

FIP

TIJDSCHRIFT **FINANCIERING**,
ZEKERHEDEN EN **INSOLVENTIE**
RECHT**PRAKTIJK**

Van de uitgever van «JOR»

De herziene insolventieverordening

Mr. S. van Dongen

**Rabobank/Verdonk q.q.: onrechtmatig handelen en
persoonlijke aansprakelijkheid van de curator**

Mr. J.A. Stal

**De reikwijdte van de (innings)bevoegdheid van de openbare
pandhouder**

Mr. S. Houdijk en mr. M.S. Breeman

WWW.FIP-ONLINE.NL

2016/5

Sdu

oprecht
de beste
keuze



217. De reikwijdte van de (innings)bevoegdheid van de openbare pandhouder

MR. S. HOUDIJK EN MR. M.S. BREEMAN

Is de inningsbevoegde pandhouder bevoegd het faillissement van de debiteur van de verpande vordering aan te vragen? Recent hebben twee gerechtshoven deze vraag verschillend beantwoord. Naar aanleiding van deze arresten wordt in dit artikel de reikwijdte van de (innings)bevoegdheid van de openbare pandhouder besproken. Aan de orde komen het in en buiten rechte nakoming vorderen, sommeren, in gebreke stellen, incassokosten vorderen, beslag leggen, uitwinnen van gestelde zekerheden en het aanvragen van het faillissement van de debiteur van de verpande vordering. Tevens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre een tussen de pandhouder en pandgever overeengekomen afwijkende verdeling van schuldeisersbevoegdheden werking heeft.

Inleiding

Onlangs zijn er twee arresten gewezen over de vraag of de openbaar pandhouder bevoegd is het faillissement van de debiteur van de verpande vordering aan te vragen. Deze arresten roepen de vraag op hoe ver de inningsbevoegdheid van de pandhouder reikt.

Gerechtshof Amsterdam

In een zaak voor het gerechtshof Amsterdam¹, betwistte de pandhouder van een verpande vordering dat de curator gerechtigd was het faillissement van de debiteur aan te vragen. De pandhouder betoogde dat de bevoegdheid het faillissement van de debiteur van de verpande vordering aan te vragen op hem was overgegaan als onderdeel van de inningsbevoegdheid die de pandhouder toekwam. Het gerechtshof Amsterdam oordeelde dat de curator, ondanks de openbaarmaking van het pandrecht, nog steeds bevoegd was het faillissement aan te vragen. Het gerechtshof kwam tot die conclusie omdat de waarde van de verpande vordering hoger was dan de geseceerde schuld aan de pandhouder. De curator zou derhalve inningsbevoegd zijn gebleven voor wat betreft de overwaarde van de verpande vordering. Verder oordeelde het gerechtshof Amsterdam dat de curator geen misbruik maakt van zijn bevoegdheid het faillissement aan te vragen. Het gerechtshof Amsterdam heeft dit oordeel niet verder onderbouwd, maar het lijkt te

impliceren dat degene die inningsbevoegd is met betrekking tot een vordering, tevens bevoegd is het faillissement van de debiteur van die vordering aan te vragen.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden² lag kort geleden eveneens de vraag voor of de openbaar pandhouder bevoegd is het faillissement van de debiteur van de verpande vordering aan te vragen. Dit gerechtshof oordeelde echter – onder verwijzing naar het Neo River-arrest³ – dat deze bevoegdheid niet behoort tot de in art. 3:246 BW aan de pandhouder toegekende bevoegdheden.

Plan van behandeling

Hieronder zullen we in eerst ingaan op de vraag hoe ver de in art. 3:246 BW aan de pandhouder toegekende bevoegdheden reiken. Wij besteden daarbij bijzondere aandacht aan de bevoegdheid tot het aanvragen van faillissement van de debiteur van de verpande vordering. Naast de reikwijdte van de inningsbevoegdheid op grond van art. 3:246 BW, bespreken we of de pandhouder en de pandgever in aanvulling op de wettelijke inningsbevoegdheid contractueel, al dan niet met werking jegens derden, kunnen overeenkomen dat ook andere schuldeisersbevoegdheden van de pandgever op de pandhouder overgaan. Voor de duidelijkheid noemen we in dit artikel de

1 Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2015, «JOR» 2015, 314, m.nt. Verburgt (Sypesteyn c.s./Dekker q.q.).

2 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2016, «JOR» 2016, 175, m.nt. T.E. Boons (Megalim/De Veenbloem).

3 HR 21 januari 2014, NJ 2015, 82 (ImmunumAge/Neo River).

schuldenaar van de door de pandgever verpande vordering de 'debiteur'. Indien wordt verwezen naar de pandhouder wordt daarmee bedoeld de houder van een openbaar pandrecht⁴ op een vordering.

Wat valt er onder de inningsbevoegdheid?

De inningsbevoegdheid in art. 3:246 BW

De Hoge Raad heeft in het Neo River-arrest bepaald dat door vestiging van een beperkt recht de schuldeisersbevoegdheden van de rechthebbende niet zonder meer overgaan op de beperkt gerechtigde. Of en in hoeverre dit het geval is, hangt af van de wettelijke regeling van het desbetreffende beperkte recht. Krachtens art. 3:246 BW is de openbaar pandhouder bevoegd in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen, de zogenoemde inningsbevoegdheid. Hij is eveneens bevoegd tot opzegging, indien de vordering door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt, de zogenoemde opzeggingsbevoegdheid. De opzeggingsbevoegdheid komt in dit artikel verder niet aan de orde. Welke (rechts)handelingen onder de inningsbevoegdheid vallen zullen wij hieronder bespreken.

Reikwijdte inningsbevoegdheid

De wet bepaalt dat de pandhouder na mededeling bevoegd is in en buiten rechte nakoming te vorderen en betalingen in ontvangst te nemen. De wetgever noch de Hoge Raad hebben een uitputtend overzicht gegeven van (rechts) handelingen die wel en niet onder de inningsbevoegdheid vallen.⁵ Uit de wet, rechtspraak en literatuur vloeit voort dat de inningsbevoegdheid van de pandhouder de volgende rechtshandelingen omvat:

- Innen van de vordering;
- Buiten rechte nakoming vorderen, sommen en in gebreke stellen;
- Incassokosten vorderen;
- In rechte nakoming vorderen en beslag leggen;
- Uitwinnen van de voor de verpande vordering gestelde zekerheid.

