

# Contracten maken

## De kredietovereenkomst met de huisbank

Mr. J.W. Frieling\*

### 1. Inleiding

In deze rubriek *Contracten Maken* moge het onderwerp ‘De kredietovereenkomst met de huisbank’ verrassend toeschijnen. Immers, als men met zijn huisbank een kredietovereenkomst afsluit, dan is het in de praktijk de bank die die overeenkomst opstelt. Veelal – althans in het MKB – een korte *term sheet* met de belangrijkste data, en verder verwijzing naar meestal verschillende sets algemene voorwaarden (algemene bankvoorwaarden, algemene kredietvoorwaarden, algemene voorwaarden betalingsverkeer, enz.). Over al die algemene voorwaarden valt als regel niet te onderhandelen. Waarom dan toch dit onderwerp in deze rubriek?

In deze bijdrage benader ik de kredietovereenkomst met de bank primair vanuit het belang van de bestuurder/(groot)aandeelhouder, die zelf tevens borg staat voor het krediet aan zijn bv of daarvoor hoofdelijk is verbonden. Zeker in het MKB is dit een constellatie die veelvuldig voorkomt. In dergelijke gevallen is de bestuurder/(groot)aandeelhouder – gemakshalve noem ik hem hierna de ondernemer – persoonlijk belanghebbende bij het krediet. In het bijzonder: uiteindelijke terugbetaling daarvan door de kredietnemer/bv aan de bank, opdat de ondernemer daarvoor niet, althans zo min mogelijk, door de bank persoonlijk aansprakelijk behoeft te worden gesteld. Dit belang is naar zijn aard niet strijdig met dat van de bank.

Ik benader in deze bijdrage de kredietovereenkomst vanuit het perspectief van insolventie van de kredietnemer. Dat is immers de voorbeeldsituatie waarin de kredietovereenkomst (pas) echt interessant wordt. Ontegenzeggelijk zal het evenwel vaak genoeg onvermijdelijk zijn dat bij insolventie van de kredietnemer de borgtocht zal worden uitgewonnen. Andersom komt het evenwel vaak genoeg voor dat, bijvoorbeeld door voldoende zakelijke zekerheden, de borg feitelijk geen risico loopt. Maar niet zelden hangt bij insolventie van de kredietnemer het feitelijke borggrisco geheel of gedeeltelijk af van de accuratesse waarmee zakelijke

zekerheden zijn gevestigd en worden uitgewonnen. Met het oog hierop kan het nuttig zijn, ook voor de ondernemer, om kritisch te zijn bij het sluiten en uitvoeren van kredietovereenkomsten met banken. Er blijkt dan wel degelijk ‘onderhandelingsruimte’ aanwezig te zijn.

Ik behandel zowel onderwerpen die bij het aangaan van de kredietovereenkomst relevant kunnen zijn, als de wijze waarop men met de kredietovereenkomst kan omgaan op het moment dat insolventie aanstaande, dan wel een feit is. In paragraaf 2 bespreek ik het overeenkomen en vestigen van zakelijke zekerheden en in paragraaf 3 het executeren daarvan, beide met het oog op maximering van de opbrengst ervan. In paragraaf 4 bespreek ik de (dreigende) uitwinning van de borgtocht door de bank, en wat de ondernemer/borg eraan kan doen om zijn borggrisco ook in dat stadium nog zo veel als mogelijk te beperken.

### 2. Zekerheden: overeenkomen en vestigen

#### 2.1 Inleiding

De bank zal doorgaans zakelijke zekerheid verlangen bij het verschaffen van krediet. Als de ondernemer persoonlijk borg staat, dan heeft hij er dus een belang bij dat er voldoende zakelijke zekerheden worden gesteld en ook op de juiste wijze – dit om zijn borggrisco zo veel als mogelijk te beperken. De bank en de ondernemer hebben dan dus een *parallel* belang bij voldoende en correct gevestigde zakelijke zekerheden.

In het navolgende bespreek ik specifiek zekerheden met betrekking tot roerende zaken, vorderingen op naam en rechten van intellectuele eigendom; roerende zaken en vorderingen omdat deze het meest voorkomend zijn, rechten van intellectuele eigendom omdat deze naar mijn ervaring vaak – ten onrechte – over het hoofd worden gezien.<sup>1</sup> Allereerst bespreek ik echter een onderwerp dat algemeen bij verstrekking van zekerheden relevant is: tegenstrijdig belang.

