Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Pandhouder, ken uw grenzen

M.P.R. Sardjoe

1 Inleiding

Pandhouders en hypotheekhouders genieten een bijzondere positie ten opzichte van de schuldenaar en andere crediteuren, zo ook in faillissement. Als de schuldenaar failleert, behoudt de pandhouder of hypotheekhouder in beginsel zijn positie, zodat deze zijn recht tot uitwinning van zijn zekerheidsrechten (parate executie) kan uitoefenen als ware er geen sprake van faillissement. De separatistenpositie, waarbij de hypotheekhouder en pandhouder zich niets aan hoeven te trekken van andere crediteuren van de schuldenaar, is echter niet onbegrensd. Zo kunnen de separatisten gedurende een afkoelingsperiode hun rechten niet uitoefenen en kan de curator hen een termijn stellen waarbinnen zij hun recht van parate executie moeten hebben uitgeoefend onder straffe van verlies van dat recht. Deze twee beperkingen zijn vastgelegd in art. 58, 63a en 63b van de Faillissementswet (Fw) en ook onder de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) is de positie van pandhouders niet onbegrensd. Ook buiten deze gevallen kan een pandhouder worden beperkt in de uitoefening van zijn separatistenpositie: een voorbeeld wordt gevonden in een recent vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 28 mei 2021 in het D-Reizen-faillissement, waarbij de rechtbank toetst of sprake is van misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 van het Burgerlijk Wetboek (BW) indien de pandhouder weigert medewerking te verlenen aan vrijgave van de pandrechten ten behoeve van de verkoop van die verpande goederen door curatoren aan een beoogde doorstarter.[1]

In dit artikel zal ik eerst op hoofdlijnen de bevoegdheden van de pandhouder bespreken (par. 2). Daarna volgt een korte toelichting op voorbeelden van begrenzingen van de bevoegdheden van pandhouders, te beginnen met de twee begrenzingen uit de Faillissementswet, te weten: de redelijke termijnstelling door de curator ex art. 58 Fw en de afkoelingsperiode ex art. 63a Fw (par. 3), gevolgd door een bespreking van de inperking van de rechten van pand- en hypotheekhouders door het aanbieden van een akkoord onder de WHOA (par. 4). Daarna volgt een korte bespreking van het vonnis over misbruik van bevoegdheid door de pandhouder in het D-Reizen-faillissement (par. 5). Het artikel eindigt met de conclusie dat de (separatisten)positie van pandhouders niet onbegrensd is, welke conclusie overigens ook geldt voor hypotheekhouders (par. 6).

1 Rb. Noord-Holland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4344.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

2 Bevoegdheden van de pandhouder

2.1 Vorderen van nakoming alsmede inning van vorderingen

Om de begrenzingen van de bevoegdheden van de pandhouder te bespreken, is eerst van belang te weten wat die bevoegdheden op hoofdlijnen behelzen. Het recht van pand strekt ertoe om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang te verhalen boven andere schuldeisers.[2] De pandhouder van een vordering heeft ingevolge art. 3:246 BW de bevoegdheid tot het vorderen van nakoming alsmede tot inning van die vordering. Die bevoegdheden blijven bij de pandgever (dan wel diens faillissementscurator), zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar van die vordering is meegedeeld door de pandhouder en er derhalve een stil pandrecht is gevestigd overeenkomstig art. 3:239 lid 1 BW. De stil pandhouder kan ook tijdens het faillissement van de pandgever nog mededeling doen aan de schuldenaar van de stil verpande vordering, als gevolg waarvan de bevoegdheid tot inning van die vordering overgaat op de pand*houder*.[3] Het gevolg van die mededeling aan de schuldenaar is dat de pand*gever* de bevoegdheid tot het vorderen van nakoming alsmede inning van de vordering alleen kan uitoefenen indien hij daartoe toestemming van de pandhouder dan wel een machtiging van de kantonrechter heeft verkregen. Dit brengt ook met zich dat de schuldenaar aan wie de mededeling is gedaan alleen bevrijdend kan betalen aan de pandhouder. Voor een stil pandhouder betekent voornoemde mededeling eveneens dat hij openbaar pandhouder wordt ten aanzien van de betreffende vordering.

De bevoegdheden van pandhouders strekken echter niet zover dat aan de vordering verbonden schuldeisersbevoegdheden, zoals het treffen van een betalingsregeling of het vorderen van incassokosten, zonder meer overgaan op de pandhouder: de positie van de pandhouder is aldus begrensd.[4] De pandhouder wordt wel op verschillende manieren beschermd tegen die rechtshandelingen van de pandgever uit hoofde van zijn schuldeisersbevoegdheden, bijvoorbeeld tegen kwijtschelding van de vordering door de pandgever of het treffen van een afbetalingsregeling met de schuldenaar. Die bescherming kan onder meer worden gevonden in de civielrechtelijke pauliana (art. 3:45 BW), alsook in de onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. Verder biedt art. 3:246 BW aan de (openbare) pandhouder de bevoegdheid tot opzegging indien de vordering nog niet opeisbaar is, maar dat door opzegging wel kan worden. De bevoegdheden van de pandhouder gaan echter niet zover dat zij zich zonder meer uitstrekken tot het stemrecht dat is verbonden met het goed waarop het pandrecht rust: dit moet uitdrukkelijk worden bedongen. Ook mag de

2 Art. 3:227 lid 1 BW. Zie ook art. 3:236 BW voor de zaken en rechten waarop het pandrecht betrekking kan hebben: roerende zaken, rechten aan toonder of order, op het vruchtgebruik van een zodanige zaak of recht en andere goederen dan de vordering op naam.

3 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN).

4 HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415 (IAE/Neo-River). Pandhouder en pandgever kunnen echter wel afspraken maken over andere schuldeisersbevoegdheden dan nakoming vorderen en innen, zie ook Rb. Midden-Nederland 18 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5998.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

pandhouder het goed niet herverpanden, tenzij dit uitdrukkelijk is overeengekomen.

2.2 Recht van parate executie

Als de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het pand tot waarborg strekt, is de pandhouder bevoegd het verpande goed te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen op de voet van art. 3:248 BW. Die verkoop zal over het algemeen niet in het openbaar plaatsvinden, maar op een afwijkende wijze (bijvoorbeeld door een onderhandse verkoop), omdat dit doorgaans meer oplevert.[5] Die zogenoemde opbrengstmaximalisatie zorgt ervoor dat een zo groot mogelijk deel van de schuld van de pandgever/failliet wordt afgelost, of dat er nog wat surplus teruggaat naar de pandgever/boedel, en komt dus zowel de pandhouder als de pandgever/boedel ten goede.

