

Meervoudige verpanding: rangwijziging, inning en verdeling

Bespreking van HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (Bowie Recycling)

Mr. T. A. Hartman *

1 Inleiding

Op 9 april 2021 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen (hierna: Bowie Recycling) waarin twee belangrijke vragen met betrekking tot het pandrecht zijn beslecht. In de woorden van de Hoge Raad gaat Bowie Recycling over het volgende:

‘In deze zaak is aan de orde of rangwijziging ten aanzien van het recht van pand mogelijk is en, zo ja, welke eisen daarvoor gelden. Voorts is aan de orde wat de reikwijdte is van de op de voet van art. 3:246 lid 1 BW aan de pandhouder toekomende bevoegdheden.’¹

In dit artikel bespreek ik beide aspecten. Daarnaast ga ik ook in op de wijze waarop de opbrengst moet worden verdeeld indien een openbaar pandhouder de verpande vorderingen heeft geïnd en er meerdere pandhouders zijn.

2 Casus

Bowie Recycling B.V. (hierna: Recycling) was een in Brabant gevestigd afvalverwerkingsbedrijf dat in het hele land actief was. Zij maakte onderdeel uit van een groep ondernemingen, onder andere met R. Bontrup Beheer B.V. (hierna: Beheer) en R. Bontrup Holding B.V. (hierna: Holding). Holding was de enig aandeelhouder van Beheer en Beheer de enig aandeelhouder van Recycling. Recycling werd gefinancierd door ABN AMRO Commercial Finance N.V. (hierna: ABF). Met betrekking tot deze financiering had ABF een eersterangs (stil) pandrecht op alle vorderingen van Recycling op derden verkregen.²

Eind 2010 vond er een herstructurering plaats binnen de groep. Onderling werden verschillende leningen verstrekt en zekerheden gevestigd. De herstructurering werd op 31 december 2010 geëffectueerd door het ondertekenen van een twaalf-tal overeenkomsten. Van deze twaalf overeenkomsten zijn voor het arrest twee pandakten van belang. Ten eerste de pandakte ‘bedrijfsuitrusting, voorraden, en (handels)vorderingen

(in eerste respectievelijk tweede verband)’. Recycling en enkele andere groepsvennootschappen hebben hiermee hun vorderingen op derden aan Holding verpand. In de pandakte was de pandgeversverklaring opgenomen dat ABF een eerste pandrecht had op de vorderingen. Ten tweede werd ook een pandakte ‘bedrijfsuitrusting, voorraden, en (handels)vorderingen (in tweede respectievelijk derde verband)’ getekend. Recycling en enkele andere groepsvennootschappen hebben hiermee tevens hun vorderingen op derden aan Beheer verpand. Ook in deze pandakte was een pandgeversverklaring opgenomen, inhoudende dat de vorderingen van (onder meer) Recycling in eerste verband waren verpand aan ABF en in tweede verband aan Holding. De twaalf overeenkomsten werden op 28 januari 2011 geregistreerd bij de Belastingdienst. Op basis van de geregistreerde akten kan worden afgeleid dat ABF een eersterangs pandrecht heeft op de vorderingen van Recycling, Holding een tweederangs pandrecht en Beheer een derderangs pandrecht.³ Daarnaast moet nog worden opgemerkt dat de twaalf genoemde overeenkomsten ook een kredietovereenkomst bevatten waarin Beheer een rekening-courantkrediet aan Recycling ter beschikking stelde voor maximaal € 2,5 miljoen (hierna: de Kredietfaciliteit). Deze overeenkomst bevatte tevens een melding dat Recycling, onder meer, een pandrecht op al haar handelsvorderingen ‘in tweede verband’ had gevestigd ten behoeve van Beheer ter zekering van de Kredietfaciliteit. De kredietovereenkomst bevatte echter ook de mededeling dat er een ‘tweede pandrecht op de vorderingen bij R. Bontrup Holding B.V. berust’.

Vanwege het dreigende faillissement van Recycling overlegden ABF en Holding in januari 2014 over het openbaar maken van hun pandrechten en de inning van de verpande vorderingen. Om te voorkomen dat debiteuren in verwarring zouden raken over aan wie zij bevrijdend konden betalen, besloten ABF en Holding dat alleen ABF haar (eersterangs) pandrecht zou openbaren en de debiteuren van de verpande vorderingen zou verzoeken om aan haar te betalen. Indien een surplus zou bestaan nadat ABF zich had verhaald op de opbrengst, zou zij dit surplus afdragen aan Holding, die als tweederangs pandhouder recht zou hebben op enig surplus. Een voorwaarde

3. Dit wordt echter later betwist door de curator van Recycling en Beheer.

* Mr. T.A. Hartman is advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam.

1. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (Bowie Recycling), r.o. 2.1.1.

2. Zie voor de feiten ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 9 april 2021, ECLI:NL:PHR:2020:884, par. 1.1-1.14.

voor de afdracht was wel dat een curator het pandrecht van Holding zal erkennen. Op 28 januari 2014 werden verschillende bedrijven uit de groep failliet verklaard, waaronder Recycling en Beheer.⁴ Vóór het uitroepen van het faillissement had ABF haar pandrecht al geopenbaard en was zij overgegaan tot inning van de verpande vorderingen op een door haar specifiek voor dit doel aangehouden bankrekening bij ABN AMRO Bank N.V. Nadat ABF haar vordering op de opbrengst had verhaald, bleef er een surplus over van ongeveer € 1.818.000 (hierna: het Surplus). Wie gerechtigd was tot uitbetaling van dit bedrag werd vervolgens onderdeel van de rechtsstrijd die ontstond tussen Holding enerzijds en mr. Van Dooren als de curator van Recycling en Beheer anderzijds.

Holding stelde zich op het standpunt dat zij, na ABF als eersrang pandhouder, als tweederang pandhouder rechtstreeks gerechtigd was tot het Surplus. Ondanks dat de pandakten van Holding en Beheer gelijktijdig waren geregistreerd, zou Holding een pandrecht hoger in rang hebben dan Beheer omdat dit contractueel was afgesproken. Vervolgens stelde Holding dat zij, ondanks het faillissement, als stil pandhouder gerechtigd was om zich rechtstreeks te verhalen op het Surplus, zonder bij te hoeven dragen in de algemene faillissementskosten. Dit werd door de curator weersproken. Volgens hem waren de pandrechten van Holding en Beheer gelijk in rang omdat beide pandakten op dezelfde dag waren geregistreerd. Partijen zouden niet naar eigen inzicht de rangorde van pandrechten kunnen bepalen. Tevens zou Beheer twee verschillende pandrechten hebben op de vorderingen van Recycling: ten eerste een pandrecht in derde rang, dat is gevestigd voor alle vorderingen van Beheer op Recycling, en ten tweede een pandrecht in tweede rang, dat specifiek is gevestigd ter verzekering van de Kredietfaciliteit. Daarnaast zou betaling via de boedel moeten lopen en diende Holding, conform de regel uit Mulder q.q./CLBN,⁵ bij te dragen aan de algemene faillissementskosten.

De rechtbank oordeelde, kort gezegd, dat het pandrecht van Holding in rang boven dat van Beheer staat en dat Holding zich rechtstreeks op het Surplus kan verhalen, zonder dat zij hoeft mee te delen in de algemene faillissementskosten.⁶ Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vervolgens bekrachtigd,⁷ waarna de curator in cassatie is gegaan. De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het hof.⁸ In zijn arrest licht hij toe (1) dat partijen een rangwijziging van pandrechten overeen kunnen komen, (2) hoever de inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder reikt, en (3) hoe uitdeling van een surplus dat is ontstaan door inning van een hoger gerangschikte pandhouder vervolgens aan lager gerangschikte pandhouders moet geschieden.

4. Holding werd niet failliet verklaard.

5. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (Mulder q.q./CLBN).

6. Rb. Oost-Brabant 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5618.

7. Hof's-Hertogenbosch 19 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1061.

8. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (Bowie Recycling).

3 Meervoudige verpanding en rangwijziging pandrecht

3.1 Rangwijziging – kader

Wanneer twee zakelijke rechten op een goed rusten en onderling botsen, geldt van oudsher de algemene regel dat het oudste recht voorrang heeft. Dit is bekend komen te staan als het prioriteitsbeginsel en was in het Romeinse recht al neergelegd in de vuistregel *'prior tempore, potior iure'*.⁹ Deze regel geldt ook voor de vaststelling van de rangorde van pandrechten: een ouder pandrecht is hoger gerangschikt dan een jonger gevestigd pandrecht. Om de rangorde vast te stellen is doorgaans dus het moment van vestiging bepalend. Dat is het moment dat aan alle vestigingsvereisten is voldaan.¹⁰ Bij een stil pandrecht dat door middel van registratie van een onderhandse akte wordt gevestigd, is dit het moment waarop de pandakte ter registratie wordt aangeboden.¹¹ Echter, bij de registratie wordt alleen de datum en niet het tijdstip vastgesteld. Worden twee pandakten op dezelfde dag ter registratie aangeboden, dan geldt in beginsel dat zij eenzelfde rang hebben, tenzij op een andere wijze kan worden vastgesteld op welk tijdstip zij zijn aangeboden ter registratie.¹² Hierbij kan worden gedacht aan een ontvangstbewijs dat wordt afgegeven op het moment dat de pandakte ter registratie wordt aangeboden. Dit wordt echter niet standaard afgegeven door de Belastingdienst.