\* Advocaat Höcker Advocaten, Amsterdam.

1 Het bestek van deze bijdrage dwingt tot keuzes. Zekerheidsrechten met betrekking tot registergoederen, bijvoorbeeld, of hoofdelijkheidsverhoudingen, zijn interessant en belangrijk genoeg, maar gaan de beperkte opzet van deze bijdrage te buiten.

## 2.2 Tegenstrijdig belang

Artikel 2:146/256 BW bepaalt dat tenzij bij de statuten anders is bepaald, de nv/bv in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met één of meer bestuurders, wordt vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering (ava) is steeds bevoegd één of meer andere personen daartoe aan te wijzen. Vaak is deze tegenstrijdigbelangregeling – met uitzondering van de derogerende aanwijzingsbevoegdheid van de ava, die van dwingend recht is – in statuten ‘weggeschreven’. Maar in gevallen waarin dat niet is gebeurd, dient de tegenstrijdigbelangregeling in aanmerking te worden genomen.

Bij concernfinanciering worden als regel kruislinkse zekerheden verschaft en/of wordt hoofdelijkheid overeengekomen. Daarbij kunnen de belangen van de onderscheidenlijke concernvennootschappen in beginsel met elkaar strijdig zijn.<sup>2</sup> Als meerdere (potentieel) tegenstrijdige belangen samenkomen bij één bestuurder of een bestuurder-vennootschap tegenstrijdig belang heeft met andere concernvennootschappen, dienen door de betrokken vennootschappen *uitdrukkelijke* (schriftelijke) aandeelhoudersbesluiten te worden genomen waarbij de vertegenwoordigende bestuurder, ondanks tegenstrijdig belang, wordt aangewezen ex artikel 2:146/256 laatste volzin BW.<sup>3</sup> Dit geldt – dus – ook bij één persoonsconcerns: de betrokken bestuurder/enig aandeelhouder moet *uitdrukkelijk* (schriftelijk) zichzelf als vertegenwoordiger van de betrokken vennootschappen aanwijzen. Doet hij dat niet, dan zijn de vennootschappen niet rechtsgeldig vertegenwoordigd en zijn de (kruislingse) zekerheden of hoofdelijkheden niet rechtsgeldig gevestigd.<sup>4</sup> Het moge formalistisch toeschijnen – dat is het volgens mij ook –, het is niettemin – voorsnog – de regel waarmee we in de praktijk hebben te leven.

Overigens doet men er verstandig aan om óók wanneer de tegenstrijdigbelangregeling van artikel 2:146/256 eerste volzin BW wél in de statuten is weggeschreven, een ava-besluit te doen nemen of althans het voornemen tot het aangaan van de transactie waarmee (potentieel) tegenstrijdige belangen zijn genoemd, tijdig aan de ava kenbaar te maken, opdat – dit is vooral van belang bij vennootschappen met gespreid aandelenbezit – de ava desgewenst in de gelegenheid is om de bevoegdheid tot aanwijzing ex artikel 2:146/256 tweede volzin BW uit te oefenen.<sup>5</sup>

## 2.3 Roerende zaken

Het overeenkomen en vestigen van stil pandrecht op roerende zaken levert doorgaans geen problemen op. Met een eenmalige notariële of onderhandse geregistreerde akte kunnen bestaande én toekomstige roerende zaken stil worden verpand. In het algemeen heeft de pandhouder slechts het bodemvoorrecht van de fiscus

voor zich te dulden met betrekking tot inventarisgoederen (maar zie ook hierna, paragraaf 3.2, over bodemverhuur).