Voor een afwijkende wijze van verkoop (bijvoorbeeld onderhands) op verzoek van de pandgever of pandhouder is een machtiging van de voorzieningenrechter vereist (art. 3:251 lid 1 BW) of een afspraak tussen pandhouder en pandgever, mits deze afspraak is gemaakt nadat de pandhouder bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan (art. 3:251 lid 2 BW). Onderhandse executoriale verkoop van een goed waarop een pandrecht is gevestigd door de *pandhouder* is derhalve ook mogelijk op grond van een overeenkomst tussen de curator en de pandhouder, omdat in geval van een faillissement er over het algemeen ook verzuim is. Onderhandse executoriale verkoop door de *curator* van een goed waarop een pandrecht is gevestigd, is eveneens mogelijk op grond van een overeenkomst tussen de pandhouder en de curator.[6] Bij een pandrecht op vorderingen vindt executie vaker plaats via inning van de verpande vordering op grond van art. 3:246 lid 1 BW dan door verkoop. Door inning komt op grond van art. 3:246 lid 5 BW het pandrecht op het geïnde te rusten, waarna de pandhouder kan executeren op grond van art. 3:255 BW door zich uit het geïnde te voldoen.

2.3 In faillissement

Pandhouders kunnen hun rechten ook tijdens het faillissement uitoefenen: een faillissement belet separatisten in de zin van art. 57 Fw immers niet om een met een pandrecht bezwaard goed te gelde te maken en hun vorderingen met voorrang boven andere schuldeisers op de opbrengst te verhalen. Ook de houder van een stil pandrecht op een vordering op naam kan nog tijdens het faillissement van de

5 Bij hypotheek is het in het algemeen overigens wel zo dat de verkoop openbaar plaatsvindt. Onderhandse verkoop kan op grond van de wet alleen met toestemming van de voorzieningenrechter (art. 3:268 lid 2 BW).

6 Zie ook noot 5. Uit HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4072, JOR 2014/270 (De Staatssecretaris van Financiën/X) lijkt te kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad art. 3:268 lid 2 BW ruim uitlegt en afwijkt van de wet. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat er – in geval van verzuim – bij onderhandse verkoop van een met hypotheek bezwaard goed op grond van een overeenkomst tussen de hypotheekgever (c.q. curator in het faillissement van de hypotheekgever) en de hypotheekhouder sprake is van een executoriale verkoop, ook al is niet voldaan aan de voorwaarden die art. 3:268 lid 2 BW stelt (zie ook S.W. van den Berg, Waarderingsvragen in het ondernemings- en insolventierecht (Serie Onderneming en Recht, deel 107), Deventer: Wolters Kluwer 2018/7.4.4).

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

pandgever mededeling doen van zijn pandrecht aan de debiteur, waarmee hij aldus openbaar pandhouder wordt en tot executie kan overgaan door ofwel verkoop van de vordering ofwel inning en voldoening uit de opbrengst.[7] Totdat de stil pandhouder die mededeling doet, is in faillissement in beginsel alleen de curator van de pandgever inningsbevoegd en kan de debiteur alleen bevrijdend betalen aan de boedel.[8] Er is de pandhouder dus veel aan gelegen om in een faillissement de mededeling snel te doen, zodat hij zijn bevoegdheid tot inning kan veiligstellen en zijn pandrecht niet tenietgaat door een bevrijdende betaling van de debiteur aan de boedel. Daarbij moet worden opgemerkt dat de curator de pandhouder een redelijke termijn moet gunnen om die mededeling te doen, en de curator mag binnen die gestelde termijn niet actief innen. Doet hij dat wel, dan levert dat in ieder geval een onrechtmatige daad op van de curator in hoedanigheid. Dat levert de pandhouder een boedelvordering op met de voorrang die aan zijn pandrecht is verbonden, en bovendien een concurrente boedelvordering voor de schade veroorzaakt door de onrechtmatige inning.[9] Dit geeft de pandhouder op zich een redelijk sterke positie, maar daarbij moet voor ogen worden gehouden dat het salaris van de curator een boedelvordering is met een hogere preferentie en kan het zijn dat bij een negatieve boedel (niet alle boedelvorderingen kunnen worden voldaan en) de pandhouder alsnog niet wordt voldaan.

Pandhouders kunnen aldus hun rechten uitoefenen zonder dat er verificatie van die vorderingen heeft plaatsgevonden. Toch wordt in het algemeen geadviseerd dat pandhouders hun vorderingen wel ter verificatie indienen voordat zij hun rechten uitoefenen. De reden hiervoor is dat indien de door het pandrecht verzekerde vordering niet geheel kan worden verhaald op het onderpand, de restantvordering wel dient te worden ingediend ter verificatie. Voor de indiening ter verificatie gelden bepaalde termijnen, die de pandhouder vanzelfsprekend niet wil missen als de verkoopopbrengst na parate executie zijn vordering niet dekt.[10] Het 'voor de zekerheid' indienen ter verificatie doet bovendien niet af aan de separatistenpositie die de pandhouder geniet: die positie blijft ook bij onverplicht indienen ter verificatie van vorderingen ongewijzigd.

3 Termijnstelling door de curator en afkoelingsperiode

3.1 Art. 58 Fw

Een van de voorbeelden van de begrensde positie van pandhouders speelt zich af in de periode na uitspreken van het faillissement. Op grond van art. 58 Fw is de curator bevoegd om aan de pandhouder (of hypotheekhouder) een redelijke termijn te stellen om tot uitoefening van zijn rechten ex art. 57 Fw als separatist over te

