

# De faillissementsbestendigheid van het overwaardearrangement

*Mr. K.J. Krzemiński\**

## 1 Inleiding

In de financieringspraktijk komen zogeheten ‘overwaardearrangementen’ regelmatig voor. Een dergelijke regeling<sup>1</sup> stelt geseceerde schuldeisers in staat te profiteren van de eventuele overwaarde van elkaars zekerheden, zonder dat hiervoor de vestiging van tweede pand- of hypotheekrechten op de betreffende vermogensbestanddelen nodig is. Om dit mogelijk te maken wordt via een borgtocht een regresvordering in het leven geroepen, welke vordering door de geseceerde schuldeiser wordt verhaald op de door hem gerealiseerde executieopbrengst. Omdat executie van zekerheden zich veelal in of rond faillissement afspeelt, is van groot belang of de opzet van het overwaardearrangement – en in het bijzonder de verhaalbaarheid van de regresvordering – ook in faillissement standhoudt. Hierover was de nodige onrust ontstaan als gevolg van het arrest ASR/Achmea uit 2012.<sup>2</sup>

Op 16 oktober 2015 heeft de Hoge Raad twee belangrijke arresten over de werking van het overwaardearrangement in faillissement gewezen. Het eerste arrest, *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*,<sup>3</sup> betrof de beantwoording van een aantal aan de Hoge Raad voorgelegde prejudiciële vragen. Het tweede arrest, *Ingwersen q.q./ING Corporate Finance*,<sup>4</sup> werd door de Hoge Raad in sprongcassatie gewezen, volgend op een door de Rechtbank Amsterdam gewezen vonnis. Met deze twee arresten is duidelijkheid geschapen over de faillissementsbestendigheid van het overwaardearrangement, welk onderwerp in deze bijdrage centraal staat.<sup>5</sup>

\* Mr. K.J. Krzemiński is advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam.

1. In geval van een wederkerig overwaardearrangement wordt ook wel gesproken van een ‘wederzijdse zekerhedenregeling’. Voor de leesbaarheid zal in deze bijdrage steeds worden gesproken van ‘overwaardearrangement’.
2. HR 6 april 2012, JOR 2014/172 m.nt. N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt (ASR/Achmea).
3. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, NJ 2016/48 (*De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*).
4. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, NJ 2016/49 (*Ingwersen q.q./ING Commercial Finance*).
5. Over deze arresten is recent al het nodige geschreven. Zie o.m. A. Steneker, *Rechtsverhoudingen bij een overwaardearrangement*, FIP 2016, afl. 1, R.M. Wibier, *Het overwaardearrangement, het belang van het mee-tekenen van de schuldenaar en het al dan niet bestaan van wettelijke en contractuele regresvorderingen*, AA 2016, afl. 2, de noot van N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt onder *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* in JOR 2016/20, J.J. van Hees onder *Ingwersen q.q./ING Commercial Finance* in JOR 2016/21, alsmede de annotaties van F.M.J. Verstijlen onder beide arresten in NJ 2016/48 en 49.

Ter inleiding schets ik allereerst kort de inhoud en strekking van het overwaardearrangement (par. 2), waarbij ik tevens stilsta bij de vragen omtrent de geldigheid van het arrangement, zoals deze door de Hoge Raad eerder zijn geadresseerd in zijn arrest *Bannenberg/NBM-Heller* uit 2004.<sup>6</sup> Vervolgens bespreek ik aan de hand van het arrest *ASR/Achmea* en de twee arresten van 16 oktober 2015 het ontstaansmoment en de verhaalbaarheid van regresvorderingen in faillissement (par. 3) en de vernietigbaarheid van het overwaardearrangement op voet van de faillissementspauliana (par. 4). Ik sluit deze bijdrage af met enkele praktische aandachtspunten.

