

Pandrechten en faillissement

Wieneke Lisman en Luitzen van der Sluis

Vroeg of laat krijgt iedere ondernemer er weleens mee te maken: Een handelspartner komt zijn verplichtingen niet na. Op zo'n moment moet de ondernemer als schuldeiser zich afvragen of en hoe de vordering kan worden verhaald op de schuldenaar.

Zeker als de schuldenaar er slecht voorstaat kan het afdwingen van betaling een ingewikkeld proces zijn met bovendien een onzekere uitkomst. Gaat de schuldenaar (uiteindelijk) failliet, dan resteert slechts het indienen van een vordering bij de curator. Statistisch gezien is de kans op uitkering dan niet meer dan enkele procenten. Als bescherming tegen onverhaalbare vorderingen zullen schuldeisers daarom, waar mogelijk, zekerheidsrechten willen bedingen. Zekerheidsrechten (zoals een hypotheekrecht, pandrecht of borgstelling door een ander dan de schuldenaar)





geven een schuldeiser de mogelijkheid om zijn vordering (met voorrang boven de andere schuldeisers) te verhalen op specifieke bezittingen van de schuldenaar (of van de derde). Zekerheidsrechten bieden bescherming tegen onverhaalbaarheid van een vordering.

De meest voorkomende zekerheidsrechten zijn pandrechten. In dit artikel beschrijven we waarvoor, waarop en hoe je een pandrecht kunt vestigen, wanneer (en hoe) je een pandrecht kunt uitwinnen en welke rechten je daarbij kunt invoeren. Daarnaast belichten we een aantal aandachtspunten voor het geval de schuldenaar die een pandrecht verstrekt heeft naderhand failliet gaat.

Waarvoor kun je pandrechten vestigen?

Pandrechten kunnen voor zowel bestaande als toekomstige vorderingen van de pandhouder (de schuldeiser die het pandrecht krijgt) op de pandgever (de schuldenaar die het pandrecht verstrekt) worden gevestigd. Dat wil zeggen dat een pandrecht kan worden gevestigd voor een specifieke vordering, maar ook tot zekerheid van “al hetgeen de schuldeiser te vorderen heeft of zal hebben” op het moment van uitwinning. In het laatste geval spreken we van een zogenaamd ‘kredietpandrecht’. Wel moet de pandhouder

zich realiseren dat een pandrecht het lot deelt van de vordering waarvoor het wordt gevestigd: is geen sprake van een kredietpandrecht en gaat de vordering teniet, dan vervalt ook het pandrecht. Voor een vordering op de pandgever die daarna (weer) ontstaat zal daarom in beginsel een nieuw pandrecht moeten worden gevestigd.

Waarop kun je pandrechten vestigen?

Pandrechten kunnen op alle voor overdracht vatbare goederen worden gevestigd, met uitzondering van registergoederen. Zowel zaken (zoals voorraden, bedrijfsmiddelen, inventaris) als vermogensrechten (zoals vorderingen, intellectuele eigendomsrechten, aandelen) kunnen worden verpand. Dit gebeurt in de praktijk met grote regelmaat.

In verreweg de meeste gevallen zal een schuldenaar zijn eigen vermogensbestanddelen verpanden aan zijn eigen schuldeisers, maar het is ook mogelijk om goederen te verpanden voor een schuld van een ander. We spreken dan van een 'derdenpandrecht'.

Hoe kun je pandrechten vestigen?

Voor vestiging van een pandrecht is wilsovereenstemming tussen de pandgever en de pandhouder vereist over de

verpanding (de titel) en de pandgever moet bevoegd zijn om over het te verpanden goed te beschikken. Ook moet het te verpanden goed zelfstandig overdraagbaar zijn en voldoende bepaalbaar.