7 HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2511, NJ 2007/520 (ING/Verdonk q.q.).
8 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN); HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2511, NJ 2007/520 (ING/Verdonk q.q.); HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96 (Hamm q.q./ABN AMRO); HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187 (Verdonk q.q./Rabobank).
9 Zie de rechtspraak in noot 8.
10 Art. 127 Fw.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gaan.[11] De ratio achter deze bevoegdheid is dat het in het belang van de boedel kan zijn dat een tot de boedel behorend goed binnen een bepaalde termijn te gelde wordt gemaakt, en dat de afwikkeling van een faillissement daarmee niet nodeloos wordt opgehouden door zogenoemde talmende separatisten.[12] Een curator heeft voor het stellen van de termijn geen toestemming van de rechter-commissaris nodig, maar moet wel via een (vormvrije) verklaring aan de pandhouder kenbaar maken dat hij beoogt een termijn te stellen. De pandhouder kan de rechter-commissaris (binnen de gestelde termijn) verzoeken om de termijn één of meerdere malen te verlengen indien hij of zij meent dat de gestelde termijn onredelijk is. Tegen de uitspraak van de rechter-commissaris staat slechts cassatie open. Indien de gestelde (en eventueel verlengde) termijn verstrijkt nog voordat de pandhouder zijn rechten heeft uitgeoefend, dan verliest de pandhouder zijn positie als separatist en het recht op parate executie en is de curator bevoegd om het onderpand op te eisen en te verkopen. Overigens zijn er auteurs die de opvatting voorstaan dat de separatistenpositie pas verloren gaat na opeising van het onderpand door de curator (en dus niet na het verstrijken van de termijn).[13] De pandhouder behoudt wel zijn voorrangsrecht, maar kan enkel nog zijn vordering te gelde maken door deze ter verificatie in te dienen, en dient dan ook mee te delen in de algemene faillissementskosten.

Ook kan de situatie ontstaan dat juist de curator misbruik maakt van een bevoegdheid die hem uit hoofde van de Faillissementswet toekomt. Zoals, bijvoorbeeld, de hiervoor besproken bevoegdheid uit art. 58 lid 1 Fw: een curator kan de pand- en hypotheekhouders een redelijke termijn stellen om tot uitoefening van hun rechten over te gaan. Van een zodanig misbruik kan onder meer sprake zijn indien de curator, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen zijn belang bij de uitoefening van een bevoegdheid uit hoofde van art. 58 lid 1 Fw en het belang dat daardoor wordt geschaad, in redelijkheid niet tot die uitoefening heeft kunnen komen.[14] Behoudens in het geval dat sprake is van misbruik van bevoegdheid door de curator, is echter het recht van parate executie van de pandhouder in faillissement

11 Wat een redelijke termijn is, hangt af van alle omstandigheden van het geval; vroeger was in de wet een vaste termijn opgenomen van één maand na het intreden van faillissement waarbinnen de pandhouder de verkoop tot stand diende te brengen. Zie ook HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2051, NJ 2014/151, m.nt. F.M.J. Verstijlen onder NJ 2014/152; JOR 2014/86, m.nt. A.J. Verdaas (Glencore/Zalco), r.o. 4.6.2; Stein, in: GS Vermogensrecht, art. 3:248 BW, aant. 3.6.4.1, actueel t/m 15 april 2021.

12 Andere redenen kunnen zijn dat het goed aan bederf onderhevig is, of dat gevreesd moet worden voor prijsdaling daarvan, zie Verdaas, in: T&C Insolventierecht, commentaar op art. 58 Fw (actueel t/m 1 oktober 2021).

13 Zie voor de vindplaatsen Kaptein, in: GS Faillissementswet, art. 58 Fw, aant. 2.6.2.

14 Zie ook HR 13 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1787 (Curatoren Zalco/Glencore); HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:87, NJ 2015/58 (Van der Molen q.q.), r.o. 3.8.2; HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:228, NJ 2015/2940 (Welage q.q./Rabobank), r.o. 3.3.8; HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2051, NJ 2014/152, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Glencore/Zalco). Zie anders Rb. Gelderland 22 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4226.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

niet oneindig en in die zin dus niet onbegrensd: ook de talmende pandhouder dient in beginsel tijdig zijn rechten te gelde te maken.[15]

3.2 Afkoelingsperiode in faillissement

De rechter-commissaris kan op verzoek van iedere belanghebbende, de curator of ambtshalve een afkoelingsperiode gelasten op de voet van art. 63a Fw, welke periode hoofdzakelijk is bedoeld om de curator tijd te geven om de failliete boedel te onderzoeken en daarover een oordeel te vormen. In de afkoelingsperiode kunnen derden, met uitzondering van boedelschuldeisers, hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot de boedel behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden, voor een periode van ten hoogste twee maanden (die eenmalig met nogmaals (maximaal) twee maanden kan worden verlengd) niet uitoefenen, tenzij zij daartoe zijn gemachtigd door de rechter-commissaris. Deze afkoelingsperiode heeft ook gevolgen voor de pandhouder.[16] Zo volgt uit art. 63b Fw dat de afkoelingsperiode ook betrekking heeft op vorderingen op naam.[17] De pandhouder blijft tijdens de afkoelingsperiode bevoegd om mededeling van zijn pandrecht te doen en om betalingen in ontvangst te nemen, maar het is de pandhouder niet toegestaan om verhaal op het geïnde te nemen: de pandhouder dient het geïnde bij een bewaarder te storten.[18] Dit brengt ook met zich dat de (vuist)pandhouder gedurende de tijd dat de afkoelingsperiode duurt de verkoop van de zaak waarop het pandrecht rust niet tot stand kan brengen, al mag hij de zaak nog wel onder zich houden. Pas na afloop van de afkoelingsperiode kan de pandhouder zich op het geïnde verhalen dan wel het recht van parate executie uitoefenen.[19]

15 Zie over art. 58 Fw verder bijv. ook J.L. van den Heuvel, Enkele beschouwingen met betrekking tot de termijnstelling door de curator ex art. 58 lid 1 Fw, TOP 2021/429; F.M.J. Verstijlen, Art. 58 Fw: van het duister naar het licht, TvI 2016/28; R.J. van Galen, Het belang van de separatist en de curator bij de artikelen 57 en 58 Fw, TvI 2016/19; T.T. van Zanten & F.J.L. Kaptein, Rechtsuitoefening in de zin van art. 58 lid 1 Fw: wat moet de separatist allemaal binnen de termijn doen? TvI 2013/10.

16 Daarbij zij opgemerkt dat het pandrecht van certificaathouders in de zin van art. 3:259 BW een specifieke rechtsverhouding betreft tussen administratiekantoren en houders van deze uitgegeven certificaten van aandelen of schuldvorderingen, waar de afkoelingsperiode niet of nauwelijks een rol kan spelen. Zie ook M.J. van der Aa, De afkoelingsperiode in faillissement (Serie Recht en Praktijk, deel 154), Deventer: Kluwer 2007, p. 78.