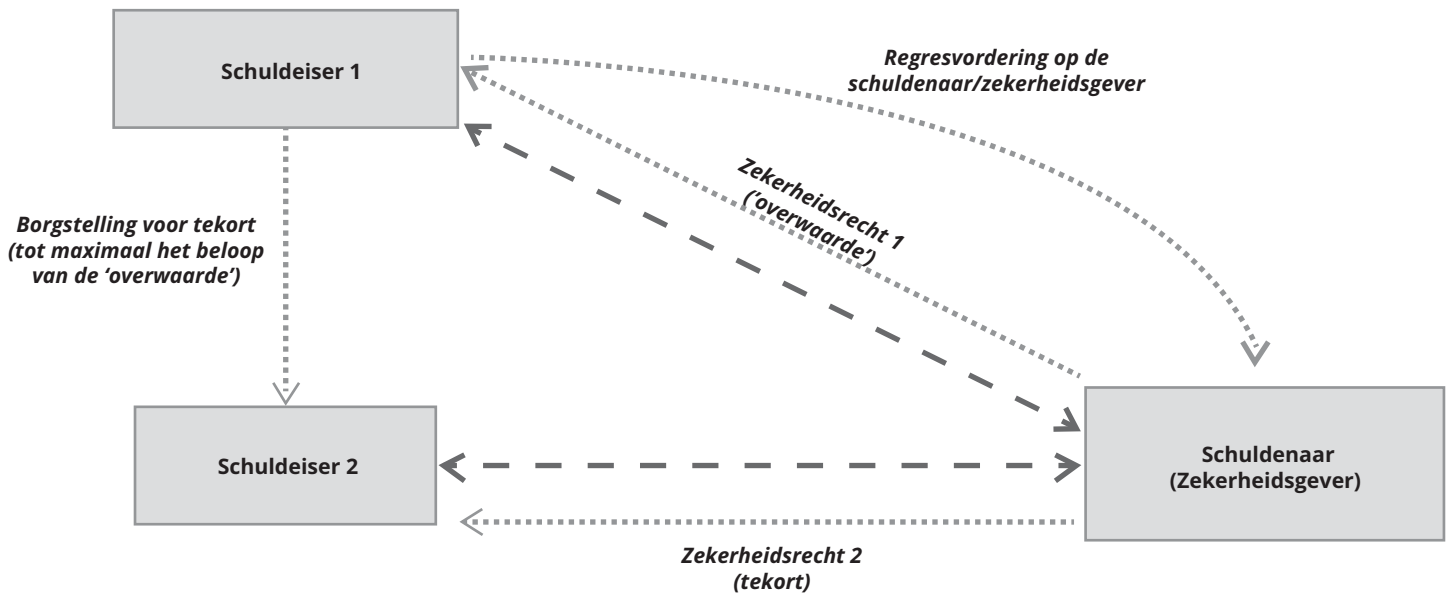
## 2 Inhoud van het overwaardearrangement

Vereenvoudigd weergegeven houdt het overwaardearrangement in dat een (over)geseceerde schuldeiser zich jegens een medeschuldeiser (als borg) verbindt tot voldoening van de schuld van de schuldenaar aan deze medeschuldeiser in het geval laatstgenoemde bij zijn verhaalsuitoefening tekortkomt, terwijl bij de executie van het zekerheidsrecht van de eerste schuldeiser een overschot resteert. Het op grond van deze borgstelling uit te keren bedrag is daarbij gemaximeerd tot de door de eerste schuldeiser te realiseren ‘overwaarde’, dat wil zeggen het bedrag dat resteert nadat deze zijn gezeekerde vordering (met uitzondering van de vordering die hij als borg op de schuldenaar verkrijgt uit hoofde van regres of subrogatie) heeft verhaald op de executieopbrengst.

