

# De *parallel debt* in Curaçao

mr. D.S. Mansur\*

**Sinds 1 januari 2012 bepaalt het nieuwe lid 3 van art. 231 van Boek 3 van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek dat een vordering waarvoor pand of hypotheek wordt gegeven, kan toekomen aan een ander dan de pand- of hypotheekhouder. In dit artikel gaat schrijfster in op de vraag of, na de invoering van deze bepaling, een parallel debt-constructie achterwege kan blijven wanneer Curaçaose zekerheidsrechten aan een zekerheidsagent worden verstrekt die namens een syndicaat van banken als zekerheidsnemer optreedt.]**

## 1. Inleiding

Eén van de typische Nederlandsrechtelijke aspecten bij een (internationale) syndicaatslening waarbij Nederlandse zekerheidsrechten aan een zekerheidsagent (*Security Trustee of Security Agent*)<sup>1</sup> worden verstrekt is, het creëren van een parallelle schuld of *parallel debt*.<sup>2</sup> Hetzelfde geldt voor Caribisch Nederland<sup>3</sup> waar Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek op dit punt gebaseerd is op en (nagenoeg) gelijk luidt aan het Burgerlijk Wetboek van Nederland. In de rechtsliteratuur is uitvoerig aandacht besteed aan de vraag of het mogelijk is om een pand- of hypotheekrecht te vestigen ten behoeve van een zekerheidsagent zonder dat deze zekerheidsagent rechtgebende is van de vordering(en) waarvoor zekerheid wordt gegeven.<sup>4</sup> Reeds in 2001 schreef Van Mierlo dat het voor de hand ligt om een splitsing tussen schuldeiser en zekerheidsgerechtigde in de wet te verankeren.<sup>5</sup> De wetgever in Curaçao heeft – tien jaren later – zijn suggestie gevolgd voor wat betreft haar jurisdictie. In dit artikel ga ik in op de vraag of de toevoeging van het nieuwe lid 3 aan art. 231 Boek 3 van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek als gevolg heeft dat een *parallel debt*-constructie achterwege kan blijven als een zekerheidsgever Curaçaose zekerheidsrechten aan een zekerheidsagent verstrekt. Om die vraag te kunnen beantwoorden zal ik eerst stilstaan bij de vraag waarom een *parallel debt*-constructie in de praktijk gebruikt wordt.

## 2. Parallel debt

Het gebruik van een zekerheidsagent wordt noodzakelijk geacht om te voorkomen dat er een gemeenschap zou bestaan<sup>6</sup> tussen de syndicaatsleden en om eventuele wijzigingen in de samenstelling van het syndicaat te vergemakkelijken. Collectieve zekerheidsarrangementen en het gebruikmaken van een zekerheidsagent roepen naar Nederlands recht een aantal vragen op, waaronder de hierboven genoemde vraag of het mogelijk is om een pand- of hypotheekrecht te vestigen ten behoeve van een zekerheidsagent (respectievelijk uitgewonnen kan worden door een zekerheidsagent) zonder dat deze zekerheidsagent rechtgebende is van de vordering(en) waarvoor zekerheid wordt gegeven. Bezwaren zijn het feit dat de wet dit niet expliciet toestaat en de onzekerheid of afhankelijkheid van de vordering een vereiste is voor de geldigheid van het zekerheidsrecht.<sup>7</sup> Omdat het onzeker is of een pand- of hypotheekrecht kan worden gevestigd ten behoeve van een zekerheidsagent die niet tevens crediteur is van de zekerheidsgever, wordt in de regel gebruik gemaakt van een *parallel debt*-constructie<sup>8</sup> (en in mindere mate van

de actieve hoofdelijkheid-constructie of borgtocht-constructie).<sup>9</sup> Al deze constructies zijn gebaseerd op de veronderstelling dat er geen splitsing mogelijk is tussen zekerheids-

\* Davina Mansur is advocaat te Curaçao.