Dit betekent dat steeds objectief moet kunnen worden vastgesteld waarop het pandrecht rust. Voor vestiging van een stil pandrecht (waarover hierna meer) is bovendien een pandakte vereist. Deze moet of notarieel zijn opgemaakt, of er moet sprake zijn van een gewone overeenkomst tussen partijen ("onderhandse akte") die bij de Belastingdienst wordt geregistreerd. Als zodanig kan altijd worden vastgesteld op welk moment het pandrecht is ontstaan, namelijk hetzij het moment waarop de notariële pandakte werd verleden, hetzij het moment waarop de onderhandse (pand)akte ter registratie werd aangeboden bij de Belastingdienst.

Pandrecht op zaken

De pandhouder kan een vuistpand verkrijgen of een stil pandrecht. Het onderscheid ligt in wie de houder van de verpande zaak zal zijn. Blijft de zaak in de macht van de pandgever, dan is sprake van een stil pandrecht. Als de zaak in de macht van de pandhouder wordt gebracht, dan is sprake van een vuistpand.

Een pandrecht heeft verder zaaksgevolg, wat inhoudt dat het

pandrecht ook na overdracht aan een derde op de zaak blijft rusten. De pandhouder kan zich dan ook ondanks overdracht (in beginsel) verhalen op het verpande goed onder de nieuwe verkrijger. Dat is alleen anders indien de verkrijger van de zaak niet wist, en ook niet had hoeven weten van het bestaan van het pandrecht.

Vaak zullen de zaken die verpand moeten worden in de bedrijfslocatie van de schuldenaar aanwezig moeten blijven, omdat deze voor de bedrijfsvoering nodig zijn.

Een stil pandrecht is dan vaak de enige werkbare optie.

Om verschillende redenen kan het voor de pandhouder echter aantrekkelijker zijn om te kiezen voor een vuistpandrecht in plaats van een stil pandrecht. Immers:

- Het risico van beschadiging en tussentijds verdwijnen van de verpande zaken wordt hiermee weggenomen.
- Als er (toch) een eerder stil pandrecht gevestigd mocht zijn op de verpande zaak en de vuistpandhouder dat eerdere recht niet kende en ook niet hoefde te kennen (op het moment dat hij de zaak onder zich kreeg) gaat zijn vuistpand boven dit oudere pandrecht.
- Het risico dat de stil pandhouder van inventariszaken geconfronteerd wordt met het zogenaamde bodemvoorrecht

van de Belastingdienst dat hoger in rang is dan dat van de pandhouder (waarover hierna meer) speelt bij stille verpanding wel, maar bij een vuistpand niet.

Wel moeten partijen bij een vuistpand afspraken maken over (eventuele) opslagkosten, verzekeringsaspecten, onderhoudskosten en andere praktische kwesties.

Pandrecht op vorderingen

Ingeval van te verpanden vorderingen staan de pandgever en pandhouder voor de keuze of sprake dient te zijn van openbare verpanding (d.w.z. verpanding waarvan de debiteur op de hoogte is) of van stille verpanding (verpanding waarbij de debiteur geen weet heeft van de verpanding).

In verreweg de meeste gevallen zal van stille verpanding sprake zijn. Daarbij is en blijft de pandgever bevoegd om de (verpande) vorderingen te innen tot het moment waarop de pandhouder zijn pandrechten aan de debiteuren openbaart. Bij een openbaar pandrecht is dat anders. Daarbij is de debiteur van de verpanding op de hoogte en mag hij niet meer betalen aan de pandgever. Slechts de pandhouder is bevoegd om betaling in ontvangst te nemen. De pandgever kan de verpande vorderingen alleen nog incasseren met



Wieneke Lisman

toestemming van de pandhouder. Dat kan administratief lastig zijn en de pandgever komt doorgaans in ongewenst daglicht te staan. Openbare verpanding wordt daarom in praktijk niet veel gebruikt.

Waar moet je bij verpanding op letten?

Voor de beoogd pandhouder geldt een aantal belangrijke aandachtspunten bij het vestigen van pandrechten.