De wet kent vervolgens een aantal uitzonderingen op deze algemene regel van het vaststellen van de rangorde. Zo gaat volgens art. 3:238 lid 2 BW het vuistpandrecht van de pandhouder te goeder trouw in rang boven eerder gevestigde beperkte rechten die hij niet kende of behoorde te kennen. En indien er sprake is van een pandrecht dat ontstaat op grond van art. 3:229 BW, dan gaat van rechtswege dit pandrecht boven ieder reeds op de vordering gevestigd pandrecht.

Ten aanzien van hypotheekrechten kent de wet met art. 3:262 BW een specifieke wettelijke bepaling die rangwijziging van een hypotheekrecht mogelijk maakt.¹³ Door middel van een notariële akte die in de registers wordt ingeschreven, kunnen partijen bepalen dat een hypotheekrecht dat later wordt gevestigd op een goed, hoger in rang is dan een hypotheekrecht dat reeds op datzelfde goed is gevestigd. Uit de ingeschreven akte moet wel de toestemming blijken van alle hypotheekhouders die door de rangwijziging worden verlaagd. Als de rangwijziging gelijktijdig plaatsvindt met de vestiging van een nieuw hypotheekrecht, dan is medewerking van de hypotheekgever noodzakelijk. Het is echter niet geheel duidelijk of ook de

9. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/31; L.M. de Hoog, De prioriteitsregel in het vermogensrecht (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 7 e.v.

10. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/128.

11. HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488 (Stichting Rivierland/Gispen q.q.), r.o. 5.2.

12. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/128; HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (Bowie Recycling), r.o. 3.1.2.

13. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/358.

medewerking/toestemming van de hypotheekgever vereist is voor een geldige rangwijziging na de vestiging.¹⁴

Voor een rangwijziging van pandrechten kent de wet geen soortgelijke bepaling. In de praktijk wordt daarom voornamelijk gekozen voor omslachtige en complexe constructies. Zo kan de eersterangs pandhouder afstand doen van zijn pandrecht, waarna de tweederangs pandhouder eerste in rang wordt en de pandgever een nieuw (tweederangs) pandrecht vestigt ten behoeve van de voormalige eersterangs pandhouder. Deze constructie van ‘lichten en opstaan’ is niet vrij van risico’s, zo kan er tussentijds beslag worden gelegd op het pandobject en bestaat er een pauliana-risico voor het nieuw gevestigde pandrecht. Tevens kan worden gedacht aan constructies als herverpanding of kruislingse cessie van de gesece-reerde vorderingen van de wisselende pandhouders.¹⁵

Een rangwijziging van een pand – of hypotheekrecht – kan gewenst zijn in het kader van een additionele financiering of een herfinanciering. De nieuwe financier zal in de regel zekerheidsrechten willen voor het ter beschikking stellen van nieuw krediet. Vaak zijn de goederen van de zekerheidsgever al reeds bezwaard met zekerheidsrechten voor eerder verstrekt krediet door andere financiers. Op basis van de zojuist toegelichte hoofdregel zouden de nieuwe zekerheidsrechten van de nieuwe financier in rang onder de reeds gevestigde zekerheidsrechten komen. Dit betekent vervolgens dat bij een eventuele uitwinning van de zekerheden de nieuwe financier zich pas als laatste mag verhalen op de gezeekerde goederen. Dit kan voor de nieuwe financier onacceptabel zijn, en het is goed denkbaar dat hij pas akkoord wil gaan met het verstrekken van nieuw krediet als zijn nieuw te vestigen zekerheidsrechten in rang boven de reeds bestaande zekerheidsrechten komen. In dat geval is het wenselijk dat partijen tot een rangwisseling over kunnen gaan.

In de literatuur is veelvuldig gediscussieerd of art. 3:262 BW analoog kan worden toegepast op een rangwijziging voor pandrechten.¹⁶ De Hoge Raad heeft deze discussie met zijn arrest van 9 april 2021 beslecht in het voordeel van de voorstanders.

