

Artikel 58 lid 1 Fw: een geducht wapen?

MR. M.J.M. FRANKEN¹

Inleiding

Art. 58 Fw wordt zo langzamerhand een geducht wapen in de handen van de curator, zo betoogde Verstijlen in zijn annotatie onder de Zalco-beschikkingen van de Hoge Raad in 2013.² Ook Vriesendorp is van mening dat de termijnstelling ex artikel 58 Fw nog steeds een geducht wapen is van de curator tegenover de separatist.³ En (J.J.) Van Hees had al eerder gesteld: In de praktijk is art. 58 Fw uitgegroeid tot een machtig wapen voor curatoren om dekking te verkrijgen voor de kosten van het faillissement....⁴ Maar is dit wel zo? En wat voor soort wapen is het dan?

De termijnstelling van lid 1

In het door Vriesendorp betitelde kat-en-muis-spel tussen curatoren en banken⁵ speelt artikel 58 Fw lid 1 de laatste jaren een steeds belangrijkere rol. Niet alleen wordt er aan dit artikel in de literatuur veel aandacht besteed⁶, maar ook het aantal rechterlijke uitspraken over dit artikel neemt fors toe.⁷

1. Mart Franken is advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te Breda.
2. HR 20 december 2013, *NJ* 2014/151 en 152 (Glencore), zie annotatie sub 5.
3. Zie zijn artikel “Curatoren onder vuur: you can’t always get what you want”, *TVI* 2015/19, p. 121 onderaan.
4. In zijn annotatie onder de uitspraak van de Rb Maastricht van 23 mei 2012, *JOR* 2012/304 (Direktbank/Smeets q.q.), sub 3.
5. Zie het in voetnoot 3 genoemde artikel op p. 121.
6. Zonder uitputtend te willen zijn wordt verder verwezen naar: (1) Winkel/Warringa, “De termijnstelling van art. 58 Fw en verpande vorderingen”, *TVI* 2005/33, (2) Kraamwinkel, “Artikel 58 Fw geldt onverkort voor inning van verpande vorderingen” *TVI* 2006/5, (3) Beekhoven Van den Boezem/Goosmann, “Art. 58 lid 1 ziet niet op de inning van verpande vorderingen, doch slechts onder omstandigheden op de verkoop ervan”, *TVI* 2007/3, met reactie van Verdonk (*TVI* 2007/4) en Verdaas (*TVI* 2007/11), (4) Goosmann/Couperus, “Misbruik van art. 58 lid 1 Fw.: een redelijke termijn aan de separatist?”, *TVI* 2012/12, (5) Winkel/Warringa, “De termijnstelling van art. 58 Fw”, *FIP* 2013/1, (6) Van Zanten/Kaptein, “Rechtsuitoefening in de zin van art. 58 lid 1 Fw: wat moet de separatist allemaal binnen de termijn doen?” *TVI* 2013/10, (7) Warringa, “De termijnstelling van art. 58 Fw – een vervolg”, *FIP* 2014/275.
7. (1) HR 11 april 2008, *JOR* 2008/180 (Cantor/Arts q.q.), (2) HR 20 december 2013, *NJ* 2014/151 en 152 (Zalco), (3) HR 16 januari 2015, *NJ* 2015/58 (SNS/Van der Molen q.q.) (4) HR 6 februari 2015, (ECLI:NL:HR:2015:228 Welage q.q./Rabobank) (5) Rb Leeuwarden 19 december 2007 (ECLI:NL:RBLEE:2007:BC0688), (6) Rb Haarlem 9 december 2010, →

Volledigheidshalve wordt de gehele tekst van dit lid hier weergegeven:

De curator kan de pand- en hypotheekhouders een redelijke termijn stellen om tot uitoefening van hun rechten overeenkomstig het vorige artikel over te gaan. Heeft de pand- of hypotheekhouder het onderpand niet binnen deze termijn verkocht, dan kan de curator de goederen opeisen en met toepassing van de artikelen 101 of 176 verkopen, onverminderd het recht van de pand- en hypotheekhouders op de opbrengst. De rechter-commissaris is bevoegd de termijn op verzoek van de pand- of hypotheekhouder een of meer malen te verlengen.

Met name door de uitspraken van de Hoge Raad in 2013 en 2015⁸ lijken voornamelijk de volgende conclusies te kunnen worden getrokken:

1. Doel en strekking van het eerste lid van artikel 58 Fw is de voortvarende afwikkeling van een faillissement, het voorkomen dat een pand- of hypotheekhouder talmt bij het uitoefenen van zijn rechten als separatist in de zin van artikel 57 Fw, alsmede het beschermen van de boedel tegen mogelijk waardeverlies.
2. De curator is de bevoegdheid gegeven om de separatist een termijn te stellen, waarbinnen deze zijn rechten dient uit te oefenen. Daartoe is niet vereist dat de curator moet stellen of aantonen waarom een dergelijke termijnstelling in het belang is van de voortvarende afwikkeling van het faillissement, en evenmin dat er sprake is van een talmende separatist of een mogelijk waardeverlies.
3. De door de curator te stellen termijn dient een redelijke termijn te zijn. Dat wil zeggen dat die zodanig is dat de separatist redelijkerwijs binnen deze termijn tot uitoefening van zijn rechten moet kunnen komen.⁹

