

# Oversecurering en vrijgave

## Over de werking van de Algemene Bankvoorwaarden bij een overmaat aan zekerheden

Tvl 2019/9

**In deze bijdrage wordt aan de hand van het Duitse *Übersicherung*-leerstuk onderzocht in hoeverre de Nederlandse Algemene Bankvoorwaarden (ABV) een rechtsgrond kunnen vormen voor een zekerheidsgever, en eventueel ook de curator in diens faillissement, om af te dwingen dat de bedongen zekerheden niet meer goederen omvatten dan noodzakelijk is voor volledig verhaal van de met die zekerheden gecureerde vorderingen. De ABV blijken deze rechtsgrond te bieden, maar dit blijkt bepaald geen sterke rechtsgrond te zijn. Aangezien dit mededingingsrechtelijk tot een onwenselijke uitkomst kan leiden, worden in de bijdrage twee voorstellen gedaan om tot een krachtigere sanctionering van oversecure-ring te komen.**

### 1. Inleiding

Banken zijn, in hun hoedanigheid van kredietverstrekkers, doorgaans instaat om zich via het bedingen van alomvattende bankzekerheden met hoge voorrang op het vermogen van hun kredietnemers te verhalen. Die sterke positie van banken lijkt de laatste tijd op kritische aandacht te kunnen rekenen in het juridische debat.<sup>2</sup> In het Duitse recht bestaat als tegenwicht tegen de neiging om alomvattende zekerheid te bedingen het leerstuk van de oversecure-ring (*Übersicherung*). De bedongen zekerheden dienen volgens dit leerstuk – kort gezegd – in verhouding te zijn met de daarmee gezekerde vordering(en) op de kredietnemer. Ook de Nederlandse Algemene Bankvoorwaarden (ABV) bevatten enkele bepalingen die verband lijken te houden met oversecure-ring, althans met de proportionaliteit van zekerheden. Dit zijn primair de artikelen 24 en 26 ABV, maar ook artikel 2 ABV lijkt hierin een belangrijke rol te vervullen. Rond de eeuwwisseling hebben (de voorlopers van) deze bepalingen reeds kortstondig in de schijnwerpers gestaan naar aanleiding van de toenmalige ontwikkelingen in de Duitse

*Übersicherung*-rechtspraak.<sup>3</sup> De toegenomen aandacht voor de positie van de banken rechtvaardigt een hernieuwde analyse van de betekenis van deze bepalingen bij gevallen van oversecure-ring in het huidige kredietverkeer. Het doel van dit artikel is om aan de hand van het Duitse recht en de ervaringen aldaar de werking van deze ABV-bepalingen in het geval van oversecure-ring te verduidelijken. De centrale vraag is daarbij of de ABV een rechtsgrond kunnen vormen voor een zekerheidsgever (en evt. de curator in diens faillissement) om af te dwingen dat de bedongen zekerheden niet meer goederen omvatten dan noodzakelijk is voor volledig verhaal van de daarmee gezekerde vorderingen. Dit artikel is daartoe als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 zal het juridisch kader worden uiteengezet, waarin zowel de werking van het Duitse *Übersicherung*-leerstuk als de werking van de ABV bij oversecure-ring worden uitgewerkt. Vervolgens zal in paragraaf 3 worden ingegaan op de beperkte kracht die het uit de ABV voortvloeiende handhavingmechanisme bij oversecure-ring heeft. Tot slot wordt in paragraaf 4 kort stilgestaan bij de implicaties hiervan, waarna enkele wegen worden verkend die tot een krachtigere sanctionering van oversecure-ring zouden kunnen leiden.

### 2. Hoe zit het juridisch?

#### 2.1 *Übersicherung* naar Duits recht

##### 2.1.1 *Algemeen*

Het Duitse recht kent een lange traditie van generale zekerheidsrechten, tot ontwikkeling gekomen in de Duitse rechtspraak tegen het einde van de negentiende eeuw. In het oog springen specifiek de *Sicherungsübereignung* van roerende zaken en de *Sicherungsabtretung* van vorderingen. Anders dan bij het pandrecht worden de in zekerheid te geven goederen hier niet met een beperkt recht bezwaard, maar worden deze fiduciair overgedragen tot zekerheid van voldoening van een openstaand krediet. Een goed kan dus maar aan één schuldeiser tegelijk in zekerheid worden ge-

1 Gelieve het artikel aan te halen als: R.C.P. van Uden, 'Oversecure-ring en vrijgave. Over de werking van de Algemene Bankvoorwaarden bij een overmaat aan zekerheden', *Tvl* 2019/9. Ruben van Uden is als PhD-fellow verbonden aan de Universiteit Leiden. Hij bedankt prof. mr. W.H. van Boom, prof. mr. E. Koops en mr. W.Th. Nuninga voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

2 Zie bijv. S.C.J.J. Kortmann, *Het faillissement, een paradijs voor banken* (afscheidsrede Nijmegen), Nijmegen: RU 2017; D. Mijnheer, 'Waarom banken bij faillissementen altijd aan het langste eind trekken', *Follow the Money* 9 juni 2018, Ftm.nl.

3 Zie o.a. J. Beuving & R.P.J.L. Tjittes, 'Het tegengaan van een overmaat aan zekerheden', *NJB* 1998, afl. 34, p. 1547-1552; F. Nieper & W.H. van Boom, 'Recente ontwikkelingen in het Duitse vermogensrecht', *NTBR* 1999, afl. 4, p. 105-112; S.O.H. Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid. De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bank jegens de (aspirant-)kredietnemer en jegens medeschuldeisers voor vermogensschade, in het bijzonder wegens de schending van het ongeschreven recht* (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht, deel 19), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 109-117; N.W.M. van den Heuvel, 'Zekerheid in een redelijke verhouding', *WPNR* 2001, afl. 6463, p. 918-926. Zie ook meer recent V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht, deel 86), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 398-399 en F.J.L. Kaptein, *Pandrecht: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuist-loze en stille karakter van het pandrecht* (diss. Groningen), Groningen: RUG 2016, p. 296-300.

geven. De fiduciaire overdracht vindt daarbij ten aanzien van roerende zaken plaats per *constitutum possessorium* ex § 930 BGB en ten aanzien van vorderingen bij een vormvrije cessieovereenkomst ex § 398 BGB. Kenmerkend voor deze twee zekerheidsfiguren is dat zij al vrij snel een generaal karakter hebben gekregen.<sup>4</sup> De Duitse rechtspraak stond toe dat men reeds bij voorbaat (*antizipiert*) beschikte over toekomstige goederen, waarbij de werking van de beschikingshandeling werd uitgesteld tot het moment dat het aanvankelijk nog toekomstige goed in het vermogen van de vervreemder kwam.<sup>5</sup> De buitengrens van het toelaatbare werd hierbij gevormd door het vereiste dat de over te dragen goederen wel met voldoende bepaaldheid kunnen worden aangeduid.<sup>6</sup> Zo werd het mogelijk gehele bedrijfsvoorraden en -inventarissen (via een *Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten mit wechselndem Bestand*) alsmede complete debiteurenportefeuilles (via een *Globalzession*) tot zekerheid over te dragen, waarbij op het moment van verkrijging van nieuwe voorraad, inventaris dan wel vorderingen op derden steeds weer automatisch een (aanvullende) overdracht aan de zekerheidsnemer tot stand kwam.<sup>7</sup> Dit kan in beginsel nog steeds, alhoewel de Duitse rechtspraak zich ondertussen heeft ingezet om buitensporige zekerheidsoverdrachten te bestrijden.<sup>8</sup> Eén van die bestreden buitensporigheden betreft het geval van *Übersicherung*, wat inhoudt dat de waarde van de tot zekerheid overgedragen goederen de hoogte van het daarmee gezeekerde krediet in een ongerechtvaardigde mate overstijgt.<sup>9</sup> De zekerheidsnemer neemt dan meer goederen in zekerheidseigendom dan nodig is voor het veiligstellen van zijn verhaalspositie bij uitwinning.<sup>10</sup> Bovendien zijn deze goederen, wegens de aard van de zekerheidseigendom, niet meer beschikbaar als zekerheidsobject voor andere schuldeisers. Deze asymmetrie doet zich vooral voor wanneer sprake is van zekerheidsrechten op een steeds wisselende samenstelling van goederen, zoals 'alle bestaande en toekomstige voorraden' of 'alle bestaande en toekomstige vorderingen op derden', de zogenaamde *revolvierende Globalsicherheiten*.<sup>11</sup>

Naar Duits recht worden twee vormen van *Übersicherung* onderscheiden, afhankelijk van het moment van het in-

treden ervan. Is reeds bij het sluiten van de kredietovereenkomst duidelijk dat er een forse wanverhouding zal zijn tussen de in de toekomst te verwachten opbrengst bij uitwinning van de zekerheden en de op dat toekomstige moment nog openstaande geseceureerde schuld, dan is sprake van *ursprüngliche Übersicherung*.<sup>12</sup> Was deze wanverhouding aanvankelijk nog niet te voorzien, maar wordt door ontwikkeling van de kredietrelatie – bijvoorbeeld door aflossing of een sterke toename van de onder het zekerhedenpakket vallende zekerheidsobjecten – toch duidelijk dat de zekerheidsnemer meer zekerheden heeft dan noodzakelijk is ter dekking van het krediet, dan is sprake van *nachträgliche Übersicherung*.<sup>13</sup>