3.2 Rangwijziging – oordeel Hoge Raad en commentaar

Volgens de Hoge Raad kan art. 3:262 BW analoog worden toegepast op een rangwijziging bij pandrechten. Ter onderbouwing hiervan voert hij het volgende aan. Ten eerste zijn pand en hypotheek soortgelijke zekerheidsrechten (art. 3:227 lid 1 BW). Beide rechten hebben als doel om een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere

schuldeisers te kunnen verhalen door middel van de executie van het goed waar zij op rusten. Zij verschillen wat betreft het goed waarop zij zijn gevestigd. Is het zekerheidsrecht op een registergoed gevestigd, dan is het een recht van hypotheek; is het zekerheidsrecht op een ander goed gevestigd, dan is het een recht van pand (art. 3:227 lid 1 BW). Ten tweede is art. 3:262 BW ingevoerd als gevolg van de behoefte uit de praktijk om hypotheekrechten contractueel van rang te kunnen wisselen.¹⁷ Ook voor het recht van pand bestaat in de praktijk de behoefte om een rangwijziging overeen te kunnen komen.¹⁸ Daarom komt de Hoge Raad tot de volgende praktische overweging:

‘Het past in het stelsel van de wet en sluit aan bij de in de wet geregelde gevallen om aan te nemen dat rangwijziging ook ten aanzien van het recht van pand mogelijk is. Het bepaalde in art. 3:262 BW leent zich ten aanzien hiervan voor analoge toepassing.’¹⁹

Partijen kunnen een rangwijziging tijdens de vestiging van een pandrecht en op een later moment overeenkomen. Voor deze rangwijziging zijn de navolgende twee punten relevant. Ten eerste is vereist dat uit de akte van de rangwijziging (of uit andere akten die hiermee in samenhang moeten worden gelezen) de *toestemming* blijkt van de pandhouders die door de rangwijziging worden verlaagd. Deze toestemming moet aan het vormvereiste voldoen dat geldt voor de vestiging van het pandrecht dat in rang wordt gewijzigd. In het geval van een stil pandrecht op vorderingen zal de toestemming dus moeten worden vastgelegd in een notariële akte of een geregistreerde onderhandse akte (vergelijk art. 3:239 lid 1 BW). Ten tweede geldt dat de rangwijziging slechts kan worden tegengeworpen aan ‘anderen van wie de rechtspositie ten aanzien van het goed door de rangwijziging wordt geraakt, zoals houders van pandrechten waarvan de rang niet wordt verlaagd door de rangwijziging, andere beperkt gerechtigden en beslagleggers, indien zij met de rangwijziging *instemmen*’ (curs. TH). Deze instemming kan vormvrij geschieden.²⁰ Om de rangwijziging niet té formalistisch te maken, is het begrijpelijk dat de instemming vormvrij is. Vanuit ditzelfde oogpunt ben ik het overigens graag met A-G Rank-Berenschot eens dat ook de toestemming vormvrij, dus bij enkele overeenkomst, zou moeten kunnen.²¹ Hiermee zou dan ook geen gekunsteld onderscheid hoeven te worden gemaakt tussen ‘toestemmen’ en ‘instemmen’. Taalkundig bestaat er immers geen verschil tussen de betekenis van ‘toestemmen’ en ‘instemmen’. Het door de Hoge Raad gehanteerde onderscheid is echter wel nuttig nu hiermee een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen een manier van goedkeuren met vormvereisten (toestemming) en zonder vormvereisten (instemming).

14. K. Everaars, Wijziging van beperkte rechten (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021/339-349.

15. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/131a; K.J. Krzeminski, Een afwijkende rangorde van pandrechten, WPNR 2016, afl. 7092, p. 80-81.

16. Concl. A-G Rank-Berenschot voor HR 9 april 2021, ECLI:NL:PHR:2020:884, par. 2.24-2.51.

17. Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 811 (T.M.).

18. Zie hierboven over de omslachtige constructies die voor dit arrest gangbaar waren in de praktijk.

19. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (Bowie Recycling), r.o. 3.1.4.

20. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (Bowie Recycling), r.o. 3.1.5.

21. Concl. A-G Rank-Berenschot voor HR 9 april 2021, ECLI:NL:PHR:2020:884, par. 2.64.

Het is niet direct duidelijk of de Hoge Raad ook vereist dat de pandgever op een manier zijn medewerking moet verlenen aan de rangwijziging. Ik denk niet dat medewerking van de pandgever vereist is.²² Ten eerste zegt de Hoge Raad er zelf niks over in zijn behandeling van de wijze waarop de rangwijziging bewerkstelligd moet worden. Ten tweede is de pandgever geen gerechtigde tot pandrechten die door de rangwisseling in rang worden verlaagd. En ten derde is de pandgever ook geen partij waarvan de rechtspositie ten aanzien van het goed door de rangwisseling wordt geraakt. Daar komt nog bij dat, zoals gezegd, het ook bij de toepassing van art. 3:262 BW niet geheel duidelijk is of medewerking van de hypotheekgever vereist is indien partijen een rangwijziging overeenkomen na de vestiging van de hypotheekrechten.