Voor het uitgekeerde bedrag (de ‘overwaarde’) verkrijgt de eerste schuldeiser een ‘regresvordering’ op de schuldenaar/zekerheidsgever. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan het wettelijke regresrecht van art. 7:866 lid 1 jo. art. 6:10 van het Burgerlijk Wetboek (BW), alsook aan het feit dat de eerste schuldeiser wordt gesubrogeerd in de vordering(en) van de tweede schuldeiser op de schuldenaar (art. 7:850 lid 3 jo. art. 6:12 BW). Naast deze wettelijke regres- en subrogatiemogelijkheden, kan in het kader van het overwaardearrangement ook met de schuldenaar/zekerheidsgever worden overeengekomen dat het zekerheidsrecht zich mede uitstrekt tot zekerheid van verhaal van dergelijke ‘regresvorderingen’. In dat geval wordt aldus een ‘contractueel regresrecht’ overeengekomen, dat onder de door het zekerheidsrecht gezeekerde vorderingen valt. Zijn wettelijke dan wel contractuele regresvordering kan de eerste schuldeiser vervolgens verhalen op (de over-

6. HR 9 juli 2004, NJ 2004/618 (*Bannenberg q.q./NBM-Heller*).

Figuur 1



waarde van) de executieopbrengst, mits de formulering van de door zijn zekerheidsrecht gecureerde vorderingen ruim genoeg is om ook deze regresvordering te omvatten. Het voorgaande stelt de ondergecureerde schuldeiser derhalve in staat 'mee te liften' met de goederenrechtelijke zekerheid en daaraan verbonden voorrang van zijn overgecureerde medeschuldeiser.<sup>7</sup>

De hiervoor besproken systematiek van het overwaardearrangement wordt in figuur 1 schematisch weergegeven.

De geldigheid van het overwaardearrangement is door de Hoge Raad aanvaard in Bannenberg q.q./NMB-Heller. Naar het oordeel van de Hoge Raad komt de constructie van een (tussen schuldeisers en de schuldenaar/zekerheidsgever gesloten) overwaardearrangement, waarbij de schuldenaar zich contractueel heeft verplicht enige betaling onder schuldeisers voor zijn rekening te nemen of op eerste verzoek te voldoen, noch naar de inhoud, noch naar de strekking daarvan in strijd met enige regel of enig beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht. De (gecureerde) schuldeiser die heeft ingestaan voor het tekort van de andere schuldeiser kan zijn regresvordering verhalen uit hoofde van zijn zekerheidsrecht, nu deze (contractueel vormgegeven) regresvordering is aan te merken als een onder opschortende voorwaarde bestaande vordering en een pand- c.q. hypotheekrecht ook voor een zodanige vordering kan worden gevestigd. De regels in art. 53 en 54 van de Faillissementswet (Fw) omtrent verrekening in faillissement verzetten zich derhalve niet tegen verhaal van een dergelijke

(contractueel vormgegeven) regresvordering op de gefailleerde schuldenaar.

### 3 Verhaalbaarheid van regresvorderingen in faillissement

Voor de faillissementsbestendigheid van een overwaardearrangement is van doorslaggevend belang het antwoord op de vraag of de uit het arrangement voortvloeiende regresvorderingen in faillissement verhaalbaar zijn op (de gerealiseerde executieopbrengst van) de gevestigde zekerheden. Hierbij moet worden bedacht dat in faillissement de mogelijkheden tot verhaal van toekomstige vorderingen beperkt zijn.

Ten eerste vormt (analoge toepassing van) art. 54 Fw een belangrijke beperking van de mogelijkheid om in het kader van een overwaardearrangement vorderingen onder de dekking van een zekerheidsrecht te brengen. In art. 54 lid 1 Fw is, kort weergegeven, bepaald dat degene die een schuld aan of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet tot verrekening bevoegd is, indien hij daarbij niet te goeder trouw was. Goede trouw ontbreekt indien de schuldeiser bij overneming van de schuld of vordering wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat diens faillissement of surseance van betaling was te verwachten.<sup>8</sup> Indien een overwaardearrangement in het zicht van het faillissement van de schuldenaar/zekerheidsgever is gesloten, staat analoge toepassing van art. 54 Fw derhalve aan verhaal van de regresvorderingen in de weg. Ten tweede is voor de mogelijkheid van verhaal in faillissement van een uit

7. Zie over de inhoud en strekking van het overwaardearrangement uitgebreider o.m. A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012, nr. 21, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/801c en F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW nr. B11), Deventer: Kluwer 2013, nr. 15.

