die een vennootschap heeft in een concern (de moedervenootschap is nu eenmaal verantwoordelijk voor een degelijke financiering van het concern) en vanwege de synergievoordelen die het concernverband aan de concernvennootschappen wordt geacht te leveren.⁷⁰

67 Vgl. Rozenblum-criteria.

68 Jager, *VrA* 2007/1, p. 13; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 77.

69 Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland); HR 07 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0502, *NJ* 1992/438 (Astro). Oostwouder 1996 p. 345; Jager, *VrA* 2007/1, p. 11; Oostlander, *JIN* 2013/176.

70 Voor een behandeling van de betreffende rechtspraak, ook niet gepubliceerde rechtspraak, zie Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 232-235.

5.4.2 Actio Pauliana

Als een schuldenaar de grenzen van de vrije beschikking over zijn vermogen overschrijdt en daarmee de verhaalspositie van schuldeisers beperkt, dan kunnen schuldeisers een beroep doen op de actio Pauliana.⁷¹ Voor het slagen van een actio Pauliana moet er sprake zijn van (I) een door de schuldenaar onverplicht verrichtte rechtshandeling;⁷² (II) benadeling van één of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden;⁷³ en (III) de situatie dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de verrichtte rechtshandeling benadeling van zijn schuldeisers tot gevolg zou hebben⁷⁴. Wanneer een beroep op de actio Pauliana slaagt, dan volgt vernietiging van de bestreden rechtshandeling. Dit betekent dat bij aantasting van de hoofdelijkheidsverklaring in concernfinancierverband, concernvennootschappen alleen hun eigen aandeel in de concernschuld moet voldoen. Er ontstaan derhalve ook geen regresaanspraken.

Als de schuldenaar in staat van faillissement verkeert, kunnen de crediteuren een beroep doen op de algemene regeling van de actio Pauliana, art. 3:45 e.v. BW, of de faillissementspauliana, art. 42 e.v. Fw. De faillissementspauliana is een meer uitgewerkte regeling, die in bepaalde opzichten afwijkt van de regeling die in het BW is opgenomen. Zo volgt uit art. 47 Fw dat onder omstandigheden de onverplichtheid van de rechtshandeling geen vereiste is. Verder wordt de faillissementspauliana door de curator uitgeoefend ten faveure van de boedel, terwijl art. 3:45 BW van toepassing is op individuele schuldeisers.

In de onderstaande alinea's volgt een uiteenzetting over hoe de bestanddelen van de actio Pauliana invulling krijgen bij het in concernverband financieren van ondernemingsactiviteiten. Achtereenvolgens worden behandeld: de onverplichtheid van de rechtshandeling, het benadelingsvereiste en het wetenschapsvereiste.

71 Art. 3:45 e.v. BW (algemene regeling actio Pauliana); art. 42 e.v. Fw (faillissementspauliana); art. 4:205 BW (erfrechtspauliana). Voor studies over de aard van de actio Paulina in het algemeen zie J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Deventer: Kluwer 1988, nr. 5.13; T.J. Mellema-Kranenburg, *De legitieme portie* (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 6. Voor studies over de faillissementspauliana zie R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen 2012), Deventer: Kluwer 2012; R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanzfechtung & Transaction Avoidance in insolencies, naar een geobjectieeerde regeling van schuldeisersbenadeling*, (diss. Universiteit van Amsterdam), Deventer: Kluwer 2010; G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict* (diss. Universiteit van Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006; F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Katholieke Universiteit Brabant), Deventer: Kluwer 1998.

72 HR 8 januari 1937, *NJ* 1937/431, m.nt. E.M. Meijers; HR 10 december 1976, *NJ* 1977/617; HR 20 november 1998, *NJ* 1999/611 (Verkeer/Tiethoff q.q.).

73 HR 23 december 1949, *NJ* 1950/262, m.nt. Houwing (Boendermaker/Schopman); HR 22 september 1995, *NJ* 1996/706, m.nt. Snijders (Rovast/Ontvanger); HR 22 maart 1991, *NJ* 1992/214 (Loeffen q.q./Bank Mees & Hope II); HR 22 mei 1992, *NJ* 1992/526 (Montana 1).

74 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994/257 (Ontvanger/Pellicaan); HR 26 augustus 2003, *NJ* 2004/549 (UPC).

De onverplichtheid van een rechtshandeling houdt in dat de rechtshandeling wordt verricht zonder dat daar een wettelijke of contractuele verplichting voor bestaat.⁷⁵ Bij het centraal kasbeheer is de hoofdelijke aansprakelijkheid die concernvennootschappen aanvaarden ten opzichte van de bank dikwijls onverplicht.⁷⁶ De concernvennootschappen hebben geen directe kredietrelatie met de bank en in die situatie vloeit ook uit de algemene bankvoorwaarden geen verplichting tot hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling voort.⁷⁷ Het kan voorkomen dat een concernvennootschap wel een rekening aanhoudt bij de bank en op grond daarvan cliënt is. Echter, deze relatie verplicht een concernvennootschap niet zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de concernschuld. De vennootschap kan hoogstens worden gesommeerd een mate van zekerheid te stellen die proportioneel is aan haar bankschuld. Ter zake stelt art. 26 lid 1 sub b ABV 2017: ‘U hoeft niet meer zekerheid te geven dan redelijkerwijs nodig is. Maar u moet ervoor zorgen dat onze zekerheid op ieder moment voldoende is voor de voldoening van de schulden die u aan ons heeft of zal hebben.’

De instructie van de moedervennootschap aan de concernvennootschap om zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de concernschuld levert evenmin een verplichte rechtshandeling op. Een dergelijke instructie is voor de concernvennootschap formeel gezien een interne aangelegenheid, waarbij de algemene vergadering van aandeelhouders aan het bestuur een opdracht geeft. Ook al heeft de instructie een wettelijke- of statutaire basis, dan werkt dit in beginsel alleen tussen de organen van de concernvennootschap. Het levert de vennootschap geen wettelijke of contractuele verplichting op. Het aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld is dan onverplicht in de zin van art. 3:45 BW/42 Fw.⁷⁸

Aanvaarding van hoofdelijkheid leidt niet snel tot benadeling van schuldeisers want de hoofdelijkheid levert een concernvennootschap doorgaans voordelen op. Zo kan zij tegen gunstiger voorwaarden gebruikmaken van het concernkrediet dan wanneer de concernvennootschap zelfstandig een krediet bij de bank bedingt. Bovendien wordt de concernvennootschap dusdanig onderdeel van het financieringssysteem van het concern dat zij enige mate van financiële reciprociteit mag verwachten van alle bij het systeem betrokken concernvennootschappen. Dat het aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld vaak disproportioneel is ten opzichte van eigen vermogen of ten aanzien van het eigen aandeel in de schuld is veelal onvermijdbaar. Dat hoeft niet te betekenen dat er sprake is van een onaanvaardbare mate van disproportionaliteit. Het concernbelang dient in onderhavige financiële systemen in

75 HR 8 januari 1937, *NJ* 1937/431, m.nt. E.M Meijers.

76 Van Schilfgaarde 1987, p. 86; Van Olfen 1989, p. 279-280; Winter 1993, p. 232; Oostwouder 1996, p. 358; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 221-224.

77 ABV 2017.

78 Van Olfen 1989, p. 280; Winter 1992, p. 232-233; Oostwouder 1996, p. 258-259.

beginsel te prevaleren boven het individuele belang van de concernvennootschappen.⁷⁹ De disproportionaliteit is onredelijk wanneer er een gegronde vrees bestaat dat door aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld de continuïteit van de concernvennootschap in gevaar komt.⁸⁰ Pas dan zou van benadeling sprake kunnen zijn en voldaan zijn aan het benadelingsvereiste.

Bij een rechtshandeling anders dan om niet volgt uit art. 3:45 lid 2 BW/42 lid 2 Fw dat de rechtshandeling slechts wordt vernietigd indien ook de wederpartij wist of behoorde te weten dat benadeling van één of meer schuldeisers het gevolg zou zijn. Bij rechtshandelingen om niet geldt dit extra wetenschapsvereiste niet. Wel is mogelijk dat de derde die te goeder trouw handelde in bepaalde omstandigheden bescherming toekomt. Daarnaast kan het lastig zijn om in concernverband wetenschap van benadeling aan te tonen. Vaak kunnen partijen zich erop beroepen dat de zekerheidsverschaffing de continuïteit van het concern waarborgt. Ook kan het lastig zijn om te bewijzen dat de bank kennis had of behoorde te hebben van de benadeling, te meer omdat de bank afhankelijk is van de aangeleverde financiële gegevens van de moedervennootschap. De concernleiding zal in de regel de bank geen somber beeld voorschotelen, zij wil immers (extra) krediet.⁸¹ Ook bij een rechtshandeling om niet, in welk geval alleen wetenschap bij de schuldenaar moet worden aangetoond, kan informatieafhankelijkheid ook een rol spelen. Naast het door de concernleiding geschetste rooskleurige beeld van de concernfinanciën, zal het bestuur van de concernvennootschap doorgaans weinig tot geen inzicht hebben in de concernboekhouding.⁸²

Tot nu toe is de bewijspositie van de benadeelde niet te benijden. Om tegemoet te komen aan deze soms lastige positie heeft de wetgever bewijsvermoedens toegekend ten voordele van de crediteur. Zo wordt het wetenschapsvereiste vermoed voor de schuldenaar en voor de schuldeiser wanneer is voldaan aan het gestelde in art. 3:46 lid 1 BW. Namelijk wanneer bij een rechtshandeling, waardoor (I) een schuldeiser is benadeeld en (II) die rechtshandeling verricht is binnen één jaar voor het invoeren van de vernietigingsgrond en (III) de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn tot die rechtshandeling had verplicht, wordt vermoed dat men aan beide zijden wist of behoorde te weten dat een zodanige benadeling het gevolg van de rechtshandeling zou zijn bij overeenkomsten, waarbij (IV) de waarde van de verbintenis aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die van de verbintenis aan de andere zijde overtreft. Dit is dikwijls het geval wanneer een concernvennootschap zich hoofdelijk

79 Rb. Amsterdam 3 augustus 1994, n. g. (Borsje & Buisman); Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996/307 (Heineken/De Ploeg); Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 222-223.

