

# Een fundamenteel gebrek van het pandrecht

*Mr. W. H. B. K. Nieuwesteeg\**

## 1 Inleiding

In 2011 beschreef Van Vliet een interessant gebrek van het Nederlandse pandrecht, waarvoor sindsdien weinig aandacht is geweest.<sup>1</sup> Het gaat daarbij om de positie van de pandgever in het faillissement van de *pandhouder*.<sup>2</sup> De uit art. 3:253 BW voortvloeiende vordering van de pandgever op de pandhouder tot uitkering van overwaarde is in het faillissement van de pandhouder concurrent. Deze problematiek is zowel voor als na de bijdrage van Van Vliet onderbelicht gebleven. Waarschijnlijk omdat financiers in de regel niet failliet gaan en wellicht zelfs omdat curatoren – als dat wel gebeurde – hun rechtsgevoel hebben gevolgd. Dat maakt het probleem niet minder relevant. Financiers kunnen in de toekomst wel degelijk failleren, waarna conflicten met betrekking tot de overwaarde kunnen ontstaan. Bovendien rijst de dogmatische vraag of de concurrente status van de overwaardevordering wel te verenigen is met het karakter van het pandrecht als beperkt goederenrechtelijk zekerheidsrecht, met name nu het uitkeren van overwaarde door de Hoge Raad is aangeduid als een regel die de kern van het zekerheidsrecht behelst. In deze bijdrage beschrijf ik de problematiek daarom opnieuw (par. 2) en onderwerp ik deze aan een meer diepgaande analyse. Voor een goed begrip van de kwestie zet ik de verschillende wijzen waarop een pandrecht tot verhaal kan leiden uiteen (par. 3). Ik verken mogelijke oplossingen (par. 4). Tot slot zal ik betogen dat met dit gebrek van het pandrecht een belangrijk argument tegen zekerheidsoverdracht wordt ontkracht (par. 5). Ik sluit af met een conclusie (par. 6).

## 2 Gebrekkige bescherming pandgever

Kenmerk van veel privaatrechtelijke verhoudingen is de balans tussen de faciliterende en de beschermende functie van het

recht.<sup>3</sup> Het recht faciliteert bepaald rechtsverkeer en beschermt vervolgens partijen wier belang binnen dat rechtsverkeer beschermenswaardig wordt geacht. Die bescherming vormt vaak een belangrijk kenmerk van het relevante rechtsgebied.

Zo ook bij de klassieke zekerheidsrechten: het pand- en hypotheekrecht. Een groot deel van het zekerhedenrecht bestaat uit bescherming van de zekerheidsgever tegen de zekerheidsnemer.<sup>4</sup> Het meest concreet komt deze bescherming naar voren in art. 3:235 jo. art. 3:253 lid 1 BW (voor pandrecht) en art. 3:235 jo. art. 3:270 lid 2 BW (voor hypotheekrecht). De zekerheidsnemer wordt ingevolge deze bepalingen verboden zich de tot zekerheid strekkende goederen toe te eigenen.<sup>5</sup> Hij moet deze executeren en mag uit de opbrengst slechts de met pand of hypotheek verzekerde vordering voldoen. Realiseert hij bij executie van de goederen ten opzichte van die verzekerde vordering een surplus, dan moet hij deze ‘overwaarde’ terug

\* Mr. W.H.B.K. Nieuwesteeg is promovendus zekerhedenrecht aan Tilburg University en advocaat bij AKD Benelux Lawyers te Rotterdam.

1 L.P.W. van Vliet, Het faillissement van de zekerheidsnemer: hoe sterk is de vordering van de zekerheidsgever tot vergoeding van de overwaarde bij executie?, NTBR 2011, afl. 1, p. 15-23.

2 Waarover ook A. Steneker, Pandrecht (Mon. BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012/31, Stein, in: GS Vermogensrecht 2021, art. 3:253 BW, aant. 4.3.2.2, T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 508 (voetnoot 94) en p. 511 (voetnoot 101) en de annotatie van Verstijlen bij HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524, NJ 2021/214 (Bowie Recycling), onder 9.

3 W.H. van Boom, Norm en normativiteit in het vermogensrecht (Preadvies Christen Juristen Vereniging), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019. Vgl. ook W.H.B.K. Nieuwesteeg, Het fiduciaverbod en de beschermingsgedachte: miskend, ontkend of vergeten?, AA 2020, afl. 2, p. 169-178.

4 De regelingen van pand en hypotheek kennen tal van bepalingen die nauwkeurig reguleren wanneer en hoe dergelijke rechten door een financier geëffectueerd mogen worden. Zie titel 9 van Boek 3 BW (art. 3:227-275 BW). Hierover ook L.P.W. van Vliet, Eigendom als zekerheidsmiddel: moet overwaarde verrekend worden?, NTBR 2008, afl. 8, p. 327-335.

5 ‘Het verbod van het beding is ingegeven door de vrees voor benadeling van de debiteur, die bij de totstandkoming van het pand- of hypotheekrecht als kredietbehoevende partij in een zwakke positie verkeert ten opzichte van de geldverschaffer’, aldus Stein, in: GS Vermogensrecht 2019, art. 3:235 BW, aant. A. Zie ook Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/63: ‘Dit verbod beschermt de pand- of hypotheekgever tegen de schuldeiser die een beding als hier bedoeld tot voorwaarde voor het verstrekken van krediet zou maken.’ Over de beschermende strekking van deze bepaling tevens: B.A. Schuijling & H.L.E. Verhagen, Executie van zekerheidsrechten door toe-eigening, in: F.M.J. Verstijlen, F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet (red.), Groninger zekerheid. Liber amicorum Wim Reehuis, Deventer: Kluwer 2014, par. 2.

uitkeren aan de zekerheidsgever.<sup>6</sup> Het zijn deze twee regels die in de woorden van de Hoge Raad:

‘betrekking hebben op hetgeen de kern van een zekerheidsrecht uitmaakt, te weten het verhaalsrecht’.<sup>7</sup>

Door Schuijling en Verhagen is terecht betoogd dat het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW) geen zelfstandige betekenis heeft.<sup>8</sup> Het is geen doel op zich te voorkomen dat de zekerheidsnemer zich de in onderpand gegeven zaken *niet* toe-eigent. De bepaling staat slechts in het teken van de regel dat de zekerheidsnemer zich niet de volledige waarde van de in onderpand gegeven goederen mag toe-eigenen als die niet correspondeert met de hoogte van de verzekerde vordering.<sup>9</sup> Hij moet overwaarde uitkeren, maar kan dat in principe ook doen uit andere middelen dan de executieopbrengst van de relevante zaak. Daarmee is de bescherming van de debiteur in beginsel evengoed gewaarborgd. In dat geval moet er wel een andere objectieve waardebeoordeling van de in pand gegeven goederen worden gevonden, nu (openbare) executie in dat geval die functie niet kan vervullen.<sup>10</sup> Dit probleem is overkomelijk, eerder beschreven en valt buiten het bestek van deze bijdrage.<sup>11</sup>

Al met al is dus slechts het uitkeren van (eventuele) overwaarde uit de executieopbrengst een fundamenteel belang van de zekerheidsgever. Van Vliet behandelt in 2011 een probleem dat in de literatuur bij mijn weten tot dan toe nog nauwelijks aandacht had gekregen. De vordering van de pandgever tot uitkering van overwaarde op de pandhouder is, in het faillissement van *de pandhouder*, een concurrente vordering.<sup>12</sup> Aan deze vordering is immers op geen enkele wijze voorrang verbonden.<sup>13</sup> De curator van de pandhouder zal de pandgever art. 26 jo. art. 110 Fw moeten voorhouden. Laatstgenoemde zal zijn vordering ter verificatie moeten indienen.

Dit is slechts anders als de executie plaatsvindt *tijdens* het faillissement van de pandhouder (en dus door diens curator). In

dat geval promoveert de vordering van de pandgever tot concurrente *boedelschuld*. Tot 2013 was dat het geval op grond van het door de Hoge Raad in het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger geformuleerde ‘toedocriterium’ voor boedelschulden.<sup>14</sup> De vordering tot uitkering van overwaarde vloeit voort uit het handelen van de curator en moest reeds daarom door de boedel worden vergoed. De Hoge Raad heeft het toedocriterium in 2013 echter verlaten met het arrest Koot beheer/Tideman q.q.<sup>15</sup> Ingevolge dat arrest zijn schulden slechts boedelschulden:

1. ingevolge de wet;
2. omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan; of
3. omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

Kan de overwaardevordering van de pandgever ex art. 3:253 BW ook onder een van deze categorieën worden gebracht?<sup>16</sup> Duidelijk is dat de wet deze vordering niet tot boedelschuld maakt (categorie 1).<sup>17</sup> De curator van de financier gaat in het hier bedoelde geval zelf over tot executie van het pandrecht en zal daartoe in de hier bedoelde gevallen uit de aard der zaak gedwongen zijn, omdat men een pandrecht nu eenmaal uitoefent als de voldoening van de daarmee verzekerde vordering uitblijft.<sup>18</sup> Het uitoefenen van dit pandrecht hoort daarmee tot de kerntaak van de curator van de financier, te weten: opbrengstmaximalisatie.<sup>19</sup> Dit alles is echter geen argument om geen boedelschuld aan te nemen.<sup>20</sup>

De uit art. 3:253 BW voortvloeiende verplichting tot uitkering van overwaarde kan de curator die in faillissement executeert

6 De pandhouder mag naast voor zijn verzekerde vordering tevens verhaal nemen voor eventuele kosten tot behoud en onderhoud van het goed en de rente, waartoe het pandrecht krachtens de wet tot zekerheid strekt (zie Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/162 en art. 3:243 lid 2 jo. art. 3:244 BW). Ook komt de pandhouder onder omstandigheden een verrekeningsmogelijkheid toe met betrekking tot de overwaarde (vgl. art. 3:253 lid 2 BW). Zie hierover ook Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/163 en Stein, in: GS Vermogensrecht 2021, art. 3:253 BW, aant. 4.3.2.

7 Zie HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119 m.nt. Kleijn (Sogelease), r.o. 3.4.2 en ook 3.4.3.

8 Schuijling & Verhagen 2014, p. 335-350.

9 Er is dan sprake van ‘oversecurering’.

10 Zie Schuijling & Verhagen 2014, p. 349. Te denken valt bijv. aan een taxatie door een onafhankelijke deskundige. Aan een dergelijke wijze van afwikkeling kunnen aanzienlijke voordelen zijn verbonden in de vorm van snelheid, eenvoud en besparing van (executie)kosten. Behandelt men de vastgestelde waarde als een executieopbrengst, dan bestaat er – buiten de in deze bijdrage beschreven problematiek – geen gevaar dat eventuele overwaarde ten goede komt aan de schuldeiser.

11 Schuijling & Verhagen 2014, p. 335-350.

12 Van Vliet 2011, p. 15-23.

13 Vgl. art. 3:278 BW.

14 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305 m.nt. Van Schilfgarde (De Ranitz q.q./Ontvanger). Zie ook HR 12 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1136, NJ 1994/229 m.nt. Kleijn (Frima q.q./Blankers-Van Gennip) en HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, NJ 2004/617 m.nt. Van Schilfgarde (Circle Plastics).