Hoe werkt de rangwijziging dan praktisch gezien? De Hoge Raad komt zelf met een voorbeeld.²³ Op een goed rusten vier pandrechten met opvolgende rang. De vierderangs pandhouder wil wisselen met de tweederangs pandhouder. In dat geval moet de tweederangs pandhouder zijn toestemming hiertoe verlenen omdat zijn pandrecht daalt in rang. Deze toestemming moet voldoen aan hetzelfde vormvereiste dat geldt voor de vestiging van het betreffende pandrecht. De derderangs pandhouder blijft door de rangwijziging derde in rang, maar zijn positie kan wel worden aangetast als de geseceerde vordering van de omhoog wisselende vierderangs pandhouder (thans tweederangs) hoger is dan de omlaag wisselende tweederangs pandhouder (thans vierderangs). In dat geval zal namelijk bij de uitwinning van het pandrecht minder overblijven voor de derderangs pandhouder nadat de eerste- en tweederangs pandhouders zich op de opbrengst van het pandobject hebben verhaald. Wil de rangwijziging aan hem kunnen worden tegengeworpen, dan dient hij hiervoor eerst zijn instemming te verlenen. Zoals gezegd, kan deze vormvrij geschieden.

Het kader dat de Hoge Raad geeft voor een analoge toepassing van art. 3:262 BW op pandrechten biedt een welkome verduidelijking voor rangwijziging van pandrechten. Het is echter wel opmerkelijk dat de zaak in Bowie Recycling hiervoor is gebruikt. Immers, het ging hier niet zozeer om een rangwijziging, maar om een rangvaststelling bij de vestiging van nieuwe pandrechten. Beide pandakten van Holding en Beheer waren immers op dezelfde dag geregistreerd. Het hof kwam door middel van uitleg van deze akten en de daarin opgenomen pandgeversverklaringen ex art. 3:239 lid 2 jo. art. 3:237 lid 2 BW tot de conclusie dat het voor Beheer duidelijk moet zijn geweest dat Holding een tweederangs pandrecht zou hebben

op de vorderingen van Recycling en dat het pandrecht van Beheer derde in rang zou zijn.²⁴

Tevens verdient het nog de opmerking dat het toestemmingsvereiste van de omlaag wisselende pandhouder gemakkelijk toepasbaar is voor vuistloze en stille verpanding, maar lastiger bij een vuistpandrecht (art. 3:236 BW) of openbare verpanding (art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 BW). Ik meen dat de toestemming bij een vuistpand kan blijken uit het in de macht brengen van de vuistpandzaak aan de nieuwe eersterangs pandhouder. Wil de voormalig vuistpandhouder nog een tweederangs vuistloos pandrecht verkrijgen, dan is nog wel een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist (art. 3:237 lid 1 BW). De toestemming van de omlaag wisselende openbaar pandhouder kan op haar beurt blijken uit een opgemaakte onderhandse akte en mededeling van de nieuwe (eerste in rang) openbare verpanding en rangwijziging aan de debiteur van de verpande vordering. Ook hier geldt mijns inziens dat, wil de voormalig openbaar pandhouder een tweederangs stil pandrecht verkrijgen, nog een authentieke akte of geregistreerde onderhandse akte vereist is.

4 Inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder en verdeling van het geïnde

Naast de mogelijkheid van een rangvaststelling/rangwijziging van de pandrechten, hield ook de wijze van de verdeling van het Surplus de partijen verdeeld. Volgens Holding diende het Surplus direct aan haar te worden afgedragen. Volgens de curator van Beheer en Recycling diende dit (tot 1 maart 2014) via de boedel te gaan en moest Holding dus meedelen in de algemene faillissementskosten. Ter onderbouwing van dit standpunt heeft de curator betoogd dat de opbrengst van geïnde verpande vorderingen slechts als een executieopbrengst kan gelden indien de bevoegdheid tot inning is ontleend aan een openbaar gemaakt pandrecht. Het Surplus zou geen executieopbrengst kunnen vormen omdat de vordering van ABF (als eerste pandhouder) op Recycling reeds was voldaan door inning van de verpande vorderingen, voordat zij overging tot inning van de vorderingen die uiteindelijk het Surplus zouden vormen. Anders gezegd, nadat de geseceerde vordering van ABF was voldaan door de inning van de verpande vorderingen en haar pandrecht daarmee was tenietgegaan, zou ABF niet meer bevoegd zijn geweest om de overige vorderingen ook te innen. De curator meent dan ook dat het Surplus moet worden afgedragen aan Recycling als de pandgever. Ook hierin beslecht de Hoge Raad het geschil in het voordeel van Holding.