80 Winter 1992, p. 240-244, 252; Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996/307 (Heineken/De Ploeg). Zie ook de conclusie van A-G Huydecoper, nr. 20 bij HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/2 (Van Emden q.q./Rabobank).

81 Van Schilfgaarde 1987, p. 86; Winter 1992, p. 248-249.

82 Oostwouder 1996, p. 360.

aansprakelijk stelt voor de concernschuld. Echter, de periode tussen het verstrekken van hoofdelijke aansprakelijkheid en de deconfiture van het concern is doorgaans meer dan een jaar. Deze bewijsvermoedens helpen crediteuren in de praktijk dan ook weinig. Dit geldt ook voor de bewijsvermoedens uit hoofde van art. 45 Fw en art. 43 Fw.⁸³

Wanneer het concern zich financiert met behulp van het paraplu krediet wordt een beroep op de actio Pauliana nog lastiger. In een dergelijk financieel systeem onderhoudt de concernvennootschap een directe band met de bank uit hoofde van een financieringsovereenkomst. De gegeven zekerheden en aansprakelijkheden zijn in dat licht niet onverplicht gegeven, een succesvol beroep op de actio Pauliana zal hier stranden. Wat de crediteur rest is te trachten de gehele financieringsovereenkomst aan te tasten. Dit zorgt wederom voor bewijsproblematiek inzake het wetenschapsvereiste van de kant van de bank en de concernvennootschap.⁸⁴

5.4.3 Ontslag uit hoofdelijke aansprakelijkheid

Bij ontvlechting kan de financier een uitvarende vennootschap van zijn hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld ontslaan. Dit ontslag kan niet voorkomen dat er toch regresaanspraken ontstaan. Immers, de eerste volzin art. 6:14 BW stelt: 'Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijke schuldenaar bevrijdt deze niet van zijn verplichting tot bijdragen.' Het ontslag van hoofdelijke aansprakelijkheid zorgt alleen dat de schuldeiser niet meer kan aankloppen bij de uitgevaren vennootschap. Het beschermt deze laatste niet tegen regresaanspraken in de onderlinge verhouding tussen medeschuldenaren. De schuldeiser is immers geen partij bij deze interne tussen medeschuldenaren onderling werkende rechtsverhouding.

De tweede volzin van art. 6:14 BW biedt mogelijk wel uitkomst om regresaanspraken te voorkomen: 'De schuldeiser kan hem niettemin van zijn verplichting tot bijdragen jegens een medeschuldenaar bevrijden door zich jegens deze laatste te verbinden zijn vordering op hem te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden.' De schuldeiser kan de uit hoofdelijkheid ontslagen schuldenaar vrijwaren voor regresvorderingen als hij het aandeel in de schuld van deze schuldenaar in mindering brengt op zijn vordering op overige medeschuldenaren. Hier schuilt wel een risico in voor de schuldeiser. Namelijk wanneer de omvang van het aandeel in de schuld van de bevrijde schuldenaar onduidelijk is of er een kans bestaat dat de schuld wordt omgeslagen. Zeker in dit laatste geval kan het kwijt te schelden bedrag snel oplopen.⁸⁵

83 Van Schilfgaarde 1987, p. 86-87; Winter 1992, p. 232-233 en 251; Oostwouder 1996, p. 360-361. Verder kan de crediteur onder omstandigheden de bewijsvermoedens van art. 3:46 lid 5 sub b BW proberen te benutten. De curator kan zijn pijlen ook richten op art. 47 Fw.

84 Oostwouder 1996, p. 360-361.

85 Oostwouder 1996, p. 351-352; Van Boom 2016, p. 201.

Een tweede mogelijkheid bij het ontslaan van vennootschappen uit de hoofdelijke aansprakelijkheid teneinde regresaanspraken te voorkomen is ‘simpelweg’ alle tot het concern behorende vennootschappen te ontslaan van hun hoofdelijke aansprakelijkheid. Geen hoofdelijkheid betekent geen uit de hoofdelijkheid voortvloeiend regres. Uiteraard is dit gewoonlijk niet aantrekkelijk voor de schuldeiser. Hij heeft nu minder zekerheid voor de aangegane schuld en loopt risico’s met betrekking tot het doorleeneffect⁸⁶. Banken zullen daarom niet snel geneigd zijn in te stemmen met deze maatregel.⁸⁷

5.4.4 Schuldoverneming

Bij toepassing van schuldoverneming⁸⁸ nemen de achterblijvende concernvennootschappen de hoofdelijke schuld over met toestemming van de bank van de uitvarende vennootschap. Deze transactie is alleen succesvol zolang de achterblijvende concernvennootschappen gezond zijn en er een ‘faire’ prijs voor de overname is betaald. Zodoende hoeft de uitvarende vennootschap niet beducht te zijn voor een vernietiging van de schuldoverneming op grond van een actio Pauliana of een vordering voortvloeiend uit onrechtmatige daad. Schuldoverneming als middel om regresproblematiek te vermijden lijkt in een sterfhuisconstructie weinig kans van slagen te hebben. Het concern zal per definitie in moeilijkheden verkeren wanneer toevlucht wordt gezocht bij een sterfhuisconstructie. De actio Pauliana en de onrechtmatige daad geven in een dergelijk geval de uitvarende vennootschap niet de zekerheid dat ze niet met aanspraken uit regres wordt geconfronteerd.⁸⁹ Ook in een sterfhuisituatie is het vanwege een mogelijke omslagplicht, lastig om te bepalen wat een redelijke prijs is voor het overnemen van de hoofdelijke schuld van de vertrekkende concernvennootschap.

5.4.5 De bedding- en limiteringstheorie

Kern van de beddingtheorie⁹⁰ is dat concernvennootschappen in ruil voor krediet, zekerheden verschaffen aan de moedervennootschap in plaats van aan de bank. De zekerheden mogen door de moedervennootschap worden gebruikt als zekerheid voor door de bank aan de moedervennootschap verleende kredieten. Ook kan de moedervennootschap haar aandelen in haar concernvennootschappen verpanden aan de bank en haar vorderingen op de concernvennootschappen cederen aan de bank. Het gevolg is dat de zekerheden alleen worden gebruikt voor het secureren van de eigen

86 Zie § 3.3.1.

87 Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 75-76.

88 Art. 6:155 BW.

89 Oostwouder 1996, p. 342; Olaerts, *TvOB* 2009b, p. 99-104, p. 100-101.

90 Ophof, *NJB* 1983, p. 1192-1194, p. 1194.

schulden in plaats van voor de gehele concernschuld. Hierdoor is er geen hoofdelijke aansprakelijkheid en zijn er dus ook geen regresaanspraken. Ook waakt deze constructie tegen overfinanciering.⁹¹

Echter, de beddingtheorie heeft bezwaren die ertoe hebben geleid dat de theorie weinig gevolg krijgt in de praktijk. Zo wordt de aanwezige kredietruimte in het concern niet optimaal benut. Neem de situatie waarbij een concernvennootschap die veel zekerheid kan stellen, een kleine financieringsbehoefte heeft. Veel van de potentiële zekerheden van deze concernvennootschap worden niet ingezet voor het verkrijgen van meer krediet. Daarnaast is het voor banken lastig om bij gebruik van de beddingtheorie inzicht te krijgen in de stroom die het ter beschikking gestelde krediet volgt in het concern. Daarom is het moeilijk om de verkregen zekerheden op waarde te schatten, want de moeder zou het krediet kunnen gebruiken om niet solvabele concernvennootschappen te financieren.⁹² Zoals eerder ook aangegeven is dit voor banken een belangrijke reden om hoofdelijke aansprakelijkheid te verlangen van de concernvennootschappen.

In tegenstelling tot de beddingtheorie stellen concernvennootschappen zich bij de limiteringstheorie wel hoofdelijk aansprakelijk voor de concernschuld. Echter, de aansprakelijkheid is gelimiteerd tot de draagkracht van de betreffende concernvennootschap. De theorie probeert op deze wijze de nadelen van de beddingtheorie te verzachten. De bank heeft een minder groot belang om precies te weten hoe de kredietstroom in het concern loopt. Immers, ieder van de concernvennootschappen is aan te spreken voor de totale concernschuld. Tevens is het potentiële concernkrediet hoger dan bij de beddingtheorie, maar lager dan bij volledige hoofdelijke aansprakelijkheid. Op de limiteringstheorie is kritiek gekomen. Zo kan de omvang van de draagkracht van een concernvennootschap moeilijk te bepalen zijn. Ook is niet helder op welk moment de maximale draagkracht moet worden bepaald. Bovendien blijft de tweede regresfase ongedekt. De hoofdelijke aansprakelijkheid blijft namelijk bestaan en juist de dreiging van een omslag maakt de problematiek bij tijd en wijle brisant.⁹³ In de literatuur zijn varianten op de limiteringstheorie beschreven, echter ook deze varianten zijn niet afdoende en leveren in de praktijk te veel onvolkomenheden op.⁹⁴

91 Ophof, *NJB* 1983, p. 1192-1194, p. 1194; Oostwouder 1996, p. 362-366; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 76-77.