15 HR 19 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Koot Beheer/Tideman q.q.).

16 Als dat niet het geval is, blijft de vordering verifieerbaar omdat deze op moment van het faillissement van de financier in de rechtspositie van de pandgever besloten lag. Vgl. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290 m.nt. Verstijlen (Credit Suisse/Jongepier q.q.), r.o. 3.5.4. Indicatief voor dit oordeel is ook HR 27 november 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB6187, NJ 1971/127 (Helsloot q.q./Groenland), waarover N.E.D. Faber, Verrekening, Deventer: Kluwer 2005, p. 433-434.

17 Zoals onder omstandigheden het geval is met na faillissement verschenen huurpenningen en salaris (vgl. resp. art. 39 jo. art. 40 Fw). De boedel is door het ontstaan van deze verbintenissen ook niet gebaat, zodat art. 24 Fw hier eveneens toepassing mist.

18 Art. 3:248 BW. De overwaardeschuld is in zoverre ook een schuld die in het belang van de overige schuldeisers wordt gemaakt.

19 Zie bijv. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht (Recht en Praktijk nr. InsR3), Deventer: Kluwer 2012, par. 2.5.1-2.5.4 en de daar genoemde jurisprudentie.

20 Vgl. ook F.M.J. Verstijlen & M. van Oers, Kwalificatie van schulden in faillissement en fiscus, WFR 2022, p. 253-254 over de kwalificatie van in faillissement ontstane fiscale schulden als zodanig.

niet 'wegwillen'.<sup>21</sup> Zo rust mijns inziens ook die verplichting dan op de curator zelf omdat hij deze is aangegaan (categorie 2).<sup>22</sup> Leeft hij de daaruit voortvloeiende verplichting tot het uitkeren van executieoverschot niet na, dan handelt hij daarmee *dus* in strijd met een op hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting (categorie 3). De in faillissement ontstane verplichting tot uitkering van overwaarde is daarmee een concurrente *boedelschuld*. Het is echter algemeen bekend dat in menig faillissement ook boedelcrediteuren achter het net visen.<sup>23</sup>

De reactie van de curatoren aan wie ik deze kwestie voorlegde, was eenduidig: dit kan niet waar zijn. Sommige curatoren meldden mij zelfs de overwaarde 'gewoon te zullen terugstorten'. In het faillissementsrecht doen zich vaker schrijnende gevallen voor. Uitgangspunt is momenteel immers dat de concurrente crediteur zelden betaling uit de boedel zal ontvangen.<sup>24</sup> De partij die per vergissing een ton overmaakt aan iemand die vervolgens failliet is, is concurrent schuldeiser en zal slechts een fractie van dat bedrag terugzien.<sup>25</sup> Hetzelfde geldt voor menige partij die per vergissing een bedrag betaalt aan een

partij die al failliet is.<sup>26</sup> De partij die ingevolge een rechterlijke veroordeling *onder protest* een bedrag betaalde aan een failliet zag dat vonnis in hoger beroep vernietigd. Ook zij zag haar geld niet terug.<sup>27</sup> Artsen die de incasso van 'hun' vorderingen hadden uitbesteed aan een incassobureau verloren ruim f70.000 toen het bureau waar de gelden zich bevonden faillieerde.<sup>28</sup> Ook de pandhouder die zijn pandrecht onrechtmatig door de curator van zijn schuldenaar gefrustreerd zag, viste achter het net.<sup>29</sup>

In faillissement moet pijn onder crediteuren worden verdeeld en de meest eerlijke manier is een verdeling pro rata over *alle* crediteuren, ongeacht de ontstaansgrond van hun vordering.<sup>30</sup> Schiet de wet een crediteur niet te hulp met een voorrecht of een andere vorm van (feitelijke) voorrang, dan is een vordering *dus* concurrent.<sup>31</sup> Waarom zou het de pandgever met een overwaardevordering anders moeten vergaan dan de crediteuren uit de zojuist genoemde voorbeelden?

Allereerst is van belang dat de belanghebbende(n) bij de overwaarde meestal niet langer de pandgever zelf, maar diens gezamenlijke schuldeisers zullen zijn. Dan staan dus niet de belangen van de gezamenlijke crediteuren van een failliet tegenover die van één crediteur. Hier staan de belangen van de gezamenlijke crediteuren van een failliet tegenover die van de gezamenlijke crediteuren van een andere failliet. Dat is zo in alle gevallen waarin het pandrecht van de financier in het faillissement van de pandgever wordt uitgeoefend.<sup>32</sup> Regelmatig zijn er bovendien nog andere belanghebbenden bij het overschot, zoals lager gerangschikte pandhouders of andere beperkt gerechtig-

21 De wil van de curator zal natuurlijk niet direct op het ontstaan van deze schuld gericht zijn geweest, maar dat een dergelijke schuld door executie kan ontstaan, is voor de curator hier voldoende voorzienbaar. Zie bijv. F.A. van Tilburg & J.R. van Faasen, Het verdelingsvraagstuk: boedelschuldeisers en faillissementsschuldeisers, in: B. Rikkert e.a. (red.), Het verdelingsvraagstuk (INSOLAD-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2022/8, die de 'wil van de curator' in dit opzicht afmeten aan de 'maatman-curator'.

22 Hetzelfde geldt wanneer hij een vóór faillissement ingezette executie voortzet.

23 In de meerderheid van de Nederlandse faillissementen is de boedel negatief, zodat zelfs de boedelvorderingen niet geheel kunnen worden voldaan. Volgens HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305 m.nt. Van Schilfgaarde (De Ranitz q.q./Ontvanger) moeten boedelschuldeisers in dat geval uit het ontoereikend boedelactief worden voldaan volgens de normale wettelijke regels van rangorde. De overwaardevordering is niet bevoorrecht.

24 Uit een recent verschenen WODC-rapport over de positie van concurrente schuldeisers in faillissement blijkt dat concurrente crediteuren een 'recovery rate' van 0,1% gemiddeld hebben. Het onderzoek benadrukt dat de numerieke resultaten niet als representatief moeten worden beschouwd, maar het beoogt wel een 'indruk' te geven van de positie van deze crediteuren. Verwezen wordt nog naar onderzoek van het CBS uit 2015, waar op p. 34 een 'recovery rate' van 2% voor concurrente crediteuren wordt vermeld. Zie voor het WODC-rapport <https://repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/3095/3179-positie-concurrente-schuldeisers-in-faillissement-volledige%20tekst.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, meer specifiek p. 10. Zie voor het CBS-rapport uit 2015 [www.cbs.nl/nl-nl/achtergrond/2016/50/faillissementen-oorzaken-en-schulden-2015](http://www.cbs.nl/nl-nl/achtergrond/2016/50/faillissementen-oorzaken-en-schulden-2015). Zie hierover ook B.J. Tide-man, De recovery rate in faillissement, in: B. Rikkert e.a. (red.), Het verdelingsvraagstuk (INSOLAD-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2022/6. Dat dit probleem een eeuw geleden ook al bestond, blijkt overigens uit A. Pitlo & J.D. Veegens, Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht (deel II: zaken- en erfrecht), Haarlem: Tjeenk-Willink 1941, p. 252.

25 Vgl. HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437 m.nt. Van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm q.q.), r.o. 3.4, tweede alinea, en de annotatie van Van Schilfgaarde onder 9.

26 Vgl. HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, NJ 2007/419 m.nt. Van Schilfgaarde (Van der Werff/BLG). Dit is alleen anders, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.3.3: 'in het geval waarin tussen de gefailleerde en de gene die aan hem betaalde geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die tot de betaling aanleiding gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing'. Zie voor een poging om de Hoge Raad van koers te doen veranderen HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, JOR 2015/55 m.nt. Boekraad (CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.).

27 HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, NJ 2002/608 m.nt. Vranken (Komdeur/Nationale Nederlanden). Het ging hier weliswaar om een concurrente boedelvordering, maar de boedel was negatief.

28 HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0692, NJ 2004/196 m.nt. Kleijn (Beatrixziekenhuis/ProCall).

29 HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk q.q.). Deze pandhouder had zelfs een hoog bevoorrechte boedelschuld, maar ook deze boedel was negatief. Bovendien ging het salaris van de curator voor.

30 Grondslag van deze 'paritas creditorum' is art. 3:277 BW.

31 Zie art. 3:278 BW. Door het hele BW heen, maar ook in tal van andere (soms obscure) regelingen, vindt men voorrechten die bepaalde vorderingen van crediteuren in rang verhogen. Bij feitelijke voorrang kan men denken aan de crediteur die op zijn schuldenaar nog een vordering heeft, zodat hij zich in een verrekeningspositie bevindt. Dergelijke verrekeningen zullen in en om faillissement wel onderworpen zijn aan het regime van art. 53 jo. art. 54 Fw.

32 In die zeldzame gevallen waarin het faillissement geen tekort vertoont, kan de pandgever zelf bij het overschot vanzelfsprekend wel belang hebben. Ook is denkbaar dat persoonlijke zekerheden zijn verschafte door bestuurders/derden, die dan – in voorkomende gevallen – voor het hele (ontbrekende) executieoverschot opdraaien.

den, wier recht op de geëxecuteerde zaak door executie is vervallen.<sup>33</sup> Ook zij lopen een faillissementsrisico.<sup>34</sup>

De afwikkeling van de door de pandnemer gerealiseerde executieopbrengst verloopt dan via art. 490b Rv.<sup>35</sup> Dat artikel bepaalt dat de overwaarde door de eerste pandhouder aan die andere belanghebbende(n) wordt ‘uitgekeerd’. Lid 2 bepaalt dat, wanneer op het tijdstip waarop tot die uitkering kan worden overgegaan nog geen overeenstemming is met betrekking tot de verdeling, het surplus onverwijld bij een ‘bewaarder’ wordt gestort. Tot die tijd bevindt de opbrengst zich in het vermogen van de pandhouder en speelt het faillissementsrisico de belanghebbenden parten. De (zekerheids)positie van andere gerechtigden tot de verpande zaken wordt zo ernstig ondermijnd.<sup>36</sup> Dit gebrek van het pandrecht treft zo niet alleen pandgevers, maar ook pandhouders.

