

Tijdschrift voor
CURATOREN

JAARGANG 3 - JULI 2016

3

mr. N. Saidi

Kiezen of delen? De curator tussen de schuldeisers en de (ver)huurder

mr. J. Wind

Opheffing na verificatie artikel 196 Fw niet toepasselijk? Onzin!

mr. I.C.J.C. van de Klundert en mr. M.A.L.M. Willems

De terugkijk met q.q.: Van Leuveren q.q./ING

mr. E. Loesberg

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 mei 2016, ECLI: NL: GHSHE: 2016: 1933

prof. mr. A.W. Jongbloed

Overzicht rechtspraak faillissementsrecht mei/juni 2016

De terugkijk met q.q.: Van Leuveren q.q./ING

mr. I.C.J.C. van de Klundert en mr. M.A.L.M. Willems¹

Een bank die, met het faillissement van haar kredietnemer in zicht, na jaren van relatieve inactiviteit in de pandrelatie opeens een volmacht voor verpanding vraagt om vervolgens dagelijks tot verpanding over te gaan, doet dat natuurlijk niet voor niets, maar doet dat om haar positie in het naderende faillissement te versterken ten opzichte van de andere schuldeisers. Het verlenen van een dergelijke volmacht zonder dat daartoe een rechtsplicht bestaat, moet dan ook niet worden gezien als een wijze van uitvoering die op gelijke voet staat met het afdwingen van de ondertekening van een pandakte door de pandgever, maar als een rechtshandeling die wordt getroffen door art. 42 Fw. Ziehier in een notendop de aan de Borgersbrief ontleende omschrijving van het standpunt van mr. Van Leuveren in het naar hem vernoemde arrest.

'Op een zekere dag werd ik aangesteld als curator van een hele groep transportondernemingen, twee daarvan waren nog redelijk actief en hadden een grote debiteurenportefeuille. Dat waren de vennootschappen VBR-Holland en Minnaard Transport. Al heel snel na de faillietverklaring meldde zich ING bij mij met haar pandrecht. Van de bestuurder begreep ik dat hij de week ervoor op het kantoor van ING was geweest. Daar werden verschillende scenario's besproken en werd de bestuurder ter ondertekening een pandakte met volmacht voorgelegd. Feitelijk ging het alleen om die ondertekening. Ik had de oude verpandingsvoorwaarden aangetroffen, en daarin was geen verplichting tot volmachtverlening opgenomen. Als gevolg van de volmachtverlening vielen de vennootschappen en hun vorderingen onder de reikwijdte van de pandakte die ING dagelijks deponeert. Ongeveer een week later bleek ING er toch geen heil meer in te zien en is uiteindelijk het faillissement door de bestuurder zelf aangevraagd en uitgesproken.

In discussie was of dit pandrecht op de vorderingen standhield, omdat ik van oordeel was dat de volmachtverlening paulianus was. Onder de oude voorwaarden bestond immers geen verplichting tot volmachtverlening, en bovendien wist ING dat het faillissement was aangevraagd op het moment dat de nieuwe akte werd getekend. Met ING zijn eerst afspraken gemaakt over de inning van de vorderingen, waarbij de opbrengst op een derdenrekening gestald zou worden, en vervolgens over het voeren van een procedure. Dat sprongcassatie zou worden ingesteld, stond bij voorbaat wel vast. De procedure werd uiteindelijk het sluitstuk in de jurisprudentie over de stille verpanding van vorderingen middels verzamelpandakte. Dit was de laatste nagel aan de kist van curatoren.

Op het moment dat deze discussie startte, bestond er nog geen uitsluitel met betrekking tot de vraag of de verzamelpandakte voldeed aan het bepaaldheidsvereiste. Daar zag ik niet veel heil in. Nog tijdens de cassatieprocedure verscheen het arrest van de Hoge Raad inzake *ING/Dix q.q.* en werd mijn vermoeden dat de verzamelpandakte wel stand zou houden, bevestigd. Op dat moment waren de cassatiemiddelen al geformuleerd. Ik was op de hoogte van het feit dat deze procedure ook liep. Dat was voor mij ook aanleiding dezelfde cassatieadvocaat in te schakelen; die was immers al bekend met de problematiek. Enkele cassatiemiddelen bleken door *ING/Dix q.q.* achterhaald; die hebben wij hebben na verschijning van het arrest met een Borgersbrief nog gewijzigd.