JOR 2011/201 (M&M Holding/Kaas q.q.), (7) Rb Amsterdam 16 mei 2012, *JOR* 2013/119, (8) Rb Maastricht 23 mei 2012, *JOR* 2012/304 (Direktbank/Smeets q.q.), (9) Rb Oost-Brabant 9 januari 2013, *JOR* 2013/88, (10) Rb Zwolle-Lelystad 8 oktober 2013, *JOR* 2013/184, (11) Rb Oost-Brabant 11 november 2013 (ECLI:NL:RBOBR:2013:6278), (12) Rb Limburg 5 juni 2014 (ECLI:NL:RBLIM:2014:5066), (13) Rb Amsterdam 16 juli 2014 (ECLI:NL:RBAMS:2014/5330), (14) Rb Zeeland-West-Brabant 26 november 2014, *JOR* 2015/212, (15) Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:3849, de verwijzingszaak van de sub 3 vermelde uitspraak van de HR), (16) Rb Gelderland 22 april 2015 (ECLI:NL:RBGEL:2015:4226), (17) Hof Amsterdam 14 juli 2015 (ook inzake Zalco: ECLI:NL:GHAMS:2015:2888), (18) Rb Amsterdam 15 juli 2015 (wederom Zalco: ECLI:NL:RBAMS 2015:4761), zonder dat ook deze opsomming uitputtend is.

8. Zie vindplaatsen in de vorige voetnoot, sub 2, 3 en 4.

9. Er is in de literatuur enige discussie over de vraag of er überhaupt sprake is van een termijnstelling als er een onredelijke termijn is gesteld. Verdaas meent dat dan geen termijnstelling heeft plaatsgevonden (vide SDU Commentaar Insolventierecht bij artikel 58 Fw sub C.2.2. en C.2.5.4.). Zo ook Rb Haarlem 9 december 2010, *JOR* 2011/201 (M&M Holding/Kaas q.q.). Dit lijkt evenwel niet de communis opinio. Zie Groene Serie Faillissementsrecht, artikel 58, aantekening 2.2.3. en de daar genoemde rechtspraak.

Artikel 58 lid 1 FW: een geducht wapen?

4. Onder “uitoefening van rechten” moet verstaan worden dat binnen de gestelde termijn door de separatist de betreffende zaken¹⁰ dienen te zijn verkocht.¹¹
5. De separatist heeft de mogelijkheid de rechter-commissaris te verzoeken de door de curator gestelde termijn te verlengen.¹² Dat kan als uitoefening van de rechten van de separatist tot verkoop binnen de gestelde termijn in redelijkheid niet mogelijk is of in gevallen, waarin de pand- of hypotheekhouder van het niet-tijdig uitoefenen van zijn recht anderszins geen verwijt kan worden gemaakt.¹³ De rechter-commissaris heeft de *bevoegdheid* om op verzoek van de separatist de termijn (een of meermalen) te verlengen, maar heeft daartoe geen plicht. De rechter-commissaris weegt daarbij de belangen van de boedel af tegen die van de separatist. Tegen zijn beslissing staat geen hoger beroep open.¹⁴
6. Indien de door de curator gestelde of door de rechter-commissaris verlengde termijn is verstreken, verliest de pand- of hypotheekhouder, in beginsel, zijn separatistenpositie en kan de curator het betreffende goed opeisen om het zelf te gelde te maken.¹⁵ De pand- of hypotheekhouder blijft dan weliswaar bij voorrang gerechtigd tot de opbrengst ervan, maar de afwikkeling loopt via de boedel. Dit impliceert dat de pand- of hypotheekhouder bijdraagt in de algemene faillissementskosten.
7. Doch er is een uitzondering op de hoofdregel dat de curator dan kan opeisen. Die is door de Hoge Raad geformuleerd in de arresten van 2015.¹⁶ Immers, het opeisen door de curator kan misbruik van recht opleveren in de zin van artikel 3:13 BW. Dat is het geval, als er een zodanige onevenredigheid is tussen het belang van de boedel bij opeising enerzijds en de

10. Ten aanzien van het pandrecht op vorderingen ligt dat wellicht anders. Zie verderop in deze bijdrage.

11. Ook hierover bestaat wel enige discussie. Zie daarvoor Groene Serie Faillissementsrecht artikel 58 Fw, aantekening 2.4. Sommigen menen dat een verkoop voldoende is, anderen menen dat ook levering noodzakelijk is. De tekst van lid 1 van artikel 58 Fw lijkt evenwel duidelijk, want de tweede zin spreekt over “verkocht”.

12. Over het algemeen wordt aangenomen dat ook de curator de bevoegdheid heeft de termijn te verlengen. Zie *SDU Commentaar Insolventierecht*, Verdaas, artikel 58 Fw sub 2.4.

13. HR 20 december 2013, *NJ* 2014/151 (Zalco), rechtsoverweging 4.6.

14. Artikel 67 lid 1 Fw.

15. Er is sprake van een fatale termijn, want verlenging van een (al dan niet verlengde) reeds verstreken termijn is niet meer mogelijk. Zie de Groene Serie Faillissementswet artikel 58 aantekening 2.5.3-4, alsmede *SDU Commentaar Insolventierecht* (Verdaas) bij artikel 58 Fw sub 2.4.

