10

Hoge Raad
9 december 2016, nr. 16/01629
ECLI:NL:HR:2016:2833
(mr. Numann, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron, mr. Kroeze)
(concl. A-G mr. Timmerman (niet opgenomen; Red.))
Noot E.S. Ebels

Faillissementsrecht. Bevoegdheid tot aanvragen faillissement. Pandrecht.

Een openbare, en dus inningsbevoegde, pandhouder (art. 3:246 BW) is bevoegd het faillissement van de panddebiteur aan te vragen.

[Fw art. 1 lid 1; BW art. 3:246]

Onderdeel 1 klaagt dat het hof in r.o. 3.7 van zijn beschikking heeft miskend dat een inningsbevoegde pandhouder wél bevoegd is het faillissement van de schuldenaar aan te vragen. Onderdeel 2 keert zich tegen r.o. 3.6 en voert aan dat de inningsbevoegde pandhouder in elk geval naast de pandgever bevoegd is het faillissement van de schuldenaar aan te vragen.
Art. 1 lid 1 Fw bepaalt dat de schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van één of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement wordt verklaard. Het middel stelt de vraag aan de orde of een pandhouder wiens pandrecht aan de schuldenaar is meegedeeld, kan worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van deze bepaling.
Art. 3:246 lid 1 BW houdt in dat, indien het pandrecht aan de schuldenaar is meegedeeld, de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. De pandhouder is in dat geval tevens bevoegd tot opzegging wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt (art. 3:246 lid 2 BW). Na bedoelde mededeling kan de pandgever deze bevoegdheden slechts uitoefenen indien hij daartoe toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft verkregen (art. 3:246 lid 4 BW). Aldus gaat door de mededeling van de verpanding aan de schuldenaar de bevoegdheid tot inning van de verpande vordering over van de pandgever op de pandhouder. Andere schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de vordering blijven ingevolge de wet bij de pandgever berusten. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever daarbij gedacht aan handelingen als het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een schadevergoeding, alsmede de bevoegdheid tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspruit. (Parl. Gesch. Boek 3, p. 773; HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, NJ 2015/82). De in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde inningsbevoegdheid (zie hiervoor in 3.3.3) omvat de bevoegdheid tot verhaal van de vordering op het vermogen van de schuldenaar. Daartoe staan de pandhouder de middelen ten dienste die vóór de mededeling van het pandrecht aan de pandgever als schuldeiser toekwamen, zoals die tot uitwinning van de aan de vordering verbonden zekerheidsrechten (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619, NJ 2016/34). Ook de bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar strekt tot verhaal van de vordering op diens vermogen. Daarom moet de houder van een pandrecht op een vordering vanaf het moment dat dit pandrecht aan de schuldenaar is meegedeeld, worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Fw. Gelet op het bepaalde in art. 3:246 lid 4 BW kan de pandgever de bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar vanaf bedoelde mededeling slechts uitoefenen, indien hij daartoe toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft verkregen.

Megalim Investments B.V.,
gevestigd te Hoogeveen,
verzoekster tot cassatie,
advocaat: mr. J.H.M. van Swaaij,
tegen
De Veenbloem B.V.,
gevestigd te Smilde,
verweerster in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Megalim en De Veenbloem.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties
Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:
a. de beschikking in de zaak C/18/164093 FT/RK 16-16 van de rechtbank Noord-Nederland van 2 februari 2016;
b. de beschikking in de zaak 200.185.409/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2016.
De beschikking van het hof is aan deze de beschikking gehecht.

2 Het geding in cassatie
Tegen de beschikking van het hof heeft Megalim beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.
De Veenbloem heeft geen verweerschrift ingediend.
De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot vernietiging en verwijzing.