8. Zie o.m. HR 30 januari 1953, NJ 1953/578 (Doyer en Kalff/Bouman q.q.) en HR 4 november 1994, NJ 1995/627 (NCM/Knottenbelt q.q.). Zie in dit verband tevens HR 17 februari 2012, NJ 2012/605 (Rabobank/Kézér q.q.). Ná faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden kunnen in geen enkel geval worden verrekend, zoals bepaald in art. 54 lid 2 Rv.

een overwaardearrangement voortvloeiende regresvordering van groot belang op welk moment deze regresvordering ontstaat, en – indien de regresvordering op het moment van faillietverklaring nog niet bestond – of deze kan worden geacht voort te vloeien uit een op het moment van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding. In dit verband moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen het ontstaansmoment van wettelijke regresvorderingen, zoals de regresvordering ex art. 6:10 BW (jo. art. 7:866 lid 1 BW), en het ontstaansmoment van contractuele regresvorderingen, zoals die in Bannenberg q.q./NMB-Heller aan de orde was. Over het ontstaansmoment van wettelijke en contractuele regresvorderingen heeft de Hoge Raad zich in een tweetal arresten uitgesproken.

Het eerste arrest betrof ASR/Achmea. De casus die aan dit arrest ten grondslag lag, had – kort weergegeven – betrekking op een regresvordering tussen (de verzekeraars van) twee hoofdelijke schuldenaren. Een paard dat voor gelijke delen aan twee personen in eigendom toebehoorde, had schade veroorzaakt. Een van de eigenaren (althans diens verzekeraar) had als hoofdelijk verbonden schuldenaar de vergoeding van de volledige schade op zich genomen, waarna hij zijn mede-eigenaar aansprak tot bijdrage van 50% van de schade. Omdat ter zake van deze regresvorderingen een verjaringsverweer ex art. 3:310 BW werd opgeworpen, moest de Hoge Raad zich uitspreken over het ontstaansmoment van een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW. De Hoge Raad overwoog dat de wettelijke regresvordering ex art. 6:10 BW eerst ontstaat op het moment dat 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. Dit oordeel brengt mee dat de regresvordering op het moment van het ontstaan van de hoofdelijkheid nog als toekomstige vordering moet worden aangemerkt, en dus niet als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde.<sup>9</sup>

Het arrest ASR/Achmea heeft de nodige onzekerheid doen ontstaan over de verhaalbaarheid van regresvorderingen in het kader van een overwaardearrangement. Het oordeel van de Hoge Raad in ASR/Achmea dwingt immers evenzeer tot de

conclusie dat de wettelijke regresvordering van een borg op de hoofdschuldenaar op voet van art. 7:866 lid 1 jo. art. 6:10 BW eerst ontstaat op het moment dat de borg de schuld aan de schuldeiser voldoet. Tot dat moment heeft de borg op grond van de wet dus slechts een toekomstige regresvordering op de hoofdschuldenaar. In het kader van een overwaardearrangement is dat potentieel desastreuus. Omdat executie veelal in faillissement zal plaatsvinden, zal in de regel ook eerst in faillissement een overwaarde worden gerealiseerd en betaling onder de borgtocht plaatsvinden, met als gevolg dat de wettelijke regresvordering ook eerst op dat moment van betaling in faillissement zal ontstaan.