92 Commissie vennootschapsrecht 1987, p. 5; Ophof 1990a, p. 81-82; Oostwouder 1996, p. 363-364; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 77.

93 Winter 1992, p. 137-139; Oostwouder 1996, p. 365; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 77-78.

94 Oostwouder 1996, p. 365; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 77-78.

5.4.6 Beroep op de onrechtmatige daad

Benadeelden kunnen de hoofdelijkheid proberen aan te tasten door middel van een actie uit onrechtmatige daad.⁹⁵ De haalbaarheid hiervan is twijfelachtig, evenals de doelmatigheid van het instrument. Dit geldt in het bijzonder wanneer de curator de hoofdelijke aansprakelijkheid van een failliete vennootschap probeert aan te tasten. Dikwijls zal de faillissementspauliana daar een doeltreffender middel voor zijn. Daarnaast zorgt de relatief zware bewijslast van de onrechtmatige daad ervoor dat het een bewerkelijk instrument is.⁹⁶

Verder richt het gebruik van de onrechtmatige daad door crediteuren zich meer op schadevergoeding in de vorm van geld, dan op het aantasten van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Echter, benadeelde crediteuren kunnen op basis van art. 6:103 BW afstand van de hoofdelijke aansprakelijkheid eisen. Rechters zullen over het algemeen niet snel geneigd zijn een dergelijke vordering toe te wijzen in verband met de ingrijpende gevolgen die dit met zich meebrengt. Gezien het voorgaande volgt dat een beroep op onrechtmatige daad om de hoofdelijke aansprakelijkheid aan te tasten vaak weinig zinvol is.

5.4.7 De activa/passiva transactie

Overnames kunnen via een activa/passiva transactie of via een aandelentransactie plaatsvinden. Wanneer een overname gestalte krijgt door middel van een activa/passiva transactie is het betrekkelijk eenvoudig om financiële kruisverbanden te ontvlechten. Zolang de overgedragen activa vrij zijn van zekerheidsrechten heeft de overnemende onderneming geen last van de zekerheidstelling die door de verkopende concernvennootschap zijn verstrekt. De activa/passiva transactie heeft ook een aantal nadelen. Zo is de verkoopprijs van een activa/passiva transactie gebaseerd op de liquidatiewaarde in plaats van op de going-concernwaarde. Dit levert een lagere verkoopprijs op. Verder kent de activa/passiva transactie weinig fiscale voordelen. Indien een overname zich verwezenlijkt middels een aandelentransactie is de ontvlechting van de financiële kruisverbanden minder gemakkelijk. Bij een aandelentransactie wordt de vennootschap, die (mede) voor de concernschuld hoofdelijk aansprakelijk is, overgedragen. De rechten en plichten die deze vennootschap is aangegaan (onder andere de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld en eventueel de daaruit voortkomende regresvorderingen) volgen in beginsel de vennootschap.⁹⁷

⁹⁵ Oostwouder 1996, p. 361-362.

⁹⁶ Zie de bestanddelen: onrechtmatige daad, schade, toerekenbaarheid, causaliteit en relativiteit.

⁹⁷ Oostwouder 1996, p. 341-342.

5.4.8 Beroep op de redelijkheid en billijkheid

Partijafspraken moeten niet leiden tot gevolgen die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁹⁸ In de literatuur is de vraag gesteld of het in strijd met de redelijkheid en billijkheid is als een vennootschap die faillieert zich onbeperkt verhaalt op de renderende vennootschappen van het concern en zich niet richt op de continuïteit van de renderende ondernemingen.⁹⁹ Aanvaarding van dit betoog lijkt mij niet voor de hand liggend gezien de mogelijke belangen van derden bij de faillerende vennootschappen.

Ook is de vraag gesteld of het gewraakte besluit tot het aangaan van hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden vernietigd in de zin van art. 2:15 lid 1 sub b BW. Dit zou kunnen als gevolg van een tegenstijdig belangsituatie¹⁰⁰, hoewel de kans klein lijkt dat een dergelijk beroep succesvol is. Situaties die onder art. 2:8 jo art. 2:15 lid 1 sub b BW vallen lijken eveneens weinig houvast te bieden voor een geslaagde actie tot het vernietigen van de hoofdelijkheidsverklaring.¹⁰¹ Art. 2:8 gaat namelijk over de redelijkheid en billijkheid bij de interne verhoudingen van de rechtspersoon. Het toetscriterium is of het betreffende orgaan, in dit geval het bestuur van de tot de zekerheidsovereenkomst toetredende vennootschap, in redelijkheid en naar billijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen, in het licht van alle bij het besluit betrokken belangen van partijen. Zowel uit de wettelijke norm als uit de rechtspraak¹⁰² volgt dat de rechter terughoudend moet zijn bij het beoordelen of een orgaan van een rechtspersoon alle relevante belangen naar redelijkheid en billijkheid in overweging heeft genomen en hierbij de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht. Opgemerkt wordt dat naar mate de verstrengeling of de verwevenheid van belangen groter is, een zich daartoe verhoudende hogere mate van zorgvuldigheid bij het nemen van besluiten is benodigd.¹⁰³ Gezien de ruime afwegingsvrijheid die het bestuur heeft, zal alleen in extreme situaties een beroep op de redelijkheid en billijkheid slagen.

5.5 Methoden die direct de regresvordering beïnvloeden

In deze paragraaf worden instrumenten besproken die direct ingrijpen op de regresvordering. Achtereenvolgens worden behandeld de vaststellingsovereenkomst, de afstand van regresakte, de garantieverklaring tegen regresaanspraken, het overnemen van regresaanspraken, het pandrecht bij een toekomstige regresvordering, de cessie en de achterstelling.

98 Art. 6:248 lid 2 BW.

99 Oostwouder 1996, p. 367.

100 § 3.3.2.1.4.2.

101 Oostwouder 1996, p. 343-351.

102 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (KLM).

103 HR 29 september 2006, LJV AY5697, NJ 2006/639 (The Mill Resort).

5.5.1 De vaststellingsovereenkomst

Wanneer een concern bij het aangaan van concernfinanciering onvoldoende heeft afgesproken om regresaanspraken tussen (uitgevaren) concernvennootschappen te voorkomen, kan de vaststellingsovereenkomst uitkomst bieden.¹⁰⁴ Het bestuur van de regresgerechtigde vennootschappen en hen die de aandelen van de concernvennootschappen mogen vervreemden kunnen de hoogte van de aanspraak uit regres vaststellen.¹⁰⁵ Bij het overeenkomen van de omvang van het regres moeten voornoemde partijen rekening houden met de schuldeisers die geen partij zijn bij de vaststellingsovereenkomst. Deze groep schuldeisers kan bij benadeling als gevolg van de vaststellingsovereenkomst, onder omstandigheden, de betroffen rechtshandeling aantasten met een actio Pauliana. Het is daarom belangrijk voor partijen om de belangen van deze schuldeisers mee te wegen bij het bepalen van de omvang van het regres. Het probleem hierbij is de moeilijkheid om de mate van benadeling van dergelijke crediteuren in te schatten.¹⁰⁶

In de literatuur is geopperd dat een vaststellingsovereenkomst over de wijze van het berekenen van de draagplicht gewoonlijk niet kan worden aangetast met een beroep op de actio Pauliana. De gedachte is dat er geen vaststaande methode voor het bepalen van de interne draagplicht is en dat een vaststellingsovereenkomst alleen voorziet in het mitigeren van rechtsonzekerheid over de manier waarop de draagplicht wordt bepaald. Het is met andere woorden niet zo dat een schuldeiser in een slechtere verhaalspositie komt als gevolg van de vaststellingsovereenkomst, er is namelijk geen op voorhand vaststaande maatstaf met bijbehorende verhaalspositie waarvan wordt afgeweken. Het sluiten van een dergelijke overeenkomst zou zelfs toelaatbaar zijn aan de vooravond van het faillissement van één van de hoofdelijke schuldenaren.¹⁰⁷

Voor het succes van een herstructurering kan het wenselijk zijn om een vaststellingsovereenkomst te sluiten over de omvang van het regres of de manier waarop de draagplicht wordt bepaald. Dit is een begrijpelijk en een redelijk belang. Tegelijkertijd betekent dit niet dat de belangen van derden die niet bij overeenkomst zijn betrokken niet moeten worden gewogen. Het kan zeer wel zijn dat de belangen van deze derden baat hebben bij de herstructurering en dat de vaststellingsovereenkomst hun belangen per saldo niet negatief beïnvloed. Dit is echter niet per definitie zo. Ook wanneer alleen een methode voor het bepalen van de draagplicht wordt overeengekomen, kunnen de belangen van derden negatief worden aangetast. Partijen kunnen overeenkomen om af te wijken van de rangorde bij draagplicht, dit kan in het

104 Art. 7:900-906 BW.

105 Bij surseance van betaling en faillissement zijn een bewindvoerder respectievelijk een curator bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen bij het maken van afspraken omtrent een vaststellingsovereenkomst.

