

ken rechtspersonen daarmee instemmen een rol kunnen spelen. In plaats van unanimiteit, zou in zo'n geval aansluiting gezocht kunnen worden bij de quorumvereisten voor een akkoord.

Wat de situaties betreft waarin een beslissing tot inhoudelijke consolidatie kan worden ge-

nomen, meen ik dat inhoudelijke consolidatie in Nederland niet zou moeten worden beperkt tot alleen die gevallen waarin er sprake is van een onontwarbare boedel. Hier is er volgens mij ruimte om aansluiting te zoeken bij de meerdere-factorenanalyse die in Amerika wordt gehanteerd.

Mr. M.O. Kraamwinkel

Artikel 58 Fw geldt onverkort voor inning van verpande vorderingen*

Deze bijdrage bevat een wetssystematische uitleg van de termijnstelling van art. 58 Fw. De schrijver betoogt dat deze geldt voor alle mogelijke wijzen van executie, in het bijzonder ook de inning van verpande vorderingen door de pandhouder.

5

1. Inleiding

In de faillissementspraktijk doen zich nogal eens problemen voor wanneer de curator de pandhouder van vorderingsrechten een termijn heeft gesteld voor de uitoefening van zijn pandrecht. Dat geldt met name wanneer de pandhouder zijn recht uitoefent door de verpande vorderingen te innen. Een oplettende pandhouder zal dan de termijn bewaken en op gezette tijden met de curator overleg plegen over zijn voortgang. Waar nodig kunnen zij afspraken maken over termijnverlenging. Een onoplettende pandhouder zal op enig moment echter onaangenaam verrast worden door een mededeling van de curator dat hij zijn positie als separatist heeft verloren en dat de reeds door hem ingezette inning van de verpande vorderingen door de curator zal worden voortgezet. Zeker indien de boedel negatief is, kunnen de botsende belangen aanzienlijk zijn. Mede naar aanleiding van het recente artikel van Winkel en Warringa¹, waarvan ik de conclusies van harte onderschrijf, doe ik hierbij een poging de problematiek met een wetssystematische benadering verder te verduidelijken.

2. Pandhouder executeert bij faillissement pandgever volgens het BW

De algemene regel voor uitoefening van een pandrecht door een pandhouder is gegeven in art. 3:248 lid 1 BW: parate executie. Deze regel betreft alle mogelijke verpande goederen (vgl. art. 3:228 BW).

Het BW geeft naast deze algemene regel voor de uitoefening van pandrecht, ook een speciale regeling voor het geval het pandrecht rust op hetzelfde soort goed als die waarvoor het pandrecht tot zekerheid strekt: een vordering tot voldoening van een geldsom (art. 3:227 jo. art. 3:246 BW). In dit bijzondere geval is *naast* de algemene bevoegdheid om tot executoriale verkoop van die verpande vordering over te gaan, de bevoegdheid toegekend waarbij de pandhouder – bij uitsluiting van de pandgever – de verpande vordering op de debiteur int en de pandhouder zijn eigen vordering op de pandgever vervolgens voldoet uit de geïnde geldsom, waarop het pandrecht van rechtswege is komen te rusten (art. 3:246 leden 1 jo. 5 BW). Artikel 3:255 BW is van toepassing op de verdere uitoefening van dat pandrecht op het geïnde geld.²

De Faillissementswet beperkt wat betreft de uitoefening van pandrechten de regeling uit het BW in principe niet. De Faillissementswet

* Gelieve dit artikel aan te halen als: M.O. Kraamwinkel, 'Artikel 58 Fw geldt onverkort voor inning van verpande vorderingen', *TvI* 2006, 5, p. 30. Mr. M.O.

Kraamwinkel is advocaat te Rotterdam.
1. D. Winkel en S.A.H.J. Warringa, 'De termijnstelling van art. 58 Fw en verpande vorderingen' in: *TvI* 2005, 33, p. 140 e.v.

