university of groningen

University Medical Center Groningen

Pandrecht

Kaptein, Floris

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2016

Link to publication in University of Groningen/UMCG research database

Citation for published version (APA):
Kaptein, F. J. L. (2016). Pandrecht: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht [Groningen]: Rijksuniversiteit Groningen

Copyright
Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): http://www.rug.nl/research/portal. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Download date: 03-04-2017

Pandrecht

De handelseditie van dit proefschrift is verschenen bij Boom juridisch onder ISBN 978-94-6290-273-2

rijksuniversiteit
groningen

Pandrecht

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

23 juni 2016 om 14.30 uur

door

Floris Johannes León Kaptein

geboren op 3 mei 1987
te Leiden

Promotor
Prof. mr. F.M.J. Verstijlen

Beoordelingscommissie
Prof. mr. A.I.M. van Mierlo
Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann
Prof. mr. W.H.M. Reehuis

Inhoud

Lijst van gebruikte afkortingen **xiii**

1 Inleiding **1**
1.1 Probleemstelling 1
1.2 Plan van behandeling 3
1.3 Methode 4
1.4 Een korte introductie tot goederenrechtelijke zekerheden op roerende zaken en vorderingen in Nederland, Frankrijk en Duitsland 4
1.4.1 Nederlands recht 4
1.4.2 Frans recht 6
1.4.3 Duits recht 7

Deel I Vestiging 11

2 Publiciteit **13**
2.1 Inleiding 13
2.2 Publiciteit en het goederenrecht 14
2.3 Publiciteit bij verpanding 15
2.3.1 Inleiding 15
2.3.2 Roerende zaken 15
2.3.3 Vorderingen 21
2.3.4 Tussenconclusie 25
2.4 Ontbrekende publiciteit en ‘derden’ 26
2.5 Ontbrekende publiciteit en eventuele toekomstige concurrente crediteuren 27
2.5.1 Inleiding 27
2.5.2 Het gebrek aan publiciteit en de *paritas creditorum* 28
2.5.3 De publiciteitsfunctie van bezit 29
2.5.4 Relativering van het doel van de met het registerpand bereikte publiciteit 30
2.5.5 Schijn van kredietwaardigheid en de roep om bescherming 31
2.5.6 Dient men tegen een schijn van kredietwaardigheid te worden beschermd? 33
2.5.7 Tussenconclusie 37
2.6 Ontbrekende publiciteit en derde-verkrijgers 38
2.6.1 Inleiding 38
2.6.2 Publiciteit en derde-verkrijgers 38
2.6.3 Publiciteit en derdenbescherming 39

2.6.4 Derdenbescherming in het Burgerlijk Wetboek 39
2.6.5 Waarom kent het goederenrecht al dan niet derdenbescherming toe? 41
2.6.6 Derdenbescherming bij verpanding naar positief recht 43
2.6.6.1 Roerende zaken 44
2.6.6.2 Vorderingen 48
2.6.7 Ontbrekende publiciteit en de bescherming van de (iii) vuistloos pand*houder* van roerende zaken 57
2.6.8 Tussenconclusie 58
2.7 Conclusie 59

3 De pandakte 61
3.1 Inleiding 61
3.2 Het aktevereiste bij verpanding 62
3.2.1 Algemeen 62
3.2.2 Waarom vereist de wet een pandakte? 62
3.2.3 Waarom is voor cessie een akte vereist? 64
3.2.3.1 Waarom is de cessieakte een wettelijk vormvereiste? 64
3.2.3.2 Dient het aktevereiste ter bescherming van belanghebbenden bij verpanding? 66
3.2.3.3 Leidt het aktevereiste tot publiciteit? 67
3.2.3.4 Het aktevereiste, rechtszekerheid en bewijs 68
3.2.4 De “daartoe bestemde” cessieakte uit art. 3:94 lid 1 BW en de pandakte uit art. 3:237/239 BW 69
3.2.5 Afschaffing van de cessieakte als wettelijk vormvereiste? 70
3.2.6 Tussenconclusie 71
3.3 Bepaaldheid bij de akte 72
3.3.1 Inleiding 72
3.3.2 De relatie tussen het bepaaldheidsvereiste en de pandakte 72
3.3.3 Dwingt het bepaaldheidsvereiste tot het vereisen van een pandakte? 74
3.3.4 Bepaaldheid vaststellen aan de hand van bewijsmiddelen 75
3.3.5 Tussenconclusie 75
3.4 Het registratievereiste voor verpanding 76
3.4.1 Inleiding 76
3.4.2 Herkomst van het registratievereiste 76
3.4.3 Doelen van het registratievereiste 79
3.4.4 Kenbaarheid door registratie? 82
3.4.5 Recente ontwikkelingen: de (gedeeltelijke) afschaffing van de registratie van onderhandse akten 83
3.4.6 Afschaffing van het registratievereiste? 84
3.4.7 Tussenconclusie 87
3.5 De in art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW gestelde eis dat de pandgever in de pandakte verklaart dat hij bevoegd is tot verpanding en of het goed al dan niet reeds bezwaard is 87
3.5.1 Inleiding 87

	3.5.2	Wat is het doel van art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW?	88
	3.5.3	Wordt het doel bereikt?	88
	3.5.4	Tussenconclusie	90
3.6	Conclusie		90
4	**Uitleg en het bepaaldheidsvereiste**		**93**
4.1	Inleiding		93
4.2	Uitleg van de pandakte		93
	4.2.1	Het belang van uitleg	93
	4.2.2	Uitleg	95
	4.2.3	Uitleg van de pandakte	98
	4.2.4	De relatie tussen de uitlegmaatstaf voor pandakten en publiciteit	100
	4.2.5	*DSM/Fox* en uitleg in het goederenrecht	102
	4.2.6	De in de literatuur geuite wens voor een objectieve uitleg van de pandakte	104
	4.2.7	Aan de hand van enkel de pandakte kan niet worden vastgesteld of het pandrecht bestaat	105
	4.2.8	Tussenconclusie	109
4.3	Het bepaaldheidsvereiste		110
	4.3.1	Algemeen	110
	4.3.2	Het bepaaldheidsvereiste bij de levering van of vestiging van een vuistloos/stil pandrecht op (absoluut) toekomstige goederen	114
	4.3.3	Bepaaldheid of bepaal*baar*heid?	118
	4.3.4	Waarom geldt de eis van voldoende bepaaldheid bij de levering dan wel vestiging?	121
	4.3.5	*Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.*: is het bepaaldheidsvereiste afgeschaft en is een soepel bepaaldheidsvereiste bezwaarlijk?	126
	4.3.6	Welke maatstaf geldt er voor de vraag of er sprake is van voldoende bepaaldheid?	128
	4.3.6.1	Een objectieve maatstaf?	128
	4.3.6.2	Het belang van derden zou een objectieve maatstaf vereisen	128
	4.3.6.3	Uit het arrest *Wagemakers q.q./Rabobank* zou een objectieve maatstaf volgen	129
	4.3.7	Tussenconclusie	132
4.4	Uitleg en bepaaldheid		133
	4.4.1	Inleiding	133
	4.4.2	Bepaaldheid is een kwestie van uitleg	133
	4.4.3	Welke uitlegmaatstaf is de geëigende voor het vaststellen van de bepaaldheid?	135
	4.4.4	Een subjectieve uitleg kan tot voldoende bepaaldheid leiden	137
	4.4.5	Ook een "*onjuiste*" aanduiding is een kwestie van uitleg	138
	4.4.6	Is een subjectieve bepaaldheid bezwaarlijk voor derden?	139

4.4.6.1 Het belang van schuldeisers vereist geen objectieve uitlegmaatstaf 140
4.4.6.2 Het belang van de debitor cessus vereist geen objectieve maatstaf 141
4.4.6.3 Het belang van de faillissementscurator vereist geen objectieve uitleg 143
4.4.6.4 Derden worden zonder objectieve maatstaf reeds afdoende beschermd 143
4.4.7 Bepaaldheid achteraf door bewijs 143
4.4.8 Tussenconclusie 144
4.5 Conclusie 145

5 Evenwicht tussen schuldeisers en de beperking van art. 3:239 lid 1 BW 147
5.1 Inleiding 147
5.2 Waarom is de slotzinsnede ingevoerd? 148
5.2.1 Inleiding 148
5.2.2 Herkomst en gebruik 148
5.2.3 Het door de wetgever gewenste machtsevenwicht 149
5.3 Dix q.q./ING 152
5.4 Wanneer bestaat de vordering of de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit? 153
5.5 Toekomstige problemen bij de verpanding van relatief en absoluut toekomstige vorderingen 155
5.6 De verhouding tussen art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW en het bepaaldheidsvereiste 155
5.7 Conclusie 156

DEEL II EXECUTIE 159

6 De executiebevoegdheid 161
6.1 Inleiding 161
6.2 Executie 161
6.3 Executiebevoegdheid 163
6.3.1 De executiebevoegdheid bij roerende zaken 163
6.3.1.1 De executiebevoegdheid buiten faillissement 163
6.3.1.2 De executiebevoegdheid in faillissement 166
6.3.2 De executiebevoegdheid bij vorderingen 171
6.3.2.1 De executiebevoegdheid buiten faillissement 172
6.3.2.2 De executiebevoegdheid in faillissement 174
6.3.3 Tussenconclusie 177
6.4 Afschaffing van de separatistpositie? 177
6.4.1 Argumenten voor afschaffing van de separatistpositie 177
6.4.2 Argumenten tegen afschaffing van de separatistpositie 179

	6.4.3	Leidt het afschaffen van de separatistpositie tot een verslechtering van de positie van de financier?	180
6.5	Het veronderstelde verband tussen de separatistpositie en de legeboedelproblematiek		181
6.6	De separatistpositie van de pandhouder nader bezien		182
	6.6.1	Algemeen	182
	6.6.2	Het absolute karakter van het pandrecht dwingt niet tot een separatistpositie	182
	6.6.3	(i) Het recht van parate executie	183
		6.6.3.1 Het recht van parate executie als middel om de gesecureerde vordering te voldoen	183
		6.6.3.2 Het recht van parate executie als middel om de wijze van verkoop te regisseren	184
	6.6.4	(ii) Het niet hoeven meedelen in de algemene faillissementskosten	187
	6.6.5	(iii) Een snellere afwikkeling	189
	6.6.6	Tussenconclusie	190
6.7	Conclusie		190
7	**De executieopbrengst**		**193**
7.1	Inleiding		193
7.2	Wijzen van executie		194
	7.2.1	Inleiding	194
	7.2.2	Wijzen van executie buiten faillissement	194
	7.2.3	Wijzen van executie in faillissement	202
	7.2.4	Tussenconclusie	205
7.3	Oneigenlijke lossing		205
	7.3.1	Algemeen	205
	7.3.2	De pandgever of diens curator als lasthebber van de pandhouder	208
	7.3.3	Oneigenlijke lossing en de executiebevoegdheid van de curator	210
	7.3.4	Medewerking van de beperkt gerechtigde of de beslaglegger	212
7.4	De opbrengst		214
	7.4.1	Inleiding	214
	7.4.2	De opbrengst buiten faillissement	214
	7.4.3	De opbrengst in faillissement	217
	7.4.4	Tussenconclusie	220
7.5	De opbrengst bij oneigenlijke lossing		220
	7.5.1	Inleiding	220
	7.5.2	De opbrengst en oneigenlijke lossing	220
	7.5.3	De benadering van de Hoge Raad	221
	7.5.4	Een kanttekening: de (bescheiden) omvang van het probleem	222
	7.5.5	Behoud van voorrang op de executieopbrengst	223

7.5.5.1 Zaaksvervanging en behoud van voorrang op de opbrengst van een stil verpande vordering 224
7.5.5.2 Zaaksvervanging en behoud van voorrang op de opbrengst van een door de curator verkochte vuistloos verpande roerende zaak 229
7.5.5.3 Leidt 'executie' altijd tot behoud van voorrang van de pandhouder? 232
7.5.5.4 Behoud van voorrang op de in het vermogen van de pandgever of de boedel gevloeide opbrengst na oneigenlijke lossing 233
7.5.6 Vermogensafscheiding en de executieopbrengst 235
7.5.6.1 Overgang van de (vordering tot betaling van de) executieopbrengst op grond van art. 7:420 BW 235
7.5.6.2 Een aanspraak op de niet in het vermogen van de pandgever of de boedel gevloeide opbrengst 238
7.5.7 Een goederenrechtelijke aanspraak op de in het vermogen van de pandgever of de boedel gevloeide opbrengst 240
7.5.8 Tussenconclusie 241
7.6 Conclusie 242

DEEL III HERZIENING VAN HET PANDRECHT 245

8 Een facultatief registerpandrecht 247
8.1 Inleiding 247
8.2 Een facultatief registerpandrecht ten behoeve van de pandnemer? 247
8.3 Een registerpandrecht voor vorderingen? 249
8.4 De haalbaarheid van de invoering van een registerpandrecht op roerende zaken 249
8.5 Eventuele schadelijke gevolgen van een registerpandrecht voor de pandgever en de pandnemer 251
8.6 Een facultatief registerpandrecht op roerende zaken 254
8.6.1 Inleiding 254
8.6.2 De verhouding tussen een registerpandrecht en de regeling voor registergoederen 254
8.6.3 Wat schrijft men in? 256
8.6.4 Bescherming van de derde-verkrijger tegen een registerpandrecht 256
8.6.5 Bescherming van de derde-verkrijger tegen een registerpandrecht op de handelsvoorraad 257
8.6.6 Bescherming van de pandnemer tegen (gedeeltelijke) beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever/een eerder gevestigd vuistloos pandrecht 259
8.6.7 Bescherming van de registerpandhouder tegen een eerder gevestigd registerpandrecht 261
8.6.8 Vestiging bij voorbaat van een registerpandrecht 263
8.6.9 Verval van het registerpandrecht 264
8.7 Conclusie 266

9 Een vormvrije overeenkomst als vestigingsvereiste 267
9.1 Inleiding 267
9.2 Een andere invulling van het vestigingsvereiste 267
9.3 De pandovereenkomst in het Ontwerp-Meijers en het oude Burgerlijk Wetboek 267
9.4 Vormvrije (vestiging van) zekerheidsrechten naar positief recht 270
9.5 Vestigingsvereiste en bewijs 272
9.6 Is een vormloze vestiging te belastend voor de rechtspraak? 274
9.7 De vormvrije pandovereenkomst als vestigingsvereiste 275
9.8 Conclusie 276

10 Herstel van het evenwicht 277
10.1 Inleiding 277
10.2 Het verband tussen pandrechten en lege boedels 277
10.3 Voorrang en evenwicht 279
10.3.1 Inleiding 279
10.3.2 Paritas creditorum 279
10.3.3 Waarom heeft een crediteur al dan niet voorrang? 280
10.4 Waarom moet er een evenwicht tussen schuldeisers zijn? 282
10.4.1 Inleiding 282
10.4.2 Ad (i): efficiëntie 283
10.4.2.1 Economische efficiëntie 283
10.4.2.2 De positie van de zekerheidsgerechtigde en de beschikbaarheid en prijs van krediet 284
10.4.3 Ad (ii): rechtvaardigheid 286
10.4.3.1 Verdelende rechtvaardigheid 286
10.4.3.2 Verdelende rechtvaardigheid en de verhouding tussen schuldeisers onderling 287
10.4.3.3 Verdelende rechtvaardigheid, autonomie en solidariteit 288
10.4.3.4 Het ontbreken van een evenwicht tussen schuldeisers als uitvloeisel van de onmogelijkheid effectief zekerheid te bedingen 290
10.4.3.5 De aanvaardbaarheid van een beroep op de verdelende rechtvaardigheid in de context van kredietverlening 292
10.4.3.6 De aanvaardbaarheid van het beschermen van de concurrente crediteur tegen zichzelf 294
10.5 Hoe stelt men een evenwicht vast? 295
10.6 Een evenwicht in de vestigings- of in de executiefase 295
10.6.1 Inleiding 295
10.6.2 Een evenwicht in de vestigingsfase 296
10.6.2.1 Nietigheid van het zekerheidsrecht 296
10.6.2.2 Doorbreking van het prioriteitsbeginsel 300
10.6.3 Een evenwicht in de executiefase 301
10.6.3.1 Carve-out-regelingen 301
10.7 Conclusie 303

11 Een substitutiepandrecht op de executieopbrengst 305
11.1 Inleiding 305
11.2 Een goederenrechtelijke aanspraak door zaaksvervanging 305
11.3 De mogelijkheid van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst 307
11.4 De wenselijkheid van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst nader beschouwd 308
11.4.1 Algemeen 308
11.4.2 Zaaksvervanging bij de inning van stil verpande vorderingen door de curator 308
11.4.3 Zaaksvervanging bij de executoriale verkoop van vuistloos verpande zaken door een ander dan de pandhouder 312
11.4.4 Tussenconclusie 312
11.5 Zaaksvervanging en geld als surrogaat 313
11.5.1 Zaaksvervanging en de uit geld bestaande executieopbrengst 313
11.5.2 Chartaal geld 315
11.5.3 Giraal geld 316
11.6 Een substitutiepandrecht op de executieopbrengst 321
11.6.1 Algemeen 321
11.6.2 Een substitutiepandrecht op de executieopbrengst bestaand uit chartaal geld 322
11.6.2.1 Ontstaan van het substitutiepandrecht op chartaal geld 322
11.6.2.2 Executie van het chartale geld waarop het substitutiepandrecht rust 323
11.6.3 Een substitutiepandrecht op de executieopbrengst bestaand uit giraal geld 323
11.6.3.1 Ontstaan van het substitutiepandrecht op giraal geld 323
11.6.3.2 Executie van het girale geld waarop het substitutiepandrecht rust 324
11.7 Conclusie 326

Samenvatting 329

Summary 339

Lijst van verkort aangehaalde literatuur 347

Jurisprudentieoverzicht 363

Curriculum vitae 371

Dankwoord 373

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
Abs	Absatz
ABV	Algemene Bankvoorwaarden
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
al.	alinea, alinéa
Anh	Anhang
art.	artikel, article
artt.	artikelen, articles
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
Bd.	Band
BBW	Belgisch Burgerlijk Wetboek
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bijv.	bijvoorbeeld
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
BW	Burgerlijk Wetboek
BW (oud)	Burgerlijk Wetboek 1838
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ.	Chambre civile de la cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale financière et économique de la cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. pén.	Code pénal
C. pr. exéc.	Code des procédures civiles d'exécution
c.p.	constitutum possessorium
c.s.	cum suis
Chron.	Chronique
curs.	cursief/cursivering
D.	Recueil Dalloz
d.d.	de dato
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.v.	en volgende
Einl.	Einleitung
éd.	édition
ECLI	European Case Law Identifier

Ed.	Editie
etc.	etcetera
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
EwiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
ff	folgende
FIP	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
Fw	Faillissementswet
GROM	Groninger Opmerkingen en Mededelingen
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
InsO	Insolvenzordnung
Inv.	Invoeringswet
jo.	juncto
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique), édition générale
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JORF	Journal officiel de la République Française
JuS	Juristische Schulung
KG	Kort Geding, Kammergericht
KO	Konkursordnung
Ktr.	Kantonrechter
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Sciedsgerichtswesen
LG	Landgericht
lk	linkerkolom
m.nt.	met noot
MvA	Memorie van antwoord
MvT	Memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NbBW	Nieuwsbrief BW
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW	NJW-Rechtsprechungsreport
no	numéro
nr.	nummer
nrs.	nummers
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTHR	Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
obs.	observations
OK	Ondernemingskamer
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
o.m.	onder meer
OM	Ontwerp-Meijers

p.	pagina(’s)
par.	paragraaf
q.q.	qualitate qua
rb.	rechtbank
red.	redactie
Rép. Min.	Réponse ministérielle
resp.	respectievelijk
rov.	rechtsoverweging
RG	Reichsgericht
RI	Rechtspraak Insolventierecht
rk	rechterkolom
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn.	Randnummer
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad
Rz	Randzahl/Randziffer
S.	Satz./Recueil Sirey
s.n.	sine nomine
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
StGB	Strafgesetzbuch
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
TFR	Tijdschrift voor Financieel Recht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
vgl.	vergelijk
Vorbem	Vorbemerkungen
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
W.	Weekblad van het Recht
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
Wge	Wet giraal effectenverkeer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Wna	Wet op het Notarisambt
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung

1 Inleiding

1.1 Probleemstelling

Dit boek behandelt het pandrecht. Het heeft als doel de vraag te beantwoorden of het huidige pandrecht problemen oplevert en zo ja, op welke wijze de regeling van het pandrecht moet worden herzien. Ter afbakening van het onderwerp beperk ik mij tot de vragen die rijzen in verband met het vuistloze en stille karakter van het pandrecht op roerende zaken respectievelijk vorderingen op naam. Dat karakter leidt ertoe dat de verpanding niet kenbaar is voor derden. Toch heeft het pandrecht absolute werking: het werkt jegens eenieder, inclusief de curator van de pandgever. Alleen dan bereikt het pandrecht zijn doel: de zekerheid dat de gesecureerde vordering indien nodig voldaan kan worden door verhaal bij voorrang op het verpande goed.

Doordat er van het vuistloze en stille pandrecht (art. 3:237/239 BW) niets naar buiten blijkt, hebben derden geen kennis van het pandrecht. Traditioneel gezien moet van de levering of de vestigingshandeling iets naar buiten blijken als legitimatie voor de tegenwerpelijkheid van het goederenrechtelijk recht jegens derden. Nu het vuistloze en stille pandrecht worden gevestigd door een pandakte, zou daaruit moeten blijken welk goed wordt verpand. Kort na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek zette de Hoge Raad in zijn arrest *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* de bijl aan dit uitgangspunt door te overwegen dat "[v]oldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat."[1] Het arrest was het startpunt voor een rechtsontwikkeling die vele vragen oproept.

Het arrest opende de deur voor verdere rechtsontwikkeling, culminerend in een uiterst efficiënte verpandingsconstructie. In *Dix q.q./ING* sanctioneerde de Hoge Raad deze zogenoemde 'verzamelpandakteconstructie', maar onderkende tegelijkertijd dat daardoor "de uitgangspunten waarop de artikelen 3:276 en 3:277 lid 1 BW zijn gebaseerd, wat betreft concurrente schuldeisers verregaand zijn uitgehold."[2] Die fundamentele uitgangspunten van het verhaalsrecht zijn dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen en schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om naar evenredigheid van ieders vordering te worden voldaan (*paritas creditorum*). Na een storm van publicaties en een baanbrekende conclusie van A-G

1 HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/447 m.nt. W.M. Kleijn, rov. 4.2.
2 HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 4.8.3.