We lichten dit hierna per rechtshandeling toe. Daarna gaan we in op de vraag of de inningsbevoegdheid mede omvat de bevoegdheid het faillissement van de debiteur aan te vragen.

Innen van de vordering

De pandhouder is bevoegd de volledige vordering te innen. Zijn inningsbevoegdheid is niet beperkt tot het

bedrag van de gesecureerde vordering.⁶ Ook ten aanzien van een overwaarde is de pandhouder na mededeling met uitsluiting van de pandgever inningsbevoegd.⁷ De overwaarde komt na inning door de pandhouder alsnog bij de pandgever terecht, tenzij er andere gerechtigden zijn.⁸ Het hiervoor in paragraaf 1 genoemde oordeel van het

Innen omvat in en buiten rechte nakoming vorderen, sommen, in gebreke stellen, incassokosten vorderen, beslag leggen en uitwinnen van gestelde zekerheden.

gerechtshof Amsterdam in de zaak Sypesteijn c.s./Dekker q.q. dat de pandgever inningsbevoegd blijft ten aanzien van de overwaarde van de verpande vordering lijkt ons dan ook onjuist.⁹

Buiten rechte nakoming vorderen, sommen en in gebreke stellen

De pandhouder mag buiten rechte nakoming vorderen van de debiteur. Dit mag vanzelfsprekend tevens in de vorm van een sommatie.¹⁰ Indien het verzoek of de sommatie een redelijke termijn voor nakoming bevat, dan kwalificeert dit mede als ingebrekestelling.¹¹ Naar onze mening mag de pandhouder die ingebrekestelling sturen nu dit de opmaat is naar het vorderen van nakoming in rechte, iets waartoe de pandhouder volgens de wettekst eveneens expliciet bevoegd is.¹² Bovendien is verzuim vereist om buitenge-

6 Zie onder meer Prof. O.K. Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1991, p. 130 en A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/54.

7 Zie onder meer Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/45, 54.

8 Na inning door de pandhouder komt het pandrecht op het geïnde te rusten, art. 3:246 lid 5 BW. De pandhouder kan vervolgens zijn opeisbare vordering voldoen uit het geïnde, art. 3:255 lid 1 BW. De pandhouder is daarna verplicht het overschot aan de pandgever uit te keren, art. 3:253 lid 1 BW. Zijn door de inning de rechten van andere pandhouders of andere gerechtigden teniet gegaan dan dient de pandhouder uit te keren conform art. 490b Rv. Indien er meerdere pandhouders zijn, heeft alleen de hoogst gerangschikte pandhouder de inningsbevoegdheid, art. 3:246 lid 3 BW. In de literatuur wordt wel eens aangenomen dat art. 3:246 lid 3 BW mede verwijst naar de stil pandhouder, waardoor bij meerdere pandrechten de stil pandhouder een inningsbevoegdheid kan hebben. Wij zijn echter van mening dat lid 3 van art. 3:246 BW in samenhang moet worden gelezen met de daaraan voorafgaande leden, waardoor alleen de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder inningsbevoegd is, ook indien er een stil pandhouder is met een hogere rang (zie onder meer Rank-Berenschot, 'Inning van meervoudig verpande vorderingen', *WPNR* 1998, p. 189-190 en Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/45, 54).

9 Gerechtshof Amsterdam, 7 juli 2015, «JOR» 2015, 314, r.o. 3.5, zoals terecht opgemerkt door B.E. Verburgt in zijn noot onder dit arrest.

10 Gerechtshof Leeuwarden, 26 oktober 2005, «JOR» 2006, 22, m.nt. Steneker.

11 Art. 6:82 lid 1 BW. Zie J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 106.

12 Zo ook A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer 2008, p. 270 en A. Steneker in zijn noot onder Gerechtshof Leeuwarden, 26 oktober 2005, «JOR» 2006, 22. Anders: J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 111.

4 Dan wel door het vestigen van een openbaar pandrecht krachtens art. 3:236 lid 2 BW jo 3:94 BW, dan wel door het omzetten van stil pandrecht in openbaar pandrecht door het doen van mededeling op grond van art. 3:239 lid 3 BW.

5 Volgens Wibier lijkt de HR deze vraag in het Neo River-arrest zelfs uit de weg te gaan, R.M. Wibier, 'Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415 (Immun'Age/Neo River)', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014-9, p. 260.

rechtelijke incassokosten¹³ bij de debiteur in rekening te kunnen brengen.¹⁴ Verzuim is in beginsel tevens vereist om een pandrecht of hypotheekrecht dat gevestigd is tot zekerheid van de nakoming van de verpande vordering uit te kunnen winnen.¹⁵ Dat de pandhouder de aan de verpande vorderingen verbonden zekerheden mag uitwinnen blijkt uit het ABN AMRO/Marell-arrest,¹⁶ waar wij hieronder op

De openbaar pandhouder is naar onze mening ook bevoegd het faillissement van de debiteur aan te vragen.

ingaan. Slechts als de pandhouder zelfstandig het verzuim in kan laten treden, zal hij de mogelijkheid hebben van die bevoegdheid gebruik te maken zonder medewerking van de pandgever. Zonder zelfstandig in gebreke te kunnen stellen zou het voor de pandhouder daarnaast lastiger worden om beslag te leggen ten laste van de niet betalende debiteur.¹⁷

Incassokosten vorderen

De pandhouder is bevoegd de kosten die hij zelf heeft gemaakt om de verpande vordering te incasseren van de debiteur te vorderen.¹⁸ Weliswaar kan de pandhouder de incassokosten ook verhalen op de pandgever,¹⁹ maar in de eerste plaats zal de pandhouder deze kosten in rekening willen en mogen brengen bij de debiteur.²⁰

In rechte nakoming vorderen en beslag leggen

In art. 3:246 BW staat expliciet vermeld dat de pandhouder in rechte nakoming mag vorderen. In een procedure tussen de pandhouder en de debiteur is de pandhouder de formele procespartij, maar de pandgever de materiële procespartij.²¹ Dit brengt met zich dat de pandgever gebonden is aan het oordeel van de rechter over de vordering in de procedure tussen de pandhouder en de debiteur.²²

Ondanks dat de Hoge Raad hierover (nog) niet heeft geoordeeld, wordt er in de literatuur en in de praktijk vanuit gegaan dat onder in rechte optreden tevens valt het leggen van executoriaal en conservatoir beslag ten laste van de debiteur.²³ In het licht van het Neo River-arrest en het eerder genoemde arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, kan men zich afvragen of deze opvatting ook door de rechter wordt gedeeld. Ons inziens zou dat wel het geval moeten zijn.