2. Gaat het om een som geld in vreemde valuta, dan zal dit op de voet van art. 3:248 BW worden verkocht en kan de pandhouder zich op de opbrengst verhalen.

bevat de benodigde additionele regeling voor het geval de pandgever faillieert. Enerzijds verschafft zij de curator dezelfde rechten als de gefailleerde pandgever en anderzijds introduceert zij de fictie dat de pandhouder mag doen alsof er geen faillissement is (art. 57 Fw maakt de pandhouder tot separatist). Tenzij de curator en de pandhouder andersluidende afspraken hebben gemaakt, gedragen zij zich bij de uitoefening van hun rechten geheel conform het BW: als ware er geen faillissement.³ In lijn daarmee geldt dat de pandhouder ook de rente die na de faillietverklaring doorloopt, mag voldoen uit de opbrengst van de verpande goederen (vgl. art. 128 Fw).

3. De curator kan de vrijheid van de pandhouder inperken

Het belang van de boedel dat de pandhouder als separatist adequaat te werk gaat, wordt gewaarborgd door het bijzondere mechanisme van art. 58 Fw. De curator kan daarmee de vrijheid van handelen van de separatist naar eigen inzicht in tijd inperken. Hij staat daarbij onder toezicht van de rechter-commissaris.

Zo kan de curator voorkomen dat de pandhouder de niet-gesecureerde crediteuren benadeelt door de uitoefening van zijn pandrecht te vertragen. De pandhouder kan ermee wachten zijn vordering op het verpande goed te verhalen. Indien de opbrengst van het verpande goed (het geïnde van de verpande vordering) méér bedraagt dan de gesecureerde vordering ten tijde van de faillietverklaring, terwijl nadien op die vordering de rente steeds verder doorloopt, zal van die opbrengst (het geïnde) steeds minder resteren voor de niet-gesecureerde crediteuren naarmate de pandhouder zich later op het verpande goed verhaalt. Ook verjaring van verpande vorderingen vormt, bijvoorbeeld in het vervoerrecht waar de termijnen doorgaans kort zijn, een bedreiging en dus een punt van zorg en aandacht voor zowel pandhouder als curator.

4. Bevoegdheid curator ex artikel 58 Fw. betreft pandrechten op alle soorten goederen

Met vorenstaande systematiek is niet verenigbaar het in discussies tussen curatoren en innende pandhouders steeds terugkerende argument van de pandhouder dat art. 58 Fw geen betrekking zou hebben op de uitoefening van een pandrecht op een vordering. Discussies die overigens stevast plaatsvinden ná omekomst van de door de curator gestelde ter-

mijn.⁴ De argumentatie wordt ten onrechte ontleend aan de redactie van art. 58 Fw. Dat artikel verwijst in zijn bewoording alleen naar de algemene regel voor de uitoefening van een pandrecht, namelijk de verkoop van het onderpand. Vooropgesteld dat de pandhouder van een vordering zijn recht kan uitoefenen door de vordering te verkopen, gaat het argument dat art. 58 Fw niet zou gelden voor een pandrecht op een vordering in dat opzicht al niet op. Maar bovendien brengt de verwijzing naar het algemene pandregime niet *a contrario* met zich dat de curator geen controle zou kunnen uitoefenen op de bijzondere executiemogelijkheid van het pandrecht: op het innen van de vordering. Omdat de fictie dat de pandhouder mag doen alsof er geen faillissement is, de mogelijkheid schept de uitoefening van pandrechten als zodanig in alle opzichten overeenkomstig het BW te laten verlopen, past het niet om het regulatief van de curator beperkt uit te leggen.

