

Juridische fusie/splitsing van banken en de gevolgen daarvan voor bestaande bankhypotheken

*Mr. R. Fluit**

Inleiding

Door de wereldwijde crisis op de kredietmarkt zijn vele banken gedwongen om te reorganiseren, te fuseren en/of onderdelen af te stoten. Deze reorganisaties kunnen vele vermogensrechtelijke consequenties hebben waar banken rekening mee dienen te houden. Een van deze vermogensrechtelijke consequenties betreft de overgang van bankhypotheken. Het gaat daarbij in het bijzonder om de vraag of in geval van een juridische fusie en splitsing de verkrijgende partij zich kan verhalen op het registergoed waarop door de schuldenaar ten behoeve van de oorspronkelijke schuldeiser een zogenoemde bankhypothek is gevestigd. Ondanks het feit dat er al door vele schrijvers aandacht is besteed aan de meer algemene vraag wat de gevolgen voor een bankhypothek zijn in geval van een overdracht/cessie in de zin van artikel 3:94 Burgerlijk Wetboek (BW) van de vordering tot zekerheid waarvan het hypotheekrecht is gevestigd, bestaat er in de literatuur nog geen consensus op dit punt en evenmin ten aanzien van de vraag wat de gevolgen zijn voor een bestaande bankhypothek in geval van een juridische fusie of splitsing. Voor banken is het van belang om duidelijkheid te verkrijgen ten aanzien van hun zekerheidsrechten na een reorganisatie.

Recentelijk hebben er reorganisaties plaatsgehadt bij verschillende banken, waarbij ook de hypotheekportefeuilles zijn overgegaan. Zo hebben we in 2006 kunnen lezen dat ABN AMRO het hypotheekbedrijf van Bouwfonds (Bouwfonds Hypotheken) deels heeft laten integreren met het hypotheekbedrijf van ABN AMRO, de ABN AMRO Hypotheken Groep (AAHG). Een deel van ABN AMRO Bouwfonds heeft zij vervolgens verkocht aan Rabobank Nederland en een ander deel aan SNS Reaal.

Een ander bekend voorbeeld is uiteraard de splitsing van Fortis. In 2007 heeft Fortis voor EUR 24 miljard de onderdelen Private Banking, Asset Management en de Business Unit Nederland van ABN AMRO (inclusief AAHG) overgenomen. In september 2008 meldde Fortis dat het haar deel van ABN AMRO weer wilde verkopen. Er werd echter geen koper gevonden. Op 4 oktober 2008 maakte de Nederlandse regering bekend dat zij alle Nederlandse onderdelen van Fortis, inclusief ABN AMRO, heeft overgenomen voor EUR 16,8 miljard.

Bij de juridische vormgeving van een reorganisatie van banken spelen vele factoren een rol. Uiteraard zal er moeten worden gekeken naar fiscale optimalisatie en naar regulatorische aspecten, maar ook de gevolgen van een reorganisatie voor de zekerheidspositie van de (verkrijgende) bank dienen te worden overwogen.

In deze bijdrage geef ik een korte beschrijving van het begrip bankhypothek en zal ik het kader schetsen van een zogenoemde juridische fusie en splitsing. Vervolgens zal ik ingaan op de problematiek van de overgang van bankhypotheken in geval van een juridische fusie (ex art. 2:309 BW) en in geval van splitsing (ex art. 2:334a lid 3 BW). Hierbij zal worden aangegeven wat de consequenties zijn van de juridische fusie of splitsing voor de vóór de fusie gevestigde bankhypotheken. Aan de hand van enkele voorbeelden uit de praktijk zal ik trachten een richtsnoer te geven die door een verkrijgende bank in het kader van een juridische fusie of splitsing kan worden gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre de door haar verkregen vorderingen gedekt zullen zijn door de bankhypothek.

Alles wat hierna wordt gezegd over de gevolgen van een juridische fusie of splitsing voor een bestaande bankhypothek geldt onverkort voor een bankpandrecht.

Het begrip 'bankhypothek'

Het recht van hypotheek is een beperkt recht dat strekt om op het daaraan verbonden registergoed een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen (art. 3:227 lid 1 BW). Een hypotheekrecht is een afhankelijk recht. Volgens artikel 3:7 BW is een afhankelijk recht een recht dat aan een ander recht zodanig is verbonden, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan. Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij zijn verbonden (art. 3:82 BW). Het recht van hypotheek is tevens een nevenrecht als omschreven in artikel 6:142 BW, wat betekent dat bij overgang van een vordering de nieuwe schuldeiser tevens de daarbij behorende nevenrechten verkrijgt. Indien de vordering niet in haar geheel, maar gedeeltelijk wordt overgedragen, gaat het nevenrecht voor een evenredig deel mee over.¹ Tot slot is een recht van hypotheek een ondeelbaar recht, met als gevolg dat indien het

* Mr. R. Fluit is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff.