## 2.4 Vorderingen op naam

Met een notarieel of onderhands geregistreerde akte kan pandrecht worden gevestigd op bestaande vorderingen en toekomstige vorderingen voor zover deze voortvloeien uit een op het moment van verpanding reeds bestaande rechtsverhouding. Aan de verpandingsakte worden volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad geen al te hoge eisen gesteld. Een eenzijdige akte (van de pandgever) volstaat. Voldoende is dat de tot verpanding bestemde akte zodanige gegevens bevat, dat eventueel in onderling verband en samenhang met andere akten of andere feiten – achteraf – kan worden vastgesteld dat de akte is bestemd tot verpanding van de erin bedoelde vorderingen. De vorderingen hoeven niet zelf in de akte te worden gespecificeerd.<sup>6</sup> Doorgaans wordt dit door banken wel goed geregeld. In de pandakte wordt naast eventueel een verwijzing naar actuele pandlijsten, een generieke verpandingsclausule opgenomen, die inhoudt dat worden verpand ‘alle bestaande en toekomstige vorderingen, voor zover voortvloeiend uit bestaande rechtsverhoudingen, van de debiteur op derden, uit welchen hoofde ook’, of woorden van gelijke strekking. Toch gaat er vaak genoeg nog wel wat mis – dat wil zeggen de verpanding is niet optimaal – en dat kan uiteindelijk dus ook tot nadeel strekken van de ondernemer/borg. Men lette onder meer op het volgende.

- a. Overeenkomsten tot verpanding houden soms in dat (slechts) ‘boekvorderingen’ of ‘handelsdebiteuren’ o.i.d. worden verpand, waarbij dus niet uit de boeken blijkende vorderingen respectievelijk vorderingen op anderen dan handelsdebiteuren (bijvoorbeeld intercompany-vorderingen) niet worden verpand. Dit kan onbedoeld zijn. Let er dus op dat de overeenkomst tot verpanding (niet slechts de akte *van* verpanding) eenvoudig inhoudt – desgewenst – dat *alle* vorderingen van de debiteur op derden, uit welchen hoofde ook, onder de verpanding worden begrepen.
- b. Voor verpanding van toekomstige vorderingen is eenmalige registratie niet voldoende. Immers, verpand kunnen slechts worden toekomstige vorderingen voor zover deze voortvloeien uit op het moment van verpanding reeds bestaande rechtsverhoudingen. Deze laatste beperking – de op het moment van verpanding bestaande rechtsverhouding – brengt met zich dat regelmatig moet worden verpand. Op die manier worden immers steeds nieuwe vorderingen verpand, voor zover deze op het moment van de vorige verpanding niet bestonden of niet voortvloeien uit op dat moment reeds bestaande rechtsverhoudingen. Ook dit gaat vaak genoeg goed, en banken plegen voor zichzelf volmacht te bedingen om zelf die steeds weer terugkerende verpanding mede namens de pandgever te doen plaatsvinden. Toch kan het ook misgaan.<sup>7</sup> Wat in de

2 Zie voor een genuanceerde opvatting S.M. Bartman, ‘De katalyserende werking van het tegenstrijdig belang. Een beschouwing naar aanleiding van het Duplicado-arrest (HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519, JOR 2004, 266)’, WPNR 2005, p. 237-243.

3 Zie aldus bijvoorbeeld HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 (Duplicado).

4 Zie voor een recent voorbeeld hiervan HR 14 juli 2006, NJ 2006, 570 (ABN Amro/Dijkema q.q.).

5 Zie HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (Brandao/Joral). Of zo’n voorafgaande waarschuwing aan de ava ook vereist is indien er slechts één aandeelhouder is die tevens bestuurder is van de vennootschap of door dezelfde bestuurder wordt vertegenwoordigd, is (nog) geen uitgemaakte zaak. Het lijkt vergezocht – dat men zichzelf moet ‘waarschuwen’ –, maar ook hier lijkt beter mee verleggen, dan om verleggen, het devies.

6 Vgl. laatstelijk HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (Meijs q.q./Bank of Tokio).

7 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 10 oktober 2006, JOR 2007, 100 (Leasing/Van Lanschot Bankiers), waarbij de steller van een contragarantie ter verzekering van een bedrijfskrediet, de bank verweet zich er onvoldoende toe te hebben ingespannen om (eerst) zakelijke zekerheden uit te winnen alvorens de bankgarantie aan te spreken (waardoor ook de contragarantie werd uitgewonnen). ‘Ook als deze handelwijze van Van Lanschot rustte op de gedachte dat toezending en registratie van [...] pandlijsten geen prioriteit had, nu het krediet van Acoba tevens (deels) was afgedekt door een bankgarantie, acht het hof die gedragslijn niet onrechtmatig jegens Teesing, nu het Van Lanschot vrijstond haar beleid aldus in te richten’, aldus het Hof (r.o. 4.9).