16. Die van 16 januari 2015 (SNS/ Van der Molen q.q.) en 6 februari 2015 (Welage q.q./ Rabobank). Zie voetnoot 7.

belangen van anderen anderzijds, dat in redelijkheid de curator niet tot uitoefening van zijn recht tot opeising had kunnen komen.¹⁷ In geval van een dergelijk misbruik van recht behoudt, volgens de Hoge Raad, de pand- of hypotheekhouder zijn positie als separatist en is de curator niet bevoegd de goederen op te eisen.¹⁸

Het systeem lijkt dus overzichtelijk en duidelijk. Wel blijkt dat er twee momenten zijn waarop een belangenafweging dient plaats te vinden. Dat is voor het eerst het geval (telkens) als de rechter-commissaris moet oordelen over een verzoek tot verlenging van de termijn. Daarnaast vindt een belangenafweging plaats in het kader van een onderzoek naar een mogelijk misbruik van recht bij opeising door de curator. Het lijkt hierbij niet te gaan om dezelfde soorten belangenafweging. In het eerste geval lijkt de rechter-commissaris geheel vrij om de belangen over en weer volledig tegen elkaar af te wegen. In een mogelijke misbruiksituatie gaat het evenwel om een beperktere en dus marginale toetsing. Immers, het gaat om *onevenredigheid* van belangen, waarbij de curator *naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen*. Kortom, een vrij toetsingskader voor de rechter-commissaris bij een (herhaald) verlengingsverzoek, maar een relatief hoge drempel in geval een pand- of hypotheekhouder of andere belanghebbende zich beroept op misbruik van recht.

Wat voor soort belangen dient de rechter-commissaris, bij zijn beslissing over verlenging van de termijn, af te wegen? De (gepubliceerde) rechtspraak daarover is zeer schaars, wellicht vanwege het feit dat tegen beschikkingen van de rechter-commissaris geen hoger beroep openstaat. Indirect kwam het wel aan de orde in een procedure voor de rechtbank Zwolle.¹⁹ Een pand bleek onverkoopbaar zo lang er geen bodemonderzoek was gedaan. Dat bodemonderzoek vergde tijd en was voldoende reden om de termijn te verlengen. Anderzijds blijkt uit een conclusie van A-G Timmerman²⁰ dat een verzoek van een hypotheekhouder om bestemmingswijzigingen na te streven, opdat daarna de betreffende panden/percelen konden worden herontwikkeld en aldus een hogere verkoopopbrengst zou kunnen worden verkregen, van onvoldoende

17. Zie HR inzake SNS/Van der Molen q.q. r.o. 3.8.2 en inzake Welage q.q./ Rabobank r.o. 4.1.2. Zoals uit het eerste arrest blijkt hoeft het niet alleen te gaan om het belang van de separatist, doch kan het ook het belang van de gefailleerde zelf betreffen. Immers, in die zaak poogde de gefailleerde de verkoop van zijn huis door de curator (waarop hypotheekrecht van SNS rustte) tegen te houden. Met succes, zoals ook blijkt uit de uitspraak (na verwijzing door de HR) van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 28 mei 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:3849).

18. Eveneens r.o. 4.1.2 in het arrest Welage q.q./ Rabobank.

19. Rb Zwolle 8 oktober 2012, *JOR* 2013/184 (Van Lanschot/Kuper q.q.) met noot Kaptein.

20. Voorafgaand aan het arrest van de HR van 17 oktober 2014, *RvdW* 2014/1163, ECLI:NL:HR:2014:2992. Zie zijn conclusie sub 2.10 (ECLI:NL:PHR:2014:1765).

Artikel 58 lid 1 FW: een geducht wapen?

belang werd geacht om daarvoor de termijn te verlengen. Dit dan vanuit de gedachte dat het hypotheekrecht niet het recht omvatte om objecten te herontwikkelen.

We moeten het dus doen met het door de Hoge Raad inzake Zalco²¹ gegeven criteria, te weten dat verlenging kan worden gegeven (a) in geval waarin de uitoefening van een pand- of hypotheekrecht binnen de door de curator gestelde termijn (in redelijkheid) niet mogelijk blijkt, of (b) waarin een pand- of hypotheekhouder van het niet-tijdig uitoefenen van zijn recht anderszins geen verwijt kan worden gemaakt. Op grond van die criteria, afgezet tegen de belangen van de boedel bij een voortvarende afwikkeling, zal de rechter-commissaris dus telkens in concreto zijn afweging moeten maken.

De in dit verband te beantwoorden vraag is of bij de door de rechter(-commissaris) te maken belangenafwegingen het feit dat, indien de afwikkeling via de boedel loopt, de pand- of hypotheekhouder bijdraagt in de algemene faillissementskosten (waaronder het salaris van de curator) een te respecteren boedelbelang is. Daar wordt verschillend over gedacht. Vermunt,²² Verdaas,²³ als ook Goosmann/Couperus²⁴ menen dat dit belang op geen enkele wijze mag worden gewogen. Ook Vriesendorp²⁵ concludeert dat het de curator niet is toegestaan om het wapen van 58 Fw ... *te gebruiken om de faillissementsrekening te vullen en daarmee zijn eigen salaris veilig te stellen*. Van Hees daarentegen²⁶ meent dat de curator de hem toekomende bevoegdheden ex artikel 58 Fw ook kan uitoefenen, indien zij uitsluitend dienen om dekking te verkrijgen voor de faillissementskosten. Hij maakt in dat kader de vergelijking met het inroepen van de actio pauliana of het instellen van vorderingen uit hoofde van (bestuurders)aansprakelijkheid, middels welke het ook kan voorkomen dat een succesvolle procedure alleen maar leidt tot betaling van boedelschulden. Ook A-G Wuisman²⁷ stelt dat, waar een pand- of hypotheekhouder na een termijnstelling gedraald heeft tijdig voor zijn eigen belang op te komen, bijvoorbeeld ... *door zonder valabele reden niet tijdig om verlenging van de door de curator gestelde termijn te verzoeken, er dan meer gewicht valt*

21. Rechtsoverweging 4.6 in *NJ* 2014/13, zie voetnoot 7.

22. In zijn noot (aldaar sub 6) onder Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, *JOR* 2014/49, welke uitspraak leidde tot de Zalco-beschikking van de HR.