106 Oostwouder 1996, p. 366-367.

107 Struycken & Keukens 2017, p. 230-231.

specifieke geval slecht uitpakken voor een derde. Ook kan de derde de verwachting hebben dat conform vigerend recht de verdeling van de draagplicht plaatsvindt op grond van de restregel, de draagplicht voor gelijke delen. Wanneer partijen in het zicht van faillissement een alternatief afspreken, kan dit gevolgen hebben voor de verhaalspositie van deze derde. Het maken van een afspraak over de wijze waarop de draagplicht wordt bepaald, schurkt toch wel heel dicht aan tegen het maken van een afspraak over de draagplicht. Immers, de draagplicht is het resultaat van de wijze waarop dit is bepaald.

De vaststellingsovereenkomst kan ervoor zorgen dat partijen tussen hen bestaande (latente) regresaanspraken zo regelen dat de uitvarende vennootschap gevrijwaard blijft van regresaanspraken. Echter, wanneer het faillissement van één van de betrokken partijen aanstaande is, moet mijns inziens toch rekening worden gehouden met de belangen van derden. Ook wanneer de vaststellingsovereenkomst alleen gaat over de manier waarop de draagplicht wordt vastgesteld.

5.5.2 *Afstand van regresakte*

In de literatuur bestaat onzekerheid over de effectiviteit van de afstand van regresakte. De belangrijkste vraag hierbij is of een overeenkomst van afstand van een toekomstig regresrecht wordt doorkruist door het failliet van de afstanddoende partij waarbij de regresvordering ontstaat na zijn faillissement. Navolgend wordt ingegaan op de faillissementsbestendigheid van de afstand van regresakte in concernfinancieringsverband.

Afstand doen van een vorderingsrecht is geregeld in art. 6:160 BW. Uit dit artikel volgt dat een verbintenis tenietgaat door een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar, waarbij de schuldeiser afstand doet van zijn vorderingsrecht. De overeenkomst van afstand kan twee verschillende vormen aannemen: (I) de afstand om niet en (II) de afstand anders dan om niet. De tegenprestatie bij een overeenkomst van afstand anders dan om niet kan bestaan uit het verrichten van een nieuwe prestatie of een nieuwe verbintenis.¹⁰⁸ Het sluiten van een nieuwe verbintenis kent drie vormen. Ten eerste: de nieuwe verbintenis wordt tussen de oude schuldenaar en de oude schuldeiser gesloten. Ten tweede: de nieuwe verbintenis wordt tussen de oude schuldenaar en een nieuwe schuldeiser gesloten. Ten derde: de nieuwe verbintenis wordt tussen een nieuwe schuldenaar en een oude schuldeiser gesloten.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Deze vorm was onder het OBW bekend als de schuldvernieuwing (en in het Romeinse recht bekend als de novatio). In het huidige recht is deze vorm als zodanig niet opgenomen. Het beginsel van contractsvrijheid geeft partijen namelijk reeds de mogelijkheid om een bestaande verbintenis te vervangen door een nieuwe. Voor meer informatie over schuldvernieuwing zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/320 e.v.

¹⁰⁹ Overigens is er geen vormvereiste voor het doen van afstand en dientengevolge is een uitdrukkelijke verklaring tot het doen van afstand niet verplicht. Hetgeen tot gevolg heeft dat door de schuldeiser opgewekt vertrouwen voldoende is om een vordering teniet te laten gaan. Zie MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 589.

Bij het doen van afstand van een regresvordering zal volgens het bepaalde in art. 6:160 BW eerst duidelijk moeten zijn wie de schuldeiser is. Mijns inziens is dit de hoofdelijk schuldenaar die boven zijn aandeel in de schuld heeft bijgedragen. Ook de aangesproken borg kan gekwalificeerd worden als schuldeiser in de zin van 6:160 BW.¹¹⁰ Uit art. 6:26 BW kan worden afgeleid dat op toekomstige verbintenissen niet dezelfde bepalingen toepasbaar zijn als op voorwaardelijke verbintenissen. Desalniettemin blijkt noch uit art. 6:160 BW, noch uit de parlementaire geschiedenis dat het schuldenaren verboden is om afstand te doen van toekomstige vorderingen.¹¹¹

Om afstand te doen van een (toekomstig) vorderingsrecht is het noodzakelijk dat de partijen en de vordering waar afstand van wordt gedaan, of waarvan partijen niet willen dat deze ontstaat, in voldoende mate bepaalbaar zijn in de zin van art. 6:227 jo art. 6:216 BW. Vaak is nog niet bekend ten opzichte van welke concernvennootschap afstand wordt gedaan. Dit is niet problematisch zolang een afstand van regresakte zodanig is opgesteld dat dit op het moment van uittreden duidelijk wordt.¹¹² Dit kan bewerkstelligd worden wanneer het doen van afstand geschiedt onder de opschortende voorwaarde van het uitvaren van de concernvennootschap jegens welke afstand wordt gedaan. Het gebruiken van opschortende voorwaarden geeft partijen de mogelijkheid om gedifferentieerd om te gaan met het doen van afstand. Het is namelijk denkbaar dat wanneer de moedervennootschap door de bank wordt aangesproken uit hoofdelijkheid, deze vennootschap regres wil kunnen nemen op de andere concernvennootschappen. Het te allen tijde uitsluiten van regres kan daarom onwenselijk zijn.

Naast de partijen, moet ook het type vordering en de omvang van de vordering zijn bepaald. Aangezien partijen geen afstand doen van alle vorderingen is een nadere omschrijving van belang. Mijns inziens is de soort vordering afdoende omschreven wanneer de bedoelde vordering wordt aangeduid als 'vorderingen uit hoofde van regres en subrogatie'.¹¹³ De bepaalbaarheid van de omvang van de vordering is in beginsel geen voorwaarde voor de geldigheid van een overeenkomst van afstand. Het is wel vereist dat op een later tijdstip de omvang van de vordering vast is te stellen.¹¹⁴ De toepassing van het profijtbeginsel is in concernverband soms onduidelijk en daarom niet ideaal om te gebruiken voor het bepalen van de omvang van de regresvordering bij een overeenkomst van afstand. Dit beginsel leidt niet tot 'maximale' rechtszekerheid. Los van deze kanttekening, geeft het voorgaande aanleiding voor de overtuiging dat een toekomstige regresvordering in voldoende mate kan worden

110 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 165 e.v.; Faber & Vermunt, *JOR* 2014/172.

111 Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 587 e.v.; Tjittes 1992, p. 43.

112 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/283 e.v.

113 Ophof 1991, p. 72.

114 Asser/Sieburgh 6-I 2012/23.

bepaald. Overigens kunnen partijen de bepaalbaarheid van de regresvordering vergroten door afstand te doen van bepaalde onderdelen van het regresrecht zoals de omslagplicht.¹¹⁵

Verschillende auteurs menen dat voor het tot stand komen van de inhoud van de overeenkomst van afstand, beschikkingsbevoegdheid vereist is. Met name in faillissement zou dit tot problemen kunnen leiden. Ophof stelt dat vanwege het fixatiebeginsel¹¹⁶ (art. 23 jo 35 Fw)¹¹⁷ beschikkingsonbevoegdheid ex art. 3:84 BW een obstakel is voor het ontstaan van de regresvordering bij faillietverklaring van degene die over de vordering beschikte. Immers op het moment dat de opschortende voorwaarde wordt vervuld, moeten er ook goederenrechtelijke handelingen zijn verricht door degene die over de vordering beschikte en beschikkingsbevoegd is. De gedachtegang van Ophof volgend zou conform de nemo-plusregel, alleen de curator van de failliet afstand van het regresrecht kunnen doen. Doorgaans zal de curator hiertoe niet genegen zijn.

Ophof ziet wat dit aangaat verwantschap tussen het doen van afstand van een vorderingsrecht en het doen van afstand van een beperkt recht. Hij beschouwt het doen van afstand als een beschikkingshandeling in de zin van art. 3:98 jo art. 3:83 jo art. 3:84 BW.¹¹⁸ Ook trekt hij een vergelijking met cessie op grond van de veronderstelling dat zowel cessie als de overeenkomst van afstand gericht zijn op het verschuiven van vermogensbestanddelen. Ter zake van het verschuiven van de regresvordering uit het vermogen van de regresgerechtigde, meent hij dat de afstand van regresakte van een toekomstige regresvordering aan dezelfde regels onderhevig is als bij het cederen van zo'n vordering.¹¹⁹

De door Ophof gemaakte parallellen tussen de overeenkomst van afstand enerzijds en beperkte rechten en cessie anderzijds, lopen mijns inziens spaak. Art. 3:98 BW ziet op de afstand van beperkte rechten en niet op de afstand van een vorderingsrecht. In de parlementaire geschiedenis van art. 3:98 BW zijn geen aanwijzingen om hier anders over te denken.¹²⁰ Hierbij heeft het doen van afstand van een beperkt recht tot gevolg, dat het beperkte recht weer terugkeert naar de hoofdgerechtigde. Dit is niet de situatie bij het doen van afstand van een vorderingsrecht. De schuldenaar wordt ontslagen van zijn verbintenis zonder dat er enig recht terugkeert naar de hoofdgerechtigde.¹²¹

115 Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 6.

116 Over het fixatiebeginsel zie Snijders 2016, p. 369 e.v.

117 Ophof 1987, p. 19; Ophof 1991, p. 67 e.v. Zie ook Van der Grinten 1987, p. 68; Cahen 2002, nr. 143; Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833, noot 25; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 165.