Timmerman overwoog de Hoge Raad "dat het aan de wetgever is om te beoordelen of [...] [de] belangen [van concurrente schuldeisers; FJLK] tegenover de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer een sterkere positie zouden moeten innemen dan thans het geval is [...]."[3] Dit houdt niet alleen een opdracht voor de wetgever in, maar ook voor de rechtswetenschap. Curatoren treffen als gevolg van deze ontwikkeling steeds minder onbezwaard boedelactief aan. De middelen die voor de bestrijding van de legeboedelproblematiek in aanmerking komen zijn meer publiciteit, een strenger bepaaldheidsvereiste en andere instrumenten, zoals een verplichte boedelbijdrage in de executiefase.

De rechtsontwikkeling omtrent de uitoefening van het vuistloze en stille pandrecht geeft aanleiding de regeling omtrent pandexecutie te onderzoeken. Een consequentie van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht is dat de pandgever of diens curator nog de macht heeft over het verpande goed. Zo zal de debiteur van een stil verpande vordering zijn schuld aan de pandgever voldoen. Een mededeling van het pandrecht aan de debiteur, teneinde de pandnemer inningsbevoegd te maken, wordt als bezwaarlijk ervaren. Toch moet de pandnemer in het geval van executie zijn recht op de opbrengst moeten kunnen doen gelden. Een aantal standaardarresten zijn onvoldoende gebleken om problemen met het stil pandrecht op vorderingen op te lossen, zodat de Hoge Raad tot op de dag van vandaag met de hier beschreven problematiek bezig is.[4] Bij roerende zaken speelt een soortgelijk probleem. Na de vestiging van een vuistloos pandrecht op een roerende zaak kan de pandgever de verpande roerende zaak blijven gebruiken. Dat betekent dat de pandgever of diens curator feitelijk in staat is de zaak te vervreemden. Nu een onderhandse verkoop in veel gevallen tot een hogere opbrengst leidt, is dat in veel gevallen ook wenselijk. Ook hier rijst de vraag of vuistloos pandhouder zijn recht op de opbrengst in alle gevallen kan effectueren.[5]

Veel van bovenstaande ontwikkelingen geven schrijvers aanleiding te pleiten voor een herziening van het pandrecht.[6] Dit onderzoek tracht daarin te voorzien. Daarbij komt het volgende. Het verstrijken van de tijd geeft in zekere zin altijd aanleiding tot een onderzoek naar de vraag of een huidige wettelijke regeling nog volstaat.[7] Bij een veelgebruikte rechtsfiguur als het pandrecht dringt die vraag zich des te meer op.[8]

---

3 HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 4.1.

4 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*); HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/520 m.nt. PvS (*ING/Verdonk q.q.*); HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*) en het meest recent HR 5 februari 2016, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

5 Naar aanleiding van HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Hielkema q.q.*) en HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*).

6 Zie bijv. Verstijlen 2011.

7 Zie daarover A.S. Hartkamp, 'De taak van de privaatrechtelijke wetgever na de invoering van het nieuwe vermogensrecht', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 97-104.

8 In het verleden is het pandrecht ook bij de tijd gebracht door de Pandwet van 8 juli 1874, *Stb.* 95. Asser/Scholten 1974, p. 178 spreekt van "de eerste belangrijke wijziging" in het BW (oud).

1.2 Plan van behandeling

Het vervolg van dit proefschrift bestaat uit drie delen met tien hoofdstukken (hoofdstuk 2 t/m 11). In de eerste twee delen wordt onderzocht of het huidige recht al dan niet tot problemen leidt. Het streven is daarbij om de elementaire onderwerpen die verband houden met het vuistloze en stille pandrecht vanaf de basis te onderzoeken, waarbij tegelijkertijd de in de vorige paragraaf beschreven vragen aan de orde komen. De eerste twee delen volgen de 'levensloop' van het pandrecht. Deel I behandelt de vestiging van het pandrecht en deel II de executie. Voor de gevallen dat het onderzoek naar die onderwerpen problemen uitwijst, worden in het derde deel rechtsfiguren voorgesteld om die problemen op te lossen.

Deel I (vestiging) bestaat uit vier hoofdstukken. Een onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht vangt logischerwijs aan met een hoofdstuk over publiciteit. Onderzocht wordt of het vuistloze en stille pandrecht een onaanvaardbare inbreuk maken op het publiciteitsbeginsel. In hoofdstuk 3 wordt de pandakte ten tonele gevoerd. Met het afschaffen van de eis dat de roerende zaak uit de macht van de pandgever moet worden gebracht en de verpanding aan de debiteur van de verpande vordering moet worden medegedeeld, heeft het vereiste van de pandakte zijn intrede gedaan. De vraag rijst of het vuistloze en stille karakter van het respectieve pandrecht dwingt tot het voorschrijven van een pandakte. Het vierde hoofdstuk gaat over het bepaaldheidsvereiste. Bij de vestiging van een pandrecht moet het te verpanden goed voldoende bepaald zijn. Nu het vestigingsvereiste een pandakte is, moet het te verpanden goed door de pandakte voldoende bepaald zijn. Alvorens het bepaaldheidsvereiste bij verpanding te kunnen behandelen is onderzoek naar de uitleg van de pandakte noodzakelijk. De inhoud van een pandakte stelt men immers vast door uitleg. Hoofdstuk 5 gaat over het door de wetgever gewenste evenwicht tussen schuldeisers en de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW. De praktijk heeft het bereiken van een evenwicht in vergaande mate verhinderd. Een en ander rechtvaardigt een onderzoek naar het bestaansrecht van de beperking.

Deel II (executie) bevat twee hoofdstukken. Hoofdstuk 6 gaat over de executiebevoegdheid van de pandhouder. Met de invoering van het vuistloze pand op roerende zaken heeft de pandhouder de macht om zaken te verkopen die zich onder de pandgever bevinden. Het is de vraag of die macht noodzakelijk en proportioneel is. Vervolgens handelt hoofdstuk 7 over de executieopbrengst. De pandhouder staan verschillende wijzen tot executie ter beschikking. Bij al die wijzen is uiteindelijk zijn recht op de opbrengst een noodzakelijke laatste stap om zijn gesecureerde vordering voldaan te krijgen.

Deel III (herziening van het pandrecht) bouwt voort op de uitkomsten uit de eerste twee delen. Dit laatste deel gaat over de herziening van het pandrecht en bevat onderzoekingen naar wenselijk recht. Allereerst wordt in het achtste hoofdstuk de invoering van een facultatief registerpandrecht behandeld. Hoofdstuk 9 gaat over een vormvrije overeenkomst als vestigingsvereiste. Hoofdstuk 10 ziet op de vraag of een zeker evenwicht tussen concurrente schuldeisers en pandhouders wenselijk is en zo ja, welke instrumenten voor het bewerkstelligen daarvan in aanmerking komen. Tot slot behandelt hoofdstuk 11 de vraag naar de wenselijkheid en de inpasbaarheid van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst.

1.3 Methode

De beoordeling van het huidige pandrecht is uitgevoerd door middel van een juridisch-dogmatische analyse van het positieve recht. Daarbij is gebruikgemaakt van de wet en haar geschiedenis, literatuur, jurisprudentie en rechtsvergelijking. Bij het uitgevoerde onderzoek bleek het stellen van de 'waarom'-vraag vrijwel altijd interessanter dan de 'hoe'-vraag.

In dit proefschrift is ruime aandacht besteed aan het Franse en het Duitse recht. Het rechtsvergelijkend onderzoek dient twee doelen. Ten eerste verschaft het beter inzicht in het Nederlandse recht. Vele bepalingen uit het huidige BW vinden hun oorsprong in Franse of Duitse wetgeving. Voor een goed begrip van de Nederlandse wetsartikelen is kennis van de desbetreffende Franse of Duitse regeling noodzakelijk. Ten tweede biedt het rechtsvergelijkende onderzoek inspiratie voor wenselijk recht hier te lande. Het pragmatische Franse zekerhedenrecht biedt aanknopingspunten hoe men zonder al te veel dogmatische obstakels een oplossing voor een probleem vindt. Het dogmatische Duitse recht is een onuitputtelijke bron van inspiratie – de grote commentaren beginnen met literatuurverwijzingen die soms meer pagina's beslaan dan de totale hoeveelheid beschikbare Franse literatuur over hetzelfde onderwerp. Gezien het feit dat Duitsland al geruime tijd een modern Burgerlijk Wetboek kent, zijn veel leerstukken daar reeds meer dan in Nederland tot ontwikkeling gekomen. De Nederlandse doctrine kan hier haar voordeel mee doen.[9] Overigens is bij rechtsvergelijking vanzelfsprekend rekening gehouden met de verschillen tussen de desbetreffende rechtsstelsels.

1.4 Een korte introductie tot goederenrechtelijke zekerheden op roerende zaken en vorderingen in Nederland, Frankrijk en Duitsland

1.4.1 Nederlands recht

Art. 3:227 lid 1 BW bepaalt dat een pandrecht een beperkt recht is, strekkende om op het daaraan onderworpen goed een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen.[10] Pandrecht kan gevestigd worden op ieder ander goed dan een registergoed (art. 3:227 lid 1 jo. 228 BW). Het te verpanden goed moet voor overdracht vatbaar zijn, zodat het mogelijk is de in het goed besloten waarde

9 Traditioneel gezien wat meer voorbehouden aan de rechtswetenschap, lijkt rechtsvergelijking in de rechtspraktijk aan een opmars bezig. Zo oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld in HR 14 augustus 2015, *RvdW* 2015/935 (*Glencore/Curatoren Zalco*) in een zin die in resultaat gelijkenis vertoont met de Duitse regeling. Hij werd daarop gewezen door A-G Hammerstein (onder 5.36) welke die oplossing op zijn beurt kreeg aangereikt in de schriftelijke toelichting.

10 Aangenomen wordt dat pand niet alleen voor een vordering tot voldoening van een geldsom kan worden gevestigd, maar ook voor op geld waardeerbare vorderingen. Zie Steneker 2012, nr. 5, p. 9. Vgl. ook § 1228 Abs. 2 S. 2 BGB, dat voor het geval dat de gesecureerde vordering niet op geld waardeerbaar is, bepaalt dat de pandhouder pas tot executieverkoop mag overgaan als de gesecureerde vordering is overgegaan in een geldvordering.

in voorkomend geval ten behoeve van de pandhouder te realiseren (art. 3:228 BW).[11] Het pandrecht heeft als goederenrechtelijk recht absolute werking: het werkt jegens eenieder, ongeacht onder wie het verpande goed zich bevindt (zaaksgevolg/*droit de suite*).[12] Ook is het pandrecht een beperkt recht dat het lot van het 'moederrecht' volgt (art. 3:8 jo. 3:81 lid 2 aanhef en onder a BW). Als het verpande goed tenietgaat, dan gaat het pandrecht ook teniet. Het pandrecht is tevens afhankelijk van de gesecureerde vordering (art. 3:7 jo. 3:231 BW). Wordt bijvoorbeeld de vordering waarvoor het pandrecht is gegeven voldaan, dan gaat het pandrecht ook teniet. De overdracht van een goed tot zekerheid is nietig (art. 3:84 lid 3 BW).

Verpanding geschiedt gezien de schakelbepaling van art. 3:98 BW overeenkomstig de eisen die gelden voor de eigendomsoverdracht van een goed. Art. 3:84 lid 1 BW vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. Ook vestiging bij voorbaat van een pandrecht op een toekomstig goed is mogelijk (art. 3:97 BW).[13] Het vestigingsvereiste verschilt naar gelang het te verpanden goed.

Voor roerende zaken kent de wet het vuistpand en het vuistloos pand. Het vuistpand wordt gevestigd door de zaak uit de macht van de pandgever te brengen (art. 3:236 lid 1 BW). Het is ook mogelijk een pandrecht op een roerende zaak te vestigen zonder dat de zaak uit de macht van de pandgever hoeft te worden gebracht. Voor een dergelijk vuistloos pand vereist de wet slechts een authentieke of geregistreerde onderhandse akte (art. 3:237 lid 1 BW).[14] Het in art. 3:277 lid BW genoemde 'verhaal' effectueert de pandhouder door uitoefening van zijn recht van parate executie. Art. 3:248 lid 1 BW geeft de pandhouder in het geval dat de schuldenaar in verzuim is met voldoening van de gesecureerde vordering, de bevoegdheid het verpande goed te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen.

Vorderingen op naam kunnen openbaar en stil worden verpand. Voor een openbaar pandrecht op een vordering is vereist een onderhandse akte plus een mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering (art. 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 1 BW). Bij een stil pandrecht kan de mededeling achterwege blijven. Ook dan is slechts een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist. Voor het stil pandrecht op

11 Vgl. Steneker 2012, nr. 4, p. 8.

12 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 65, p. 47, nr. 67, p. 48.

13 In de voorgaande drie zinnen doen zich enige terminologische kwesties voor. De wet gebruikt in art. 3:98 BW het woord 'vestiging' als equivalent voor 'overdracht'. Dat is verwarrend, nu de wet 'vestiging' op andere plaatsen (zoals art. 3:236 e.v. BW) gebruikt in de zin van 'vestigingshandeling' als equivalent van de leveringshandeling. In het kader van het pandrecht is het daarom zuiverder om 'verpanding' of 'totstandkoming van het pandrecht' als equivalent van 'overdracht' te gebruiken en 'vestiging' als evenknie van 'levering'. In sommige gevallen vereist de leesbaarheid echter het gebruik van bijvoorbeeld 'vestiging' waar 'verpanding' bedoeld is of 'verpanding bij voorbaat' in de zin van 'vestiging bij voorbaat van een pandrecht'. De bedoeling wordt dan uit de context duidelijk.

14 Het vuistloos pandrecht op roerende zaken wordt ook wel 'bezitloos' of 'stil' genoemd. Zie Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 165, p. 169-170. In dit boek spreek ik, zoals ook Van Mierlo 1988, p. 177 doet, overeenkomstig het primaire doel van het desbetreffende pandrecht van een 'vuistloos' pandrecht op roerende zaken en een 'stil' pandrecht op vorderingen. Zo is bijvoorbeeld het Franse pandrecht op een roerende zaak 'vuistloos', maar niet 'stil'. Zie over die doelen nader hoofdstuk 2, par. 2.3.

vorderingen geeft de wet een regeling omtrent de mededelings- en inningsbevoegdheid (art. 3:246 BW). De executiebevoegde pandhouder mag zich na inning op het geïnde verhalen.

1.4.2 Frans recht

Het Franse zekerhedenrecht is in 2006 grondig herzien.[15] Sinds die tijd is het vestigen van vuistloze en stille zekerheden mogelijk. De nieuwe regeling voor het pandrecht (*gage*) begint in art. 2333 al. 1 *Code civil* (C. civ.) met wat een pandrecht is:

> "Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs."

Voor verpanding vatbaar zijn goederen die overdraagbaar zijn.[16] Het pandrecht heeft *droit de suite*.[17] Tevens is het pandrecht een accessoir recht. Het is afhankelijk van de gesecureerde vordering; zonder haar kan het pandrecht niet bestaan.[18] In de Franse rechtspraktijk speelt naast het voornoemde *gage civil* ook het *gage commercial* een rol van betekenis. De regeling bevindt zich in de *Code de commerce* (art. L. 521-1 – 521-3 C. com.). Als de gesecureerde vordering *commerciale* van aard is, bijvoorbeeld omdat zij voortvloeit uit een daad van koophandel, dan betreft het een *gage commercial*.[19] Het pandrecht wordt primair in de *Code civil* behandeld, omdat het tot zekerheid bezwaren van een goed op zichzelf geen daad van koophandel is.[20] De wetgever wilde het *gage commercial* niet aan een autonoom regime onderwerpen, maar slechts op bepaalde punten versoepelen ten opzichte van het gemene recht.[21] Het Franse zekerhedenrecht kent voorts nog tal van specifiek geregelde pandrechten, waarvan hier genoemd moet worden het vuistloos registerpandrecht op een handelsvoorraad (*gage des stocks*; art. L. 527-1 e.v. C. com.). Mutaties in de voorraad hebben geen gevolg voor dit generale pandrecht. Het heeft enerzijds geen zaaksgevolg, maar komt anderzijds van rechtswege te rusten op zaken die in de plaats van vervreemde zaken komen (art. L. 527-5 al. 2 C. com.).[22] De *Code civil* kent sinds 2007 een vorm van fiduciaire eigendom (art. 2011 e.v. C. civ.) en sinds 2009 een regeling voor fiduciaire zekerheidseigendom (*fiducie-sûreté*; art. 2372-1 e.v. C. civ.).[23]

---

15 *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*.
16 Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1661, p. 455-456.
17 Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1704-1705, p. 475-476.
18 Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1659, p. 455.
19 Cabrillac e.a. 2010, nr. 746, p. 559; Simler & Delebeque 2012, nr. 636, p. 569; Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1660, p. 455.
20 Aynès & Crocq 2013, nr. 503, p. 229.
21 Simler & Delebeque 2012, nr. 636, p. 569.
22 Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1769, p. 493.
23 Ingevoerd door *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie* en *Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*. Zie over de regeling Legeais 2013, nr. 760-808, p. 470-486. Zie ook D.F. Kopalit, 'De Franse fiducie en de overdracht tot zekerheid', *WPNR* 2009/6809, p. 701-706.

Art. 2333 al. 1 C. civ. noemt reeds de overeenkomst tussen pandgever en pandnemer. Verder is vereist dat de pandgever eigenaar is van de verpande zaak.[24] Het pandrecht komt vervolgens tot stand door het opmaken van een geschrift (*écrit*; art. 2336 C. civ.). Het is een open vraag of voor de vestiging van een *gage commercial* een pandakte vereist is.[25] Voor de vestiging van het vuistloos registerpandrecht op de handelsvoorraad vereiste de wet een akte (art. L. 527-1 al. 2 C. com.). De wet verleent derdenwerking aan het pandrecht op een roerende zaak zodra het in een openbaar register is ingeschreven (vuistloos) of als de zaak uit de macht van de pandhouder is gebracht (vuistpand) (art. 2337 jo. 2338 C. civ.). Hetzelfde geldt voor het *gage commercial*.[26] Ook het vuistloos registerpandrecht op de handelsvoorraad moet in een openbaar register worden ingeschreven om werking te hebben (art. L. 527-4 C. com.). Uit het hierboven geciteerde art. 2333 C. civ. blijkt dat ook toekomstige zaken verpand kunnen worden. Het in art. 2333 C. civ. genoemde recht om zijn gesecureerde vordering met voorrang op het verpande goed te verhalen, kan de pandhouder op verschillende wijzen effectueren. Een wijze is bijvoorbeeld de verkoop van de verpande zaak (art. 2346 C. civ.). Ook de schuldeiser met een *gage commercial* of een registerpandrecht op de handelsvoorraad kan de verpande zaak onder meer verkopen (art. L. 521-3 al. 1 en art. L. 527-10 C. com.).

Het pandrecht op een vordering wordt niet *gage* maar *nantissement (de créance)* genoemd (art. 2355 C. civ.).[27] Ook nu is een pandakte vereist (art. 2356 C. civ.). De Franse wet hanteert het stil pandrecht op een vordering als uitgangspunt. Het pandrecht op een vordering heeft goederenrechtelijke werking vanaf de datum van de pandakte (art. 2361 C. civ.). Voor het geval dat de regeling in de *Code de commerce* van toepassing is, bepaalt art. L. 521-1 al. 4 C. com. dat die regeling niet derogeert aan de bepalingen betreffende de verpanding van vorderingen in de *Code civil* (art. 2355-2366 C. civ.). Ook toekomstige vorderingen kunnen bij voorbaat worden verpand (art. 2355 C. civ.). Het pandrecht ontstaat dan zodra de vordering ontstaat (art. 2357 C. civ.). De stil pandhouder van een vordering kan zijn pandrecht mededelen aan de debiteur van de verpande vordering (art. 2362 C. civ.) en vervolgens innen (art. 2363 C. civ.).

1.4.3 Duits recht

Het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) is in 1900 in werking getreden. Het wetboek kent slechts een vuistpand en een openbaar pandrecht op vorderingen. Om redenen die in hoofdstuk 2 aan de orde komen, heeft de zekerheidsoverdracht de rol van het

24 Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1657, p. 453; Aynès & Crocq 2013, nr. 504, p. 233. Vgl. ook art. 2335 C. civ.

25 Aldus Aynès & Crocq 2013, nr. 503, p. 229, die de vraag ontkennend beantwoorden, omdat daden van koophandel kunnen worden bewezen door alle middelen (art. L. 521-1 al. 1 jo. L. 110-3 C. com.). Zo ook Cabrillac e.a. 2010, nr. 746, p. 559. Twijfelend: Simler & Delebeque 2012, nr. 637, p. 569; Legeais 2013, 474, p. 334. Bevestigend (een pandakte is wel vereist bij een *gage commercial*): Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1754, p. 484.

26 Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1754-1, p. 484-485.

27 Vgl. U. Drobnig, 'La réforme française du droit des sûretés réelles', *D.* n° 21, 2007, p. 1488: "[…] la distinction terminologique entre le gage (des meubles corporels) et le nantissement (des meubles incorporels) trouble l'observateur étranger."

pandrecht grotendeels overgenomen.[28] Omdat bij de omgang met zekerheidseigendom soms aansluiting wordt gezocht bij de wettelijke regeling voor het pandrecht, is ook een korte bespreking van het pandrecht noodzakelijk.