De pandhouder is bevoegd in rechte nakoming te vorderen. Hieruit vloeit noodzakelijkerwijs voort dat hij tevens bevoegd is de in een dergelijke procedure verkregen titel ten uitvoer te leggen door executoriaal beslag te leggen ten laste van de debiteur. Er is naar onze mening geen reden waarom de pandhouder vooruitlopend op de uitkomst van de bodemprocedure geen conservatoir beslag zou kunnen leggen. Zou dit niet onder 'in rechte nakomen vorderen' vallen en zou daarentegen de pandgever bevoegd zijn conservatoir beslag te leggen, dan leidt dit tot de vreemde situatie dat de pandgever na beslaglegging niet de ingevolge art. 700 lid 3 Rv noodzakelijke bodemprocedure kan instellen, omdat dit onder de inningsbevoegdheid van de pandhouder valt.²⁴

Uitwinnen van voor de verpande vordering gestelde zekerheid

Recent heeft de Hoge Raad in het ABN AMRO/Marell-arrest geoordeeld dat de pandhouder tevens de voor de verpande vordering gestelde zekerheid mag uitwinnen.²⁵ Sinds het arrest Rabobank/Stormpolder²⁶ werd dit in de literatuur al vrij algemeen aangenomen. Sommige auteurs meenden dat de pandhouder bevoegd zou zijn tot uitwinning, omdat sprake zou zijn van een gedeeltelijke overdracht van de vordering aan de pandhouder.²⁷ De Hoge Raad gaat op deze vraag niet in en oordeelt zonder verdere onderbouwing dat de inningsbevoegdheid tevens de bevoegdheid tot uitwinning van de aan die vordering verbonden zekerheidsrechten omvat.²⁸

Het arrest roept de vraag op of deze rechtsregel enkel geldt voor pandrechten en hypotheekrechten of dat ook andere (al dan niet persoonlijke) zekerheden – zoals borgtocht,

13 Art. 6:74 jo 6:95 jo. 6:96 lid 2 sub b BW.

14 Zoals hierna besproken is de pandhouder bevoegd incassokosten te vorderen.

15 Art. 3:248 lid 1 BW respectievelijk art. 3:268 lid 1 BW.

16 HR 18 december 2015, NJ 2016, 34 (ABN AMRO/Marell).

17 Op grond van de beslagsyllabus dient immers voor bepaalde vorderingen, waaronder vorderingen uit hoofde van leningsovereenkomsten, een ingebrekestelling te worden overgelegd om het recht waarvoor beslag wordt gelegd ingevolge art. 700 lid 2 Rv voldoende te onderbouwen. Beslagsyllabus, augustus 2015, p. 8.

18 Zie ten aanzien van incassokosten J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 359 en p. 360. In de jurisprudentie worden incassokosten ook toegekend aan de pandhouder, zie ter illustratie Rechtbank Den Haag, 16 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14616 en Rechtbank Rotterdam, 27 augustus 2008, RI 2009, 29.

19 Dit zijn executiekosten/kosten tot behoud in de zin van art. 3:246 lid 2 BW, zie GS Vermogensrecht, art. 3:243 BW, aant. 4.4.1. Het pandrecht strekt ingevolge art. 3:246 lid 2 BW ook tot zekerheid van deze incassokosten.

20 GS Vermogensrecht, art. 3:243 BW, aant. 4.4.1 en J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer 2011, 360.

21 J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 119.

22 A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer

2008, p. 270.

23 A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer 2008, p. 294. Zie eveneens N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt in hun noot onder HR 1 april 2016, «JOR» 2016, 105 (ABN AMRO/Marell).

24 T.E. Boons in zijn noot onder Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden 17 maart 2016, «JOR» 2016, 175.

25 HR 18 december 2015, NJ 2016, 34 (ABN AMRO/Marell), r.o. 3.5.2.

26 HR 11 maart 2005, NJ 2006, 362 (Rabobank/Stormpolder).

27 Zie voor een beschrijving van deze stroming in de literatuur R.J.P. Ferwerda, 'Herverpanding en verpanding van een gesecureerde vordering', *MvV* 2016-3.

28 HR 18 december 2015, NJ 2016, 34 (ABN AMRO/Marell), r.o. 3.5.2. Er bestaat echter geen consensus over de exacte grondslag van de bevoegdheid tot uitwinnen van de zekerheidsrechten, vergelijk R.J.P. Ferwerda, 'Herverpanding en verpanding van een gesecureerde vordering', *MvV* 2016-3, S.C.J.J. Kortmann, 'Inning van andermans gesecureerde vordering', *Tvl* 2005, 19 en conclusie A-G Wissink para 2.6.2, HR 18 december 2015, NJ 2016, 34 (ABN AMRO/Marell).

hoofdelijkheid, de 403-verklaring,²⁹ bankgarantie, eigendomsvoorbehoud en retentierecht – door de pandhouder kunnen worden ingeroepen. De heersende leer in de literatuur is dat de inningsbevoegde pandhouder van rechtswege de rechten kan uitoefenen verbonden aan de verpande vordering als deze rechten kwalificeren als afhankelijke rechten en nevenrechten.³⁰

Algemeen wordt aangenomen dat borgtocht door de inningsbevoegde pandhouder kan worden uitgeoefend, omdat dit een afhankelijk recht en nevenrecht is.³¹ Het merendeel van de schrijvers is van mening dat hoofdelijkheid, de 403-verklaring, eigendomsvoorbehoud en retentierecht niet door de pandhouder kunnen worden uitgeoefend, omdat zij geen afhankelijke rechten en/of nevenrechten zijn.³² Of de pandhouder zich kan beroepen op een bankgarantie hangt in die visie af van de vraag of de bankgarantie kan worden aangemerkt als een afhankelijk en/of nevenrecht.³³ Faber en Vermunt stellen naar aanleiding van het ABN AMRO/Marell-arrest, in afwijking van de heersende literatuur tot dat moment, dat de inningsbevoegde pandhouder ook niet-afhankelijke rechten die dienen tot zekerheid van de verpande vordering kan uitoefenen.³⁴ Zij lichten dat in hun noot bij het arrest niet nader toe.