¹ Asser/Hartkamp 4-I, Deventer: Kluwer 2004, nr. 580 en 665.

hypotheekrecht mee overgaat met een vordering die slechts voor een deel wordt overgedragen, het hypotheekrecht in een gemeenschap valt in de zin van titel 3.7 BW.

Het recht van hypotheek kan worden onderverdeeld in verschillende vormen. Indien een recht van hypotheek uitsluitend strekt tot zekerheid voor de nakoming van een bestaande vordering, is er sprake van een vaste hypotheek. Een recht van hypotheek kan ook worden gevestigd tot zekerheid voor de nakoming van alle (bestaande en toekomstige) vorderingen uit een bestaande kredietverhouding. In een dergelijk geval wordt het hypotheekrecht veelal aangeduid als een krediethypotheek. Indien, daarentegen, een hypotheekrecht is gevestigd tot zekerheid voor de betaling of teruggave van alles wat de schuldenaar nu of te eniger tijd uit welken hoofde ook aan de schuldeiser schuldig mocht zijn of worden, dan kwalificeert het hypotheekrecht als een zogenoemde bankhypotheek.² Dat een recht van hypotheek niet alleen kan worden gevestigd voor bestaande vorderingen, maar ook voor toekomstige vorderingen, volgt uit artikel 3:231 BW. De enige eis die de wet stelt, is dat de vorderingen waarvoor het hypotheekrecht wordt gevestigd, voldoende bepaalbaar zijn.

Overgang van een bankhypotheek

De problematiek van de (on)mogelijkheid van de overgang van een bankhypotheek bij de overgang van de verzekerde vordering(en) is vooral gelegen in de omstandigheid dat de oorspronkelijke schuldeiser – tenzij de relatie tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de schuldenaar definitief wordt beëindigd – na de overgang nog vorderingen, zowel uit bestaande als uit toekomstige rechtsverhoudingen, op de schuldenaar kan krijgen die onder de bankhypotheek vallen.³ Er bestaat onzekerheid in de literatuur of dit laatste nu verhindert dat de bankhypotheek – geheel dan wel gedeeltelijk – met de overgegangene vordering mee overgaat op de verkrijger van (een deel van) de vorderingen.

Aanvankelijk werd een bankhypotheek gezien als een persoonlijk recht dat afhankelijk is van de rechtsverhouding tussen hypotheekgever en hypotheeknemer.⁴ Een bankhypotheek werd niet gezien als een afhankelijk recht en men ging er daarom van uit dat een bankhypotheek niet mee overgaat in geval van een juridische fusie of splitsing.

In het bijzonder vanaf het arrest van de Hoge Raad van 16 september 1988 (Onderdrecht/FGH)⁵ heeft de visie aan populariteit gewonnen dat een bankhypotheek alleen met de vordering tot zekerheid waarvan zij is gevestigd mee overgaat, indien de relatie tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de schuldenaar zodanig is beëindigd dat na de overgang de oorspronkelijke schuldeiser geen vorderingen meer op de schuldenaar kan verkrijgen. De gedachte die daaraan ten grondslag ligt, is dat in dat

geval de bankhypotheek materieel tot vaste hypotheek is geworden, waardoor zij als een accessoir recht met de vordering op de verkrijger mee overgaat.

In de praktijk (bijvoorbeeld bij securitisatietransacties) wordt er tegenwoordig veelal van uitgegaan dat de bankhypotheek de overgedragen en verzekerde vordering ook (pro rata) volgt ingeval de bankrelatie tussen schuldeiser en schuldenaar voortduurt, indien uitdrukkelijk uit de hypotheekakte blijkt dat dit de bedoeling van partijen is.⁶ Deze interpretatie wordt veelal aangeduid als de pro-rataleer. De verkrijger verkrijgt een hypotheekrecht dat strekt tot zekerheid van de nakoming van de overgedragen vordering. De oorspronkelijke bank blijft een hypotheekrecht behouden dat strekt tot zekerheid van de nakoming van de bestaande vorderingen, die niet worden overgedragen, alsmede voor vorderingen die zij na de overdracht op de schuldenaar verkrijgt. Uitgangspunt in deze bijdrage is dat de pro-rataleer de juiste interpretatie is.