118 Anders dan Ophof ziet Snijders het doen van afstand van een vordering als een beschikkingshandeling op grond van art. 23 Fw. Zie Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 165. Vgl. Aaftink 1974, p. 119-122.

119 Ophof 1987, p. 19; Ophof 1991, p. 69.

120 Parl. Gesch. Boek 3, p. 404 e.v.

121 Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 80; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 164.

Ook de gezochte overeenkomst met het cessiefiguur strandt. Bij het cederen van een vorderingsrecht beogen partijen om de vordering uit het vermogen van A naar het vermogen van B te verschuiven. Kortom, er ontstaat een nieuwe rechthebbende. Bij de cessie van een toekomstige vordering is dit niet anders. Dit in tegenstelling tot de wilsovereenstemming van partijen bij het doen van afstand van een toekomstig vorderingsrecht. De wil van partijen is niet gericht op vermogensverschuiving, maar op het niet doen ontstaan van dat vorderingsrecht.

Het standpunt dat bij afstand van een toekomstig vorderingsrecht de vordering niet ontstaat, is in het verleden verdedigd door Snijders.¹²² Hij stelt:

‘Noch het oude recht, noch het nieuwe recht bevat m.i. enige beperking van de mogelijkheid van het bedingen van ‘afstand van toekomstige vorderingen’, als men deze omslachtige omschrijving al wil bezigen voor het beding dat geen vorderingen (hier: regresvorderingen) zullen ontstaan. Men maakt zich toch ook geen zorgen over de geldigheid van exoneraties op de grond zij neer komen op ‘afstand van toekomstige vorderingen’ tot schadevergoeding, mogelijk zelfs uit een toekomstige onrechtmatige daad.’¹²³

Oostwouder, Rongen, Olaerts, Faber en Vermunt sluiten zich aan bij dit standpunt en menen dat de werking van een verklaring van afstand van een toekomstige (regres) vordering ook werking heeft in geval van faillissement. Een dergelijke verklaring heeft, in de opinie van voornoemde auteurs, tot gevolg dat partijen op geen enkel moment rechten van regres zullen toekomen.¹²⁴

Mijns inziens is dit een juiste constatering. Partijen proberen bij afstand van een toekomstige vordering geen overdracht te bewerkstelligen¹²⁵, maar beogen het ontstaan van de vordering te voorkomen. Hiervoor zijn geen beschikkingshandelingen nodig. Het betreft een verklaring tussen rechtssubjecten en is een verbintenisrechtelijke figuur. Anders gesteld, het gaat hier om een relatief recht en niet om een absoluut recht.

Dit geldt ook voor een variant op de afstand van regresakte. Namelijk wanneer wordt afgesproken dat de interne draagplicht van een hoofdelijke schuldenaar overeenkomstig is aan het bedrag dat deze hoofdelijke schuldenaar voldoet aan de schuldeiser. In dit geval betaalt de aangesproken schuldenaar niet boven zijn aandeel in de schuld en daarom ontstaat er geen regres en/of subrogatie.¹²⁶

122 Snijders 1992, p. 386-387.

123 Snijders 1992, p. 387. Vgl. Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 165.

124 Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 80 e.v.; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 37; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 11; Faber & Vermunt, *JOR* 2014/172.

125 Parl. Gesch. Boek 3, p. 404 e.v. Overigens kan ook een met regres samenhangende subrogatie contractueel uitgesloten worden.

126 Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 4.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of een verklaring van afstand van een toekomstige regresvordering bewerkstelligt dat de rechthebbende afstand van de regresvordering doet zodra deze ontstaat, of dat de regresvordering in het geheel niet ontstaat. In het eerste geval verdwijnt de regresvordering uit het vermogen van de rechthebbende en in het tweede geval verhindert de verklaring het ontstaan van aansprakelijkheid.¹²⁷ Naar mijn mening verdient het de voorkeur om te spreken over het niet ontstaan van een regresvordering. Bij het doen van afstand van een (absoluut) toekomstige vordering bestaat de vordering als zodanig nog niet, daarbij is het de bedoeling van partijen dat de vordering nooit zal ontstaan. De overeenkomst die dit tussen partijen regelt, heeft dan tot gevolg dat de regresvordering niet in het vermogen van de potentieel rechthebbende komt omdat de vordering nooit ontstaat.

De afstand van regresakte is niet onaantastbaar. Het is zaak om in geval van een precaire vermogenspositie van het concern, er rekening mee te houden dat de concernvennootschap die afstand doet van haar regresrecht en vervolgens meer betaalt dan haar aandeel, haar eigen schuldeisers met beperktere verhaalsmogelijkheden opzadelt. Dit kan leiden tot een succesvol beroep op de actio Pauliana. Benadeelde crediteuren kunnen de betrokken partijen ook aanspreken met een beroep op art. 6:162 BW. Doorgaans zal schadevergoeding worden geëist. Verder kunnen benadeelde partijen op grond van art. 2:15 lid 1 sub b BW vernietiging vorderen van de besluiten waarop een afstand van regresakte berust.¹²⁸

De benadeelde partijen kunnen ook het bestuur van de afstanddoende concernvennootschap aanspreken. Oostwouder ziet hoofdzakelijk risico's voor de bestuurdersaansprakelijkheid wanneer de akte wordt gesloten in het zicht van faillissement.¹²⁹ Bartman echter ziet het risico van bestuurdersaansprakelijkheid ook wanneer het concern een rendabele vermogenspositie heeft.¹³⁰ In het licht van bestuurdersaansprakelijkheid is in de literatuur overwogen of het doen van afstand van regres niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Immers, de hoofdelijke schuldenaar (of borg) ten laste van wie de schuld wordt gedelgd, wordt een verhaalsmogelijkheid ontnomen. Dit gegeven zou des te zwaarder kunnen wegen wanneer niet alleen afstand wordt gedaan van regres maar ook van subrogatie.¹³¹ Wanneer dit handelen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, vormt dit een opmaat voor bestuurdersaansprakelijkheid.

127 Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 80.

128 Oostwouder 1996, p. 343-351.

129 Oostwouder, *O&F* 2013, p. 35.

130 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833.

131 Beekhoven van den Boezem, *O&F* 2005, p. 56-62, p. 61.

Struycken en Keukens menen dat het doen van afstand van regres en/of subrogatie geen bestuurdersaansprakelijkheid moet opleveren. Afspraken over rechten uit hoofde van regres en subrogatie hebben (mede) tot doel om een herstructurering zo optimaal mogelijk te laten verlopen. Het maken van afspraken neemt in dit licht onzekerheid weg. De bestuurders van niet rendabele concernvennootschappen moeten het concernbelang meewegen in hun besluitvorming en in het belang van het concern en een herstructurering, verhaalsrechten opgeven.¹³²

Ondanks het pleidooi van Struycken en Keukens kan het voor bestuurders van concernvennootschappen een lastige afweging zijn om met een gerust hart gehoor te geven aan een verzoek tot het doen van afstand van verhaalsrechten. De betreffende bestuurders zouden wellicht minder huiverig zijn om het concernbelang zwaarder te laten wegen dan het belang van de eigen vennootschap wanneer er indachtig het voorstel van Forum Europaeum¹³³ onderscheid wordt gemaakt tussen *Ordinary companies* en *Service companies*. In dit geval zou het voor bestuurders van *Service companies* minder bezwaarlijk moeten zijn om zich te voegen naar de wensen van de concernleiding.¹³⁴

Het is echter een veel voorkomende praktijk dat de bank bij aangaan van het concernkrediet een afstand van regresakte tussen de concernvennootschappen bedingt. Over eventuele gevolgen hiervan voor de aansprakelijkheid van het bestuur van de concernvennootschappen is nog geen rechtspraak. Maar het op deze wijze beperken van regresaanspraken, lijkt een risico te kunnen zijn bij het behoorlijk vervullen van de bestuurstaak.¹³⁵

5.5.3 De garantieverklaring tegen regres

De garantieverklaring tegen regres doelt niet op het voorkomen van regresvorderingen, maar op het vergoeden van schade die de koper van een uitgevaren vennootschap lijdt, wanneer deze vennootschap wordt aangesproken uit hoofde van regres. Het succesvol verhalen van de regresvordering leidt tot aantasting van het eigen vermogen van de uitgevaren vennootschappen. Als dit risico zich verwezenlijkt kan de koper de garantie invoeren en het verschil verhalen op de verkoper. Wanneer een dergelijke garantie wordt gegeven vóór faillissement of surseance van betaling van de verkopende partij, is de vordering die deze garantie oplevert een concurrente vordering op de verkoper. Wordt lopende de surseance van betaling of het faillissement een dergelijke garantieverklaring afgegeven, dan is een uit deze garantie

132 Struycken & Keukens 2017, p. 232.

133 Forum Europaeum on Company Groups, 'Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border company Groups in Europe', *European Company and Financial Law Review* 2015, nr. 2, p. 299-306.