Wij merken op dat de Hoge Raad het afhankelijke karakter en/of het zijn van nevenrecht niet noemt in het ABN

AMRO/Marell-arrest als grondslag voor de bevoegdheid van de pandhouder om tot uitwinning over te gaan van de aan die vordering verbonden zekerheidsrechten. Naar onze mening vloeit uit het ABN AMRO/Marell-arrest dan ook voort dat de inningsbevoegde pandhouder de bevoegdheid heeft afhankelijke rechten die tevens nevenrechten zijn uit te oefenen, niet omdat zij afhankelijke rechten en nevenrechten zijn, maar omdat deze bevoegdheden binnen de inningsbevoegdheid van de pandhouder vallen.³⁵ Het afhankelijke karakter of zijn van nevenrecht vormt naar onze mening geen sluitend argument. Overgang van de inningsbevoegdheid laat immers onverlet dat de vordering als subjectief vermogensrecht in het vermogen van de pandgever blijft.³⁶ Het afhankelijke karakter van hypotheekrecht, pandrecht en borgtocht is verbonden met de vordering als subjectief vermogensrecht zelf en niet verbonden met de rechtsvordering die de inningsbevoegde pandhouder kan instellen.³⁷ De vordering gaat daarnaast naar onze mening als subjectief vermogensrecht niet over op de pandhouder, zodat art. 6:142 BW, dat ziet op de overgang van nevenrechten, geen toepassing vindt.

Is de pandhouder bevoegd het faillissement van de debiteur aan te vragen?

Het aanvragen van het faillissement van de debiteur is een schuldeisersbevoegdheid gericht op inning bij uitstek, maar wordt niet expliciet genoemd in art. 3:246 BW. Betekent dit dan dat de pandhouder hiertoe niet gerechtigd is³⁸ of valt het aanvragen van het faillissement onder de inningsbevoegdheid van de pandhouder?

De faillissementsprocedure wordt wel omschreven als een collectieve verhaalsprocedure door een onafhankelijke buitenstaander ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.³⁹ Zo bezien lijkt de vraag of de pandhouder het faillissement van de debiteur mag aanvragen eenvoudig te beantwoorden. Als de pandhouder individueel verhaal mag nemen door beslag te leggen, dan mag hij ook een procedure starten tot het nemen van collectief verhaal door een curator namens de gezamenlijke schuldeisers.⁴⁰ Aan de andere kant, het aanvragen van het faillissement van

29 De verklaring van de moedermaatschappij dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen van haar dochtermaatschappij voortvloeiende schulden, zoals bedoeld art. 2:403 lid 1 sub f BW.

30 Afhankelijke rechten zijn ingevolge art. 3:7 BW rechten die zonder het hoofdrecht niet afzonderlijk kunnen bestaan. Afhankelijke rechten gaan in beginsel mee over met het hoofdrecht naar een nieuwe rechthebbende ingevolge art. 3:82 BW. Nevenrechten zijn rechten die zijn verbonden aan een vordering als hoofdrecht. Bij overgang van de vordering gaan de daarbij behorende nevenrechten ook mee over op grond van art. 6:142 lid 1 BW. Pandrecht, hypotheekrecht, borgtocht, voorrechten, het recht op rente, boete en dwangsom zijn voorbeelden van nevenrechten.

31 Zie onder meer GS Vermogensrecht, art. 3:228 BW, aant. 2.1.9, Berger-voet, Borgtocht, diss. (2014), nr. 91, N.E.D. Faber en mr. N.S.G.J. Vermunt in hun noot onder HR 1 april 2016, «JOR» 2016, 105 (ABN AMRO/Marell) en J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 106.

32 Zie voor hoofdelijkheid en de 403-verklaring: S. Bartman in zijn noot onder Gerechtshof Amsterdam, 6 september 2001, «JOR» 2001, 170 (ING/Akzo Nobel). De Hoge Raad oordeelde met betrekking tot de 403-verklaring dat de pandhouder van de vordering waarvoor de moedermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk is op grond van de 403-verklaring geen schuldeiser [is] voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt ex art. 2:404 lid 5 BW (HR 28 juni 2002, «JOR» 2002, 136). Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW, nr. B12a), 2012/54, J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 106. Aangezien de pandgever bevoegd blijft de hoofdelijk schuldenaar aan te spreken, komt de vraag op in hoeverre de pandgever zonder rekening te houden met de inningsbevoegde pandhouder kan innen, zie hierover onder meer J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 335. Zie voor eigendomsvoorbehoud en retentierecht: GS Vermogensrecht, art. 3:228 BW, aant. 2.1.9 en J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 277-278 respectievelijk p. 284-286. Anders: H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 14, noot 36.

33 Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW, nr. B12a), 2012/54.

34 N.E.D. Faber en mr. N.S.G.J. Vermunt in hun noot onder HR 1 april 2016, «JOR» 2016, 105 (ABN AMRO/Marell).

35 Zie in deze zin eveneens A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie bij HR 11 maart 2005, NJ 2006, 362 (Rabobank/Stormpolder). Overigens erkennen we dat deze redenering in feite een cirkelredenering is.

36 Zie nader voor het onderscheid tussen het subjectieve recht en de rechtsvordering I.C. Engels en A. Ourhris, 'Wie mag het faillissement van de schuldenaar van een verpande vordering aanvragen?', *Tv* 2016, 17 en de door hen aangehaalde literatuur.

37 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/136. Art. 3:323 lid 1 BW en art. 7:863 BW die bepalen dat hypotheekrecht en pandrecht respectievelijk borgtocht teniet gaan door verjaring van de rechtsvordering van het hoofdrecht zouden anders immers niet nodig zijn.