Juridische fusie

Juridische fusie is de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze rechtspersonen het vermogen van de ander onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon, die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, het vermogen onder algemene titel verkrijgt (art. 2:309 BW). Met uitzondering van de verkrijgende rechtspersoon houden de fuserende rechtspersonen door het van kracht worden van de fusie op te bestaan (art. 2:311 lid 1 BW). De verkrijgende rechtspersoon wordt van rechtswege partij bij alle bestaande overeenkomsten waarbij de verdwijnende rechtspersoon partij is. Dit betekent dat alle bestaande en toekomstige vorderingen en schulden die aan de zijde van de verdwijnende rechtspersoon(en) voortvloeien uit de bestaande overeenkomsten van rechtswege, overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. De relatie tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de schuldenaar wordt hierbij – eveneens van rechtswege – beëindigd.

Splitsing

Splitsing is de rechtshandeling waarmee het vermogen van een rechtspersoon of een gedeelte van dit vermogen onder algemene titel overgaat op één of meer bestaande of nieuw op te richten verkrijgende rechtspersonen. Afhankelijk van de vorm van splitsing houdt de splitsende rechtspersoon bij de splitsing op te bestaan. Splitsing kan worden onderscheiden in zuivere splitsing en afsplitsing.

In geval van een zuivere splitsing wordt het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan, onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving verkregen door twee of meer andere rechtspersonen.

In geval van een afsplitsing wordt het vermogen of een deel van het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing niet

2 P.A. Stein, *Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 1986, p. 81 e.v.

3 M.P. van Achterberg, *Overgang van vorderingen en schulden en de gevolgen voor de gevestigde (bank)zekerheden (I)*, WPNR (1994) 6133, p. 295.

4 Zie bijv. P.A. Stein, *Preadvies Vereniging Burgerlijk Recht 1988*, p. 34-35 en 45-48 en Asser/*Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten*, *Zakenrecht 3-III*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 286-287.

5 HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/FGH).

6 Van Achterberg 1994, 6133 en 6134.

ophoudt te bestaan, onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving verkregen door één of meer andere rechtspersonen, waarvan ten minste één rechtspersoon lidmaatschapsrechten of aandelen in zijn kapitaal toekent aan de leden of aan aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon, of waarvan ten minste één rechtspersoon bij de splitsing door de splitsende rechtspersoon wordt opgericht (art. 2:334a lid 3 BW).

Gevolgen van een juridische fusie of splitsing voor bestaande bankhypotheken

Hierna zal ik aangeven tot zekerheid van welke vorderingen een bankhypothek strekt na een juridische fusie of splitsing; daarbij zal ik achtereenvolgens de volgende categorieën van vorderingen bespreken:

- ten tijde van de fusie reeds bestaande vorderingen (bestaande vorderingen);
- ná de fusie ontstane vorderingen voortvloeiende uit vóór de fusie reeds bestaande rechtsverhoudingen (relatief toekomstige vorderingen); en
- ná de fusie ontstane vorderingen voortvloeiende uit ná de fusie ontstane rechtsverhoudingen (absoluut toekomstige vorderingen).

Bestaande vorderingen

In geval van zowel een juridische fusie als een splitsing is de consequentie van de pro-rataleer dat het hypotheekrecht met de vorderingen die ten tijde van de fusie/splitsing reeds bestaan, mee overgaat op de verkrijger, mits de intentie daartoe van partijen uit de betreffende documentatie kan worden afgeleid.

Relatief toekomstige vorderingen

Gecomplieerder is de juridische analyse van de eventuele ná de fusie of splitsing ontstane vorderingen die voortvloeien uit reeds vóór de fusie of splitsing bestaande rechtsverhoudingen. Een voorbeeld is een door de debiteur na de fusie opgenomen lening uit hoofde van een vóór de fusie of splitsing afgesloten kredietovereenkomst. Deze vorderingen, maar eveneens heropnamen, verhoogde inschrijvingen en andere opnamen worden veelal aangeduid als *further advances*.

Indien het hypotheekrecht uitsluitend meegaat met de ten tijde van de fusie reeds bestaande vorderingen zal een *further advance* die ná de fusie of splitsing wordt verstrekt, niet door de (bank)hypothek worden gedekt. Indien echter de bankhypothek op de verkrijger ook mee overgaat voor alle vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een ten tijde van de fusie of splitsing bestaande rechtsverhouding, is de conclusie een andere, te weten dat het hypotheekrecht ná de fusie of splitsing tevens strekt tot zekerheid van de nakoming van deze *further advances*. De wet geeft geen antwoord op de vraag of een bankhypothek bij fusie of splitsing mee overgaat voor de hiervoor aangeduide *further advances*. Deze vraag is ook niet aan de orde geweest in het voornoemde arrest van de Hoge Raad, noch in andere rechtspraak.