17 Zie ook HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2741, NJ 1998/896 (Van der Hel q.q./Edon). Zie voor kritiek op deze beperking van de verhaalsmogelijkheden van de pandhouder o.m. N.E.D. Faber, Verrekening (Serie Onderneming en Recht, deel 33) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005/438.

18 Art. 490b Rv.

19 De pandhouder van een stil pandrecht dient overigens ook rekening te houden met het bodemrecht van de fiscus (art. 22bis Invorderingswet 1990). Dit bodemrecht houdt in dat de fiscus zich kan verhalen op bodemzaken die eigendom zijn van derden, indien de reële eigendom van die zaken bij de belastingschuldige (schuldenaar) ligt, en ook op bodemzaken die eigendom zijn van de belastingschuldige (schuldenaar) zelf.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

4 WHOA

De WHOA is op 1 januari 2021 in werking getreden en behelst – kort gezegd – het volgende.[20] De WHOA biedt ondernemingen in zwaar weer de mogelijkheid om buiten insolventie of surseance van betaling een 'dwangakkoord' aan te bieden waaraan schuldeisers en aandeelhouders, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan en na homologatie door de rechter, gehouden zijn (ook zonder hun instemming).[21] De akkoordprocedure is van toepassing op de schuldeisers en/of aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd onder het akkoord en vangt aan met het deponeren van een startverklaring ter griffie van de rechtbank door de onderneming in nood. Het akkoord kan in beginsel van alles behelzen, bijvoorbeeld betaling van een percentage van de vordering, omzetting van schulden in aandelenkapitaal of uitstel van betaling. De schuldeisers en/of aandeelhouders worden ingedeeld in klassen (bijvoorbeeld concurrente handelscrediteuren, of separatisten) en stemmen per klasse over het voorstel van de schuldenaar. Indien binnen een klasse een twee derde meerderheid wordt behaald van de stemmen van de schuldeisers dan wel aandeelhouders, dan is het akkoord in die klasse aangenomen.[22] Het gaat er dan om dat er een twee derde meerderheid wordt behaald van stemmen van schuldeisers in de zin dat zij twee derde van de totale waarde van de vorderingen van alle schuldeisers in die klasse vertegenwoordigen (en voor aandeelhouders wordt gekeken naar het aandelenkapitaal). Vervolgens dient het akkoord te worden gehomologeerd bij de rechtbank om bindend te zijn voor alle schuldeisers aan wie het is aangeboden, waarbij de regel is dat ten minste één klasse het akkoord moet hebben aanvaard en de rechtbank daarnaast nog dient te toetsen of aan de procedurele en materiële waarborgen is voldaan.[23] Daarnaast kan elke tegenstemmende schuldeiser uit een tegenstemmende klasse bij de rechtbank verzoeken om homologatie te weigeren wanneer wordt afgeweken van de geldende rangorde. De ratio van deze weigeringsgrond is dat het akkoord in een dergelijk geval een herstructureringsplan omvat waarin de reorganisatiewaarde oneerlijk is verdeeld, en het akkoord om die reden dus in beginsel als onredelijk wordt beschouwd.[24] Afwijken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar kan dus slechts indien er een goede reden bestaat voor die afwijking en de schuldeisers niet in hun belangen worden geschaad.

Dat een schuldeiser tevens pandhouder is, bevoordeelt op zichzelf niet zijn positie onder de akkoordprocedure, al is de rangorde zoals hiervoor besproken wel gewaarborgd. Immers, ook indien zijn klasse tegenstemt, dan kan het zo zijn dat de pand-

20 Zie voor een meer uitgebreide toelichting o.m. R.D. Vriesendorp & O. Salah, De WHOA: een nieuw herstructureringsinstrument, MvV 2020, afl. 6, p. 205-216; F. Verstijlen, Whoa: omkering van waarden, NJB 2020, afl. 27, p. 1943-1951; M.H.M. van Oers, WHOA-akkoord en fiscus, Bb 2021/87.

21 De WHOA is niet van toepassing op natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen, en ook niet op banken en verzekeraars, zie ook art. 370 lid 1 Fw.

22 Art. 381 lid 7 en 8 Fw.

23 Art. 383 lid 1 jo. art. 384 lid 1 en 2 en 385 Fw.

24 MvT, Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), p. 6.

Onderneming en Financiering 2022 (30) 1
doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

houder toch aan het akkoord gehouden zal worden.[25] Ook geldt dat schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek enkel voor het deel van hun vordering waarvoor die voorrang geldt in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijke voorrang worden ingedeeld, waarbij de WHOA uitgaat van de executiewaarde in faillissement.[26] De pandhouder wordt aldus voor het deel van de vordering dat wordt gedekt door het onderpand ingedeeld in een klasse van zekerheidsgerechtigde schuldeisers. Voor het overige deel van zijn vordering moet hij worden ingedeeld in een klasse van concurrente schuldeisers. Hoewel de indeling in twee klassen met zich brengt dat de schuldeiser twee keer mag stemmen, zal alleen dat deel van de vordering dat wordt gedekt door de liquidatiewaarde van het onderpand de bescherming genieten van rangorde: ook dit levert een begrenzing op van de positie van de pandhouder, nu de pandhouder voor het deel dat niet wordt gedekt door uitwinning aldus zijn bevoorrechte positie verliest.

Daarnaast kan de schuldenaar, na deponering van de startverklaring, de rechtbank verzoeken om een afkoelingsperiode af te kondigen. Dit is mogelijk indien de onderneming reeds een akkoord heeft aangeboden of dat binnen een termijn van twee maanden zal doen. In deze afkoelingsperiode van maximaal vier maanden (met mogelijkheid tot eenmalige verlenging van nog (maximaal) vier maanden) kunnen derden geen verhaal nemen op goederen van de schuldenaar, kan de rechtbank beslagen opheffen en wordt de behandeling van een verzoek tot verlenging van surseance van betaling of tot faillietverklaring geschorst.[27] Uitgangspunt is dat de pandhouder als gevolg van de afkoelingsperiode dus ook geen verhaal kan nemen op de goederen van de schuldenaar, al kan een afkoelingsperiode wel met zich brengen dat de schuldenaar vervangende zekerheid aan een pandhouder moet kunnen verstrekken. Daarnaast is ook expliciet in de wet bepaald dat een stil pandhouder tijdens deze afkoelingsperiode niet bevoegd is om de aan hem verpande vorderingen te innen, zodat ook dit in beginsel een begrenzing vormt van het recht van de pandhouder.[28] Met andere woorden: ook onder de WHOA zijn de rechten van pandhouders niet onbegrensd.