praktijk niet zelden gebeurt, is dat langdurig niet wordt verpand en dat als faillissement opeens aanstaande is, alsnog even een pandakte wordt opgemaakt en geregistreerd. Doorgaans betreft dit geen onverplichte rechtshandeling (art. 42 Fw) – artikel 20 van de Algemene Bankvoorwaarden verplicht de debiteur tot het stellen van voldoende (eventueel: aanvullende) zekerheden –, maar zo'n verpanding kan onder omstandigheden toch worden aangetast. Op voet van artikel 47 Fw kan de faillissementscurator ook een *verplichte* betaling – zoals een verpanding – vernietigen, indien hetzij de pandhouder op het moment van verpanding wist dat het faillissement van de pandgever was aangevraagd, hetzij de verpanding het gevolg was van overleg tussen pandgever en pandhouder, met het doel de pandhouder boven de overige schuldeisers te begunstigen. Was lange tijd niet verpand en wordt de laatste verpanding op voet van artikel 47 Fw vernietigd, dan zal dus opeens de gehele debiteurenportefeuille of althans het grootste deel daarvan vrij van pand zijn. De ondernemer doet er dus goed aan om er ook zelf op toe te zien, zeker als men in 'zwaar weer' verkeert maar liever nog ook daarvoor, dat verpanding regelmatig plaatsvindt. Zonodig kan de ondernemer zélf verpanden (door het ter registratie aanbieden van pandakten).<sup>8</sup>

- c. Een belemmering voor verpanding kan bestaan in een niet-overdraagbaarheidsbeding (of een specifiek niet-verpandingsbeding). Artikel 3:83 lid 2 BW bepaalt dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten contractueel kan worden uitgesloten. Uit artikel 3:228 BW – dat bepaalt dat (slechts) op goederen die voor overdracht vatbaar zijn, pand of hypotheek kan worden gevestigd – vloeit voort dat een dergelijk beding tevens meebrengt dat verpanding van dergelijke vorderingen goederenrechtelijk niet mogelijk is.<sup>9</sup> In veel overeenkomsten en algemene voorwaarden ziet men dat overdraagbaarheid van – uit die overeenkomsten/voorwaarden voortvloeiende – vorderingsrechten wordt uitgesloten.<sup>10</sup> In veel gevallen – zo leert de praktijk – is over een dergelijke bepaling niet diep nagedacht, of vormt deze althans geen kernbeding voor de wederpartij. Als afnemers van de pandgever dergelijke bedingen hanteren (bijvoorbeeld in inkoopvoorwaarden), kan het voor de ondernemer/pandgever het overwegen waard zijn, als het belang groot genoeg is, om dergelijke bedingen weg te onderhandelen.
- d. Het pandrecht zal slechts kunnen worden uitgeoefend indien de pandhouder over adequate informatie beschikt om tot daadwerkelijke incasso van de verpande vorderingen te kun-

nen overgaan. Banken plegen wel 'pandlijsten' te vragen aan pandgevers, bijvoorbeeld in de vorm van een actuele debiteurenuitdraai uit het grootboek, maar die informatie zal niet altijd voldoende zijn om daadwerkelijk te kunnen incasseren (bijvoorbeeld als NAW-gegevens ontbreken, of als de vorderingen worden betwist). Curatoren kunnen onwelwillend zijn om in faillissement de nodige informatie aan de bank te verschaffen en het is nog geen uitgemaakte zaak of zij daartoe rechtens verplicht zijn.<sup>11</sup> De ondernemer doet er aldus verstandig aan om erop toe te zien, als het erop aankomt, dat de bank wordt voorzien (vóór faillissement) van adequate informatie voor de incasso van de verpande vorderingen.