Allereerst is het zaak steeds goed na te gaan wat een bedrijf doet en over welke goederen het beschikt. Zijn er bijvoorbeeld, naast inventaris en voorraden ook intellectuele eigendomsrechten (zoals een merkrecht of rechten uit patent of octrooi) die verpand kunnen worden? En wat is de verhaalswaarde? Het verloop van de voorraad- en debiteurenstand kan daarbij van belang zijn, bijvoorbeeld in geval van seizoensgebonden bedrijfsvoering. Een voorraad kan bovendien een hoge boekwaarde hebben, maar een executerende pandhouder wordt liever niet opgezadeld met voorraad aan bederfelijke waren. Daarbij is het goed je te realiseren dat de gemiddelde huisbankier in veel gevallen al een eerste pandrecht heeft gevestigd, dat in rang voor gaat op later gevestigde pandrechten.

Een pandrecht kan ook worden gevestigd op het

toekomstig eigendom van zaken (zoals “alle toekomstige inventariszaken, bedrijfsmiddelen en voorraden”) en op toekomstige vorderingen, maar alleen als die vorderingen voortvloeien uit een (ten tijde van verpanding) bestaande rechtsverhouding. Om ook vorderingen op nieuwe debiteuren en vorderingen uit nieuwe rechtsverhoudingen van de pandgever te verpanden, moet steeds een nieuw pandrecht worden gevestigd na het moment van ontstaan. Dat kan de pandhouder ook zelf doen, als hij daarvoor een volmacht heeft. Als de pandakte periodiek opnieuw wordt geregistreerd, is steeds sprake van verpanding van de volledige debiteurenportefeuille op de momenten van registratie. Blijft tussentijdse registratie achterwege, dan loopt de pandhouder het risico dat er op het moment van uitwinning vorderingen niet aan hem zijn verpand. Ook is van belang om na te gaan of de verpande vorderingen niet onderworpen zijn aan een ‘verpandingsverbod’. Steeds vaker bepalen partijen namelijk in hun overeenkomsten dat de daaruit voortvloeiende “rechten niet overdraagbaar zijn”: in dat geval kan op die vorderingen geen pandrecht worden gevestigd. Dergelijke verpandingsverboden staan in de weg aan het kunnen vergeven van zekerheden. Omdat daarmee de financierbaarheid van ondernemingen mogelijk in het gedrang komt zijn verpandingsverboden momenteel

onderwerp van een wetvoorstel tot afschaffing van zulke mogelijkheden.¹

Bevoegdheden pandhouder

De pandhouder heeft meerdere bevoegdheden om zich met voorrang (boven andere schuldeisers) op de verpande goederen te verhalen. De belangrijkste daarvan is de bevoegdheid om – als de pandgever in verzuim is – de verpande goederen executoriaal te verkopen. Dat kan openbaar via een veiling, of onderhands met voorafgaande toestemming van de pandgever of de voorzieningenrechter. Waar sprake is van een pandrecht op vorderingen, kan de pandhouder er daarnaast voor kiezen om zijn pandrecht te openbaren en de vordering te innen. Voor de debiteur geldt dat betaling na de openbaring alleen aan de pandhouder mag plaatsvinden. Betaalt hij tóch aan de pandgever, dan kan hij worden gedwongen om nogmaals te betalen aan de pandhouder. De inningsbevoegde pandhouder is daarnaast bevoegd tot opzegging van de overeenkomst tussen de pandgever en zijn debiteur, tot uitwinning van zekerheden (die aan de verpande vordering verbonden zijn) en om het

¹ <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/06/03/dekker-verpandingsverbod-heeft-langste-tijd-gehad>

faillissement van de pandgever aan te vragen. De overige bevoegdheden blijven, ook na openbaarmaking, rusten bij de pandgever, zoals de bevoegdheid tot verlening van kwijting en het treffen van een afbetalingsregeling. In de literatuur wordt betoogd dat de pandhouder en pandgever kunnen afspreken dat deze bevoegdheden toekomen aan de pandgever, maar de Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over de houdbaarheid daarvan in faillissementssituaties.

Pandrecht en faillissement

Ook als de pandgever faillieert, behoudt het pandrecht zijn waarde. De Faillissementswet bepaalt dat een pandhouder, waar de debiteur in verzuim is, als separatist zijn pandrecht kan uitoefenen alsof er geen faillissement is. Dit houdt in dat hij ook in faillissement bevoegd is het verpande goed executoriaal te verkopen.