Het probleem van het ontstaansmoment en de verhaalbaarheid van de uit een overwaardearrangement voortvloeiende (wettelijke) regresvorderingen in faillissement stond centraal in het arrest De Lage Landen/Van Logtestijn q.q. Deze zaak had betrekking op de vraag of (en zo ja, onder welke voorwaarden) een overwaardearrangement waaruit slechts een wettelijk en daarmee toekomstig regresrecht voortvloeit, faillissementsbestendig is, in de zin dat de uit het overwaardearrangement voortvloeiende wettelijke regresrechten (die eerst in faillissement ontstaan) op de executieopbrengst kunnen worden verhaald. Hierover werden twee prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorgelegd.

Bij de beantwoording van deze prejudiciële vragen maakt de Hoge Raad een duidelijk onderscheid tussen het ontstaansmoment van wettelijke regresvorderingen enerzijds en contractuele regresvorderingen anderzijds. In het arrest Bannenberg q.q./NMB-Heller, waarin de Hoge Raad de constructie van het overwaardearrangement niet in strijd achtte met enige regel of enig beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht, had de schuldenaar/pandgever zich vóór het intreden van het faillissement contractueel jegens de pandhouder verbonden zodanige regresvorderingen te zullen voldoen. Er was in dat arrest dus sprake van een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande contractuele regresvordering (zij het onder opschortende voorwaarde). Zoals uit Bannenberg q.q./NMB-Heller reeds voortvloeit, verzet de wet zich er niet tegen dat bij overeenkomst een dergelijke regresvordering in het leven wordt geroepen, naast de wettelijke regresvordering die – zoals blijkt uit het hiervoor besproken arrest ASR/Achmea – eerst ontstaat op het moment dat de borg de schuld aan de schuldeiser voldoet (art. 7:866 lid 1 jo. art. 6:10 BW). In de casus van De Lage Landen/Van Logtestijn q.q. was van een contractueel verhaalsrecht zoals in Bannenberg q.q./NMB-Heller geen sprake. Het draaide hier uitsluitend om een (staande het faillissement ontstane) wettelijke regresvordering die voortvloeide uit een overwaardearrangement, waarbij de nadien gefailleerde schuldenaar/pandgever geen partij was.

Bij de beantwoording van de vraag of een dergelijke regresvordering in faillissement op de executieopbrengst kan worden verhaald, stelt de Hoge Raad voorop dat een pandhouder zich op de verpande goederen kan verhalen voor vorderingen op de

9. Dit oordeel lijkt een breuk te vormen ten opzichte van de – door de Hoge Raad zelf aangehaalde – eerdere arresten HR 3 juni 1994, NJ 1995/340 (Antillen/Komdeur q.q.) en HR 3 mei 2002, NJ 2002/393 m.nt. P. van Schilfgaarde (Gomez-Brandao/Jorjal), waarin – met betrekking tot een termijnstelling ex art. 58 Fw respectievelijk een paulianabe-roep – de regresvorderingen van een borg op de hoofdschuldenaar (naar huidig recht ex art. 7:866 lid 1 jo. art. 6:10 BW) door de Hoge Raad als een vordering onder opschortende voorwaarde van betaling als borg werden aangemerkt. Zie hierover kritisch N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt in hun noot onder het arrest in JOR 2014/172, en tevens R.M. Wibier, De regresvordering in de Nederlandse financieringspraktijk na het arrest ASR Verzekering/Achmea, MvV 2012, afl. 6, p. 147-154 en A.J. Verdaas, Nadere beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen, NTBR 2014, afl. 3, p. 8-13.

schuldenaar/pandgever die ten tijde van diens faillietverklaring nog toekomstig waren, mits die vorderingen voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding (art. 132 lid 2 Fw jo. art. 483e van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Deze regel, die strookt met het wettelijk stelsel voor verrekening in faillissement (art. 53 Fw), geldt evenzeer voor regresvorderingen van pandhouders/borgen in een overwaardearrangement. 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 kunnen worden uitgewonnen voor vorderingen die eerst tijdens zijn faillissement ontstaan. De rechtsverhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar die krachtens de wet (vergelijk art. 7:865 BW) door de borgstelling ontstaat, voldoet niet aan deze vereisten. Die rechtsverhouding ontstaat immers omdat de wet dit gevolg aan de borgstelling verbindt, zonder dat daarvoor (mede) een rechtshandeling van de hoofdschuldenaar is vereist.