## 2.5 Rechten van intellectuele eigendom

Alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn, zijn vatbaar voor pand (art. 3:228 BW), en dat geldt dus in beginsel ook voor rechten van intellectuele eigendom. Pandrecht op een recht van intellectuele eigendom wordt gevestigd overeenkomstig de regels die gelden voor overdracht van zodanig recht (art. 3:98 BW). Meestal is dat een akte (vgl. het algemene art. 3:95 BW en specifieke bepalingen in bijzondere wetten, zoals art. 2 lid 2 Aw voor auteursrechten, art. 67 lid 1 ROW (specifiek over verpanding) voor octrooien, enz.). In branches waarin het met name op deze rechten aankomt, zullen deze ook wel in het kader van kredietverlening worden verpand (ICT, creatieve sector), maar vaak genoeg gebeurt het ook niet. Bijvoorbeeld in de reclamebranche komt het vaak genoeg voor dat intellectuele eigendomsrechten niet worden verpand, terwijl auteursrechten toch *de* asset van ondernemingen in deze branche zijn. Het verdient dan overweging om ook auteursrechten in het kader van kredietverlening te verpanden, waarbij overigens ook weer regelmatig verpanding vereist is.

Ontegengesteld is verpanding van IE-rechten een onderwerp dat tot ingewikkelde problematiek aanleiding kan geven, bijvoorbeeld over de vraag hoe zo'n pandrecht zich verhoudt tot verleen-licenties, escrow-regelingen, gezamenlijk gehouden IE-rechten, enzovoort.<sup>12</sup> Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om op al die vragen verder in te gaan. Waar het mij op deze plaats om te doen is, is dat het in verzekerd verband geven van dergelijke activa soms – met name als het om in omvang beperkte belangen gaat – zonder duidelijke reden achterwege wordt gelaten, terwijl verpanding van IE-rechten, in het bijzonder auteursrechten, *in beginsel* toch geen gecompliceerde aangelegenheid is.

## 3. Executie van zekerheden

### 3.1 Inleiding

Overeenkomen, vestigen en executeren van zekerheden kunnen het best in samenhang worden gezien. Bovendien worden in het kader van executie van zekerheden vaak ook wel (nadere) afspraken gemaakt c.q. 'contracten gemaakt' en de praktijk leert dat juist

8 Art. 47 Fw wordt door de Hoge Raad overigens streng geïnterpreteerd. Zie HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (Gispen q.q./IFN) respectievelijk HR 16 juni 2000, NJ 2000, 758 (Van Dooren q.q./ABN Amro). Hier staat tegenover dat in de literatuur permanent stemmen opgaan om art. 47 Fw op te rekken en reeds onder dezelfde omstandigheden waarbij onverplichte rechtshandelingen kunnen worden vernietigd (art. 42 Fw), verplichte betalingen vernietigbaar te maken (zie bijvoorbeeld vindplaatsen genoemd in concl. A-G voor genoemd arrest Van Dooren q.q./ABN Amro, paragraaf 14). Het ligt in de lijn der verwachting dat een dergelijke uitbreiding van vernietigingsmogelijkheden met betrekking tot verplichte rechtshandelingen, in de nu in (voor)ontwerp zijnde nieuwe Insolventiewet, haar intrede zal doen.

9 Zie aldus ook F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2003, i.h.b. p. 98-100.

10 Het is een kwestie van uitleg of een dergelijk beding als contractueel overdrachtsverbod moet worden aangemerkt, dat geen goederenrechtelijke werking heeft, of als goederenrechtelijke uitsluiting van overdracht ex art. 3:83 lid 2 BW.

11 In bevestigende zin Rb. Dordrecht 6 februari 2002, JOR 2002, 36 (ABN Amro/Hamm q.q.); anders evenwel A. van Hees in Tvl 2002, p. 212-214.

12 Zie voor een indicatie van complicaties die denkbaar zijn, en dan ook nog eens in internationale context, recentelijk F.W. Grosheide, 'UNCITRAL'S Modelwet voor grensoverschrijdende zekerheden en intellectuele eigendomsrechten', WPNR 2007, p. 303-305.

ter zake van dergelijke afspraken, als het gaat om de gewenste goederenrechtelijke gevolgen ervan, het er heel precies op aankomt.