23. In zijn noot onder de Zalco-beschikking in *JOR* 2014/86, sub 11 en in zijn bijdrage in *SDU Commentaar Insolventierecht*, artikel 58 Fw sub C.2.2.

24. Zie hiervoor voetnoot 6 sub 4.

25. In zijn in voetnoot 3 genoemde artikel.

26. In zijn annotatie in *JOR* 2012/304, aldaar sub 5-6: zie ook voetnoot 4.

27. In zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2013:BZ2776), voorafgaand aan de uitspraak van de HR van 1 maart 2013, *RvdW* 2013/337 (Rabobank/Aarts q.q.), aldaar sub 2.3.1.

toe te kennen aan het door de curator te behartigen belang om zo snel mogelijk zicht te krijgen op de baten van de boedel, die hij te gelde kan maken en die mede kunnen strekken tot afdekking van de faillissementskosten.

Wellicht zou ten aanzien van de vraag of de bijdrage in de algemene faillissementskosten een rol mag spelen bij de belangenafwegingen een onderscheid moeten worden gemaakt tussen enerzijds de belangenafweging door de rechter-commissaris bij een verzoek tot termijnverlenging en anderzijds de afwegingen van de rechter, die moet oordelen over een gesteld misbruik van recht:

- a. In het kader van een (al dan niet meermaals) gevraagde verlenging van de termijn maakt de rechter-commissaris een volledig open belangenafweging, waarbij hij ten aanzien van de belangen van de separatist de criteria van de Hoge Raad volgt, te weten uitoefening van het separatistenrecht bleek binnen de gestelde termijn in redelijkheid niet mogelijk dan wel de separatist kan van het niet-tijdig uitoefenen van zijn rechten anderszins geen verwijt worden gemaakt. Gesteld zou kunnen worden dat hij dan bij het belang van de boedel (bij niet-verlenging) de mogelijke dekking van de algemene faillissementskosten niet, of slechts zijdelings, mag betrekken.
- b. Anders ligt dat bij de afweging van belangen in het kader van het misbruikcriterium. Wil er van misbruik sprake zijn dan dient een tamelijk hoge drempel te worden overschreden. Van misbruik in de zin van artikel 3:13 BW is immers eerst sprake als een bevoegdheid wordt gebruikt met geen ander doel dan een ander te schaden, of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Het enkele feit dat de curator de goederen opeist, nadat de (al dan niet verlengde) termijn eenmaal is verlopen, kan en zal geen misbruik van recht zijn in de door de Hoge Raad bedoelde zin. Want de wet bepaalt in artikel 58 lid 1 Fw juist uitdrukkelijk dat in dat geval de curator kan opeisen en zelf kan verkopen. In dat geval, zo bepaalt de wet ook uitdrukkelijk, behoudt de pand- of hypotheekhouder wel zijn voorrecht op de opbrengst, maar de consequentie hiervan is dat hij bijdraagt in de algemene faillissementskosten. Kortom, het enkele feit dat de curator opeist (welke bevoegdheid hem uitdrukkelijk in de wet is gegeven) en daardoor moet worden bijgedragen in de algemene faillissementskosten, kan geen misbruik van recht opleveren. Er moeten dus *bijkomende omstandigheden* zijn, die maken dat er sprake is van misbruik. Het feit dat opeising tot gevolg heeft dat de afwikkeling via de boedel loopt en leidt tot omslag van algemene faillissementskosten, kan in ieder geval niet een dergelijke bijkomende omstandigheid zijn. Dit was trouwens in de bedoelde arresten van de Hoge

Artikel 58 lid 1 FW: een geducht wapen?

Raad ook niet aan de orde (en na verwijzing evenmin in het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden). De volstreekte onevenredigheid van belangen – en dus het misbruik – lagen in die uitspraken op een ander vlak. Het is hier niet de plaats om de casus van die arresten helemaal weer te geven, maar lezing van de in die arresten aan de orde zijnde feiten dwingt tot de conclusie dat daar wel evident sprake was van een situatie als bedoeld in artikel 3:13 BW, waarbij de omslag-kwestie niet als een misbruik-omstandigheid aan de orde was.