### 2.1.2 *Nachträgliche Übersicherung*

De *Große Senat für Zivilsachen* van het Duitse *Bundesgerichtshof*, de rechtseenheidskamer van het hoogste Duitse rechtscollege, heeft in 1997 een belangrijke, richtinggevende uitspraak gewezen met betrekking tot het geval van *nachträgliche Übersicherung*.<sup>14</sup> De *Große Senat* overwoog dat bij de *revolvierende Globalsicherheiten* de zekerheidsgever een aanspraak tot vrijgave (*Freigabeanspruch*) van overtollige zekerheden toekomt, zodra de totale waarde van het onderpand een bepaalde dekkingsgraad (*Deckungsgrenze*) overstijgt en deze overschrijding bovendien blijvend van aard is.<sup>15</sup> Deze aanspraak ligt volgens het rechtscollege via een op de *Treu und Glauben* gebaseerde contractsuitleg ex § 157 BGB besloten in het fiduciaire karakter van deze zekerheidsrechten en hoeft daarom niet expliciet te worden overeengekomen.<sup>16</sup> De hamvraag is natuurlijk: hoe hoog is precies die dekkingsgraad? De *Große Senat* neemt na een afweging van de belangen van zekerheidsgever en -nemer tot uitgangspunt dat de zekerheidsnemer, op het moment dat het tot uitwinning van de zekerheden komt, instaat moet zijn om zijn vorderingen precies voldaan te krijgen. Dat brengt het rechtscollege tot een dekkingsgraad van 110%; de waarde van de zekerheden, gemeten naar de te verwachten opbrengst bij uitwinning, mag maximaal 110% van de dan nog openstaande geseceureerde vorderingen bedragen.<sup>17</sup> De extra 10% dient daarbij ter dekking van de uitwinnings-

4 Zie voor een beknopt overzicht: M. Brinkmann, 'The peculiar approach of German law in the field of secured transactions and why it has worked (so far)', in: L. Gullifer & O. Akseli (red.), *Secured transactions law reform. Principles, policies and practice*, London: Bloomsbury Publishing 2016, p. 339-354. Zie tevens, meer gedetailleerd: P. Rombach, *Die anfängliche und nachträgliche Übersicherung bei revolvierenden Globalsicherheiten* (diss. Freiburg; Schriften zum bürgerlichen Recht, Band 241), Berlin: Duncker & Humblot 2001, § 1 en 2.

5 Brinkmann 2016, p. 345; Rombach 2001, p. 36; B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht, deel 90), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 17.

6 Brinkmann 2016, p. 345; H. Prütting, *Sachenrecht*, München: Beck 2017, nr. 419.

7 Zie voor een kernachtig overzicht van deze twee Duitse zekerheidsfiguren: Prütting 2017, § 34 en 73.

8 W. Wiegand & C. Brunner, 'Übersicherung und Freigabeanspruch', *NJW* 1995, afl. 39, p. 2513; Prütting 2017, nr. 416.

9 Prütting 2017, nr. 420a.

10 P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen*, Heidelberg: C.F. Müller 2017, nr. 1106; J. Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlin: De Gruyter 2016, nr. 2412.

11 Bülow 2017, nr. 1107.

12 BGH 12 maart 1998, IX ZR 74/95, r.o. 11, *NJW* 1998, 2047. Zie hierover ook o.a. J.F. Baur & R. Stürner, *Sachenrecht*, München: Beck 2009, § 57, nrs. 29d-29e, M. Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen. Eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Entwicklungen* (Jus Privatum 156), Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 284-287, Wilhelm 2016, nr. 2413 en J.H. Brünink, in: H.J. Lwowski, G. Fisher & M. Gehrlein (red.), *Das Recht der Kreditsicherung*, Berlin: Erich Schmidt 2018, § 3, nrs. 63-68.

13 Wilhelm 2016, nr. 2414.

14 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, *NJW* 1998, 671. Deze uitspraak volgde naar aanleiding van interne verdeeldheid tussen de verschillende kamers van het *Bundesgerichtshof* over dit onderwerp en betrof een voeging van twee prejudiciële procedures, geïnitieerd door de IX. en XI. *Senat*. Zie voor deze procedures 1) BGH 6 maart 1997, IX ZR 74/95, *NJW* 1997, 1570 en 2). BGH 13 mei 1997, XI ZR 234/95, *WM* 1997, 1197. Zie nader over deze interne verdeeldheid o.a. Wilhelm 2016, nrs. 2414-2422.

15 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 30-31, *NJW* 1998, 671.

16 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 31 en 51, *NJW* 1998, 671. E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 208.

17 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 52-63, *NJW* 1998, 671.

kosten, zodat de uiteindelijke netto-opbrengst exact toereikend is.<sup>18</sup>

Omdat een dergelijke dekkingsgraad vanzelfsprekend verre van hanteerbaar is voor de praktijk – wie kan immers in de toekomst kijken – voorziet de *Große Senat* tevens in een weerlegbaar rechterlijk vermoeden ten bate van de zekerheidsgever.<sup>19</sup> Wanneer de actuele waarde<sup>20</sup> van de zekerheden meer dan 150% van de daarmee gecureerde vordering beslaat, wordt de aanwezigheid van *Übersicherung* vermoed en komt aan de zekerheidsgever in beginsel een aanspraak toe tot vrijgave van het surplus aan zekerheden.<sup>21</sup> Het is dan aan de zekerheidsnemer om gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat er toch geen sprake is van *Übersicherung*, bijvoorbeeld omdat het te verwachten waardeverlies bij uitwinning veel hoger ligt dan gemiddeld.<sup>22</sup>

Afwijkende, voor de zekerheidsgever nadeligere partijafspraken over de vrijgaveaanspraak en de hoogte van de dekkingsgraad sorteren in beginsel geen effect, althans wanneer deze zijn neergelegd in een *Formularvertrag*, een door de zekerheidsnemer voorgeformuleerde – en in principe niet onderhandelbare – standaardovereenkomst.<sup>23</sup> Deze afwijkende afspraken worden dan gekwalificeerd als algemene voorwaarden in de zin van § 305 BGB,<sup>24</sup> die bovendien naar het oordeel van de *Große Senat* ex § 307 (II)(2) BGB onredelijk bezwarend en daarmee nietig zijn.<sup>25</sup> Ervoor in de plaats treedt dan de hiervoor beschreven vrijgaveregeling.

### 2.1.3 *Ursprüngliche Übersicherung*

Anders is de situatie bij *ursprüngliche Übersicherung*. Hier is de Duitse rechtspraak minder mild tegenover de zekerheidsnemers: *ursprüngliche Übersicherung* kan ex § 138(1) BGB leiden tot nietigheid van de zekerheidsovereenkomst

wegens strijd met de goede zeden. Aangenomen wordt daarbij dat deze nietigheid zich tevens uitstrekt tot de zekerheidsoverdracht zelf en dat de zekerheidsnemer dus goederenrechtelijk gezien met lege handen staat.<sup>26</sup> De centrale vraag bij deze vorm van *Übersicherung* is of reeds bij het sluiten van de kredietovereenkomst duidelijk is dat, mocht het in de toekomst tot uitwinning van de zekerheden komen, er dan een forse wanverhouding (*ein auffälliges Mißverhältnis*) zal zijn tussen de uitwinningsofbrengst en de nog openstaande gecureerde schuld.<sup>27</sup> Is dat het geval, dan geldt nog een aanvullende drempel om daadwerkelijk tot nietigheid te komen: de *Übersicherung* dient te zijn gestoeld op een immorele houding (*verwerfliche Gesinnung*) van de zekerheidsnemer, zoals het bewust grovelijk negeren van de gerechtvaardigde belangen van de zekerheidsgever (concreet het belang om niet onnodig veel bedrijfsactiva over te dragen tot zekerheid).<sup>28</sup>

Anders dan bij *nachträgliche Übersicherung* heeft de rechtspraak zich nog niet duidelijk uitgelaten over de vraag wanneer *ursprüngliche Übersicherung* precies intreedt. Onzeker is zodoende welke dekkingsgraad moet zijn te voorzien, wil er gesproken kunnen worden van een *auffälliges Mißverhältnis* tussen zekerheid en gecureerde schuld. Het is veel meer een beoordeling die aan de hand van de – weinig richtinggevende – concrete omstandigheden van het geval dient plaats te vinden.<sup>29</sup> Duidelijk is in ieder geval wel dat de aanwezigheid van een *Freigabeklausel* in de kredietovereenkomst onvoldoende is om nietigheid te voorkomen.<sup>30</sup> Dit is in de literatuur onder meer onderbouwd met het argument

18 Voor de schatting van deze uitwinningkosten is aansluiting gezocht bij de ingevolge § 171 InsO vastgestelde, aan de faillissementsboedel af te dragen kostenvergoeding bij uitwinning door de curator. BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 64, NJW 1998, 671.

19 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 79, NJW 1998, 671. Zie ook Bülow 2017, nr. 1126. Zie evenwel ogenschijnlijk anders: Wilhelm 2016, nr. 2425, waarin lijkt te worden betoogd dat dit vermoeden juist als de beslissende maatstaf moet worden gezien, die de praktische relevantie van de 110%-regel wegneemt; een lezing die mijns inziens niet goed te rijmen valt met de tekst van het arrest.

20 Zijnde bij roerende zaken de actuele verkoopprijs ofwel, bij gebreke daarvan, de inkoopprijs of de productiekosten en bij vorderingen de nominale waarde van de vordering. BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 83 en 85, NJW 1998, 671.

21 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 78-89, NJW 1998, 671.

22 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 89, NJW 1998, 671. De zekerheidsnemer dient, met andere woorden, te laten zien dat het huidige pakket aan zekerheden nog steeds noodzakelijk is om in een toekomstig geval van uitwinning volledig uit de opbrengst te kunnen worden voldaan. Zie ook Bülow 2017, nr. 1126.

23 Dit laatste zal bijna altijd het geval zijn. In de Duitse bancaire praktijk wordt voor het bedingen van zekerheden namelijk nagenoeg altijd gebruik gemaakt van dergelijke standaardovereenkomsten, mede vanwege de grote schaal waarop deze overeenkomsten worden afgesloten. J.H. Brünink, in: Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, § 3, nr. 14; Bülow 2017, nr. 1150.