### 3.2 Roerende zaken/bodemverhuurconstructie

Zoals ik hiervoor al kort aanstipte, is pandrecht op roerende zaken eenvoudig en voor eens en altijd te vestigen, maar heeft het pandrecht met betrekking tot inventarisgoederen doorgaans het fiscale bodemvoorrecht voor zich te dulden (art. 22 lid 2 Iw). Het is nog steeds toegestaan om het bodemvoorrecht van de fiscus te ‘frustreren’ met een zogenoemde verhuurconstructie. In essentie komt deze constructie erop neer dat de locatie waar de verpande inventariszaken zich bevinden vóórdat het faillissement wordt aangevraagd/uitgesproken – en voordat de Ontvanger bodembeslag heeft kunnen leggen – aan de bank wordt verhuurd.<sup>13</sup> Wordt vervolgens bodembeslag gelegd of faillissement uitgesproken,<sup>14</sup> dan bevinden de verpande inventariszaken zich niet meer op de ‘bodem’ van de belastingplichtige, en kan het bodemvoorrecht niet meer worden uitgeoefend c.q. niet meer aan de pandhouder worden tegengeworpen.<sup>15</sup> Als het belang groot genoeg is, verdient dus aanbeveling om bij het aanstaand faillissement een dergelijke bodemverhuurconstructie te overwegen.

### 3.3 Verkoop van verpande activa in het zicht van faillissement

Iets waarmee men moet oppassen, is het – al dan niet in gewone bedrijfsuitoefening – verkopen van verpande activa in het zicht van faillissement. Er zijn überhaupt risico’s verbonden aan het voortzetten van bedrijfsactiviteiten in het zicht van faillissement – in het bijzonder het risico van bestuurdersaansprakelijkheid, maar onder omstandigheden riskeren ook aandeelhouders, financiers en (andere) beleidsbepalers aansprakelijkheid. De afwegingen die daarbij allemaal kunnen spelen, gaan het bestek van deze bijdrage te buiten en laat ik op deze plaats onbesproken.<sup>16</sup> Waar het mij om gaat is dat als verpande roerende zaken worden verkocht en de koopprijs wordt op de bankrekening van de pandgever bij de bank/pandhouder betaald, de bank die ontvangst *niet mag verrekenen* met het uitstaande debetsaldo indien de bank op het moment van ontvangst wist of moest weten dat het faillissement van de pandgever te verwachten was.<sup>17</sup> Deze regel lijdt uitzondering indien de desbetreffende vordering tot betaling van de koopprijs van het betreffende activum zélf aan de bank was verpand,<sup>18</sup> en dat is dan ook een oplossing die kan worden gebruikt om de bank wel te kunnen laten verrekenen: sluit de koopovereenkomst, verpand de vordering tot betaling van de koopprijs, en laat beta-

len. Maar in de praktijk, bij snelle handel, is dat niet altijd eenvoudig te realiseren.

Hoe het mis kan gaan, laat de casus van HR 19 november 2004, *NJ* 2005, 199 (ING/Gunning q.q.) zien. In die zaak hadden aanstaande failliete vennootschappen in overleg met de hypotheekhoudende bank vastgoed aan derden verkocht, onder de afspraak dat de bank haar hypotheekrechten zou prijsgeven indien de koopprijs op de rekening van de hypotheekgevers bij de bank zou worden voldaan. Aldus geschiedde, maar de curator beriep zich erop dat de bank op het moment van ontvangst van de respectievelijke koopprijzen niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw, en daarom niet mocht verrekenen. De Hoge Raad oordeelde dat indien inderdaad zou worden aangenomen – in cassatie werd daarvan veronderstellenderwijs uitgegaan – dat de bank op het moment van ontvangst van de betaling niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw, de bank niet mag verrekenen en zij de ontvangen koopprijzen dus moet afstaan aan de curator.<sup>19</sup>

Een alternatief is dat de pandgever en de bank (uitdrukkelijk) afspreken dat de pandgever bij verkoop van de verpande activa als lasthebber van de bank optreedt en het pandrecht bij verkoop aldus daadwerkelijk executeert.<sup>20</sup> Een ander alternatief is dat met de bank en de koper van de activa wordt afgesproken dat de koper *rechtstreeks* betaalt aan de bank tegen vrijgave van het zekerheidsrecht.<sup>21</sup>