25 Een uitzondering bestaat wanneer de tegenstemmende schuldeiser door het akkoord slechter af is dan bij een faillissement (het zogenoemde 'no creditor worse off'-beginsel), art. 384 lid 3 Fw.

26 Bij een doorstart vanuit faillissement kan dit eventueel de *going concern*-waarde zijn van het onderpand.

27 Een andere mogelijkheid onder de WHOA voor de schuldenaar (of eventuele herstructureringsdeskundige) is de rechtbank in een vroeg stadium te verzoeken uitspraak te doen over de aspecten die van belang zijn in het kader van het akkoord en waarover het wenselijk is om zekerheid te verkrijgen, alvorens over het voorstel zal worden gestemd, ex art. 378 Fw.

28 Art. 376 lid 7 Fw. Overigens heeft de rechtbank Gelderland op 21 januari 2021 (ECLI:NL:RBGEL:2021:363) geoordeeld dat de crediteur in casu (de enige bekende schuldeiser met een voorrangspositie) met een openbaar pandrecht op de vorderingen van de schuldenaar op één van haar opdrachtgevers, ondanks de afkoelingsperiode nog bevoegd bleef om de verpande vordering te innen, zoals in de onderliggende pandakte beschreven. Dit lijkt in eerste instantie niet geheel in lijn met art. 376 lid 2 sub a Fw, maar is wel goed nieuws voor de openbare pandhouder.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

5 Faillissement van D-Reizen[29]

5.1 Feiten

Naast de hiervoor genoemde voorbeelden van begrenzingen van de bevoegdheden van pandhouders zowel binnen als buiten faillissement, is ook misbruik van bevoegdheid een begrenzing waar pandhouders rekening mee dienen te houden.[30] Dit kwam ook naar voren in de hierna te bespreken zaak in het faillissement van D-Reizen.[31]

De curatoren in het faillissement van D-Reizen, mr. A.J. Tekstra en mr. K.J. Willemse (hierna: de Curatoren), zijn een doorstart overeengekomen met Prijsvrij. Een belangrijk onderdeel van die doorstart was de onbezwaarde overdracht van de intellectuele-eigendomsrechten van D-Reizen (hierna: IE-rechten) aan Prijsvrij. Selten B.V. (hierna: Selten), de pandhouder op de IE-rechten, weigerde medewerking te verlenen aan vrijgave van die verpande goederen.

De IE-rechten behoorden toe aan Demed B.V. (hierna: Demed), een groepsvennootschap van het D-Reizen-concern, die overigens niet failliet was verklaard en waarvan de aandelen werden gehouden door D-RT Groep B.V. (hierna: D-RT Groep), die wel failliet is verklaard. Demed werkte eerder mee aan de vestiging van een derdenpandrecht op de IE-rechten ten gunste van een voormalig aandeelhouder, Stichting Uniconsult (hierna: Uniconsult), die een lening had verstrekt aan D-RT Groep. Vervolgens zijn de aandelen in D-Reizen in 2016 door Uniconsult overgedragen aan RT/Raiffeisen Touristik Group GmbH (hierna: RTG), die de aandelen op 23 december 2020 voor € 1 aan Selten verkocht (welke vennootschap overigens zelf op 29 oktober 2020 is opgericht door de voormalig bestuurders van D-Reizen).[32] RTG nam vervolgens op 15 februari 2021 de door het pandrecht op de IE-rechten gesecureerde lening over van Uniconsult, en verkocht die op dezelfde dag door aan Selten, waarbij Selten de koopprijs verschuldigd bleef. Selten is derhalve getreden in de oorspronkelijke rechten van Uniconsult, waaronder het pandrecht op de IE-rechten. Op 11 maart 2021 zijn ook de aandelen in Demed door D-RT Groep overgedragen aan Selten tegen betaling van € 2 miljoen. Omdat het verwachte herstel van de reismarkt uitbleef, is op 6 april 2021 – op eigen aangifte – het faillissement uitge-

29 Rb. Noord-Holland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4344.

30 Het gaat dan om begrenzingen waar de pandhouder in beginsel geen dan wel beperkte invloed op kan uitoefenen. Een voorbeeld waarbij het recht van de pandhouder wordt geraakt, en mogelijk beperkt, is wanneer er een rangwisseling plaatsvindt. Hiervoor is echter de (vormvrije) instemming met de rangwijziging vereist en dit onderwerp zal daarom niet worden behandeld, zie ook HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524, NJ 2021/214, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

31 Het faillissement van de vennootschappen D-RT Groep B.V., D-RT Retail B.V. en D-RT Shared Services Center B.V. (welke faillissementen geconsolideerd worden afgewikkeld) staat in deze zaak centraal.

32 Uit het vonnis volgt niet welke D-Reizen-vennootschappen dit precies zijn (vermoedelijk de drie failliete D-Reizen-vennootschappen). Uit het faillissementsverslag van de D-Reizen-vennootschappen van 5 november 2021 volgt dat de aandelen in Demed op 23 december 2020 niet mee overgingen naar Selten, en daarmee buiten de D-Reizen-groep zijn geplaatst, zie ook p. 6 van het faillissementsverslag.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

sproken van D-Reizen. Op de datum van het faillissement was Selten aldus houder van de aandelen in de drie failliete D-Reizen-vennootschappen, en in Demed.

Nadat het faillissement van D-RT Groep, D-RT Retail B.V. en D-RT Shared Services Center B.V. was uitgesproken, hebben de Curatoren gesprekken gevoerd met het bestuur van D-RT Groep, waarin onder meer de (al dan niet paulianeuze) overdracht van de aandelen in Demed aan Selten aan bod kwam. Die gesprekken hebben geleid tot een vaststellingsovereenkomst van 21 april 2021, waarin de Curatoren en Selten afspraken hebben gemaakt omtrent de ongedaanmaking van die overdracht. Onderdeel van die afspraken was dat Selten de Curatoren in de gelegenheid zou stellen om de aan haar verpande IE-rechten te betrekken in de pogingen om tot een doorstart te komen. Relevant voor het vervolg van de procedure is dat de Curatoren het pandrecht op de IE-rechten van Selten slechts voorwaardelijk hebben erkend en nog nader zouden onderzoeken. Na een openbaar biedingsproces zijn de Curatoren op 18 mei 2021 een doorstart overeengekomen met Prijsvrij, waarbij onder meer werd afgesproken dat de IE-rechten vrij van pandrechten en andere bezwaringen zouden worden overgedragen voor een bedrag van € 500.000 en dat ongeveer 140 winkels open zouden blijven, met behoud van werk voor ongeveer 650 werknemers. Selten wenst echter tot executie van het pandrecht over te gaan en heeft daartoe op 17 mei 2021 op de voet van art. 3:251 BW een procedure aanhangig gemaakt, waarin zij verzoekt om de IE-rechten voor een bedrag van € 2 miljoen aan zichzelf te laten verblijven. Die procedure is weer ingetrokken, nadat Selten ervan op de hoogte raakte dat de Curatoren verlof hadden gevraagd om gelijktijdig een kortgedingprocedure te voeren.

