

werken daarmee dus één-op-één door op de eenmanszaak (en *vice versa*).

mr. G.Á.C. Orbán, MJur (Oxon)
advocaat bij Allen & Overy LLP en docent Universiteit van Amsterdam.

155

WHOA-afkoelingsperiode ten aanzien van bank na overeenkomst over vervangende zekerheid voor pandrechten

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
18 januari 2022, rekestnrs. FT RK 21/1000 t/m
1002, ECLI:NL:RBMNE:2022:166
(mr. Neijt, mr. Leppens, mr. De Bruijn)
Noot mr. S. Winkels-Koerselman

WHOA. Toewijzing verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode ten aanzien van bank. Aan de vereisten voor afkondiging van een afkoelingsperiode is voldaan. Schuldenaar stelt op toereikende wijze vervangende zekerheid voor het verhaal van de bank krachtens haar pandrechten.

[Fw art. 376 lid 4 en 7]

Uit art. 376 lid 4 Fw volgt dat een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode zal worden toegewezen indien summierlijk blijkt dat (i) een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door verzoeksters gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten, dat (ii) redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn, en dat (iii) de in art. 376 lid 2 Fw bedoelde derden, beslagleggers en schuldeiser die het faillissement heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Aan de vereisten voor afkondiging van een afkoelingsperiode is voldaan. Gelet op de verplichte aflossing van de leningen aan de bank, geldt dat zonder afkoelingsperiode direct een situatie zou ontstaan waarbij verzoeksters geen liquide middelen meer hebben. Dit zou verzoeksters dwingen tot onmiddellijke staking van hun onderneming. Verzoeksters hebben gesteld en voldoende onderbouwd dat een afkoelingsperiode in het belang is

van de gezamenlijke schuldeisers. De reorganisatiewaarde van verzoeksters ligt hoger dan haar waarde in geval van faillissement. Daar komt bij dat voldoende aannemelijk is dat de schulden van verzoeksters gedurende de looptijd van een afkoelingsperiode niet zullen toenemen. De gevraagde afkoelingsperiode richt zich uitsluitend op de bank. Gelet op het bepaalde in art. 376 lid 7 Fw moeten verzoeksters aan de bank op toereikende wijze vervangende zekerheid stellen voor het verhaal van de bank krachtens haar pandrechten. Verzoeksters hebben aan deze verplichting invulling gegeven op basis van een met de bank overeengekomen betaalsysteem. De afkoelingsperiode als bedoeld in art. 376 Fw wordt afgekondigd voor de periode van twee maanden.

1. X BV,
2. Y BV,
3. Z BV,
verzoeksters,
advocaten: mr. J. van den Dolder en mr. K.C. Mensink,
tegen
de coöperatie *Coöperatieve Rabobank UA* te Amsterdam,
verweerster,
advocaat: mr. J.R. van Faassen.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. [verzoekster sub 3], [verzoekster sub 1] en [verzoekster sub 2] zijn onderdeel van eenzelfde concern. [verzoekster sub 2] c.s. verhuurt kunstwerken aan bedrijven en particulieren. Zij heeft ruim 20.000 stuks kunst van ruim 800 kunstenaars in beheer. [verzoekster sub 1] houdt alle aandelen in het kapitaal van [verzoekster sub 3] en [verzoekster sub 2]. [verzoekster sub 3] beheert de voorraden en heeft overeenkomsten gesloten met klanten en kunstenaars. De omzet wordt door [verzoekster sub 3] ontvangen. De bedrijfskosten, waaronder de personeelskosten, worden voldaan vanuit [verzoekster sub 2].

2.2. [verzoekster sub 2] c.s. heeft in 2018 en 2019 aanzienlijke verliezen gemaakt in verband met geplande, maar niet tot stand gekomen acquisities. In 2020 heeft [verzoekster sub 2] c.s. een operationele reorganisatie ingezet. Dit heeft geresulteerd in een positieve EBIDA in 2020 en 2021.

[verzoekster sub 2] c.s. heeft een totale schuldenlast van € 9,8 miljoen. De grootste schuldeisers zijn Rabobank (€ 3,2 miljoen), de Belastingdienst (€ 753.829,00) en haar aandeelhouders (€ 4,7 miljoen).