5. Uitoefening van pandrecht op een vordering en de term 'uitoefening' in art. 58 Fw

Zoals besproken vindt het uitoefenen van een pandrecht op een verpande vordering plaats, hetzij volgens de algemene regel van art. 3:248 BW (verkoop van de vordering), hetzij volgens de speciale regel van art. 3:246 lid 5 BW (inning van de vordering). De executoriale verkoop van de vordering laat ik hier verder buiten beschouwing. Gezien de systematiek van de art. 3:246 lid 5 jo. 3:255 BW is bij executoriale inning van een verpande vordering eerst sprake van definitieve uitoefening van het pandrecht wanneer de pandhouder niet slechts de vordering heeft geïnd, maar zich ook uit de geïnde opbrengst – waarop het pandrecht van rechtswege is komen te rusten – heeft voldaan.

Bij toepassing van art. 58 Fw gaat het om een deadline voor de 'uitoefening' van het pandrecht. In het geval van pandrecht op een vordering zal de pandhouder – zo hij niet tot verkoop van het vorderingsrecht is overgegaan – de vordering binnen de door de curator gestelde termijn moeten hebben geïnd en zich uit die geïnde opbrengst moeten hebben voldaan. Pas dan is de uitoefening van het pandrecht voltooid. Indien de innende pandhouder de uitoefening van zijn pandrecht niet binnen de op de voet van art. 58 Fw gestelde termijn heeft voltooid, zal hij zijn positie als separatist verliezen en zal hij de nadien geïnde opbrengst aan de boedel dienen af te dra-

3. In die verhouding heeft ook de curator een grote mate van contractvrijheid en kan hij allerlei af-

spraken met de pandhouder maken.

4. Op dat moment heeft pandhouder niet meer de mogelijkheid om termijnverlenging te vragen.

gen zonder dat hij daaruit zijn vordering bij voorrang mag voldoen.

Het volgen van de gedachte dat de pandhouder van een vorderingsrecht ter uitoefening daarvan zou kunnen volstaan met het doen van mededeling van zijn pandrecht aan de debiteur van de vordering onder gelijktijdig betalingsverzoek, zou ertoe leiden dat de curator zijn grip op de situatie vanaf dat moment⁵ definitief en geheel zou verliezen. Ook in deze situatie moet de curator de pandhouder kort kunnen houden. Een andere uitleg past niet in de systematiek van de wet en is daarbij niet onbillijk jegens de pandhouder.

6. Onderscheid tussen 'innen' en 'voldoen'

Veelal zal het innen van de vordering door de pandhouder en het zich uit de opbrengst voldoen feitelijk op hetzelfde moment plaatsvinden (bijvoorbeeld doordat de debiteur van de verpande vordering zijn schuld voldoet door betaling op een bij de pandhouder – bank of factormaatschappij – aangehouden rekening waarop de schuld van de pandgever is geboekt). Indien de pandgever failliet, is het onderscheid tussen die twee opeenvolgende rechtsmomenten (inning en voldoening) juridisch echter van betekenis.

De pandhouder die zijn pandrecht heeft medegedeeld, blijft ook nadat de door de curator gestelde termijn is verstreken volgens de regels van het BW in beginsel bij uitsluiting bevoegd de aan hem verpande vordering te innen (vgl. art. 3:246 lid 4 BW). De curator van de pandgever en de pandhouder kunnen dan de afspraak maken dat de inningsbevoegdheid voortaan aan de curator zal toekomen. Komen de curator en de pandhouder daar niet uit, dan kan de curator zich op de voet van art. 3:246 lid 4 tot de kantonrechter wenden met het verzoek hem (bij uitsluiting van de pandhouder?) te machtigen de verpande vordering te innen.⁶

Het kan in dit systeem gebeuren dat de pandhouder de aan hem verpande vordering nog int nadat de door de curator gestelde termijn voor uitoefening van het pandrecht is verstreken. In dat geval is het de pandhouder niet langer toegestaan dat hij zijn vordering op de pandgever uit de geïnde opbrengst voldoet; hij zal die opbrengst aan de curator dienen af te dragen. Op de voet van de tweede

volzin van art. 58 Fw kan de curator na het verstrijken van de door hem voor de uitoefening van het pandrecht door de pandhouder aan deze laatste gestelde termijn het onderpand ook opeisen en verkopen. De curator zal niet gebonden zijn aan de wijze van executeren die tot dat moment door de pandhouder is gevolgd. Innen mag de curator natuurlijk ook. Het betreft immers een tot het vermogen van de failliete pandgever behorende vordering.