3 Beoordeling van het middel
3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) Diamond Invest B.V. (hierna: Diamond Invest) heeft aan De Veenbloem bedrijfsruimte verhuurd.
(ii) Diamond Invest heeft uit hoofde van de huurovereenkomst een vordering op De Veenbloem van ten minste een bedrag van € 11.000,=.
(iii) Megalim heeft een pandrecht op de vordering van Diamond Invest op De Veenbloem. Zij heeft daarvan mededeling gedaan aan De Veenbloem.
3.2.1 Megalim heeft verzocht het faillissement van De Veenbloem uit te spreken. De rechtbank heeft dat verzoek afgewezen op de grond dat Megalim als pandhouder niet de bevoegdheid heeft het faillissement van De Veenbloem aan te vragen.
3.2.2 Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Het heeft daartoe onder meer overwogen:
''3.6. De pandgever is schuldeiser en blijft dat ook ondanks het feit dat na mededeling van de verpanding de pandhouder inningsbevoegd is. De pandhouder is inningsbevoegd met betrekking tot een vordering die toebehoort aan de pandgever/schuldeiser. De pandhouder heeft geen vorderingsrecht op de schuldenaar van de verpande vordering.
In artikel 3:246 lid 1 en 2 BW wordt bepaald welke (schuldeisers)bevoegdheden aan de pandhouder toekomen. De bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar

van de verpande vordering behoort niet tot die bevoegdheden. Deze bevoegdheid blijft bij pandgever/schuldeiser.
3.7. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is het hof van oordeel dat een pandhouder niet het faillissement kan aanvragen, omdat hij geen schuldeiser van de debiteur van de verpande vordering is en deze bevoegdheid ook niet uit het pandrecht volgt. Dit leidt ertoe dat het verzoek van Megalim om De Veenbloem in staat van faillissement te verklaren dient te worden afgewezen en de bestreden beschikking dient te worden bekrachtigd.''
3.3.1 Onderdeel 1 klaagt dat het hof in rov. 3.7 van zijn beschikking heeft miskend dat een inningsbevoegde pandhouder wél bevoegd is het faillissement van de schuldenaar aan te vragen. Onderdeel 2 keert zich tegen rov. 3.6 en voert aan dat de inningsbevoegde pandhouder in elk geval naast de pandgever bevoegd is het faillissement van de schuldenaar aan te vragen.
3.3.2 Art. 1 lid 1 Fw bepaalt dat de schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement wordt verklaard. Het middel stelt de vraag aan de orde of een pandhouder wiens pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, kan worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van deze bepaling.
3.3.3 Art. 3:246 lid 1 BW houdt in dat, indien het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. De pandhouder is in dat geval tevens bevoegd tot opzegging wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt (art. 3:246 lid 2 BW). Na bedoelde mededeling kan de pandgever deze bevoegdheden slechts uitoefenen indien hij daartoe toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft verkregen (art. 3:246 lid 4 BW). Aldus gaat door de mededeling van de verpanding aan de schuldenaar de bevoegdheid tot inning van de verpande vordering over van de pandgever op de pandhouder. Andere schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de vordering blijven ingevolge de wet bij de pandgever berusten. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever daarbij gedacht aan handelingen als het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een tot schadevergoeding, alsmede de bevoegdheid tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspruit. (Parl. Gesch. Boek 3, p. 773; HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, NJ 2015/82).
3.3.4 De in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde inningsbevoegdheid (zie hiervoor in 3.3.3) omvat de bevoegdheid tot verhaal van de vordering op het vermogen van de schuldenaar. Daartoe staan de pandhouder de middelen ten dienste die vóór de mededeling van het pandrecht aan de pandgever als schuldeiser toekwamen, zoals die tot uitwinning van de aan de vordering verbonden zekerheidsrechten (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619, NJ 2016/34). Ook de bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar strekt tot verhaal van de vordering op diens vermogen. Daarom moet de houder van een pandrecht op een vordering vanaf het moment dat dit pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Fw. Gelet op het bepaalde in art. 3:246 lid 4 BW kan de pandgever de bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar vanaf bedoelde mededeling slechts uitoefenen, indien hij daartoe toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft verkregen.
3.3.5 In het licht van het voorgaande slaagt onderdeel 1 en behoeft onderdeel 2 geen behandeling. Onderdeel 3, dat is gericht tegen beslissingen die voortbouwen op het onjuist bevonden oordeel, slaagt eveneens.