2.3. [verzoekster sub 2] c.s. heeft haar actief laten taxeren. Uit deze taxatie volgt een onderhandse verkoopwaarde van in totaal ongeveer € 1,3 miljoen. [verzoekster sub 2] c.s. houdt daarnaast een grote hoeveelheid kunstwerken in consignatie. Deze kunstwerken hebben een aankoopwaarde van € 3,4 miljoen.

2.4. [verzoekster sub 2] c.s. wordt gefinancierd door Rabobank op basis van een zogenoemde groepsfinanciering, waarbij iedere groepsmaatschappij hoofdelijk aansprakelijk is voor de volledige schuld aan Rabobank. Alle activa van [verzoekster sub 2] c.s. zijn verpand aan Rabobank als zekerheid voor de totale schuld. Rabobank heeft pandrechten op de voorraad, inventaris, vorderingen en aandelen. Op 1 januari 2022 is de looptijd van een drietal leningen bij Rabobank geëindigd.

Dit betekent dat [verzoekster sub 2] c.s. gehouden was de hoofdsommen van deze leningen ten bedrage van € 2,3 miljoen af te lossen. [verzoekster sub 2] c.s. is niet in staat tot het doen van deze aflossing.

2.5. De (geconsolideerde) balans van [verzoekster sub 2] c.s. is hierna opgenomen. Uit deze balans kan worden opgemaakt in welke mate [verzoekster sub 2] c.s. per eind 2020 en op 5 november 2021 in staat was de verschaffers van het kort vreemd vermogen uit de vlottende activa te betalen. Deze zogenaamde *current ratio* per eind 2020 was 0,67 en per 5 november 2021 was dit 0,55. Dit suggereert dat [verzoekster sub 2] c.s. al geruime tijd verkeert in een zeer slechte financiële situatie. Verder volgt uit de balans een negatief eigen vermogen per eind 2020 van € 8,2 miljoen en per 5 november 2021 van € 8,1 miljoen.

2.6. [verzoekster sub 2] c.s. is voornemens aan haar schuldeisers een akkoord aan te bieden. De reorganisatie waarde van [verzoekster sub 2] c.s. is daarbij vastgesteld op een bedrag van € 1,8 miljoen.

EUR 1.000	Consolidatie	
	YE 2020	5-nov-2021
Activa		
Immateriële Vaste Activa		
Software	312	402
	312	402
Materiële Vaste Activa		
Verbouwing, inventaris & ICT	150	104
Kunstcollectie & lijsten	421	393
	571	496
Financiële Vaste Activa		
Waarborgsommen	38	38
Latente Vpb vordering	151	151
	189	188
Vorderingen en overlopende activa		
Debiteuren	313	415
Nog te factureren omzet	-	19
Vooruitbetaalde & uitgestelde kosten	34	38
Projecten	-	0
	347	471
Liquide Middelen		
Liquide middelen	529	103
	529	103
Totaal Activa	1.947	1.661

Passiva	Consolidatie	
	YE 2020	5-nov-2021
Eigen Vermogen		
Aandelenkapitaal	7	7
Agio	8.899	8.899
Overige reserve	-15.170	-17.064
Resultaat	-1.968	65
	-8.232	-8.094
Achtergestelde Leningen		
Leningen incl. rente [onderneming 1]	3.070	3.351
Leningen incl. rente [onderneming 2]	1.249	1.324
Leningen incl. rente [8]	22	23
	4.341	4.698
Corona steun		
Bijzonder uitstel BTW	253	212
Bijzonder uitstel LH	512	501
Vooruitontvangen NOW	84	137
	849	850
Langlopende Schuld		
Leningen Bank	3.676	3.163
[onderneming 3]	11	7
	3.687	3.170
Kortlopende Schulden		
Crediteuren	87	49
[onderneming 4]	233	116
Reservering kosten & afschrijving	722	632
Spaartegoed & uitgegeven credits	140	130
Res. kunstenaarsvergoeding volgrecht	9	9
Vakantiegeld, -dagen, salfen en pensioen	77	84
Nog te betalen kosten	34	17
	1.303	1.038
Totaal Passiva	1.947	1.661