4.1 Inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder

Kader

Op grond van art. 3:246 lid 1 BW wordt de inningsbevoegdheid van een verpande vordering exclusief aan de openbaar pandhouder toegekend nadat mededeling is gedaan van zijn

22. Zie anders: A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012/16. Steneker baseert de mogelijkheid tot rangwisseling bij pandrecht niet op een analoge toepassing van art. 3:262 BW, maar op een wijziging van het pandrecht op grond van art. 3:98 jo. art. 3:84 BW. Via deze weg is altijd medewerking van de pandgever vereist in de vorm van een titel tussen de pandgever en de pandhouder, beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder en het (opnieuw) verrichten van de 'vestigings-handeling' door pandgever en pandhouder.

23. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (Bowie Recycling), r.o. 3.1.6.

24. Hof 's-Hertogenbosch 19 maart, ECLI:NL:GHSHE:2019:1061, r.o. 5.6-5.9.

pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering. Hiermee wordt een stil pandhouder een openbaar pandhouder. Dit betekent dat de (inmiddels openbaar) pandhouder bevoegd is geworden om betaling van de verpande vordering in ontvangst te nemen en deze betaling ook actief af te dwingen.²⁵ De inningsbevoegdheid behelst ook de opzeggingsbevoegdheid, die is uitgewerkt in art. 3:246 lid 2 BW. Op basis hiervan heeft de openbaar pandhouder de bevoegdheid om een onderliggende overeenkomst op te zeggen indien hij hiermee de verpande vordering opeisbaar kan maken om deze vervolgens te kunnen innen.²⁶ Indien er op een goed meerdere pandrechten rusten, dan komen de hier genoemde bevoegdheden slechts toe aan de hoogst gerangschikte pandhouder, aldus art. 3:246 lid 3 BW.

De inningsbevoegdheid behelst niet alleen het simpel opeisen van de verpande vordering. De openbaar pandhouder is op basis van zijn inningsbevoegdheid tevens bevoegd om aan de verpande vordering verbonden nevenrechten uit te oefenen. Denk hierbij aan een zekerheidsrecht dat is gevestigd ter zekerheid van de verpande vordering.²⁷ Daarnaast is de openbaar pandhouder ook bevoegd om andere (schuldeisers)rechten uit te oefenen, indien deze zijn inningsbevoegdheid versterken. Dit behelst onder meer de aanvraag van het faillissement van de schuldeiser van de verpande vordering.²⁸ Het is ook aanneemelijk dat de openbaar pandhouder tevens bevoegd is om niet-afhankelijke (eventuele persoonlijke) zekerheidsrechten uit te oefenen die zijn verbonden aan de verpande vordering. Denk hierbij aan het mogelijk aanspreken tot nakoming van een hoofdelijke schuldenaar van de verpande vordering en het inroepen van een 403-verklaring.²⁹ Daarentegen blijft de pandgever bevoegd om andere handelingen te verrichten, zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een vordering tot schadevergoeding. Voorts blijft de pandgever bevoegd tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de verpande vordering voortspuit.³⁰ Partijen kunnen echter een andere verdeling van (niet-dwingendrechtelijke) bevoegdheden overeenkomen.³¹

Oordeel Hoge Raad en commentaar

In Bowie Recycling verduidelijkt de Hoge Raad dat de openbaar pandhouder op grond van zijn inningsbevoegdheid, die hij ontleent aan art. 3:246 BW, bevoegd is om *alle* vorderingen te innen ten aanzien waarvan zijn pandrecht openbaar is

gemaakt, ongeacht de omvang van zijn gecureerde vordering.³² Dit betekent dat ABF rechtsgeldig alle verpande vorderingen heeft geïnd en dat de geïnde vorderingen die tot het Surplus hebben geleid, kwalificeren als executieopbrengst. Vanuit praktisch oogpunt is dit een wenselijke uitleg van de inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder. Het is haast onmogelijk voor een innende openbaar pandhouder om exact te stoppen met innen zodra zijn gecureerde vordering is voldaan. Daar komt nog bij dat vooraf niet altijd vaststaat hoeveel de pandgever precies verschuldigd is aan de pandhouder. Ook zou een nieuwe mededeling aan de debiteuren, inhoudende dat zij weer aan een ander moeten betalen, tot onnodige verwarring leiden.