### 3.4 Executie van activa staande faillissement

Op voet van artikel 58 lid 1 Fw kan de curator de pand- of hypotheekhouder een termijn stellen om tot uitoefening van rechten over te gaan. Verloopt de gestelde termijn ongebruikt, dan verliest de pand-/hypotheekhouder zijn recht van parate executie; de curator kan dan zelf executeren. De pand-/hypotheekhouder houdt zijn voorrang in het faillissement, maar heeft – in tegenstelling tot bij eigenhandige parate executie – wel omslag van de faillissementskosten te dulden. Dit laatste resulteert er in de praktijk niet zelden in dat op de verzekerde vordering in het geheel niets of althans (veel) minder dan 100% wordt voldaan. Ook hier kan dus de ondernemer er weer belang bij hebben dat de bank een maximale opbrengst realiseert, niet een door de curator ex artikel 58 lid 1 Fw gestelde termijn ongebruikt laat verstrijken, enzovoort. Onder omstandigheden kan de ondernemer/borg er belang bij

13 Het komt hier nauw aan op de precieze afspraken en uitvoering. Zo mag de ondernemer en later de curator geen sleutels/toegang hebben tot de verhuurde locatie, aldaar mag zich ook niet de administratie van de onderneming bevinden, enz. De verhuur moet uitsluitend strekken tot het in vuistpand verkrijgen door de bank van de voorheen stil/bezitloos verpande zaken.

14 Het faillissementsbeslag raakt ook de stil verpande bodemzaken en te dier aanzien wordt het bodemvoorrecht zo nodig door de curator namens de Ontvanger uitgeoefend, art. 33 jo. 57 lid 3 Fw.

15 Een dergelijke bodemverhuurconstructie voor faillissement kan, zelfs bij wetenschap van faillissementsaanvraag of overleg met het oogmerk om de bank boven de andere schuldeisers te benadelen, niet worden vernietigd op voet van art. 47 Fw, zie mijn ‘Executiemaatregelen binnen de grenzen van art. 47 Fw’, *Tvl* 2003, p. 269-275.

16 Zie daarover bijvoorbeeld recentelijk L.J. van Eeghen, Het schemergebied voor faillissement (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

17 Zie HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 449 (Amro/curatoren THB).

18 Zie HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN).

19 In deze zaak had de rechtbank aan de curator een bewijsopdracht gegeven om aan te tonen dat de bank inderdaad niet te goeder trouw in de zin van art. 54 Fw was geweest. Aan de uitvoering van die bewijsopdracht was niet toegekomen door tussentijds appèl en cassatie. Na de cassatieprocedure is de zaak bij de Rechtbank Arnhem voortgezet, die na bewijslevering inmiddels heeft vastgesteld dat de bank niet te goeder trouw in de zin van art. 54 Fw was geweest: *Rb. Arnhem* 18 oktober 2006, *NJ* 2007, 40.

20 Zie art. 3:251 lid 2 BW; de pandhouder moet op dat moment dan wel tot executie bevoegd zijn. Voor onderhandse executie van verhypothekerde zaken is altijd toestemming van de voorzieningenrechter vereist, art. 3:251 lid 1 BW.

21 Beide mogelijkheden worden door de Hoge Raad genoemd in zijn arrest in *ING/Gunning q.q.* Vergelijk Hof Arnhem 21 maart 2006, *JOR* 2006, 140 (Van Westerveld q.q./ABN Amro), waarin de casus zeer sterk geleek op *ING/Gunning q.q.*, maar waarin – op grond van de gebleken bedoelingen van partijen – de betaling van de koopprijs voor de verhypothekerde activa als betaling rechtstreeks aan de bank werd aangemerkt (niet paulianeus, want in ruil voor die betaling had de bank afstand gedaan van haar hypotheekrecht) en niet als betaling aan de hypotheekgever op de bankrekening bij de bank/hypotheekhouder (in welk geval de bank zou moeten verrekenen en art. 54 Fw roet in het eten zou kunnen gooien). Het komt er in casus als deze dus erg op aan wat men precies afspreekt.

hebben om de verplichtingen uit de borgtocht op eigen initiatief reeds aanstonds bij het faillissement te voldoen, teneinde (geheel of ten dele) te subrogeren in de rechten van de bank en daarmee ook separatistenpositie van de bank in het faillissement. Daarop kom ik in de volgende paragraaf terug.

Volledigheidshalve merk ik op dat het nog geen uitgemaakte zaak is of artikel 58 lid 1 Fw ook geldt voor stil verpande vorderingen op naam.<sup>22</sup> Curatoren gaan soms reeds aanstonds bij het faillissement en zonder overleg met de bank tot actieve incasso van stil verpande vorderingen over, ten behoeve van de boedel. Over de toelaatbaarheid daarvan zijn rechtspraak en literatuur verdeeld.<sup>23</sup> De ondernemer/borg heeft er dus in elk geval belang bij dat verpanding van vorderingen in faillissement zo snel als mogelijk aan de debiteuren wordt medegedeeld.