3. De verdere beoordeling

3.1. De rechtbank heeft in de tussenbeschikking van 17 december 2021 voorshands een afkoelingsperiode gelast, ingaande 17 december 2021. Tijdens de mondelinge behandeling op 23 december 2021 hebben [verzoekster sub 2] c.s. en Rabobank gesproken over de wijze waarop [verzoekster sub 2] c.s. enerzijds een toereikende vervangende zekerheid ex artikel 376 lid 7 Fw kan stellen en anderzijds de voor voortzetting van haar onderneming benodigde kredietruimte kan blijven benutten.

3.2. Partijen hebben afspraken gemaakt en deze afspraken vastgelegd in de akte van 14 januari 2022. Partijen zijn overeengekomen dat:

a. de positie van Rabobank wordt bepaald op de stand per 5 november 2021 en gedurende het WHOA traject niet zal verslechteren, zodat de positie van Rabobank (zowel qua openstaande schuld als qua zekerhedenpositie) bij het aanbieden van het akkoord minimaal gelijk is aan de positie per 5 november 2021;

b. Rabobank gedurende de afkoelingsperiode geen aflossingen op de leningen die zien op de periode na 5 november 2021 (automatisch) zal incasseren van de rekening(en) van [verzoekster sub 2] c.s. noch de aflossingen zal verrekenen met creditgelden noch de aflossingen op enigerlei wijze onderdeel zullen zijn van het betaalsysteem c.q. invloed hebben op het bepalen van het vrij beschikbare bedrag;

c. [verzoekster sub 2] c.s. gedurende het WHOA traject de maandelijks verschuldigde rente en eventuele kosten tijdig en volledig zal betalen aan Rabobank, bij gebreke waarvan Rabobank de rente en kosten mag verrekenen met de na 5 november 2021 bijgeschreven creditgelden;

d. het instellen van een betaalsysteem wenselijk is om invulling te geven aan het bepaalde in artikel 376 lid 7 Fw. Rabobank is niet bevoegd om tijdens de afkoelingsperiode over te gaan tot het doen van mededeling aan- en inning van (verpande) debiteuren of verrekening van een vordering op [verzoekster sub 2] c.s. mits [verzoekster sub 2] c.s. aan Rabobank toereikende vervangende zekerheid verstrekt zodat haar positie niet verslechtert vanaf 5 november 2021;

e. de vanaf 5 november 2021 ontstane nieuwe debiteuren, de aangekochte voorraad en de nieuw ontstane creditgelden conform de financieringsovereenkomst en pandakte, onverminderd aan Rabobank worden verpand;

f. de vervangende zekerheid zoals bedoeld in artikel 376 lid 7 Fw kan bestaan uit: (toename) creditsaldi op de bij Rabobank aangehouden rekeningen van [verzoekster sub 2] c.s. vanwege bijschrijvingen verricht vanaf 5 november 2021; (toename) verpanding van alle huidige en toekomstige vorderingen, die op 5 november 2021 bestonden of daarna zijn ontstaan; pandrecht op alle huidige en toekomstige kunstwerken, die op 5 november 2021 aanwezig waren of daarna zijn verkregen.

g. de ontwikkeling van de debiteurenportefeuille en de creditgelden in het kader van het betaalsysteem communicerende vaten zijn, zodat de toename van het één een verslechtering van het andere zal opleveren. Het betaalsysteem geeft invulling aan de wijze waarop de vervangende zekerheid wordt gesteld door [verzoekster sub 2] c.s.

h. Rabobank het faillissement van [verzoekster sub 2] c.s. niet heeft aangevraagd en dit gedurende afkoelingsperiode ook niet zal doen.