24 Zie beknopt over de reikwijdte van § 305 BGB: D. Medicus & J. Petersen, *Bürgerliches Recht*, München: Franz Vahlen 2015, nrs. 67-68.

25 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 34-36 en 89, NJW 1998, 671. Anders dan naar Nederlands recht zijn onredelijk bezwarende algemene voorwaarden naar Duits recht niet vernietigbaar, maar nietig (*unwirksam*). R.H.C. Jongeneel, *De Wet Algemene Voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1991, nr. 19.

26 Brinkmann 2011, p. 286-287; Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu § 929-931, nr. 157; J.H. Brünink, in: Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, § 3, nr. 78, met verdere verwijzingen naar literatuur en rechtspraak. Evenwel terughoudend: MüKoBGB/Oechsler 2017, Anh. zu § 929-936, nr. 14.

27 BGH 12 maart 1998, IX ZR 74/95, r.o. 11, NJW 1998, 2047. Zie hierover ook o.a. Baur & Stürner 2009, § 57, nrs. 29d-29e, Brinkmann 2011, p. 284-287, Wilhelm 2016, nr. 2413 en J.H. Brünink, in: Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, § 3, nrs. 63-68.

28 BGH 12 maart 1998, IX ZR 74/95, r.o. 11, NJW 1998, 2047. Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu §§ 929-931, nr. 157. Dit vormt een uitwerking van de algemene regel dat bij de beoordeling ex § 138(1) BGB het totaal karakter van de overeenkomst (naar inhoud, motieven en doel) ten tijde van het sluiten ervan centraal staat. Zie bijv. BGH 12 april 2016, XI ZR 305/14, r.o. 37-46, NJW 2016, 2662 en Bülow 2017, nr. 1104. Sinds 2010 is door het BGH verduidelijkt dat deze *verwerfliche Gesinnung* niet kan worden afgeleid uit het enkele bestaan van *ursprüngliche Übersicherung*, maar daadwerkelijk moet worden vastgesteld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. BGH 19 maart 2010, V ZR 52/09, r.o. 12-13, BeckRS 2010, 10583.

29 BGH 12 maart 1998, IX ZR 74/95, r.o. 11, NJW 1998, 2047. Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu § 929-931, nr. 157. MüKoBGB/Oechsler 2017, Anh. zu § 929-936, nr. 33. J.H. Brünink, in: Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, § 3, nr. 63. Zie voor een voorbeeld van een dergelijke omstandighedentoets OLG Hamm 23 november 2009, 31 U 323/06, par. II.A.3., BeckRS 2010, 2549, waar een te voorziene dekkingsgraad bij uitwinning van 211% niet als een *auffälliges Mißverhältnis* werd gezien, o.a. omdat de zekerheidsgever zich ten tijde van het sluiten van de zekerheidsovereenkomst in een (onzekere) fase van herstructurering bevond.

30 M. Terlau, 'Sittenwidrigkeit wegen ursprünglicher Übersicherung', *BB* 1998, afl. 30, p. 1499; J.H. Brünink, in: Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, § 3, nr. 67. Zie tevens BGH 16 december 1957, VII ZR 402/56, NJW 1958, 417 en OLG Köln 27 januari 2009, 3 U 84/08, BeckRS 2009, 9721, waar in beide gevallen een vermeld eigendomsvoorbehoud ondanks een *Freigabeklausel* nietig werd bevonden. Anders, doch waarschijnlijk achterhaald sinds BGH 19 maart 2010, V ZR 52/09, BeckRS 2010, 10583: OLG Hamm 9 oktober 2001, 21 U 6/01, NJOZ 2002, 1398, waar de aanwezigheid van een *Freigabeklausel* als vermoeden voor de afwezigheid van een *verwerfliche Gesinnung* van de zekerheidsnemer werd beschouwd.

dat niet van een zekerheidsgever kan worden verwacht dat hij – terwijl de inkt van de zekerhedenovereenkomst nog drogende is – direct aanspraak maakt op gedeeltelijke vrijgave van de zojuist afgesproken zekerheden.<sup>31</sup>

#### 2.1.4 *Übersicherung in de praktijk*

Nu hiervoor het juridisch kader van het *Übersicherung*-leerstuk is uiteengezet, is de vervolgvraag hoe dit leerstuk zijn uitwerking vindt in de praktijk. Interessant daarbij is de wijze waarop de Duitse financieringspraktijk heeft geprobeerd om het risico op het ontstaan van *nachträgliche Übersicherung* te vermijden. Zo bevatten de Duitse algemene bankvoorwaarden<sup>32</sup> een specifieke bepaling, artikel 16, over de begrenzing van de zekerheidsaanspraken van de bank. Het eerste lid van deze bepaling ziet op de dekkingsgraad: een (onderverzekerde) bank kan slechts zekerheden verlangen tot het punt, de *Deckungsgrenze*, waar de waarde van de zekerheden zodanig is dat de te verwachten netto-opbrengst bij uitwinning (minus de uitwinningskosten) gelijk zal zijn aan de dan openstaande schuld aan de bank.<sup>33</sup> Dat lijkt overeen te stemmen met de jurisprudentiële 110%-regel, die van beide partijen verlangt om in de toekomst te kijken. Het tweede lid behandelt de vrijgaveaanspraak: wanneer de waarde van de zekerheden de in het eerste lid beschreven *Deckungsgrenze* blijvend overstijgt, heeft de bank een plicht tot vrijgave van zekerheden, zodanig dat de waarde van het zekerhedenpakket deze *Deckungsgrenze* niet meer overstijgt. Deze plicht ontstaat pas zodra de zekerheidsgever om vrijgave verzoekt en de bank is vrij in de keuze welke zekerheden worden vrijgegeven.<sup>34</sup> Dit lijkt opnieuw overeen te stemmen met de jurisprudentie van de *Große Senat*.

Ook in de modelzekerheidsovereenkomsten van de Duitse *Bank-Verlag* wordt het thema *nachträgliche Übersicherung* aangesneden.<sup>35</sup> Kijkend naar twee specifieke modelovereenkomsten, die van het *Raumsicherungsübereignungsvertrag*<sup>36</sup> en die van het *Globalzessionsvertrag*, valt het vol-

gende op.<sup>37</sup> In de eerste plaats is ook hier opgenomen dat als beslissende maatstaf voor vrijgave de 110%-regel geldt en dat de vrijgaveplicht pas ontstaat na een daartoe strekkend verzoek van de zekerheidsgever.<sup>38</sup> Ten tweede bevatten beide modellen een bepaling voor de schatting van de toekomstige uitwinningsopbrengst. De daarbij te hanteren schattingsmaatstaf is echter vaag. Ten aanzien van het geschatte waardeverlies bij uitwinning is namelijk expliciet opgenomen dat de hoogte van de aftrek hiervoor pas op het moment van een concreet vrijgaveverzoek kan worden bepaald.<sup>39</sup> Die aftrek zal dan aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval worden vastgesteld.<sup>40</sup>

Wat derhalve opvalt is dat consequent expliciet de beslissende doch moeilijk te hanteren 110%-regel van de *Große Senat* wordt toegepast als maatstaf voor vrijgave, maar dat daarbij een verdere vertaalslag naar de actuele waarde van de zekerheden ten tijde van een concreet vrijgaveverzoek niet echt wordt gemaakt. De zekerheidsgever heeft die vrijheid ook. Het rechterlijk vermoeden dat door de *Große Senat* is aangereikt, blijft immers een vermoeden dat openstaat voor tegenspraak door de zekerheidsnemer. Het gevolg is echter dat het *nachträgliche Übersicherung*-leerstuk hierdoor aan waarde inboet, nu de maatstaf voor het ontstaan van de vrijgaveaanspraak zo weinig concreet is.

Daar komt bij dat door de *Große Senat* uitdrukkelijk is bepaald dat de curator geen rol heeft in de sanctionering van *nachträgliche Übersicherung*. Door faillissement vervalt de vrijgaveaanspraak en treden de uitwinningsregels rondom overwaarde ervoor in de plaats.<sup>41</sup> Verduidelijkt is bovendien dat afwijkende vrijgaveafspraken in beginsel niet tot nietigheid van de gehele zekerheidsoverdracht kunnen leiden.<sup>42</sup> Met andere woorden: er liggen geen kansen voor de curator om het boedelactief te vergroten. Het is aan de zekerheidsgever zelf om een eventuele vrijgaveaanspraak geldend te maken. Hij dient de dekkingsgraad te monitoren en, bij een vermoeden van overschrijding van de 110%-grens, te volharden in een beroep op vrijgave tegenover zijn kredietverstrekker. Hierin schuilt het risico dat hij bij een mogelijk dis-

31 Rombach 2001, p. 198-200; Bülow 2017, nr. 1107; Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu § 929-931, nr. 157.

32 Anders dan bij de Nederlandse Algemene Bankvoorwaarden zijn de Duitse algemene bankvoorwaarden een modeltekst, opgesteld door het *Bundesverband deutscher Banken*. Banken zijn vrij in hun keuze of en hoe zij gebruik maken van deze modeltekst. Zie nader <https://bankenverband.de/service/agb-banken/>.

33 Oorspronkelijke tekst: "Die Bank kann ihren Anspruch auf Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten so lange geltend machen, bis der realisierbare Wert aller Sicherheiten dem Gesamtbetrag aller Ansprüche aus der bankmäßige Geschäftsverbindung (Deckungsgrenze) entspricht." (versie juli 2018). Raadpleegbaar via <https://bankenverband.de/service/agb-banken/>. Rechtstreekse link: [https://bankenverband.de/media/40000\\_0718\\_muster.pdf](https://bankenverband.de/media/40000_0718_muster.pdf).