Het pandrecht verschaft de *pandhouder* voorts bijzonder effectieve ‘faillissementsproof’ zekerheid voor zijn vordering.<sup>37</sup> Het pandrecht heeft ‘goederenrechtelijk effect’. De curator van de *pandgever* zal moeten accepteren dat onder het pandrecht vallende zaken uit de boedel worden gesepareerd en dat door de pandhouder verhaal wordt genomen.<sup>38</sup> Hoe valt te rechtvaardigen dat – als wij de zaken omkeren – de *pandgever* in het faillissement van zijn financier, op grond van de afwikkeling van datzelfde pandrecht, die goederenrechtelijke bescherming niet geniet? Het pandrecht herbergt in zich een verdelingsmechanisme waarvan het goederenrechtelijk effect maar één kant op werkt. Het ontbeert een vorm van (goederenrechtelijke) wederkerigheid. Opmerking verdient daarbij dat het pandrecht de rechtspraktijk door de wetgever in zekere zin is opgedrongen, *juist* omdat die wetgever de verhouding tussen zekerheidsnemer en -gever zo wilde reguleren dat laatstgenoemde een adequate mate van bescherming tegen zijn financier zou genieten.<sup>39</sup>

De overwaardevordering is daarom een voorbeeld van een (boedel)vordering waarvan de concurrente status niet te rechtvaardigen valt met het argument dat de ‘pijn’ in faillissement nu eenmaal verdeeld moet worden. Dit resultaat ontstaat, zoals hierna zal blijken, door een (te) juridisch-technische bena-

dering van het executie- en verhaalsproces. De positie van de debiteur van de overwaardevordering hangt bovendien van willekeurigheden aan elkaar. Hij krijgt de overwaarde soms wel en soms niet voldaan, afhankelijk van de wijze waarop de executie plaatsvindt, of het geëxecuteerde een vordering dan wel een roerende zaak is, en – zoals wij al zagen – al naargelang de executie vóór of ná faillissement heeft plaatsgevonden. Daarbij komt dat uit het navolgende zal blijken dat de wetgever het probleem voor zeer specifieke gevallen wel onder ogen heeft gezien en daartoe remedies heeft aangereikt, maar dat die ontoereikend zijn (zie par. 4).

De overwaarde zou in het faillissement van de financier mijns inziens dan ook direct en zonder omslag aan de belanghebbende(n) moeten worden uitgekeerd.<sup>40</sup> Deze vordering moet in het faillissement van de financier te allen tijde dezelfde status hebben, te weten: een goederenrechtelijke. Dat wil zeggen dat uitkering van het overschot plaatsvindt, ongeacht (1) op welke manier het pandrecht wordt geëxecuteerd, (2) om welk type goed het gaat, (3) wie de belanghebbende(n) erbij is (zijn), en (4) of de executie vóór of ná faillissement van de pandhouder plaatsvindt.

### 3 Executie en verhaal

Het beschreven probleem zal zich niet telkens in dezelfde mate voordoen. Dat heeft ermee te maken dat verhaal door een pandhouder zich op veel verschillende wijzen kan manifesteren. Voor een goed begrip van het probleem zet ik daarom kort uiteen hoe de pandhouder uit de verpande goederen opbrengst realiseert en op welke wijzen hij zich vervolgens op die opbrengst kan verhalen. Ik maak daarbij een onderscheid tussen pandrecht op roerende zaken en op vorderingen:<sup>41</sup>

1. roerende zaken:
  - a. Hoofregel is dat de verkoop van het onderpand in het openbaar moet plaatsvinden (art. 3:250 lid 1 BW).
  - b. Een uitzondering op die regel geldt indien het onderpand bestaat uit goederen die op een markt of beurs verhandelbaar zijn. In dat geval kan de verkoop geschieden op een markt door tussenkomst van een tussenpersoon in het vak (art. 3:250 lid 2 BW).
  - c. Een ‘afwijkende wijze’ van verkoop, ook wel ‘onderhandse executie’ genoemd, is mogelijk:
    - op verzoek van de pandgever of -nemer als de voorzieningenrechter dat bepaalt (art. 3:252 lid 2 BW); of
    - als partijen dat onderling overeenkomen, nadat de pandgever in verzuim is geraakt (art. 3:251 lid 2 BW).
  - d. Van de onder c genoemde ‘onderhandse executie’ moet worden onderscheiden een tussen partijen overeenge-

33 Zie art. 3:253 lid 1 BW. Nog wranger wordt de problematiek als men bedenkt dat er crediteuren bestaan wier vordering boven pandrecht is gerangschikt. Zij hebben dus nog eerder recht op de executieopbrengst dan de executerende pandhouder zelf. Zie bijv. art. 21 lid 2 IW 1990.

34 Vgl. ook de annotatie van Verstijlen bij HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524, NJ 2021/214 (Bowie Recycling), onder 9. In r.o. 3.2.2 van dit arrest overwoog de Hoge Raad overigens dat de pandhouder van vorderingen alle verpande vorderingen mag innen ‘ongeacht het beloop van de vordering waarvoor het pandrecht is verstrekt’. Op deze wijze kunnen aanzienlijke overwaardes ontstaan, ten belope waarvan overige belanghebbenden dus een insolventierisico lopen.

35 Zie art. 3:253 lid 1 BW.

36 Zo ook Steneker 2012, p. 79.

37 Zie art. 57 Fw.

38 Vgl. ook art. 57 Fw.

39 Zie T.M. bij art. 3:84 (1954), Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 317: ‘Wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen.’ Zie uitgebreid par. 5 hierna.

40 Zo ook Steneker 2012/31.

41 Dit zijn verreweg de meest voorkomende goederen waarop pandrecht rust. Andere goederen, zoals aandelen of IE-rechten, kunnen een waardevol onderpand zijn, maar worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

komen vrijwillige *niet-executoriale* verkoop.<sup>42</sup> Of daarvan sprake is, is een kwestie van uitleg. Het voornaamste verschil tussen beide is dat de opbrengst uit een vrijwillige verkoop niet als *executieopbrengst* heeft te gelden.<sup>43</sup>

2. vorderingen:

- a. Vorderingen worden – hoewel dat wel mogelijk is – over het algemeen niet executoriaal verkocht.<sup>44</sup> Bovendien geldt voor zo'n verkoop, voor zover hier relevant, niets anders dan bij roerende zaken het geval is. Dit geval blijft daarom verder buiten beschouwing.
- b. Verpande vorderingen worden gewoonlijk door de pandhouder geïnd nadat hij van zijn pandrecht mededeling heeft gedaan aan de debiteur van de verpande vordering. Het pandrecht komt dan op het geïnde te rusten (art. 3:246 lid 5 BW).
- c. Als de pandhouder mededeling achterwege laat, wordt het pandrecht door de pandgever geïnd en gaat de vordering samen met het pandrecht teniet (art. 3:82 lid 2 onder a BW). Wanneer de verpande vordering betaald is op een rekening die de pandgever aanhoudt bij de pandhouder, mag laatstgenoemde de uit die betalingen ontstane saldoschuld wel *verrekenen* met de vordering waarvoor het pandrecht gevestigd was.<sup>45</sup>

### 3.1 Openbare verkoop en verkoop via een tussenpersoon

Bij openbare verkoop van roerende zaken door de pandhouder is tussenkomst van een notaris of deurwaarder telkens verplicht.<sup>46</sup> De koopprijs wordt dan voldaan aan de deurwaarder te wiens overstaan de verkoop heeft plaatsgevonden, zo blijkt uit de analoge toepassing van het bepaalde in art. 474 Rv, in welk artikel dit voor de executoriale verkoop van roerende zaken is voorgeschreven.<sup>47</sup> In dat geval is het gevaar voor de pandgever geweken. De afwikkeling vindt dan immers op dezelfde wijze plaats als bij een hypotheekrecht het geval is.<sup>48</sup>

Ook daar speelt deze problematiek in het geheel niet.<sup>49</sup> De opbrengst komt terecht op de derdengeldenrekening van de notaris of deurwaarder.<sup>50</sup> Daarvandaan kan 'faillissementsproof' de juiste verdeling plaatsvinden.<sup>51</sup> Als de executie door de curator van de pandhouder wordt ingezet, kan van hem wellicht verwacht worden dat hij de executie op een wijze laat plaatsvinden waarbij de rechten op de overwaarde van de (overige) belanghebbende(n) voldoende gewaarborgd zijn.<sup>52</sup>

### 3.2 Onderhandse executie

Bij een onderhandse executie spreken pandgever en -houder, nadat verzuim is ingetreden, een afwijkende wijze van verkoop af.<sup>53</sup> Onder het regime van deze afwijkende afspraken is van alles mogelijk. Vaak verkoopt de pandgever de zaken zelf.<sup>54</sup> Het insolventierisico op zijn financier is ook dan geweken. De pandgever heeft de touwtjes in handen en draagt van de opbrengst af wat de pandhouder toekomt. Een surplus blijft vanzelf bij hem achter.<sup>55</sup>

Denkbaar is ook dat onderdeel van de afwijkende afspraken is dat de pandgever die opbrengst giraal 'realiseert' op een rekening die door hem aangehouden wordt bij de pandhouder. De pandhouder kan zich dan direct verhalen op het door de onderhandse executie ontstane saldo.<sup>56</sup> Is in dit geval sprake van een surplus in de zekerheden, dan uit zich dat ná verhaal in een (te) hoog saldo. Voor dat saldo loopt de pandgever een insolventierisico op de pandhouder.

42 Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/160; HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2940, NJ 2000/158 m.nt. Kleijn (Wollie); HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3137, NJ 2005/199 m.nt. Van Schilfgaarde (ING/Gunning q.q.).

43 Voor de pandhouder is daaraan het ingrijpende gevolg verbonden dat hij zich op die opbrengst niet mag verhalen. Vgl. HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2940, NJ 2000/158 m.nt. Kleijn (Wollie) en HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3137, NJ 2005/199 m.nt. Van Schilfgaarde (ING/Gunning q.q.).

44 Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/95.

45 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 m.nt. Kleijn (Mulder q.q./CLBN).

46 Art. 1 Wet ambtelijk toezicht bij openbare verkopen; Stein, in: GS Vermogensrecht 2021, art. 3:253 BW, aant. 3.6.

47 Stein, in: GS Vermogensrecht 2021, art. 3:253 BW, aant. 3.6.

48 Vgl. art. 3:270 BW.

49 Zie Van Vliet 2011, par. 2.1 en art. 3:270 BW. Vgl. ook HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4948, NJ 2011/372 m.nt. Van Mierlo (Ontvanger/Eijking q.q.) voor beslag situaties. De Hoge Raad overwoog dat de koopsom door de executiekoper van een beslagen onroerende zaak niet wordt betaald aan de geëxecuteerde, maar 'in handen van de notaris' (zie art. 524 Rv). De geëxecuteerde heeft een aandeel in de executieopbrengst onder de voorwaarde dat en voor zover daarvan na verdeling onder de beslagleggers en andere rechthebbenden nog overwaarde resteert. Faillieert de geëxecuteerde na executie, maar voordat de opbrengst verdeeld is, dan valt derhalve (slechts) het surplus in de boedel.

50 De pandgever is dan goederenrechtelijk tot de opbrengst gerechtigd via de regeling van art. 19 lid 3 GDW.

51 Van Vliet 2011 wijst er in voetnoot 3 op dat ook een notaris failliet kan gaan. Ook dat zou echter niet uitmaken, nu de bedragen op de derdengeldenrekening rechtstreeks in het vermogen van de belanghebbenden vallen. Vgl. art. 25 lid 3 Wna en voor deurwaarders art. 19 lid 3 GDW.

52 Vgl. art. 57 lid 3 Fw. De praktijk is weerbarstiger, nu – juist voor de zojuist beschreven executievormen – niet telkens van tevoren met zekerheid zal vaststaan dat een overwaarde gerealiseerd zal worden. Het is immers een feit van algemene bekendheid dat openbare executies (aanzienlijk) minder opbrengen dan onderhandse. Ook blijft daarmee het risico spelen dat de curator niet als zodanig handelt. De *daaruit* voortvloeiende vordering zal een concurrente boedelvordering zijn, en ook met grote regelmaat onvoldaan blijven (vgl. noot 24).