Tussenconclusie

Van Hees vindt 58 Fw een “mchtig” en Verstijlen en Vriesendorp vinden het een “geducht” wapen in het arsenaal van curatoren. Onder “geducht” verstaat Van Dale: gevreesd, ontzag inboezemend, gevaarlijk. De pand- en hypotheekhouder zouden dan het gebruik door de curator van dit artikel moeten vrezen of duchten. Het is de vraag of dit wel zo is. Er lijkt toch sprake van evenwichtige regelgeving. Een separatist krijgt de gelegenheid om zijn zekerheden te gelde te maken, als ware er geen faillissement. De curator kan dan daartoe een redelijke termijn stellen. Die kan door de rechter-commissaris, meermalen, in het kader van een verlengingsverzoek worden getoetst en worden verlengd, indien de betreffende separatist zijn rechten binnen die termijn in redelijkheid niet kon uitoefenen of hem anderszins geen verwijt te maken valt. Een prudent en zijn eigen belangen naar behoren waarnemende separatist zal op deze wijze zich helemaal niet bedreigd kunnen en mogen voelen en heeft niets te vrezen. Dat wordt slechts anders als hij stil zit. Stilzitten met de uitoefening van zijn rechten, of stilzitten met het vragen van termijnverlenging, als dat geraden is. Maar dat heeft hij dan ook aan zichzelf te wijten. De sanctie, die erop gesteld is, is dat de curator mag opeisen. En zelfs dan is er voor de separatist nog een escape. Als de curator in dat kader misbruik van zijn bevoegdheid maakt “herleeft” voor de pand- of hypotheekhouder zijn separatistenpositie (of beter gezegd in de termen van de Hoge Raad: *behoudt* hij zijn separatistenpositie). Kortom, de regeling lijkt evenwichtig en nauwelijks een wapen in handen van de curator te zijn, indien en voor zover de separatist gewoon doet wat hij behoort te doen: zijn zekerheden binnen een redelijke termijn te gelde te maken.

Er is één element dat wellicht verbetering behoeft. De rechter-commissaris moet, in het kader van een (herhaald) verlengingsverzoek, de belangen van de separatist afwegen tegen die van de boedel. Hoger beroep tegen zijn beslissing is niet mogelijk. Een rechter-commissaris pleegt “dicht op de huid van de curator” te zitten. Het ware voor de wetgever te overwegen om tegen een

dergelijke beslissing wel hoger beroep toe te laten. Op de eerste plaats, omdat op die wijze iets meer op afstand de verschillende belangen kunnen worden gewogen. Daarnaast opdat op die manier er meer jurisprudentie komt en er aldus wat meer criteria ontstaan over hoe de belangen van separatisten en boedel tegen elkaar zouden moeten worden afgewogen.

Artikel 58 Fw en pandrecht op vorderingen

Wellicht verdient de vraag of het eerste lid van artikel 58 Fw ook van belang is bij verpande vorderingen een aparte beschouwing. Op de eerste plaats vanwege het feit dat er in de literatuur is getwist over de vraag of lid 1 wel betrekking heeft op verpande vorderingen. Daarnaast ook omdat het begrip “uitoefening van rechten” anders ingekleurd zou moeten worden. En tenslotte omdat het boedelbelang misschien een wat andere dimensie heeft dan wanneer het gaat om een hypotheekrecht of pandrecht op zaken.

1. De vraag of het eerste lid van artikel 58 Fw relevantie heeft voor verpande vorderingen is in de literatuur uitgebreid aan de orde geweest.²⁸ Beekhoven van den Boezem en Goosmann zijn van mening dat artikel 58 lid 1 Fw geen betrekking kan hebben op de inning van verpande vorderingen, omdat dat noch uit de tekst noch uit de geschiedenis noch uit de ratio van dit artikel zou blijken. Zij wijzen bovendien op artikel 3:246 lid 4 BW, inhoudende dat de pandgever (lees: dus ook de curator) met machtiging van de kantonrechter zelf tot incasso van een debiteur kan overgaan, zelfs als de pandhouder van dat pandrecht mededeling heeft gedaan aan de debiteur. Ook aan het bestaan van dit artikel ontleen zij de gedachte dat artikel 58 lid 1 Fw helemaal geen betrekking heeft op pandrechten op vorderingen. Zij willen hooguit een uitzondering maken voor het geval de pandhouder de gehele debiteurenportefeuille zou willen verkopen en daarmee zou talmen. In een dergelijke situatie zou, volgens Beekhoven van den Boezem en Goosmann, de curator wellicht wel de termijn van lid 1 aan de pandhouder kunnen stellen.²⁹

Genoemde schrijvers staan alleen. Zowel Winkel/Warringa,³⁰ Kraamwinkel,³¹ Verdonk³² als Verdaas³³ zijn, terecht zo lijkt het, van mening dat er geen enkele reden is om artikel 58 lid 1 Fw niet toepasselijk te doen zijn als het gaat om een pandrecht op vorderingen. Ook de rechtspraak lijkt er

28. Zie de in voetnoot 6 genoemde artikelen sub 1, 2, 3 en 4.

29. Zie hun al in voetnoot 6 sub 3 genoemde artikel “Art. 58 lid 1 ziet niet op de inning van verpande vorderingen, doch slechts onder omstandigheden op de verkoop ervan”, *TVI* 2007/3.

30. *TVI* 2005/33, zie voetnoot 6 sub 1.

31. *TVI* 2006/5, zie voetnoot 6 sub 2.

32. *TVI* 2007/4, zie voetnoot 6 sub 3.

33. *TVI* 2007/11, zie voetnoot 6 sub 3.