3.3. Partijen zijn het volgende betaalsysteem overeengekomen:

I. Tweewekelijks uiterlijk op dinsdag om 13.00 uur voorafgaand aan het vaststellen van het “vrij” beschikbare bedrag zal [verzoekster sub 2] c.s. per e-mail aan Rabobank de volgende informatie verstrekken:

a. een overzicht van alle vorderingen op derden (onder meer bestaande uit: debiteuren, nog niet gefactureerde omzet, overige vorderingen (bijv. Belastingdienst) met vermelding van ouderdom en inzage in de opbrengsten uit hoofde van de huurinkomsten en inkomsten uit hoofde van verkoop van voorraad (met een onderscheid tussen eigen voorraad en consignatievoorraad);

b. een (mutatie)overzicht van alle voorraad inclusief aan- en verkoopprijzen (zowel de voorraad in eigendom als de consignatievoorraad);

c. in geval van materiele afwijkingen van de eerder opgestelde liquiditeitsprognose, een nieuwe liquiditeitsprognose voor de gehele duur van de afkoelingsperiode waaruit blijkt dat gedurende de afkoelingsperiode de kosten uit de “nieuwe opbrengsten” voldaan kunnen worden;

d. een opgave waaruit blijkt wat de omvang is van het vrij beschikbare bedrag dat door Rabobank ter beschikking moet worden gesteld.

II. Partijen zullen op basis van de informatie uit paragraaf 7.1 van de akte op de woensdag daaropvolgend desgewenst overleg hebben over de hoogte van het bedrag dat vrij beschikbaar is voor

het verrichten van betalingen. Het vrij beschikbare bedrag wordt berekend aan de hand van de mutaties van alle vorderingen op derden (debiteuren, nog te factureren, overige vorderingen) en het creditsaldo na 5 november 2021, waarbij de positie van Rabobank per 5 november 2021 niet mag verslechteren.

Rekenvoorbeeld²:

	Per 5 november 2021:		Saldo per 23 december 2021 ⁴ :	
Credit gelden	€	44.011,68 ³	€	325.000,00
Vorderingen op derden:	€	412.696,68	€	273.000,00
Nog te factureren	€	19.000	€	0,00
Overige vorderingen		pm		pm
	€	475.981,36	vs €	598.000,00
Vrij beschikbare bedrag bedraagt	€	122.018,64		

III. Rabobank zal ervoor zorgdragen dat uiterlijk op de donderdag daaropvolgend om 9:00 uur [verzoekster sub 2] c.s. beschikking heeft over het vrij beschikbare bedrag. Het creditsaldo waarover niet vrij beschikt kan worden zal op een spaarrekening van [verzoekster sub 2] c.s. worden geplaatst en geblokkeerd, zodat [verzoekster sub 2] c.s. enkel vrij kan beschikken over (het vrij te besteden bedrag op) de rekening-courant rekeningen. Automatische incasso's op de rekening-courant rekeningen kunnen – voor zover het saldo toereikend is – op deze wijze doorgang blijven vinden.

IV. Gedurende de afkoelingsperiode zal de verkoopopbrengst (excl. BTW) van alle voorraad (zowel de eigen voorraad als de consignatievoorraad) worden gesepareerd op de spaarrekening van [verzoekster sub 2] c.s. Dit gesepareerde bedrag zal door [verzoekster sub 2] c.s. naar haar inzicht worden aangewend om nieuwe kunst aan te kopen. [verzoekster sub 2] c.s. zal iedere twee weken inzage verstrekken in de mutaties (inclusief aan- en verkoopprijzen) van alle voorraad. De uitgaven voor de nieuw aan te kopen kunst mag nimmer hoger zijn dat de gesepareerde opbrengst van de sinds 5 november 2021 gedane verkopen. De belangen van Rabobank zijn hierdoor voldoende gewaarborgd. Met vorenstaande wordt (ook) invulling gegeven aan het bepaalde in artikel 377 Fw.

V. [verzoekster sub 2] c.s. heeft verklaard dat er geen mutaties in de overige zekerheden (waaronder immaterieel actief) zullen plaatsvinden. Deze zekerheden worden dan ook niet in de tijdelijke regeling betrokken.

3.4. De rechtbank volhardt bij hetgeen werd overwogen en beslist in de tussenbeschikking van 17 december 2021, voor zover daarvan in het navolgende niet wordt afgeweken.