De Hoge Raad corrigeert ook zijn eerdere standpunt uit ABN AMRO/Marell, waarin hij heeft geoordeeld dat de openbaar pandhouder slechts 'tot het beloop van' zijn eigen vordering op de pandgever bevoegd is om een aan de verpande vordering verbonden pandrecht uit te winnen.³³ In de literatuur is dit oordeel zeer kritisch ontvangen. Niet was in te zien waarom deze beperking zou gelden en dit oordeel werd dan ook gezien als een 'slip of the pen'.³⁴ De Hoge Raad heeft Bowie Recycling aangegrepen om dit eerdere oordeel bij te stellen. Hij overweegt dat 'de pandhouder tevens bevoegd is de in art. 3:246 lid 1 BW geregelde bevoegdheden ten aanzien van laatstbedoeld pandrecht uit te oefenen', ongeacht het beloop van de onderscheiden vorderingen waarvoor de pandrechten zijn verstrekt. In zoverre komt de Hoge Raad dus terug op de overweging in zijn arrest van 18 december 2015 (r.o. 3.5.2, laatste zinsnede), 'dat de pandhouder een pandrecht gevestigd ter verzekering van de verpande vordering slechts mag uitoefenen tot het beloop van zijn vordering op de pandgever'.³⁵

4.2 Meervoudige verpanding: verhaal op en verdeling van het geïnde

Kader

Nadat een pandhouder de verpande vorderingen heeft geïnd, is hij bevoegd om zich op het geïnde te verhalen conform art. 3:255 lid 1 jo. art. 3:253 BW.³⁶ Dit betekent dat enig surplus dat overblijft, nadat hij zijn gecureerde vordering heeft voldaan uit het geïnde, in beginsel moet worden afgedragen aan de pandgever. Echter, indien er nog andere pandhouders of beperkt gerechtigden zijn wier recht op het goed door de executie is vervallen, of schuldeisers die op het goed of op de opbrengst beslag hebben gelegd, dan moet de pandhouder handelen conform het bepaalde in art. 490b Rv. Kort gezegd, betekent dit dat het surplus aan de overige pandhouders (en,

25. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/213.

26. K.J. Krzeminski & T.A. Hartman, Opeisen door opzeggen, WPNR 2019, afl. 7229, p. 187-189.

27. HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2619 (Rabobank/Stormpolder), r.o. 3.6; HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:361 (ABN AMRO/Marell), r.o. 3.5.2.

28. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833 (Megalim/Veenbloem), r.o. 3.3.4.

29. K.J. Krzeminski, De versterkte inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder, WPNR 2018, afl. 7200, p. 503-505.

30. HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415 (Immun'Âge Europe Ltd/Neo-River Inc.), r.o. 3.5.1.

31. Rb. Midden-Nederland 18 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5998, r.o. 2.8-2.9.

32. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (Bowie Recycling), r.o. 3.2.2.

33. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:361 (ABN AMRO/Marell), r.o. 3.5.2.

34. Concl. A-G Rank-Berenschot voor HR 9 april 2021, ECLI:NL:PHR:2020:884, par. 2.87; A. Steneker, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2955, JOR 2017/212, par. 1.

35. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (Bowie Recycling), r.o. 3.2.3.

36. Steneker 2012/29.

bij voldoende surplus, de pandgever), conform hun rang, moet worden uitgedeeld.

Oordeel Hoge Raad en commentaar

De Hoge Raad bekrachtigt ook het oordeel van het hof aangaande de inning door ABF van de verpande vorderingen. Het hof oordeelt dat ABF, als hoogst gerangschikte pandhouder, rechtmatig de verpande vorderingen, mede ten behoeve van de lager gerangschikte pandhouders, heeft geïnd en dat Holding gerechtigd is tot een directe aanspraak op het Surplus. Deze betaling hoeft niet via de boedel te lopen. De manier waarop het hof tot deze conclusie is gekomen, verdient wel een kanttekening. Volgens het hof is de inning door de openbaar pandhouder – op grond van art. 3:246 lid 1 BW – geen parate executie in de zin van art. 3:248 BW. Nadat de stille pandhouder mededeling van zijn pandrecht heeft gedaan aan de debiteur van de verpande vordering en deze de vordering int, zouden – aldus het hof – op grond van art. 3:246 lid 5 BW de bestaande pandrechten op het geïnde komen te rusten. De executie zou vervolgens plaatsvinden via art. 3:255 BW. Naar mijn mening is dit een onjuiste lezing van zowel art. 3:246 lid 1 BW als art. 3:246 lid 5 BW.