De Hoge Raad vervolgt dat, indien de hoofdschuldenaar partij is bij – of als partij toetreedt tot (hetgeen in beide gevallen een kwestie is van uitleg van de verklaringen en gedragingen van partijen) – de overeenkomst van borgtocht of het overwaardearrangement, moet worden aangenomen dat de toekomstige regresvordering van de borg wél (mede) voortvloeit uit een rechtsverhouding met de hoofdschuldenaar die aan de hiervoor bedoelde eisen voldoet. In dat geval is die rechtshandeling immers (mede) grond voor de uitwinning van de door hem verpande goederen voor zodanige regresvorderingen. In het licht van de hiervoor besproken arresten ASR/Achmea en De Lage Landen/Van Logtestijn q.q. moet derhalve worden aangenomen dat voor de faillissementsbestendigheid van een overwaardearrangement noodzakelijk is dat de schuldenaar/zekerheidsgever bij dit arrangement partij is of wordt.<sup>10</sup>

#### 4 Overwaardearrangement en faillissementspauliana

Het vereiste dat ook de schuldenaar/zekerheidsgever bij het overwaardearrangement partij is of wordt, brengt mee dat het overwaardearrangement wordt blootgesteld aan het risico van vernietiging op voet van de faillissementspauliana (art. 42 Fw). Zoals de Hoge Raad ook aan het slot van zijn overwegingen in De Lage Landen/Van Logtestijn q.q. opmerkt, geldt immers dat rechtshandelingen van de (gefaillieerde) hoofdschuldenaar die voorafgaand aan zijn faillissement zijn verricht – waaronder dus ook het overeenkomen van c.q. toetreden tot een over-

waardearrangement en het zich in het kader daarvan contractueel verbinden een regresvordering van een borg te zullen betalen – in een voorkomend geval door de curator op voet van art. 42 Fw kunnen worden vernietigd. Een dergelijke vernietiging brengt mee dat uit het overwaardearrangement slechts toekomstige regresvorderingen zijn ontstaan die niet voortvloeien uit een vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, en dus ook niet kunnen worden verhaald op de executieopbrengst van de in zekerheid gegeven goederen. De faillissementspauliana ondergraaft daarmee het fundament van het overwaardearrangement.

Vernietiging van een overwaardearrangement op grond van de faillissementspauliana stond centraal in het arrest Ingwersen q.q./ING Commercial Finance. De casus die aan dit arrest ten grondslag lag, betrof een aantal tussen de schuldenaar en verschillende ING-entiteiten gesloten overwaardearrangementen, waarin de schuldenaar een voorwaardelijke betalingsverplichting op zich had genomen ter zake van eventuele betalingen tussen de schuldeisers onder het arrangement. Aldus was een contractueel verhaalsrecht in het leven geroepen, zoals ook in Bannenberg q.q./NMB-Heller het geval was. Nadat de schuldenaar failliet was verklaard, deed de curator ter zake van de arrangementen een beroep op de faillissementspauliana ex art. 42 Fw. In de daaropvolgende procedure tussen de ING Commercial Finance en de curator stond de vraag centraal of het aangaan van de overwaardearrangementen door de schuldenaar als een (on)verplichte rechtshandeling kon worden aangemerkt. In dit verband is van belang dat de schuldenaar op grond van de toepasselijke algemene bankvoorwaarden gehouden was ‘desgevraagd voldoende zekerheid te stellen’ (een zogeheten *positive pledge*), en dat ING de schuldenaar ook had verzocht de overwaardearrangementen aan te gaan in het kader van een tijdelijke bevrozing van aflossingen. In eerste aanleg oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat het aangaan van de overwaardearrangementen door de schuldenaar een verplichte rechtshandeling betrof, omdat dit kon worden gelijkgesteld met het verschaffen van extra zekerheid aan de gewaarborgde schuldeiser. Naar het oordeel van de rechtbank wilden partijen kennelijk eenzelfde resultaat bereiken dat zij ook hadden kunnen bereiken door rechtstreekse vestiging van een tweede stil pandrecht.