De Curatoren vorderen, kort gezegd, dat de voorzieningenrechter Selten gebiedt om mee te werken aan de doorstart, door het pandrecht op de IE-rechten vrij te geven, dit onder voorwaarde dat de Curatoren de opbrengst van de verkoop van de IE-rechten ter hoogte € 500.000 ten behoeve van Selten in escrow storten in afwachting van de uitkomst van het onderzoek naar de rechtsgeldigheid van het door Selten gestelde pandrecht. De Curatoren leggen aan hun vordering ten grondslag dat Selten, door haar pandrecht in te roepen en aldus haar medewerking aan de doorstart te weigeren, misbruik maakt van haar recht, althans onrechtmatig handelt, althans in strijd handelt met maatstaven van de redelijkheid en billijkheid.

5.2 Oordeel van de rechtbank

Volgens de voorzieningenrechter bestrijkt het debat tussen partijen vier vragen, die hij, kort gezegd, als volgt beantwoordt:

1. Is het op dit moment noodzakelijk dat Selten afstand doet van haar pandrecht?
Selten betoogt dat de Curatoren het bod van Prijsvrij niet voldoende hebben onderbouwd. De voorzieningenrechter acht echter volstrekt onaannemelijk dat de Curatoren de procedure zouden zijn gestart en daarin melding maken van de (concept)instemming van de ondernemingsraad van D-Reizen, de voorlopige commissie van schuldeisers en de rechter-commissaris die toeziet op de faillissementen, zonder dat sprake is van een bieding van Prijsvrij. Gelet op de afspraken met Prijs-

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

vrij is aldus het uitgangspunt dat afstand van de pandrechten door Selten met het oog op het realiseren van die doorstart noodzakelijk is.[33]

2. Wat hebben partijen met elkaar afgesproken?
De voorzieningenrechter overweegt dat onvoldoende is gebleken dat Selten bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst ermee akkoord ging dat haar pandrecht op de IE-rechten hoe dan ook niet in de weg zou staan aan een doorstart, noch dat Selten haar positie als separatist heeft willen vrijgeven. Aannemelijk is wel, aldus de voorzieningenrechter, dat Selten de Curatoren gelegenheid zou bieden om de aan haar verpande IE-rechten te betrekken in pogingen om tot een doorstart te komen. De voorzieningenrechter gaat dus uit van zijn eigen impressie van de afspraken tussen partijen.[34]

3. Hebben de Curatoren zich aan die afspraken gehouden?
Uitgangspunt bij beantwoording van deze vraag is dat het recht van parate executie aan de pandhouder een doelgebonden bevoegdheid geeft: dat recht strekt tot verhaal van een vordering door het te gelde maken van de vermogensbestanddelen waarop het pandrecht rust. In beginsel moet het onderpand in het openbaar worden verkocht, behoudens twee uitzonderingen op de voet van art. 3:251 BW, die instemming van de voorzieningenrechter dan wel pandgever behoeven. Deze regeling impliceert volgens de voorzieningenrechter dat de pandhouder het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst (de opbrengstmaximalisatie zoals eerder aan de orde kwam in par. 2.2) slechts mag nastreven voor zover die opbrengst, waar deze buiten marktomstandigheden wordt gerealiseerd, kan worden beschouwd als een objectieve indicatie van de verhaalswaarde van het verpande object. Hij mag zijn rechten niet gebruiken om eisen te stellen die niet strekken tot vergroting van de te verwachten verkoopopbrengst, maar tot het uitoefenen van invloed op de faillissementsafwikkeling die daarmee redelijkerwijs niet in verband staat.

Verder overweegt de voorzieningenrechter dat het geven van toestemming door Selten om de IE-rechten te betrekken in een eventuele doorstart met zich brengt dat de Curatoren de nodige vrijheid hebben verkregen om daarin procesbeslissingen te nemen en afwegingen te maken die nodig zijn om rekening te houden met de belangen van alle stakeholders en niet alleen met die van de pandhouder. De voorzieningenrechter acht niet aannemelijk dat de Curatoren zich bij de onderhandelingen met Prijsvrij niet aan de afspraken met Selten hebben gehouden.[35]

4. Gegeven de antwoorden op de hiervoor gestelde vragen: hoe moeten de betrokken belangen worden afgewogen?
Bij de beantwoording van deze vraag acht de voorzieningenrechter het van belang dat de Curatoren het pandrecht slechts voorwaardelijk hebben erkend en de rechtsgeldigheid daarvan nog willen onderzoeken. Daarnaast zijn de argumenten voor de waardering van de IE-rechten op € 500.000 door Selten niet overtuigend weersproken, temeer niet nu Selten de IE-rechten uitsluitend zou kunnen aanbieden zonder

33 Rb. Noord-Holland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4344, r.o. 5.3.
34 Rb. Noord-Holland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4344, r.o. 5.4.
35 Rb. Noord-Holland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4344, r.o. 5.5-5.10.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bijbehorend klantenbestand, en de waarde van de IE-rechten op een 'stand alone'-basis eerder is getaxeerd op € 50.000 en de bestuurder van Selten in de context van de voorbereiding van het buitengerechtelijk akkoord in november 2020 van een waarde van circa € 400.000 (minder dan € 500.000) is uitgegaan. Bovendien kan Selten gebruik maken van een kwijtscheldingsregeling die is opgenomen in de overeenkomst met RTG met betrekking tot de overdracht van de door pandrecht op de IE-rechten gesecureerde lening aan Selten. Op basis van die afspraken met RTG kan Selten RTG verzoeken om volledig afstand te doen van de verschuldigd gebleven vordering met betrekking tot de overdracht van de gesecureerde geldlening door RTG aan Selten. Door gebruik te maken van die mogelijkheid zou Selten als gevolg van de vrijgave van haar pandrecht niet in een slechtere financiële positie komen te verkeren. Tot slot zijn de belangen aan de zijde van de Curatoren groot, nu de doorstart leidt tot behoud van ongeveer 140 winkels en 650 arbeidsplaatsen en een wellicht hogere opbrengst voor de boedel.[36] De stellingen van Selten leggen onvoldoende gewicht in de schaal om tot een ander oordeel te komen. De voorzieningenrechter acht voldoende aannemelijk dat de rechter in een bodemprocedure zal oordelen dat Selten misbruik maakt van haar recht indien zij het pandrecht handhaaft.[37] De vorderingen van de Curatoren worden toegewezen.