Verpande vorderingen kunnen op twee manieren worden geëxecuteerd:

1. via inning (art. 3:246 lid 1 BW); of
2. via een openbare of onderhandse executoriale cessie (art. 3:250 jo. art. 3:251 BW).

Omdat een executoriale cessie doorgaans minder oplevert en meer formaliteiten kent, wordt er vaak gekozen voor executie via inning. Er is sprake van executie via inning indien de verpande vordering wordt geïnd door de pandhouder met het oog op voldoening van zijn (opeisbare) geseceureerde vordering. Het gaat er dus om dat de opbrengst van de inning is bedoeld voor de schuldeiser van de pandgever. In dat geval is er sprake van executie en geldt de opbrengst als executieopbrengst.³⁷ In *Bowie Recycling* had ABF de verpande vorderingen geïnd ten behoeve van voldoening van haar geseceureerde vordering en die van de overige pandhouders. Er was derhalve sprake van executie in de zin van art. 3:246 lid 1 BW. Op basis hiervan kon Holding aanspraak maken op het Surplus en was een afzonderlijke ‘executie’ van een pandrecht dat ontstaat via art. 3:246 lid 5 BW niet aan de orde.

Daar komt bij dat art. 3:246 lid 5 BW in dit geval niet van toepassing is. Het substitutiepandrecht van art. 3:246 lid 5 BW komt slechts tot stand als de pandhouder de opbrengst van de verpande vordering in ontvangst neemt, terwijl hij nog niet bevoegd is om zijn geseceureerde vordering hierop te verhalen. Dat zal doorgaans slechts het geval zijn als zijn geseceureerde vordering nog niet opeisbaar is. De pandhouder moet dan het geïnde apart houden tot hij bevoegd is geworden om hier verhaal op te nemen.³⁸ In de situatie dat een openbaar pandhou-

der overgaat tot inning van de verpande vorderingen omdat zijn geseceureerde vordering opeisbaar is geworden, is het substitutiepandrecht van art. 3:246 lid 5 BW niet van toepassing en kan de pandhouder zich naar analogie van art. 3:255 BW onmiddellijk op het geïnde verhalen.³⁹ In *Bowie Recycling* verwijst de Hoge Raad in r.o. 3.2.4 naar de tekst van art. 3:246 lid 5 BW en herhaalt de tekst van dit artikel. Deze overweging is echter te algemeen van aard om vast te kunnen stellen of de Hoge Raad hier de (onjuiste) redenering van het hof volgt en, en passant, de inhoud van art. 3:246 lid 5 BW heeft veranderd.

5 Conclusie

Bowie Recycling zal met veel enthousiasme in de praktijk zijn ontvangen. Het is nu immers duidelijk geworden dat partijen een rangwijziging van pandrechten overeen kunnen komen en dat omslachtige constructies als ‘lichting en opstaan’, herverpanding en kruislingse cessie niet meer nodig zijn. Daarnaast was verduidelijking op een aantal punten wenselijk geweest, zoals de vraag of medewerking van de pandgever bij de rangwijziging vereist is en dat art. 3:246 lid 5 BW door het hof onjuist is toegepast. Deze kleine punten van kritiek doen echter niet af aan het feit dat *Bowie Recycling* aantoont dat de Hoge Raad de wet, waar mogelijk,⁴⁰ flexibel toepast en aansluiting zoekt bij de behoeften uit de praktijk. Een ontwikkeling die mijns inziens alleen maar kan worden toegejuicht.

37. Steneker 2012/56.

38. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/215.

39. Steneker 2012/52; T. Booms, Weeffouten tijdens de werkgroep – artikel 3:246 lid 5 BW, in: T. Beumers e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*. Een ode aan het Burgerlijk Wetboek, ter ere van zijn 25-jarig bestaan, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 117-122.

40. In HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909 (*ING Bank/Thielen q.q.*), r.o. 3.4 had de Hoge Raad het argument dat er vanuit de praktijk behoefte bestond om een assurantieportefeuille als zelfstandig te verpanden goed te kwalificeren afgewezen omdat dit niet paste in het wettelijke stelsel van het goederenrecht. Zie hierover nader K.J. Krzeminski & T.A. Hartman, *De onverpandbaarheid van assurantieportefeuilles*, MvV 2020, afl. 5, p. 179-187.