134 Zie § 3.2.4.

135 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833-834.

voortvloeiende vordering een boedelschuld. Echter, in het geval de opbrengsten van de verkoop geheel ten goede komen aan de bank, dan is het denkbaar dat de curator een dergelijke garantie voor rekening van de bank wil laten komen. Bij aanvaarding hiervan door de bank is een soortgelijke figuur gecreëerd als in art. 6:14 BW. De bijdrageplicht van de uitvarende vennootschap wordt namelijk overgenomen door de bank, zij het naderhand, indien de garantie wordt ingeroepen. Het voordeel van deze methode is dat de bijdrageplicht moet worden overgenomen wanneer deze zich materialiseert.¹³⁶ Overigens werkt deze methode alleen als de bank niet de koper is of de financiering van de koper verzorgt. In dergelijke gevallen faciliteert de bank haar eigen verlies wanneer de garantie wordt ingeroepen.¹³⁷

5.5.4 *Pandrecht en een toekomstige regresvordering*

Pandrecht is een veel gebruikt instrument om banken zekerheid voor terugbetaling te geven. In de literatuur bestaat twijfel over de effectiviteit van het pandrecht in relatie tot een toekomstige regresvordering. Hierbij is het volgende onderscheid te maken. Enerzijds het vestigen van een pandrecht ter securering van een toekomstige regresvordering (het vestigen van een pandrecht *voor* een toekomstige vordering). Anderzijds het bij voorbaat verpanden van een toekomstige regresvordering (het vestigen van een pandrecht *op* een toekomstige vordering). Onderstaand volgt een uitwerking van beide situaties.

5.5.4.1 Het vestigen van een zekerheidsrecht ter securering van een toekomstig regresrecht

Als gevolg van art. 3:231 BW kan een recht van pand voor een toekomstige vordering worden gevestigd.¹³⁸ Dit betreft zowel een absoluut als een relatief toekomstige vordering. Hierbij is het irrelevant of de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit, bestaat op het moment van het vestigen van het pandrecht. Art. 3:231 lid 2 BW verlangt alleen dat de toekomstige vordering voldoende bepaalbaar is. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat aan het bepaalbaarheids criterium is voldaan wanneer de vordering identificeerbaar is in geval van executie van het goed waarop

136 Ophof 1992, p. 469-470.

137 Winter 1992, p. 229.

138 Onder vigour van het OBW is de vraag gesteld of een afhankelijk recht als het pandrecht kan ontstaan zonder dat de vordering waarvoor het pandrecht tot zekerheid dient reeds bestaat. De Hoge Raad beantwoorde deze vraag bevestigend in HR 25 februari 1955, *NJ* 1955/711 (M.B./Rotterdamse Bank).

het pandrecht is gevestigd.¹³⁹ Indien dit in onvoldoende mate helder is, wordt teruggegrepen op de titel in de akte van pandrecht en de uitleg daarvan.¹⁴⁰ Overigens wordt om aan het bepaalbaarheids criterium tegemoet te komen in de financieringspraktijk de boekenclausule gebruikt. Hierbij komen partijen overeen dat de boekhouding van de financier beslissend is bij het aanduiden van de vordering ten behoeve waarvan het zekerheidsrecht is gevestigd. Het één en ander behoudens tegenbewijs van de kredietnemer.¹⁴¹

Het pandrecht ontstaat op het moment van vestiging en is hiervoor niet afhankelijk van het moment waarop de vordering ontstaat. Dit leidt ertoe dat na vestiging van het pandrecht, beslaglegging op het goed waar het pandrecht op rust, geen werking heeft jegens de pandhouder. Ook niet wanneer de vordering ten behoeve waarvan het pandrecht tot zekerheid strekt, na de beslaglegging ontstaat. Het is in de literatuur onduidelijk of dit ook geldt voor een faillissementsbeslag.¹⁴² Het gaat hierbij om de vraag hoe strikt het fixatiebeginsel moet worden uitgelegd. In de literatuur is betoogd dat het fixatiebeginsel tot gevolg heeft dat bij faillissement van de pandgever, de pandhouder van een pandrecht voor een toekomstige vordering zich niet kan verhalen voor een vordering die na de faillietverklaring ontstaat.¹⁴³ Deze interpretatie van het fixatiebeginsel is mijns inziens te strikt. De Faillissementswet sluit niet uit dat een toekomstige vordering, die voortvloeit uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, batig wordt gerangschikt naast bestaande vorderingen.¹⁴⁴

Hierop aansluitend heeft de Hoge Raad ook geen strikte vorm van het fixatiebeginsel gehanteerd in de arresten *Koot Beheer/Tideman q.q.*¹⁴⁵ en *Credit Suisse/Jongepier q.q.*¹⁴⁶ De Hoge Raad oordeelt dat een vordering die voortvloeit uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar, een verifieerbare vordering is, ook als deze pas tijdens het faillissement ontstaat. De rechtspositie die op grond van die rechtsverhoudingen bestaat, moet in faillissement worden gerespecteerd.¹⁴⁷ Als nu voor een dergelijke toekomstige vordering een

139 MvA, Parl. Gesch. Boek 3, p. 737. Dit laat onverlet dat de pandhouder pas bevoegd wordt tot executie over te gaan, wanneer er een opeisbare vordering is en de schuldenaar met betrekking tot die vordering in verzuim verkeert. Zie art. 3:248 BW.

140 HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 (ING/Muller q.q.).

141 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/46.

142 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/51; Kortmann & Faber 2001, p. 143 e.v.

143 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/51; Rb. Arnhem 11 februari 1999, *JOR* 1999/110A, m.nt. E. Loesberg.

144 Art. 132 lid 2 Fw jo art. 483e Rv; Van Hees 1997, p. 167; Kortmann & Faber 2001, p. 145-148; Kamerstukken II 1981/82, 16 593, nr. 5, p. 19 (MvA).

145 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

146 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

147 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.2; HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), r.o. 3.5.5.

pandrecht is gevestigd, ligt het in de rede dat er voor de pandhouder geen striktere opvatting van het fixatiebeginsel geldt. In het bijzonder niet omdat de pandhouder als separatist zijn rechten kan uitoefenen als ware er geen faillissement.¹⁴⁸

Het strikt hanteren van het fixatiebeginsel leidt verder tot een opmerkelijk verschil tussen de pandhouder en een op verrekening beroepende concurrent crediteur. De pandhouder van een toekomstige vordering, voortkomend uit een ten tijde van de faillietverklaring van de pandgever bestaande rechtsverhouding, kan zich niet verhalen op de ten behoeve van de vordering gevestigde zekerheden, als de vordering na het faillissement ontstaat. De concurrent crediteur kan zich krachtens art. 53 Fw beroepen op verrekening wanneer hij de vordering na de faillietverklaring verkrijgt en deze voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding.¹⁴⁹ Het is opvallend dat de pandhouder ondanks zijn zekerheidsrecht geen aanspraak kan maken op een dergelijke regeling en zich niet kan verhalen. Dit verschil is in mijn opinie niet te billijken en doet geen recht aan de preferente positie van de pandgever. Als de wetgever de bedoeling heeft om een op verrekening beroepende concurrent crediteur in een betere verhaalspositie te brengen dan een preferent crediteur, zou dit logischerwijs op basis van een wettelijke grondslag moeten gebeuren naar voorbeeld van de retentor.¹⁵⁰

Mijns inziens moet het fixatiebeginsel niet stringent ter hand worden genomen bij een zekerheidsrecht dat is gevestigd ten behoeve van een toekomstige (regres) vordering die voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, waarbij de vordering tijdens het faillissement ontstaat. Dit vanwege: (I) het gegeven dat de Faillissementswet niet uitsluit dat een toekomstige vordering die voortvloeit uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding batig wordt gerangschikt; (II) de Hoge Raad het fixatiebeginsel niet strikt hanteert ingeval een vordering pas tijdens het faillissement ontstaat, maar wel voortvloeit uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar; en (III) de onredelijke verschillen tussen een concurrent crediteur die een vordering verrekent wanneer hij deze vordering na de faillietverklaring verkrijgt en deze voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding en een pandhouder die in een gelijke situatie en ondanks zijn preferente positie geen verhaal kan halen.

148 Art. 57 Fw.

149 HR 18 december 1992, *NJ* 1993/734 (Harko/Groen-Kelderman).

150 Zie art. 3:292 BW. Voor meer informatie over deze problematiek binnen het overwaardearrangement, zie Linck, *WPNR* 2013/6957.

5.5.4.2 Het bij voorbaat verpanden van een toekomstige regresvordering

Het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering geschiedt bij voorbaat en onder opschortende voorwaarde van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever.¹⁵¹ Voor vestiging van een openbaar pandrecht overeenstemmend met art. 3:236 lid 2 BW, is een pandakte vereist tussen vervreemder en verkrijger en de verpanding moet worden medegedeeld aan de schuldenaar tegen wie het recht kan worden uitgeoefend. Hieruit volgt dat een openbare verpanding van een toekomstige vordering alleen mogelijk is ingeval deze schuldenaar al bekend is. Daarbij zal de verpanding ook voldoende bepaalbaar moeten zijn in de zin van art. 3:84 lid 2 BW.

Het bepaalbaarheidsvereiste geldt uiteraard ook voor het vestigen van een stil pandrecht op een toekomstige vordering. Daarnaast gelden de beperkingen ingevolge art. 3:239 lid 1 BW. Hieruit volgt dat een stil pandrecht alleen gevestigd kan worden op een reeds bestaande vordering of op een (toekomstige) vordering die rechtstreeks wordt verkregen uit een op het tijdstip van de vestiging dan reeds bestaande rechtsverhouding.¹⁵² Aangezien een (absoluut) toekomstige regresvordering nog niet bestaat, is het de vraag of de regresvordering rechtstreeks verkregen wordt uit een reeds bestaande rechtsverhouding. In de literatuur wordt hier verschillend over gedacht.¹⁵³ De rechtsverhouding waaruit de regresvordering ontspruit, is de interne verhouding tussen hoofdelijke schuldenaren.¹⁵⁴

Als ontstaansmoment voor deze rechtsverhouding komen twee momenten in aanmerking. Ten eerste, het moment waarop de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aangegaan en ten tweede, het moment dat één van de medeschuldenaren meer dan zijn eigen aandeel in de schuld voldoet aan de schuldeiser. In de tweede situatie zou de hoofdelijke schuldenaar die *na* het failliet van de medeschuldenaar aan de schuldeiser meer betaalt dan hem aangaat geen verhaal kunnen halen uit hoofde van een stilpandrecht.¹⁵⁵ Dit komt omdat de rechtsverhouding in een dergelijk geval niet bestaat op het moment van faillietverklaring van de medeschuldenaar.