3.5. [verzoekster sub 2] c.s. heeft op 5 november 2021 een startverklaring Fw gedeponeed ter griffie van de rechtbank. [verzoekster sub 2] c.s. heeft toegezegd dat zij binnen een termijn van twee maanden een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw zal aanbieden.

3.6. Uit artikel 376 lid 4 Fw volgt dat een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode zal worden toegewezen indien summierlijk blijkt dat (i) een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door [verzoekster sub 2] c.s. gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten, en dat (ii) redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en (iii) dat de in artikel 376 lid 2 Fw bedoelde derden, beslagleggers en schuldeiser die het faillissement heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

3.7. Uit het verzoek en het verhandelde ter zitting blijkt dat aan de vereisten voor afkondiging van een afkoelingsperiode is voldaan. Gelet op de verplichte aflossing van de leningen aan Rabobank, geldt dat zonder afkoelingsperiode direct een situatie zou ontstaan waarbij [verzoekster sub 2] c.s. geen liquide middelen meer heeft. Dit zou [verzoekster sub 2] c.s. dwingen tot onmiddellijke staking van haar onderneming. [verzoekster sub 2] c.s. heeft gesteld en voldoende onderbouwd dat een afkoelingsperiode in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. De reorganisatiewaarde van [verzoekster sub 2] c.s. ligt hoger dan haar waarde in geval van faillissement. Daar komt bij dat [verzoekster sub 2] c.s. voldoende aannemelijk is dat haar schulden gedurende de looptijd van een afkoelingsperiode niet zullen toenemen.

3.8. De gevraagde afkoelingsperiode richt zich uitsluitend op Rabobank. Gelet op het bepaalde in artikel 376 lid 7 Fw moet [verzoekster sub 2] c.s. aan Rabobank op toereikende wijze vervangende zekerheid stellen voor het verhaal van Rabobank krachtens haar pandrechten. [verzoekster sub 2] c.s. heeft aan deze verplichting invulling gegeven op basis van de hiervoor geciteerde afspraken.

3.9. Partijen hebben gevraagd de duur van de afkoelingsperiode te bepalen op twee maanden.

3.10. Dit heeft de volgende beslissingen tot gevolg.

4. De beslissing

De rechtbank

4.1. kondigt af een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 Fw voor de periode van twee maanden, ingaande 17 december 2021, die inhoudt:

– dat elke bevoegdheid van Rabobank tot verhaal op goederen die tot het vermogen van [verzoekster sub 2] c.s. behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van [verzoekster sub 2] c.s. bevinden, niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits Rabobank geïnformeerd is over de afkondiging van de afkoelingsperiode,

– dat een tweewekelijks betaalsysteem, zoals omschreven in de akte van 14 januari 2022, wordt gehanteerd waardoor de zekerheidspositie van Rabobank na 5 november 2021 niet zal verslechteren omdat [verzoekster sub 2] c.s. – voor zover noodzakelijk – vervangende zekerheid in de zin van artikel 376 lid 7 Fw stelt in de vorm van:

a. (toename) verpanding van alle huidige en toekomstige vorderingen, die op 5 november 2021 bestonden of daarna zijn ontstaan;

b. verpanding van alle huidige en toekomstige kunstwerken, die op 5 november 2021 aanwezig waren of daarna zijn verkregen;

c. (toename van) creditsaldi op de bij Rabobank aangehouden rekeningen van [verzoekster sub 2] c.s. vanwege bijschrijvingen verricht vanaf 5 november 2021; terwijl [verzoekster sub 2] c.s. gedurende de afkoelingsperiode ten laste van deze creditsaldi betalingen kan blijven verrichten indien en voor zover de zekerheidspositie van Rabobank niet verslechtert, conform het hiervoor omschreven betaalsysteem.