In zijn – in sprongcassatie gewezen – arrest kwam de Hoge Raad tot een ander oordeel. De Hoge Raad oordeelde dat het aangaan van de overwaardearrangementen door de (nadien gefailleerde) schuldenaar in dit geval als een onverplichte rechtshandeling moest worden aangemerkt. De contractuele verplichting tot vestigen van aanvullende zekerheid schiep hiervoor immers geen verplichting. De Hoge Raad overwoog dat het (in het kader van een overwaardearrangement) op zich nemen van de verplichting eventuele regresvorderingen te voldoen, niet kan worden gelijkgesteld met het rechtstreeks vestigen van aanvullende zekerheid ten gunste van de gewaarborgde schuldeiser, waartoe de schuldenaar in het betreffende geval contractueel gehouden was. Dat een en ander tot eenzelfde

10. Zie in gelijke zin o.m. M.J.R. Linck, (On)zekerheid voor regres- en subrogatievorderingen na ASR/Achmea, WPNR (2013) 6957.

resultaat (dat wil zeggen aanvullende zekerheid voor de gewaarborgde schuldeiser) leidde, maakt dit niet anders.<sup>11</sup> Bij de beoordeling of een bepaalde rechtshandeling (on)verplicht is verricht, gaat het immers uitsluitend om de vraag of de schuldenaar de verplichting had desbetreffende rechtshandeling (en dus niet daarmee gelijk te stellen of tot eenzelfde resultaat leidende rechtshandelingen) te verrichten.<sup>12</sup>

Hoewel de Hoge Raad het aangaan van de overwaardearrangementen in dit geval<sup>13</sup> als onverplicht aanmerkte, werden de overwaardearrangementen niet op grond van de faillissementspauliana vernietigd. Reden hiervoor was dat de hiervoor vereiste wetenschap van benadeling bij de schuldenaar ontbrak, althans hierover onvoldoende was gesteld. Van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw kan sprake zijn indien het faillissement en een tekort daarin ten tijde van het aangaan van de overwaardearrangementen voor de schuldenaar met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien.<sup>14</sup> In de procedure in eerste aanleg had de curator hierover echter onvoldoende gesteld.<sup>15</sup> Om dezelfde (processuele) reden sneuvelde overigens ook het beroep van de curator op (analoge toepassing van) art. 54 Fw.

### 5 Conclusie

Met de arresten De Lage Landen/Van Logtestijn q.q. en Ingwersen q.q./ING Commercial Finance is de nodige duidelijkheid geschapen over de houdbaarheid van het overwaardearrangement in faillissement. Duidelijk is dat voor de faillissementsbestendigheid van een overwaardearrangement noodzakelijk is dat de schuldenaar bij een dergelijk arrangement partij is of wordt. Alleen dan is immers sprake van vorderingen die in faillissement op de gevestigde zekerheden kunnen worden gehaald, ofwel in de vorm van (voorwaardelijk) reeds bestaande vorderingen, ofwel in de vorm van toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een (met de schuldenaar gesloten) bestaande rechtsverhouding.