38 Zie in deze zin Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 17 maart 2016, «JOR» 2016, 175, m.nt. T.E. Boons (Megalim/De Veenbloem).

39 Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2014, par. 1.2.

40 Biemans maakt daarbij de kanttekening dat het faillissement wel dienstig aan de inning moet zijn en dat niet nodeloos gebruik mag worden gemaakt van deze bevoegdheid, J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer, 2011, 188. Boons lijkt in zijn noot onder Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 17 maart 2016, «JOR» 2016, 175, ten onrechte te suggereren dat de pandhouder zelf verhaal neemt.

de debiteur kan de belangen van de pandgever diepgaand treffen. De pandgever raakt mogelijk door het faillissement een belangrijke klant kwijt en mist toekomstige omzet.⁴¹ Dit pleit tegen het aannemen van de bevoegdheid van de pandhouder het faillissement van de debiteur aan te vragen als onderdeel van de inningsbevoegdheid.⁴²

Op grond van art. 1 lid 1 Fw kan de debiteur failliet worden verklaard op eigen aangifte of op verzoek van een schuldeiser. Formeel is de pandhouder niet de schuldeiser van de debiteur. De vordering berust immers bij de

Een afwijkende verdeling van schuldeisersbevoegdheden in de pandakte heeft in ieder geval verbintenisrechtelijke werking.

pandgever. De pandhouder heeft slechts de bevoegdheid de vordering te innen. Art. 1 lid 1 Fw gaat echter niet uit van een formeel schuldeisersbegrip, maar van een materieel schuldeiserbegrip.⁴³ Schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Fw is immers degene die een vordering tot voldoening uit de boedel van de debiteur kan instellen.⁴⁴ De openbaar pandhouder kan ingevolge art. 3:246 BW een vordering tot betaling van de verpande vordering in en buiten rechte instellen. Derhalve is de pandhouder aan te merken als schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Fw en daarom in beginsel bevoegd het faillissement van de debiteur aan te vragen.

Exclusieve bevoegdheid pandhouder?

De inningsbevoegdheid van de pandhouder is exclusief.⁴⁵ De pandgever kan na mededeling van het pandrecht de hiervoor genoemde bevoegdheden niet meer uitoefenen, behoudens toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter.⁴⁶ Echter, indien rechtshandelingen die binnen de reikwijdte van de inningsbevoegdheid van de pandhouder vallen, eveneens door de pandgever moeten kunnen worden verricht om de aan de pandgever toekomende schuldeisersbevoegdheden uit te oefenen, zal de pandgever dat uiteraard mogen doen. Zo zal de pandgever bevoegd zijn de debiteur in gebreke te stellen

om vervolgens een overeenkomst te kunnen ontbinden of vervangende schadevergoeding te kunnen vorderen.

Uitbreiding bevoegdheden pandhouder mogelijk?

In de praktijk worden op grote schaal gedetailleerde afspraken gemaakt in pandaktes over welke schuldeisersbevoegdheden door de pandhouder kunnen worden uitgeoefend *naast* de innings- en opzeggingsbevoegdheid uit art. 3:246 BW. Hieronder zullen wij onderzoeken in hoeverre deze afspraken verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke werking hebben.

Kritiek op het Neo River-arrest

De Hoge Raad heeft in het Neo River-arrest geoordeeld dat aangezien de wet aan de pandhouder de inningsbevoegdheid en de opzeggingsbevoegdheid toekent, moet worden aangenomen dat andere schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de vordering bij de pandgever blijven rusten. In het bijzonder noemt de Hoge Raad het verlenen van kwijtschelding,⁴⁷ het treffen van een betalingsregeling, het omzetten van de vordering tot nakoming in één tot schadevergoeding en het beëindigen van de overeenkomst tussen de pandgever en de debiteur. De Hoge Raad komt tot dit oordeel op basis van de parlementaire geschiedenis en overweegt, in lijn met die parlementaire geschiedenis, dat deze bevoegdheden de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen, terwijl de pandhouder slechts is geïnteresseerd in het verpande voor zover dit zijn vordering waarborgt.⁴⁸

Door het doen van afstand van de vordering gaat de verpande vordering immers teniet en daarmee gaat ook het pandrecht teniet.⁴⁹ Zowel de Hoge Raad als de wetgever achten de pandhouder voldoende beschermd tegen benadeling door een dergelijke afstand, omdat de mogelijkheid blijft bestaan een actio Pauliana in te stellen.⁵⁰ Het is de vraag of de Pauliana in alle gevallen voldoende bescherming kan bieden aan de pandhouder. Daarbij komt dat door het Neo River-arrest de positie van de beslaglegger die onder de debiteur van een vordering beslag legt en de positie van de inningsbevoegde pandhouder uiteenlopen.⁵¹ Krachtens art. 475h Rv heeft beslag immers een blokkerende werking waardoor afstand (kwijtschelding) door de crediteur van een vordering niet aan de beslaglegger kan worden tegengeworpen. Verschillende auteurs hebben om deze redenen vraagtekens gezet bij de wenselijkheid van de

41 Weliswaar laat het faillissement van de debiteur overeenkomsten met derden in beginsel onverlet, maar praktisch heeft een faillissement vaak tot gevolg dat verbintenissen van de debiteur uit hoofde van overeenkomsten niet meer zullen worden nagekomen.

42 Zie B.E. Verburgt in zijn noot onder Gerechtshof Amsterdam, 7 juli 2015, «JOR» 2015, 314.

43 De Hoge Raad lijkt eveneens uit te gaan van een materieel schuldeisersbegrip. In het UPC-arrest merkte de Hoge Raad immers de notehouders van door UPC uitgegeven notes aan als schuldeisers in de zin van de Faillissementswet, hoewel zij niet de juridische rechthebbenden op de notes waren, Hoge Raad 26 augustus 2003, NJ 2004, 549 (UPC), r.o. 3.8.3.

44 GS Faillissementswet (F.P. van Koppen), art. 1 Fw, aant. 10. Zie voor een overzicht van vergelijkbare definities I.C. Engels en A. Ourhris, 'Wie mag het faillissement van de schuldenaar van een verpande vordering aanvragen?', Tvl 2016, 17.