53 Art. 3:251 lid 2 BW.

54 Vgl. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319, NJ 2014/264 m.nt. Verstijlen (ING/Feenstra q.q.).

55 Als de pandgever failliet is, geldt een en ander mutatis mutandis voor zijn curator.

56 Het betreft hier nadrukkelijk 'verhaal' en geen verrekening van de saldoschuld met het uitstaande krediet. Ook al is het feitelijke verschil daartussen waarschijnlijk niet aanwezig. Vgl. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319, NJ 2014/264 m.nt. Verstijlen (ING/Feenstra q.q.).

Denkbaar is ook dat de afwijkende afspraken inhouden dat de door de executiekopers te betalen koopsom *direct* aan de pandhouder wordt betaald. Dat wil zeggen: niet op een rekening die de pandgever aanhoudt bij die pandhouder, maar op een rekening van de pandhouder *zelf*.<sup>57</sup> Ook in dit geval loopt de pandgever een faillissementsrisico op de pandhouder voor het surplus.

Tot slot is mogelijk dat de afwijkende afspraken inhouden dat de koopsomvordering(en) van de pandgever op de executiekopers aan de pandhouder wordt (worden) verpand. In dat geval kunnen de betaalde bedragen door de pandhouder worden verrekend met de verzekerde vordering. Het pandrecht op roerende zaken is dan ‘ingeruild’ voor een pandrecht op (een) vordering(en). Deze kwestie wordt daarom hieronder verder behandeld.

### 3.3 Vorderingen geïnd door de pandhouder (openbaar pandrecht)

Wordt een verpande vordering geïnd door de pandhouder, dan komt ingevolge art. 3:246 lid 5 BW op het geïnde een nieuw pandrecht te rusten.<sup>58</sup> Het betreft een van de meest ondoorgrondelijke bepalingen van het BW.<sup>59</sup> Het artikel is kennelijk ingegeven door het feit dat de pandhouder zich (nog) niet op de ontvangen gelden mag verhalen als de pandgever niet in gebreke is.<sup>60</sup> Als vorderingen worden geïnd door de pandhouder komen de gelden in beginsel terecht op een rekening van de pandhouder zelf.<sup>61</sup> Het bedrag valt dan in zijn vermogen. Dit is in strijd met het toe-eigeningsverbod (art. 3:253 BW). Ook is het substitutiepandrecht op het geïnde dan onbestaanbaar, omdat men geen pandrecht op eigen goederen kan hebben (art. 3:81 lid 2 onder e BW).

Verklaring hiervoor is dat de wetgever er decennia geleden van uit is gegaan dat de pandhouder de geïnde gelden zou ‘afschieden’ van zijn eigen vermogen op de wijze waarin toen net door de Hoge Raad was voorzien in het arrest Slis-Stroom.<sup>62</sup> In dat arrest introduceerde de Hoge Raad het concept van de kwaliteitsrekening. Bedragen waren afgescheiden, aldus de Hoge Raad, als zij stonden op een:

‘afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende koper en verkoper (...)’.<sup>63</sup>

Sinds het arrest Beatrix Ziekenhuis/ProCall is het echter onwaarschijnlijk dat dit voor de pandhouder nog mogelijk is.<sup>64</sup> Daarmee loopt de pandgever ook in dit geval een faillissementsrisico op de pandhouder ten belope van het surplus. Erger nog, hij loopt dit gevaar zelfs buiten situaties waarin van executie sprake is, namelijk bij elk geval van openbare verpanding. Als wel sprake is van verzuim van de pandgever, dan is een substitutiepandrecht niet noodzakelijk. De pandhouder mag dan direct verhaal nemen op de geïnde gelden. In dat geval geldt evengoed dat de pandgever een insolventierisico loopt ten belope van de overwaarde, voor zover de openbaar pandhouder meer gelden int dan hij voor verhaal nodig heeft.

### 3.4 Verrekening positief saldo ontstaan door betalingen van stil verpande vorderingen

Betalingen van stil verpande vorderingen vallen niet onder het zojuist beschreven regime.<sup>65</sup> Uitgangspunt is dat met de betaling de vordering en dus ook het daarop gevestigde pandrecht tenietgaan.<sup>66</sup> Wordt de stil verpande vordering voldaan op een rekening die de pandgever aanhoudt bij de pandhouder, dan wordt laatstgenoemde – in afwijking van de in art. 53 jo. art. 54 Fw geformuleerde verrekeningsregels – toegestaan zijn daaruit voortvloeiende saldoshuld met het verleende krediet te verrekenen.<sup>67</sup> Deze verrekening kan slechts plaatsvinden met de tegenover de saldoshuld staande vordering van de pandhouder. Voor het overige blijft dan bij een oversecuring een (niet-verrekenbaar) saldo van de pandgever op de pandhouder staan. Dit saldo correspondeert dus met wat ooit de overwaarde onder het pandrecht was. Als vordering van de pandgever op de pandhouder brengt ook dit ‘surplussaldo’ een faillissementsrisico voor de pandgever met zich.

Niet bij alle vormen van executie en verhaal op verpande goederen is het faillissementsrisico voor de pandgever dus aanwezig. Bij openbare executies en bij onderhandse executies door de pandgever zelf, waarbij de opbrengst niet wordt ondergebracht op een rekening bij de pandhouder, is dat bijvoorbeeld niet het geval. Verder merk ik nog op dat – voor zover bij de hierboven beschreven verhaalsmethoden gebruik is gemaakt van giraal betalingsverkeer – die methoden meestal alleen toepassing (kunnen) vinden bij pandhouders die tevens bank zijn.

57 Deze optie leent zich daarom goed voor niet-bankpandhouders. Overigens blijkt uit Hof Arnhem 21 maart 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AV7615, JOR 2006/140 (Quality Ice Cream) dat van betaling *aan* de pandhouder onder omstandigheden toch sprake kan zijn als de koopprijs wordt bijgeschreven op een rekening van de pandgever bij de pandhouder. Zie hierover ook Steneker 2012/44 en voor minder geslaagde pogingen HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2940, NJ 2000/158 m.nt. Kleijn (Wollie) en HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3137, NJ 2005/199 m.nt. Van Schilfgaarde (ING/Gunning q.q.).

58 Zie hierover Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/215.

59 Zie over de bepaling Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/215.

60 Contractueel kunnen pandgever en -houder dit natuurlijk wel overeenkomen. Het gaat mij nu slechts om de wettelijke gevolgen van de besproken regelingen.

61 Zie echter noot 53.

62 Parl. Gesch. Bock 3 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340.

63 HR 3 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4750, NJ 1984/752, r.o. 3.2.

64 Zie uitgebreid par. 4 hierna.

65 Die betalingen zullen in de praktijk regelmatig plaatsvinden op een rekening die de pandgever aanhoudt bij de pandhouder. Daarmee zijn die betalingen natuurlijk niet door de pandhouder ‘geïnd’ als bedoeld in art. 3:264 lid 5 BW.

66 Art. 3:81 lid 2 onder a BW.

67 Zie HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 m.nt. Kleijn (Mulder q.q./CLBN) en uitgebreid W.H.B.K. Nieuwesteeg, Verdeel de nadelen van het opheffen van verpandingsverboden, WPNR 2021, afl. 7347, p. 891-899.

Hoewel het wel eens dreigt te worden vergeten, heeft het pandrecht een breder toepassingsgebied dan alleen de bancaire praktijk.<sup>68</sup>

#### 4 Oplossingen

De vraag rijst hoe de vordering tot uitkering van overwaarde na executie gepromoveerd kan worden tot waar zij thuishoort. Hierboven bleek al dat openbare executies telkens via de deurwaarder plaatsvinden, zodat daar het gevaar voor de pandgever is geweken. Hetzelfde geldt voor gevallen waarin de pandgever de executieopbrengst zelf realiseert.<sup>69</sup> Een oplossing voor de overige gevallen is niet eenvoudig te verzinnen.

##### 4.1 Wettelijk ingrijpen

De wetgever zou aan art. 3:253 BW een lid kunnen toevoegen waaruit de goederenrechtelijke status van de uit dat artikel voortvloeiende overwaardevordering blijkt. Op die manier is voldaan aan de eis van art. 3:278 BW dat voorrang slechts uit de wet voortvloeit. Het ligt in de rede om de vordering dan ook boven het salaris van de curator te plaatsen. In de overwaardevordering als zodanig ligt besloten dat de executiekosten daarvan af zijn getrokken.<sup>70</sup> Bij een executie vóór faillissement hoeft de curator die kosten niet te maken. Bij een executie ná faillissement kunnen de kosten door de curator uit de executieopbrengst worden voldaan.

##### 4.2 (Analoge toepassing) art. 7:420 lid 1 BW

Verschil van mening bestaat over de vraag of de pandhouder bij de verkoop optreedt als vertegenwoordiger van de pandgever.<sup>71</sup> Meer voor de hand ligt volgens velen om aan te nemen dat de pandhouder optreedt op grond van een eigen bevoegdheid.<sup>72</sup> Ik zal die discussie hier niet uitwerken, maar merk slechts op dat – wanneer pandgever en pandhouder kwalificeren als lastgever en lasthebber – de pandgever met een beroep op art. 7:420 lid 1 BW de overwaarde op zich over kan doen gaan in het faillissement van de pandhouder.<sup>73</sup> Dit artikel luidt:

68 Een bankpandhouder zal over het algemeen (1) vaker verhaal bieden, (2) zich vaker in een verrekeningspositie bevinden, en (3) zichzelf kunnen aanstellen als bewaarder in de zin van art. 490b jo. art. 445 Rv.

69 Ik wijs erop dat in die gevallen de pandhouder nog steeds geen faillissementsrisico op de pandgever loopt.

70 Men spreekt ook wel over ‘bruto-opbrengst’ en ‘netto-opbrengst’. Zie Stein, in: GS Vermogensrecht 2021, art. 3:253 BW, aant. 4.1 en 4.2.

71 D.J. van der Kwaak, Het rechtskarakter van het beslagrecht, Deventer: Kluwer 1990, p. 67-68 e.v. en H.C.F. Schoordijk, Boekbespreking: algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen, door Prof. F. Moleenaar, Monografieën Nieuw BW, B-serie 11, Deventer 1984, WPNR 1985, afl. 5746, p. 487-488 menen dat dit het geval is.

72 Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/156. In deze zin onder meer ook F.M.J. Verstijlen, Algemene bepalingen pand en hypotheek (Mon. BW nr. B11), Deventer: Kluwer 2013/21.

73 Zie Asser/Kortmann 3-III 2017/114: ‘De positie van de opdrachtgever is vergelijkbaar met die van een separatist. Door een enkele mededeling kan hij een goed onttrekken aan de boedel. Op hem rust geen verplichting bij te dragen in de algemene faillissementskosten.’ Voor een soortgelijke toepassing van de bepaling zie R.M. Wibier, Bescherming tegen insolvente incassobureaus op grond van art. 7:420 BW?, WPNR 2008, afl. 6749, p. 267-268.