Als ik heel eerlijk ben, wist ik vrij zeker dat ik dit zou gaan verliezen. Het recente arrest van *ING/Dix q.q.* gaf voor deze vermoedens natuurlijk ook extra aanleiding. Gelet op de lijn die de Hoge Raad de laatste twee decennia heeft ingezet omtrent de verpanding van de vordering en de eisen die daaraan worden gesteld, hadden we allemaal wel een gevoel waar het heen zou gaan. Dogmatisch vond ik echter mijn standpunt goed te verdedigen. Ik vond dit een andere casus gezien het feit dat tot circa een week vóór het faillissement er nog geen verplichting was voor de gefailleerden om een volmacht te verlenen. In de oude bankvoorwaarden die werden gehanteerd bij het aangaan van de financieringsdocumentatie was in die verplichting nog niet voorzien en de verplichting tot het verlenen van een volmacht is in mijn ogen toch iets heel anders dan een verplichting tot het verstrekken van zekerheden als opgenomen in de algemene bankvoorwaarden. In eerste instantie heb ik zelf geprocedeerd. Ook het kostenaspect woog daarin mee. Ik zat enorm in de materie aangezien ik ook de hele voordiscussie gevoerd had en ik kende de volledige achtergrond van het dossier. Het was inefficiënt geweest om het op dat moment nog over te dragen. In cassatie heb ik mij uiteraard laten vertegenwoordigen door een cassatieadvocaat.

1. Ilona van de Klundert is werkzaam als advocaat bij TaylorWessing en Marcel Willems is werkzaam als advocaat bij Kennedy van der Laan. Beiden zijn tevens redactielid.

Formeel is de procedure ingestoken als een gewone procedure. Over de feiten was echter geen discussiepunt. Ook ING vond de vragen die gesteld werden interessant en wilde daar antwoord op hebben. ING heeft uiteindelijk ook de cassatieprocedure gefinancierd. Voor de procedure in eerste aanleg heeft de rechter-commissaris zonder meer machtiging verleend, gelet op het forse bedrag dat met de discussie gemoeid was. Ook het voornemen om sprongcassatie in te stellen is zonder opmerkingen goedgekeurd, gelet op de aard van de materie. Uiteraard was het mooi meegenomen dat ING er was om de procedure te financieren.

Wij hebben destijds niet overwogen om prejudiciële vragen te stellen, om de eenvoudige reden dat die mogelijkheid er toen nog niet was. Overigens vraag ik mij af of dat wel sneller of goedkoper zou zijn geweest. Ook dan had immers een cassatieadvocaat ingeschakeld moeten worden, en wij hebben in deze zaak zeer efficiënt geprocedeerd. Wat mij overigens opvalt, is dat de Hoge Raad niet erg consistent is. Aan de ene kant lijkt hij, gesteund door de memorie van toelichting bij de wet die de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen invoerde, een rechtsvormende taak op te pakken en zit de Hoge Raad regelmatig op de stoel van de wetgever. Aan de andere zijde zie je daarin juist terughoudendheid bij de Hoge Raad. Zo ook in dit arrest. De Hoge Raad verwijst in zijn motivering juist naar de wetgever indien er iets zou moeten veranderen in de huidige ruime leer omtrent stille verpanding van vorderingen op naam.

Er zijn niet echt overwegingen van de Hoge Raad die mij hebben verbaasd of verrast. Als er iets opviel aan het arrest was het wel het feit dat de advocaat-generaal in zijn conclusie uitgebreid inging op de positie van de concurrente crediteuren in faillissementen over het algemeen. Dat is iets wat buiten het strikt juridische valt en zich meer in het rechtspolitieke begeeft. Hoewel ik, zoals ik aangaf, wel een gevoel had in welke richting het arrest zou gaan gelet op de lijn in de jurisprudentie vind ik nog altijd dat het ook een andere kant op had kunnen vallen. Wij hebben de discussie ingestoken op de onverplichtheid van de volmachtverlening en de wetenschap die ING op dat moment had gezien de datum waarop de volmachtverlening plaatsvond. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad de toelaatbaarheid van de volmachtverlening toch opgehangen aan het anker van de verplichting tot het verstrekken van zekerheden c.q. de verstrekking van het pandrecht. Je verleent echter geen pandrecht, je verleent een volmacht. Dat is in mijn ogen wezenlijk anders. Het is zeker niet het meest baanbrekende arrest van de Hoge Raad², al merk ik wel dat het arrest ge-

lezen wordt. Als je op een Insolad vervolgopleiding komt en het arrest wordt behandeld dan is dat natuurlijk wel leuk.

2. Noot van de redactie: dat was tijdens de procedure al duidelijk. Zoals de advocaat in de Borgersbrief schreef: 'Het als onverplicht aanmerken van de volmachtverlening – wat volgens de curator naar de huidige stand van de rechtspraak juist zou zijn – zal naar de verwachting van de curator in de praktijk niet zo veel effect hebben op de (door *Dix q.q./ING* verder ver-

sterkte) positie van de banken. Inmiddels bedienen die zich immers doorgaans van een verzamelpan-dakteconstructie waarbij de volmacht al ten tijde van het aangaan van de kredietrelatie wordt verleend.'