## 4. Uitwinning borgtocht

Onder oud BW genoot de borg het voorrecht van voorafgaande uitwinning van goederen van de schuldenaar door de schuldeiser (art. 1868 OBW). Onder nieuw BW geldt dit niet meer: de borgtocht kan door de schuldeiser reeds worden uitgewonnen wanneer de schuldenaar in verzuim is (en in faillissement zal dit vrijwel steeds het geval zijn) (art. 7:855 BW). De schuldeiser is in beginsel vrij in de keuze welke zekerheden hij als eerste uitwint.<sup>24</sup> Toch wordt in de rechtspraak (en literatuur) wel, onder omstandigheden, een zekere zorgplicht aangenomen voor de schuldeiser, bijvoorbeeld om de borg tijdig op de hoogte te stellen van verminderende verhaalsmogelijkheden buiten de borgtocht of eventueel ook een verplichting om andere zekerheden eerst uit te winnen.<sup>25</sup> Maar dat laatste is zeker geen regel, slechts uitzondering. De borg kan in gevallen waarin de bank zowel zakelijke als persoonlijke zekerheden heeft, zijn positie versterken door uitwinning van zakelijke zekerheden zo veel als mogelijk te faciliteren, bijvoorbeeld door de bank voortvarend en volledig van informatie met betrekking tot de zekerheden te voorzien of eventueel aan te bieden om (op eigen kosten) deze ten behoeve van de bank uit te winnen, enzovoort. Onder dergelijke omstandigheden zal een bank minder snel te goeder trouw de zakelijke zekerheden kunnen laten voor wat ze zijn en zich uitsluitend richten op de borg.

Onder omstandigheden kan de borg er overigens belang bij hebben – ik kondigde het al aan – om op eigen initiatief de borgverplichtingen maar te voldoen, teneinde te subrogeren in de rechten van de bank, waaronder de zekerheidsrechten. Nu plegen banken te bedingen dat de borg zijn rechten uit hoofde van subrogatie niet mag uitoefenen dan nadat de bank volledig is voldaan, dus de praktische betekenis van deze route is beperkt tot die gevallen

waarin het borgrisiko gelijk is aan de totale vordering van de bank dan wel het verschil tussen beide (vooralsnog) voldoende ruimschoots is ingevuld met zakelijke zekerheden. Maar als die omstandigheden zich voordoen, dan kan de borg er inderdaad belang bij hebben om uit hoofde van de borg maar te betalen, en het initiatief ter zake van de zakelijke zekerheden naar zich toe te trekken.

## 5. Tot slot

Met deze bijdrage heb ik – zonder volledigheid na te streven – specifieke risico's willen aanduiden die een ondernemer/borg loopt bij het aantrekken van financiering voor zijn onderneming, maar ook duidelijk willen maken dat hij mogelijkheden heeft om deze risico's tot op zekere hoogte te beperken. Ik heb mij daarbij uitsluitend gericht op een aantal voorbeelden van risicobeperking ter zake van onderwerpen waarbij de belangen van de ondernemer/borg en de bank niet of nauwelijks met elkaar strijden. Daar blijkt, zo heb ik willen laten zien, nog heel wat mogelijk te zijn.

<sup>22</sup> Zie daarover de voortgaande discussie in Tvl tussen Winkel en Warringa, Kraamwinkel, Verdonk, Verdaas, Goosmann en Beekhoven van den Boezem, Tvl 2005, 33, 2006, 5, 33, 2007, 3, 11 en 12.

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Almelo 3 augustus 2005, JOR 2006, 21 en Hof Leeuwarden 25 oktober 2005, JOR 2006, 22 m.nt. Steneker, met verdere verwijzingen.

<sup>24</sup> Behoudens dat de schuldeiser wel eerst gebruik moet maken van een eventuele bevoegdheid tot verrekening, art. 6:139 BW.

<sup>25</sup> Zie J.W.H. Blomkwist, Borgtocht. Monografieën NBW, Deventer: Kluwer 2006, p. 57-57 met diverse vindplaatsen.