Zekerheidsoverdracht

De gangbare wijze van het in zekerheid geven van roerende zaken en vorderingen is de zekerheidsoverdracht (*Sicherungsübereignung*). Zekerheidseigendom is niet accessoir aan de gesecureerde vordering.[29] Aan de zekerheidsoverdracht ligt een titel ten grondslag. Uit dit vormvrije *Sicherungsvertrag* vloeien de rechten en plichten van partijen voort.[30]

Voor de eigendomsoverdracht van roerende zaken vereist § 929 BGB dat de eigenaar de zaak aan de verkrijger overhandigt (*übergibt*) en dat beiden het erover eens zijn (*Einigung*) dat de pandhouder een pandrecht toekomt. In plaats van overhandiging van de zaak kunnen eigenaar en verkrijger ook een overeenkomst sluiten, waardoor de verkrijger het bezit van de zaak verkrijgt (§ 930 BGB). Deze zekerheidsoverdracht van roerende zaak door middel van een levering *constitutum possessorium* is het in Duitsland gebruikte vuistloze zekerheidsrecht. De eis van *Einigung* betreft de goederenrechtelijke overeenkomst benodigd voor eigendomsoverdracht.[31] *Einigung* is de wilsovereenstemming tussen partijen strekkende tot eigendomsoverdracht. De eis moet worden bezien tegen de achtergrond van het abstracte stelsel van eigendomsoverdracht dat in Duitsland geldt. Anders dan in het Nederlandse causale stelsel, is in Duitsland een *geldige* titel niet vereist voor overdacht.[32]

De cessie (*Abtretung*) is naar Duits recht geregeld in § 398 BGB en geschiedt blijkens die bepaling door middel van een overeenkomst (*durch Vertrag*). Cessie is een goederenrechtelijke beschikking (*Verfügung*) over de vordering.[33] Ook voor cessie geldt het abstracte stelsel van overdracht, zodat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen de titel tot overdracht van de vordering en de beschikking over de vordering.[34] In het Duitse recht is de cessie stil: met het sluiten van de vormvrije cessieovereenkomst is de vordering in goederenrechtelijke zin overgedragen. Na mededeling van de cessie werkt de cessie ook jegens de debiteur van de vordering (§ 409 BGB).

Pandrecht

Net als in Nederland en Frankrijk, begint de wettelijke afdeling voor het pandrecht met een bepaling die weergeeft wat het pandrecht inhoudt. § 1204 Abs. 1 BGB luidt:

28 Zie op deze plaats reeds MüKoBGB/Damrau 2013, Vorbemerkung bei Abschnitt 8. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten, Rn. 4-5.

29 Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 10.

30 Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 15; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 25.

31 Staudinger/Wiegand 2011 § 929, Rn 8.

32 Zie MüKoBGB/Oechsler 2013, § 929, Rn. 8-11.

33 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 2; Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 2.

34 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 2, 26; Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 2; Palandt/Grüneberg 2012 § 398 Rn 2. Zie ook Mugdan 1899, Bd. II, p. 66.

> "Eine bewegliche Sache kann zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, dass der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen (Pfandrecht)."

Alleen zaken die een door overdracht te realiseren waarde hebben, kunnen worden verpand.[35] Niet overdraagbare vorderingen zijn niet voor verpanding vatbaar (§ 1274 Abs. 2 BGB). Het Duitse pandrecht is een goederenrechtelijk recht.[36] Ook is het afhankelijk van de gesecureerde vordering.[37]

§ 1205 BGB vereist voor totstandkoming (*Bestellung*) van een pandrecht dat de eigenaar van de zaak deze aan de pandhouder overhandigt en dat beiden het erover eens zijn dat de pandhouder een pandrecht toekomt. Men ziet dat de bepaling aansluit bij het hierboven besproken § 929 BGB.[38] De *vuistloze* verpanding van een roerende zaak is naar Duits recht niet mogelijk. Evenmin is de verpanding van toekomstige zaken mogelijk; wel kan men bij de *Einigung* overeenkomen dat het pandrecht ontstaat zodra een toekomstige zaak uit de macht van de pandgever wordt gebracht.[39] § 1228 BGB bepaalt dat de voldoening van de pandhouder gebeurt door middel van een verkoop.

Het pandrecht op een vordering wordt gevestigd overeenkomstig de voor de overdracht van een vordering geldende voorschriften (§ 1274 Abs. 1 BGB). De vereisten voor cessie zijn hierboven reeds behandeld. Verpanding van een vordering geschiedt dus door middel van een vormvrije overeenkomst in de zin van § 398 BGB.[40] § 1280 BGB stelt een nadere eis: het pandrecht moet tevens worden medegedeeld aan de schuldenaar van de vordering. De *stille* verpanding van een vordering is naar Duits recht onmogelijk. Toekomstige vorderingen kunnen niet verpand worden.[41] Wel is het mogelijk alle andere vereisten alvast te vervullen zodat het pandrecht ontstaat zodra de vordering ontstaat.[42] Het BGB kent nadere regels voor de inning van de verpande vordering (§ 1281 e.v. BGB).

Het schrijven van een proefschrift noopt tot het maken van keuzes. Anders dan bij het schrijven van een commentaar, monografie of handboek, is een volledige behandeling van het pandrecht geenszins nagestreefd. Het onderzoek is afgesloten op 22 januari 2016. Met ontwikkelingen van nadien kon slechts zelden rekening worden gehouden.

Den Haag, 27 januari 2016

35 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1204, Rn. 48; MüKoBGB/Damrau 2013, § 1204 Rn. 6, die schrijft dat bijvoorbeeld familiefoto's niet verpandbaar zijn.
36 MüKoBGB/Damrau 2013, § 1204 Rn. 1, § 1273 Rn. 1.
37 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1204, Rn. 10; MüKoBGB/Damrau 2013, § 1204 Rn. 15.
38 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1205, Rn. 1.
39 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1204, Rn. 43; MüKoBGB/Damrau 2013, § 1204 Rn. 11.
40 Staudinger/D. Wiegand 2009, § 1274, Rn. 14, § 1280, Rn. 1. Uitleg van de overeenkomst in de zin van § 398 BGB moet uitsluitsel geven of de overeenkomst strekt tot cessie of verpanding. Zie Staudinger/D. Wiegand 2009, § 1274, Rn. 4; MüKoBGB/Damrau 2013, § 1274, Rn. 4.
41 MüKoBGB/Damrau 2013, § 1273 Rn. 3.
42 MüKoBGB/Damrau 2013, § 1273 Rn. 3; Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1273, Rn. 16.

Deel I

Vestiging

2 Publiciteit

2.1 Inleiding

De kracht van het pandrecht is dat dit goederenrechtelijk recht altijd derdenwerking heeft; zelfs in het faillissement van de pandgever. Het in 1992 geïntroduceerde *vuistloze* en *stille* pandrecht beogen diezelfde kracht te bereiken. Dat lijkt op het eerste gezicht te botsen met het in het goederenrecht geldende beginsel dat absolute rechten pas jegens derden tegenwerpbaar zijn, indien derden op de hoogte (kunnen) zijn van het bestaan van dat recht. Volgens Meijers is het "een algemeen erkend beginsel […] dat geen crediteur enkel door een overeenkomst tussen hem en zijn schuldeiser een voorrang boven andere schuldeisers kan verkrijgen."[1] Het vuistloze en stille pandrecht, zoals dat thans in de art. 3:237 en 3:239 BW is neergelegd, lijken hiermee in strijd. Maken deze pandrechten een onaanvaardbare inbreuk op het goederenrechtelijke publiciteitsbeginsel?

In de literatuur wordt gesteld dat Nederland en Duitsland de enige rechtsstelsels in Europa zijn die zekerheidsrechten op roerende zaken zonder publiciteit kennen. Gesteld wordt dat Nederland in 1929 het Duitse systeem heeft gevolgd.[2] Daarom is voor een onderzoek naar eventuele bezwaren van het Nederlandse vuistloze en stille pandrecht de vraag interessant waarom het Duitse zekerhedenrecht geen publiciteit kent en hoe het Duitse recht dit gebrek aan publiciteit behapt. Het Franse zekerhedenrecht kent traditioneel gezien een zeer behoudende benadering van het leerstuk publiciteit. Het uitgangspunt is dat een niet-kenbaar zekerheidsrecht de schuldeiser géén voorrang ten opzichte van andere crediteuren kan verschaffen en géén zaaksgevolg heeft.[3] In 2006 is het Franse zekerhedenrecht grondig herzien. De vraag komt op hoe het publiciteitsbeginsel in dit nieuwe recht wordt gewaarborgd.

---

1 *Parl. Gesch. Boek* 3, p. 703-704. Meijers maakte deze opmerking in de context van de eigendomsoverdracht tot zekerheid, die volgens hem een inbreuk maakte op dit beginsel.

2 Salomons 2013, p. 325.

3 Vgl. bijv. Farge 2007, nr. 425, p. 311.

2.2 Publiciteit en het goederenrecht

Publiciteit speelt een belangrijke rol in het Nederlandse goederenrecht. Het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten vereist dat zij voor derden *kenbaar* zijn.[4]

In Frankrijk is voor de eigendomsoverdracht van goederen en de levering van een roerende zaak de wilsovereenstemming voldoende.[5] Hier blijkt dus niets van naar buiten. Om derden tegen onbekendheid met de overdracht te beschermen wordt ook in Frankrijk de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten aan publiciteit gekoppeld:

> "Mais comment les tiers peuvent-ils savoir qu'un individu, propriétaire d'une chose, a cessé de l'être, parce qu'il l'a vendue alors qu'il est encore en possession et qu'aucune formalité n'a fait connaître le transfert du droit ? Aussi notre législation a-t-elle dû atténuer le principe [de l'immédiateté du transfert; FJLK], dans *l'intérét des tiers*. Elle l'a fait en organisant la *publicité* des aliénations et constitutions de droits réels."[6]

Ook in Duitsland valt een vergelijkbare verhouding tussen publiciteit en goederenrechtelijke rechten waar te nemen:

> "Der absolute Geltungsanspruch der dinglichen Rechte macht es nicht nur erforderlich, die gesetzlich zugelassenen Sachenrechtstypen zu begrenzen, das Bestehen konkreter dinglicher Rechte muss vielmehr auch erkennbar sein. Daher gilt der Grundsatz der Publizität. Die Bestellung und Übertragung dinglicher Rechte soll nach außen „publik" werden, also erkennbar sein."[7]

Zowel in Nederland, Frankrijk als Duitsland lijkt het karakter van een absoluut recht te worden gerechtvaardigd door de aanwezigheid van publiciteit: derden die het absolute recht moeten dulden, kunnen hier door kenbaarheid op anticiperen.

---

4 Zie o.a. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 376, p. 367 en nr. 33, p. 30; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 80, p. 60, verwijzend naar HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998/97 (*Portacabin*); Struycken 2007, p. 710, 792-793 en 798; Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006, nr. 302, p. 327. Volgens Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem van het Nederlandse Privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 122 "[…] zal men [dit] in elk behoorlijk uitgewerkt rechtsstelsel terugvinden." Zie ook Hamwijk 2014, p. 10-11, 35.

5 Art. 711 C. civ. en art. 1138 C. civ. Vgl. ook Legeais 2013, nr. 575, p. 382. Zie uitgebreider: F.J.L. Kaptein e.a., *Het internationale eigendomsvoorbehoud*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 136.

6 Terré & Simler 2010, nr. 404, p. 323 (cursiveringen zijn origineel). Zie ook nr. 407, p. 324. Vgl. ook: Lévis 1989, nr. 339, p. 286: "[...] le défaut de publication [d'un droit réel] conduit à une déchéance de cette opposabilité."

7 Wolf/Wellenhofer 2013, § 3, Rn. 5. Zie ook Hromadka 1980, p. 90: "Rechte, die gegen jedermann wirkten, müßten auch jedermann erkennbar sein."

2.3 Publiciteit bij verpanding

2.3.1 Inleiding

In de literatuur wordt gesteld dat de vereisten voor vuistpand en openbare verpanding (het uit de macht van de pandhouder brengen van de zaak en het doen van een mededeling van de verpanding van een vordering) voortvloeien uit het hierboven besproken publiciteitsbeginsel.[8] Vuistloze en stille zekerheden worden echter op grote schaal gebruikt. Dit lijkt te botsen met de hiervoor geformuleerde eisen die aan een absoluut recht worden gesteld. In deze paragraaf zal allereerst onderzocht worden hoe de vuistloze verpanding van roerende zaken en de stille verpanding van vorderingen in Nederland, Frankrijk en Duitsland is vormgegeven en waarom de desbetreffende zekerheden op roerende zaken en vorderingen al dan niet vuistloos/stil zijn. De hier te presenteren gangbare opvattingen over publiciteit bij verpanding zullen vervolgens in de volgende paragrafen nader tegen het licht worden gehouden.

2.3.2 Roerende zaken

Nederlands recht

Het oude BW kende met art. 1198 BW (oud) slechts een vuistpand. De fiduciaire eigendomsoverdracht is ontsproten aan de behoefte van de praktijk om voor de bedrijfsvoering noodzakelijke zaken liquide te maken en tegelijkertijd te kunnen blijven gebruiken.[9] Ook de met het vervoer en bewaring van de verpande zaken gepaard gaande kosten werden als bezwaarlijk ervaren.[10] In het begin van de twintigste eeuw groeide met de toenemende vraag naar krediet ook de behoefte aan zekerheidsoverdracht.[11] De Hoge Raad heeft deze fiduciaire eigendomsoverdracht in 1929 in een tweetal arresten goedgekeurd.[12]

Deze publiciteitsloze vorm van zekerheidsverlening was Meijers een doorn in het oog:

> "Er is echter nog iets anders en dat is voor mij persoonlijk de hoofdzaak: de eigendomsoverdracht tot zekerheid maakt inbreuk op een algemeen erkend beginsel, n.l. dat geen crediteur enkel door een overeenkomst tussen hem en zijn schuldenaar een voorrang boven andere schuldeisers kan verkrijgen. Dat is een beginsel, dat door ons ganse recht heenloopt. Daarop maakt de eigendomsoverdracht tot zekerheid een uitzondering, doordat bij enkele overeenkomst zonder verplaatsing een voorrecht, een voorrang wordt geschapen."[13]

8 Steneker 2012, nr. 9, p. 22.

9 Vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 318. Zie ook Van Mierlo 1988, p. 5 e.v.

10 A. Blom, *Bezitloos zekerheidsrecht op roerende lichamelijke zaken* (diss. Utrecht), Wageningen: H. Veenman & Zonen 1929, nr. 67, p. 43.

11 J. Jarolímek, *Eigendom tot zekerheid*, (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956, p. 15.

12 Zie HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, 616 m.nt. P. Scholten (*Haan q.q./Heineken's Bierbrouwerij* Maatschappij) en HR 21 juni 1929, *NJ* 1929, 1096 (*Hakkers/Van Tilburg*). Zie ook Van Mierlo 1988, p. 7-9.

13 *Parl. Gesch. Boek* 3, p. 703-704. Overigens is dit principiële argument bij de parlementaire behandeling fel bestreden. Zie Handelingen II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 709.

Meijers wenste dus – in afwijking van het toen geldende recht – herstel van het principe "geen prioriteit zonder publiciteit".[14] Als uitvloeisel hiervan bevatte het Ontwerp-Meijers een regeling voor een registerpandrecht. Op tot de onderneming behorende roerende zaken kon een registerpandrecht gevestigd worden, dat in rang boven een vuistloos pandrecht op tot de onderneming behorende roerende zaak ging.[15] Niet tot de onderneming behorende roerende zaken – de pandgever zou een particulier moeten zijn geweest – konden uitsluitend door middel van een vuistpand worden verpand. Het registerpandrecht is uiteindelijk niet ingevoerd.[16] Als gevolg hiervan kent het BW nu de volgende met publiciteit gepaard gaande én publiciteitsloze vormen van verpanding.

Voor de vestiging van een vuistpandrecht vereist art. 3:236 lid 1 BW dat het goed[17] buiten de macht van de pandgever wordt gebracht. Net als de levering door bezitsverschaffing bij de overdracht van roerende zaken brengt deze vestigingshandeling bij de verpanding publiciteit met zich: het is voor de buitenwereld duidelijk dat er een wijziging is opgetreden in relatie van de vervreemder/pandgever tot het goed. Bij het vestigen van een vuistpand is er geen sprake van actief informeren.[18] Bij de vestiging van een vuistloos pandrecht op roerende zaken vereist art. 3:237 lid 1 BW een authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken, brengt dit vereiste geen enkele vorm van publiciteit bij de vestiging met zich.[19] Hoewel dogmatisch zeer anders van aard, kan dus gezegd worden dat het vuistloos en stil pandrecht in het nieuwe BW hetzelfde doel dient als de eigendomsoverdracht tot zekerheid in het tot 1992 geldende vermogensrecht deed.[20]

Frans recht

In 2006 is het Franse zekerhedenrecht grondig herzien.[21] In Frankrijk wordt van oudsher sterk gehecht aan de *solvabilité apparente* van de koper. Vóór de *réforme* van

14 Salomons 2013, p. 324. Salomons 1997, p. 298 schrijft dat het doel van het publiciteitsbeginsel is het voorkomen van een schijn van kredietwaardigheid.

15 Art. 3.9.3.1 jo. 3.9.2.2 lid 4 OM.

16 Volgens Salomons 2013, p. 324 is dat te wijten aan een ongelukkig Kamerdebat, waarin Meijers er onvoldoende in slaagde de Kamerleden te overtuigen van de voordelen van het registerpand. Zie hierover uitgebreider hierna hoofdstuk 8, par. 8.4.

17 Art. 3:236 lid 1 BW spreekt van "een roerende zaak, recht aan toonder of order, of het vruchtgebruik van een zodanige zaak of recht". Als overkoepelende term hanteer ik "goed".

18 Vgl. Hamwijk 2011a, par. 4.1 en voetnoot 35.

19 Zie hieronder hoofdstuk 3, par. 3.2.3.3.

20 Vgl. Salomons 2013, p. 325. Vgl. voorts S. Gerbrandy, *Zaken zijn zaken! Of niet?* (oratie Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 28, volgens wie de regeling neerkomt "op de omzetting van de eigendomsoverdracht-tot-zekerheid in een bezitloos pand en dus op een omzetting van rechtersrecht in wettenrecht."; *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1342: "[…] het pandrecht [moet] in het nieuwe wetboek in belangrijke mate de rol […] overnemen van de huidige zekerheidseigendom […]." Volgens A. Veenhoven, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955, nr. 15, p. 20, gold voor pand en zekerheidseigendom dat zij beide tot doel hadden een zakelijk zekerheidsrecht aan de schuldeiser te verschaffen. Zie ook nog Snijders 1970, p. 38; J.E. Fesevur, *De zakelijke zekerheidsrechten naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht,* Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979, p. 87; Van Mierlo 1988, p. 177.

21 *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.*

2006 kende de Franse wet met art. 2076 C. civ. slechts een vuistpand, door te eisen dat de zaak uit de macht van de pandgever werd gebracht. Vereist werd dat de in pand gegeven zaak in *la possession* bleef van *le créancier* of *un tiers convenu*; keerde dit bezit terug bij de pandgever dan verviel het pandrecht. De machtsverschuiving wordt gezien als een uitwerking van het publiciteitsbeginsel.[22] De zekerheidsoverdracht was niet toegestaan: dit was in strijd met het strikt gehandhaafde principe "geen prioriteit zonder publiciteit".[23] Ook in Frankrijk werd voor roerende zaken het strikte vereiste van *dépossession* als knellend ervaren: bepaalde roerende zaken heeft de pandgever/schuldenaar nodig voor zijn bedrijfsvoering en een handelsvoorraad moet aangewend kunnen worden.[24] Ook maakte dit vereiste het verpanden van toekomstige zaken onmogelijk.[25] Tevens kan een roerende zaak meermaals worden verpand, hetgeen vooral van belang is in de situatie dat de waarde van het pandobject de gesecureerde vordering van de eerste pandhouder overstijgt.[26] Het Franse zekerhedenrecht heeft daarom meerdere vormen van vuistloze zekerheid ontwikkeld en laat zich wat oneerbiedig omschrijven als een lappendeken van gelegenheidswetgeving.[27] Voorbeelden van *les sûretés mobilières sans dépossession* zijn *le warrant agricole, le warrant hôtelier, le warrant industriel, le warrant pétrolier* en natuurlijk *le gage du vendeur d'automobile à crédit* en *le warrant sur stock de vin*.[28] Kenmerkend voor deze zekerheden is dat zij met publiciteit door inschrijving vergezeld gaan.[29]

De herziening in 2006 van het pandrecht op roerende zaken wordt in de literatuur omschreven als een "une véritable révolution".[30] Deze nieuwe regeling geeft een

22 Simler & Delebecque 2012, nr. 618, p. 554. Het vereiste van *dépossession* moest niet alleen derden beschermen, maar ook de pandgever en de pandnemer, waarover M. Cabrillac, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession* (diss. Montpellier), Paris: Sirey 1954, Lévis 1989, nr. 307, p. 261 met verwijzingen.

23 Zie nader Zwalve 2006a, p. 510-516. Hierboven in hoofdstuk 1, par. 1.4 is gewezen op het feit dat het Franse recht sinds 2007/2009 een fiduciaire zekerheidsoverdracht kent.

24 Cabrillac e.a. 2010, nr. 758, p. 568; Piedelièvre 2004, nr. 379, p. 228.

25 Legeais 2013, nr. 452, p. 323, nr. 457, p. 325.

26 Vgl. Simler & Delebecque 2012, nr. 615, p. 552.

27 Vgl. Snijders 1970, p. 36-37.

28 Piedelièvre 2004, nr. 382-404, p. 230-240; Simler & Delebecque 2012, nr. 691-700, p. 627-633. Minder relevant, maar wel interessant is dat in Nederlands-Indië een soortgelijke wetgevingsbeweging heeft plaatsgevonden. Daar leidde de suikercrisis van 1884 tot een in datzelfde jaar ingevoerd pandrecht op de oogst, "waardoor de banken […] in staat werden gesteld met in vele gevallen gestaakte credietverleeningen voort te gaan." Aldus H. Kahrel, *Verruimd pandbegrip* (diss. Rechtshoogeschool Batavia), Tegal: J.D. de Boer 1926, p. 149.

29 Piedelièvre 2004, nr. 382 e.v., p. 230 e.v. Deze met publiciteit gepaard gaande inschrijving heeft in de meeste gevallen (negatieve) gevolgen voor een beroep op de *bonne foi* door een derde (art. 2276 C. civ.).

30 Boffa 2007, p. 1161 en P. Ancel, 'La réforme du droit des sûretés en France', in: *La réforme du droit privé en France: un modèle pour le droit privé européen?*, Bruxelles: Larcier 2009, nr. 16, p. 39.

algemene regeling voor vuistloze zekerheden.[31] Elke persoon kan optreden als pandhouder.[32] Art. 2337 C. civ. luidt:

> "Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite.
>
> Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet.
>
> Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276."