45 Zie J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 75.

46 Art. 3:246 lid 4 BW.

47 Kwijtschelding is afstand om niet in de zin van art. 6:160 lid 2 BW.

48 HR 21 januari 2014, NJ 2015, 82 (Immun'Age/Neo River), r.o. 3.5.2, waarin wordt verwezen naar PG Boek 3, p. 772, 773.

49 Art. 3:81 lid 2 sub a BW.

50 HR 21 januari 2014, NJ 2015, 82 (Immun'Age/Neo River), r.o. 3.5.2, waarin wordt verwezen naar PG Boek 3, p. 772, 773.

51 Snijders wijst in zijn noot onder HR 21 januari 2014, NJ 2015, 82 (Immun'Age/Neo River) erop dat de pandhouder er voor zou kunnen kiezen om eveneens beslag te leggen op de op de aan hem verpande vordering, zodat hij de riantere positie van beslaglegger krijgt.

uitkomst van het Neo River-arrest.⁵²

Voor de pandhouder is het van groot belang dat de pandgever een verpande vordering niet kan kwijtschelden; in het bijzonder als het pandrecht op de betreffende vordering zijn enige zekerheid is om de gesecureerde vordering op de pandgever te waarborgen. In dit kader kan het voor beide partijen van belang zijn dat zij de mogelijkheid hebben om de ook andere schuldeisersbevoegdheden, exclusief aan de pandhouder toe te kennen.

Afwijkende bevoegdheidsverdeling – verbintenisrechtelijke werking

Het staat partijen vrij overeen te komen dat (i) de pandgever niet, althans niet zonder toestemming van de pandhouder, bepaalde schuldeisersbevoegdheden – zoals kwijtschelden – mag uitoefenen of dat (ii) de pandhouder, met uitsluiting van de pandgever, bevoegd is bepaalde schuldeisersbevoegdheden uit te oefenen. Indien een dergelijke afspraak slechts verbintenisrechtelijke werking heeft, geldt deze alleen tussen partijen en de debiteur van de vordering is aan die afspraak niet gebonden. Indien de pandgever handelt in strijd met het verbintenisrechtelijke verbod geen afstand te doen van de vordering, is de daarop gestelde sanctie in de pandakte doorgaans dat dit zal leiden tot opeisbaarheid van de gesecureerde vordering. Uit het bovenstaande volgt reeds dat dit voor de pandhouder vaak onvoldoende soelaas biedt. Van belang blijven deze afspraken echter wel. De pandhouder heeft een vordering uit hoofde van wanprestatie en een dergelijke verbintenisrechtelijke afspraak kan een rol spelen bij eventuele bestuurdersaansprakelijkheid. Bovendien lijkt het ABN AMRO/Berzona-arrest mee te brengen dat een curator een dergelijk verbod in de pandakte niet actief mag doorbreken.⁵³

Het toekennen van de uitoefening van schuldeisersbevoegdheden aan de pandhouder is mogelijk via een volmacht of een last. Omdat de pandhouder zal willen voorkomen dat de pandgever deze bevoegdheden ook zelf behoudt, biedt alleen de privatieve last hiertoe voldoende zekerheid.⁵⁴ De pandhouder wordt in dat geval als lasthebber onherroepelijk – met uitsluiting van de pandgever – bevoegd bepaalde rechten van de pandgever uit te oefenen. Bij privatieve

lastgeving zal de pandhouder de bevoegdheden in eigen naam (en dus niet in naam van de pandgever) uitoefenen.⁵⁵ Deze uitsluiting heeft ook werking tegenover derden, behalve tegenover derden die deze uitsluiting kenden noch behoorden te kennen.⁵⁶ Wil de pandhouder zeker zijn dat de uitsluiting ook werkt tegenover de debiteur, dan zal hij er dus op moeten toezien dat de privatieve last kenbaar wordt gemaakt aan de debiteur (bijvoorbeeld, gelijktijdig met de mededeling van het pandrecht). De privatieve last biedt echter geen soelaas in het geval van faillissement van de pandgever; in dat geval eindigt de lastgeving immers van rechtswege.⁵⁷

Afwijkende bevoegdheidsverdeling – goederenrechtelijke werking

De pandhouder heeft een betere waarborg voor zijn gesecureerde vordering indien de gemaakte afspraken omtrent de bevoegdheden ten aanzien van de verpande vordering onderdeel zouden kunnen worden gemaakt van het pandrecht. De afspraken vormen in dat geval een nadere invulling van het pandrecht en daarmee krijgen zij dezelfde behandeling als het pandrecht. Met andere woorden, deze afspraken kunnen dan aan derden – inclusief de debiteur, een curator in faillissement en rechtsverkrijgers onder bijzondere titel – worden tegengeworpen. In de literatuur is onzeker of art. 3:246 BW, mede in het licht van het Neo River-arrest, ruimte biedt de tussen pandgever en pandhouder gemaakte afspraken goederenrechtelijk effect te laten hebben.⁵⁸

Goederenrechtelijke werking – uitgangspunt gesloten stelsel

Struycken analyseert in zijn dissertatie zeer uitgebreid welke ruimte de wet biedt voor partijautonomie in goederenrechtelijke verhoudingen.⁵⁹ Het gesloten stelsel van het goederenrecht brengt mee dat men alleen de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen.⁶⁰ In beginsel geldt dat aan de inhoud van een beperkt recht geen *andere inhoud* kan worden gegeven dan het volgens de relevante bepaling zou hebben, tenzij uit de wet het tegendeel blijkt. *Binnen* de grenzen van de wettelijke definitie kunnen partijen de inhoud van het recht zelf bepalen, met dien verstande dat (i) de inhoud van het recht alleen zelf kan worden bepaald waar de wet zich van een regeling onthoudt of de wet zelf een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat en (ii) de

52 Zie onder meer R.M. Wibier, 'Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415 (Immunum/Neo River)', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014-9, p. 260, H.J. Snijders in zijn noot onder HR 21 januari 2014, *NJ* 2015, 82 (Immunum/Neo River), B.A. Schuijling in zijn noot onder HR 21 januari 2014, «JOR» 2014/119 (Neo River) en T.B. de Clerck, 'Over de bevoegdheid van de pandgever om afstand te doen van een verpande vordering', *Bb* 2014/62.