5.3 Misbruik van recht door de pandhouder in rechtspraak

In de kern betrof het oordeel van de voorzieningenrechter een afweging tussen de belangen van de Curatoren en Selten, waarbij Selten, ondanks haar separatistenpositie, het onderspit delfde. De voorzieningenrechter heeft het oordeel gestoeld op misbruik van recht. Selten maakte immers misbruik van haar recht door het pandrecht te handhaven, terwijl zij door vrijgave van het pandrecht financieel niet in een slechtere positie zou hoeven komen te verkeren. De andere grondslagen die door de Curatoren zijn aangevoerd – onrechtmatige daad en/of strijd met de redelijkheid en billijkheid –, zijn onbesproken gelaten. Deze grondslagen sluiten elkaar echter niet uit. Immers, wordt een handeling gekwalificeerd als misbruik van bevoegdheid (de eigenlijke grondslag op de voet van art. 3:13 BW), dan heeft dat de volgende gevolgen: de te ver gaande uitoefening van de bevoegdheid kan niet worden afgedwongen, en indien door misbruik van bevoegdheid schade ontstaat, zal de gelaedeerde daarvan op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding kunnen vorderen. Daarnaast wordt misbruik van bevoegdheid ook wel gezien als species van het genus redelijkheid en billijkheid.[38] Misbruik van bevoegdheid en misbruik van recht worden in de praktijk veelal door elkaar gebruikt, maar in de literatuur wordt ook wel betoogd dat dit onterecht is, omdat misbruik van bevoegdheid breder zou zijn.[39] Het bepaalt namelijk de grenzen van de bevoegdheid

36 De voorzieningenrechter overweegt immers dat het gaat om IE-rechten waarvan op grond van objectieve aanwijzingen kan worden vastgesteld dat de (objectieve) waarde als losse rechten – los van klantenbestand en onderneming waaraan zij dienstbaar zijn – veel lager is dan de waarde bij verkoop in samenhang met het klantenbestand of met de onderneming als geheel: Rb. Noord-Holland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4344, r.o. 5.12.

37 Rb. Noord-Holland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4344, r.o. 5.11-5.17.

38 E.J.H. Schrage, Misbruik van bevoegdheid (Mon. BW nr. 4A), Deventer: Wolters Kluwer 2019/2.5.1.

39 Zie bijv. Huijgen, in: T&C BW, commentaar op art. 3:13 BW (actueel t/m 1 juli 2021); MvT, Parl. Gesch. InvW 3, p. 1048.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

zélf, en dat kan bijvoorbeeld ook een bevoegdheid van de bewindvoerder of voogd zijn, misbruik van rechtspersoonlijkheid, of het executeren van een vonnis. In dit specifieke geval was sprake van misbruik van recht, nu Selten trachtte haar pandrecht te handhaven, met als sanctie dat zij dit recht moest vrijgeven. De gevolgen van misbruik van bevoegdheid, voor zover hiertussen een onderscheid zou moeten worden gemaakt, zijn in feite niet anders, nu de uitoefening van de bevoegdheid niet kan worden afgedwongen.

Overigens is met de D-Reizen-uitspraak niet gezegd dat bij een belangenafweging de pandhouder altijd het onderspit delft. In 2019 oordeelde de rechtbank Amsterdam nog dat het verzoek ex art. 3:251 BW van een pandhouder, om de aan hem verpande aandelen onderhands te verkopen, werd toegewezen, waarbij de rechtbank overwoog dat in het algemeen de belangen van betrokkenen zijn gediend bij een zo hoog mogelijke opbrengst.[40] Dit past bij de ratio van de eerder besproken opbrengstmaximalisatie. Immers, indien de pandhouder streeft naar een zo hoog mogelijke opbrengst, zal zijn vordering zo veel mogelijk door die opbrengst worden gedelgd, met als gevolg dat er een zo laag mogelijke restvordering overblijft, waarmee de pandhouder mag delen in de opbrengst van de boedel. Ook kan het voorkomen dat er juist nog wat surplus teruggaat naar de boedel. In die zaak bij de rechtbank Amsterdam hield de wijze van voorgenomen verkoop in dat de verpande aandelen zouden worden verkocht aan een stichting administratiekantoor voor een bedrag van € 1, onder een aantal voorwaarden. Vervulling van die voorwaarden zou tot gevolg hebben dat de uitstaande schuld van een van de betrokken schuldeisers zou worden verminderd met € 200 miljoen en de pandhouder haar verhaalspositie kon veiligstellen, maar de transactie zou ook tot gevolg hebben dat aandeelhouders en pandgevers met lege handen zouden achterblijven.[41]

De rechtsoverweging van de voorzieningenrechter in het D-Reizen-faillissement, waarin wordt geïmpliceerd dat het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst wordt begrensd door de objectieve indicatie van de verhaalswaarde van het verpande object, staat hiermee enigszins op gespannen voet, al is in deze zaak wel relevant dat de opbrengst van de verkoop in het kader van de doorstart voor de boedel meer opleverde dan de verkoop van de afzonderlijke delen. De Curatoren mochten en moesten dat nastreven, mede gelet op de andere belangen die speelden (zoals behoud van werkgelegenheid).