Met betrekking tot het in de laatste alinea genoemde "publié", bepaalt art. 2338 C. civ.:

> "Le gage est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d'Etat."

Voor derdenwerking van het pandrecht op een roerende zaak vereist de Franse wet dus publiciteit, die op twee manieren te bereiken is. Ten eerste kan dit bereikt worden door *dépossession* door de zaak in de macht van de schuldeiser of een overeengekomen derde brengen (vuistpand). Ten tweede kan het pandrecht *ingeschreven* worden (*sans dépossession*). Ook voor het vuistloze registerpandrecht op de handelsvoorraad geldt dat het pas na inschrijving in een openbaar register werking heeft (art. L. 527-4 C. com.). Nu publiciteit door inschrijving kenbaarheid creëert, rijst de vraag wat dan precies kenbaar is.

Het in art. 2338 C. civ. genoemde *décret en Conseil d'Etat* schrijft de in acht te nemen formaliteiten voor inschrijving voor.[33] Het registerpandrecht dient te worden ingeschreven in een openbaar register bij het rechtbank van koophandel (*tribunal de commerce*) in het ressort waar de pandgever is ingeschreven, zetelt of zijn woonplaats heeft.[34] Voor dit inschrijven dient een vergoeding te worden betaald, waarvan de hoogte afhankelijk is van de hoogte van de gesecureerde vordering. De ingeschreven informatie is gratis via het internet te raadplegen in een nationaal aangehouden register en is voor iedereen toegankelijk.[35] Het initiatief tot inschrijving ligt bij de pandnemer/schuldeiser.[36] Art. 2 *Décret n° 2006-1804* bepaalt dat hij het origineel van de constitutieve pandakte of in het geval van een authentieke akte een afschrift daarvan plus twee ingevulde exem-

31 Cabrillac e.a. 2010, nr. 737, p. 552. Aldaar wordt ook opgemerkt dat het spijtig is dat deze algemene regeling niet gepaard is gegaan met de volledige afschaffing van het hiervoor beschreven lappendeken (*régimes spéciaux*). Ook E. Dirix, 'La réforme du droit des sûretés en France', in: *La réforme du droit privé en France: un modèle pour le droit privé européen?*, Bruxelles: Larcier 2009, nr. 7, p. 53 heeft hier kritiek op: volgens hem leidt het tot "un système d'une grande complexité et portant en germe des risques de conflits."

32 Cabrillac e.a. 2010, nr. 744, p. 557.

33 Het betreft het op 1 maart 2007 in werking getreden *Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession*.

34 Art. 1 Décret nº 2006-1804 en Aynès & Crocq 2013, nr. 509, p. 238, die daar ook schrijven dat dit register ook door "*les non commerçants*" gebruikt moet worden.

35 Zie <https://www2.infogreffe.fr/infogreffe/afficherGageSansDepossession.do> of <http://www.cngtc.fr/inscription-fichier-national-gages.php> en art. 9 *Décret n° 2006-1804*.

36 Cabrillac e.a. 2010, nr. 760, p. 569.

plaren van het *bordereau d'inscription* dient af te leveren bij of toe te zenden aan de griffier van de rechtbank van koophandel.[37] De pandakte moet blijkens art. 2336 C. civ. een beschrijving bevatten van de gesecureerde vordering en de hoeveelheid, soort en aard van de in pand gegeven goederen. Art. 2 *Décret n° 2006-1804* schrijft tevens voor welke gegevens het *bordereau* dient te bevatten. Achtereenvolgens zijn dat (1°) een omschrijving van de pandgever en de pandnemer/schuldeiser, (2°) de datum van de pandakte, (3°) gegevens omtrent de gesecureerde vordering, waaronder de hoogte en de opeisbaarheid, (4°) een omschrijving van het verpande goed, (5°) indien van toepassing, informatie over de vennootschap waarvan de aandelen zijn verpand, (6°) de categorie waarin het bezwaarde goed valt[38] en tot slot, (7°) indien van toepassing, vermelding van het overeengekomen recht van de pandgever om de bezwaarde zaken onbezwaard te vervreemden (art. 2342 C. civ.). Art. 7 *Décret n° 2006-1804* bepaalt dat het registerpandrecht zijn werking na vijf jaar na inschrijving verliest, tenzij het wordt hernieuwd.

Ook het vuistloze registerpandrecht op de handelsvoorraad moet worden ingeschreven. Dat geschiedt in een openbaar register dat wordt aangehouden bij de rechtbank van koophandel in het ressort waar de pandgever zetelt of zijn woonplaats heeft (art. L. 527-4 al. 1 C. com.). Een op het registerpandrecht op de handelsvoorraad toegesneden regeling regelt de inschrijving nader.[39] Om zijn registerpandrecht op de handelsvoorraad in te schrijven, overhandigt de schuldeiser het origineel van de constitutieve pandakte of in het geval van een authentieke akte een afschrift daarvan aan de griffier. Ook nu moet de pandakte vergezeld gaan van een in tweevoud opgemaakt *bordereau* (art. R. 527-2 C. com.). Voor de vestiging van een vuistloos registerpandrecht op de handelsvoorraad vereist de wet een pandakte (art. L. 527-1 C. com.). Op straffe van nietigheid moet die akte bevatten: (1°) de aanduiding "acte de gage des stocks", (2°) een omschrijving van partijen, (3°) de vermelding dat de akte onderworpen is aan de artikelen L. 527-1 – 527-11 C. com. (de wettelijke regeling van het registerpandrecht op de handelsvoorraad), (4°) de naam van de verzekeraar die dekking biedt tegen brand en vernietiging, (5°) een omschrijving van de gesecureerde vordering, (6°) een beschrijving die het mogelijk maakt huidige en toekomstige verpande goederen naar de aard, kwaliteit, kwantiteit en waarde te identificeren evenals een aanduiding waar zij bewaard worden en (7°) de duur van de verpanding. Art. R. 527-2 C. com. bepaalt dat het *bordereau* het volgende moet bevatten: (1°) een omschrijving van partijen, (2°) de datum van de pandakte, (3°) gegevens omtrent de gesecureerde vordering, waaronder de hoogte en de opeisbaarheid, (4°) een beschrijving naar de aard, kwaliteit, kwantiteit en waarde van de verpande huidige en toekomstige handelsvoorraad en (5°) de plaats waar de verpande voorraad wordt bewaard.

37 Het *bordereau d'inscription* is in PDF-formaat te vinden op <https://www.infogreffe.fr>.

38 Deze categorieën moeten het zoeken in het register makkelijker maken. Bij besluit van de minister van Justitie zijn zeventien categorieën aangewezen, variërend van *1. Animaux (catégorie 1)* tot *17. Autres (catégorie 17).* Zie *Arrêté du 1er février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, JORF* n°35 *du 10 février 2007*, p. 2565, texte n° 16.

39 Art. R. 527-1 e.v. C. com.

Geconcludeerd kan worden dat het in Frankrijk onmogelijk is een pandrecht op roerende zaken stil te houden. Goederenrechtelijke werking wordt alleen verleend indien het pandrecht gepaard gaat met een vorm van publiciteit. Het met de *réforme* ingevoerde registerpandrecht heeft getracht een algemene regeling voor een vuistloos pand mét behoud van publiciteit in te voeren.

Duits recht

Voor de verpanding van roerende zaken vereist de Duitse wet publiciteit. Voor roerende zaken is het *Publizitätsmittel* gelegen in het *unmittelbar (Fremd)Besitz* (houderschap) van de *Pfandgläubiger* (pandnemer) of een overeengekomen derde.[40] Van belang is dat de zaak zich niet meer in de macht van de pandgever bevindt; keert de zaak terug in zijn macht dan eindigt het pandrecht (§ 1253 Abs. 1 Satz 1 BGB). Het grootste bezwaar tegen het vuistpand is dat de zekerheidsgever zijn zaken niet meer kan gebruiken.[41] Een ander in de literatuur genoemd bezwaar voor de kredietbehoevende is dat het vestigen van een vuistpandrecht zou leiden tot het zienderogen verdwijnen van de voorheen aanwezige (waardevolle) spullen: "der „Ausverkauf" spielt sich gewissermaßen vor aller Augen ab."[42] Ook de kredietverstrekker/pandnemer heeft belang bij vuistloze zekerheden: dit betekent een toename van potentiële zekerheidsobjecten.[43]

De wens om bovenstaande bezwaren van publiciteit te ondervangen door een publiciteitsloze zekerheidsverschaffing mét behoud van de (faillissementsbestendige) verhaalsmogelijkheden die een pandrecht biedt, wordt vervuld door de *Vollrechtsübertragung.*[44] Toegespitst op het in zekerheid geven van roerende zaken is de te gebruiken rechtsvorm de "Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut".[45] Het Duitse equivalent van het Nederlandse vuistloze pandrecht op roerende zaken is dus de zekerheidsoverdracht door middel van een levering *constituto possessorio.*[46] Dit rechtsfiguur is verstoken van publiciteit. Het overdragen van de volledige eigendom van de roe-

40 Baur/Baur & Stürner 2009, § 55 Rn. 6. Zie ook § 1204, § 1205 en § 1253 BGB.

41 Bülow 2012, Rn. 1092, p. 387. Zie ook: Hromadka 1980, p. 91-92, die ook schrijft dat deze behoefte aan bezitloze zekerheden in de 19e eeuw ontstond.

42 Baur/Baur & Stürner 2009, § 56 Rn. 3.

43 Bülow 2012, Rn. 1094, p. 387.

44 Bülow 2012, Rn. 1094, p. 388. De zekerheidsnemer wordt in de literatuur aangemerkt als *Volleigentümer,* maar hij is in de uitoefening van zijn eigendomsrecht ten opzichte van de zekerheidsgever beperkt. Zie Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, § 44, Rn 3, p. 384. Zie ook: Staudinger/Wiegand 2011 Anh zu §§ 929 ff, Rn 236: "Aus der Konzeption der treuhänderischen Rechtsübertragung […] ergibt sich zunächst, dass der *Treuhänder die volle Eigentümerstellung* erlangt. Lehre und Rspr haben jedoch im Laufe der Zeit immer mehr dem *Umstand Rechnung getragen,* dass es sich bei dem *Treuhandeigentum nicht um ein gewöhnliches Eigentum* handelt." Zo kan bijvoorbeeld de zekerheidsnemer/zekerheidseigenaar in het faillissement van de zekerheidsgever het zekerheidsobject *niet* als eigenaar uit de boedel separeren. Zie Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 31. Zie ook uitgebreider hierna hoofdstuk 6.

45 Baur/Baur & Stürner 2009, §56 Rn. 3; Bülow 2012, Rn. 1093, p. 387.

46 Vgl. Brehm/Berger 2014, § 30, Rn. 5, p. 483: "Sicherungseigentum und Vorbehaltseigentum haben die Funktion übernommen, die früher dem Pfandrecht an beweglichen Sachen zugekommen ist." Hierna zal dan ook, behoudens uitzonderingen, weinig aandacht meer worden besteed aan het *Pfandrecht*. Overigens had ook in Nederland de zekerheidsoverdracht werking jegens derden. Zie Van Mierlo 1988, p. 121.

rende zaak heeft tot gevolg dat de zekerheidsnemer/kredietverstrekker ermee kan doen wat hij wil, ook als dit in strijd is met de overeenkomst tussen zekerheidsnemer/kredietverstrekker en zekerheidsgever/kredietnemer. Laatstgenoemde heeft in dergelijke gevallen slechts recht op schadevergoeding. Bülow noemt dit risico "der Preis für die vermiedene Publizität".[47]

2.3.3 Vorderingen

Nederlands recht

Art. 1199 BW (oud) vereiste voor de verpanding van vorderingen een mededeling aan de debiteur. De mededeling vervulde de rol die machtsverschaffing bij het vuistpand speelde.[48] De wetgever wenste dat de pandgever geen macht meer over het pandobject kon uitoefenen en de mededeling verhinderde dat de pandgever zijn vordering kon innen.[49] Aan het vereiste van de mededeling kleefden twee bezwaren: ten eerste kon de schuldenaar uit de hem aangereikte bekendheid met de verpanding "een te vergaande en onjuiste conclusie" trekken en ten tweede bracht het administratieve rompslomp en daaraan verbonden kosten met zich.[50] De zekerheidscessie zonder mededeling kende deze bezwaren niet, omdat art. 668 BW (oud) voor een cessie met derdenwerking geen mededeling aan de debiteur vereiste.[51] Kennelijk vond Meijers zijn hierboven beschreven "algemeen erkend beginsel", inhoudende dat men geen prioriteit door een enkele overeenkomst kan krijgen, niet van toepassing op de verpanding van vorderingen, getuige de in zijn ontwerp opgenomen mogelijkheid vorderingen stil te kunnen verpanden.[52]

In het nieuwe BW is de mogelijkheid vorderingen openbaar te verpanden gehandhaafd. Art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW vereist hiervoor een mededeling aan de debiteur van de vordering. Bij de openbare verpanding van vorderingen is er sprake van het actief informeren van de debiteur. Hij weet in ieder geval dat zijn schuldeiser zelf schuldenaar is van de pandnemer; er moet immers een gesecureerde vordering bestaan. Het huidige BW heeft voorts de mogelijkheid geopend vorderingen stil te verpanden: art. 3:239 lid 1 BW vereist hiervoor een authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Een mededeling aan de debiteur van de vordering kan achterwege worden gela-

47 Bülow 2012, Rn. 1094, p. 388.

48 Diephuis VII, p. 557.

49 Asser/Van Oven, *Zakenrecht, Bijzonder deel II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 91.

50 Reehuis 1987, nr. 315, p. 209. Met name het laatste bezwaar was volgens Reehuis bij omvangrijke financieringen doorslaggevend. Zie ook Van Mierlo 1988, p. 7. De vaste commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer stelde in 1953 al "dat betekening of kennisgeving van de verpanding aan de debiteur van de vordering meestal ongunstige gevolgen zal hebben voor de pandgever. Door in het algemeen de eis van betekening en kennisgeving te stellen doet men tekort aan dit commerciële gezichtspunt, dat in de praktijk veelal zwaar weegt." Zie VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 761-762. Vgl. ook MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 397, waar gesproken wordt over "het belang van geheimhouding van kredietverkrijging en de vraag in hoeverre zekerheidsrechten dienen te worden verschaft, die aan dat belang tegemoet komen [...]."

51 Vgl. A. Jager, *Crediet op vorderingen* (diss. Utrecht), Amsterdam: A.H. Kruyt 1915, p. 22.

52 Art. 3.9.2.2 en art. 3.9.2.3 OM. Meijers maakte zijn opmerking dan ook in het kader van verpanding van roerende zaken.

ten. Ook deze vorm van stille verpanding door middel van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte is publiciteitsloos.[53]

Frans recht

Ook in Frankrijk kunnen vorderingen in pand worden gegeven.[54] Zoals in hoofdstuk 1 al aan de orde kwam wordt dit – anders dan de hierboven beschreven *gage – le nantissement (des créances)* genoemd. Art. 2075 C. civ. vereiste voor de verpanding van een vordering een betekening van de verpanding aan de debiteur van de vordering of een aanname van de verpanding door laatstgenoemde in een authentieke akte. Voor het omzeilen van de mededeling bood een fiduciaire cessie geen soelaas: art. 1690 C. civ. vereist immers voor cessie ook een betekening.[55] Overeenkomstig de hiervoor voor vuistloze verpanding van roerende zaken beschreven ontwikkeling van ad-hocwetgeving is ook in het geval van cessie en verpanding van vorderingen aan de praktijk tegemoet gekomen.[56] Met name bij een grote hoeveelheid vorderingen is het moeten doen van een betekening aan (meerdere) debiteur(en) omslachtig en kostbaar. De *Loi Dailly*[57] maakt het mogelijk *créances professionels* te cederen (*à titre de garantie)* of te verpanden zónder betekening daarvan aan de debiteur. Dit geschiedt door middel van een door de cedent of pandgever ondertekend document waarin de datum en de aard van de beoogde rechtshandeling (cessie of verpanding) wordt vermeld.[58] *La remise du bordereau*, waarop de vorderingen vermeld dienen te worden, is voldoende voor goederenrechtelijke derdenwerking.[59]

Onder het oude recht werd publiciteit geacht aanwezig te zijn in de vorm van betekening aan de debiteur of een aanname van de verpanding door laatstgenoemde in een authentieke akte.[60] Hiermee werd aansluiting gezocht bij roerende zaken: de 'inbezitneming' had tot gevolg dat de debiteur niet meer bevrijdend aan de pandgever kon betalen.[61] Ook had deze vorm van publiciteit de functie de rangorde in geval van meervoudige verpanding vast te stellen: dit kon aan de hand van de datum van de betekening respectievelijk de authentieke akte.[62] Tevens had de betekening een waarschuwingsfunctie, waardoor conflicten voor eventuele beslagleggende schuldeisers, cessionarissen of andere pandhouders konden worden voorkomen.[63] Volgens Legeais was de

53 Van de authentieke of geregistreerde onderhandse pandakte gaat geen enkele publiciteit bij de vestiging uit. Zie hierna hoofdstuk 3, par. 3.2.3.3.

54 Aynès & Crocq 2013, nr. 525, p. 256 en de vele (recente) verwijzingen in voetnoot 9.

55 Wegens problemen omtrent de inningsbevoegdheid genoot de fiduciaire cessie wel de voorkeur boven de verpanding van vorderingen, aldus Zwalve 2006, p. 511.

56 Vgl. Simler & Delebecque 2012, nr. 650, p. 579.

57 *Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises*. Thans is de regeling te vinden in art. L. 313-23 e.v. Code monétaire et financier. Zie daarover Terré, Simler & Lequette 2009, nr. 1302, p. 1288-1292.

58 Cabrillac e.a. 2010, nr. 775, p. 582.

59 Cabrillac e.a. 2010, nr. 775, p. 582.

60 Legeais 1986, nr. 71 e.v., p. 46 e.v. Zie ook E. Dirix & R. de Corte, *Zekerheidsrechten*, Mechelen: Kluwer 2006, nr. 488, p. 329 en de genoemde (Franse) bronnen in voetnoot 62.

61 Cabrillac e.a. 2010, nr. 774, p. 580-581. Zie ook Legeais 1986, nr. 63, p. 40-41.

62 Cabrillac e.a. 2010, nr. 774, p. 581.

63 Simler & Delebecque 2012, nr. 645, p. 575.

doctrine het erover eens dat het op deze wijze realiseren van "possession" een kunstgreep was. Dit leidde volgens hem tot een rem op de ontwikkeling van de verpanding van vorderingen.[64] Ook wordt in de literatuur geschreven dat deze publiciteitsfunctie gebrekkig was, omdat de daartoe in het leven geroepen formaliteit niet in staat was "le public" te waarschuwen voor het bestaan van het pandrecht.[65]

Beziet men de in de *Loi Dailly*[66], de literatuur[67] en de rechtspraak voorgestane soepele benadering voor de totstandkoming van een pandrecht op vorderingen met goederenrechtelijke werking, dan zal het niet verbazen dat het met de *réforme* ingevoerde art. 2361 C. civ. heeft gebroken met de strenge eisen die voor de vestiging van een dergelijk pandrecht golden. De *réforme* heeft voor de verpanding van vorderingen ten opzichte van het oude recht "un régime plus souple et plus complet" meegebracht en is geïnspireerd op de ervaringen die met de *Loi Dailly* zijn opgedaan.[68] Art. 2361 C. civ. bepaalt:

> "Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte."

Men ziet dat de goederenrechtelijke werking al plaatsvindt op het moment van het opmaken van de door art. 2356 C. civ. verplichte pandakte. Een mededeling aan de debiteur van de verpande vordering is voor de vermogensovergang dus niet vereist. Ook een *date certaine* met betrekking tot de akte is niet vereist.[69] De akte hoeft niet authentiek te zijn en in het geval van een onderhandse akte hoeft deze niet geregistreerd te worden.[70] De debiteur kan (vanzelfsprekend) tot het moment van de mededeling van de verpanding bevrijdend betalen aan de pandgever; na de mededeling slechts aan de pandhouder (art. 2362 C. civ.).[71] In plaats van een mededeling biedt de wet ook de mogelijkheid dat de debiteur van de verpande vordering aan de akte meewerkt. Ook het Franse recht kent dus voor vorderingen een stil pandrecht; in de literatuur spreekt men

64 Legeais 2013, nr. 510, p. 348.

65 Cabrillac e.a. 2010, nr. 774, p. 581. Zie ook Julienne 2012, nr. 37, p. 31 en nr. 38, p. 32, die schrijft dat "[…] la notification du nantissement […] n'est pas une véritable mesure de publicité." en "[…] l'idée d'assurer la publicité des opérations sur créances par l'intermédiare du débiteur est très difficile à organiser correctement." Vgl. Ook Julienne 2015, nr. 10.

66 Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1797, p. 505: "Les modifications opérées se sont inspirées du régime simplifié du nantissement Dailly des créances professionnelles."

67 Legeais 1986. Ook ná de invoering van art. 2361 C. civ. is de afschaffing van de verplichte mededeling verdedigd door te wijzen op "les avantages illusoires" van een dergelijke mededeling. Zie Julienne 2012, nr. 37-39, p. 31-33. Op de laatste pagina concludeert hij: "En somme, l'organisation d'une publicité du nantissement reposant sur une obligation de notification ne conférerait qu'une sécurité imparfaite aux tiers, tout en faisant unjustement peser son poids sur le débiteur. Si le système de l'opposabilité immédiate n'est parfaite, il a au moins le mérite de conférer au nantissement un dynamisme et une souplesse remarquables."

68 Cabrillac e.a. 2010, nr. 777, p. 583. Zie ook Aynès & Crocq 2013, nr. 527, p. 259.

69 Cabrillac e.a. 2010, nr. 780, p. 585.

70 Aynès & Crocq 2013, nr. 526, p. 257-258. Zij wijzen wel op de bewijsrechtelijke consequenties (art. 1328 C. civ.). Zie hierover uitgebreider hoofdstuk 3, par. 3.4.5.