34 Oorspronkelijke tekst: "Falls der realisierbare Wert aller Sicherheiten die Deckungsgrenze nicht nur vorübergehend übersteigt, hat die Bank auf Verlangen des Kunden Sicherheiten nach ihrer Wahl freizugeben, und zwar in Höhe des die Deckungsgrenze übersteigenden Betrages;" (versie juli 2018).

35 Opgenomen in Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018. De *Bank-Verlag* valt onder het *Bundesverbandes deutscher Banken* en voorziet in service-oplossingen voor banken, waaronder het ter beschikking stellen van uiteenlopende modelovereenkomsten.

36 *Raumsicherungsübereignungsverträge* worden hoofdzakelijk gebruikt bij zekerheidsoverdrachten van complete bedrijfsvoorraden. Kenmerkend aan deze overeenkomsten is dat de over te dragen goederen naar zowel soort als locatie worden aangeduid ("alle bedrijfsvoorraden die zich bevinden op locatie x"). J. Wittig, in: Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, § 11, nr. 28.

37 Zie voor deze modellen J. Wittig, in: Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, p. 545-546 en 717-718.

38 Oorspronkelijke tekst: "Die Bank ist schon vor vollständiger Befriedigung ihrer durch die [Sicherungsübereignung bzw. Abtretung] gesicherten Ansprüche verpflichtet, auf Verlangen das ihr [übertragene Sicherungsgut bzw. abgetretenen Forderungen] [...] nach ihrer Wahl an den jeweiligen Sicherungsgeber ganz oder teilweise freizugeben, sofern der realisierbare Wert sämtlicher Sicherheiten 110% der gesicherten Ansprüche der Bank nicht nur vorübergehend überschreitet." J. Wittig, in: Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, p. 546 en 718.

39 Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, p. 546 en 718. Zie evenwel anders, doch inmiddels gedateerd, de modellen in bijlagen 7 en 8 van Baur & Stürner 2009 (p. 1005-1011), waar in de modellen expliciet ruimte wordt opengelaten voor het invullen van de hoogte van de – in beginsel geldende – contractuele aftrek, terwijl bij gebreke van invullen ofwel in principe geen aftrek plaatsvindt ofwel een voorgeformuleerde aftrek geldt. Anders ook de eerdere modellen van de *Bank-Verlag* uit 1999, waar voor het waardeverlies bij uitwinning nog een concrete contractuele aftrek was opgenomen van in beginsel 25% – ten opzichte van de actuele verkoopprijs, inkoopprijs of productiekosten van roerende zaken dan wel de nominale waarde van vorderingen. Zie H.J. Lwowski, *Das Recht der Kreditsicherung*, Berlin: Erich Schmidt 2000, p. 778-779 en 795-796.

40 J. Wittig, in: Lwowski, Fisher & Gehrlein (red.) 2018, p. 556 en 725.

41 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 45, NJW 1998, 671.

42 BGH 27 november 1997, GSZ 1/97, r.o. 43-45, NJW 1998, 671.



puut de kredietrelatie onder druk zet. Het is daarom maar de vraag of de zekerheidsgever hiertoe bereid is.<sup>43</sup> In de Duitse literatuur komt naar voren dat de financiële dienstverlening wordt gekenmerkt door het zogenaamde *Hausbankprinzip*. Met name MKB-ondernemingen hebben traditioneel een sterke relatie met één specifieke bank, de huisbank, die voorziet in alle benodigde financiële diensten.<sup>44</sup> Deze ondernemingen zullen vermoedelijk terughoudend zijn deze relatie – en daarmee doorgaans het financiële fundament van de onderneming – op het spel te zetten.<sup>45</sup>

Het is daarom de vraag wat de waarde van het leerstuk van *nachträgliche Übersicherung* in de praktijk is. Het leerstuk van *nachträgliche Übersicherung* bij *Globalsicherheiten* lijkt, na de beslissing van de *Große Senat*, ook nauwelijks meer te zijn voorgekomen in de Duitse rechtspraak, althans voor zover gepubliceerd; ofwel omdat het leerstuk geen problemen meer oplevert in de praktijk, ofwel omdat er door zekerheidsgevers geen aanspraak wordt gemaakt op vrijgave dan wel dat deze aanspraken al in een vroeg stadium stranden. Biedt het leerstuk van *ursprüngliche Übersicherung* misschien meer perspectief? Vanwege de nietigheidssanctie is dit potentieel in ieder geval wel een waardevol instrument in de gereedschapskist van de curator. Uit de gepubliceerde rechtspraak volgt dat deze weg in de praktijk ook daadwerkelijk wordt beproefd. Wel lijken de gevallen waar een beroep op nietigheid wegens *ursprüngliche Übersicherung* slaagde, zich te beperken tot zekerheidscessies binnen de context van een verlengd eigendomsvoorbehoud. In deze context worden de vorderingen die ontstaan uit doorverkoop van de onder het eigendomsvoorbehoud geleverde zaken bij voorbaat aan de eigendomsvoorbehoudsvkoper tot zekerheid gecedeerd. Dit leidt tot nietigheid wegens *ursprüngliche Übersicherung* wanneer de verkoper onder eigendomsvoorbehoud slechts toeleverancier is van een zaak die als bestanddeel opgaat in een qua waarde veel groter eindproduct (zoals raamprofielen in een raam), maar hij desondanks alle uit doorverkoop ontstane vorderingen onverkort aan zich laat cederen.<sup>46</sup> Als het evenwel aankomt op geseceerd bancaire krediet, lijkt de rechtspraak een zekere terughoudendheid te betrachten bij het hanteren van dit nietigheidsinstrument.<sup>47</sup> Dit is ook goed te begrijpen, aangezien de maatstaf van 'het bij contractsluiting voorzien van een forse wanverhouding tussen onderpand en schuld bij uitwinning' achteraf moeilijk is vast te stellen. Een geslaagd nietigheidsberoep zal in deze context vermoedelijk dan ook

zijn voorbehouden aan gevallen waar meer aan de hand is dan alleen een te ruime zekerhedenverstrekking.

## 2.2 Oversecuring en de Nederlandse ABV

Kijkend naar de bepalingen in de Nederlandse ABV die verband houden met oversecuring, dan springen in de eerste plaats de artikelen 24 en 26 ABV in het oog. Daarnaast lijkt ook een rol weggelegd voor de algemene bancaire zorgplicht van artikel 2 ABV. Deze artikelen worden in het navolgende nader besproken.

### 2.2.1 Pandrecht op tegoeden en meer (artikel 24 ABV)

Artikel 24 ABV voorziet in de totstandkoming van een pandrecht op kort gezegd alle tegoeden die een cliënt van de bank bij die bank aanhoudt en op al diens zaken, waardepapieren, aandelen, effecten en andere financiële instrumenten die de bank voor hem onder zich heeft.<sup>48</sup> Dit pandrecht komt waar mogelijk automatisch – zonder nadere akte of andere vestigingshandeling – tot stand door een combinatie van de aanvaarding van de ABV en het in de macht van de bank brengen van de betreffende goederen (artikel 24 lid 1 onder c ABV). Waar toch nadere vestigingshandelingen nodig zijn, verkrijgt de bank op grond van artikel 24 lid 1 onder d ABV een onherroepelijke volmacht om deze handelingen – doorgaans via periodieke verzamelhandelingen<sup>49</sup> – namens de cliënt te verrichten. Zodoende lijken deze goederen nagevoeg automatisch te worden verpand, zonder dat er krediet tegenover hoeft te staan; oversecuring ligt dus op de loer. Al deze pandrechten hebben het karakter van een bankpandrecht; ze dienen ex artikel 24 lid 1 onder b ABV niet alleen tot zekerheid van voldoening van alle huidige schulden van de cliënt aan de bank, maar ook alle toekomstige schulden. Is sprake van oversecuring, dan voorziet het tweede lid, onder a, van het artikel in een vrijgaveregeling:

“U kunt ons om vrijgave vragen van een of meer verpande goederen. Hieraan moeten wij voldoen, als de overblijvende goederen waarop wij een pandrecht houden, ons voldoende dekking geven voor de schulden die u aan ons heeft of zal hebben. [...]”

Zoals uit deze passage volgt, ontstaat er voor de bank enkel een verplichting tot vrijgave wanneer a) de cliënt hierom verzoekt en b) het resterende onderpand nog voldoende dekking geeft voor de huidige en toekomstige schulden bij de bank. Dit lijkt sterk op de door de *Große Senat* aangelegde 110%-maatstaf voor vrijgave bij *nachträgliche Übersicherung*. Het werkingsbereik van deze vrijgaveregeling is evenwel beperkt, nu artikel 24 ABV slechts ziet op een beperkte categorie goederen.

### 2.2.2 Zekerheden in het algemeen (artikel 26 ABV)

Artikel 26 ABV heeft een breder werkingsbereik. Deze bepaling voorziet in een verplichting van de cliënt om, indien de

43 Zie bijv. sceptisch Wilhelm 2016, nr. 2430.

44 Zie over dit *Hausbankprinzip* nader: Brinkmann 2016, p. 349-350.

45 Brinkmann 2016, p. 349-350. Anderzijds is niet ondenkbaar dat een huisbankrelatie er juist toe leidt dat een onderneming zich wel voldoende vrij voelt in zijn handelen tegenover de bank. Zo is voorstelbaar dat in een huisbankrelatie de bank minder snel tot kredietopzegging zal overgaan dan in een standaard bankrelatie. Zie hierover nader: A.M.J.G. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2004, p. 196-198.

46 Zie bijv. BGH 16 december 1957, VII ZR 402/56, NJW 1958, 417, OLG Hamm 9 oktober 2001, 21 U 6/01, NJOZ 2002, 1398 en OLG Köln 27 januari 2009, 3 U 84/08, BeckRS 2009, 9721.