1. Over de achtergrond van het gebruik van een zekerheidsagent verwijs ik o.a. naar Asser/Van Mierlo/Van Velten 3-VI\* 2010/40-44, M.V. Polak en A.I.M. van Mierlo, *Verstreking van zekerheden aan internationale syndicaatsleden*, Amsterdam: NIBE 1998 en S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee'', *WPNR* 01/6459, p. 813 e.v. en *WPNR* 01/6460, p.840 e.v., met verdere literatuurverwijzing.
2. Dit geldt ook in een aantal andere *civil law* jurisdicties waar nagenoeg hetzelfde problematiek als in Nederland ook speelt. De Franse *Cour de Cassation* (in 2011) en de Poolse *Sąd Najwyższy* (in 2009) hebben in ieder geval belangrijke stappen gemaakt in het erkennen van het *parallel debt*-constructie in syndicaatsleningen in internationaal verband. De Nederlandse Hoge Raad heeft zich hierover nog niet met zoveel woorden uitgelaten.
3. Denk hierbij aan vennootschappen die bestaan onder het recht van één van de Nederlandse Caribische eilanden die deel uitmaken van internationale vennootschapsstructuren en/of die internationaal opereren.
4. Ik verwijs onder andere naar Asser/Van Mierlo/Van Velten 3-VI\* 2010/40-44, van Mierlo 2001, p. 167-176 (zie noot 1), E. Loesberg, 'Enige beschouwingen over zekerheden in collectief verband' in: *Onderneming en effecten*, Deventer 1998, p. 525 - 539 en S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee'', *WPNR* 01/6459, p. 813 e.v. en *WPNR* 01/6460, p.840 e.v., met verdere literatuurverwijzing.
5. Van Mierlo 2001, p. 174-176 (zie noot 1).
6. Voor de bezwaren die hieraan verbonden zijn verwijs ik o.a. naar W.A.K. Rank, 'Enige aspecten van zekerheden in gezamenlijk verband', *V&O* 1993, p. 100-102; P. Brown, 'Bankhypotheek in gezamenlijk verband', *Ars Aequi* 1996, p. 407-415; Polak en van Mierlo 1998, p. 23 en p. 37-45 (zie noot 1); Loesberg 1998, p. 526-531 (zie noot 4) en M.L.Tuil, 'Syndicaatsleningen: veel eenvoudiger als vennootschap', *WPNR* 09/6812, p. 758-769.
7. Een pand- of hypotheekrecht is een afhankelijk recht (zie art. 3:7 en 3:82 BW). Het is accessoir aan de vordering(en) tot zekerheid waarvoor het is gevestigd. Dit wordt aangevoerd ter verdediging van het standpunt dat een zekerheidsgerechtigde tevens schuldeiser dient te zijn.
8. Zie over de *parallel debt*-constructie o.a. Van Mierlo 2001, p. 167-176 (zie noot 1) en Kortmann, Rongen en Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee' (I)', *WPNR* 01/6459, p. 816.
9. Zie hierover Asser/Van Mierlo/Van Velten 3-VI 2010/44. Kortmann, Rongen en Verhagen zijn van mening dat wanneer een pand- of hypotheekrecht toekomt aan de een terwijl het daardoor geseceerde vorderingsrecht toebehoort aan een ander, dat rechtsgeldig is wanneer deze ander een 'trustee' is. Het gaat om een toepassing van de figuur van 'fiducia cum amico'.

nemer en schuldeiser van de geseceerde vordering(en). In de *parallel debt*-constructie komen partijen overeen dat de schuldenaar jegens de zekerheidsagent een zelfstandige betalingsverplichting heeft, die inhoudelijk overeenstemt met de vorderingsrechten van de gezamenlijke schuldeisers. Betaling aan de zekerheidsagent zal de vorderingen van de schuldeisers in gelijke mate verminderen. De verleende zekerheidsrechten strekken (juridisch) niet tot zekerheid van nakoming van de verbintenissen jegens de kredietverschaffers, maar tot zekerheid van nakoming van het aan de zekerheidsagent toebehorende vorderingsrecht uit hoofde van de *parallel debt*. Door gebruik te maken van een *parallel debt*-constructie wordt getracht een splitsing te voorkomen tussen zekerheidsnemer en schuldeiser en dus aan het afhankelijkheidsbeginsel te voldoen.<sup>10</sup> Hoewel het een uitgemaakte zaak lijkt te zijn dat een splitsing tussen zekerheidsgerechtigde en schuldeiser naar Nederlands recht mogelijk is<sup>11</sup>, is het min of meer *market practice* geworden om een *parallel debt*-bepaling op te nemen in de leningsdocumentatie. Bevestigd wordt dat dergelijke constructies overbodig zouden zijn en 'hoogstens overvoorzichtig'.<sup>12</sup>