Ondanks de beperkte bronnen zijn er goede argumenten om aan te nemen dat in het geval van zowel een juridische fusie als een splitsing de bankhypothek tevens mee overgaat voor alle vorderingen die (na de fusie of splitsing) rechtstreeks ontstaan of voortvloeien uit de ten tijde van de fusie of splitsing reeds bestaande rechtsverhouding. De argumenten die de hiervoor vervatte visie rechtvaardigen, kunnen worden ontleend aan de wettelijke bepalingen ten aanzien van het hypotheekrecht en het systeem van de wet ten aanzien van de juridische fusie en de splitsing. Zo geldt dat zowel in het geval van een juridische fusie als van een splitsing de gehele rechtsverhouding van de oorspronkelijke schuldenaar met de betreffende debiteur, inclusief alle rechten en plichten, op de verkrijgende vennootschap overgaat (zie art. 2:309 jo. 2:334j BW), en niet slechts de vorderingen, zoals in het geval van een cessie. Hoewel de huidige debiteur van de oorspronkelijke schuldeiser door de fusie van rechtswege een nieuwe wederpartij verkrijgt, vindt er geen wijziging plaats in de onderliggende rechtsverhouding zelf. Beide partijen, schuldeiser en schuldenaar, behouden dezelfde rechten en verplichtingen, en de vorderingen die daaruit voortspuiten, zijn identiek aan de vorderingen waarvoor het hypotheekrecht was verstrekt. Indien ten tijde van de fusie of splitsing vaststaat voor welke bestaande rechtsverhouding het hypotheekrecht (onder meer) tot zekerheid strekt, valt moeilijk in te zien waarom een juridische fusie of splitsing daarin in het licht van voornoemde omstandigheden verandering zou brengen.

Daarnaast zou een andere conclusie met zich brengen dat een debiteur, indien de voorwaarden daarin voorzien, een *further advance* zou kunnen opnemen en de verkrijgende vennootschap gehouden zou zijn deze te verstrekken zonder dat hiervoor nog enige zekerheid bestaat. In dat geval zou door de fusie of splitsing een deel van het door een debiteur verstrekte zekerheidsrecht vrijvallen, terwijl de grond waarvoor het zekerheidsrecht was gevestigd, onverminderd voortduurt. Dergelijke consequenties geven aan dat een ander oordeel niet alleen onwenselijk, maar ook onredelijk zou zijn. Deze onredelijkheid ziet daarbij niet alleen op de positie van de verkrijgende rechtspersoon, maar eveneens op eventuele crediteuren en/of zekerheidsgerechtigden van deze verkrijgende rechtspersoon.

Ook vanuit praktisch oogpunt zal een ander oordeel ongewenst zijn. De juridische onzekerheid over de bank- en krediethypotheken zou mogelijk voorgenomen fusies en/of splitsingen tussen banken kunnen frustreren. Daarnaast zou een andersluidend oordeel tot gevolg kunnen hebben dat banken zich genoodzaakt zullen zien weer met vaste hypotheken te gaan werken. Voor zowel de debiteur als de geldgever zal dit kostenverhogend werken.

Absoluut toekomstige vorderingen

Vorderingen die voortvloeien uit een ná de fusie of splitsing door de verkrijgende vennootschap met de debiteur nieuw afgesloten rechtsverhouding, worden niet door de bankhypothek gedekt. Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is het hypotheekrecht een accessoir recht. Aangezien de rechtsverhouding ten aanzien van

deze categorie vorderingen nog niet bestaat ten tijde van de fusie of splitsing, kan het hypotheekrecht niet voor dergelijke vorderingen mee overgaan. In de praktijk zal hiermee rekening moeten worden gehouden.

Gelet op vorenstaande consequentie is het noodzaak ervoor te waken dat de vóór de fusie of splitsing aangegane overeenkomsten ná de fusie of splitsing niet dusdanig worden gewijzigd dat deze als een nieuwe rechtsverhouding worden gezien. Mijns inziens is dit slechts het geval indien de wijziging van de overeenkomst dusdanig materieel van aard is, dat de gewijzigde kredietovereenkomst feitelijk als een nieuwe lening gezien dient te worden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de kredietlimiet wordt verhoogd of als de termijn waarin getrokken mag worden onder de kredietovereenkomst, wordt verlengd.