‘Indien een lasthebber die in eigen naam een overeenkomst heeft gesloten met een derde, zijn verplichtingen jegens de lastgever niet nakomt, in staat van faillissement geraakt of indien ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing wordt verklaard, kan de lastgever de voor overgang vatbare rechten van de lasthebber jegens de derde door een schriftelijke verklaring aan hen beiden op zich doen overgaan, behoudens voor zover zij in de onderlinge verhouding tussen lastgever en lasthebber aan deze laatste toekomen.’

De pandgever kan zo de voor overgang vatbare rechten van de pandhouder op zich doen overgaan. Het gaat hier dan om het overwaardesaldo dat de pandhouder aanhoudt bij zijn eigen bank (de derde). Het voor overgang vatbare recht is de vordering van de pandhouder op zijn bank inzake het overwaardesaldo.<sup>74</sup> De rechten met betrekking tot het overwaardesaldo (lees: de vordering van de pandhouder op zijn bank ten belope van dit saldo) zijn in algemene zin voor overgang vatbaar.<sup>75</sup> Van rechten die in de verhouding tussen pandgever en pandhouder aan de pandhouder zelf toekomen, is – voor zover het een surplus betreft – geen sprake.<sup>76</sup> Executie zal regelmatig onderhands plaatsvinden doordat partijen ‘afwijkende afspraken’ daarover maken. Het staat hun daarbij natuurlijk vrij de regeling als lastgeving vorm te geven. Voor zover van lastgeving in strikte zin geen sprake is, bepaalt art. 7:424 BW dat art. 7:420 BW van overeenkomstige toepassing is op andere overeenkomsten krachtens welke een partij voor rekening van een ander rechtshandelingen verricht.<sup>77</sup>

##### 4.3 Superpreferentie

In het arrest Ontvanger/Hamm q.q. introduceerde de Hoge Raad voor bepaalde vorderingen een voorrang die in de literatuur bekend is komen te staan als de ‘superpreferentie’.<sup>78</sup> Is van zo’n geval sprake, dan is de curator verplicht om het bedrag zo spoedig mogelijk en zonder omslag van de faillissementskosten aan de crediteur te voldoen.<sup>79</sup> In de casus die aan de zaak ten grondslag lag, had de Belastingdienst – door een volstreekte vergissing – een bedrag overgemaakt aan de verkeer-

74 Zoals het incassokantoor uit HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0692, NJ 2004/196 m.nt. Kleijn (Beatrixziekenhuis/ProCall) een saldo had staan bij zijn bank inzake de voor de artsen geïnde bedragen (vgl. Wibier 2008).

75 De vatbaarheid voor overgang van de rechten van de lasthebber kan vermoedelijk wel worden uitgesloten. Zie uitgebreid Nijland in: GS Bijzondere Overeenkomsten 2020, art. 7:420 BW, aant. 4. Ook kunnen complicaties ontstaan als de Algemene Bankvoorwaarden van toepassing zijn waarin bijvoorbeeld is voorzien in een pandrecht op het saldo (vgl. art. 24 ABV).

76 Analoog aan de redenering van Wibier, in: Wibier 2008, p. 267.

77 Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/224. Als gevolg van deze schakelbepaling zijn de bepalingen inzake de lastgeving in wezen toepasselijk op elke verhouding waarin voor rekening van een ander rechtshandelingen kunnen worden aangegaan.

78 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437 m.nt. Van Schilfhaarde (Ontvanger/Hamm q.q.).

79 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437 m.nt. Van Schilfhaarde (Ontvanger/Hamm q.q.), r.o. 3.4.

de partij, terwijl deze partij failliet was. De Hoge Raad overwoog:

‘Wanneer de curator wordt geconfronteerd met een zodanige onmiskenbare vergissing, handelt hij in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betaalmelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing.’

En even later:

‘Ook de omstandigheid dat de wet aan vorderingen uit onverschuldigde betaling geen voorrecht verbindt en met betrekking tot deze vorderingen ook niet rechtstreeks een andere grond voor voorrang aanwijst, wettigt niet de conclusie dat de curator jegens degene die een boedelvordering wegens onverschuldigde betaling verkrijgt doordat hij, zoals hier, als gevolg van een onmiskenbare vergissing aan de curator in plaats van aan de werkelijke schuldeiser betaalde, ermee zou mogen volstaan het betaalde bedrag aan het actief van de boedel toe te voegen, de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag als concurrente boedelvordering te behandelen en op deze voet het bij vergissing betaalde bedrag ten profijte van de overige (boedel)crediteuren aan te wenden.’

Deze handelswijze zou volgens de Hoge Raad tot een verrijking van de schuldeisers leiden waarvoor geen rechtvaardiging te vinden is. Wie welwillend leest zou in deze overwegingen van de Hoge Raad aanleiding kunnen zien ook de pandgever met een overwaardevordering deze superpreferentie toe te kennen. Na Ontvanger/Hamm q.q. volgde evenwel een grillige lijn van jurisprudentie, waarop in de literatuur veel kritiek is verschenen.<sup>80</sup> Zo gaf de Hoge Raad in BLG/Van der Werff aan dat van deze superpreferentie enkel sprake kan zijn als de vordering het resultaat is van een ‘onmiskenbare vergissing’, terwijl ook ‘geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan’ tussen de betrokken partijen.<sup>81</sup> Een superpreferentie zal de Hoge Raad daarom voor de overwaardevordering van de pandgever mijns inziens niet aannemen.

#### 4.4 Afscheiden vermogen

Volgens Steneker moet een gerealiseerde, maar nog niet verdeelde executieopbrengst worden aangemerkt als een afgescheiden vermogen, zoals ook de failliete boedel wordt aange-

merkt als een afgescheiden vermogen.<sup>82</sup> De curator van de financier moet de overwaarde dan buiten het faillissement om uitbetalen, *ongeacht* of de executieopbrengst vóór of ná faillissement is gegenereerd. Er is dan geen sprake van superpreferentie maar, zoals gezegd, van een afgescheiden vermogen. De executieopbrengst is daardoor nooit in het faillissement gevalen.<sup>83</sup>

Deze oplossing valt moeilijk te verenigen met de jurisprudentie omtrent afgescheiden vermogen.<sup>84</sup> Een schuldenaar staat met zijn gehele vermogen in voor zijn schulden.<sup>85</sup> De Hoge Raad heeft in het arrest Beatrix Ziekenhuis/ProCall slechts beperkte uitzonderingen op dat uitgangspunt toegestaan voor notarissen, gerechtsdeurwaarders, advocaten en accountants.<sup>86</sup> In meer algemene zin gaf de Hoge Raad toen aan dat de rechtvaardiging daarvan is gelegen:

‘in de bescherming van het publiek, dat erop mag vertrouwen en ook daadwerkelijk pleegt te vertrouwen dat zij als degenen wier wettelijke taak in vele gevallen meebrengt dat hun door derden gelden worden toevertrouwd, deze gelden afgescheiden houden van hun eigen vermogen’.<sup>87</sup>

Met verdere uitbreiding daarvan diende volgens de Hoge Raad terughoudendheid te worden betracht.<sup>88</sup> De kwaliteitsrekening van de notaris en de gerechtsdeurwaarder heeft bovendien een wettelijke basis.<sup>89</sup> Sinds Beatrix Ziekenhuis/ProCall heeft de Hoge Raad enkel voor advocaten expliciet beslist dat zij een dergelijke rekening zonder wettelijke basis kunnen aanhouden.<sup>90</sup> Ik betwijfel of bovenstaande overweging op ons ge-

<sup>80</sup> Zie recentelijk nog N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, Een fundamenteel beginsel van insolventierecht, TvI 2021/26 en verder B. Wessels, Gevolgen van faillietverklaring (1). Insolventierecht. Deel II, Deventer: Kluwer 2019/2171-2176 met verwijzingen naar overige literatuur.

<sup>81</sup> Zie voor een poging om de Hoge Raad van koers te doen veranderen HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, JOR 2015/55 m.nt. Boekraad (CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.).

<sup>82</sup> Zie Steneker 2012/31. Hij verwijst daar naar Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340. Ik kan daar niets vinden over de status van de failliete boedel als afgescheiden vermogen. Wel wordt daar door de wetgever ingegaan op de eerder besproken ‘afscheiding’ door het aanstellen van een bewaarder ex art. 490b Rv.

<sup>83</sup> Steneker 2012/31.

<sup>84</sup> A. Steneker, Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, Deventer: Kluwer 2005, p. 8.

<sup>85</sup> Art. 3:276 BW.

<sup>86</sup> In HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0692, NJ 2004/196 m.nt. Kleijn (Beatrixziekenhuis/ProCall), r.o. 3.3.4 stelt de Hoge Raad dat overeenkomstige toepassing van art. 25 Wna en art. 19 GDW op door advocaten en accountants aangehouden derdengeldenrekeningen, als passend binnen het stelsel van de wet en aansluitend bij de wel in de wet ge-regelde gevallen, mogelijk is. Vgl. ook HR 3 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4750, NJ 1984/752 m.nt. Kleijn (Slis-Stroom).

<sup>87</sup> HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0692, NJ 2004/196 m.nt. Kleijn (Beatrixziekenhuis/ProCall), r.o. 3.3.4.

<sup>88</sup> HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0692, NJ 2004/196 m.nt. Kleijn (Beatrixziekenhuis/ProCall), r.o. 3.3.4.

<sup>89</sup> Art. 25 Wna en art. 19 GDW.

<sup>90</sup> Dat wil zeggen, naar analogie met de wettelijke regels voor notarissen en gerechtsdeurwaarders. Zie HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1078, NJ 2020/407 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Stichting derdengelden NautaDutilh).



val van toepassing kan zijn.<sup>91</sup> De Hoge Raad verbindt het genoemde vertrouwen van het publiek aan de beroepsbeoefenaar en niet aan de oorzaak dat deze de gelden onder zich heeft. In ons geval is het vertrouwen dat de overwaarde wordt uitgekeerd niet zozeer aan de positie van de pandhouder in het maatschappelijk verkeer verbonden, maar aan het pandrecht zelf.

Regelmatig wordt opgemerkt dat kwaliteitsrekeningen geen inbreuk maken op het uitgangspunt dat de schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden, omdat de gelden op die rekening nu *juist niet* tot dat vermogen behoren.<sup>92</sup> Wat daar ook van zij, het aannemen van een kwaliteitsrekening voor een *nieuwe* categorie rechtssubjecten, zoals (gefaillende) pandhouders, maakt op dat uitgangspunt natuurlijk telkens in feitelijke zin wel een inbreuk.