71 Zie ook Legeais 2013, nr. 516, p. 351.

van een "sûreté occulte".[72] De redenen dat het Franse pandrecht op een vordering stil is, zijn als volgt. Het rapport dat ten grondslag ligt aan de *réforme*, het rapport Grimaldi uit 2005, vermeldt dat "*[l]'efficacité* implique qu'il prenne effet entre les parties et devienne opposable aux tiers dès la date de l'acte".[73] Volgens de Franse hoogleraar privaatrecht Julienne is de reden dat het pandrecht op vorderingen stil is kort gezegd omdat de praktijk dat vereist. Banken zijn terughoudend publiciteit aan hun zekerheden te verbinden. Ook zijn bepaalde debiteuren terughoudend met het feit dat zij een schuld hebben door publiciteit te openbaren. Voorts kende het Franse zekerhedenrecht ten tijde van de *réforme* al zoveel vormen van stille zekerheid op vorderingen, zoals de hiervoor besproken *cession Dailly*, dat het onrechtvaardig zou zijn het pandrecht op vorderingen aan de eis van publiciteit te onderwerpen.[74]

Voor de verpanding van vorderingen geldt dat met de *réforme* het publiciteitsbeginsel grotendeels is verlaten.[75] Van de verpanding hoeft – in tegenstelling tot het oude recht, dat betekening of aanname per authentieke vereiste – niets naar buiten te blijken. Het pandrecht werkt tegenover derden vanaf het moment dat de akte is opgemaakt (art. 2361 C. civ.). Overigens moet bij dit alles worden opgemerkt dat *le nantissement des créances* in het Franse zekerhedenrecht niet dezelfde centrale rol speelt als de (stille) verpanding van vorderingen in het Nederlandse zekerhedenrecht. In de literatuur wordt opgemerkt dat *le nantissement* steeds meer moet wedijveren met andere vormen van zekerheid, zoals de fiduciaire cessie.[76]

Duits recht

Bij de verpanding van rechten en vorderingen heeft publiciteit zijn grondslag in § 1274 Abs. 1 Satz 2 en §1280 BGB: bij verpanding van een vordering moet mededeling (*Anzeige*) worden gedaan aan de debiteur.[77] Ook in Duitsland wordt de publiciteit bij de verpanding van roerende zaken en vorderingen als problematisch ervaren; men spreekt van "das Geheimhaltungsinteresse des Schuldners".[78] In het geval van verpanding van vorderingen leidt de verplichte mededeling aan de debiteur tot bekendheid van de debi-

72 J. Stoufflet, 'Le nantissement de meubles incorporels', *Dossier JCP,* supplément au nº 20 du 17 mai 2006, nr. 17, p. 21; Cabrillac e.a. 2010, nr. 774, p. 581, voetnoot 11; Julienne 2012, nr. 35, p. 30.

73 Zie p. 13, beschikbaar via http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html. Vgl. ook: Synvet 2005, p. 68: "Le nouveau système se veut plus simple, plus efficace et plus souple." De cursiveringen zijn toegevoegd.

74 Julienne 2012, nr. 40, p. 33 e.v., die daar ook wijst op de mogelijkheid van "les operations requerant souplesse, légèreté et discrétion". Een uitgebreidere schriftelijke toelichting, die ik in de hoofdtekst weergeef, ontving ik van hem persoonlijk.

75 De Franse *cessie* van vorderingen is nog wel openbaar. In de literatuur schrijft men dat het wenselijk is de regelingen van cessie en verpanding van vorderingen op korte termijn te harmoniseren. Zie Terré, Simler & Lequette 2009, nr. 2186, p. 2175. Zie over de herziening van de cessie-regeling ook: Ph. Emy, 'A propos de l'opposabilité d'une cession de créance', *D.* 2008, nº 41, nr. 15-16, p. 2892-2893; Julienne 2012, nr. 36, p. 30 met verwijzingen.

76 Cabrillac e.a. 2010, nr. 774, p. 581, waar ook oplossingen voor de met deze ontwikkeling meegekomen problemen worden aangedragen. Zie daarover uitgebreid: Julienne 2012, p. 245-360. Zie over de fiduciaire cessie: Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck 2013, nr. 1409.3, p. 749-750.

77 Baur/Baur & Stürner 2009, § 62 Rn. 15 en Rn. 17, Bülow 2012, Rn. 633, p. 211-212.

78 Baur/Baur & Stürner 2009, § 56 Rn. 1 en Rn. 3.

teur met het krediet: "Kreditsicherung führt zu Kreditpublizität".[79] Op zich bestaat er geen bezwaar tegen deze bekendmaking van het volkomen gebruikelijke feit *dat* men krediet (*Fremdfinanzierung*) nodig heeft, maar *bij wie* en *hoe* men deze financiering verkrijgt, behoort tot die bedrijfsactiviteiten waarvan kennis bij met name handelspartners de handel belemmert.[80] Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat handelspartners conclusies trekken uit het feit dat men krediet heeft bij een bank die bekend staat als bank voor moeilijke gevallen. Ook het feit dat de debiteur na de mededeling wordt geacht aan een ander dan zijn oorspronkelijke schuldeiser te betalen, zal de debiteur/handelspartner doen twijfelen over bijvoorbeeld het plaatsen van een nieuwe order: waarom kan hij niet gewoon aan de schuldeiser betalen en betaalt de schuldeiser op zijn beurt aan zijn schuldeiser? Kortom: het moeten doen van een mededeling aan de debiteur van de verpande vordering is "[b]esonders peinlich".[81] Een bijkomend argument vóór de zekerheidscessie is dat ook bij een grote hoeveelheid vorderingen de omslachtige mededeling achterwege kan blijven.[82]

De wens om publiciteit te vermijden, wordt, net als bij de *Sicherungsübereignung*, verwezenlijkt door een *Vollrechtsübertragung*.[83] In het geval van vorderingen vindt dit plaats door gebruikmaking van de "Sicherungsabtretung von Forderungen".[84] Dit gaat niet gepaard met publiciteit; het onzichtbare *Vertrag* is voldoende.[85] Het Duitse equivalent van de Nederlandse stille verpanding van vorderingen is dus de (stille) zekerheidscessie. Ook deze rechtsfiguur kent geen publiciteit; § 398 BGB vereist voor een cessie slechts een onzichtbaar *Vertrag* en geen mededeling.[86]

2.3.4 Tussenconclusie

Een vergelijking tussen Nederland, Frankrijk en Duitsland levert het volgende beeld op. Met betrekking tot roerende zaken geldt dat in alle genoemde landen de praktijk al meer dan een eeuw de behoefte heeft aan de mogelijkheid tot verpanding zónder het uit de macht van de pandgever brengen van het pandobject. Subsidiair kan deze vorm van vuistloze verpanding de wens vervullen om de verpanding geheim te houden. Vuistloze zekerheidsverlening wordt in alle onderzochte rechtsstelsels, gesanctioneerd door rechtspraak of wet, geboden. Gevolg van deze vorm van verpanding is – in tegenstelling tot het vuistpand, waarbij het pandobject uit de macht van de pandgever

79 Bülow 2012, Rn. 1092, p. 387.
80 Bülow 2012, Rn. 1092, p. 387.
81 Baur/Baur & Stürner 2009, § 56 Rn. 3.
82 Baur/Baur & Stürner 2009, § 60 Rn. 11.
83 De nuancering bij de *Vollrechtsübertragung* van roerende zaken dat de Duitse zekerheidseigendom niet hetzelfde is als volledige eigendom (zie voetnoot 44) moet ook worden gemaakt bij de zekerheidscessie. Het is bijvoorbeeld onzeker welke rechten de zekerheidscessionaris toekomen in het faillissement van de zekerheidscedent. Zie Soergel/Schreiber (2010) § 398 Rz 19.
84 Baur/Baur & Stürner 2009, § 56 Rn. 3; Bülow 2012, Rn. 1093, p. 387; Staudinger/D. Wiegand 2009, Vorbem zu §§ 1273 ff, Rn. 1, die daar ook schrijft dat de regeling in het BGB voor 'Pfandrecht an Rechten' (§ 1273 e.v. BGB) aanzienlijk vaker wordt gebruikt dan het 'Pfandrecht an beweglichen Sachen', nu de verpanding van aandelen en waardepapieren in de praktijk een grote rol speelt.
85 Baur/Baur & Stürner 2009, § 58 Rn. 19.
86 Zie uitgebreider hierna hoofdstuk 9, par. 9.4.

moet zijn – dat het pandobject zich onder de pandgever blijft bevinden en het voor de buitenwereld niet (direct) zichtbaar is dat de pandgever zijn zaak heeft bezwaard. In Nederland en Duitsland (*Sicherungsübereignung*) blijft de verpanding van roerende zaken verstoken van publiciteit. De Franse wet stelt nadere regels: de vuistloze verpanding van een roerende zaak dient te worden ingeschreven in een openbaar register.

Met betrekking tot vorderingen geldt het volgende. Een vordering is – in tegenstelling tot een roerende zaak – onzichtbaar. Om toch nog iets van de verpanding naar buiten te laten blijken, kiezen de onderzochte rechtsstelsels voor publiciteit in de vorm van een mededeling van de verpanding aan de debiteur van de verpande vordering. Bij de openbare verpanding van vorderingen leidt deze verplichte mededeling tot actief informeren: ten eerste weet men zeker dat de buitenwereld kennis heeft van de verpanding en ten tweede is er ook sprake van kwalitatieve informatie omtrent de financier en de eventuele voorwaarden. Het belangrijkste motief voor het gebruikmaken van een vorm van zekerheidsverschaffing waarbij geen mededeling hoeft te worden gedaan aan de debiteur is primair het voorkomen van (kwalitatieve) informatie die een mededeling aan de debiteur van de vordering met zich brengt. Die informatie kan schadelijke gevolgen voor de (onderneming van de) pandgever hebben. Ook is het niet hoeven doen van een mededeling kostenbesparend, omdat het administratief minder bewerkelijk is. Net als de vuistloze verpanding is ook het stil in zekerheid geven van vorderingen in alle onderzochte rechtsstelsels mogelijk.

2.4 Ontbrekende publiciteit en 'derden'

In de vorige paragraaf is de wens om vuistloos en stil te verpanden uiteengezet en de werking van de in Nederland zeer gangbare vuistloze/stille verpanding beschreven. Dat botst met het in par. 2.2 behandelde in de literatuur gestelde uitgangspunt dat goederenrechtelijke rechten kenbaar moeten zijn voor derden. *A contrario* zou men hieruit kunnen afleiden dat stille, niet-kenbare goederenrechtelijke pandrechten schadelijk zijn voor derden. Om antwoord te geven op de vraag of dat zo is en om de problematiek omtrent afwezige publiciteit te concretiseren, loont het eerst de vraag te stellen *wie* nu precies die 'derden' zijn die baat kunnen hebben bij publiciteit.

Bij het onderzoek naar de vraag of het nieuwe vermogensrecht een registerpand of een vuistloze zekerheid op roerende zaken diende te bevatten, formuleerde de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer vier groepen "derden": (i) de overige, niet door zekerheid beschermde schuldeisers en (ii) de derde-verkrijger van een verpand goed, (iii) de kredietgever/pandnemer en (iv) de kredietbehoevende.[87] Vervolgens onderzocht zij het belang van publiciteit voor die groepen. Voor de (iv) kredietbehoevende werd geoordeeld dat hij geen belang heeft bij publiciteit. Ook werd de vrees geuit dat hij nadeel van publiciteit ondervond, omdat bekendheid bij zijn omgeving van het feit dat hij krediet heeft hem van het krediet zou weerhouden.[88]

87 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 723.

88 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 723. Zie ook Heilbron 2011, p. 47 met relativerende opmerkingen en verwijzingen aldaar.

Bij de eerste categorie derden (de (i) overige, niet door zekerheid beschermde schuldeisers) leidt het aangaan van een verbintenisrechtelijke relatie tot een concurrente aanspraak op de rechthebbende van een goed. Onder deze derden wordt verstaan zij die (mede) op basis van uiterlijk waarneembare publiciteit beslissen of zij een rechtsbetrekking aangaan. Deze publiciteit kan bestaan uit de publiciteit die uitgaat van het zich onder de toekomstig schuldenaar bevinden van de roerende zaak en publiciteit die uitgaat van het registerpand. De gedachte is dan dat deze zaken in voorkomend geval een verhaalsmogelijkheid bieden.[89] Hierna zal deze categorie derden worden aangeduid als (i) de eventuele toekomstige concurrente crediteuren.

Voor (ii) de derde-verkrijger van een verpand goed is het noodzakelijk te weten of hij zijn goed (onbezwaard) verkrijgt.[90] Ook mogelijk is dat hij bij de veronderstelde (onbezwaarde) verkrijging van een goed al dan niet beschermd wordt tegen (voor hem) onzichtbare goederenrechtelijke rechten. Hier nauw mee samen hangt de positie van (iii) de kredietgever/pandhouder; hij kan zijn pandrecht zien vervallen ten gunste van een derde-verkrijger. De kredietgever/pandhouder wil immers "een zo waterdicht mogelijke, boven alle andere schuldeisers bevoorrechte positie".[91] De verwachting is dat bij het onderzoeken van de positie van (ii) de derde-verkrijger van een verpand goed ook het belang van publiciteit voor (iii) de kredietgever/pandhouder aan de oppervlakte zal komen. Daarom zullen zij in dezelfde paragraaf worden onderzocht.

In de volgende twee paragrafen zal achtereenvolgens worden onderzocht wat de gevolgen van ontbrekende publiciteit bij stille zekerheden zijn voor (i) de eventuele toekomstige concurrente crediteuren, en (ii) de derde-verkrijger van een verpand goed. Bij het onderzoeken van deze laatste categorie zal ook het belang van publiciteit voor (iii) de kredietgever/pandhouder worden behandeld.

2.5 Ontbrekende publiciteit en eventuele toekomstige concurrente crediteuren

2.5.1 Inleiding

In deze paragraaf zullen de gevolgen van niet-kenbare zekerheidsrechten voor degenen die voornemens zijn een verbintenisrechtelijke relatie aan te gaan met degene die een verpande zaak onder zich houdt. De vraag rijst of deze eerste categorie derden, te weten de (i) toekomstige concurrente crediteuren, dienen te worden beschermd tegen een schijn van kredietwaardigheid die roerende zaken bij hen kunnen opwekken. Deze categorie derden heeft geen goederenrechtelijk recht op vermogensbestanddelen van de schuldenaar, maar zij kunnen zich wel op al zijn goederen verhalen (art. 3:276 BW). Het gebrek aan publiciteit bij vuistloze verpanding kan een schijn van kredietwaardigheid doen ontstaan. Voordien onbezwaarde goederen zijn na de verpanding niet meer voor verhaal beschikbaar, maar dat is voor de concurrente crediteur niet

89 Vgl. VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 724.
90 Vgl. VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 723.
91 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 723.

zichtbaar. Vaak wordt daarom verondersteld dat de (i) toekomstige concurrente crediteuren baat hebben bij publiciteit. In het verlengde hiervan zijn voorstellen gedaan tot het invoeren van een voor derden kenbaar registerpandrecht.

In deze paragraaf zal alleen publiciteit bij roerende zaken worden onderzocht. Zij zijn immers zichtbaar voor derden. Vorderingen zijn dat niet; zij kunnen geen schijn van kredietwaardigheid creëren. In de literatuur worden de schadelijke gevolgen voor concurrente crediteuren van het publiciteitsloze karakter van het stille pandrecht op vorderingen dan ook niet bekritiseerd.[92]

2.5.2 Het gebrek aan publiciteit en de paritas creditorum

Alvorens de schijn van kredietwaardigheid bij vuistloze verpanding te behandelen, eerst nog het volgende. Het pandrecht maakt een uitzondering op het uitgangspunt dat schuldeisers in een gelijkwaardige positie gelijk worden behandeld (art. 3:277 lid 1 BW).[93] In de literatuur is opgeworpen dat het *publiciteitsloze* karakter van een pandrecht inbreuk maakt op deze regel. Vriesendorp stelt zich op het standpunt dat bij een vuistloos pandrecht op een roerende zaak "allerlei bestanddelen aan de werking van de paritas creditorum worden onttrokken".[94] Hij ondersteunt dat standpunt met het feit dat gehuurde of onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken in de onderlinge verdeling tussen schuldeisers geen rol spelen. Daarbij verwijst hij naar de bekende arresten uit 1929 waarin de Hoge Raad de fiduciaire eigendomsoverdracht niet in strijd achtte met de paritas creditorum, omdat dat voorschrift "slechts betrekking [heeft] op de roerende zaken en onroerende goederen, die den schuldenaar *toebehooren*, en het hier betreft goed dat hem niet meer *toebehoort*."[95]

Een (vuist-, vuistloos, openbaar of stil) pandrecht geeft een schuldeiser voorrang boven andere schuldeisers. Daarmee onttrekt de pandhouder zich aan de *paritas creditorum*. Men kan mijns inziens niet zeggen dat voor een uitzondering op de *paritas creditorum* publiciteit vereist is. De wet kent tal van uitzonderingen op de paritas creditorum zónder publiciteit, zoals het voorrecht wegens kosten van behoud (art. 3:284 BW). Voorrang boven andere schuldeisers hoeft niet per se gepaard te gaan met publiciteit. Het enige mogelijke verband tussen de *paritas creditorum* en publiciteit is dat concurrente crediteuren door publiciteit gewaarschuwd kunnen worden voor het aangaan van een relatie met de schuldenaar. Die mogelijkheid zal in het navolgende worden onderzocht.

92 Het steeds meer naar een *generaal* zekerheidsrecht tenderende karakter wordt wél bekritiseerd, waarover hoofdstuk 5 en 10.

93 De cursiveringen zijn toegevoegd. Zie over deze zogenoemde paritas-creditorumregel hieronder hoofdstuk 10, par. 10.3.2.

94 Vriesendorp & Barendecht 1993, p. 31.

95 HR 21 juni 1929, *NJ* 1929/1096 op p. 1098 rk (*Hakkers/Van Tilburg*). Zie ook HR 25 januari 1929, *NJ* 1929/616 op p. 620 lk m.nt. P. Scholten (*Haan q.q./Heineken's Bierbrouwerij* Maatschappij).

2.5.3 De publiciteitsfunctie van bezit

Onder de debiteur bevindende roerende zaken kan men zien en men zou daaruit kunnen afleiden dat de debiteur eigenaar van die zaken is. Sterker nog: art. 3:109 en 3:119 BW bepalen dat wie een goed houdt, vermoed wordt bezitter te zijn en dat wie bezitter is, wordt vermoed rechthebbende te zijn.[96] Degene die de feitelijke macht uitoefent over een zaak wordt dus geacht rechthebbende te zijn tot het tegendeel wordt bewezen.[97] Men spreekt wel van de 'processuele functie' van het bezit.[98] Het Duitse recht kent eenzelfde regeling. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB bevat een eigendomsvermoeden voor zowel de houder als de bezitter.[99] De rechtvaardiging voor de algemene toepasselijkheid van het in dit artikel geformuleerde vermoeden is de publiciteitsfunctie van bezit alsmede de waarschijnlijkheid dat er op het moment van de bezitsverschaffing daadwerkelijk sprake was van een overeengekomen *Übereignung*.[100] Het blijft hier echter bij een vermoeden, en het is dus mogelijk dat een ander dan de *Besitzer* eigenaar is. Ook in Frankrijk kent het bezit een publiciteitsfunctie.[101] De processuele functie van art. 2276 C. civ. brengt mee dat het ervoor moet worden gehouden dat de bezitter eigenaar is.[102]

De wet hanteert het bewijsvermoeden dat de waarde van een zaak in beginsel toekomt aan degene die de feitelijke macht over die zaak uitoefent.[103] Die vaststelling is met name van belang voor toekomstige concurrente crediteuren; zij moeten in voorkomend geval verhaal kunnen nemen op de zich onder de bezitter bevindende zaak, teneinde voldoening van hun vordering te realiseren. Hieruit blijkt dat bezit en schijn van kredietwaardigheid onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Het bleek voor de regering een belangrijk argument vóór een voor derden kenbaar registerpand:

96 F.H.J. Mijnssen & G.H.A. Schut, *Bezit levering en overdracht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 23 noemen deze processuele functie van het bezit "[d]e oudste functie van het bezit […]: wie de zaak heeft, die 'op de zaak zit', neemt de sterkste positie in als een geschil is gerezen. In de procedure moet de tegenpartij maar bewijzen dat zij een sterker recht heeft."

97 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 358, p. 303.

98 Zie Pitlo/Reehuis 2012, nr. 390, p. 320-321. In HR 3 februari 1922, *NJ* 1922/388 (*Veltman/Kooper*) is deze functie reeds door de Hoge Raad aanvaard.

99 § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB: "Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er Eigentümer der Sache sei."

100 OLG Brandenburg NJW 2003, 1055, 1056, onder verwijzing naar H.-J. Krebs, 'Die Eigentumsvermutung des § 1006 I S. 1 BGB beim Auszug aus einer gemeinschaftlichen Wohnung', *FamRZ* 1994, p. 283. Vgl. ook MüKoBGB/Baldus 2013, § 1006, Rn. 37.

101 F. Zenati-Castaing & Th. Revet, *Les Biens*, 3e edition, Paris: Presses Universitaires de France 2008, nr. 442, p. 647-648 : "La fonction essentielle que remplit la possession est *d'assurer la publicité* des relations qu'ont les personnes avec les biens. Toute personne possédant un bien *apparaît à l'égard des tiers comme propriétaire* de ce bien lui-même ou titulaire d'un droit sur lui, ce qui explique l'importance que revêt la possession en matière de droits réels. (curs. toegevoegd FJLK)". Zie ook Terré & Simler 2010, nr. 152 e.v., p. 153 e.v.

102 Evenzo kent art. 2279 BBW een bewijsfunctie, zie Sagaert 2014, nr. 875, p. 680-681.

103 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 446, waar gesproken wordt van "[...] het uit dit bezit in de meeste gevallen toch terecht voortvloeiende vermoeden van recht [...]."

> "[…] Bezit schept nu eenmaal een schijn van welstand en men moet trachten te voorkomen, dat derden gedupeerd worden door af te gaan op een bezit, dat later blijkt verpand te zijn."[104]

Afdeling 3 van Titel 3.9 van het Ontwerp-Meijers kende dan ook een registerpandrecht. In de uiteindelijke wet is dit registerpand echter geschrapt en zij kent slechts het vuistpand en het vuistloos pand op roerende zaken.[105] Een vuistloos pandrecht op een roerende zaak heeft tot gevolg dat er een schijn van kredietwaardigheid kan worden gecreeerd door de pandgever: de verpande zaak bevindt zich immers nog onder hem. Is een schijn van kredietwaardigheid bezwaarlijk voor de toekomstige concurrente crediteur, die voornemers is een verbintenisrechtelijke relatie aan te gaan met zijn toekomstige schuldenaar tevens pandgever?