Gevolgen pro-rataovergang

Gemeenschap

In geval van een afsplitsing blijft de splitsende bank een hypotheekrecht behouden dat strekt tot zekerheid van de nakoming van de bestaande vorderingen die zij heeft op de schuldenaar, die niet worden overgedragen, alsmede voor vorderingen die zij na de overdracht op de schuldenaar verkrijgt, die vallen onder de bankhypotheek. Het hypotheekrecht valt dan in een gemeenschap. Een gemeenschap is aanwezig wanneer één of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk (art. 3:166 BW). Het uitgangspunt van de gemeenschapstitel is dat bevoegdheden die verbonden zijn aan gemeenschappelijke goederen, alleen gezamenlijk kunnen worden uitgeoefend (art. 3:170 BW). Artikel 3:170 BW verdeelt handelingen ten aanzien van gemeenschapsgoederen in beheershandelingen en andere handelingen. Ten aanzien van beheershandelingen die vallen onder lid 2 van artikel 3:170 BW, is het mogelijk om een beheersregeling ex artikel 3:168 BW te treffen. Ingevolge artikel 3:170 lid 2 BW moet onder beheer worden begrepen alle handelingen die voor normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties. De aard van de gemeenschap en de rechtsverhouding tussen de deelgenoten zijn van invloed op de vraag wat tot de normale exploitatie gerekend kan worden.⁷ Wanneer de deelgenoten in de gemeenschap professionele partijen zijn – zoals bij fusies dan wel splitsingen van banken het geval zal zijn – zal van een zakelijke aard snel sprake zijn en kan een beheersregeling worden getroffen.⁸

De deelgenoten zullen de opbrengst van de executie dienen te verdelen naar verhouding van de omvang van de vorderingen op het moment van uitwinning. Dit betekent voor de verkrijgende bank veel onzekerheid voor wat betreft de mate waarin haar vordering gedekt is, zij weet immers op het moment van de afsplitsing nog niet hoeveel vorderingen de splitsende bank nog

zal verkrijgen op de schuldeiser tot op het moment van uitwinning.

Een methode om voornoemde onzekerheden te beperken, is de gedeeltelijke opzegging van het hypotheekrecht door de oorspronkelijke schuldenaar. De oorspronkelijke schuldenaar zegt dan gedeeltelijk zijn hypotheekrecht op, voor zover het strekt tot zekerheid van het meerdere dan de af te splitsen vorderingen. Opzegging is een eenzijdige rechtshandeling en is in beginsel vormvrij; een brief aan de debiteur volstaat. Opzegging van het hypotheekrecht is echter alleen mogelijk in het geval de mogelijkheid van opzegging in de hypotheekakte is overeengekomen. Een ander bezwaar is dat een dergelijke brief bij de betreffende debiteuren de nodige vragen kan oproepen.⁹

Medeaansprakelijkheid voor nakoming van verbintenissen

In geval van een splitsing zijn de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing (art. 2:334t lid 1 BW). Schuldeisers van de gesplitste rechtspersoon worden tegen zijn insolventie beschermd doordat de verkrijgende rechtspersonen medeaansprakelijk zijn voor de nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon, ongeacht of laatstgenoemde na de splitsing blijft voortbestaan. De mate van aansprakelijkheid verschilt naargelang het om een deelbare of ondeelbare verbintenis gaat. Voor de nakoming van ondeelbare verbintenissen zijn alle partijen bij de splitsing en de nieuw opgerichte rechtspersonen elk voor het geheel aansprakelijk. Voor deelbare verbintenissen geldt een verrijnder regime: de aansprakelijkheid voor de nakoming rust volledig op de verkrijgende rechtspersoon waarop de verbintenis is overgegaan, of, ingeval de verbintenis niet is overgegaan, op de gesplitste rechtspersoon. De andere rechtspersonen zijn aansprakelijk in de mate waarin zij bij de splitsing vermogen hebben gekregen of, voor de splitsende rechtspersoon, behouden. De medeaansprakelijke rechtspersonen die de verbintenis niet direct aangaat, kunnen pas voor de nakoming ervan worden aangesproken nadat de meest betrokken rechtspersoon in de nakoming is tekortgeschoten.

De medeaansprakelijkheid op grond van voornoemd artikel ziet op de nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing. Het gaat om schulden die op het moment van de splitsing al wel bestaan, hoewel deze nog niet opeisbaar behoeven te zijn. Schulden uit toekomstige vorderingen die nog niet zijn ontstaan, vallen hier niet onder.