Hoewel openbare verkoop daarbij de hoofdregel is, kan in faillissement de pandhouder met de curator een afwijkende wijze van verkoop overeenkomen. Daarbij kan de curator het verpande goed onderhands verkopen voor de pandhouder. Daarmee wordt een (kostbaar en tijdrovend) executietraject voorkomen en wordt over het algemeen een

hogere opbrengst gerealiseerd. Dit traject wordt meestal gevolgd. Wel zal de curator dan een boedelbijdrage verlangen voor zijn medewerking. Grondslagen daarvoor zijn te vinden in de zogenaamde separatistenregeling, maar in de praktijk wordt daarvan ook geregeld afgeweken. Mocht de pandhouder geen overeenstemming met de curator kunnen bereiken over (de voorwaarden voor) de onderhandse verkoop door de curator, dan kan (net als buiten faillissement) ook worden gekozen voor onderhandse executoriale verkoop met toestemming van de voorzieningenrechter.

Voordeel van executoriale verkoop is dat de pandhouder zich met voorrang op de opbrengst kan verhalen, zonder dat hij de afwikkeling van het faillissement hoeft af te wachten en zonder bijdrage in de faillissementskosten. Daar bestaan echter ook uitzonderingen op. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is het bodemvoorrecht van de fiscus, dat geldt voor zaken die zich op de bodem van failliet bevinden. Speelt dat bodemvoorrecht, dan kan de Belastingdienst zich met voorrang verhalen op de opbrengst van de inventariszaken. In een faillissement zal de curator die opbrengst voor de boedel moeten opeisen. Wat de pandhouder daaruit uiteindelijk ontvangt, is dan afhankelijk van de hoogte van de hoger bevoorrechte vorderingen en de faillissementskosten.

Waar het gaat om verpande vorderingen geldt dat deze ook verkocht of geïnd kunnen worden door de pandhouder als zijn schuldenaar failliet is. In de praktijk wordt dan vaak een “fictieve datum van openbaarmaking” tussen de curator en de pandhouder afgesproken, bijvoorbeeld de faillissementsdatum of de datum waarop de pandgever de curator informeert over het pandrecht. Het is dan niet nodig om het pandrecht te openbaren aan de debiteuren, waarmee onrust onder de debiteuren kan worden voorkomen. Dit komt de opbrengst ten goede. Om wel zelf tot verkoop of inning over te gaan, heeft de pandgever de gegevens van de vorderingen nodig. Volgens vaste rechtspraak moet de curator die gegevens aan de pandhouder verstrekken, tegen een redelijke vergoeding van kosten. Wel kan daarbij discussie voorkomen of de curator daardoor in strijd zou handelen met de privacyregels uit de AVG.

Pandrechten en rechten van derden

Bij het uitwinnen van pandrechten kan het zo zijn dat de gevestigde rechten botsen met andere rechten van derden. In zo'n geval moet de onderlinge rangorde worden nageleefd. Bij meerdere pandrechten op hetzelfde goed is dat in beginsel eenvoudig. Het eerst gevestigde pandrecht heeft daarbij steeds voorrang boven het latere pandrecht

(met uitzondering van een later gevestigd vuistpand, dat voorrang kan bieden boven eerdere stille pandrechten, mits de vuistpandhouder die rechten niet kende).

Het kan zijn dat de vorderingen of zaken waarop het pandrecht wordt gevestigd al eerder zijn beslagen door een schuldeiser. In dat geval gaat het recht van de beslaglegger bij uitwinning voor. Andersom geldt dat een later gelegd beslag niet kan worden tegengeworpen aan de eerdere pandhouder.