Een adequate oplossing is ook niet gelegen in art. 3:253 BW jo. art. 490b lid 2 jo. art. 455 Rv.<sup>93</sup> In die artikelen wordt in een bewaarder voor de executieopbrengst voorzien, maar alleen als over de verdeling door *verschillende* belanghebbenden bij het overschot geen overeenstemming wordt bereikt (zie par. 2). Ook moet het overschot in dat geval evengoed door de pandgever bij die bewaarder worden gestort. Het insolventierisico met betrekking tot de overwaarde bestaat tot die tijd nog steeds. Overigens kunnen banken conform art. 445 jo. art. 490b lid 2 Rv zichzelf als bewaarder aanstellen. De wetgever zegt daarover dat:<sup>94</sup>

‘de bank dan ook het geïnde niet van het eigen vermogen afgescheiden behoeft te houden, omdat het feit dat het om een erkende kredietinstelling gaat voor de belanghebbenden voldoende waarborg is’.

Deze passage uit de wetshistorie is allereerst interessant omdat het de enige is waaruit blijkt dat de wetgever de mogelijkheid van een faillierende pandhouder onder ogen heeft gezien. Ik leid eruit af dat de wetgever het in deze bijdrage besproken faillissementsrisico voor de pandgever simpelweg acceptabel acht als sprake is van een pandhouder die bank is.<sup>95</sup> Als dat het geval is, rijst overigens wel de vraag wat in dit geval nu eigenlijk het ‘bewaarderschap’ van de bank is, als het kennelijk niet inhoudt dat deze als bewaarder de bewaarde gelden afgescheiden bewaart. Wat er van het voorgaande ook zij, de functie van de

bewaarder als beschermende factor tegen het insolventierisico dat belanghebbenden ten belope van de overwaarde lopen op de pandhouder, is nu gereduceerd tot gevallen waarin er (1) meerdere belanghebbenden zijn die (2) niet tot overeenstemming komen met betrekking tot de verdeling en waarin (3) de pandhouder ook daadwerkelijk en op tijd een bewaarder aanstelt.

Zelfs als aan al deze voorwaarden is voldaan, is onduidelijk of de belanghebbenden in veilige haven zijn. Bijschrijving van de executieopbrengst op de rekening van een bewaarder leidt volgens Steneker niet tot een rechtstreekse aanspraak van de belanghebbenden op het overschot.<sup>96</sup> Zij hebben slechts een aanspraak op de pandhouder, die op zijn beurt een aanspraak op de bewaarder heeft. Het overschot valt bovendien tijdens de bewaarperiode in het vermogen van de bewaarder zelf.<sup>97</sup> Deze heeft immers een aanspraak op de bank waar *bij* het bewaarde bedrag heeft gestald. Dit alles zorgt er in de woorden van de wetgever inderdaad voor dat ‘het betreffende bedrag – dat aan de gezamenlijke belanghebbenden toekomt – niet in zijn [de pandhouder; WN] vermogen valt’, maar daarmee is aldus niets opgelost.<sup>98</sup>

In tegenstelling tot Steneker acht ik het overigens wel denkbaar dat de belanghebbenden een rechtstreekse aanspraak op het overschot hebben dat zich bij de bewaarder bevindt. Het overschot is immers onder toepassing van art. 490b lid 2 Rv in hun belang bij de bewaarder gestort. De pandhouder is in die fase al volledig voldaan, en ik zie dan ook niet in welke aanspraak hij (of zijn curator) nog op het overschot bij de bewaarder zou kunnen doen gelden.

Nog onduidelijker wordt het nu art. 445 Rv op onze situatie slechts van ‘overeenkomstige’ toepassing is. De bepaling ziet eigenlijk op het bewaren van in beslag genomen chartaal geld. De literatuur gaat er daarom – begrijpelijkerwijze – telkens van uit dat het te bewaren bedrag onder een gerechtsdeurwaarder is. Deze gerechtsdeurwaarder brengt het geld dan onder bij een bank, maar op een rekening op *zijn* naam.<sup>99</sup> Gerechtigd bewaarder is dan de bank waarbij de deurwaarder de rekening geopend heeft. Rekeninghouder is de deurwaarder. Het saldo is zo aan beslaglegger en beslagsschuldenaar onttrokken en behoort evenmin tot het vermogen van de deurwaarder, omdat de betreffende rekening een kwaliteitsrekening is.<sup>100</sup> In ons geval – waarop dit alles ‘overeenkomstig’ moet worden toegepast – is het uitgangspunt juist dat de gerealiseerde overwaarde zich niet onder de deurwaarder, maar onder de

91 Kortmann en Faber geven aan dat niet duidelijk is of overeenkomstige toepassing van de regelingen voor notarissen en gerechtsdeurwaarders op advocaten en accountants limitatief is, of dat dit slechts voorbeelden zijn van beroepsgroepen met een vertrouwenspositie. Ook in het laatste geval zou ik niet willen aannemen dat (elke) pandhouder als zodanig kwalificeert.

92 Kortmann en Faber in hun annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1078, NJ 2020/407 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2017/252 (Stichting derdengelden NautaDutilh), onder 3.

93 Zie hierover Steneker 2012/31, die ook – zij het om een andere reden – tot die conclusie komt.

94 Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340.

95 Nergens noemt de wetgever het insolventierisico letterlijk, maar ik weet niet tegen welk ander risico dit de ‘waarborg’ zou zijn.

96 Zie ook Steneker 2012/31 onder de op één na laatste zin. Dit is althans hoe ik die zin interpreteer. Letterlijk schrijft Steneker dat zij geen rechtstreekse aanspraak ‘jegens de bank’ hebben. Niet geheel duidelijk is welke bank hier bedoeld wordt.

97 Op wie de belanghebbenden dus eveneens een faillissementsrisico lopen.

98 Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340.

99 Van Mierlo, in: GS Burgerlijke Rechtsvordering 2007, art. 445 Rv, aant. 2.

100 Van Mierlo, in: GS Burgerlijke Rechtsvordering 2007, art. 445 Rv, aant. 2.

pandhouder zelf bevindt. Deze kan – anders dan de gerechtsdeurwaarder – niet op die wijze een van zijn eigen vermogen afgescheiden rekening openen.

Ook de oplossing van het afgescheiden vermogen is aldus allerm minst van succes verzekerd, op wat voor wijze zij dan ook wordt geconstrueerd.

#### 4.5 Op grond van het pandrecht zelf

Voorgaande oplossingen verdienen bepaald niet de schoonheidsprijs. Mijns inziens moet daarom op basis van de aard en strekking van het pandrecht zelf worden aangenomen dat de overwaarde door de curator direct moet worden uitgekeerd. Het pandrecht is een (1) faillissementsbestendig<sup>101</sup> (2) beperkt<sup>102</sup> (3) zekerheids- en verhaalsrecht.<sup>103</sup> Dogmatisch gezien is met de vestiging van het pandrecht slechts de bevoegdheid tot verhaal voor *een bepaalde* vordering uit het eigendomsrecht van de pandgever gesepareerd.<sup>104</sup> Die bevoegdheid tot verhaal omvat – zoals ook de Hoge Raad bevestigt – *slechts* de bevoegdheid op de verpande zaken verhaal te plegen. Daarmee is het uitkeren van bij executie gerealiseerde overwaarde een definiërend element van het pandrecht (zie par. 2). Dit ‘debiteur beschermende principe’ wordt door de Hoge Raad als ‘de kern’ van het zekerheidsrecht beschouwd.<sup>105</sup>

Art. 3:278 BW vermeldt uitdrukkelijk dat voorrang voortvloeit uit pand. Ik begrijp dat die bepaling ziet op de voorrang verbonden aan de vordering van de *zekerheidsnemer*, maar wellicht kan op grond van deze bepaling, in combinatie met de aard en strekking van het pandrecht als *zekerheids- en verhaalsrecht*, worden gerechtvaardigd dat de overwaarde zonder omslag aan de pandgever wordt uitgekeerd.<sup>106</sup>

Het zou niet de eerste keer zijn dat de Hoge Raad een andere vordering dan de met het pandrecht verzekerde vordering een goederenrechtelijke status gaf. In het arrest Hamm q.q./ABN AMRO bepaalde hij dat de curator de pandhouder op diens verlangen alle informatie moet verstrekken aangaande (de debiteuren van) de verpande vorderingen waarover hij de beschikking heeft en die de pandhouder nodig heeft om zijn pandrecht te effectueren.<sup>107</sup> Nergens verplichtte de wet de curator hiertoe. Voor zover een dergelijke afspraak in de verpandingsdocumentatie was opgenomen, betrof het een prefaillissementsvordering en was daaraan op geen enkele wijze voor-

rang verbonden.<sup>108</sup> Deze aldus door de Hoge Raad van concurrent tot ‘goederenrechtelijk’ gepromoveerde vordering vloeide volgens hem voort uit de:

‘aard en strekking van het stil pandrecht op vorderingen op naam in verband met de in art. 3:246 lid 1 en 4 BW genoemde rechtsgevolgen die zijn verbonden aan mededeling van het stil pandrecht door de pandhouder aan de debiteur van de verpande vordering’.<sup>109</sup>

Verdedigbaar is dat diezelfde aard en strekking van het pandrecht met zich brengen dat de vordering tot uitkering van overwaarde na executie die status wordt toegekend. De motivering van de Hoge Raad is weliswaar toegespitst op het stil pandrecht op vorderingen en het arrest is bovendien kritisch ontvangen, maar de gevolgen ervan zijn inmiddels onmiskenbaar staande praktijk.<sup>110</sup> Waarom dan niet de reikwijdte van de aard en strekking van het pandrecht uitbreiden naar een vordering waarover – in tegenstelling tot de informatieverplichting – volledige eensgezindheid bestaat?<sup>111</sup> Ik begrijp dat de verzekerde vordering en de vordering tot het verschaffen van informatie beide vorderingen van de pandhouder op de pandgever zijn en dat de overwaardevordering een vordering in ‘teggengestelde richting’ is. Ik zie daarin echter geen bezwaar. Deze oplossing heeft tevens de charme van de eenvoud. Alle andere oplossingen zijn – zoals is gebleken – gecompliceerd en nopen er soms toe dat partijen anders gaan handelen dan zij momenteel doen.

### 5 Een vergelijking met zekerheidsoverdracht

Er is tot slot een interessant rechtshistorisch punt dat in dit kader aandacht verdient. Als zekerheidsrecht op roerende zaken en vorderingen werd onder het Oud Burgerlijk Wetboek (hierna: OBW) nagenoeg exclusief de zekerheidsoverdracht gehanteerd. Het OBW kende immers slechts een openbaar pandrecht. Aan het begin van de twintigste eeuw werd de maatschappelijke noodzaak voor een bezitloos zekerheidsrecht groter en groter. De praktijk nam daarop zijn toevlucht tot het volledig in eigendom overdragen van roerende zaken en vorderingen aan de financier. Dit kon bezitloos plaatsvinden, nu de levering c.p. toen al door de Hoge Raad was geaccepteerd.

<sup>101</sup> Art. 57 Fw.

<sup>102</sup> Art. 3:9 BW.

<sup>103</sup> Art. 3:227 BW.

<sup>104</sup> Art. 3:231 lid 2 BW

<sup>105</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119 m.nt. Kleijn (Sogelease).

<sup>106</sup> In elk geval is daarmee dan het wettelijk preferentiestelsel niet helemaal zonder wettelijke grondslag opzijgezet.

<sup>107</sup> Zie HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hamm q.q./ABN AMRO), r.o. 4.4.1-4.4.2.