– dat [verzoekster sub 2] c.s. gehouden is om de lopende kosten- en renteverplichtingen vanwege de leningen en de faciliteiten tijdig en volledig te voldoen, bij gebreke waarvan Rabobank tot verrekening met de creditgelden kan overgaan;

– dat Rabobank gedurende de afkoelingsperiode zich – anders dan hiervoor omschreven – niet kan verhalen op de creditsaldi die aanwezig zijn op de bij haar aangehouden bankrekeningen(en) van [verzoekster sub 2] c.s., daaronder begrepen verhaal door verrekening of door het uitvoeren van (automatische) incasso's voor aflossingen op de leningen die zien op de periode na 5 november 2021, dan met machtiging van de rechtbank;

4.2. wijst het meer of anders gevraagde af.

NOOT

1. In de casus die ten grondslag ligt aan deze WHOA-beschikking, heeft de Rabobank een groepsfinanciering verstrekt aan drie vennootschappen die kunstwerken aan bedrijven en particulieren verhuren. Tot zekerheid voor de terugbetaling van de totale schuld aan de groep zijn activa verpand aan de bank. Waarschijnlijk met het oog op de naderende einddatum van de leningen bij de bank op 1 januari 2022, is verzocht tot het afkondigen van een afkoelingsperiode in verband met een (voorgenomen) akkoord als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw ten opzichte van (enkel) de bank. Tijdens de mondelinge behandeling is gesproken over de wijze waarop de vennootschappen enerzijds een toereikende vervangende zekerheid ex art. 376 lid 7 Fw kunnen stellen aan de bank als pandhouder, en anderzijds de voor voortzetting van de onderneming benodigde kredietruimte kunnen blijven benutten. Er zijn toen afspraken gemaakt tussen partijen, die zijn vastgelegd in een akte van 14 januari 2022. Die afspraken houden in hoofdlijn in, dat er een "betaalsysteem" wordt ingesteld om invulling te geven aan art. 376 lid 7 Fw. Daarvoor worden nieuw ontstane debiteuren, de aangekochte voorraad (kunstwerken) en nieuw ontstane creditgelden vanaf 5 november 2021 conform de financieringsovereenkomst en pandakte aan de bank verpand. De positie van de bank wordt bepaald per 5 november 2021 en zal gedurende het WHOA-traject niet verslechteren. Aflossingen op de leningen worden vanaf 5 november 2021 op generlei wijze gedaan. Rente en eventuele kosten zullen gedurende het WHOA-traject wel tijdig en volledig aan de bank worden voldaan. Het betaalsysteem houdt in dat de vennootschappen tweewekelijks aan de bank informatie verstrekken op basis waarvan het "vrij" beschikbare bedrag voor de vennootschappen wordt vastgesteld voor het verrichten van betalingen. Het creditsaldo waarover niet vrij beschikt kan worden zal op een spaarrekening worden geplaatst en geblokkeerd. Automatische incasso's op de rekening-courant kunnen – voor zover het saldo toereikend is – op deze wijze doorgang blijven vinden. De opbrengst uit de verkoop van kunst wordt gesepareerd op de spaarrekening en kan naar inzicht van de vennootschappen (uiteraard wel tot maximaal het bedrag van de gesepareer-

de opbrengst) worden aangewend om nieuwe kunst aan te kopen.

2. In deze eindbeschikking oordeelt de rechtbank, dat aan de vereisten voor afkondiging van een afkoelingsperiode (art. 376 lid 4 Fw) is voldaan en dat zonder afkoelingsperiode direct een situatie zou ontstaan waarbij de vennootschappen geen liquide middelen meer hebben, waardoor zij gedwongen zouden zijn tot onmiddellijke staking van de onderneming. Een afkoelingsperiode is in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, doordat de reorganisatiewaarde hoger ligt dan de waarde in geval van faillissement, terwijl voldoende aannemelijk is dat de schulden van de vennootschappen niet zullen toenemen. Ten slotte oordeelt de rechtbank dat de vennootschappen invulling hebben gegeven aan het bepaalde in art. 376 lid 7 Fw, dat op toereikende wijze zekerheid moet worden gesteld voor het verhaal van de bank krachtens haar pandrechten, door de afspraken die met de bank zijn gemaakt. De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode af van twee maanden.