2.5.4 Relativering van het doel van de met het registerpand bereikte publiciteit

Het door Meijers voorgestelde registerpand trachtte bescherming te bieden tegen een valse schijn van kredietwaardigheid opgewekt door zich onder de (toekomstige) schuldenaar bevindende (met een vuistloos pandrecht bezwaarde) roerende zaken. Voordat onderzocht zal worden of een schijn van kredietwaardigheid bezwaarlijk is voor de eventuele toekomstige concurrente crediteur en teneinde de uitkomst daarvan in perspectief te kunnen zien, kan eerst nog een nader beeld worden geschetst van deze categorie derden. W. Snijders stelt voorop dat een openbaar register slechts van belang is voor hen die door raadpleging van dat register hebben afgezien van het verstrekken van krediet. Vervolgens heeft hij de in deze paragraaf besproken groep van eventuele toekomstige concurrente crediteuren grondig gerelativeerd. Zo wijst W. Snijders er onder verwijzing naar Beekhuis op dat zij wier vordering is ontstaan vóór een nadien ingeschreven pandrecht en zij wie een vordering uit de wet hebben in plaats van uit een rechtshandeling géén voordeel ondervinden van een registerpand.[106] Vervolgens moet van het restant van de groep van eventuele toekomstige concurrente crediteuren worden afgetrokken de leverancier onder eigendomsvoorbehoud, de retentor en de werknemer, omdat zij al op andere wijze worden beschermd.[107]

Ook spreekt W. Snijders de verwachting uit dat een pandregister weinig geraadpleegd zal worden. Volgens hem zijn de door een registerpand te beschermen crediteuren kleine crediteuren die een klein krediet verstrekken op basis van vertrouwen. Van deze groep crediteuren mag men niet verwachten dat zij telkens het pandregister raadplegen.[108] Dat lijkt mij ook: de leverancier die het telefonisch verzoek krijgt de volgende dag koopwaar te leveren zal waarschijnlijk eerder zijn eigen agenda dan de financiële administratie van zijn toekomstige klant en/of het pandregister bestuderen.

---

104 MO (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 689.

105 Volgens Salomons is het niet invoeren van het registerpandrecht te wijten aan een ongelukkig Kamerdebat, waarin Meijers er onvoldoende in slaagde de Kamerleden te overtuigen van de voordelen van het registerpand. Zie Salomons 2013, p. 324. Zie ook hieronder hoofstuk 8, par. 8.4.

106 Snijders 1970, p. 33 en voetnoot 5.

107 Snijders 1970, p. 33-34.

108 Snijders 1970, p. 34. Zo ook: Heilbron 2011, p. 47. Zie reeds in gelijke zin: VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 724.

Ook zal hij niet voor de leverantie langsgaan om te kijken of er voldoende waardevolle roerende zaken aanwezig zijn om in een eventueel faillissement verhaal op te nemen. Volgens Hamwijk geldt iets dergelijks ook voor grotere crediteuren als zij schrijft dat banken in landen met een pandregister niet pas na raadpleging van dat register krediet verlenen.[109] Publiciteit door middel van een register kan dan ook worden beschouwd als passieve publiciteit, omdat de publiciteit in een openbaar register is beperkt tot de mensen die het register daadwerkelijk raadplegen.[110]

Voorts kan nog worden gewezen op de waarde van de informatie die een registerpand verschaft. De *ingeschreven* gesecureerde vordering is zo hoog als het verschafte krediet op een bepaald moment, maar kan op een later moment feitelijk veel lager zijn.[111] Ook het kenbare feit dat er krediet is verleend, hoeft niet per se te betekenen dat het slecht gaat met de desbetreffende onderneming.[112]

Dit alles neemt niet weg dat het restant van de groep van eventuele toekomstige concurrente crediteuren belang bij een registerpand kan hebben. Het is mogelijk dat zij na raadpleging van het register besluiten geen verbintenisrechtelijke relatie aan te gaan met de (toekomstige) schuldenaar. Dienen zij te worden beschermd tegen een schijn van kredietwaardigheid die van onder de (toekomstige) schuldenaar bevindende roerende zaken uitgaat?

2.5.5 Schijn van kredietwaardigheid en de roep om bescherming

Zoals wij hiervoor zagen, verbindt het recht (voorlopige) conclusies aan het feit dat iemand de feitelijke macht over een zaak uitoefent. Daarom zou men kunnen zeggen dat voor derden een eventuele schijn werkelijkheid is.[113] De vestigingshandeling van art. 3:237 lid 1 BW speelt zich buiten het gezichtsveld van de (toekomstig) concurrente crediteur af: aan het uiterlijk waarneembare bezit verandert er niets. Hetzelfde geldt voor de Duitse zekerheidsoverdracht met een c.p.-levering. Is een onzichtbare verpanding van roerende zaken bezwaarlijker voor derden, meer specifiek toekomstige concurrente crediteuren, dan een zichtbare verpanding? Dienen zij beschermd te worden tegen een schijn van kredietwaardigheid?[114] Sommige rechtsgeleerde schrijvers menen dat het gebrek aan publiciteit bij verpanding en de daarmee gepaard gaande schijn van kredietwaardigheid negatieve gevolgen heeft.

In het Ontwerp-Meijers kon een vuistloos pandrecht op roerende zaken, zoals dat thans in art. 3:237 BW is neergelegd, slechts gevestigd worden op tot een onderneming behorende roerende zaken en voor vorderingen wegens aan de pandgever ten behoeve van zijn bedrijf geleverde goederen of verstrekte geldsommen. Deze keuze om een

109 Hamwijk 2011b, par. 4.1 en voetnoot 28.

110 Baur/Baur & Stürner 2009, § 56 Rn. 3 noemt de publiciteit die uitgaat van het in het openbare Grundbuch ingeschreven Grundpfandrecht “beschränkt” tot “diejenigen, die das Grundbuch wirklich einsehen […].”

111 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 724.

112 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 724.

113 Zoals bijv. A. Pitlo, Prae-advies Broederschap der Notarissen 1953, p. 232 doet.

114 Een verpanding is in zekere zin altijd bezwaarlijk voor derden, omdat zij een (onbezwaard) verhaalsobject verliezen.

dergelijk vuistloos pandrecht slechts binnen een onderneming toe te laten, motiveerde Meijers als volgt:

> "Er bestaat een groot verschil tussen het onderzoek dat iemand, die crediet aan een ondernemer verstrekt, instelt en het onderzoek dat de gewone schuldeisers van iemand instellen. De eerste geeft zijn crediet slechts zelden alleen op een uiterlijke schijn, maar veel meer op grond van inzage van de boeken en van vertrouwelijk verkregen inlichtingen; de schuldeisers van huishoudelijke vorderingen gaan daarentegen wel af op de uiterlijke schijn. Gaat iemand failliet en blijkt zijn inboedel niet in het faillissement te vallen, dan voelen deze schuldeisers zich terecht gedupeerd."[115]

In dit citaat differentieert Meijers naar de hoedanigheid van kredietverstrekkers en kredietnemers. Hij meende dat *financiers van een onderneming* minder snel op het verkeerde been zouden worden gezet door een schijn van kredietwaardigheid, omdat zij alvorens krediet te verstrekken diepgaander onderzoek doen. Schuldeisers van particulieren zouden wel op een schijn van kredietwaardigheid afgaan. Hieruit kunnen twee belangrijke conclusies worden getrokken. Ten eerste onderkende Meijers het gebrek aan belang van het leerstuk schijn van kredietwaardigheid in het geval van kredietverstrekking aan een onderneming. In dat geval laten schuldeisers zich niet leiden door de schijn die zich onder de toekomstige kredietnemer bevindende zaken opwekken, aldus Meijers. Maar waarom bevatte zijn ontwerp dan tóch een (hoger gerangschikt) registerpandrecht? Ik vermoed dat het antwoord op die vraag is dat dogmatische zuiverheid dit verlangt.[116] Ten tweede kan uit het citaat worden opgemaakt dat Meijers wel veel waarde hechtte aan schijn van kredietwaardigheid opgewekt door particulieren. Bij het aangaan van een rechtsbetrekking moet het voor de schuldeiser van een particulier duidelijk zijn welke goederen eventueel verhaal bieden.[117] Die gewenste duidelijkheid kan worden bereikt door publiciteit. Zo rust bijvoorbeeld het vereiste dat een hypotheek dient te worden ingeschreven in de *openbare* registers op deze gedachte:

> "In deze bepalingen, ligt de zekerheid van allen handel betreffende de vaste goederen. […] De geldschieter vindt hierin het middel, om met zekerheid te kunnen berekenen de waarde van zijn onderpand, zonder dat hij zich blootgesteld ziet aan de verwoesting van zijn fortuin, door eenen afstand van zijn onderpand (art. 2172, C.N.), ten behoeve van houders van algemeene en verborgenen hypotheken, van welker bestaan hij onkundig was, met één woord: door deze bepalingen wordt het onmogelijk, dat het bedrog lagen kunne leggen en strikken spanne voor de goede trouw, dat iemand vaste goederen kan vervreemden waarvan hij geen eigenaar is, of aan de geldschieters kan aanbieden eene bedrieglijke zekerheid."[118]

115 TM, *Parl. Gesch. Boek 3,* p. 746-747.

116 Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 567, p. 565.

117 Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 567, p. 565 die schrijven dat Meijers vond dat dit gold voor iedereen die "zaken deed met een ander".

118 Voorduin IV 1838, p. 469-470. Vgl. ook Asser 1838, p. 429: "Het Nederlandsche stelsel is derhalve gebouwd op de *openlijkheid* en de *specialiteit* […]. (curs. origineel)"

Ook in Duitsland wordt een debat gevoerd over de wenselijkheid van meer publiciteit door middel van een register.[119] Deze discussie heeft een vergelijkbaar verloop met die in Nederland gehad, waaronder een niet aangenomen[120] wetsvoorstel tot invoering van het registerpandrecht in 1926[121] en diverse preadviezen.[122] Ook recentelijk gaan er stemmen op om een registerpandrecht in te voeren.[123] Het traditionele schijn-van-kredietwaardigheid-argument kan worden opgevoerd in het geval van het vestigen van een vuistpand: nu de pandgever niet meer de feitelijke macht over de zaak kan uitoefenen, kan hij daarmee ook geen schuldeisers meer misleiden.[124] In de Duitse literatuur wordt tevens gesteld dat de publiciteitsfunctie van bezit door de moderne zekerheidsrechten sterk verwaterd is.[125] Ook wordt gesteld dat de stille zekerheden op roerende zaken en vorderingen de oorzaak zijn van (sterk) verminderde verhaalsmogelijkheden voor concurrente crediteuren in faillissement.[126] Het publiciteitsloze karakter van de *Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut* kan leiden tot versluiering van de daadwerkelijke financiële positie en kan een (onjuiste) schijn van kredietwaardigheid opwekken.[127] De erkenning van de stille zekerheden heeft er volgens Prütting toe geleid dat regelmatig om en nabij 90% van het vermogen bezwaard is. Hiermee wordt het doel van het faillissement – "eine gleichmäßige Befriedigung aller Mitglieder der Gefahrengemeinschaft sicherzustellen" – nauwelijks meer bereikt.[128] Accepteert men de zekerheidsoverdracht, dan dient men volgens Prütting de uitwassen tegen te gaan door invoering van publiciteitsvoorschriften.[129]

2.5.6 Dient men tegen een schijn van kredietwaardigheid te worden beschermd?

Bij de hierboven beschreven voorstelling van zaken dat het voor toekomstige concurrente crediteuren bij het aangaan van en rechtsbetrekking duidelijk moet zijn welke

119 Zie daarvoor uitgebreid met verwijzingen: Staudinger/Wiegand 2011 Anh zu §§ 929 ff, Rn 33-39. Zie ook Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, § 44, Rn. 5, p. 384.

120 Hromadka 1980, p. 93 schrijft dat de banken zich tegen het wetsvoorstel hadden gekeerd.

121 Zie Friedländer, 'Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend Einführung des Registerpfandrechts', *ZBH* 1926, 97.

122 Zie Salinger, 'Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung?', in: *Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages* (1912), Bd. 1, p. 409-501; H. Westermann, 'Gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts?', in: *Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentag* (1955), Bd. II, Teil F en U. Drobnig, *Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten F zum 51. Deutschen Juristentag*, München: C.H. Beck 1976.

123 Kieninger 2008, p. 182-226.

124 Vgl. D. Einsele, 'Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips', *JZ* 1990, 1005, p. 1006 en voetnoot 5.

125 Zie MüKoBGB/Joost 2013, Abs. 1. Besitz (§ 854 - § 872), Vorbemerkung, Rn. 13.

126 Baur/Baur & Stürner 2009, § 56, Rn. 3.

127 Prütting 2014, § 34 Rn. 415, p. 178. Als voorbeeld wordt gegeven dat "dem Besitzer einer reichausgestatteten Villa mit Auto […] vielleicht gern Kredit ohne Sicherheit" wordt verstrekt.

128 Prütting 2014, § 34 Rn. 415, p. 178.

129 Prütting 2014, § 34 Rn. 415, p. 178. Een andere daar aangedragen optie is "für den Bereich des Insolvenzrechts durch verfahrensrechtliche Lösungen".

goederen eventueel verhaal bieden, kunnen in het geval van verpanding van roerende zaken vraagtekens worden geplaatst. Reeds in een zeer vroeg stadium van het wetgevingsproces (1953) formuleerde de vaste Commissie voor privaat- en strafrecht uit de Tweede Kamer het belangrijkste argument waarom men niet te gemakkelijk moet afgaan op een schijn van kredietwaardigheid:

> "Bij de overweging van een en ander heeft de commissie zich allereerst voor ogen gesteld, dat de wetgever nimmer kan voorkomen, dat een schuldenaar zich rijker kan voordoen dan hij in werkelijkheid is. Het blijft altijd mogelijk met behulp van gehuurde of geleende goederen of met voorwerpen in huurkoop een grote staat te voeren. Dit noopt de aanstaande crediteur niet op de schijn af te gaan, doch grote voorzichtigheid te betrachten."[130]

Tegenwoordig is het zeer gebruikelijk dat in een onderneming aanwezige roerende zaken niet (onbezwaard) tot het vermogen van de onderneming behoren.[131] Ook in Duitsland lijkt dit besef gemeengoed.[132] Deze vaststelling leidt tot een principiële vraag: in welke gevallen moet een toekomstige concurrente crediteur tegen een schijn van kredietwaardigheid worden beschermd? Waarom zou een derde wel beschermd moeten worden tegen de schijn die een bezwaring creëert en niet tegen de schijn die een bruikleen creëert? Scheltema schreef reeds in 1938 het volgende hierover:

> "Maar wie b.v. crediet geeft in de overtuiging, dat er voldoende verhaalsmogelijkheid is, en die overtuiging slechts put uit het feit dat de schuldenaar houder van veel zaken is, handelt lichtvaardig; hij behoorde te bedenken, dat ons recht nu eenmaal op velerlei wijze de mogelijkheid van houderschap, afgescheiden van eigendom, schept."[133]

Daarbij komt ook dat het vuistloze pandrecht op roerende zaken nu meer dan twee decennia bestaat. Dat betekent dat crediteuren bekend verondersteld mogen worden

130 VV II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 685. Dit argument blijft in de parlementaire geschiedenis terugkeren om het argument van de Regering, dat bezit een schijn van kredietwaardigheid creëert, te pareren. Zie bijv. MO (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 689: "Een verbod van niet-ingeschreven bezitloos zekerheidsrecht kan dus nooit de zekerheid geven, dat verhaal op iemands bezit mogelijk is."

131 Vgl. Stein 1972-II, p. 326, voetnoot 30; F.M.J. Verstijlen, 'De bewijsovereenkomst in het goederenrecht', *WPNR* 2008/6742, p. 137; Damsteegt-Molier 2009, p. 23-24. Vriesendorp & Barendecht 1993, p. 29-30 en voetnoot 130 wijzen erop dat dit besef al vroeg in de 20e eeuw opkwam. Het eerste concept van dit proefschrift is geprint in een Haagse *copyshop* op een printer met de afmetingen van een gezinsauto. Deze printer was geen eigendom van de *copyshop*, maar van de producent van de printer.

132 Zie bijv. BGH NJW 1980, 2245, p. 2247: "Der Besitz spricht nur noch sehr bedingt für das Eigentum des Besitzers, weil ein Fabrikant häufig Kredit in Anspruch nimmt und nur unter Eigentumsvorbehalt auf Kredit beliefert wird." Ook Kieninger 2008, p. 211 en voetnoot 136 merkt op dat een openbaar geregistreerd registerpand in de literatuur wordt afgewezen met het argument dat iedereen weet "dass praktisch sämtliche Vermögensgegenstände eines Unternehmens verpfändet, zur Sicherheit übertragen, unter Eigentumsvorbehalt erworben oder geleast seien."

133 F.G. Scheltema, 'Het stelsel van roerend goed in het B.W. van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 404. Zie ook de auteurs genoemd bij Van Hoof 2015, p. 315-316.

met de mogelijk van stille verpanding en niet op een schijn van kredietwaardigheid dienen af te gaan.[134]

Meer recent heeft Hamwijk aangetoond dat het enkele feit dat een zaak zich onder een schuldenaar bevindt geen schijn van kredietwaardigheid kan opleveren:

> "Het ís niet de feitelijke macht zelf die de schijn veroorzaakt, maar de debiteur die hem *wekt* doordat hij zich (met die zaak) ten opzichte van pandnemers of kopers voordoet als (onbezwaard) rechthebbende."[135]

Elders heeft Hamwijk betoogd dat kenbaarheid van zekerheidsrechten voor de gemiddelde ongesecureerde concurrente crediteur van geen enkel belang is.[136] Volgens haar gaat een aanstaande crediteur eerder af op zijn vertrouwen in de onderneming van zijn aanstaande debiteur, dan op het feit of al dan niet het vermogen van de onderneming met zekerheidsrechten bezwaard is. Zij staaft dit met "het feit dat in landen waar een register wel operationeel is, de beslissing om krediet te verlenen en onder welke voorwaarden door banken niet pas wordt genomen nadat ze dat register hebben geraadpleegd."[137] Tot slot moet erop gewezen worden dat vuistpand een schijn van kredietwaardigheid niet voorkomt, omdat bij vuistpand de pand*houder* de schijn kan wekken.[138]

Ook in de Duitse literatuur zijn vele plekken te vinden waar men zeer kritisch staat tegenover de gedachte dat verpanding met publiciteit gepaard moet gaan. Volgens Hromadka beschermt het bij een vuistpand vereiste uit de macht brengen de derde-verkrijger en een potentiele tweede pandnemer tegen de verkrijging van een bezwaarde zaak. Nu de bescherming van een derde-verkrijger te goeder trouw hetzelfde doel heeft, is de ratio achter het vuistpand weggevallen.[139] Verder leidt hij uit bronnen van de wetgever van het BGB af dat concurrente crediteuren niet beschermd worden tegen een door bezit opgewekte schijn van kredietwaardigheid, omdat het bezit niet betekent dat de zaken daadwerkelijk tot het vermogen van de schuldenaar toebehoren.[140] Zijn conclusie is dat publiciteit, in het bijzonder in de vorm van bezit, niet vereist is bij goederenrechtelijke zekerheidsrechten op roerende zaken. Daaruit trekt hij weer de conclusie dat de vraag naar de reikwijdte van zekerheidsoverdrachten eerder een vraag van het

134 Vgl. Stein 1972-I, p. 314, lk.

135 Hamwijk 2011a, par. 4.3 (cursivering is origineel). Vgl. ook Hamwijk 2014, p. 40-45. Van Hoof 2015, p. 386 schrijft dat de *afwezigheid* van roerende zaken die de schuldenaar nodig heeft om zijn bedrijf uit te oefenen (voorraden) kan leiden tot het vermoeden dat de schuldenaar in financiële moeilijkheden verkeert en iets zegt over de kans dat de schuldenaar spoedig failliet gaat. Ik zie dit anders. Het is immers goed mogelijk dat de afwezigheid van voorraden duidt op problemen bij de (toe)leverancier van de schuldenaar in plaats van problemen bij de schuldenaar. Het is zelfs denkbaar dat de afwezigheid van voorraden duidt op een *verminderde* kans om failliet te gaan, bijvoorbeeld als de schuldenaar net een enorm grote (spoed)order heeft gekregen en een dag eerder al zijn voorraden heeft verkocht. Ook dit voorbeeld laat zien dat het om vertrouwen in de schuldenaar gaat.