47 Zie bijv. OLG Hamm 23 november 2009, 31 U 323/06, par. II.A.3, BeckRS 2010, 2549 (zie hiervoor, voetnoot 29).

48 Zie het eerste lid, onder a.

49 F.E.J. Beekhoven van den Boezem & R.I.V.F. Bertrams, 'Algemene Bankvoorwaarden', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 590.

bank hierom vraagt, meteen – al dan niet aanvullende – zekerheden te vestigen voor reeds uitstaande schulden.<sup>50</sup> Dit betreffen opnieuw bankzekerheden, daar deze conform het eerste lid, onder a, dienen tot zekerheid van voldoening van alle huidige en toekomstige schulden aan de bank. Deze verplichting gaat gepaard met een redelijkheidstoets, neergelegd in het eerste lid, onder b:

“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. Bij de beoordeling hiervan wordt rekening gehouden met uw risico-profiel, ons kredietrisico op u, de (dekkings)waarde van eventuele zekerheid die wij al hebben, een eventueel gewijzigde beoordeling van zulke factoren, en alle andere factoren of omstandigheden waarvan wij aannemelijk kunnen maken dat deze voor ons van belang zijn.”

Met andere woorden: de omvang van de gevraagde zekerheden moet in een redelijke verhouding staan tot de – opnieuw huidige en toekomstige – schulden aan de bank.<sup>51</sup> Zoals ook is af te leiden uit de tekst van deze beperking, wordt aangenomen dat deze redelijkheidseis slechts één kant op werkt: de zekerheden dienen te worden aangevuld tot het punt dat een redelijke verhouding is bereikt.<sup>52</sup> Deze eis voorziet niet in een verplichting tot vrijgave van zekerheden wanneer blijkt dat meer zekerheden zijn gevestigd dan noodzakelijk is voor het veiligstellen van de verhaalspositie van de bank. Daarmee voorziet artikel 26 ABV slechts in een regeling ter voorkoming van ondersecuring, voornamelijk door het vestigen van extra zekerheden vlak voor faillissement een verplichte rechtshandeling – en daarmee paulianabestendiger – te maken.<sup>53</sup> Het geval van oversecuring wordt daarbij buiten beschouwing gelaten.

### 2.2.3 Algemene bancaire zorgplicht (artikel 2 lid 1 ABV)

Artikel 2 lid 1 ABV voorziet in de kernregel van de ABV: de algemene bancaire zorgplicht. De bank is gehouden tot een zorgvuldige dienstverlening en dient daarbij zo goed mogelijk rekening te houden met de belangen van de cliënt. In de literatuur wordt breed aangenomen dat deze zorgplicht een uitwerking is van één van de kernbeginselen van ons burgerlijke recht: de redelijkheid en billijkheid, voor overeenkomsten neergelegd in artikel 6:248 BW.<sup>54</sup> Zodoende komt aan deze zorgplicht zowel een aanvullende als een beperkende werking toe; zij kan de contractuele verplichtingen van en jegens de bank aanvullen met bijvoorbeeld

nieuwe – niet expliciet overeengekomen – verplichtingen of juist bestaande verplichtingen buiten toepassing laten.<sup>55</sup> Toegepast op een geval van oversecuring lijken er sterke aanknopingspunten te zijn dat deze zorgplicht, althans de redelijkheid en billijkheid, in het gat springt dat de artikelen 24 en 26 ABV laten liggen door te voorzien in een wel algemeen geldende vrijgaveverplichting van de bank. Zo betoogt Van den Heuvel dat, de relatie tussen bank en cliënt (artikel 2, 24 en 26 ABV jo. artikel 6:248 BW) als grondslag nemende, het niet redelijk is om de bank een sterkere positie te geven dan nodig is voor de dekking van de schuld van de cliënt, terwijl de cliënt wel gebaat is bij vrijgave.<sup>56</sup> In gelijke zin Bakkerus, erop wijzend dat wanneer zekerheden – vanwege oversecuring – redelijkerwijs niet kunnen dienen tot dekking van de (maximale) schuld aan de bank, de bank geen gerechtvaardigd belang heeft bij de handhaving van deze zekerheden, terwijl de cliënt wel een gerechtvaardigd belang kan hebben bij vrijgave.<sup>57</sup> Gelet op deze onevenredigheid in belangen ontstaat dan een verplichting op de bank om afstand te doen van een of meer zekerheidsrechten.<sup>58</sup> In dezelfde zin ook Verheul, die in de context van een verbreed eigendomsvoorbehoud<sup>59</sup> een zelfde vrijgaveverplichting aanwezig acht, voortvloeiend uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, wanneer de eigendomsvoorbehoudsverkoper geen redelijk belang meer heeft bij behoud van de eigendom van de verkochte zaken.<sup>60</sup> Bovendien is een dergelijke vrijgaveverplichting, gestoeld op artikel 2 ABV jo. artikel 6:248 BW, al eens aangenomen in rechtspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, specifiek ter compensatie van verminderde kredietverplichtingen.<sup>61</sup>

Een ogenschijnlijk nog onbeantwoorde vraag is of een dergelijke vrijgaveverplichting als een zelfstandige plicht van de bank moet worden beschouwd. Moet de bank zelf de dekkingsgraad van het krediet monitoren en bij oversecuring actief handelen door zelf een voorstel tot vrijgave te doen? Of is deze plicht beperkt tot vrijgave als de cliënt hierom verzoekt? Het ligt voor de hand hiervoor aansluiting te zoeken bij de vrijgaveverplichting van artikel 24 lid 2 onder a ABV en de Duitse *Freigabeanspruch*, hetgeen ertoe leidt dat het een plicht is die pas ontstaat bij een daartoe strekkend verzoek. Het is immers onredelijk wanneer de

50 Hiermee wordt bedoeld op zekerheden op alle goederen die niet reeds door art. 24 ABV zijn bestreken. Beekhoven van den Boezem & Bertrams 2017, p. 591.

51 Beekhoven van den Boezem & Bertrams 2017, p. 592.

52 Zie o.a. Van den Heuvel, *WPNR* 2001, p. 920-921 en Bakkerus 2000, p. 116. Anders: Beuving & Tjittes, *NJB* 1998, p. 1550-1551.

53 Beekhoven van den Boezem & Bertrams 2017, p. 592-593; A.J. Verdaas, *De bancaire kredietovereenkomst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, p. 64.

54 Zie o.a. Van den Heuvel, *WPNR* 2001, p. 922 (met verdere literatuurverwijzingen) en Beekhoven van den Boezem & Bertrams 2017, p. 576.

55 Beekhoven van den Boezem & Bertrams 2017, p. 576.

56 Van den Heuvel, *WPNR* 2001, p. 922.

57 Dit belang kan bijvoorbeeld bestaan in het verkrijgen van nieuw krediet, dat mogelijk wordt doordat de vrijgevallen goederen opnieuw kunnen worden bezwaard met eersterangs zekerheidsrechten. Bakkerus 2000, p. 116.

58 Bakkerus 2000, p. 116-117. Zie in bevestigende zin ook A.J. Verdaas, 'S.O.H. Bakkerus, Bancaire aansprakelijkheid (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, Serie Onderneming en Recht deel 19', *Tvl* 2001, afl. 6, par. 2.1. Bakkerus laat in het midden of deze verplichting is gestoeld op art. 6:248 lid 1 BW dan wel art. 2 ABV, maar gelet op het voorgaande zullen beide bepalingen in dit geval dezelfde werking hebben.

59 Oftewel: een eigendomsvoorbehoud dat is bedongen voor meer vorderingen van de verkoper dan enkel de directe tegenprestatie voor de onder het eigendomsvoorbehoud geleverde zaken. Verheul 2018, p. 197-198.

60 Verheul 2018, p. 207-208. Verheul beschouwt de blokkerende werking van het eigendomsvoorbehoud – de verkochte zaken worden door de verkoper buiten het vermogen van de koper gehouden – als redengevend voor het aannemen van deze vrijgaveverplichting.

61 Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 1996, 558/95/HE, r.o. 4.4, *JOR* 1996/140.

bank een dergelijk verzoek in een geval van oversecuring weigert. Dat het ook onredelijk is dat de bank niet zelf actief vrijgave initieert, lijkt mij naar huidig recht moeilijker vol te houden.

Omgekeerd is het ook denkbaar dat de bancaire zorgplicht van artikel 2 lid 1 ABV een beperkende werking heeft op te resolute positieve verklaringen in bijzondere kredietvoorwaarden, waarin de cliënt zich verplicht tot het vestigen van extra zekerheden als de bank hierom vraagt.<sup>62</sup> Hoewel het natuurlijk ook een kwestie van uitleg is in hoeverre de redelijkheidseis van artikel 26 lid 1 onder b ABV hierin dient te worden gelezen, is voorstelbaar dat buiten de gevallen van ondersecuring aan de bank geen gerechtvaardigd belang toekomt in het verkrijgen van extra zekerheden – terwijl de cliënt wel een duidelijk belang heeft bij het behouden van de volledige beschikkingsbevoegdheid over de nog onbezwaarde goederen – en dat artikel 2 lid 1 ABV jo. artikel 6:248 lid 2 BW een beroep op een dergelijke positieve verklaring in die situatie blokkeert.<sup>63</sup>

Daarmee lijkt ook artikel 2 lid 1 ABV een grondslag te kunnen bieden voor het tegengaan van oversecuring en wel door het construeren van een algemene vrijgaveverplichting op de bank alsmede door het bijschaven van te resolute positieve verklaringen. Sterker nog: deze bepaling lijkt de spil te vormen bij het tegengaan van oversecuring, omdat de werking van de artikelen 24 en 26 ABV in deze gevallen slechts beperkt is.