4 Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2016;
verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt De Veenbloem in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Megalim begroot op € 58,49 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

1. De rechtsvraag die voorlag in bovenstaand arrest is overzichtelijk: mag een openbaar pandhouder het faillissement aanvragen van de schuldenaar van een aan die pandhouder verpande vordering? De Hoge Raad beantwoordt die vraag bevestigend. Het arrest is het derde in korte tijd waarin de Hoge Raad meer duidelijkheid schept over de bevoegdheden van een openbaar pandhouder.
2. De Hoge Raad bouwt, mijns inziens op een logische wijze, voort op zijn eerdere uitspraken van 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415 (*Neo-River*) en 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619 (*Marell*).
3. Het hof en de rechtbank beantwoordden in deze zaak de rechtsvraag ontkennend. Zij lijken door het *Neo-River*-arrest op het verkeerde been te zijn gezet. In het *Neo-River*-arrest oordeelde de Hoge Raad namelijk dat aan de openbaar pandhouder alleen de specifiek in art. 3:246 BW genoemde schuldeisersbevoegdheden toekomen. Die bevoegdheden zijn beperkt: de openbaar pandhouder mag in en buiten rechte nakoming van de verpande vordering eisen en betalingen in ontvangst nemen, met andere woorden de vordering innen (art. 3:246 lid 1 BW) en de vordering opzeggen als die daardoor opeisbaar wordt (art. 3:246 lid 2 BW).
4. Andere schuldeisersbevoegdheden kent de wet aan de openbaar pandhouder niet toe, aldus de Hoge Raad in het *Neo-River*-arrest. Het hof had hierbij aangesloten door te overwegen dat de openbaar pandhouder geen zelfstandig vorderingsrecht op de schuldenaar van de verpande vordering heeft en dat het aanvragen van het faillissement geen bevoegdheid van de openbaar pandhouder is als genoemd in art. 3:246 BW.
5. De Hoge Raad oordeelt echter dat het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar van de verpande debiteur onder de inningsbevoegdheid van art. 3:246 lid 1 BW valt. Eerder was de Hoge Raad in het *Marell*-arrest met een vergelijkbare overweging tot de conclusie gekomen dat het uitwinnen van de aan de verpande vordering verbonden zekerheden ook onder die inningsbevoegdheid valt. De pandhouder in die zaak mocht het pandrecht uitoefenen, waarmee de aan hem verpande vordering (op haar beurt) weer was verzekerd.
6. De Hoge Raad beantwoordt de vraag of het aanvragen van een faillissement onder de inningsbevoegdheid van art. 3:246 lid 1 BW valt (in tegenstelling tot de vraag of het een expliciet in art. 3:246 BW genoemde bevoegdheid betreft, zoals het hof deed) en geeft daarmee een nadere invulling van die inningsbevoegdheid.
7. De Hoge Raad oordeelt in het onderhavige arrest dat ''*de bevoegdheid tot verhaal van de vordering op het vermogen van de schuldenaar* [van de verpande vordering]'' omvat en dat de pandhouder daartoe ''*de middelen ten dienste staan die vóór de mededeling van het pandrecht aan de pandgever als schuldeiser toekwamen*'' (r.o. 3.3.4).

8. Daarmee bevestigt de Hoge Raad ook dat de openbaar pandhouder ten laste van de schuldenaar van de verpande vordering beslag kan leggen. Dat is niet verwonderlijk als men in ogenschouw neemt dat een faillissement algemeen beslag legt op het vermogen van de schuldenaar en ook in de literatuur werd al aangenomen dat dit mogelijk was.[1]
9. Ik acht de overweging en de uitkomst in dit arrest juist. Het aanvragen van een faillissement is een algemeen aanvaarde manier om een vordering te innen. Zowel door middel van de dreiging van, als een daadwerkelijk uitgesproken faillissement. Al zal het in de praktijk ingeval van faillissement niet vaak tot een uitkering komen. De openbaar pandhouder is daarnaast bij uitsluiting bevoegd om in faillissement bij een uitdeling betaling op de verpande vordering in ontvangst te nemen. Het is dan ongerijmd als hij het faillissement niet zou mogen aanvragen.
10. De Hoge Raad verduidelijkt met deze uitspraak zijn eerdere *Marell*-arrest, in die zin dat de openbaar pandhouder niet alleen de aan de verpande vordering verbonden zekerheidsrechten mag uitwinnen, maar dat aan hem de middelen tot verhaal ten dienste staan die voor de mededeling van het pandrecht aan de pandgever/schuldeiser toekwamen.
11. De Hoge Raad komt hiermee de literatuur, maar ook de praktijk tegemoet. Het pandrecht zou aan kracht inboeten als aan de openbaar pandhouder geen verhaalsmogelijkheden ter beschikking zouden staan en de pandhouder zijn inningsbevoegdheden moet beperken tot het sturen van aanmaningsbrieven omdat hij geen zelfstandig vorderingsrecht op de schuldenaar van de verpande vordering heeft. Daar komt bij dat het mogelijk een oneigenlijk voordeel voor de schuldenaar oplevert, aangezien de pandgever/schuldeiser na de openbare verpanding weinig belang meer heeft bij een faillissement van zijn schuldenaar. De Hoge Raad oordeelt daarom, wat mij betreft terecht, dat de openbaar pandhouder moet worden aangemerkt als een schuldeiser in de zin van art. 1 Fw.