Het kan ook voorkomen dat zaken waarop een pandrecht is gevestigd, zoals voorraden, aan de pandgever zijn geleverd onder eigendomsvoorbehoud. Dat wil zeggen dat de pandgever pas eigenaar wordt van die zaken zodra deze volledig zijn betaald. Dat kan ook een verlengd eigendomsvoorbehoud betreffen, waarbij een eigendomsvoorbehoud op alle geleverde zaken rust totdat alle vorderingen van de leverancier zijn voldaan. Totdat het eigendomsvoorbehoud is vervallen heeft de afnemer slechts een voorwaardelijk eigendomsrecht, en kan hij alleen dat voorwaardelijke recht verpanden. Pas nadat de afnemer onvoorwaardelijk eigenaar is geworden, groeit het pandrecht op het voorwaardelijke recht uit naar een pandrecht op de daadwerkelijke zaken.

Belang om tijdig actie te nemen

Om meerdere redenen is het van belang dat de schuldeiser die zich als pandhouder met voorrang wenst te verhalen, tijdig actie onderneemt.

Allereerst is het zaak dat hij tijdig een verplichting tot verpanding afspreekt. Ook moet hij tijdig een pandrecht daadwerkelijk vestigen. Dit verkleint het risico dat het pandrecht achteraf aangetast kan worden door andere schuldeisers of door een curator op grond van de actio pauliana.

Daarnaast is belangrijk dat de pandhouder snel zijn pandrecht openbaar maakt in geval van verzuim, door mededeling te doen aan de debiteuren. Dit kan in faillissement ook. Is de curator niet bekend met het pandrecht en verkoopt hij de verpande goederen zelfstandig, dan kunnen de belangen van de pandhouder onnodig worden geschaad. De curator mag in beginsel 14 dagen na faillissementsdatum overgaan tot actieve inning van vorderingen, waaronder mogelijk verpande vorderingen. Meldt een pandhouder zich niet tijdig, dan heeft hij slechts een bevoorrechte aanspraak op de netto-ontvangsten na omslag van de faillissementskosten.

Deze ontvangt hij pas bij uitkering in het faillissement. Tijdige openbaarmaking is daarom geboden. Pas daarna is de pandhouder de enige aan wie de verpande vordering nog bevrijdend kan worden betaald. Betaalt de debiteur dan (ondanks de openbaarmaking) nog aan de pandgever of de curator, dan kan de pandhouder de debiteur ook dwingen om alsnog aan hem te betalen. Het verdient aanbeveling om de curator tijdig te informeren en van documentatie te voorzien, om zo tot afspraken over inning te komen.

Ook waar het gaat om uitwinning is snelle actie van de pandhouder verstandig. Over het algemeen zal een pandhouder snel tot uitwinning willen overgaan. Ook de curator kan er belang bij hebben dat de pandhouder niet te lang wacht, bijvoorbeeld omdat het verpande goed aan waardedaling onderhevig is of omdat hij het faillissement snel wil kunnen beëindigen. Daarom kan de curator, waar de pandhouder draait, hem een (redelijke) termijn stellen om tot executie over te gaan. Snel doorpakken met de uitwinning is dan te meer aangewezen. Laat de pandhouder de gestelde termijn ongebruikt verstrijken, dan verliest hij zijn recht op executie en kan hij zijn vordering alleen nog ter verificatie indienen, deelt hij mee in de faillissementskosten en moet hij uitkering afwachten.

Kortom: snel de juiste acties nemen is voor iedere pandhouder belangrijk, vooral in (of net voor) een faillissement. Problemen kunnen zo worden voorkomen, en de kans op het incasseren van de vordering is dan natuurlijk het grootst!

“Zeg maar dat ik er niet ben.”

Financiële problemen bij een onderneming druppelen niet naar beneden, maar naar boven. Uiteindelijk moet de ondernemer zelf handelen. Maar hoeveel ruimte is daar nog voor? Een dreigend faillissement brengt een bedrijf in juridisch vaarwater. Bij DVDW kennen we de dynamiek van deze fase als geen ander. We begrijpen als advocaten niet alleen de juridische, maar ook de bedrijfseconomische én de emotionele kant van de zaak. We brengen kalmte, realisme en praktisch denken aan tafel, waarmee we ondernemers, commissarissen en financiers met vaste hand begeleiden op de weg naar de oplossing. Die is er namelijk bijna altijd. Ook al zie je 'm soms even niet.

DVDW

Experts in the
laws of business

dvdw.nl