Artikel 58 lid 1 FW: een geducht wapen?

duidelijk vanuit te gaan dat termijnstelling bij pandrecht op vorderingen mogelijk is. Dat wordt op de eerste plaats afgeleid uit het arrest van de Hoge Raad inzake ING/Verdonk q.q.³⁴ Daaruit blijkt dat de Hoge Raad een dergelijke termijnstelling toelaatbaar acht, waar hij overweegt: *‘De stille pandhouder kan de bevoegdheid tot inning op zich doen overgaan door de bedoelde mededeling aan de debiteuren te doen. Zolang die mededeling niet is gedaan, en de curator dus nog bevoegd is tot inning ten behoeve van de boedel van de stil verpande vorderingen, is er voor de curator geen reden de stille pandhouder in het belang van de boedel op de voet van art. 58 lid 1 F een (redelijke) termijn te stellen om tot uitoefening van de in art. 57 bedoelde rechten over te gaan, waartoe de curator in gevolge dat artikellid wel bevoegd, maar niet verplicht is’.*

Ook in latere en lagere rechtspraak wordt er vanuit gegaan dat de curator, ook bij het pandrecht op vorderingen, bevoegd is tot termijnstelling over te gaan.³⁵ De eerste vraag is daarmee beantwoord: De termijnstelling van artikel 58 lid 1 Fw van verpande vorderingen is mogelijk.³⁶

Wat is dan, heel in het kort, de situatie ten aanzien van verpande vorderingen, mede verwijzend naar de arresten ING/Verdonk q.q. en Hamm q.q./ABN Amro.³⁷

- a. De curator mag, als de stille pandhouder aan de debiteuren nog *geen* mededeling heeft gedaan van zijn pandrecht, gedurende de eerste 14 dagen na het faillissement niet actief debiteuren incasseren. Passief mag hij wel betalingen van debiteuren ontvangen, in welk geval de pandhouder voorrang houdt op de opbrengst, maar de omslag van de algemene faillissementskosten moet gedogen.
- b. Als de pandhouder na 14 dagen na faillietverklaring nog *niet tot mededeling* is overgegaan is de curator gerechtigd actief te incasseren. Ook in dit geval houdt de pandhouder zijn voorrang, maar moet hij de omslag gedogen.

34. HR 22 juni 2007, NJ 2007/520 (ING/Verdonk q.q.), m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2007/222 m.nt. Van Hees, rechtsoverweging 3.4.

35. HR 11 april 2008, JOR 2008/180 (Cantor/Arts q.q.), HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96 m.nt. Verstijlen, JOR 2009/341 m.nt. Van Andel (Hamm q.q./ABN Amro), Rb Oost-Brabant 11 november 2013 (ECLI:NL:RBOBR:2013:6278), en recent: Rb Gelderland, 22 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4226.

36. In het door de Staatscommissie Kortmann gemaakte voorontwerp van een Insolventiewet wordt er ook van uit gegaan dat de termijnstelling toekomt aan de pandhouder van openbaar verpande vorderingen. Dat is opgenomen in het nieuw beoogde artikel 3.6.7, althans dat blijkt uit de toelichting op dit artikel, zie *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet*, serie Onderneming en Recht deel 2-IV, p. 264.

37. Zie de in voetnoten 34 en 35 genoemde arresten van de HR.

- c. Als de (stille) pandhouder *wel* mededeling van zijn pandrecht aan de debiteuren heeft gedaan, ligt het primaat bij de pandhouder. De curator mag niet incasseren.
 - d. Wel kan de curator de pandhouder krachtens artikel 58 lid 1 Fw een redelijke termijn stellen om tot uitoefening van zijn rechten over te gaan.
 - e. De pandhouder is gerechtigd de rechter-commissaris (een of meer-malen) te verzoeken deze termijn te verlengen.
 - f. Is de (al dan niet verlengde) termijn verstreken dan kan de curator tot opeising overgaan en zelf de debiteuren gaan incasseren.
 - g. Dat laatste leidt, wederom, uitzondering in geval de curator misbruik van recht zou maken, zoals ook hiervoor in dit artikel is aangegeven.
2. De kardinale vraag is wat bij incasso van debiteuren moet worden verstaan onder “uitoefening van rechten”. De enkele *mededeling* van de stille pandhouder aan de betreffende debiteur dat deze slechts bevrijdend aan hem kan betalen lijkt daartoe onvoldoende. Kraamwinkel³⁸ en Verdaas³⁹ vinden evenwel dat onder uitoefening van rechten moet worden verstaan de *daadwerkelijke inning* van de vorderingen *en* het zichzelf vervolgens voldoen uit de geinde opbrengst. De vraag is of dit van de pandhouder verwacht mag worden, binnen de aan hem gestelde redelijke termijn. Natuurlijk moet gelden dat de pandhouder een actieve incassohouding dient te hebben. Maar wat dat in concreto betekent is afhankelijk van de omstandigheden. Het begint met het verzoeken om betaling, met een relatief korte betalingstermijn. Daarna een eventuele tweede sommatie, en vervolgens het uitbrengen van een incassodagvaarding. Maar als bijvoorbeeld een debiteur serieus verweer voert, mag en moet een pandhouder natuurlijk de kans krijgen te onderzoeken of en in hoeverre het verweer gegrond zou kunnen zijn, alvorens tot verdere maatregelen over te gaan. Ook het treffen van een afbetalingsregeling met een debiteur kan een vorm van behoorlijke uitoefening van rechten zijn. En in een door hem met bekwame spoed aanhangig gemaakte procedure is hij bovendien afhankelijk van het moment waarop een rechter bereid is vonnis te wijzen.

Kortom, de pandhouder moet met grote voortvarendheid de verpande debiteuren incasseren, doch dat betekent niet zonder meer dat hij binnen de hem gestelde redelijke termijn ook daadwerkelijk zou moeten innen. Maar is hij niet voortvarend genoeg binnen de gestelde redelijke termijn, die op

38. *TVI* 2006/5 sub 5, zie voetnoot 6 sub 2.