### 3. Hoeveel kracht heeft de vrijgaveplicht bij oversecuring?

De ABV kunnen een grondslag bieden voor een vrijgaveplicht bij oversecuring, zo is betoogd, maar een belangrijke vervolgvraag is hoeveel kracht een dergelijke vrijgaveplicht in werkelijkheid heeft. Gelet op de navolgende twee ‘red flags’ vrees ik dat die kracht beperkt is.

#### 3.1 Praktisch onbruikbare vrijgavegrens

Een eerste probleem ligt in de omstandigheid dat de precieze vrijgavegrens moeilijk valt vast te stellen. Kijkend naar het Duitse recht, is in feite de enige beslissende grens het toekomstige moment van uitwinning, waarvan geenszins zeker is of en wanneer dit zal plaatsvinden. Op dat moment dienen de zekerheden precies voldoende verhaal te bieden voor de vorderingen van de kredietverstrekker van dat moment (na aftrek van de uitwinningskosten). Er is wel voorzien in een rechterlijk vermoeden dat voorziet in een beter hanteerbare maatstaf op basis van de actuele waarde van de zekerheden op het moment van vrijgave, maar dit vermoeden staat open voor tegenbewijs door de bank en biedt daarom weinig vastigheid. De vrijgavegrens in de Nederlandse ABV lijkt hiermee overeen te stemmen, nu de vrijgaveverplichting ex artikel 24 lid 2 onder a ABV pas ontstaat wanneer het overgebleven onderpand voldoende dekking

biedt voor de vorderingen die de bank op de zekerheidsgever heeft of zal hebben. Opnieuw is dat dus een maatstaf die in de toekomst ligt, op het toekomstige moment van uitwinning; pas dan blijkt immers of de zekerheden daadwerkelijk voldoende dekking bieden voor de dan uitstaande vorderingen. Hetzelfde geldt voor de vrijgaveverplichting die kan worden gegrond op artikel 2 lid 1 ABV. Daarbij geldt bovendien nog dat de zekerheidsgever in de Nederlandse situatie niet wordt tegemoetgekomen met een weerlegbaar vermoeden; hij zal, om überhaupt aanspraak op vrijgave te kunnen maken, rechtstreeks moeten aantonen dat er op een toekomstig moment van uitwinning sprake zal zijn van overwaarde. Dit komt voor als een duivelsbewijs.<sup>64</sup>

Een interessante vraag in dit kader is ook of bij bankzekerheden nog wel gesproken kan worden van de aanwezigheid van een vrijgavegrens, nu deze zekerheden dienen ter zekerheid voor alle bestaande en toekomstige vorderingen op de zekerheidsgever. Het is daarmee immers onzeker wat op het moment van uitwinning de vordering van de bank precies zal gaan zijn. Dat maakt het dan ook onmogelijk de vrijgavegrens van tevoren vast te stellen. In de literatuur is gepoogd dit probleem te ondervangen. Zo heeft Van den Heuvel voorgesteld om voor het vaststellen van de hoogte van de vordering slechts de ten tijde van het vrijgaveverzoek bestaande rechtsverhoudingen tussen de bank en de zekerheidsgever in acht te nemen.<sup>65</sup> Enkel die vorderingen die hieruit zijn ontstaan of zullen voortvloeien, denk aan het totaal van de reeds wel en nog niet benutte kredietruimte, dienen in de beoordeling te worden betrokken. In gelijke zin ook Bakkerus, die betoogt dat mogelijk in de toekomst nog nieuw te verlenen krediet buiten beschouwing dient te worden gelaten, nu de bank voor dit nieuwe krediet prima een afzonderlijke risicoanalyse kan maken en zo nodig ook nieuwe zekerheden kan verlangen.<sup>66</sup> Recenter heeft ook Van Mierlo specifiek ten aanzien van de bankhypotheek een vergelijkbare positie verdedigd. Na volledige aflossing van de hypothecaire lening en dus het einde van de rechtsverhouding, moet, ondanks een doorlopende bancaire relatie, doorhaling van de hypotheek kunnen worden gevraagd. Wordt dit geweigerd, dan zou dit – aldus Van Mierlo – “in de regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden bevonden”.<sup>67</sup> Het is tot slot Verheul die in het kader van het verbreed eigendomsvoorbehoud opnieuw min of meer hetzelfde betoogt: de hem aldaar mogelijk geachte vrijgaveverplichting kan aanwezig zijn wanneer niet voorzienbaar is dat in de toekomst nog vorderingen zullen ontstaan waarvoor het noodzakelijk is dat de eigendomsvoorbehoudsverkoper nog eigenaar blijft, bijvoorbeeld omdat die nieuwe vorderingen zullen voortko-

62 Zie voor een voorbeeld van een positieve verklaring: art. 1.8 Algemene bepalingen voor kredietverlening voor zakelijke klanten (versie mei 2015) van ABN AMRO.

63 Zie in gelijke zin Bakkerus 2000, p. 115.

64 In vergelijkbare zin Bülow 2017, nr. 1108: “die Bezifferung der Sicherheit ist dagegen problematisch, weil erst nach durchgeführter Verwertung [...] feststeht, welchen Erlös sie erbracht hatten. Aber niemand kann mit letzter Exaktheit voraussagen, welcher Verwertungserlös herauskommen wird.”

65 Van den Heuvel, *WPNR* 2001, p. 925-926.

66 Bakkerus 2000, p. 110-111.

67 *Asser/Van Mierlo 3-VI* 2016/293, onder verwijzing naar de vorige druk van dit werk (*Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI*\* 2010/310) met daarin nadere literatuurverwijzingen.

men uit een nieuwe verkoop onder *eigendomsvoorbehoud*.<sup>68</sup> Al met al lijkt er bij bankzekerheden goede grond te zijn om de vrijgavegrens te baseren op de maximale vordering die kan voortvloeien uit de ten tijde van het vrijgaveverzoek bestaande rechtsverhoudingen tussen de bank en de zekerheidsgever. Dit laat de hiervoor beschreven moeilijkheid rondom de exacte vaststelling van deze vrijgavegrens evenwel onverlet.

### 3.2 De curator staat buitenspel

Een tweede probleem ligt in de omstandigheid dat de sanctionering van oversecuring via vrijgaveplichten een puur verbintenisrechtelijke exercitie is en bovendien pas effect sorteert na een daadwerkelijk vrijgaveverzoek. Neem ter illustratie de volgende casus:

Bedrijf A leent bij bank B € 20.000 en verleent bank B volmacht voor bulkverpanding van al diens bestaande en toekomstige voorraden, inventaris en vorderingen op derden. De waarde van dit actief is op dat moment goed voor een te verwachten dekkingsgraad van 110% bij uitwinning. Door sterke groei van bedrijf A is de dekkingsgraad op een zeker moment gestegen naar 250%, maar een vrijgaveverzoek door bedrijf A is uitgebleven. Wel weigerde bank B extra krediet te verlenen en ving bedrijf A ook bij andere kredietverstrekkers bot, aangezien een *negative pledge*-bepaling in de voorwaarden van bank B in de weg stond aan de vestiging van goederenrechtelijke zekerheden ten behoeve van derden (die overigens ook lager van rang zouden zijn). Enige tijd later gaat bedrijf A failliet en na uitwinning van het verpande actief blijkt de dekkingsgraad te zijn teruggelopen naar 90%.

Kan de curator enige aanspraak geldend maken tegenover bank B? Gelet op het voorgaande zal het antwoord ontkenkend luiden. Wanneer bedrijf A het spreekwoordelijke ijzer niet smeedt als het heet is door in tijden van oversecuring niet om vrijgave te verzoeken, komt op bank B ook nooit een verplichting tot vrijgave te rusten. De curator staat na afloop dan ook met lege handen; hij kan slechts de bestuurders van bedrijf A verwijten dat zij niet om vrijgave hebben verzocht. Pas wanneer een vrijgaveverzoek onterecht door de bank is geweigerd, zou dit een grond voor aansprakelijkheid van de bank kunnen opleveren. Hierin schuilt evenwel de moeilijkheid dat het aantonen van een causaal verband tussen het weigeren van vrijgave en het intreden van het faillissement een nagenoeg onmogelijke opgave zal zijn. Nu voor het intreden van een faillissement zelden één, geïsoleerde oorzaak is aan te wijzen, is het onwaarschijnlijk dat de weigering om vrij te geven daadwerkelijk in een *conditio sine qua non*-verband staat met het intreden van het faillissement. Het is verder een kwestie van uitleg of het verzoek van bedrijf A om extra krediet niet toch als een (indirect) vrijgaveverzoek zou kunnen worden gekwalificeerd. Ik laat dat hier rusten, aangezien de uitkomst er niet door zal veranderen. In het voorbeeld is namelijk bovendien de vraag

gerechtvaardigd of, indien om vrijgave zou zijn verzocht, het weigeren van dat vrijgaveverzoek wel zo onterecht was geweest. Achteraf is immers gebleken dat het totale onderpand uiteindelijk toch niet voldoende dekking bood voor de lening aan bank B. Het initiëren van een schadevergoedingsprocedure door de curator jegens de bank zal dan ook doorgaans een weinig kansrijke exercitie te zijn.