53 De Hoge Raad heeft in het ABN AMRO/Berzona-arrest geoordeeld dat de curator ingevolge art. 37 lid 1 Fw de mogelijkheid heeft overeenkomsten niet gestand te doen en de daaruit voortvloeiende verbintenissen (passief) niet na te komen. Het uitspreken van het faillissement heeft echter niet tot gevolg dat de curator ook (actief) een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of overeenkomst hem niet toekent, HR 4 juni 2015, «JOR» 2015, 175, m.nt. Faber en Vermunt (ABN AMRO/Berzona), r.o. 3.6.4. Hieruit lijkt voort te vloeien dat de curator een verbod in de pandakte niet (actief) mag doorbreken. Het valt echter buiten het bestek van dit artikel hier nader op in te gaan.

54 Art. 7:423 BW.

55 Indien de pandhouder zou handelen op basis van een volmacht in plaats van een privatieve last, zou de bevoegdheid in naam van de pandgever worden uitgeoefend.

56 Art. 7:423 lid 1 BW.

57 Art. 7:422 lid 1 sub a BW. Hetzelfde zou gelden in het geval van een volmacht. Ook deze eindigt bij faillissement krachtens art. 3:72 sub a BW.

58 Zie onder meer B.A. Schuijling in zijn noot onder HR 21 januari 2014 (Immunum/Neo River), «JOR» 2014/119, H.J. Snijders in zijn noot onder HR 21 januari 2014 (Immunum/Neo River), *NJ* 2015/82, G.G. Boeve en S. Jansen, in hun noot onder HR 21 januari 2014 (Immunum/Neo River), *Tvl* 2014/24.

59 T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

60 Art. 3:81 lid 1 BW.

bevoegdheden en verplichtingen die men tot inhoud van het zakelijk recht wil maken, een zodanig verband met het beperkte recht dienen te hebben dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is, het zogenoemde voldoende verbandver-eiste.⁶¹

In de literatuur en in de rechtspraak is op verschillende wijzen nadere invulling gegeven aan het voldoende ver-

Artikel 3:246 BW lijkt ruimte voor partijautonomie te bieden

bandvereiste. De Hoge Raad oordeelde in een zaak over de grenzen van de invulling van een erfpachtrecht bijvoorbeeld dat partijen naar eigen goeddunken hun erfpachtverhou-ding kunnen regelen, maar dat zij daarbij weliswaar *niet in strijd mogen komen met het wezen* van het erfpachtrecht.⁶² Beekhuis hanteerde het criterium dat een tussen hoofd-en beperkt gerechtigde getroffen regeling niet in strijd mag komen met de *essentiële karakertrekken* van het recht.⁶³ Ook is betoogd dat dient te worden aangesloten bij het substractieprincipe, volgens welk principe beperkte rechten slechts tot inhoud kunnen hebben een deel van de bevoegdheden die, ware het beperkt recht niet op het goed gevestigd, aan de volledig gerechtigde zouden toekomen.⁶⁴ Uit het bovenstaande volgt dat indien de toepasselijke wettelijke bepaling de inhoud van het goederenrechtelijke recht dwingendrechtelijk bepaalt, hierover geen *afwijkende* bepalingen kunnen worden gemaakt.⁶⁵ Uitgangspunt is dat de wettelijke regeling van dwingend recht is, tenzij de wetgever zelf anders heeft bepaald.⁶⁶ Nu de wetgever voor art. 3:246 BW niet anders heeft bepaald, geldt dat ook dit artikel van dwingend recht is.⁶⁷ Men kan dus niet afwijken van de in art. 3:246 BW vastgelegde toekenning van de innings- en opzeggingsbevoegdheden aan de pandhouder.⁶⁸

Goederenrechtelijke werking – ruimte voor partijautono-mie?

61 Toelichting Meijers, Algemene Opmerkingen Boek 5, p. 3 en MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 296.

62 HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399, m.nt. WMK.

63 Asser-Beekhuis III (1977), p. 206 en E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheids-lijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 109 e.v.

64 Voor een uitgebreide behandeling van het voldoende verbandvereiste en de toetsingscriteria voor de grenzen van de partijautonomie bij een nadere invulling dan wel aanvulling van goederenrechtelijke rechten, zie T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 386 e.v. en E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 109 e.v.

65 Vergelijk ook T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 383.

66 T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 383 onder verwijzing naar de Toelichting Meijers.

67 Zie ook T.B. de Clerck, 'Over de bevoegdheid van de pandgever om afstand te doen van een verpande vordering', *Bb* 2014/62. Schuijling in zijn noot onder «JOR» 2014/119 en Snijders zijn noot onder NJ 2015/82 lijken echter te suggereren dat er wel ruimte is om het dwingendrechtelijke karakter van art. 3:246 BW in twijfel te trekken. Zie ook voetnoot 63.

68 Behalve op de in art. 3:246 lid 4 BW voorziene wijze.

Over overige schuldeisersbevoegdheden is in art. 3:246 BW of elders in de wet echter niets bepaald. De vervolgvraag is daarom ons inziens of het verdedigbaar is dat de wet geen limitatieve opsomming in art. 3:246 BW geeft en zich van een regeling omtrent deze overige schuldeiserbevoegd-heden onthoudt; in dat geval lijkt er ruimte te zijn voor partijautonomie. Aanwijzingen dat er ruimte voor partijautonomie is (i) dat de wet over overige schuldeisers-bevoegdheden niets bepaalt⁶⁹ en (ii) in de parlementaire geschiedenis slechts staat dat bevoegdheden die de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen – zoals het verlenen van kwijtschelding en het treffen van een afbeta-lingsregeling – *in het algemeen*⁷⁰ bij de pandgever behoren te blijven.⁷¹ Noch uit de parlementaire geschiedenis, noch uit het Neo River-arrest blijkt in welke gevallen deze hoofdregel niet van toepassing is.