136 Hamwijk 2011b.

137 Hamwijk 2011b, par. 4.1 en voetnoot 28.

138 Hamwijk 2014, p. 44 e.v. met verwijzingen.

139 Hromadka 1980, p. 91 en p. 94.

140 Hromadka 1980, p. 92, voetnoot 57 en p. 94.

faillissementsrecht is dan van het goederenrecht.[141] Volgens Wiegand mag men uit het feit dat de Duitse wetgever expliciet en uitsluitend voor het vuistpand heeft gekozen niet afleiden dat het zekerhedenrecht een algemeen publiciteitsprincipe kent, dat pleit voor een openbaarmaking van zekerheidsrechten. De besluiteloze houding van de wetgever en de inconsistente opzet van het BGB met betrekking tot zekerheden op roerende zaken (enerzijds kiezen voor het vuistpand en anderzijds het expliciet regelen van het eigendomsvoorbehoud en het niet verbieden van de zekerheidsoverdracht) dwingen hem tot deze conclusie.[142] De wetgever ging het niet om publiciteit in de zin van kenbaarheid voor derden, maar om "Klarheit und Eindeutigkeit der Eigentumsverhältnisse". Om daartoe te komen, kan het recht niet zonder duidelijke en controleerbare criteria om dat te bepalen. Als middel om duidelijkheid en eenduidigheid te bereiken, dient dus niet het publiciteitsbeginsel te worden gebruikt. Wel kunnen hiervoor het bepaaldheidsvereiste en aanvullende corrigerende maatregelen aangewezen worden.[143] Volgens Brehm is het dogma dat een vervreemding of bezwaring naar buiten toe kenbaar moet zijn ahistorisch en niet met het BGB te verenigen. Het miskent dat de publiciteitsgedachte gebaseerd is op het idee dat het *Traditionspinzip* qua uitkomst hetzelfde biedt als een register. Hij wijst op de onzichtbare leveringen c.p. (§ 930 BGB) en longa manu (§ 931 BGB).[144] De bewijsbaarheid van de eigendomsoverdracht kan bij deze leveringen *ex post* plaatsvinden.[145] Brehm meent dat in de rechtspolitieke discussie over *Aushöhlung* van de faillissementsboedel en de daarvoor verantwoordelijk gehouden publiciteitsloze zekerheidsrechten de publiciteit een betekenis wordt toegekend die haar nauwelijks kan toekomen.[146] Hij wijst op het feit dat de verpanding van § 1205 Abs. 1 BGB slechts tot afgezwakte publiciteit leidt.[147] Als bijvoorbeeld de toekomstig pandhouder de zaak al onder zich heeft, vereist § 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB slechts *Einigung* over de verpanding. Deze vorm van verpanding is voor derden dus onzichtbaar. Ook over de verpanding van § 1205 Abs. 2 BGB, waarbij het vuistpand wordt gevestigd op een onder een derde bevindende zaak door een mededeling aan deze derde, wordt gesteld dat het "dabei nicht wirklich um allgemeine Publizität gehen kann".[148] Het door

141 Hromadka 1980, p. 94. In gelijke zin (naar Nederlands recht): Zwalve 2006b, p. 357. Hromadka merkt eerder op p. 94 ook nog op dat de invoering van publiciteit bij zekerheidsoverdrachten tot een afname van zekerheidsoverdrachten zal leiden en dat de wenselijkheid hiervan een "kredit-politische Frage" is.

142 Staudinger/Wiegand 2011 Anh zu §§ 929 ff, Rn 42. Het op het eerste gezicht niet zo sterk lijkende argument dat de wetgever de zekerheidsoverdracht niet heeft verboden wint aan kracht als men bedenkt dat de ontwerpers van het BGB de suggestie om de *Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut* te verbieden uitdrukkelijk hebben verworpen. Zie Staudinger/Wiegand 2011 § 930 Rn 2. Zie ook Mugdan 1899 (Bd. 3 Sachenrecht), p. 626 e.v. (bij "Verbot der Uebereignung durch Konstitut zur Sicherung einer Forderung"). Uitgebreid over die keuze van de wetgever: Wieling 2006, p. 305 e.v.; Brinkmann 2011, p. 107-118.

143 Staudinger/Wiegand 2011 Anh zu §§ 929 ff, Rn 43.

144 Brehm/Berger 2014, § 26, Rn. 13, p. 415-416.

145 Quantz 2005, p. 61.

146 Ook Füller 2006, p. 359 schrijft dat de in de literatuur geuite wens om meer publiciteit een rechtspolitieke wens is.

147 Brehm/Berger 2014, § 30, Rn. 9, p. 485.

148 Quantz 2005, p. 84. Quantz trekt de parallel met de verplichte mededeling bij vorderingen (§ 1280 BGB) en schrijft daarover: "Da Forderungen von vornherein nicht für die Dritten ersichtlich sind, kann für Rechte daran kaum Anderes gelten".

§ 1205 BGB vereiste uit de macht van de pandgever brengen van de zaak beschermt primair de pandhouder, omdat de pandgever de zaak daardoor niet nog een keer kan verpanden.[149] Het uit de macht van de pandgever brengen van de zaak beschermt volgens Brehm geen concurrente crediteuren, omdat niet alle roerende zaken waar de schuldenaar de feitelijke macht over uitoefent hem daadwerkelijk toebehoren en voor verhaal vatbaar zijn.[150] Waar het om draait is *of* en *in welke omvang* de wet privaatautonome (rechts)vormgeving die ten doel heeft dat schuldeisers ten nadele van andere schuldeisers een deel van het vermogen van de schuldenaar reserveren erkent.[151] Door strengere publiciteitseisen wordt deze *Grundfrage* niet opgelost.[152] Het is aan de rechtspraak om de grenzen van de privaatautonomie vast te stellen, maar ontbrekende zichtbaarheid wordt door Brehm op zichzelf onvoldoende geacht om zekerheidsoverdrachten niet te erkennen.[153]

2.5.7 Tussenconclusie

In Nederland, Frankrijk en Duitsland kent het bezit een publiciteitsfunctie: degene die de feitelijke macht uitoefent wordt vermoed eigenaar te zijn. Dat betekent dat een verpande zaak die zich in de macht van de pandgever blijft bevinden een schijn van kredietwaardigheid kan opwekken. Om deze reden bevatte het Ontwerp-Meijers dan ook een registerpand. In Duitsland zijn om dezelfde reden ook voorstellen gedaan om een registerpand in te voeren en Frankrijk kent een registerpand voor roerende zaken.

De groep van eventuele toekomstige concurrente crediteuren die belang hebben bij een registerpand is echter beperkt, waarbij met name van belang is dat een registerpand geen bescherming biedt voor hen wier vordering is ontstaan vóór de inschrijving van het pand. Daarnaast is de publiciteit die van een openbaar register uitgaat beperkt tot de mensen die het register daadwerkelijk raadplegen. Ook Meijers zelf was van mening dat professionele kredietverstrekkers niet tegen een schijn van kredietwaardigheid beschermd hoefden te worden. Bij de voorstelling van zaken dat het voor toekomstige concurrente crediteuren bij het aangaan van een rechtsbetrekking duidelijk moet zijn welke goederen eventueel verhaal bieden, kunnen in het geval van verpanding van roerende zaken vraagtekens worden geplaatst. Men kan goederen ook bijvoorbeeld geleend hebben of hiervan op andere wijze houder zijn. Tegenwoordig is het zeer gebruikelijk dat in een onderneming aanwezige roerende zaken niet (onbezwaard) tot het vermogen van de onderneming behoren. Het antwoord op de principiële vraag of een toekomstige concurrente crediteur tegen een schijn van kredietwaardigheid beschermd dient te worden, zou mijns inziens dan ook ontkennend moeten luiden. Hij dient zich bij zijn beslissing om al dan niet een rechtsbetrekking aan te gaan niet te laten leiden door

149 Brehm/Berger 2014, § 30, Rn. 9, p. 485.
150 Brehm/Berger 2014, § 30, Rn. 9, p. 485.
151 Brehm/Berger 2006, § 30, Rn. 9, p. 468.
152 Brehm/Berger 2006, § 30, Rn. 9, p. 469. In Brehm/Berger 2014, § 30, Rn. 13, p. 488 schrijft Brehm slechts nog dat de oplossing van het verdelingsprobleem “nicht in der Abschaffung der Mobiliarsicherheiten bestehen [kann]”.
153 Brehm/Berger 2014, § 30, Rn. 14, p. 488.

een schijn van kredietwaardigheid die van zaken uitgaat. In het verlengde daarvan moet worden aangenomen dat *niet-kenbare/stille* zekerheden niet de oorzaak van de legeboedelproblematiek zijn. De steeds meer naar een generaal zekerheidsrecht tenderende zekerheidspositie van zekerheidsnemers is de oorzaak van de legeboedelproblematiek.[154] Vindt men deze uitkomst onrechtvaardig, dan dient men deze problematiek elders te adresseren.[155] Een oplossing voor de legeboedelproblematiek ligt dus niet in (meer) publiciteit, maar elders.

2.6 Ontbrekende publiciteit en derde-verkrijgers

2.6.1 Inleiding

In deze paragraaf zal worden onderzocht of het ontbreken van publiciteit voor (ii) derde-verkrijgers nadelige gevolgen kent. Nu daarbij ook de situatie waarin de pandhouder zijn pandrecht aan een derde-verkrijger verliest aan de orde zal komen, zal ook het belang van publiciteit voor (iii) de kredietgever/pandhouder worden behandeld.

2.6.2 Publiciteit en derde-verkrijgers

Hamwijk schrijft dat "het belang van publieke informatie moet worden gerelativeerd tot derden die voornemens zijn een goederenrechtelijk recht met betrekking tot zaken van de debiteur te verwerven, doorgaans dus financiers en kopers."[156] In de Franse literatuur is eenzelfde stelling te vinden. Aynès en Crocq achten het voorkomen van schijn met name van belang voor rechtverkrijgenden onder bijzondere titel (derde-verkrijgers of pandhouders):

> "L'idée que la dépossession du constituant et l'entrée en possesion du créancier puissent jouer le rôle d'une formalité de publicité n'est pas nouvelle : aux yeux de tous, notamment de ses ayants cause à titre particulier, le constituant n'apparaît plus comme le propriétaire du bien, ils ne peuvent donc prétendre avoir été victimes d'un apparance trompeuse s'ils traitent avec lui relativement à ce bien. En revanche, l'entrée en possession du dréancier ne permet pas à ses ayants cause de savoir à quel titre il possède ; à cet égard, cést une publicité imparfaite."[157]

In de literatuur wordt publiciteit van groot belang geacht voor derde-verkrijgers. Maar waarom is publiciteit nu van belang voor derde-verkrijgers?

154 Vgl. Brehm/Berger 2014, § 30, Rn. 14, p. 488: "Die Anerkennung der Mobiliarsicherheiten führte zu Folgeproblemen, die aber nur wenig mit ihrem Charakter als besitzlosem Pfandrecht zu tun haben."

155 Vgl. hierboven voetnoot 141. In herinnering zij gebracht dat Wiegand (hierboven voetnoot 143) het bepaaldheidsvereiste en/of aanvullende corrigerende maatregelen oppert. Deze onderwerpen worden hierna behandeld in hoofdstuk 4, 5 en 10.

156 Hamwijk 2011a, par. 5.2.

157 Aynès & Crocq 2013, nr. 509, p. 238.

2.6.3 Publiciteit en derdenbescherming

Met betrekking tot de relatie tussen het absolute karakter van een goederenrechtelijk recht en publiciteit wordt het volgende geconstateerd, gevolgd door een vraag.

> "In het algemeen zal ervan worden uit[ge]gaan dat rechten op goederen bestaan zoals zij openbaar zijn gemaakt. De mogelijkheid bestaat echter dat een recht niet of niet volledig is gepubliceerd. Mogelijk is ook dat een publicatie onjuist is. In een geval waarin dit aan de orde is moet de vraag worden beantwoord of in een dergelijk geval de rechthebbende zijn recht kan staande houden dan wel of degene die is afgegaan op de wijze waarop het recht is gepubliceerd moet worden beschermd."[158]

Ondanks het feit dat het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten ogenschijnlijk dwingt tot publiciteit, bestaan er echter – naast kenbare goederenrechtelijke rechten – ook *niet-kenbare/stille* goederenrechtelijke rechten. Als uitgangspunt heeft te gelden dat rechtsgeldig tot stand gekomen goederenrechtelijke rechten absolute werking hebben.[159] Overeenkomstig deze hoofdregel hebben dus óók *niet-kenbare/stille* goederenrechtelijke rechten in beginsel werking jegens derden. Een uitzondering op deze hoofdregel is de toepasselijkheid van derdenbescherming.

2.6.4 Derdenbescherming in het Burgerlijk Wetboek

De vervreemding of bezwaring door een beschikkingsonbevoegde pandgever heeft in beginsel geen overdracht of vestiging tot gevolg. Voor een uitzondering op deze nemo-plusregel is volgens de Toelichting-Meijers "[…] nodig, dat een rechthebbende *iets heeft gedaan*, wat hem weliswaar niet als tekortkoming behoeft te worden aangerekend, maar wat toch rechtvaardigt, dat hij het risico van een mogelijk verlies van zijn goed ten bate van een verkrijger te goeder trouw moet dragen."[160] De derdeverkrijger wordt vervolgens beschermd, omdat hij "[…] heeft vertrouwd op een schijn, aan de opwekking waarvan degene jegens wie deze schijn ingeroepen wordt niet geheel vreemd is."[161] De oorspronkelijk rechthebbende moet deze schijn dus hebben veroorzaakt of deze moet aan hem toe te rekenen zijn.[162] Dit wordt ook wel het toedoenbeginsel genoemd.[163]

Bij roerende zaken is dat 'doen' evident: het ter reparatie achterlaten van – en dus het door een ander laten uitoefenen van de feitelijke én zichtbare macht over – een dwarsfluit bij een reparateur die tevens in tweedehands dwarsfluiten handelt, rechtvaardigt het verlies van het (onbezwaarde) eigendomsrecht aan een derde-verkrijger of

158 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 376, p. 367; Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006, nr. 302, p. 327.
159 Vgl. art. 3:81 BW; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 22, 25, p. 22-23, 25-26.
160 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 322. De cursivering is toegevoegd.
161 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 348.
162 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 381, p. 372.
163 O.a. Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, nr. 10a, p. 20; Fesevur 2005, p. 173.

derde-vuistpandhouder te goeder trouw.[164] Dit vloeit voort uit Scholtens legitimatieleer: de feitelijke macht wekt de schijn van beschikkingsbevoegdheid en aldus legitimeert de feitelijke macht de vervreemder als beschikkingsbevoegd.[165] In de woorden van Meijers dient het doen te bestaan uit het toevertrouwen van de zaak aan een ander of het plegen van achteloosheid.[166]

Voor derdenbescherming bij een vordering op naam geldt art. 3:88 BW. De derde-verkrijger te goeder trouw wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, indien die onbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, die niet het gevolg was van onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. Het moet dus gaan om een titel- of leveringsgebrek.[167] Voor de toepasselijkheid van art. 3:88 BW bestaat het 'doen' door de rechthebbende blijkens de Toelichting-Meijers uit "het verrichten van een rechtshandeling, die, ofschoon zij niet het beoogde effect heeft, toch op een vervreemding gericht was […]."[168] Art. 3:88 BW tracht de scherpe randjes van de gevolgen voor derden van het causale stelsel van overdracht af te halen; strikte toepassing van het in art. 3:84 lid 1 BW neergelegde stelsel leidt tot het onwenselijke gevolg dat derden te goeder trouw niet worden beschermd tegen de ongeldigheid van een eerdere overdracht.[169] Dat een derde-verkrijger tegen een eerder titelgebrek beschermd wordt, strookt met de gedachte dat art. 3:88 BW bescherming verleent tegen de voor hem nadelige gevolgen van het causale stelsel. In een abstract stelsel van overdracht is de overdracht immers niet afhankelijk van de geldigheid van de titel. Art. 3:88 BW beschermt echter ook tegen een leveringsgebrek en de bescherming gaat zodoende dus 'verder' dan een enkele correctie van het causale stelsel.[170] Anders dan art. 3:86 BW, dat voor roerende zaken een zichtbaar toedoen

164 Vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 325 en voetnoot 3.

165 Zie o.a. Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 366, p. 306; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 402-403, p. 391-393; Salomons 1997, p. 229 e.v. Deze leer is omarmd door de Hoge Raad in HR 5 mei 1950, *NJ* 1950, 1 (*Damhof/Staat*) en opgenomen in het huidige BW, aldus TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 323. Zie over de verhouding tussen publiciteitsfunctie van bezit en derdenbescherming bij roerende zaken naar Frans recht: M. Cabrillac, *La protection du creancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession* (diss. Montpellier), Paris: Recueil Sirey 1954, nr. 3 e.v., p. 25 e.v.

166 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 325. Daar wordt ook opgemerkt dat de eigenaar zijn eigendomsrecht behoudt "als zonder zijn goedvinden en zonder enige achteloosheid de zaak hem uit handen is gekomen […]". Vgl. art. 3:86 lid 3 BW.

167 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 322: "Deze gebreken moeten dus de *titel der levering* of de *daad der levering zelf* betreffen […] (cursiveringen FJLK)."

168 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 322. Deze toelichting is op art. 3.4.2.3 lid 2 OM, dat luidde: "Gebreken van een overdracht, die in iets anders dan de onbevoegdheid van de vervreemder bestaan, werken niet ten nadele van derden-verkrijgers om baat en te goeder trouw en hun rechtverkrijgende." Volgens Reehuis ligt "de rechtvaardiging van bescherming van de derde-verkrijger door art. 3:88 […] daarin dat de (oorspronkelijk) rechthebbende zelf heeft *meegewerkt* aan een eerdere overdracht, waardoor de vervreemder zich als beschikkingsbevoegd kon *voordoen*. (cursiveringen FJLK)". Zie Pitlo/Reehuis 2012, nr. 176, p. 146.

169 Vgl. Zwalve 2006a, p. 308. Zie ook Pitlo/Reehuis 2012, nr. 176, p. 146, waar in voetnoot 33 wordt verwezen naar HR 13 april 2001, *NJ* 2001/326 (*Braat/Ros*), Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 453, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 385, p. 323.

170 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 453, p. 432. Zij vervolgen: "Een realistisch voorbeeld ligt niet voor de hand. Men zou kunnen denken aan een levering waarbij voor de vervreemder een gevol-

vereist, is voor bescherming door art. 3:88 BW is een onzichtbaar toedoen voldoende.[171] De overdracht en bezwaring van vorderingen en vorderingen zelf zijn immers onzichtbaar.[172]

Voor de duidelijkheid zij herhaald dat de verleende bescherming inhoudt dat het door de derde beoogde rechtsgevolg, ondanks dat niet aan alle vereisten van overdracht of vestiging is voldaan, alsnog intreedt.[173]

2.6.5 Waarom kent het goederenrecht al dan niet derdenbescherming toe?

De eigenaar heeft het meest omvattende recht op een zaak en mag ervan uitgaan dat hij eigenaar van zijn zaak blijft.[174] Het verlies van eigendom of een ander goederenrechtelijk recht anders dan door een daartoe strekkende wil is een vergaand rechtsgevolg. Bij derdenbescherming is het mogelijk dat de oorspronkelijk eigenaar zijn eigendom verliest. Waarom wordt een derde al dan niet beschermd tegen (gedeeltelijke) beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder of pandgever?

Verstijlen stelt dat enkel de aanwezigheid van voldoende derdenbescherming een rechtvaardiging is voor het feit dat sommige goederenrechtelijke rechten *niet kenbaar* zijn.[175] Struycken schrijft dat vrijwel alle regels voor derdenbescherming verband houden met publiciteitsgebreken.[176] Inderdaad lijkt het een billijke gedachte dat derden te allen tijde worden beschermd tegen hen niet kenbare, stille goederenrechtelijke rechten.[177] Zijn afwezigheid van publiciteit bij goederenrechtelijke rechten en derdenbescherming twee handen op één buik?

Tegen de zojuist beschreven visie dat derden altijd dienen te worden beschermd tegen hen niet kenbare rechten is wel iets in te brengen. Zo heeft Houwing gewezen op de bescherming van het algemeen belang als doel van derdenbescherming. Een gebrek aan derdenbescherming zou ertoe kunnen leiden dat het handelsverkeer afneemt.[178]

---

machtigde is opgetreden en diens volmacht achteraf niet blijkt te hebben bestaan." Meijers geeft drie handvatten voor de vraag wat leveringsgebreken zijn: (i) wilsgebrek/wilsontbreken zijn mogelijk bij de leveringshandeling, (ii) het ontbreken van de levering is géén leveringsgebrek en (iii) een levering kan gebrekkig zijn, indien de levering niet de vereiste vorm heeft. Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 322-323.

171 Zie hiervoor voetnoot 168.

172 Vgl. B.W.M. Nieskens-Isphording & A.E.M. van der Putt-Lauwers, 'De derdenbescherming in boek 3 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (III)', *WPNR* 1981/5565, p. 320, die de regel zoals die thans in art. 3:88 BW is neergelegd, omschrijven als "[…] het logische sluitstuk van een dynamisch opgevatte bescherming van de derde tegen beschikkingsonbevoegdheid van een rechtsvoorganger die *niet* blijkt uit daartoe relevante verklaringen. (cursivering FJLK)".

173 A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (Mon. BW A1), Deventer: Kluwer 2010, nr. 20, p. 50.

174 Vgl. art. 5:1 BW, art. 14 Gw en art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM.

175 Verstijlen 2004, p. 14. In vergelijkbare zin Hamwijk 2011b, par. 5 bij voetnoot 41.

176 Struycken 2007, p. 793.

177 Vgl. ook VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 723: "De derde-verkrijger […] is ermede gediend, dat hij niet wordt overvallen door aanspraken van anderen op zijn pas verworven goed, die hij redelijkerwijze niet behoefde te kennen."

178 Ph.A.N. Houwing, 'Positief en negatief belang bij rechtsschijn', *WPNR* 1944/3868, p. 38-39. Zie ook Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 1981-I, p. 288: "Bescherming van de derde is in deze gevallen primair een kwestie van bescherming van het rechtsverkeer."

Van Schaick noemt derdenbescherming "het resultaat van een afweging tussen de botsende belangen van de eigenaar en de derde" en wijst erop dat derdenbescherming in het huidige Burgerlijk Wetboek "vooral bescherming van het goederenverkeer" is.[179] In de situatie dat de eigenaar zijn recht verliest aan een derde-verkrijger te goeder trouw wordt het zuiver private belang van de eigenaar "opgeofferd ten voordele van het algemene belang van de rechtszekerheid in het handelsverkeer."[180] Het tegenovergestelde is ook mogelijk: in bepaalde gevallen zou een aanwezigheid van derdenbescherming ertoe kunnen leiden dat bepaalde handelingen afnemen. Het *niet* toekennen van derdenbescherming leidt dan tot een toename van het handelsverkeer. Zo komen Nieskens-Isphoring en Van der Putt-Lauwers, na het analyseren van de derdenbeschermingsregels in het toen nog in te voeren nieuwe vermogensrecht, tot de vaststelling dat een oorspronkelijke rechthebbende zijn recht slechts verliest "wanneer hij als deelnemer aan het rechtsverkeer elk moment in een soortgelijke positie kan komen verkeren, waarin het systeem van het recht hem op zijn beurt in bescherming zal nemen. De verkopers van registergoederen van vandaag, zijn de kopers van morgen, en omgekeerd. Het systeem biedt in beginsel aan ieder gelijke kansen."[181] Het is volgens deze schrijvers mogelijk dat het maatschappelijk evenwicht in plaats van bescherming van de derde-verkrijger, bescherming van de oorspronkelijk rechthebbende vereist.[182] Voorts wijzen zij onder verwijzing naar (rechtsvergelijkende) bronnen op het spanningsveld tussen enerzijds de bescherming van eigendom en anderzijds de bescherming van het handelsverkeer.[183] Indien in voorkomende gevallen het laatstgenoemde belang boven dat van de oorspronkelijk rechthebbende prevaleert, dient deze rechthebbende het onderspit te delven. Tot slot kan Salomons genoemd worden, die uitgebreid op bovengenoemd standpunt van Verstijlen is ingegaan. Hij wijst op Nieskens-Isphoring en Van der Putt-Lauwers, die menen dat "[v]ertrouwen wordt beschermd, wanneer het verkeersbelang dit meebrengt."[184] Daarop voortbouwend stelt Salomons:

> "Of het verkeersbelang toekenning van derdenbescherming of juist het achterwege blijven daarvan vordert, lost zich in mijn ogen doorgaans op in de vraag of daardoor in abstracto (dat wil zeggen: niet door de beslissing in het concrete geval maar door zulks als regel te hanteren) en per saldo voordeel voor de economie kan worden verwacht; aldus staat derden-

179 A.C. Van Schaick, *WPNR* 1994/6158, p. 793 en p. 794. Van Schaick wijst er voorts onder verwijzing naar zijn proefschrift (A.C. Van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 75 e.v. en p. 129 e.v.) op dat het maatschappelijk belang van goederenomloop aan verandering onderhevig is en na de Tweede Wereldoorlog is afgenomen. Dat zou volgens Van Schaick moeten leiden tot een nieuwe afweging van de door hem genoemde belangen, hetgeen zich onder andere uit in de inkleuring van de goede trouw.