E.S. Ebels
Udink Advocaten

1 Zie onder verwijzing naar HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HT:2005:AS2619 (*Rabobank/Stormpolder,* waarin de Hoge Raad oordeelde dat een beslaglegger bevoegd is het hypotheekrecht uit te winnen, waarmee de beslagen vordering is verzekerd): Faber, *Verrekening*, diss., 2005, nr. 279; Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, diss., 2008, nr. 400; Snijders/Rank-Berenschot. *Goederenrecht*, 2012, nr. 550; Faber en Vermunt in hun noot onder het *Marell*-arrest, «JOR» 2016/105.

11

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
27 september 2016, nr. 200.148.150/01
ECLI:NL:GHSHE:2016:4283
(mr. Rothuizen-van Dijk, mr. Begheyn, mr. Evers)
Noot E.A. van de Kuilen en F. van Pelt

Faillissement. Concernverhoudingen. Vereenzelviging. Selectieve betaling. Onrechtmatige daad. Misbruik van bevoegdheid.

De bestuurders van de vennootschappen binnen de groep hebben misbruik gemaakt van het identiteitsverschil tussen de verschillende rechtspersonen van de groep.

[BW art. 6:162]

Het hof acht in deze zaak de conclusie gerechtvaardigd dat erflater en geïntimeerde 2 tezamen als leidinggevenden van de vennootschappen binnen de groep misbruik hebben gemaakt van het identiteitsverschil tussen de verschillende rechtspersonen van de groep. Dit misbruik behoeft in rechte niet te worden gehonoreerd. Het maken van dit misbruik vormt naar het oordeel van het hof een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan de Staat is toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal niet alleen rusten op de twee personen die met gebruikmaking van hun zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen hebben gebracht, maar ook op de rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degenen die hen beheersen rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk van henzelf.

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken; Dienst Regelingen),
gevestigd te 's-Gravenhage,
appellant,
hierna aan te duiden als de Staat,
advocaat: mr. F.L. Bolkestein te 's-Gravenhage,
tegen
1. de gezamenlijke erfgenamen van wijlen [*erflater*],
laatstelijk wonende te [woonplaats],
2. [*geïntimeerde 2*],
wonende te [woonplaats],
3. [*geïntimeerde 3*] (i.l.),
gevestigd te [vestigingsplaats],
4. [*geïntimeerde 4*] (i.l.),
statutair gevestigd te [vestigingsplaats],
5. [*geïntimeerde 5*] (i.l.),
statutair gevestigd te [vestigingsplaats],
6. [*geïntimeerde 6*] (i.l.),
statutair gevestigd te [vestigingsplaats],
7. [*geïntimeerde 7*] (i.l.),
statutair gevestigd te [vestigingsplaats],
8. [*geïntimeerde 8*] (i.l.),
statutair gevestigd te [vestigingsplaats],
9. [*geïntimeerde 9*] (i.l.),
statutair gevestigd te [vestigingsplaats],
10. [*geïntimeerde 10*] (i.l.),
statutair gevestigd te [vestigingsplaats],
11. [*geïntimeerde 11*] (i.l.),
statutair gevestigd te [vestigingsplaats],
12. [*geïntimeerde 12*] (i.l.),