Doordat de schuldenaar partij moet zijn bij het overwaardearrangement, wordt dit arrangement wel blootgesteld aan vernietiging op voet van de faillissementspauliana. Dit risico zal in de praktijk naar verwachting worden ondervangen door uitbreiding van 'positive pledge'-bepalingen in de algemene voorwaarden van financiers. Naast de verplichting tot het stellen van aanvullende zekerheid zal hierin worden opgenomen dat op de schuldenaar tevens de verplichting rust tot het aangaan van en instemmen met een overwaardearrangement tussen zijn schuldeisers, en in het kader daarvan het op zich nemen van een (voorwaardelijke) betalingsverplichting.<sup>16</sup> Alsdan levert het aangaan van een overwaardearrangement niet langer een 'onverplichte' rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw op. Overigens moet wel worden bedacht dat (analoge toepassing van) art. 54 Fw een belangrijke beperking blijft vormen voor de mogelijkheid om in het kader van een overwaardearrangement vorderingen onder de dekking van een zekerheidsrecht te brengen en uit dien hoofde te verhalen. Hoewel het op art. 54 Fw gestoelde verweer van de curator in Ingwersen q.q./ING Commercial Finance niet uit de verf is gekomen en de Hoge Raad zich hierover dus niet nader heeft uitgelaten, ligt het voor de hand om aan te nemen dat verhaal van regresvorderingen uit een overwaardearrangement niet mogelijk is indien een dergelijk arrangement in het zicht van het faillissement van de schuldenaar/zekerheidsgever is gesloten.<sup>17</sup> Een *last minute* gesloten arrangement is dus niet *long lasting*. Het een en ander brengt mee dat een overwaardearrangement de grootste kans op faillissementsbestendigheid heeft indien het wordt aangegaan op basis van een daartoe strekkende contractuele verplichting en op hetzelfde moment als de initiële financiering en vestiging van de zekerheden.

11. Zie hierover nader M.R.J. Linck, Noot bij HR 16 oktober 2015, ECLI:NL: PHR:2015:2127, Tijdschrift voor Curatoren 2015, afl. 5/6, p. 204-207, alsook F.M.J. Verstijlen in zijn noot onder het arrest in NJ 2016/49, onder 5.

12. Zie in gelijke zin o.m. B. Hoops, De benadelingstoets van art. 42 Fw: moet rekening worden gehouden met hypothetische rechtshandelingen?, TvI 2016, afl. 3, onder 7.3.

13. Uit het arrest kan niet worden afgeleid dat het aangaan van een overwaardearrangement door een schuldenaar steeds als onverplichte rechtshandeling moet worden aangemerkt. Dit hangt immers af van (de uitleg van) de bewoordingen van de 'positive pledge'-bepaling in het concrete geval.

14. Vgl. HR 22 december 2009, NJ 2010/273 (ABN AMRO/Van Dooren q.q.).

15. Zie r.o. 4.3.2 van het arrest. Hiermee wordt wederom (en voor de curator in dit geval pijnlijk) duidelijk welk gevaar schuilt in het niet voldoen aan de stelplicht en onvoldoende gemotiveerde betwisting van stellingen van de wederpartij. Ook wordt met deze uitkomst geïllustreerd dat aanzienlijke risico's kleven aan het instellen van sprongcassatie in een in (eerste en enige) feitelijke instantie nog onvoldoende uitgekristalliseerde zaak. De curator had in het onderhavige geval – met name door de tweede feitelijke instantie van hoger beroep, waarin hij zijn verweren en argumenten nader had kunnen uitwerken, over te slaan – over zichzelf afgeroepen dat zijn tegen het overwaardearrangement gerichte argumenten om processuele redenen sneuvelde.

16. Zie in gelijke zin F.M.J. Verstijlen in zijn noot onder HR 16 oktober 2015, NJ 2016/49 (Ingwersen q.q./ING Commercial Finance), onder 7.

17. Vgl. HR 30 januari 1953, NJ 1953/578 (Doyer en Kalff/Bouman q.q.), alsmede in het kader van surseance van betaling HR 4 november 1994, NJ 1995/627 (NCM/Knottenbelt q.q.). Zie in gelijke zin F.M.J. Verstijlen in zijn noot onder HR 16 oktober 2015, NJ 2016/49 (Ingwersen q.q./ING Commercial Finance), onder 8.