39. Zie *SDU commentaar Insolventierecht* bij art. 58 Fw sub C.2.6.2.

Artikel 58 lid 1 FW: een geducht wapen?

grond van de omstandigheden van het geval door de rechter-commissaris ook nog verlengd kan worden, dan kan de curator de incasso overnemen.

Overigens rijst de vraag of er wel één termijnstelling zou moeten gelden ten aanzien van alle te incasseren debiteuren. Heel wel voorstelbaar is dat er in het kader van de vraag wat een redelijke termijn is door de curator (of de rechter-commissaris bij verlenging) verschillende termijnen worden gesteld ten aanzien van verschillende (groepen van) debiteuren. Alle debiteuren hoeven niet over één kam geschoren te worden. Ten aanzien van bijvoorbeeld buitenlandse debiteuren zou wellicht een andere termijn kunnen gelden dan voor binnenlandse. Voorstelbaar is tevens dat wordt aangegeven dat bepaalde onwillige debiteuren binnen een bepaalde termijn zouden moeten worden gedagvaard.

3. Ook bij de termijnstelling betreffende de pandrechten op vorderingen is er weer sprake van twee soorten belangenafweging.

Uiteraard weer die in het kader van de misbruik-van-recht beoordeling. Aan de orde is dan of de curator, *na* het verstrijken van de gestelde termijnen, in redelijkheid tot uitoefening van zijn opeising kon komen. Die beoordeling, met een relatief hoge drempel en marginale toetsing, lijkt niet veel anders te zijn dan hierboven al beschreven.

Doch daarnaast is er de belangenafweging door de rechter-commissaris, indien de pandhouder om een verlenging van de termijn verzoekt. Het lijkt erop dat bij de incasso van debiteuren de boedelbelangen eerder aan de orde en dominant zijn dan bij de verkoop van roerende zaken of een onroerend goed. De waardevermindering van debiteuren lijkt – meer dan in die andere gevallen – recht evenredig met het tijdsverloop. Pandhoudende banken plegen de incasso van een debiteurenportefeuille uit handen te geven aan daartoe in beginsel wel geëquipeerde bureaus, maar de indruk bestaat dat die niet veel verder komen dan het sturen van enige aanmaningen. Er wordt, zo is de indruk, nogal geaarzeld over het daadwerkelijk aanhangig maken van incassoprocedures. En als debiteuren – zoals maar al te vaak in faillissementssituaties gebeurt – met allerlei al dan niet terechte verweren of tegenclaims komen, is er bij dergelijke bureaus vaak niet de feitelijke knowhow om deze te pareren. Hoewel ook een curator in dat kader de nodige beperkingen heeft, lijkt hij, vanwege zijn directere toegang tot de dossiers van de gefailleerde en zijn vaak persoonlijke contacten met de diverse medewerkers van een gefailleerd bedrijf, toch beter toegerust om de betreffende debiteuren te vervolgen. Het is van algemene bekendheid dat debiteuren zeer kort gevolgd moeten worden en dat het verloop van tijd

en de traagheid in incasseren er toe leiden dat teveel op debiteuren moet worden afgeschreven. Misschien is de stelling dat de boedel een groter belang heeft bij een (uiteraard redelijke) termijnstelling in geval van pandrecht op vorderingen dan bij pand- of hypotheekrecht op zaken (niet zijnde bederfelijke waar) niet eens zo gewaagd. Een nevenbelang van de boedel is tevens snel te weten of debiteuren wellicht niet-incasseerbaar zijn. In dat geval kan de boedel een claim jegens de fiscus indienen tot teruggave van BTW, op grond van artikel 29 lid 1 OB. Kortom, de rechter-commissaris zal dit allemaal in zijn afwegingen moeten betrekken.

Desalniettemin lijkt in de praktijk de termijnstelling voor het pandrecht op vorderingen nog relatief weinig door curatoren te worden toegepast. Wellicht is dat omdat, juist vanwege het feit dat de curator meer geëquipeerd is, vaak met de pandhoudende bank wordt afgesproken dat de curator ten behoeve van de bank incasseert, tegen een daartoe overeengekomen boedelbijdrage. Maar aan de andere kant is er een tendens dat pandhoudende banken steeds vaker zelf (middels door hen in te schakelen incassobureaus) de incasso van de debiteuren ter hand nemen. Niet uitgesloten is dat daardoor de termijnstellingen zullen gaan toenemen. Wellicht dat dan 58 Fw toch nog het door Verstijlen en Vriesendorp bedoelde geduchte wapen wordt.

Tot slot

Vriesendorp plaatst de termijnstelling van artikel 58 lid 1 Fw in de sleutel van het kat-en-muis-spel dat volgens hem tussen banken en curatoren wordt gespeeld.⁴⁰ Misschien heeft hij wel een punt. De vraag is evenwel of deze Tom-en-Jerry-achtige toestanden wel gewenst zijn, effectief zijn en in het huidige tijdsgewricht nog wel passend zijn.

Immers, waar gaat het in het faillissement om, althans waar behoort het om te gaan? Het faillissement is primair een liquidatie-scenario.⁴¹ In dat liquidatie-scenario gaat het er enerzijds om de grootst mogelijke opbrengst voor de activa te krijgen, terwijl het passief (inclusief de boedelschulden) zoveel mogelijk geminimaliseerd dient te worden, ten einde de pay-out-ratio ten behoeve van de crediteuren (wie dan ook) zo groot mogelijk te doen zijn. Als dat scenario als uitgangspunt wordt genomen, is het jammer als door de Tom-en-Jerry-gevechten tussen banken en curatoren niet de maximale opbrengsten voor de activa worden verkregen. Bovendien is het betreurenswaardig (wellicht wel

40. Zie zijn in voetnoot 3 genoemde artikel.

41. Ook als vanuit faillissement een doorstart wordt gemaakt in een andere entiteit wordt de bestaande juridische entiteit geliquideerd ten behoeve van diens crediteuren.