Het uitgangspunt is aldus dat het de pandhouder vrijstaat zijn recht van parate executie uit te oefenen, tenzij mag worden verwacht dat de voorgenomen wijze van tenuitvoerlegging (waarbij dan dus blijkbaar niet alleen wordt gekeken naar de hoogte van de opbrengst) de overige schuldeisers of de pandgever nodeloos zal schaden. Aldus is sprake van een belangenafweging. Deze ratio werd ook gevolgd in een ander vonnis van de rechtbank Amsterdam, waarbij een belangenafweging moest worden gemaakt tussen de belangen van de pandhouder op aandelen en het vennootschappelijk belang. De rechtbank overwoog onder meer dat in de financie-

40 Rb. Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6505, r.o. 5.2.
41 Rb. Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6505, r.o. 5.3.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ringspraktijk zeer gebruikelijk is dat de bank een pandrecht op aandelen verkrijgt en daarbij wordt bedongen dat het stemrecht op de bank als pandhouder overgaat als de schuldenaar in gebreke blijft met zijn (betalings)verplichtingen. Zo kan ook worden voorkomen dat de waarde van het onderpand wordt uitgehold of dat daaraan anderszins schade wordt toegebracht, terwijl de bank met behulp van het stemrecht bovendien de nodige besluiten kan initiëren teneinde de aandelen 'verkoopklaar' te maken, aldus de rechtbank.[42] Het gerechtvaardigd belang van een pandhouder loopt niet steeds parallel met dat van de vennootschap. Ter voorkoming van de uitholling van een pandrecht als zekerheidsrecht in het financieel verkeer zal daarom onder omstandigheden het vennootschappelijk belang moeten wijken voor het belang van de pandhouder. De pandhouder mag echter niet zijn belangen laten prevaleren op zodanige wijze dat sprake is van misbruik van recht als bedoeld in art. 3:13 BW.[43]

Tot slot nog een ander voorbeeld dat, gelet op het onderwerp van de D-Reizen-uitspraak (IE-rechten), niet onbesproken mag blijven: de rechtbank Oost-Brabant oordeelde in 2018 in een zaak over executie van pandrechten op intellectuele-eigendomsrechten dat moet worden aangenomen dat slechts onder bijzondere omstandigheden sprake zal zijn van misbruik van de in de wet verankerde bevoegdheid van de pandhouder om tot parate executie over te gaan. Misbruik kan onder meer worden aangenomen indien de pandhouder – mede gelet op de belangen aan de zijde van de pandgever (schuldenaar) die door de executie zullen worden geschaad – geen redelijk te respecteren belang heeft bij de parate executie, en ingeval er door de parate executie aan de zijde van de schuldenaar een noodsituatie zal ontstaan.[44] In die zaak waren de eisers die parate executie wilden voorkomen hun geldleningsovereenkomsten niet nagekomen, waarna die geldleningsovereenkomsten door de pandhouders zijn opgezegd en de geldleningen volledig zijn opgeëist. De eisers hadden in die zaak onvoldoende feiten en/of omstandigheden gesteld en onvoldoende onderbouwd dat sprake was van misbruik van bevoegdheid door de pandhouders, en zij konden bovendien niet aannemelijk maken dat er aan hun zijde een noodtoestand zou ontstaan.[45]

De D-Reizen-uitspraak is aldus, indachtig de feiten van de zaak, geen verrassing, maar wel een wake-up call voor pandhouders die menen dat hun (separatisten)positie onbegrensd is, alsook overigens hypotheekhouders die een separatistenposi-

42 Maar let op: in een recentere (WHOA-)zaak werd het een pandhouder niet toegestaan om dat stemrecht te gebruiken op een wijze die de afkoelingsperiode ex art. 376 Fw zou doorkruisen. De rechtbank oordeelde naar aanleiding van de feiten en omstandigheden in die zaak dat de pandhouder haar bevoegdheid tot het (doen) uitoefenen van stemrechten verbonden aan de aandelen niet kan uitoefenen voor de duur van de afkoelingsperiode: Rb. Amsterdam 25 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1876, r.o. 5.4.

43 Rb. Amsterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5819, r.o. 4.5; dit vonnis is hierna bekrachtigd door Hof Amsterdam (OK) 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2380, waarna bekrachtiging/bevestiging volgde door HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:588.

44 Rb. Oost-Brabant 7 maart 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1127, r.o. 5.3; zie ook meer recent, nadat een vonnis tot executie was verkregen: Rb. Gelderland 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5918, r.o. 4.7.

45 Rb. Oost-Brabant 7 maart 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1127, r.o. 5.4.

doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

tie genieten. Die begrenzing bestaat in ieder geval in de vorm van art. 3:13 BW, alsook in de vorm van de in paragraaf 2 tot en met 4 besproken voorbeelden. Hoewel in het kader van het uitwinnen van een pandrecht het adagio is dat de opbrengst zo hoog mogelijk moet zijn, hoeft dat dus niet altijd de doorslag te geven indien de wijze waarop die opbrengst wordt gegenereerd (de wijze van tenuitvoerlegging) dusdanig de belangen van andere stakeholders en maatschappelijke belangen schaadt, dat die belangenafweging moet uitslaan in het nadeel van de pandhouder.

6 Conclusie

Pandhouders (alsook hypotheekhouders) genieten veelal het recht van parate executie, ook wanneer sprake is van faillissement van hun schuldenaar. Deze (separatisten)positie is echter niet onbegrensd, zo bevestigde de voorzieningenrechter in de zaak tussen de Curatoren in het faillissement van het D-Reizen-concern en Selten. Selten, die een pandhouder was op IE-rechten van het D-Reizen-concern, liep tegen de grens aan van art. 3:13 BW, waardoor zij haar pandrecht moest opgeven. Dit is echter slechts één van de grenzen waar de pandhouder tegenaan kan lopen. Zo kan de pandhouder ermee worden geconfronteerd dat de pandgever de aan zijn vordering verbonden schuldeisersbevoegdheden uitoefent, zoals het treffen van een betalingsregeling met de schuldenaar of het kwijtschelden van een vordering. Het recht van de pandhouder wordt daarnaast ook op andere manieren begrensd, bijvoorbeeld door de termijn voor het uitoefenen van zijn rechten ex art. 58 Fw, de afkoelingsperiode in faillissement, en ook een procedure onder de WHOA kan onder omstandigheden afbreuk doen aan de positie van pandhouders. Dit is enerzijds omdat zij mogelijk met minder genoegen moeten nemen als het akkoord van hun schuldenaar wordt gehomologeerd en alleen dat deel van de vordering dat wordt gedekt door de liquidatiewaarde van het onderpand de bescherming geniet van de rangorde, en anderzijds omdat zij in beginsel hun rechten niet mogen uitoefenen indien een afkoelingsperiode wordt gelast. Kortom: pandhouders, ken uw grenzen!

Onderneming en Financiering 2022 (30) 1
doi: 10.5553/OenF/157012472022030001003