Naar mijn mening ontstaat de rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren vanaf het moment waarop de hoofdelijkheid wordt aangegaan. Uit art. 6:8 BW blijkt dat de rechtsbetrekking tussen hoofdelijke schuldenaren wordt beheerd door de redelijkheid en billijkheid. De partijen aan de passiefzijde zijn hoofdelijke schuldenaren bij aanvang van de hoofdelijkheid. Hun interne rechtsbetrekking begint derhalve

151 Art. 3:98 jo art. 3:97 BW.

152 Art. 3:239 lid 1 BW. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-III 2010/228; Beekhoven van den Boezem & Van den Bosch, *MvV* 2015, p. 200-207, p. 204.

153 Van Boom en Rongen menen dat dit het geval is. Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 41; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 10 en 14. Snijders houdt een slag om de arm. Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 163-164; Krieckaert ontkennend. Krieckaert, *ORP* 2012, p. 30-34, p. 33.

154 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 163; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 10.

155 Zie art. 132 lid Fw jo art. 483e Rv.

vanaf dat moment. Het is uit deze rechtsbetrekking waaruit de regresvordering wordt verkregen en wel rechtstreeks.¹⁵⁶ Immers, het ontstaan van de regresvordering houdt direct verband met het boven het eigen aandeel voldoen van de schuld aan de schuldeiser door een hoofdelijke schuldenaar. De regresvordering die een hoofdelijke schuldenaar heeft, omdat hij meer betaalt dan hem intern aangaat, kwalificeert daarom als voldoende rechtstreeks in de zin van art. 3:239 BW.

Mijns inziens is het mogelijk om een pandrecht bij voorbaat te vestigen op een toekomstige regresvordering. Echter, het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering heeft, in verband met het fixatiebeginsel, geen werking bij faillietverklaring van de pandgever vóór het ontstaan van de regresvordering. De pandgever verliest in faillissement namelijk het beheer en de beschikking over zijn vermogen en is beschikkingsonbevoegd ten aanzien van het bij voorbaat gevestigde pandrecht. Ditzelfde geldt overigens ook voor rechten uit subrogatie die ontstaan na datum faillissement.

In de praktijk is geprobeerd hier een mouw aan te passen met een voorbehouden pandrecht op een vordering uit subrogatie.¹⁵⁷ Partijen komen overeen dat een vordering uit subrogatie alleen wordt verkregen onder voorbehoud van een pandrecht van die vordering ten behoeve van de oorspronkelijke schuldeiser. Anders gesteld, als gevolg van de partijafpraak vervreemdt de oorspronkelijke schuldeiser, de bank, een subrogatievordering aan de betalende hoofdelijke schuldenaar met het voorbehoud van een op de vordering gevestigd pandrecht. Aangezien het pandrecht niet bij voorbaat is gevestigd ontsnapt de constructie hiermee aan de problematiek van een bij voorbaat gevestigd beperkt recht in relatie tot art. 35 Fw.

Of de constructie ook in rechte werkt valt nog te bezien. *Sec* gezien betreft de vervreemding van de subrogatievordering een overgang van een recht en niet een overdracht van een recht zoals art. 3:81 (1) BW dat eist. Zolang de gesubrogeerde derde instemt het voorbehouden pandrecht, dus instemt met het in potentie verkrijgen van een vordering bezwaard met een beperkt recht, zou de constructie volgens verschillende auteurs in rechte houdbaar moeten zijn.¹⁵⁸ De constructie werkt in ieder geval niet bij een na datum faillissement ontstane regresvordering. De boven zijn aandeel betalende schuldenaar verkrijgt een dergelijke vordering namelijk niet van de oorspronkelijke schuldenaar.¹⁵⁹

Wel is zeker dat conform art. 53 Fw verrekening mogelijk is. In dit geval moet zowel de vordering van de regresgerechtigde als de tegenvordering van de regresplichtige zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring zijn verricht met de gefailleerde.¹⁶⁰ De formulering van

156 Van Boom, *NTBR* 1995, p. 154-155, p. 155; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 14.

157 Linck, *FR* 2013, p. 382-384.

158 Linck, *FR* 2013, p. 382-384, p. 383; Struycken & Keukens 2017, p. 239.

159 Linck, *FR* 2013, p. 382-384, p. 384.

160 Vgl. art. 54 Fw; Rongen, *OR* 2017/120.

art. 53 Fw is niet in lijn met art. 3:239 BW, art. 475 Rv en art. 483e Rv. Art. 53 Fw bepaalt onder meer dat vorderingen moeten voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht, terwijl art. 3:239 BW, art. 475 Rv en art. 483e Rv stellen dat een vordering rechtstreeks moeten worden verkregen uit een bestaande rechtsverhouding. Het lijkt mij dat de voorgaande artikelen op één en dezelfde wijze moeten worden geïnterpreteerd inzake de vereiste samenhang met de op het tijdstip van faillietverklaring toekomstige vorderingen.¹⁶¹

5.5.5 Cessie

Het bij voorbaat cederen van een toekomstige regresvordering (art. 3:97 jo art. 3:94 BW), kent soortgelijke problematiek als bij het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering. Voor de openbare cessie geldt dat de debiteur cessus, ten laste van wie de vordering kan worden verhaald, bekend dient te zijn. Indien dit niet het geval is kan alleen de stille cessie worden gebruikt. Gelijk aan een stille verpanding geldt ook hier dat de te cederen vordering rechtstreeks moet worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding.¹⁶² Daarnaast moet de vordering in voldoende mate worden bepaald in de akte van cessie. Het bij voorbaat cederen van een toekomstige vordering gebeurt onder opschortende voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid van de cedent. Indien de toekomstige (regres)vordering gecedeerd is en de cedent failliet gaat voor het ontstaan van de regresvordering dan heeft de cessie in verband met het fixatiebeginsel geen werking tegen de boedel. Het bij voorbaat cederen van een (contractuele) voorwaardelijke regresvordering stuit niet op de bovengenoemde belemmering.¹⁶³

5.5.6 Achterstelling

Met het achterstellen van een vordering beogen partijen de vordering een lagere rangorde te geven ten opzichte van bepaalde of alle crediteuren in een *concursum creditorum* of daarbuiten. Bij het afsluiten van een concernkrediet eist de bank vaak achterstelling van onder meer (toekomstige) regresvorderingen op hoofdelijke medeschuldenaren. De achterstelling moet voorkomen dat de bank voor een onvoldaan gebleven gedeelte van zijn vordering, moet concurreren met (regres)vorderingen van hoofdelijke medeschuldenaren. De achterstelling is des te belangrijker nu het bij voorbaat verpanden van toekomstige regresvorderingen tussen hoofdelijke schuldenaren en de bank geen werking heeft indien de regresvordering ontstaat na het faillissement van de betreffende schuldenaar.

161 Faber 2005, p. 523 e.v.; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 39.

162 Art. 3:94 lid 3 BW. HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/530 (WUH/Onex); HR 25 maart 1988, *NJ* 1989/200 (Staal/Ambags).

163 Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 6.

De contractsvrijheid geeft partijen de ruimte om achterstelling op (vele) verschillende manieren vorm te geven. Vanuit dit oogpunt is de achterstelling een containerbegrip. Toch is er enig onderscheid te maken. Zo kan de eigenlijke achterstelling worden onderscheiden van de oneigenlijke achterstelling. Bij eigenlijke achterstelling wordt door de schuldeiser en de schuldenaar bepaald dat de vordering krachtens art. 3:277 lid 2 BW tegenover bepaalde of alle schuldeisers een lagere rang heeft binnen een *concursum creditorum*. De verhaalsmogelijkheden van de achtergestelde schuldeiser (de junior schuldeiser) worden zo beperkt ten faveure van de andere schuldeiser(s) (senior schuldeiser(s)).¹⁶⁴ Oneigenlijke achterstelling betreft alle andere verschijningsvormen die buiten het bereik van art. 3:277 lid 2 BW vallen.¹⁶⁵ Zo valt te denken aan: (I) de situatie waarbij de schuldeiser conform art. 3:276 BW afziet van zijn recht om zich te verhalen op alle of bepaalde goederen van de schuldenaar; (II) de afspraak waarbij partijen de opeisbaarheid van de (voorwaardelijke) vordering van de junior schuldeiser laten afhangen van het voldoen van de vordering van de senior schuldeiser; en (III) de achterstellingsovereenkomst waarbij de senior schuldeiser en de junior schuldeiser overeenkomen dat de junior schuldeiser zich niet verhaalt op de schuldenaar totdat de vordering van de senior schuldeiser is voldaan.¹⁶⁶ Mocht er tussen partijen onenigheid bestaan over de precieze betekenis van de overeenkomst dan moet de overeenkomst worden uitgelegd door middel van het Haviltex-criterium.¹⁶⁷

Naast het verschil tussen eigenlijke en oneigenlijke achterstelling is ook het onderscheid te maken tussen onbeperkte en beperkte achterstelling. Bij onbeperkte achterstelling wordt de vordering van de schuldeiser achtergesteld ten aanzien van alle schuldeisers. Bij beperkte achterstelling wordt de vordering van de schuldeiser achtergesteld ten aanzien van één of meer bepaalde schuldeisers. Bij onbeperkte achterstelling zullen de senior schuldeisers dikwijls niet bij de totstandkoming van de overeenkomst zijn betrokken. Terwijl bij beperkte achterstelling dit vaak wel het geval is.¹⁶⁸

Aangezien de achterstelling niet apart is geregeld in de Faillissementswet kan het, bij afwezigheid van tussen partijen gemaakte afspraken, onduidelijk zijn welk effect achterstelling sorteert wanneer één van de betrokken partijen faillieert.¹⁶⁹ In geval van hoofdelijkheid kan de hoofdelijke schuldenaar op grond van 136 Fw in het faillissement van een hoofdelijke medeschuldenaar worden toegelaten voor de

¹⁶⁴ Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 15-16.