7. Beleid curator bij het hanteren van zijn bevoegdheid ex art. 58 Fw

De wijze waarop de curator zijn bevoegdheid ex art. 58 Fw uitoefent, zal worden beïnvloed door de eventuele problematiek die aan het verpande goed als zodanig kleeft. Uitoefening van bijvoorbeeld een pandrecht op geld in gelijke valuta als die waarin de vordering van de pandhouder moet worden voldaan zal geen probleem opleveren. De inning van een verpande vordering zal wel problemen kunnen opleveren. Ik zou menen dat de curator een actieve pandhouder wel de gelegenheid zal behoren te geven om ook de lastige debiteuren te incasseren. In dat verband kan de curator een aanvankelijk op de voet van art. 58 Fw gestelde termijn op verzoek van de (ook in dat opzicht alerte) pandhouder verlengen; daarvoor behoeft de rechter-commissaris niet te worden benaderd. Net zoals de pandgever en de pandhouder betreffende de uitoefening van het pandrecht afspraken kunnen maken, kunnen de curator en de pandhouder afspraken maken ten aanzien van de uitoefening van de bevoegdheden van de curator volgens de Faillissementswet.⁷ Komen curator en pandhouder daar onderling niet uit, dan zal de pandhouder zich met een gemotiveerd verzoek om termijnverlenging tot de rechter-commissaris kunnen wenden. De pandhouder verliest echter zijn recht om na afloop van de gestelde termijn als separatist op te treden indien hij nalaat voordien een verlengingsverzoek te doen.

Onder het oude art. 58 Fw gold voor de pandhouder zelfs de verplichting om zijn pandrecht te hebben uitgeoefend binnen een maand na het intreden van de staat van insolventie. Deze termijn was fataal; een verlen-

5. Of bij openbare verpanding van de vordering; van meet af aan.

6. Onduidelijk is in hoeverre de pandhouder als gevolg van mededeling van zijn pandrecht onherroepelijk inningsbevoegd is geworden. In dat geval zal de pandhouder de door hem na omme-

komst van de gestelde termijn geïnde gelden moeten afdragen aan de curator.

7. Gezien de door Winkel en Waringa in hun artikel aangehaalde literatuur lijkt ten onrechte de gedachte te bestaan dat een eenmaal door de curator gestelde

termijn niet verlengbaar zou zijn, anders dan door tussenkomst van de rechter-commissaris.

gingsmechanisme bestond niet.⁸ Tegenwoordig heeft de pandhouder meer vrijheid.

8. Conclusie

Het faillissement van de pandgever verandert aan de rechtspositie van de pandhouder eigenlijk niets. Hij dient zich slechts te legitimeren tegenover de curator, die q.q. in de rechten van de pandgever is getreden. Ten behoeve van de ongestoorde uitoefening van het pandrecht is de fictie gecreëerd dat er geen faillissement zou zijn. Wel geldt dat

deze fictie beperkt houdbaar is voor de pandhouder die door zijn stilzitten de overige crediteuren van de failliet benadeelt. De curator en de rechter-commissaris zien toe op de voortvarendheid waarmee de pandhouder zijn rechten uitoefent. De bevoegdheid om de pandhouder daarbij aan een termijn te binden betreft pandrecht op alle soorten goederen en betreft alle mogelijke wijzen van executie, waaronder de inning van verpande vorderingen. Voor een andere uitleg biedt het wettelijk systeem geen ruimte.