Gaat men ervan uit dat er ruimte is voor partijautonomie, dan geldt vervolgens dat de aanvullende bevoegdheden van de pandhouder aan het voldoende verbandvereiste dienen te voldoen willen zij onderdeel kunnen uitmaken van het pandrecht. Blijkens de parlementaire geschiedenis is “de pandhouder alleen in het aan hem verpande geïnteresseerd, voor zover dit hem zijn vordering waarborgt”. Ons inziens kan bijvoorbeeld een verbod van de pandgever de verpande vordering kwijt te schelden dan wel deze bevoegdheid toe te kennen aan de pandhouder noodzakelijk zijn om de gesecureerde vordering van de pandhouder te waarborgen, en sluit deze bevoegdheid daarom aan bij de wezensken-merken van een pandrecht. Immers, kwijtschelding leidt tot tenietgaan van de verpande vordering waardoor de pandhouder zijn waarborg verliest. De overgang van dit soort schuldeisersbevoegdheden van de pandgever aan de pandhouder past bovendien ook in het substractieprinci-pe, nu het gaat om toekenning van bevoegdheden aan de pandhouder die zonder de vestiging van het beperkte recht aan de pandgever zouden zijn toegekomen.

Goederenrechtelijke werking – tussenconclusie

Op grond van het bovenstaande, is het ons inziens verdedigbaar om naast de inningsbevoegdheid en opzeg-gingsbevoegdheid ook andere schuldeisersbevoegdheden op goederenrechtelijke wijze aan de pandhouder toe te kennen dan wel deze de pandgever te onttrekken.⁷² Dit kan

69 G.G. Boeve en S. Jansen, geven in hun noot in *TvI* 2014/24 aan dat het feit dat art. 3:246 BW niet expliciet de bevoegdheid tot het doen van afstand van recht aan de pangever of de pandhouder toekent, niet een sterk argument te vinden om ruimte te laten voor ‘een van de wet afwijkende bevoegdheidsverdeling te komen’. Beargumenteerd kan worden dat er hiermee niet afgeweken wordt van de wet, maar dat het pandrecht wordt aangevuld op punten waaromtrent de wet zich van een regeling onthoudt.

70 Snijders geeft aan de dat de passage ‘in het algemeen’ ruimte lijkt te laten voor contractuele afwijkingen. Snijders komt op die basis echter tot de conclusie dat art. 3:246 BW regelend recht is, terwijl wij hier uitgaan van een dwingendrechtelijke, doch niet uitputtende bepaling. H.J. Snij-ders in zijn noot onder NJ 2015, 82.

71 Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 773.

72 Zie eveneens T.B. de Clerck, 'Over de bevoegdheid van de pandgever om afstand te doen van een verpande vordering', *Bb* 2014/62.

slechts voor zover deze schuldeisersbevoegdheden voldoen aan het voldoende verbandvereiste. Een bezwaar tegen dit standpunt zou kunnen zijn dat het voor de debiteur van groot belang is dat hij zekerheid heeft wie bevoegd is tot kwijtschelding of met wie hij een eventuele schikking kan overeenkomen.⁷³

Een pandhouder doet er ons inziens goed aan de niet reeds wettelijk toegekende schuldeisersbevoegdheden die hij onderdeel van het pandrecht wil laten uitmaken expliciet te benoemen in de akte tot vestiging van het pandrecht en deze bevoegdheden ook – bijvoorbeeld ten tijde van het doen van mededeling van het pandrecht aan de debiteur – kenbaar te maken aan de debiteur.⁷⁴ Ondanks de onzekerheid over de eventuele goederenrechtelijke werking van afspraken over de bevoegdheidsverdeling heeft de pandhouder er zeker belang bij deze in de pandakte op te nemen.

Conclusie

Op grond van art. 3:246 BW heeft de openbaar pandhouder van een vordering de inningsbevoegdheid en opzeggingsbevoegdheid. Overige schuldeisersbevoegdheden worden in de wet niet aan de pandhouder toegekend, en voor deze overige schuldeisersbevoegdheden dient te worden aangenomen dat zij in het algemeen bij de pandgever blijven rusten.

We menen dat uit de inningsbevoegdheid van de pandhouder in ieder geval voortvloeit dat hij bevoegd is (i) de volledige vordering te innen, (ii) buiten rechte nakoming te vorderen van de debiteur, inclusief de debiteur

te sommeren en in gebreke te stellen, (iii) incassokosten van de debiteur te vorderen, (iv) in rechte nakoming van de vordering te vorderen en beslag te leggen, (v) de voor de verpande vordering gestelde hypotheekrechten, pandrechten en borgtochten uit te winnen en (vi) het faillissement van de debiteur aan te vragen. Tegen het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, waarin is geoordeeld dat de pandhouder niet bevoegd is tot het aanvragen van het faillissement van de debiteur, is cassatie ingesteld en we zullen dus over enige tijd weten of ook de Hoge Raad van oordeel is dat de faillissementsaanvraag van de debiteur binnen de reikwijdte van de inningsbevoegdheid valt.

Beargumenteerd kan worden dat de pandgever en de pandhouder kunnen bedingen dat aan de pandhouder, naast de inningsbevoegdheid en opzeggingsbevoegdheid, ook andere schuldeisersbevoegdheden exclusief kunnen toekomen. Art. 3:246 BW biedt naar onze mening ruimte andere schuldeisersbevoegdheden door middel van een partijafpraak onderdeel te laten uitmaken van het pandrecht waardoor deze afspraak goederenrechtelijke werking heeft. Dit kan voor zover deze bevoegdheden een zodanig verband hebben met het pandrecht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Het is verdedigbaar dat de bevoegdheid tot kwijtschelding van de vordering het vereiste verband heeft met het pandrecht. Hebben deze afspraken niet de bedoelde goederenrechtelijke werking, dan is de pandhouder in ieder geval gebaat bij de verbintenrechtelijke werking van deze afspraken.

Over de auteurs

Mr. S. Houdijk en mr. M.S. Breeman zijn beiden advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.

⁷³ De wetgever heeft bij art. 3:246 BW aangegeven dat dit de debiteur houvast geeft aan wie hij bevrijdend kan betalen, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 772.

⁷⁴ De debiteur kan bij een openbaar pandrecht overigens verlangen dat aan haar een uittreksel van de pandakte en titel ter hand worden gesteld (art. 3:98 jo 3:94 lid 3 BW).