Het komt dus aan op de zekerheidsgever om in te grijpen bij oversecuring. Net als in Duitsland is het evenwel twijfelachtig of hij dit echt zal doen. Het is de vraag of de zekerheidsgever wel in staat is de dekkingsgraad van de zekerheden actief te monitoren, maar belangrijker is nog of hij bereid zal zijn een vrijgaveverzoek door te zetten. Huisbank of niet, het is voorstelbaar dat hij het bij een lopende kredietrelatie niet graag tegen de zekerheidsnemer opneemt, aangezien hij tot hem in een afhankelijkheidsrelatie staat. Hij is immers afhankelijk van het voortbestaan van het krediet en zal vermoedelijk terughoudend staan tegenover acties die de zekerheidsnemer tegen hem in het harnas kunnen jagen. Daar komt bij dat aan het doorzetten van een vrijgaveverzoek de nodige tijd en kosten zijn verbonden, juist omdat de vrijgavegrens zo moeilijk is vast te stellen en daarmee openstaat voor discussie. Ook is het belang van de zekerheidsgever bij vrijgave waarschijnlijk gering, nu de toepasselijke *negative pledge*-bepaling (afhankelijk van de exacte formulering ervan) dan de situatie kan creëren dat de vrijgegeven goederen alsnog niet als zekerheid ten behoeve van een tweede kredietverstrekker kunnen worden ingezet. Anders dan een curator zal de zekerheidsgever dan ook niet in staat zijn voldoende tegenwicht te bieden aan de zekerheidsnemer, hetgeen adequate sanctionering van oversecuring zal bemoeilijken.

## 4. Naar een krachtigere sanctionering van oversecuring

### 4.1 Is het erg dat de sanctionering van oversecuring te wensen overlaat?

Gelet op het voorgaande dringt zich de vraag op of het problematisch is dat de vrijgaveplicht bij oversecuring slechts weinig kracht lijkt te hebben. Voor de hand ligt het betoog dat oversecuring zich in de praktijk niet snel voordoet, bijvoorbeeld omdat de cijfers van The World Bank laten zien dat de *recovery rate*<sup>69</sup> van geseceureerde schuldeisers bij faillissement van hun schuldenaar in Nederland gemiddeld 89,8% is; over de gehele linie is dus eerder sprake van een lichte ondersecuring.<sup>70</sup> Daarnaast – en vermoedelijk ook in lijn daarmee – is door Van Hoof opgemerkt dat oversecuring zich in de praktijk reeds oplost via de minnelijke weg van de rangwisseling: in een driepartijenovereenkomst tussen de zekerheidsgever, de zekerheidsnemer en een aanstaande tweede zekerheidsnemer wordt een rangwisseling met betrekking tot bepaalde activa overeen-

68 Verheul 2018, p. 207.

69 Gedefinieerd als het percentage van de lening dat geseceureerde schuldeisers hebben teruggekregen in geval van reorganisatie, surseance of faillissement van hun schuldenaar.

70 The World Bank, report Doing Business (laatst geraadpleegd op 4 maart 2019) [www.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency](http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency).



gekomen.<sup>71</sup> Denkbaar is dat dit ook plaatsvindt langs faillissementsbestendigere<sup>72</sup> wegen als de herverpanding en het opzetten van een overwaarde-arrangement.

Wat hier ook van zij, het neemt niet weg dat hier een mededingingsrechtelijk probleem achter kan schuilgaan. Een voor de hand liggend gevolg is namelijk dat de zekerheidsnemer een feitelijk monopolie op aanvullend krediet verkrijgt, wanneer hij in ruil voor het krediet bulkverpanding bedingt van alle bestaande en toekomstige inventaris, voorraden en vorderingen van zijn kredietnemer.<sup>73</sup> De eventuele registergoederen buiten beschouwing gelaten, betekent dit namelijk dat er dan voor latere kredietverstrekkers geen vrij actief meer beschikbaar is dat kan dienen ter zekerheid voor nieuw te verstrekken krediet. Zij zijn aangewezen op risicovollere tweederangs zekerheidsrechten, ware het niet dat ook de vestiging hiervan kan zijn verhinderd door de toepasselijkheid van een *negative pledge*-bepaling die de zekerheidsgever verbiedt om zonder toestemming van de zekerheidsnemer zijn goederen ten behoeve van derden te bezwaren.<sup>74</sup> Het komt dan ook onwaarschijnlijk voor dat andere partijen zonder nadere afspraken met de eerste zekerheidsnemer bereid zullen zijn om tot kredietverstrekking over te gaan, nu er dan geen goederenrechtelijke zekerheid zal kunnen worden verkregen.<sup>75</sup> Het resultaat: de zekerheidsnemer heeft weinig concurrentie te duchten bij de verlening van aanvullend krediet en heeft in theorie dus een grote vrijheid bij het bedingen van de toepasselijke rente en andere kredietvoorwaarden, uiteraard binnen de grenzen van de bancaire zorgplicht van artikel 2 ABV.<sup>76</sup> Bovendien worden de 'polderoplossingen' van rangwisseling, herverpanding en het overwaarde-arrangement gekenmerkt door de omstandigheid dat de zekerheidsnemer nog steeds een aanzienlijke invloed heeft op het proces; zijn instemming

is immers nodig om zo'n constructie op te tuigen. Het lijkt mij daarom gerechtvaardigd de vraag te stellen of dit wel wenselijk is. Is het niet de moeite waard om te verkennen hoe de macht van de zekerheidsnemer zou kunnen worden beperkt?

#### 4.2 Hoe oversecuring krachtiger tegen te gaan?

De eerste te verkennen weg vindt zijn oorsprong in de Duitse literatuur. Bülow heeft ter verbetering van het Duitse stelsel voorgesteld de zekerheidsoverdracht aldaar te beperken tot – vrij vertaald – het creëren van een gemeenschap, waarin de zekerheidsnemer enkel een aandeel krijgt overgedragen ter grootte van zijn vordering.<sup>77</sup> Zo blijft de zekerheidsgever bevoegd het resterende aandeel aan anderen tot zekerheid over te dragen. Als het vervolgens tot uitwinning komt, stelt hij voor om aansluiting te zoeken bij de regels rondom de uitwinning van pandrechten: de zekerheidsnemer met het oudste aandeel gaat voor.<sup>78</sup> Kortom, een systeem dat lijkt op ons stille pandrecht, met één cruciaal verschil: het is de zekerheidsgever ook daadwerkelijk toegestaan om lager gerangschikte zekerheidsrechten te vestigen. Met andere woorden: ons in beginsel flexibeler systeem van stapelbare pandrechten zit net zo 'op slot' als dat van de Duitse zekerheidseigendom. Als een goed eenmaal in zekerheid is gegeven, zal de zekerheidsgever – zich realiserende de mogelijke sanctie van vervroegde opeisbaarheid van het krediet (artikel 27 ABV) – dit goed niet meer beschikbaar willen stellen als zekerheidsobject voor andere schuldeisers. Het klinkt daarom aanlokkelijk om de werking van *negative pledge*-bepalingen te beperken in die zin dat het zekerheidsgevers wel toegestaan moet zijn om lager gerangschikte zekerheidsrechten ten behoeve van derden te vestigen. Zo wordt het voor latere kredietverstrekkers mogelijk tweederangs pandrechten te verkrijgen met het uitzicht dat zij bij vrijgave – zij het enkel met betrekking tot de vrijgegeven goederen – in rang stijgen. Bovendien is het moeilijk voor te stellen welk belang zekerheidsnemers kunnen hebben bij het verbieden van niet-concurrerende, lager gerangschikte zekerheidsrechten.

Het is echter de vraag hoe werkbaar deze beperking van de *negative pledge*-bepalingen is, gelet op de rangorderegels bij de verpanding van absoluut toekomstige vorderingen. Hier zal dan ook één van de bestaansredenen van de *negative pledge* zitten. De huidige praktijk van dagelijkse bulkverpanding van vorderingen maakt namelijk dat twee verzamelpandakten die op dezelfde dag ter registratie worden aangeboden in beginsel twee pandrechten van gelijke rang opleveren.<sup>79</sup> Het gevolg: de eerste en tweede zekerheidsnemer verkrijgen op de met die twee verzamelpandakten nieuw verpande vorderingen beiden een even hoog gerangschikt pandrecht. Wellicht is dit nog wel te ondervangen door het opnemen van een algemeen geformuleerde rangwisselingsbepaling in beide verzamelpandakten, in-

71 Hoof 2015, p. 399.

72 Zo wijst Rank-Berenschot erop dat bij rangwisseling de tweede zekerheidsnemer alsnog een verhaalsrisico loopt als de eerste zekerheidsnemer in faillissement komt te verkeren. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR, deel 2), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 466.

73 Zie in gelijke zin N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2004, p. 178.

74 Zie bijvoorbeeld art. 1.6 Algemene bepalingen voor kredietverlening voor zakelijke klanten (versie mei 2015) van ABN AMRO: "Zonder dat u vooraf schriftelijk toestemming van de Bank heeft gekregen mag u niet: [...] uw goederen geheel of gedeeltelijk belasten of bezwaren tegenover een ander dan de Bank; en uzelf tot een van deze handelingen tegenover een andere partij verplichten. Dit geldt zolang de Bank vorderingen op u heeft of later zal kunnen hebben. [...] U mag uw goederen wel verkopen of op een andere manier vervreemden als dit gebeurt: [...]"

75 Opgemerkt zij evenwel dat een *negative pledge*-bepaling enkel verbintenisrechtelijke werking heeft. Zij legt op de kredietnemer de verplichting om geen zekerheden aan derden te verstrekken. Zodoende 'kan' in theorie wel goederenrechtelijke zekerheid worden verkregen, maar geen enkele kredietnemer zal bereid zijn zich hiertoe te verplichten. Dit zal namelijk ex art. 27 ABV tot gevolg hebben dat de eerste kredietverstrekker bevoegd wordt de bij hem uitstaande lening meteen opeisbaar te maken. Verdaas 2018, p. 66.