Voor de voornoemde medeaansprakelijkheid van elke andere rechtspersoon gelden niet de zekerheidsrechten die als accessoire rechten zijn verbonden aan de uit de kredietverhouding of bankrelatie voortvloeiende of nog voort te vloeien vorderingen.¹⁰

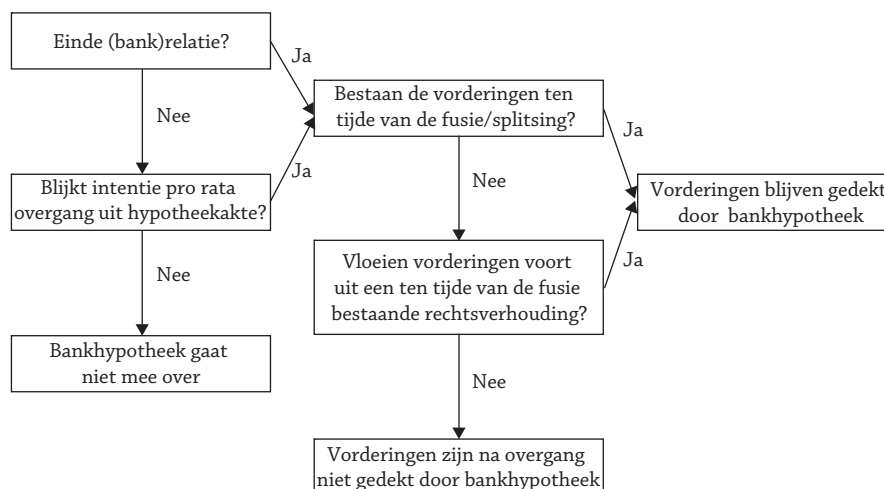
7 M. Scheffers, Knelpunten bij de securering van syndicaatsleningen door gezamenlijke bankhypotheek, AA 1999, p. 7.

8 J.J.P. Bos, Bankhypotheek en de gevolgen van overgang, NTBR 2002/2, p. 60.

9 R.H. Maatman, De verkrijging van het economisch belang bij vorderingsrechten, WPNR (1997) 6286, p. 680-681.

10 Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 10.

Figuur 1: Schema bankhypothec



Consequentie van het vorenstaande is dat indien een bank een kredietovereenkomst heeft gesloten met een debiteur waarbij nog niet het gehele bedrag tot aan de kredietlimiet is opgenomen en deze kredietovereenkomst in het kader van een splitsing overgaat op een verkrijgende rechtspersoon, de overige rechtspersonen die bij deze splitsing optreden als verkrijgende rechtspersonen, maar waarop de kredietovereenkomst niet is overgegaan, medeaansprakelijk zijn voor de verplichting tot het doen uitkeren van het nog niet opgenomen bedrag tot aan de kredietlimiet, de zogenaamde *further advances*. De zekerheidsrechten die als accessoire rechten zijn verbonden aan de vorderingen uit een kredietverhouding, strekken zich echter niet uit tot deze medeaansprakelijkheid. Dit betekent dat deze rechtsperso(o)n(en) tot nakoming van de verplichting tot het uitkeren van de *further advances* kan (kunnen) worden aangesproken indien de verkrijgende rechtspersoon waarop de kredietovereenkomst is overgegaan, is tekortgeschoten. Deze vordering zal niet zijn gedekt door het ten behoeve van de oorspronkelijke schuldeiser (in dit voorbeeld de verdwijnende bank) gevestigde zekerheidsrecht.

Indien een verkrijgende rechtspersoon waarop de kredietovereenkomst in het kader van de zuivere splitsing niet is overgegaan, wordt aangesproken op de verplichting tot het uitbetalen van zulke *further advances* (nadat de verkrijgende rechtspersoon waarop de kredietovereenkomst is overgegaan in deze verplichting is tekortgeschoten) en hij vervolgens overgaat tot uitbetaling van dit bedrag aan de debiteur, ontstaat er een regresrecht van deze rechtspersoon op de verkrijgende rechtspersoon waarop deze kredietovereenkomst is overgegaan, tot betaling van dit bedrag.

Om als verkrijgende rechtspersoon waarop de kredietovereenkomst in het kader van de zuivere splitsing niet is overgegaan, in dit geval te voorkomen dat hij door het doen uitbetalen van deze *further advances* een vordering verkrijgt die niet is gedekt door een zekerheidsrecht, is het mogelijk om de verkrijgende rechtspersoon waarop de kredietovereenkomst in het kader van de

zuivere splitsing wel overgaat, een pandrecht te laten verstrekken over zijn rechten onder de betreffende kredietovereenkomst tot zekerheid van de terugbetaling van de (relatief toekomstige) regresvordering.

Praktijkvoorbeelden

Uit het vorenstaande volgt dat de vraag of een bepaalde vordering die in het kader van een juridische fusie of splitsing is overgegaan op een verkrijgende vennootschap, na de fusie of splitsing nog verzekerd zal zijn door een recht van hypotheek, schematisch kan worden samengevat in figuur 1 hierboven.