Artikel 58 lid 1 FW: een geducht wapen?

“juridisch leuk”) dat zowel banken als curatoren vele kosten maken door elkaar in procedures te bevechten met betrekking tot de vraag aan wie de opbrengst van bepaalde activa zou moeten toekomen. Als we alleen al bezien, over bijvoorbeeld de laatste 25 jaar, hoeveel gepubliceerde jurisprudentie er is aangaande procedures tussen curatoren en tot zekerheid gerechtigde banken en we ons daarbij een voorstelling pogen te maken van de daarmee gepaard gaande kosten, die uiteindelijk, direct of indirect, ten laste van de crediteuren komen, dan moet het om buitengewoon forse bedragen gaan. Daarnaast leiden al deze discussies tot grote vertraging van de afwikkeling van faillissementen.

Het zou zoveel simpeler kunnen, zoals dezerzijds al eerder is bepleit.⁴² Geef de financierende banken de gelegenheid om middels *één enkele akte* een pandrecht te vestigen op *alle* (opbrengsten van) huidige en toekomstige activa van een onderneming. Er zijn dan in beginsel geen discussies meer over de vraag wat wel en niet onder de zekerheidsportefeuille van de bank valt. Geef daarnaast de curator de *exclusieve* bevoegdheid om alle daarvoor in aanmerking komende activa in een faillissement te verkopen, opdat – aldus die verkoop in slechts één hand – er een maximale opbrengst kan worden verkregen. Schaf daartoe het separatisme in faillissementssituaties af, waarbij overigens bedacht dient te worden dat Nederland als nagenoeg enig land het separatisme kent.⁴³ Verdeel vervolgens de opbrengst tussen de zekerheidsgerechtigde bank en de boedel, bijvoorbeeld in een verhouding 75:25.

Kennelijk is een dergelijke simpele regeling voor de banken nog een brug te ver, want die wensen klaarblijkelijk *coûte-que-coûte* vast te houden aan het “verworven recht” van het separatisme. Het zou echter wel eens kunnen zijn dat, bij het gemakkelijker vestigen van een uitgebreider pandrecht enerzijds en het zich besparen van zeer vele kosten in procedures met curatoren anderzijds, een dergelijk systeem voor de banken financieel aanzienlijk beter zou uitpakken. Insolad had al eerder (in november 2012) een wat minder vergaand voorstel tot wijziging van de artikelen 57 en 58 Fw geformuleerd,⁴⁴ maar ook deze voorgestelde wijzigingen werden in bankiersland bepaald niet warm onthaald.

Dat betekent, helaas, dat rechters en uiteindelijk de Hoge Raad telkens weer zullen hebben te beslissen ten aanzien van de vraag waar de opbrengst van de activa heengaat. Jarenlang is er geprocedeerd met betrekking tot pandrecht op

42. Zie mijn bijdrage “Tabula Rasa” en de sheets van de presentatie ten behoeve van het op 18 april 2013 gehouden congres “Eyes on insolvency”. Het artikel “Tabula Rasa” is te vinden op <http://www.vil.nl/nl/publicaties/89> en de sheets op <http://www.vil.nl/nl/publicaties/200>.

43. Terwijl in alle andere landen, zonder separatisme, banken ook kredieten verlenen en kennelijk goed uit de voeten kunnen met een systeem, waarin de curator de “lead” heeft.

44. Zie <http://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijzigingen-fw.pdf>.

vorderingen. Van Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.⁴⁵ tot Dix q.q./ING en Van Leuveren q.q./ING,⁴⁶ waarbij de banken in het overgrote deel van de gevallen aan het langste eind trokken. A-G Timmerman schreef in zijn conclusie bij het Van Leuveren/ ING-arrest:⁴⁷

De weergave van jurisprudentie laat zien dat banken in de afgelopen twee decennia, stap voor stap, steeds meer terrein hebben gewonnen op het vlak van het verhaalsrecht. Vanwege de in het verleden ingezette lijn kon de Hoge Raad in het arrest Dix q.q./ING niet goed tot een ander oordeel komen. Dat neemt niet weg dat het door de wetgever geviseerde evenwicht tussen separatisten en concurrente schuldeisers bij verhaal geleidelijk aan is zoek geraakt [...] Al met al sluit ik niet uit dat het systeem efficiënter en rechtvaardiger zou werken als het risico op insolventie (weer) verdeeld wordt tussen de kredietverstrekkers en concurrente schuldeisers.

Wellicht heeft de zoektocht van curatoren naar het “geviseerde evenwicht” nu een uitlaatklep (of is het beter te spreken van: inlaadklep) gevonden in de termijnstelling van artikel 58 lid 1 Fw. Maar of dit inderdaad voor curatoren zo’n geducht wapen is, als de in de inleiding genoemde hoogleraren collectief menen, valt nog te bezien. De toekomst zal het leren.

45. HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/447 (Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.).

46. HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 (ING/Dix q.q.) en *JOR* 2012/200 en HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 (Van Leuveren q.q./ING) en *JOR* 213/155.

47. Sub 3.43 en sub 3.49.