### 3. Wenselijkheid wettelijke verankering

De reden voor het gebruik van een *parallel debt*-constructie is derhalve gelegen in de onzekerheid of een splitsing tussen zekerheidsgerechtigde en schuldeiser mogelijk is. Het recht erkent van oudsher met zoveel woorden een splitsing tussen schuldenaar en zekerheidsgever. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de art. 3:233 en 3:234 BW. Van Mierlo schreef in 2001 dat het, gelet op de bestaande behoeften in de hedendaagse financieringspraktijk, gewenst is dat de wetgever met zoveel woorden een splitsing in voornoemde zin erkent.<sup>13</sup> Hij suggereerde het volgende: (i) aanvulling van art. 3:231 lid 2 BW met een tweede volzin, luidende: 'Zij kan toekomen aan een ander dan de pand- of hypotheekhouder', (ii) wijziging in art. 3:234 BW van het woordje 'schuldeiser' in 'pand- of hypotheekhouder', (iii) wijziging in art. 3:253 lid 1 van de woorden 'het aan hem verschuldigde' in 'aan de schuldeiser verschuldigde', (iv) wijziging in art. 3:254 BW van het woord 'schuldeiser' in 'pand- of hypotheekhouder', (v) wijziging in art. 3:255 BW van het woordje 'pandhouder' in 'schuldeiser', en na het woordje 'zich' invoegen van de woorden 'door de pandhouder'. Indien de wetgever met zoveel woorden de splitsing erkent, ligt het volgens van Mierlo ook minder voor de hand om te blijven vasthouden aan de regel dat een zekerheidsrecht niet zelfstandig kan worden overgedragen. Dit speelt met name bij de vraag of een zekerheidsagent kan worden vervangen.

Een andere discussie die wordt beslecht indien er geen *parallel debt* hoeft te worden gebruikt is de vraag of het vorderingsrecht van de zekerheidsagent werkelijk zelfstandig is of dat er sprake zou kunnen zijn van dezelfde prestatie in de zin van art. 6:15 BW of 6:16 BW. Indien het namelijk zou gaan om dezelfde prestatie zou er in de verhouding tussen de kredietnemer en de zekerheidsagent een gemeenschap bestaan tussen de zekerheidsagent en de kredietgevers (indien de vordering de zekerheidsagent intern niet aangaat), terwijl de zekerheidsagent met de kredietgevers een gemeenschappelijk vorderingsrecht zullen hebben (indien de vordering de zekerheidsagent intern wel aangaat).<sup>14</sup>

Wie de Asser raadpleegt leest 'een splitsing tussen zekerheidsgerechtigde en schuldeiser is naar Nederlands recht mogelijk, zodat het creëren van een parallelle schuld vanuit dit oogpunt niet noodzakelijk is'.<sup>15</sup> Dit zou betekenen

dat een wettelijke regeling niet nodig is om een einde te maken aan het gebruik van een *parallel debt*. Echter, de praktijk heeft zich hier nog niet van kunnen losmaken. Wordt dit ingegeven door het feit dat er geen wettelijke verankering is in voornoemde zin of zijn hier andere redenen voor? Volgens de Asser lijkt het helder dat een *parallel debt*-constructie achterwege kan blijven omdat dit naar Nederlands recht niet noodzakelijk, zo men wil zelfs overbodig is. Het lijkt echter dat de praktijk van de *parallel debt*-constructie sterker is dan de leer, zowel ingeval van een internationaal kredietverstrekking syndicaat als een zekerhedenstructuur waar het Nederlands recht van toepassing is. Zou hier verandering in komen indien er wel een wettelijke regeling zou zijn?