8. Vgl. Rb. Rotterdam 27 maart 1968, *NJ* 1969, 204

REACTIES

Benadeling door zekerheidsstelling voor 'vers krediet' in het 'voortraject' volgens Van Dooren q.q./ABN AMRO II. Reactie op de bespreking van het arrest door F.P. van K Koppen, *TvI* 2005, 43*

6

1. In de vorige aflevering van *TvI* besprak F.P. van Koppen het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO II.¹ Het geschil dat leidde tot het arrest betreft een beroep van een faillissementscurator op een paulianeuze of onrechtmatige benadeling van crediteuren. Die benadeling zou het gevolg zijn van een door de schuldenaar met zijn bank gesloten kredietovereenkomst waarin de schuldenaar zich verbond tot het verlenen van zekerheden. Aanleiding voor deze reactie is dat in de bespreking van Van Koppen en in de overige commentaren op het arrest waar ik tot het afsluiten van deze tekst kennis van had genomen één aspect onderbelicht blijft.² Dat onderbelichte aspect is de wijze waarop de Hoge Raad komt tot zijn oordeel dat de zekerheidsverlening tot benadeling heeft geleid.³

2. Voor een goed begrip van de benadering van de benadelingsvraag door de Hoge Raad en van mijn kritiek daarop, is van belang dat de feiten waarop de Hoge Raad zich baseert

uitsluitend zekerheidsverlening door de schuldenaar voor een *nieuw* krediet behelzen. De vraag of de zekerheidsverlening heeft geleid tot benadeling omdat tevens zekerheid wordt verleend voor 'oude' schulden speelt in het arrest niet. In het navolgende ga ik dan ook uit van het volgende prototype. Een schuldenaar sluit een kredietovereenkomst met een bank. In de kredietovereenkomst verbindt de schuldenaar zich tot het verlenen van zekerheidsrechten voor uitsluitend het in de kredietovereenkomst toegezegde krediet.

3. De gevolgen van het aangaan en uitvoeren van een kredietovereenkomst waarin de schuldenaar zich verbindt tot zekerheidsverlening is voor het vermogen van de schuldenaar neutraal. Een deel van zijn activa wordt door de zekerheidsverlening in verhaalsopzicht als het ware gesepareerd ten behoeve van de bank. Daar staat tegenover dat liquide middelen in het vermogen van de schuldenaar vloeien. De bank mag zich, ongeacht de waarde of de opbrengst van de activa waarop zij zich met voorrang kan verhalen, maximaal verhalen tot het bedrag dat zij van de schuldenaar te vorderen heeft, zijnde het bedrag dat in de vorm van liquiditeiten aan het vermogen van de schuldenaar is toegevoegd. De bank is gehouden het eventuele surplus uit te keren aan de schuldenaar casu quo diens curator.⁴ Op zichzelf beschouwd leidt noch het aan-

* Gelieve dit artikel aan te halen als: A.J. Verdaas, 'Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO door F.P. van Koppen, *TvI* 2005, 43', *TvI* 2006, 6, p. 33. Mr. ing. A.J. Verdaas is Specialist Financiering & Zekerheden bij SNS REAAL Groep en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen.

1. F.P. van Koppen, 'HR 8 juli 2005, RvdW 2005, 89 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II)', *TvI* 2005, 43, p. 195-199. Het arrest is ook gepubliceerd in *JOR* 2005/230 (m.nt. JvH) en *NJ* 2005, 457 (m.nt. PvS).
2. Naast de in de vorige noot genoemde annotaties van Van Hees en Van Schilfgaarde zijn dat M.A.J.G. Janssen, *Jaarboek IF&Z* 2005, 237 en F.P. van Kop-

pen, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005, p. 171-174.

3. Voor een uitgebreidere onderbouwing van hetgeen ik in deze, naar zijn aard korte, bijdrage betoog verwijs ik naar mijn bespreking van het arrest in *NTBR* van januari 2006.

4. Vgl. art. 3:235, 253 en 270 BW.