<sup>108</sup> Vgl. de annotatie van Verstijlen bij HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96 (Hamm q.q./ABN AMRO), onder 3. De rechtbank achtte de curator nog gehouden de contractuele informatieplicht na te komen, maar dat oordeel was in cassatie niet langer houdbaar, gelet op HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155 m.nt. Van Schilfgaarde (Nebula).

<sup>109</sup> HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96 (Hamm q.q./ABN AMRO), r.o. 4.2.1.

<sup>110</sup> Zie R.M. Wibier, Twintig jaar stil pandrecht op vorderingen in Nederland, WPNR 2012, afl. 9631, par. 4.5 en tevens F.M.J. Verstijlen, Het pandrecht op de schop, in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), Beter burgerlijk recht. Jubileumbundel van de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2012, p. 94.

<sup>111</sup> Ik heb althans in literatuur noch praktijk iemand gevonden die een ander standpunt innam.

Deze praktijk is in 1929 door de Hoge Raad gesanctioneerd, terwijl daartegen ook bezwaren waren aangevoerd. Zo achtte men het gebrek aan publiciteit dat met deze bezitloze zekerheid gepaard ging bezwaarlijk: de debiteur kon zich zeer kredietwaardig voordoen, terwijl voor niemand duidelijk was dat de zaken die zich in zijn onderneming bevonden niet van hem, maar van zijn financier waren. Ook bleek de zekerheidsoverdracht aan het begin van de twintigste eeuw regelmatig op dubieuze wijze te worden ingezet. Pitlo vat het in 1940 als volgt samen:

‘Telkens weer ziet een deurwaarder, die komt beslag leggen, zich eene akte voorgelegd, waarbij de aanwezige goederen of een deel daarvan in eigendom zijn overgedragen aan een ander, door wie ze in huur of bruikleen zijn gelaten bij den schuldenaar. In ontstellende mate heeft deze ondermijning van ons executierecht voortgang gevonden sinds 1929 (...)’.<sup>112</sup>

Er waren ook dogmatische bezwaren. De financier zou met een eigendomsrecht meer krijgen dan zijn positie rechtvaardigde. Wat hij nodig had was immers slechts het beperkte recht van pand, zij het een bezitloos pandrecht. In zoverre werd de financier ‘overbedeeld’.<sup>113</sup>

In 1992 is de zekerheidsoverdracht met de invoering van het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW) afgeschaft. De hiervoor genoemde bezwaren tegen de figuur hadden toen echter hun geldingsdrang allang verloren, met name het bezwaar van gebrekkige publiciteit, omdat aan het ter vervanging van de zekerheidsoverdracht ingevoerde stil pandrecht evenmin publiciteit verbonden was. Van frauduleus gebruik van de zekerheidsoverdracht als hiervoor bedoeld was aan het eind van de twintigste eeuw ook geen sprake meer, de praktijk zelf beschouwde haar juist als een zeer adequate figuur. Het argument van dogmatische overbedeling, een overbedeling in recht, is wat mij betreft geen zelfstandig argument.<sup>114</sup> Het gaat er daarbij telkens slechts om welke concrete onwenselijke gevolgen deze overbedeling rechtens nu heeft voor partijen.<sup>115</sup> Anders geformuleerd: wat gaat er in concreto nu mis als partijen fiduciaire eigendom gebruiken in plaats van een beperkt zekerheidsrecht? En wie wordt daardoor getroffen?

Dat laatste brengt mij op een meer valide bezwaar tegen zekerheidsoverdracht. Nu de financier een *eigendomsrecht* had, in plaats van een pandrecht, lag de gedachte voor de hand dat hij niet gebonden zou zijn aan de in deze bijdrage uiteengezette ‘debiteur beschermende maatregelen’. De financier had eigendom: het meest omvattende recht dat men op een zaak kan hebben.<sup>116</sup> Was het hem nu verboden die eigendom toe te eige-

nen? En moest hij verplicht overwaarde terug uitkeren aan de debiteur als hij die eigendom verkocht had? Uit het arrest Hazerswoude/Los is vrijwel unaniem afgeleid dat dit inderdaad het geval was.<sup>117</sup> De met deze regels corresponderende bepalingen van het pandrecht waren naar analogie ook op de zekerheidseigendom van toepassing.<sup>118</sup> Men ging er toen echter van uit dat de vordering tot uitkering van overwaarde bij zekerheidsoverdracht een obligatoire was, maar bij pandrecht een goederenrechtelijke.

De overwaardeproblematiek die ik in deze bijdrage heb beschreven, gold echter ook voor het OBW-pandrecht. Ook toen bestond het fundamentele onderscheid tussen goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke aanspraken. Ook onder het OBW-pandrecht was toe-eigening verboden<sup>119</sup> en moest overwaarde aan de debiteur/pandgever worden uitgekeerd.<sup>120</sup> Ook toen vloeiden voorrechten slechts voort uit de wet en werd een voorrecht aan de vordering tot uitkering van overwaarde niet toegekend.<sup>121</sup> Ook toen moest (de curator van) de pandgever zich dus bij een vóór het faillissement van de pandhouder ingezette executie getroosten met een concurrente vordering in diens uiteindelijke faillissement. Deze kwestie werd indertijd – zoals vermoedelijk ook nu nog het geval is – regelmatig mis-

117 HR 3 januari 1941, ECLI:NL:HR:1941:114, NJ 1941/470 (Hazerswoude/Los), waarover Asser/Van Oven 2-II, Zakenrecht, 1967, p. 105. En W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987, onder 196-200. Ik wil hier niet onvermeld laten dat uit de bronnen uit de klassieke en postklassieke tijd *steeds* blijkt dat ook de debiteur bij de oud-Romeinse *fiducia cum creditore* een overwaardevordering (ten belope van het zogenoemde ‘superfluum’) op de zekerheidseigenaar had. Het voert te ver de verschillende visies daarop in de literatuur hier te behandelen. Daarom volsta ik ermee dat de communis opinio onder rechtsgeleerden lijkt te zijn dat ook die vordering een *obligatoire* was. Zie hierover uitgebreid G. Noordraven, *De fiducia in het Romeinse recht*, Arnhem: Quint 1988, p. 284-325 en meer specifiek p. 396-397.

118 Voor die tijd werden dergelijke regelingen ook wel contractueel opgenomen bij de zekerheidsoverdracht. Overigens werd ook voor dit arrest gewezen was al breed aangenomen dat art. 1200 en 1201 OBW op de zekerheidsoverdracht van toepassing moesten worden verklaard. Vgl. bijv. E.M. Meyers, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid*, in: C.J. de Lange & E.M. Meyers, *Prae-adviezen voor de jaarlijksche algemeene vergadering van de broederschap der notarissen*, Amsterdam: Mantgem 1936, p. 237: ‘Vermoedelijk zal ook de Nederlandsche rechtspraak een eigendomsoverdracht tot zekerheid, die tot niet-toepassing der voorschriften van 1201 zou leiden, als in strijd met de openbare orde aanmerken.’ In dezelfde zin H.A. van Nierop, *Volddoet de tegenwoordige regeling van het pandrecht aan de behoeften van het verkeer? Zo neen, welke wijzigingen en aanvullingen zijn dan gewenscht?*, in: *Prae-advies NJV*, ’s-Gravenhage: Belinfante 1928, p. 28. Een expliciete bevestiging van deze analoge toepassing volgde uiteindelijk pas in het NBW-tijdperk met r.o. 3.4.2 van het Sogelease-arrest, waarin overigens naar de zaak Hazerswoude/Los werd verwezen.

119 Pitlo & Veegens 1941, p. 297; Asser/Van Oven 2-II, Zakenrecht, 1967, p. 78.

120 Asser/Van Oven 2-II, Zakenrecht, 1967, p. 76 en 78.

121 Zie Pitlo & Veegens 1941, p. 250-251 en Asser/Van Oven 2-II, Zakenrecht, 1967, p. 10 e.v. Onder het OBW werd ook wel van ‘preferenties’ of ‘privileges’ gesproken. Vgl. ook expliciet de Hoge Raad in HR 15 juni 1917, W 10139, waarin hij overwoog: ‘Het recht van voorrang is niet een onderdeel der rechten bij overeenkomst tussen partijen naar eigen wille bepaald, maar een rechtsgevolg in het openbaar belang door de wet aan zekere rechtshandelingen van partijen gehecht, ten aanzien van rechten, haar tegenover derden toegestaan.’

112 Pitlo & Veegens 1941, p. 40.

113 Zie Asser/Van Oven 2-II, Zakenrecht, 1967, p. 107.

114 Hiermee bedoel ik dat de financier een eigendomsrecht kreeg, terwijl hij ‘slechts’ een beperkt zekerheidsrecht nodig had.

115 Vgl. Nieuwesteeg 2020, p. 169-178.

116 Vgl. Pitlo & Veegens 1941, p. 61 en inmiddels art. 5:1 BW.

kend.<sup>122</sup> Met name blijkt uit de bekende preadviezen van NBW-grondlegger Meijers uit 1936, waarin hij zich tegen de zekerheidsoverdracht verzette, dat ook hij de vordering tot uitkering van overwaarde bij *pandrecht* beschouwde als een goederenrechtelijke.<sup>123</sup> Meijers stelt zich daar de – in zijn eigen woorden – ‘meest twijfelachtige vraag uit de leer der zekerheidsoverdracht’.<sup>124</sup>

‘Kunnen de contractuele beperkingen van het eigendomsrecht van den schuldeischer ook tegen derden (koopers; beslagleggers; curator in het faillissement van den schuldeischer) ingeroepen worden?’

Meijers concludeert vervolgens:

‘Zij, die aldus eenerzijds de eigendomsoverdracht tot zekerheid als zelfstandige instelling naast het pandrecht verdedigen, doch anderzijds de beperkingen van dien eigendom een dusdanige werking tegen derden verleenen, meenen blijkbaar dat met de naam ook de zaak verandert. De eigendom wordt niet meer contractueel maar zakelijk beperkt: het recht wat den schuldeischer overblijft als men van den eigendom deze zakelijke beperkingen aftrekt, is niets anders dan het beperkte zakelijke recht dat den pandhouder volgens het wetboek toekomt.’

‘Het gevolg van de hier verdedigde opvatting is, dat, wanneer de schuldeischer de tot zekerheid overgedragen zaak verkoopt en uit de opbrengst zijn vordering voldoet, de schuldenaar slechts een persoonlijke vordering heeft om dit restant voldaan te krijgen. Mocht dus den schuldeischer na den verkoop failliet verklaard worden, dan behoort de opbrengst in haar geheel tot den boedel en zal de wederpartij slechts als concurrent crediteur voor de uitkering van het restant kunnen opkomen.’

Hiermee komt een belangrijk bezwaar tegen zekerheidsoverdracht in een nieuw perspectief te staan. Gaat men ervan uit dat de vordering tot uitkering van overwaarde bij pandrecht een goederenrechtelijke is en dat dat bij zekerheidsoverdracht niet zo is, dan ligt in dat verschil een valide bezwaar tegen de zekerheidsoverdracht besloten.<sup>125</sup> Maar dat uitgangspunt was

– ook onder het OBW – onjuist. Anders gezegd: men kan tegen eigendomsoverdracht als zekerheidsrecht moeilijk het bezwaar aanvoeren dat daarmee een fundamentele bescherming van de debiteur ontbreekt, als de debiteur die bescherming bij het pandrecht evenmin geniet.