### 4. Art. 3:231 lid 3 Curaçaos Burgerlijk Wetboek

In Curaçao heeft de wetgever ervoor gekozen om gehoor te geven aan de suggestie van Van Mierlo.<sup>16</sup> Curaçao heeft sinds jaren een grote internationale financiële sector, waardoor deze problematiek een belangrijker rol speelt dan op de andere Caribische eilanden van het Koninkrijk. Denk met name aan de Curaçaose holding vennootschappen die in het kader van internationale financieringstransacties zekerheden moeten verstrekken over bijvoorbeeld aandelen die zij in (indirecte) dochterondernemingen houden en op in Curaçao aangehouden bankrekeningen. Sinds 1 januari 2012 is er aan art. 231 Boek 3 van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek een nieuw lid 3 toegevoegd.<sup>17</sup> Deze nieuwe bepaling is gezamenlijk met de bepalingen van de Curaçaose trustfiguur ingevoerd<sup>18</sup>. Het nieuwe lid 3 bepaalt: '*de vordering waarvoor pand of hypotheek wordt gegeven, kan toekomen aan een ander dan de pand- of hypotheekhouder. In dat geval is zonedig het in deze titel bepaalde van overeenkomstige toepassing.*' Ondanks deze toevoeging wordt er nog steeds gebruik gemaakt van de *parallel debt*-constructie in financieringstransacties. De vraag die in de praktijk leeft is

10. Over de geldigheid van de *parallel debt*-constructie verwijs ik naar Kortmann, Rongen en Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee' (I)', *WPNR* 01/6459, p. 818.
11. Zie o.a. Asser/Van Mierlo/Van Velten 3-VI 2010/45, N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, 'De security trustee in crisistijden (Hoofdstuk 6)', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), 'De kredietcrisis' *Serie Onderneming en Recht, deel 54*, Deventer: Kluwer 2010, p. 143-144 en S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee'', *WPNR* 01/6459, p. 818 e.v.
12. W. Snijders, 'De openheid van het vermogensrecht', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), 'Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht' *Serie Onderneming en Recht, deel 24*, Deventer: Kluwer 2001, p. 34.
13. Van Mierlo 2001, p. 176 (zie noot 1).
14. Zie Loesberg 1998, p. 534, met verdere literatuurverwijzing (zie noot 4).
15. Asser/Van Mierlo/Van Velten 3-VI 2010/45.
16. Terzijde merk ik op dat indien niet-accessoire zekerheden worden verstrekt zoals fiduciair eigendomsoverdracht en fiduciair cessie, hetgeen mogelijk is naar Curaçao recht dat namelijk geen fiduciaverbod kent, een splitsing tussen zekerheidsnemer en schuldeiser zonder meer mogelijk is.
17. Het artikel was gelijk aan het Nederlandse art. 3:231 BW.
18. De Landsverordening van 15 december 2011 houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts, *P.B.* 2011, no 67.

derhalve of het nieuwe lid 3 toereikend is om een *parallel debt*-constructie in zijn geheel achterwege te laten. De wetsgeschiedenis wijdt hier slechts vier zinnen aan.<sup>19</sup> Er wordt duidelijk gemaakt dat het nieuwe lid 3 van belang is voor de zekerheidsverschaffing aan internationale syndicaten. Er wordt expliciet verwezen naar de Asser over het gebruik van zekerheidsagenten en hoe het 'een en ander leidt tot een splitsing tussen schuldeiser(s) en zekerheidsgerechtigde'. In Curaçao is de vraag naar de mogelijkheid om zekerheidsnemer en schuldeiser te splitsen in ieder geval beslecht. De wet bepaalt expliciet dat dit mogelijk is. Mij lijkt dat de toevoeging van de laatste zin dat het in de onderhavige titel bepaalde van overeenkomstige toepassing verklaard opgenomen is om de suggesties (ii) – (v) van Van Mierlo (zie hierboven) te ondervangen. Met deze *catch-all* bepaling wordt zeker gesteld dat bepalingen die anders hadden moeten worden gewijzigd en niet gewijzigd zijn toch van toepassing zijn en in die zin gelezen moeten worden dat er een splitsing mogelijk is tussen zekerheidsnemer en schuldeiser. Dit geldt bovendien ook voor artikelen 3:248 en 3:270 BW, die eveneens veronderstellen dat de zekerheidsnemer tevens de schuldeiser is.

### 5. Parallel debt toch nodig?

Maar, zijn er andere redenen waarom een *parallel debt*-constructie toch moet worden blijven gehandhaafd? De hierboven aangehaalde passage uit de Asser bevestigt dat een splitsing tussen zekerheidsgerechtigde en schuldeiser mogelijk is, zodat het creëren van *parallel debt*-constructie vanuit dat oogpunt niet noodzakelijk is. Men zou zich op het standpunt kunnen stellen dat deze passage lijkt te suggereren dat een *parallel debt* vanuit een ander oogpunt noodzakelijk zou kunnen zijn.