¹⁶⁵ Hees 1989, p. 1-4; Spinath 2005, p. 3-5 en 15 e.v.; Wessels 2013, p. 4-9.

¹⁶⁶ Spinath 2005, p. 4 en 15 e.v.

¹⁶⁷ HR 13 maart 1981, *NJ 1981/635* (Haviltex). Zie in dit verband ook HR 18 oktober 2002, *NJ 2003/503* (Buter q.q./Besix).

¹⁶⁸ Spinath 2005, p. 5-6.

¹⁶⁹ Spinath 2005, p. 21 e.v.; Wessels 2013, p. 75 e.v.

bedragen waarvoor hij op de gefailleerde, krachtens hun onderlinge rechtsverhouding als hoofdelijke medeschuldenaren, een vordering heeft verkregen of zal verkrijgen.¹⁷⁰ Dit betreft ook regresvorderingen die na de faillietverklaring ontstaan.

Waar onduidelijkheid over bestaat is de werking van een bij voorbaat achtergestelde toekomstige (regres)vordering die ontstaat na de faillietverklaring van de junior schuldeiser. Stel: in het kader van concernfinanciering heeft bank A bedongen dat alle bestaande en toekomstige vorderingen van de concernvennootschappen B en C, zijnde hoofdelijke schuldenaren, achter worden gesteld bij zijn vordering. A verstrekt € 1000 krediet aan B en C en de concernvennootschappen komen overeen een gelijk aandeel te hebben in de schuld. B gaat failliet en A wil zijn verstrekte krediet terug en wint de zekerheden van B uit, hetgeen € 700 oplevert. B heeft € 200 boven zijn aandeel in de schuld voldaan en heeft daarom een bij de vordering van de bank achtergestelde regresvordering van € 200 op C. Vervolgens wordt C aangesproken door A voor het restant ad € 300. Hierbij speelt de vraag of de curator van junior schuldenaar B gehouden is aan een dergelijke achterstelling bij voorbaat.

Eenzijds wordt in de literatuur gesteld dat het risico bestaat dat de curator deze afspraak niet zal eerbiedigen omdat een dergelijke verbintenis tussen de schuldeiser en de schuldenaar voorwaardelijk en bij voorbaat is en daarom inhoudelijk nog niet is bepaald.¹⁷¹ Anderzijds wordt in de literatuur de stelling beargumenteerd dat achterstelling bij voorbaat wel werking heeft in faillissement, ook al ontstaat de vordering na de faillietverklaring. Dit lijkt mij juist. De regresvordering zal vanaf haar ontstaan nooit de kwaliteit van een gewone concurrente vordering hebben wanneer het de bedoeling van partijen is om een toekomstige (regres)vordering bij voorbaat achter te stellen. Dit zal ook door de curator moeten worden gerespecteerd.¹⁷² Immers, partijafspraken worden in beginsel niet gewijzigd door een faillissement. Op grond van deze afspraken ontstaat de regresvordering met de kwaliteiten die partijen de vordering hebben toebedeeld, ook bij ontstaan na datum faillissement. Temeer omdat het regresrecht in de zin van art. 6:10 e.v. BW regelend recht is.¹⁷³

170 De toelating geschiedt echter slechts: a. voor zover de schuldeiser daarvoor zelf niet kan opkomen of, hoewel hij het kan, niet opkomt; b. voor het geval de schuldeiser gedurende het faillissement voor het gehele bedrag waarvoor hij is opgekomen, wordt voldaan; c. voor zover om een andere reden de toelating geen voor de concurrente schuldeisers nadelige invloed heeft op de aan hen uit te keren percenten.

171 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 164.

172 Art. 37 Fw.

173 Krieckaert, *ORP* 2012, p. 30-34, p. 34; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 11.

Wel zou de curator de achterstelling ongedaan kunnen maken zonder dat de bank daar toestemming voor geeft.¹⁷⁴ Daarom is het belangrijk dat de bank overeenkomt dat wijziging of het ongedaan maken van de achterstelling niet zonder zijn toestemming mag gebeuren. De positie van met name de bank als voordeelhebbende van een dergelijke achterstelling is onzeker.¹⁷⁵ In het bijzonder omdat de curator de regresvordering kan cederen aan een derde. Hierdoor is het mogelijk dat de vordering van de bank uiteindelijk alsnog beconcurrereerd wordt door een regresvordering die hij zelf heeft helpen ontstaan.¹⁷⁶

5.6 Conclusie

Regres en subrogatiebeperkende clausules zijn gebruikelijk in de financieringspraktijk. Deze clausules hebben tot doel te voorkomen dat financiële kruisverbanden tussen concernvennootschappen voor waardeverlies zorgen bij het uittreden van een concernvennootschap. Daarnaast wordt met de clausules beoogd dat de bank bij uitoefening van zijn zekerheidsrechten jegens een concernvennootschap, niet gehinderd wordt door anderen die regres- of subrogatierechten willen uitoefenen tegen diezelfde vennootschap. Ook anderen dan de bank kunnen een belang hebben om het regresrecht te beïnvloeden. Bijvoorbeeld de curator van een gefailleerde regresplichtige vennootschap.

Regresrecht-beïnvloedende maatregelen zijn te verdelen in methoden die indirect de regresvordering beïnvloeden en die direct de regresvordering beïnvloeden. De effectiviteit van deze maatregelen en clausules is in hoge mate afhankelijk van het moment van overeenkomen. Bepalingen die partijen in het zicht van faillissement afspreken zijn mogelijk vatbaar voor een beroep op de *actio Pauliana*. Hierbij dreigt ook het gevaar van bestuurdersaansprakelijkheid. Als partijen dergelijke clausules overeenkomen wanneer het concern financieel gezond is, hebben zij weinig te vrezen. Ook in het geval partijen afspraken maken over toekomstige regresvorderingen. De afstand van regresakte is daarbij een effectief instrument om (toekomstige) regressaanspraken te voorkomen. Partijen spreken af dat er, eventueel onder opschortende voorwaarden, geen regresvorderingen ontstaan. Daarom zal een eventueel faillissement van de afstanddoende, de effectiviteit van de akte niet aantasten.

¹⁷⁴ Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 11-12.

¹⁷⁵ Overigens staan verbintenisrechtelijke middelen als de *actio Pauliana*, de onrechtmatige daad en de wanprestatie de schuldeiser ter beschikking.

¹⁷⁶ Krieckaert, *ORP* 2012, p. 30-34, p. 34.

Andere veel gebruikte en regres- en subrogatiebeperkende clausules zijn doorgaans effectief, met uitzondering van het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering of het cederen van een dergelijke vordering. Hierbij kan het faillissement van de pandgever aan verpanding of overdracht in de weg staan als de vordering na de faillietverklaring ontstaat. Middelen die worden ingezet na het sluiten van een financieringsovereenkomst om regresvorderingen te beïnvloeden zijn dikwijls niet, of beperkt, effectief. Zo is het gebruik van de onrechtmatige daad om de hoofdelijkheid of de regresvordering aan te tasten in verband met de zware bewijslast bewerkelijk. Dit geldt eveneens voor die gevallen waarbij een belanghebbende de hoofdelijkheids- en regresbeperkende clausules van de financieringsovereenkomst wil aantasten met een beroep op art. 6:162 BW.

De wettelijke mogelijkheid om middels art. 6:14 BW regresvorderingen bij uitvarende concernvennootschappen te voorkomen is risicovol. Bij een faillissement van één of meer bijdrageplichtige concernvennootschappen loopt de schuldeiser het risico (fors) bij te moeten dragen in de omslag. Alternatieve manieren voor het omgaan met het uittreden van een concernvennootschap of om de concernfinanciering in te richten, stuiten ook op bezwaren. Bij de beddings- en limiteringstheorie wordt niet het volledige kredietpotentieel van het concern gebruikt en bij de activa/passiva transactie wordt tegen liquidatieprijzen verkocht in plaats van going concern. Gezien de andere goed toepasbare methoden is het mijns inziens niet nodig dat gebruik wordt gemaakt van deze alternatieven.

Dit geldt tot zekere hoogte ook voor het contractueel schaduwregresrecht dat sinds De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn-uitspraak in zwang is geraakt. Hiermee wordt getracht om het wettelijke regresrecht te beïnvloeden. Omdat het wettelijk regresrecht aanvullend recht is, kan het contractueel terzijde worden geschoven. Dit is mijns inziens toegestaan tot het punt waarop de belangen van derden onredelijk worden geschonden.