3. Dit is de eerste WHOA-beschikking waarin invulling wordt gegeven aan het stellen van de vervangende zekerheid ex art. 376 lid 7 Fw door het afspreken van een betaalsysteem. In art. 376 lid 7 BW is geregeld dat de pandhouder gedurende de afkoelingsperiode niet bevoegd is mededeling te doen van haar pandrecht, betalingen in ontvangst te nemen of te verrekenen met een vordering op de schuldenaar (vgl. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 360). Vanwege die beperkingen bepaalt art. 376 lid 7 BW ook dat de schuldenaar “toereikende” vervangende zekerheid moet stellen. De vraag is wanneer de vervangende zekerheid toereikend is. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het stellen van vervangende zekerheid op toereikende wijze vaak min of meer automatisch zal gaan, omdat de nieuwe vorderingen die uit de voortgezette bedrijfsuitoefening ontstaan, veelal aan de pandhouder zullen zijn verpand en de schuldenaar gedurende het traject beheers- en beschikkingsbevoegdheid blijft. De pandhouder mag immers geen mededeling doen en de schuldenaar blijft inningsbevoegd en moet in het kader van de normale bedrijfsvoering over het geïnde bedrag kunnen blijven beschikken. Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 54. Van den Sigtenhorst merkt op dat bij de vraag wat

“toereikend” is, waarschijnlijk dezelfde gezichtspunten een rol kunnen spelen als in het kader van art. 377 lid 2 Fw. Dat artikel bepaalt dat de belangen van betrokken derden voldoende moeten worden gewaarborgd, indien de schuldenaar verpande vorderingen blijft innen tijdens de afkoelingsperiode (vgl. art. 377 lid 1 Fw). Volgens Van den Sigtenhorst betreft het een open norm, in lijn met het leerstuk van *adequate protection* in de chapter 11-procedure (11 U.S. Code Titel 11) in de Verenigde Staten waarop de onderhandse akkoordprocedure mede is geïnspireerd. Gelet daarop, kan naast de voorbeelden die de Memorie van Toelichting noemt, voor het waarborgen van de belangen van de betrokken derden onder meer worden gedacht aan het aantonen van een “*equity cushion*”: dat binnen het zekerhedenpakket waarover de schuldeiser beschikt nog een overwaarde aanwezig is (T&C Insolventierecht, commentaar op art. 377 Fw, aant. 3).

4. De rechtbank geeft in deze beschikking geen inhoudelijk antwoord op de vraag wanneer de te stellen vervangende zekerheid toereikend is in de zin van art. 376 lid 7 BW. Aangezien de bank tijdens de mondelinge behandeling op 23 december 2021 met de vennootschappen heeft gesproken over de wijze waarop zij vervangende zekerheid zouden stellen en daarover tussen partijen schriftelijk afspraken zijn gemaakt (en de bank daarmee aldus akkoord was), stond dit in deze zaak niet ter discussie. Gelet op het feit dat banken tegenwoordig veelal gebruik maken van dagelijkse verzamel-pandaktes, vraag ik mij echter af of de nieuw ontstane debiteuren, de aangekochte voorraad (kunstwerken) en nieuw ontstane creditgelden niet al (bij voorbaat) verpand waren ten gunste van de bank. Ten aanzien van de gesepareerde opbrengst van de verkochte voorraad kunst op de spaarrekening ten name van de vennootschappen bij de bank geldt bovendien dat de bank bij een eventueel faillissement van de vennootschappen hoe dan ook tot verrekening kan overgaan (vgl. art. 54 lid 3 Fw). Dan zou de vraag kunnen rijzen of er met het overeengekomen betaalsysteem wel toereikende *vervangende* zekerheid is gesteld door de schuldenaar.