Let wel: het hier beschreven gebrek betreft een kwestie van *goederenrecht*. Zowel pandhouder als zekerheidseigenaar is *buiten faillissement* altijd – rechtstreeks<sup>126</sup> op grond van art. 1200 en 1201 OBW – obligatoir verplicht geweest overwaarde uit te keren. Expliciete bedingen in strijd met die regels waren bovendien nietig. Dat laatste is een kwestie van (beperking van) partijautonomie. Ook daarmee werd echter niet voorkomen dat de verplichting tot uitkering van overwaarde in het *faillissement* van de financier geen effect sorteerde. Het is opmerkelijk dat deze kwestie, zowel onder oud als onder nieuw recht, nooit tot rechtspraak heeft geleid. Struycken schrijft in zijn dissertatie dat hem geen gevallen bekend zijn waarbij tijdens een faillissement van een zekerheidseigenaar door zijn schuldeisers op de fiduciair verkregen eigendom van de gefailleerde verhaal is genomen. Ook overdracht van de zekerheidseigendom door de fiduciair eigenaar kwam kennelijk niet voor.<sup>127</sup> Voor het NBW-pandrecht geldt op zijn beurt dat mij geen gevallen bekend zijn waarin door de schuldeisers van een (failliete) pandhouder verhaal is genomen op de overwaarde van een verpande zaak. Toch is de kwestie zowel vanuit academisch als vanuit praktisch perspectief interessant. Dat het een misvatting is dat banken niet failleren, is bijvoorbeeld recent (weer) gebleken.<sup>128</sup>

Voorstelbaar is ook het geval waarin crediteuren van de financier buiten diens faillissement verhaal proberen te nemen op zijn vermogen. Dat die crediteuren zich niet kunnen verhalen op een pandrecht dat die financier op zaken van een van zijn eigen debiteuren heeft, spreekt voor zich.<sup>129</sup> De vraag rijst of zich hier wel een relevant verschil voordoet met de zekerheids-

126 Met ‘rechtstreeks’ wordt hier bedoeld dat dit in beide gevallen niet nog apart tussen zekerheidsgever en -nemer hoefde worden overeengekomen. Voor de zekerheidseigenaar waren deze regels in zoverre niet rechtstreeks van toepassing dat de regels van art. 1200 en 1201 OBW daarop naar analogie van toepassing waren. Bedingen in strijd met deze dwingende regels waren nietig.

127 Struycken 2007, p. 497.

128 Zie [www.trouw.nl/economie/banken-vallen-om-door-sancties-tegen-rusland-en-europese-banken-merken-dat-be61afaa/](http://www.trouw.nl/economie/banken-vallen-om-door-sancties-tegen-rusland-en-europese-banken-merken-dat-be61afaa/). Bovendien speelt de hier beschreven overwaardeproblematiek niet noodzakelijk enkel bij financiering door banken. Het pandrecht komt men op tal van andere plaatsen tegen. Denk bijv. aan de toepassing binnen omvangrijke holdingstructuren (intercompany). Daarbij hoop ik met deze bijdrage aan te tonen dat de kwestie ook academische relevantie heeft, nu zij bijv. een interessant licht werpt op een bezwaar tegen de zekerheidseigendom van de vorige eeuw.

129 Ik doel hier op een situatie waarin er geen reden is dat pandrecht uit te oefenen. In dat geval kunnen de crediteuren van de financier zich natuurlijk wel verhalen op de vordering(en) die door dat pandrecht wordt (worden) verzekerd. Onder omstandigheden kunnen zij dat pandrecht dan ook uitoefenen, vgl. HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2619, NJ 2006/362 m.nt. Snijders (Rabobank/Stormpolder) en HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619, JOR 2016/105 m.nt. Vermunt en Faber (ABN AMRO/Marell).

122 Zie Asser/Van Oven 2-II, Zakenrecht, 1967, p. 105 met verwijzingen naar het eerdergenoemde preadvies van Meijers en overige auteurs die van mening verschillen over de vraag of de zekerheidseigenaar zich – ongeacht wat de overeenkomst op dit punt bepaalde – moest gedragen als pandhouder (en overwaarde dus moest uitkeren). Van Oven sluit zich bij deze visie aan, maar expliciteert niet hoe hij de vordering tot uitkering van overwaarde kwalificeert.

123 Zo interpreteert ook Struycken de navolgende passages uit Meijers’ werk in Struycken 2007, p. 511-512 (voetnoot 101), waar hij schrijft: ‘Kennelijk veronderstelde Meijers dat het recht van de pandgever op een overschot goederenrechtelijk van aard is.’ Op p. 508 (voetnoot 94) van zijn dissertatie lijkt Struycken de NBW-pandhouder ook een goederenrechtelijke aanspraak op de overwaarde toe te kennen.

124 Meijers 1936, p. 258-260.

125 Aan een fundamentele ‘debiteur beschermende maatregel’ van pandrecht wordt dan immers door die zekerheidseigendom afgedaan.

eigendom. Konden crediteuren van een financier met zekerheidseigendom zich onder oud recht buiten faillissement verhalen op die eigendom? Ik gaf zojuist al aan dat uit het onderzoek van Struycken blijkt dat er geen gevallen bekend zijn waarin zich dit voordeed. Dit zou te maken kunnen hebben met het gegeven dat de Hoge Raad zekerheidseigendom beschouwde als eigendom onder ontbindende voorwaarde van voldoening van de schuld.<sup>130</sup> De zekerheidseigendom was daarmee een weinig aantrekkelijk verhaalsobject. Deze was immers telkens onderworpen aan het mogelijke intreden van deze ontbindende voorwaarde (lees: aflossing van de met die eigendom verzekerde schuld). In dat geval ging de zekerheidseigendom met goederenrechtelijk effect teniet en viel deze terug in het vermogen van de fiduciair debiteur.<sup>131</sup> Denkbaar was daarmee ook dat de curator van de fiduciair debiteur – bij een deconfiture van de fiduciair financier – de schuld zou lossen om de verbonden goederen terug de boedel in te trekken. Daarmee kon hij de in deze bijdrage besproken overwaardeproblematiek nog (enigszins) mitigeren.<sup>132</sup>

Meijers spreekt in de hierboven behandelde passages van zijn preadvies overigens regelmatig over de ‘beperkingen’ van het eigendomsrecht van de zekerheidseigenaar, maar maakt daarbij niet altijd duidelijk wat hij daarmee bedoelt. Onderscheid kan op dit punt worden gemaakt tussen (1) de (al dan niet goederenrechtelijke) status van de overwaardevordering en (2) de voorwaardelijke status van die eigendom. Zekerheidseigendom kon als eigendom onder ontbindende voorwaarde van voldoening van de schuld immers telkens door voldoening van die schuld terug in het vermogen van de debiteur/zekerheidsgever worden getrokken. Dit kon ook gebeuren in het faillissement van de financier. In zoverre kan men spreken van een ‘beperking’ van de eigendom van de zekerheidseigenaar. De overwaardevordering kon, zoals wij hebben gezien, echter niet ‘goederenrechtelijk’ in het faillissement van de financier worden geëffectueerd. Van een echte (lees: goederenrechtelijke) beperking van het eigendomsrecht is dan dus geen sprake. Voor zover men de overwaardevordering wel een goederenrechtelijke status toekende, kon weer wel gesproken worden van een ‘beperking’ van die eigendom, maar daarvan was zoals besproken zelfs bij pandrecht geen sprake.

## 6 Conclusie

Het pandrecht kent een fundamenteel gebrek. De status van een overwaardevordering ex art. 3:253 BW bij een executie die

is aangevangen vóór het faillissement van de financier is concurrent. Wanneer de curator van de financier in diens faillissement het pandrecht executeert, is hoogstens sprake van een concurrente boedelvordering. In concreto ontbeert het pandrecht hiermee een fundamentele beschermende maatregel ten behoeve van de zekerheidsgever en zijn overige schuldeisers. Dit alles is niet alleen onwenselijk, maar tevens in dogmatische zin onvereenigbaar met het karakter van het pandrecht als beperkt goederenrechtelijk zekerheidsrecht, waarvan de kern volgens de Hoge Raad *juist* het uitkeren van overwaarde is.<sup>133</sup> Het karakter van het pandrecht als beperkt goederenrechtelijk zekerheidsrecht brengt mee dat de pandhouder de verpande zaken in het faillissement van zijn debiteur met goederenrechtelijk effect kan separeren en executeren om zich op de opbrengst daarvan te verhalen, maar zou óók met zich moeten brengen dat de debiteur op zijn beurt met goederenrechtelijk effect rechten kan doen gelden op de (eventuele) overwaarde die na verhaal bij de pandhouder resteert.

Hoewel dat aanbeveling verdient, verwacht ik niet dat de wetgever op dit punt zal ingrijpen. De kwestie is daarvoor in praktische zin vermoedelijk te weinig dringend. In deze bijdrage heb ik een aantal manieren aangedragen waarop de overwaardevordering in het faillissement van de financier via bestaande technieken een goederenrechtelijke status kan krijgen. Aan al die oplossingen zitten haken en ogen. Daarom zou mijns inziens uit de aard en strekking van het pandrecht moeten worden afgeleid dat de overwaarde telkens door de curator van de financier zonder omslag aan de belanghebbende(n) moet worden uitgekeerd.

Over de overwaardekwestie bestaat geen richtinggevende jurisprudentie. Wellicht zal dat nog even zo blijven, maar mocht het ooit zover komen, dan is de vraag duidelijk: zal de Hoge Raad bereid zijn het wettelijk preferentiestelsel opzij te zetten in het belang van de bescherming van de pandgever en zijn overige schuldeisers?

<sup>130</sup> Hierover ook Struycken 2007, p. 497. De Hoge Raad bepaalde dit in HR 3 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB8508, NJ 1981/60 (Ontvanger/Schriks q.q.) voor zekerheidsoverdracht van roerende zaken en in HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1270, NJ 1994/462 (Koninklijke Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.) nog eens voor zekerheidsessie.

<sup>131</sup> Dit weliswaar behoudens overdrachten door de zekerheidseigenaar aan verkrijgers die zich op derdenbescherming konden beroepen. Ook daarvan zal echter zelden sprake zijn geweest, nu de zaken immers telkens ‘onder’ de zekerheidsgever waren. Een succesvol beroep op derdenbescherming is niet mogelijk bij een levering c.p. door de zekerheidsnemer. Daarvan kon dus uit de aard der zaak in deze situatie geen sprake zijn.

<sup>132</sup> Hetzelfde geldt voor het pandrecht onder het huidige BW. Die werkwijze impliceert natuurlijk wel dat de curator daartoe de middelen heeft.

<sup>133</sup> Zie HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119 m.nt. Kleijn (Sogelease), r.o. 3.4.2 en 3.4.3.