De vraag over verenigbaarheid met het fiduciaverbod speelt in ieder geval niet, omdat dit verbod non-existent is in Curaçao. Ook in Nederland – waar naar geldend recht wel een fiduciaverbod bestaat – valt te verdedigen dat dit geen discussiepunt is.<sup>20</sup>

Bovendien is een *parallel debt*-constructie niet nodig om te bewerkstelligen dat een zekerheidsrecht de daardoor geseceureerde vorderingen volgt indien de vorderingen overgaan op een rechtsopvolger. De zekerheidsagent gaat in dat geval ten behoeve van de nieuwe schuldeiser de zekerheid houden. Er blijft altijd een afhankelijkheid bestaan tussen zekerheidsrecht en vorderingsrecht, zolang het gaat om één en dezelfde lening.<sup>21</sup> Ook vervanging van de zekerheidsagent (en dus het overdragen van afhankelijke zekerheden) kan zonder extra risico's zonder een *parallel debt* geschieden.<sup>22</sup>

De laatste vraag die opkomt is of een *parallel debt* toch nodig is met het oog op het wettelijk systeem van verhaalsrechten en voorrang. Mij dunkt van niet. De scheiding tussen schuldeiser en zekerheidsnemer (met of zonder *parallel debt*) heeft niet als gevolg dat de zekerheidsagent geen separatist is en het recht van parate executie niet zou kunnen uitoefenen.<sup>23</sup> De enige vraag die in dit verband nog opkomt is naar het verhaalsrecht zonder inningsbevoegdheid. Een zekerheidsagent is niet zonder meer rechthebbende van de geseceureerde vorderingen, zodat deze in beginsel ook niet bevoegd is deze vorderingen te innen.<sup>24</sup> De redenering is dat het verhaalsrecht toekomt aan de schuldeisers, maar dat zij geen voorrangrecht zouden hebben omdat zij geen zekerheidsnemers zijn. Mij lijkt dat de zekerheidsagent de inningsbevoegdheid kan worden toegekend (bijvoorbeeld op grond van volmacht) zodat deze bevoegd wordt om zich te

verhalen. Bovendien kan worden betoogd dat aan de zekerheidsagent inningsbevoegdheid toekomt vanwege het feit dat de schuldeisers hebben ingestemd met de vestiging van de zekerheidsrechten ten name van de zekerheidsagent.<sup>25</sup>

### 6. Conclusie

Ik heb me in dit artikel beperkt tot de vraag of de toevoeging van het nieuwe lid 3 aan art. 231 Boek 3 van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek tot gevolg heeft dat een *parallel debt*-constructie achterwege kan blijven als een zekerheidsgever Curaçaose zekerheidsrechten aan een zekerheidsagent verstrekt. De *parallel debt* is niet meer dan een afspraak tussen partijen dat de prestatie die de schuldenaar jegens de zekerheidsagent moet verrichten een andere is dan de prestatie waartoe de schuldenaar jegens de kredietgevers is gehouden. De vraag is dan of het nodig is dat partijen dit overeenkomen nu de wet een splitsing van zekerheidsgerechtigde en schuldeiser van de geseceureerde vordering(en) expliciet erkent? Mijn inziens is dit vanuit juridisch oogpunt niet meer nodig in Curaçao. In Nederland bestaat al min of meer consensus. Dit kan onder andere worden afgeleid uit de Asser. In Curaçao is dit nu zelfs in de wet verankerd. Mijn inziens zijn er ook geen andere redenen waarom een *parallel debt*-constructie toch moet worden blijven gehandhaafd. De praktijk lijkt echter tot nu toe inderdaad sterker dan de leer.

19. Nota van Wijziging bij het voorstel voor de Landsverordening houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de trust, *Staten van de Nederlandse Antillen* 2010, 2519, no. 6, p. 17.
20. Kortmann, Rongen en Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee' (II)', *WPNR* 01/6459, p. 845.
21. Kortmann, Rongen en Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee' (II)', *WPNR* 01/6459, p. 844.
22. Kortmann, Rongen en Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee' (II)', *WPNR* 01/6459, p. 846.
23. Kortmann, Rongen en Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee' (II)', *WPNR* 01/6459, p. 845.
24. Zie art. 3:246 BW.
25. Kortmann, Rongen en Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee' (II)', *WPNR* 01/6459, p. 845 en voetnoot 89.