76 Natuurlijk is het voor een kredietnemer wel mogelijk om zijn gehele kredietfaciliteit bij een andere kredietverstrekker onder te brengen, indien die partij betere kredietvoorwaarden aanbiedt. Dan stapt hij geheel over en lost hij daarbij zijn krediet bij de eerste kredietverstrekker in één keer af. Met een dergelijke exercitie zullen doorgaans echter aanzienlijke transactiekosten gemoeid zijn, niet in de laatste plaats omdat dit bij bancair krediet ook een overstap van betaalrekening tot gevolg zal hebben. Dit zal voor veel ondernemingen dan ook vermoedelijk een te hoge drempel opleveren om tot betere kredietvoorwaarden te komen.

77 Bülow 2017, nr. 1129.

78 Bülow 2017, nr. 1129.

79 Tenzij kan worden aangetoond welke pandakte die dag eerder ter registratie is aangeboden. Zie F.J.L. Kaptein, 'Naar een elektronische registratie van onderhandse pandakten?', *MvV* 2012, afl. 5, p. 142-144.

houdende dat het ene pandrecht rang neemt achter het andere.<sup>80</sup> Wanneer het evenwel een rangwisseling tussen drie of meer zekerheidsnemers wordt, zullen de grenzen van het praktisch haalbare wellicht snel in zicht komen.

Bij dit alles is bovendien de vraag hoeveel animo er werkelijk is voor dergelijke 'tweederangs+' pandrechten. Onzeker is immers of en ten aanzien van welke goederen ze door vrijgave in rang zullen stijgen.

Een beter begaanbare weg is mijns inziens het vergroten van de verantwoordelijkheid van de zekerheidsnemer. De kern van de problematiek ligt naar mijn idee namelijk in de omstandigheid dat simpelweg alles in zekerheid wordt genomen, zowel op het niveau van 'alle bedrijfsactiva' als alle eenheden binnen een bepaalde categorie activa (bijv. alle bestaande en toekomstige voorraden). Hoe 'bepaald' dit ook mag zijn in de zin van artikel 3:84 lid 2 BW,<sup>81</sup> zo onbepaald is het als het aankomt op de vraag wat de precieze omvang en waarde van dit 'alles' is op een toekomstig moment van uitwinning. Dit is van tal van factoren afhankelijk en laat zich dan ook moeilijk schatten. Tegelijkertijd schiet iedere goederenrechtelijke oplossing die poogt reeds op voorhand automatisch het zekerheidsobject te beperken met als maatstaf 'voldoende dekking voor de maximaal te benutten kredietruimte'; tekort. Dit levert immers onvermijdelijk netelige bepaaldheidskwesities op en bovendien is het – zoals uit het voorgaande volgt – onmogelijk één concreet en algemeen geldend 'hard getal' te koppelen aan de maatstaf van 'voldoende dekking'. Een automatische, binaire oplossing is dan ook uitgesloten.<sup>82</sup> De enige die echt zicht heeft op wat 'alles' op enig moment precies omvat en hoe dat zich verhoudt – en naar verwachting zal gaan verhouden – tot het maximaal te verlenen krediet, lijkt mij de zekerheidsnemer zelf. Bovendien volgt uit artikel 26 ABV alsmede uit de positieve verklaringen in diverse bijzondere kredietvoorwaarden dat zekerheidsnemers (inderdaad) prima in staat zijn in te schatten of gestelde zekerheden nog voldoende dekking bieden. Als dit vervolgens één kant op werkt, de kant van het afdwingen van aanvullende zekerheden bij onvoldoende dekking, zie ik niet in waarom dit niet ook spiegelbeeldig een zelfstandige plicht tot actie bij meer dan voldoende dekking in het leven kan roepen. Voorstelbaar is dat het in zo'n geval van tussentijdse – en naar verwachting blijvende – oversecuring aan de zekerheidsnemer is om a) de zekerheidsgever hierover te informeren en b) de zekerheidsgever een passend aanbod te doen, zijnde ofwel vrij-

gave (incl. toestemming voor verpanding aan derden) van bijvoorbeeld de zekerheid op alle bestaande en toekomstige vorderingen op bepaalde debiteuren(groepen) ofwel mogelijk extra kredietruimte.<sup>83</sup> Juist omdat de zekerheidsnemer ervoor kiest om 'alles' in zekerheid te nemen, en 'alles' naar zijn aard fors kan fluctueren, komt het mij niet onredelijk voor daar ook de verantwoordelijkheid aan te verbinden om actief te waken tegen disproportionaliteit. Deze opvatting is overigens niet nieuw. Ook Van den Heuvel heeft het aannemen van een vergelijkbare verantwoordelijkheid op generale zekerheidsnemers bepleit, onder meer met de onderbouwing dat dit waarborgt dat de positieve gevolgen van de omvangrijke zekerheidsstelling (ruim krediet & adequate monitoring) daadwerkelijk worden gerealiseerd.<sup>84</sup>

Het zelfstandige karakter van zo'n plicht heeft als voordeel dat de naleving ervan achteraf in het faillissement van de zekerheidsgever kan worden getoetst door de curator. Hoewel het, zoals hiervoor betoogd, irreëel is de zekerheidsnemer het intreden van het faillissement te verwijten, zou wel gedacht kunnen worden aan de ontwikkeling van een gefixeerde, procentuele *haircut* op de uitwinningsopbrengst, af te dragen aan de boedel, wanneer is gebleken dat de zekerheidsnemer onterecht een situatie van oversecuring in stand heeft gelaten en zo de belangen van de zekerheidsgever en diens andere schuldeisers tekort heeft gedaan.<sup>85</sup> Dit zou de curator een overzichtelijke remedie in handen geven, hetgeen de sanctionering van oversecuring ten goede komt.

## 5. Conclusie

In deze bijdrage heb ik getracht om aan de hand van het Duitse *Übersicherung*-leerstuk inzicht te verschaffen in de werking van de Nederlandse ABV bij de sanctionering van oversecuring. Het overkoepelende beeld is helaas niet al te positief; oversecuring blijkt zowel naar Duits recht als in de ABV moeilijk te sanctioneren. Zo bevat de vrijgaveverplichting bij *nachträgliche Übersicherung* een moeilijk te hanteren vrijgavegrens en heeft de curator geen rol in de handhaving ervan. De weg van de *ursprüngliche Übersicherung* is er daarnaast één die met veel onzekerheid is omgeven en die ten aanzien van gecureerd bancaire krediet geen succesvolle precedents kent in de gepubliceerde rechtspraak. In de Nederlandse ABV springt bij oversecuring artikel 2 ABV in het oog, waaruit ook een algemeen geldende vrijgaveverplichting is af te leiden. Deze verplichting heeft echter dezelfde beperkingen als haar Duitse evenknie, hetgeen in de weg staat aan een krachtige sanctionering van oversecuring. Zodoende, de balans opmakend, bieden de ABV wel een rechtsgrond voor het afdwingen dat bedongen zekerheden niet meer goederen omvatten dan noodzakelijk

80 Zie over rangwisseling van pandrechten nader: N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het verleggen van grenzen bij het bepalen van de rangorde van rechten van pand of hypotheek', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid. Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010, p. 168-169.

81 Recentelijk is door de Rb. Amsterdam evenwel geoordeeld dat de formulering "alle tot het bedrijf van de pandgever behorende goederen" juist niet voldoet aan de bepaalbaarheidseis van art. 3:84 lid 2 BW. Rb. Amsterdam 27 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6951, *JOR* 2019/45, m.nt. N.E.D. Faber.

82 Vgl. de Duitse *dingliche Teilverzichts Klausel* die, ter voorkoming van de nietigheid van een *Globalzession* wegens *Verleitung zum Vertragsbruch*, de zekerheidscessie op vorderingen waarop conform branchegebruik een verlengd eigendomsvoorbehoud zal komen te rusten, vooraf al (contractueel) verhindert. Zie bijv. BGH 21 april 1999, VIII ZR 128-98, *NJW* 1999, 2588, p. 2589.

83 Hierbij dient uiteraard te worden opgemerkt dat extra kredietruimte geen vanzelfsprekendheid is. Een kredietbeslissing wordt immers door veel meer factoren beïnvloed dan alleen de waarde van het onderpand. Zie hierover nader: P. Vos, *Kredietopvraging en insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 13-29.

84 Van den Heuvel 2004, p. 153-155.

85 Vgl. Van den Heuvel 2004, p. 172-173.

is voor volledig verhaal van de daarmee geseceerde vorderingen, maar deze kan slechts door de zekerheidsgever zelf worden ingeroepen en de maatstaf voor vrijgave is welhaast onbruikbaar in de praktijk. Het is dan ook bepaald geen sterke rechtsgrond. Daar dit tot het onwenselijke gevolg kan leiden dat een zekerheidsnemer na het bedingen van alomvattende zekerheid een feitelijk monopolie krijgt op de verstrekking van aanvullend krediet, zijn in deze bijdrage twee voorstellen gedaan om oversecuring krachtiger tegen te gaan. Zo is het ter vergroting van de bereidwilligheid van andere kredietverstrekkers tot kredietverstrekking raadzaam het verpandingsverbod in *negative pledge*-bepalingen te beperken tot eersterangs zekerheden, zodat bij vrijgave de tweederangs zekerheidsnemer automatisch de hoogst gerangschikte is. Ten tweede ligt er ruimte in vergroting van de verantwoordelijkheid van de zekerheidsnemer door het opleggen van een zelfstandige plicht tot actie bij oversecuring; dit ter waarborging dat de positieve gevolgen van omvangrijke zekerheidstelling ook daadwerkelijk worden gerealiseerd. De naleving van deze plicht kan dan tevens achteraf door de curator worden getoetst en niet-naleving zou dan kunnen worden gesanctioneerd via een aan de boedel toekomende *haircut* op de uitwinningsopbrengst. Deze voorstellen dragen er mijns inziens toe bij dat zekerheden niet simpelweg de sluitpost van kredietverstrekking vormen, maar echt de zekerstelling van verhaal; niets meer en niets minder.