5. Hoewel dit in deze zaak niet speelde, leidt dit voorbeeld tot de vraag of het bepaalde in art. 376 lid 7 Fw niet te rigide is, gelet op de gebruikelijke praktijk van het dagelijks registreren van verzamel-pandaktes en het gegeven dat schuldenaren

daardoor veelal (uitzonderingen daargelaten) geen vervangende (aanvullende) zekerheid kunnen stellen. De vraag is ook wat de consequentie vervolgens is als een schuldenaar geen toereikende vervangende zekerheid kan stellen doordat al haar actief reeds (bij voorbaat) aan de financier is verpand. Wordt het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode dan afgewezen of zal de rechter in dat geval overgaan tot het maken van een afweging tussen het belang van de schuldenaar bij het ontnemen van de bevoegdheden van de pandhouder gedurende de afkoelingsperiode en het belang van de pandhouder bij het krijgen van vervangende zekerheid?

mr. S. Winkels-Koerselman
advocaat en partner bij Turnaround Advocaten

156

Vermeende pandrechten als afhankelijke rechten tenietgegaan na verrekening

Rechtbank Gelderland zp Arnhem
19 januari 2022, roInr. HA ZA 20-284,
ECLI:NL:RBGEL:2022:160
(mr. Meijer)
Noot mr. D.A.A.P. de Jong

Vestiging pandrecht. Geldige titel. Uitleg titel. Haviltex-maatstaf. Pandakte is niet bestemd als bewijs van titel. Tenietgaan pandrechten door verrekening. Verwijzing naar HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. Brunner (Haviltex) en HR 20 september 2002, «JOR» 2002/210, m.nt. Faber (ING/Muller q.q.).

[BW art. 3:7, 3:33, 3:35, 3:84 lid 1, 3:98, 3:237 lid 1, 3:239 lid 1, 6:127 lid 2; Rv 157 lid 2, 158]

De betekenis van het woord titel als bedoeld in art. 3:84 lid 1 BW is: de rechtsverhouding die tot de vestiging van pand of hypotheek verplicht (HR 20 september 2002, «JOR» 2002/210, m.nt. Faber (ING/Muller q.q.)). Bij de uitleg van de titel moet de Haviltex-maatstaf worden toegepast (HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. Brunner (Haviltex)). Een pandakte is slechts bedoeld om de leve-

ring in goederenrechtelijke zin vast te leggen. Zij is niet bestemd als bewijs van de titel van de verpanding of om de achterliggende vordering vast te leggen. Voor de vraag wat partijen zijn overeengekomen, moet naar de onderliggende rechtsverhouding – in dit geval de investeringsovereenkomst – worden gekeken en daaruit volgt niet dat eiseres een vordering heeft op gefailleerden. Eiseres stelt zich nog op het standpunt dat de pandakte dwingende bewijskracht heeft op grond van art. 157 lid 2 jo art. 158 Rv, maar dit argument helpt Holding niet, omdat de investeringsovereenkomst bepalend is en niet de pandakte. Voor verrekening is allereerst vereist dat partijen over en weer elkaars schuldeiser zijn (wederkerigheid). Daarnaast moet de partij die zich op verrekening beroept, een opeisbare vordering hebben en bevoegd zijn om zijn schuld af te betalen en moet de schuld aan de prestatie beantwoorden (art. 6:127 lid 2 BW). Eiseres voert weliswaar aan dat Holding haar vorderingen op Group heeft gecedeerd aan Zn II, die vervolgens de vordering heeft overgedragen aan eiseres, maar eiseres miskent dat op het moment dat de verrekening plaatsvond, Holding en Zn II deel uitmaakten van dezelfde entiteit: Oud Holding (een oude dochtervennootschap van eiseres). De afsplitsing is namelijk na de cessie van kracht geworden. Toen eiseres en Oud Holding de akte ondertekenden, was er sprake van wederkerigheid en kon de koopsom door verrekening tussen hen worden voldaan. Eiseres heeft de overige voorwaarden van verrekening niet betwist. Dit betekent dat in voldoende mate vaststaat dat de koopsom is verrekend, waardoor de vordering van eiseres op Holding teniet is gegaan. Voor zover er sprake was van pandrechten, zijn deze pandrechten op dat moment opgehouden te bestaan (art. 3:7 BW).

Vande Wieck Beheer BV te Schoonrewoerd, eiseres, advocaten: mr. S.J.B. Drijber en mr. H.J. Ligtenbarg, tegen mr. C.G. Klomp te Tiel, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van Van Eck Beesd BV en Van Eck Lexmond BV, gedaagden, advocaat: mr. M.H. Boersen.

(...; red.)