Ik zal hierna een aantal voorbeelden geven uit de praktijk, met daarbij een korte analyse op grond van de voornoemde vragen. Uitgangspunt bij de bespreking van de praktijkvoorbeelden is dat de (bank)relatie tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de schuldenaar beëindigd is, dan wel dat uit de hypotheekakte blijkt dat het de bedoeling is van partijen dat het hypotheekrecht pro rata mee overgaat. Uit deze voorbeelden blijkt dat de beantwoording van voornoemde vragen, onder omstandigheden, in de praktijk nog niet zo eenvoudig is.

Voorbeeld 1. Projectfinanciering

In het geval van een projectfinanciering worden (indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan) op verschillende momenten gelden ter beschikking gesteld (bijvoorbeeld bij verschillende fasen van het project, zoals de aankoop van de grond c.q. de bouw van het project c.q. de specifieke voortgang van de bouw). Hiertoe wordt een kredietrekening geopend ten behoeve van de ondernemer. De kredietovereenkomst bevat in een dergelijk geval in de regel een kredietlimiet. Tot maximaal dit bedrag worden gelden verstrekt. De relevante vraag die in dit verband opkomt, is of het hypotheekrecht ná de fusie of splitsing tevens strekt tot zekerheid van de nakoming van betalingen van ingediende termijnen die plaatshebben ná de fusie of splitsing.

De betalingen van termijnen na de fusie vinden plaats op grond van criteria die zijn vastgelegd in de kredietovereenkomst die is

afgesloten voor de fusie. Deze vorderingen vloeien dus voort uit een ten tijde van de fusie reeds bestaande rechtsverhouding. Deze vorderingen zullen zijn gedekt door de vóór de fusie gevestigde bankhypothec tot aan het bedrag van de overeengekomen kredietlimiet.

Wanneer ná de fusie de kredietlimiet wordt verhoogd, zal dit echter moeten worden aangemerkt als een vernieuwde financiering (nieuwe lening), waarbij de verkrijgende partij de initiële wederpartij is. Het hypotheekrecht zal ná de fusie of splitsing niet strekken tot zekerheid van de nakoming van bedragen verstrekt boven de bestaande kredietlimiet.

Hetzelfde geldt wanneer de voorwaarden waaraan moet worden voldaan voordat de debiteur recht heeft op uitbetalingen van een nieuwe termijn, substantieel worden gewijzigd. Het is verdedigbaar om te stellen dat in een dergelijk geval er materieel sprake is van een nieuwe rechtsverhouding. Ook in dat geval zal het hypotheekrecht ná de fusie of splitsing niet strekken tot zekerheid van de nakoming van bedragen verstrekt na zo'n wijziging van de voorwaarden.

Voorbeeld 2. Hogere inschrijving

De oorspronkelijke schuldeiser heeft vóór de fusie een lening verstrekt aan debiteur A voor een bedrag van EUR 100. Debiteur A heeft een bankhypothec gevestigd ten gunste van de oorspronkelijke schuldeiser. Teneinde extra zekerheid te bewerkstelligen is het betreffende hypotheekrecht verleend voor EUR 110, een hoger bedrag dan de verstrekte lening (een zogenoemde hogere inschrijving). De betreffende leningdocumentatie voorziet niet in verhoging van het oorspronkelijke kredietmaximum. Strekt het hypotheekrecht ná de fusie tot zekerheid van het bedrag van de oorspronkelijke lening of het bedrag tot welk het hypotheekrecht is ingeschreven?

Uitgangspunt is dat het vóór de fusie of splitsing gevestigde bankhypothecrecht ná de fusie strekt tot zekerheid van alle vorderingen die uit de overgegangene kredietovereenkomst(en) voortvloeien. Dit betekent dat wanneer de oorspronkelijke schuldeiser vóór de fusie een lening heeft verstrekt met een kredietmaximum van EUR 100 en de betreffende kredietovereenkomst niet voorziet in een verhoogde opname of heropname, het hypotheekrecht als gevolg van de overdracht wordt gefixeerd en strekt tot zekerheid van EUR 100.

Wanneer de oorspronkelijke schuldeiser echter vóór de fusie een aanvullende of nieuwe lening aan de betreffende debiteur heeft verstrekt (bijvoorbeeld voor EUR 5), strekt de bankhypothec tevens tot zekerheid van deze vordering. Als gevolg van de fusie wordt het hypotheekrecht wederom gefixeerd, maar strekt ná de fusie tot zekerheid van EUR 105.

Een ná de fusie door de verkrijgende vennootschap aan de betreffende debiteur verstrekte nieuwe lening wordt niet door het vóór de fusie gevestigde hypotheekrecht gedekt.

Voorbeeld 3. Verlenging

In de praktijk worden vaak verlengingen van bestaande leningen verstrekt. Strekt een vóór de fusie gevestigde bankhypothec tot zekerheid van een ná de fusie overeengekomen verlenging?

De beantwoording van deze vraag hangt af van de vraag of het gehele bedrag onder de kredietovereenkomst voor de fusie is opgenomen.

In de situatie dat aan de debiteur het recht is verleend om een bepaald bedrag op te nemen, welk bedrag nog niet (in zijn geheel) is opgenomen op het moment van fusie, en na de fusie de verkrijgende vennootschap dit recht tot het doen van een opname wil verlengen, zal de verlenging moeten worden gezien als een nieuwe lening/rechtsverhouding, waarbij de verkrijgende vennootschap de initiële wederpartij wordt. Eventuele na het overeengekomen tijdstip uitgekeerde bedragen vloeien voort uit deze nieuwe lening. Deze vorderingen worden niet gedekt door een vóór de fusie gevestigd hypotheekrecht.

Indien vóór de fusie een lening is verstrekt aan een debiteur die door de debiteur reeds vóór de fusie voor het gehele bedrag is opgenomen, heeft de oorspronkelijke schuldeiser ten tijde van de fusie een vordering op de debiteur gelijk aan de gehele lening tot zekerheid waarvan een hypotheekrecht is verstrekt. Indien dit een bankhypothec betreft, wordt het hypotheekrecht als gevolg van de fusie als het ware gefixeerd voor het totale bedrag dat ten tijde van de fusie is getrokken. Na de fusie wordt deze vordering door het hypotheekrecht gedekt.

Wanneer de verkrijgende vennootschap ná de fusie akkoord gaat met een verlenging van de terugbetalingstermijn, dan wordt daarmee geen nieuwe vordering gecreëerd. De ten tijde van de fusie reeds bestaande vordering wordt slechts op een later moment opeisbaar. Deze ten tijde van de fusie bestaande vordering zal ook na de verlenging van de terugbetalingstermijn gedekt zijn door het vóór de fusie ten behoeve van de oorspronkelijke schuldeiser gevestigde hypotheekrecht.

Conclusie

Bij de juridische vormgeving van een reorganisatie van banken spelen naast factoren als fiscale optimalisatie en regulatorische aspecten, ook de gevolgen voor de zekerheidspositie van de (verkrijgende) bank een belangrijke rol.

Ondanks het feit dat er al door vele schrijvers aandacht is besteed aan de vraag of bij overgang van een vordering de verkrijgende partij zich kan verhalen op de opbrengst van een door de schuldenaar ten behoeve van de oude schuldeiser gestelde bankhypothec, bestaat er momenteel in de literatuur nog steeds geen consensus op dit punt.

In de praktijk gaat men ervan uit dat bij een bankhypothec de overgedragen en verzekerde vordering (pro rata) mee overgaat, ook indien de bankrelatie tussen schuldeiser en schuldenaar voortduurt. Echter, dit is alleen het geval indien uitdrukkelijk

uit de hypotheekakte blijkt dat dit de bedoeling van partijen is. Na de overgang zal het hypotheekrecht strekken tot zekerheid van de nakoming van ten tijde van de fusie of splitsing bestaande vorderingen, alsmede voor vorderingen die ontstaan ná de fusie of splitsing, die voortvloeien uit reeds vóór de fusie of splitsing bestaande rechtsverhoudingen.

Er is een aantal (negatieve) consequenties verbonden aan een pro-rataovergang van een bankhypotheek in het kader van een (af)splitsing. Een voorbeeld is dat het hypotheekrecht na een pro-rataovergang in een gemeenschap valt. Het uitgangspunt van de gemeenschapstitel is dat bevoegdheden die verbonden zijn aan gemeenschappelijke goederen, alleen gezamenlijk kunnen worden uitgeoefend. Een ander nadeel van een splitsing is dat de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon aansprakelijk zijn tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing. Voor deze medeaansprakelijkheid van elke andere rechtspersoon gelden echter niet de zekerheidsrechten die als accessoire rechten zijn verbonden aan de uit de kredietverhouding of bankrelatie voortvloeiende of nog voort te vloeien vorderingen. Deze consequenties leiden ertoe dat het puur vanuit de 'bankhypotheekproblematiek' de voorkeur geniet om bij de reorganisatie van een bank te kiezen voor een juridische fusie (dan wel een aandelenoverdracht).

Uit vorenstaande voorbeelden volgt echter dat de positie van zowel de oorspronkelijke schuldeiser als de verkrijgende bank ten aanzien van hun zekerheidsrechten na een overgang van vorderingen die gedekt zijn door een bankhypotheek, onzeker is. Daarom blijft het aan te bevelen dat de verkrijgende vennootschap altijd nieuwe zekerheden laat vestigen.