180 Sagaert 2014, nr. 877, p. 682 en voetnoot 189.

181 Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 1981-I, p. 288.

182 Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 1981-I, p. 288. Voor de term "maatschappelijk evenwicht" verwijzen zij naar R.J. Polak, "De nieuwe 'hofmann' en het systeem der verbintenissen", *WPNR* 1961/4665, p. 84 onder 2, die daaronder verstaat "[…] de wetmatigheid waarnaar is uit te maken of […] het risico voor het gebleken nadeel bij de ene dan wel bij de andere partij behoort te verblijven of te worden gebracht."

183 Zie Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 1981-I, p. 288-289 en voetnoot 27 en 28.

184 Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, nr. 4, p. 9.

bescherming niet in de sleutel van de billijkheid in concreto, maar in die van het algemeen belang."[185]

Dit betekent dat het mogelijk is dat niet-kenbare/stille goederenrechtelijke rechten absolute werking hebben; ook tegen derden die niets van het bestaan van het recht afweten. Er zijn dus argumenten denkbaar om te verdedigen dat afwezigheid van tot kenbaarheid leidende publiciteit *niet* betekent dat derden automatisch (dienen te) worden beschermd tegen niet-kenbare/stille goederenrechtelijke rechten. Een afremmend effect van derdenbescherming op bepaalde rechtshandelingen, zoals bijvoorbeeld verpanding en dus ook kredietverlening, kan als onwenselijk worden beschouwd. Het verlenen van derdenbescherming is dus niet slechts afhankelijk van het feit of de te beschermen derde niet in staat was op de hoogte te zijn van het goederenrechtelijk recht. Het is ook mogelijk dat de derde, ondanks zijn onmogelijke bekendheid, niet wordt beschermd.

Bij dit alles is het belangrijk het volgende niet uit het oog te verliezen. Op het eerste gezicht lijkt het ontbreken van derdenbescherming bij absoluut werkende niet-kenbare pandrechten zeer onbillijk. Derdenbescherming ziet echter slechts op de goederenrechtelijke gevolgen van een overdracht of bezwaring. Het ontbreken van derdenbescherming laat verbintenisrechtelijke aanspraken onverlet en dat betekent dan ook niet per se dat de derde-verkrijger met (gedeeltelijk) lege handen staat. In beginsel zal de derde-verkrijger zijn schade kunnen verhalen op de beschikkingsonbevoegde vervreemder.[186] Natuurlijk zijn de kansen op volledig verhaal in het faillissement van de vervreemder minimaal, maar desalniettemin komt ook dan de derde-verkrijger een (concurrente) vordering toe.

2.6.6 Derdenbescherming bij verpanding naar positief recht

In de vorige paragraaf hebben we gezien dat partijen, om uiteenlopende redenen, de verpanding van roerende zaken en vorderingen stil willen houden. Het Nederlandse, Duitse en Franse recht komt duidelijk aan deze wens tegemoet. Welke gevolgen heeft een vuistloze of stille verpanding voor derde-verkrijgers? In het kader van dit hoofdstuk zijn drie situaties van belang: (i) verpanding door een volledig beschikkingsonbevoegde, (ii) meervoudige verpanding, en (iii) vervreemding door de eigenaar/rechthebbende van het goed na een eerdere (vuistloze/stille) verpanding. Eerst zullen deze situaties onderzocht worden voor roerende zaken en daarna voor vorderingen. In het geval van vorderingen wordt ook onderzocht of de (iv) debiteur van de vordering 'beschermd' wordt tegen de voor hem niet kenbare, stille verpanding, in de zin dat hij nog bevrijdend kan betalen aan de bij hem (laatst) bekende schuldeiser.

185 Salomons 2007, par. 4, p. 546.
186 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 377, p. 369.

2.6.6.1 Roerende zaken

2.6.6.1.1 (i) Verpanding door een volledig beschikkingsonbevoegde en derdenbescherming

Nederlands recht
De wet bepaalt in art. 3:238 lid 1 BW dat de vuistpandhouder wordt beschermd tegen de volledige beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever, indien de pandhouder te goeder trouw is op het tijdstip waarop het goed in zijn macht of in die van een derde wordt gebracht. Dit geldt ook voor de vuistloze pandhouder die zijn (door de beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever) niet tot stand gekomen vuistloos pandrecht omzet in een vuistpand (art. 3:237 lid 3 BW).

Een vuistloos pandhouder wordt, bij gebreke aan een wettelijke beschermingsregeling, niet beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever.[187]

Frans recht
Een van de kenmerken van het vuistpand is dat het pandobject in de macht van de pandnemer moet worden gebracht. Voor de *réforme* had dat tot gevolg dat in het geval waarin de pandgever géén eigenaar van de zaak was, de pandnemer/schuldeiser werd beschermd door art. 2276 al. 1 C. civ. (toen art. 2279 C. civ.[188]) indien laatstgenoemde te goeder trouw was en dus niet op de hoogte van het feit dat de pandgever geen eigenaar was.[189]

Het in 2006 ingevoerde art. 2335 C. civ. luidt:

> "Le gage de la chose d'autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fût à autrui."

De nieuwe regeling kent een aantal problematische inconsistenties. Ten eerste rijst de vraag of in het geval van vestiging van een pandrecht door een beschikkingsonbevoegde op een zaak van een ander ten behoeve van een pandnemer/schuldeiser te goeder trouw het pandrecht ook nietig is. De tweede zin van art. 2335 C. civ. bepaalt dat in het geval waarin de pandhouder/schuldeiser het feit dat de zaak aan een ander toebehoort negeert dit kan leiden tot schadevergoeding. Maar wat als de pandhouder/schuldeiser dit feit niet kende? Komt de pandhouder/schuldeiser te goeder trouw dan in aanmerking voor de derdenbeschermende werking van art. 2276 C. civ.? In de literatuur acht men het onaannemelijk dat de wetgever de door art. 2276 al. 1 C. civ.

187 Reehuis 1987, nr. 28 en 30, p. 55-56.
188 Het artikel is door *Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile* omgenummerd naar art. 2276 C. civ.; de inhoud is ongewijzigd. Vgl. de opmerking van Asser/Scholten 1974, p. 169 over art. 2014 BW (oud) (het Nederlandse equivalent van het vernummerde art. 2276 C. civ.): "Men stelle zich de bezwaren voor als de regels neergelegd in artikels als 1302, 1401, 2014 B.W. werden vernummerd!"
189 Aynès & Crocq 2013, nr. 504, p. 232-233.

geboden derdenbescherming heeft willen afschaffen.[190] Ten tweede bijt de bepaling de in art. 2333 al. 1 C. civ. geschapen mogelijkheid om een pandrecht op toekomstige – aan anderen toebehorende – zaken te vestigen.[191]

Duits recht
Het Duitse zekerhedenrecht met betrekking tot roerende zaken wordt gedomineerd door de zekerheidsoverdracht met een c.p.-levering. Derhalve wordt hier niet de bezwaring, maar de vervreemding van een roerende zaak behandeld. De te onderzoeken situaties worden toch apart bekeken, omdat in de wet, de rechtspraak en de literatuur voor het geval van meervoudige zekerheidsoverdrachten andere uitkomsten zijn ontwikkeld.

De *Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut* komt niet tot stand, indien de zekerheidsgever/kredietnemer geen eigenaar van de zaak is. § 933 BGB bepaalt dat de verkrijger in dit geval pas de eigendom verkrijgt op het moment dat hij het *unmittelbare Besitz* van de zaak verschaft krijgt en op dat moment te goeder trouw is.[192] Als de zekerheidsnemer de zaak dus niet onder zich laat brengen, verkrijgt hij ook geen recht op de zaak.

2.6.6.1.2 (ii) Meervoudige verpanding en derdenbescherming

Nederlands recht
In het geval van meervoudige verpanding geldt het volgende. Slechts de vuistpandhouder wordt beschermd tegen een anterieur vuistloos pandrecht. Art. 3:238 lid 2 BW schrijft voor dat de vuistpandhouder die op het tijdstip waarop het goed in zijn macht of in die van een derde wordt gebracht een anterieur pandrecht "kent noch behoort te kennen" een pandrecht verkrijgt dat in rang gaat boven het anterieure pandrecht.[193] "Kent noch behoort te kennen" betekent hetzelfde als de "goede trouw" uit lid 1.[194] Art. 3:238 lid 2 BW geldt ook voor de posterieure vuistloze pandhouder die zijn vuistloos pandrecht als eerste omzet in een vuistpand (art. 3:237 lid 3 BW).

Bij meervoudige vuistloze verpanding van roerende zaken geldt de *prior-tempore* regel. Dat betekent dus dat de tweede vuistloos pandhouder niet wordt beschermd tegen het eerste vuistloze pandrecht.[195]

190 Cabrillac e.a. 2010, nr. 743, p. 557, Aynès & Crocq 2013, nr. 504, p. 233, Simler & Delebecque 2012, nr. 613, p. 550 en Legeais 2013, nr. 458, p. 327. Alle genoemde bronnen baseren zich op V. Rép. Min. nº 16491, *RTD civ.* 2008, 159 obs. P. Crocq., waaruit niet expliciet zou blijken dat de derdenbeschermende regel wordt geëcarteerd.

191 Simler & Delebecque 2012, nr. 613, p. 550; Aynès & Crocq 2013, nr. 504, p. 233.

192 Staudinger/Wiegand 2011, Anh zu §§ 929 ff, Rn 273.

193 Van Hoof 2013, par. 1, schrijft dat de wetgever de vuistpandhouder heeft willen beschermen "vanwege het gebrek aan publiciteit van het stille pandrecht." Zoals wij hierboven in par. 2.6.3 hebben gezien, is het ook goed mogelijk dat het hier een bescherming van het handelsverkeer betreft, die toevallig parallel loopt met het belang van de vuistpandhouder.

194 MvT Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1028; Reehuis 1987, nr. 41, p. 62.

195 Reehuis 1987, nr. 273-274, p. 178-179. Voorts kan worden gewezen op de door de wet vereiste verklaring in de pandakte van de pandgever dat hij beschikkingsbevoegd is en of er al dan niet reeds beperkte rechten op het goed rusten (art. 3:237 lid 2), waarover hierna hoofdstuk 3, par. 3.5.

Frans recht
De mogelijkheid tot vuistloze verpanding brengt voor de pandgever ook de mogelijkheid tot meervoudige verpanding en vervreemding met zich.[196] Analoog aan de regeling voor het hypotheekrecht bepaalt art. 2340 C. civ. dat in het geval van meervoudige verpanding de rangorde aan de hand van het tijdstip van de inschrijving van het registerpandrecht wordt gevonden.[197] Hetzelfde geldt voor het vuistloze registerpandrecht op de handelsvoorraad (art. L. 527-4 al. 2 C. com.). De anterieure registerpandhouder behoudt zijn voorrang ten opzichte van de posterieure vuistpandhouder, hetgeen gerechtvaardigd wordt door de publicatie van het registerpandrecht (art. 2340 al. 2 C. civ.).

Duitsland
Nu er gebruik wordt gemaakt van een niet-zichtbare levering (*durch Besitzkonstitut*), is de kredietnemer/zekerheidsgever in staat de zaak nogmaals in eigendom tot zekerheid over te dragen; dit komt in de praktijk dan ook veel voor.[198] In het geval van collisie van meerdere zekerheidsoverdachten geldt het volgende. Na de eerste eigendomsoverdracht tot zekerheid is de kredietnemer/zekerheidsgever niet meer beschikkingsbevoegd en dat betekent dat de tweede zekerheidsnemer slechts de eigendom kan verkrijgen indien hij te goeder trouw is op het moment dat hij de zaak daadwerkelijk in zijn handen krijgt (§ 933 BGB).[199] Volgens de heersende leer wordt de tweede zekerheidsoverdracht c.p. uitgelegd als een *Anschlusssicherung*: een cessie van de verbintenisrechtelijke aanspraak op teruggave van de zaak of overdracht van het *Anwartschaftsrecht*.[200] Ook denkbaar is dat de tweede zekerheidsoverdracht niet *durch Besitzkonstitut*, maar *durch Übergabe* geschiedt. Deze feitelijke machtsverkrijging heeft tot gevolg dat de tweede zekerheidsnemer de eigendom verkrijgt op grond van § 932 BGB.[201]

2.6.6.1.3 (iii) Vervreemding door de eigenaar van de zaak na een eerdere verpanding en derdenbescherming

Nederlands recht
In beginsel geldt ook in geval van vervreemding van vuistloos verpande roerende zaken de nemo-plusregel. Door een posterieure verkrijging van de zaak om baat door

196 Vgl. Legeais 2013, nr. 483, p. 337.
197 Legeais 2013, nr. 480, p. 336.
198 Aldus R. Giesen, 'Mehrfachverfügungen des Sicherungsgebers nach § 930 BGB', *AcP*, Bd. 203 (2003), p. 215. Dit is een voordeel van bezwaring boven vervreemding: het behoud van de eigendom door de zekerheidsgever stelt laatstgenoemde in staat zijn vermogensbestanddelen nogmaals in zekerheid te geven. Een lager gerangschikte pandhouder krijgt dan het eventueel surplus na voldoening van de eerste pandhouder.
199 Staudinger/Wiegand 2011, Anh zu §§ 929 ff, Rn 273, MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Sicherungseigentum – Sicherungsübereignung, Rn. 18 onder verwijzing naar OLG Saarbrücken OLGR 1997, 227, 228; OLG Nürnberg OLGR 2001, 131; OLG Schleswig OLGR 1997, 152, 153.
200 Staudinger/Wiegand 2011, Anh zu §§ 929 ff, Rn 274, MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Sicherungseigentum – Sicherungsübereignung, Rn. 18, beide onder verwijzing naar Derleder BB 1969, 725, 727; Mormann WM 1975, 582.
201 Staudinger/Wiegand 2011, Anh zu §§ 929 ff, Rn 275.

een verkrijger te goeder trouw, dat wil zeggen dat die het pandrecht op het tijdstip dat hij het bezit verschaft kreeg "kende noch behoorde te kennen", gaat het vuistloze pandrecht echter teniet (art. 3:86 lid 2 jo. art. 3:81 lid 2 aanhef en slot BW).[202] De goede trouw van de verkrijger ziet volgens Reehuis niet op het bestaan van het vuistloze pandrecht, maar op de (overeengekomen) beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder om de zaak (onbezwaard) te vervreemden.[203] Wel kan nog gewezen worden op het feit dat onttrekken van een goed aan een pandrecht strafbaar is.[204]

Frans recht

Voor vervreemding ná een anterieure verpanding geldt het volgende. Een belangrijk voordeel van publiciteit door inschrijving is dat het de pandhouder verzekert van zaaksgevolg en dit geldt des te meer nu de wet uitdrukkelijk bepaalt dat rechtsverkrijgers van de pandgever onder bijzondere titel geen beroep kunnen doen op derdenbescherming.[205] Publicatie van het pandrecht rechtvaardigt het verhinderen van een beroep op art. 2276 C. civ. door derden-verkrijgers.[206] Hierbij moet wel aangetekend worden dat de verkrijger van de rechtsverkrijger van de pandgever wel een dergelijk beroep op derdenbescherming kan doen.[207] De bescherming van art. 2337 al. 3 C. civ. is dus niet absoluut.[208] Tot slot kan nog gewezen worden op het feit dat vernieling of verduistering van de zaak door de pandgever strafbaar is gesteld in art. 314-5 C. pén.

Duits recht

Nu bij *Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut* de feitelijke macht van de zaak bij de kredietnemer/zekerheidsgever blijft, heeft laatstgenoemde de mogelijkheid de feitelijke macht aan een derde te verschaffen.[209] § 932 BGB beschermt deze derde-verkrijger tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder indien de verkrijger te goeder trouw is. Deze mogelijkheid, dat een gevolg is van het gebrek aan publiciteit, wordt in de literatuur als belangrijkste bezwaar voor de zekerheidsnemer/kredietverstrekker

202 Art. 3:86 lid 2 BW spreekt van "vervallen" i.p.v. "tenietgaan". Een levering c.p. valt hier niet onder. Zie Pitlo/Reehuis 2012, nr. 233, p. 189.

203 Reehuis 1987, nr. 227, p. 159.

204 Art. 348 lid 1 Sr. In lid 2 wordt het vernielen, beschadigen of onbruikbaar maken van verpande goederen ook strafbaar gesteld. Zie ook HR (strafkamer) 22 april 2014, *NJ* 2015/184 m.nt. A.I.M. van Mierlo.

205 Cabrillac e.a. 2010, nr. 758, p. 568.

206 Boffa 2007, p. 1161; Legeais 2013, nr. 487, p. 338.

207 Cabrillac e.a. 2010, nr. 758, p. 568, Legeais 2013, nr. 487, p. 338.

208 R. Dammann, 'La réforme des sûretés mobilières: une occasion manquée', *D.* 2006 n° 19, p. 1299; Legeais 2013, nr. 487, p. 338.

209 Staudinger/Wiegand 2011, Anh zu §§ 929 ff, Rn 272. De kredietnemer/zekerheidsgever is immers *unmittelbar (Fremd)Besitzer.*

aangemerkt.[210],[211] Ook in Duitsland is het wegnemen van een roerende zaak waar een ander een recht op heeft strafbaar.[212]

2.6.6.2 Vorderingen

2.6.6.2.1 (i) Verpanding door een volledig beschikkingsonbevoegde en derdenbescherming

Nederlands recht

De vestiging van een stil pandrecht op een vordering door een beschikkingsonbevoegde pandgever treft in beginsel geen doel. Art. 3:239 lid 4 BW maakt hierop echter een uitzondering. Het artikel bepaalt dat art. 3:88 slechts geldt voor de pandhouder wiens recht overeenkomstig lid 1 is gevestigd, indien hij te goeder trouw is op het tijdstip van de in lid 3 bedoelde mededeling. Het moet dus gaan om een beschikkingsonbevoegde pandgever, die beschikkingsonbevoegd is door een wegens een titel- of leveringsgebrek niet tot stand gekomen eerdere cessie. Door de strenge eisen die art. 3:88 BW stelt is het praktisch belang van art. 3:239 lid 4 BW zeer klein, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld.[213] A verkoopt en cedeert zijn vordering op X aan B. B verpandt deze vordering vervolgens stil aan C. Nadien vernietigt A de koopovereenkomst tussen hem en B. C heeft nu een stil pandrecht verkregen als hij op het moment dat hij mededeling deed van zijn pandrecht aan X te goeder trouw was.[214]

Frans recht

De verpanding van andermans vordering is niet mogelijk. Het Franse recht kent geen equivalent van art. 3:88 BW inhoudende een bescherming tegen titelgebreken in een eerdere overdracht.[215]

---

210 Bülow 2012, Rn. 1095, p. 388.

211 Ook voor de zekerheidsgever/kredietnemer kleven er nadelen aan de *Sicherungsübereignung*: de eigendom(soverdracht) is niet accessoir aan de vordering van de zekerheidseigenaar op de kredietnemer/zekerheidsgever (BGH NJW 2000, 957, 958; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Sicherungseigentum – Sicherungsübereignung, Rn. 10, Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 10; Bülow 2012, Rn. 1147, p. 413). Bij voldoening van de vordering valt de eigendom zonder nadere afspraken dus niet automatisch terug in het vermogen van de oorspronkelijk eigenaar. Laatstgenoemde moet er dan op vertrouwen dat de kredietverschaffer zijn verbintenisrechtelijke verplichting de eigendom terug over te dragen nakomt. Afhankelijkheid kan wel worden afgesproken, maar dit wordt hoogstzelden overeengekomen en in de georganiseerde kredietverlening in ieder geval nooit uitdrukkelijk overeengekomen, aldus Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, § 44, Rn 17, p. 391.

212 § 289 Abs. 1 StGB. In het tweede lid wordt het verzoek daartoe ook strafbaar gesteld.

213 Aldus Reehuis 1987, nr. 335, p. 216, die daar de vereisten ook uitwerkt en een voorbeeld geeft.

214 Men kan zich overigens afvragen waarom art. 3:88 BW hier niet onverkort geldt. De redenen tot invoering van het vierde lid (zie Bakels 1984 en MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1338) overtuigen mij niet terwijl goede argumenten te bedenken zijn om art. 3:239 lid 4 BW te schrappen.

215 Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, nr. 21d, p. 53.

Duits recht

Nu het Duitse zekerhedenrecht gebruikmaakt van de zekerheidscessie en er dus geen onderscheid is tussen bezwaring en vervreemding, is de uitkomst wat rechtens is in de situaties (i), (ii) en (iii) hetzelfde: in alle gevallen is sprake van meervoudige cessie. Het BGB biedt geen antwoord op de vraag wat rechtens is in het geval van meervoudige cessie.[216] De oplossing ligt in beginsel in het prior-temporebeginsel (*Prioritätsgrundsatz*): de cessionaris die partij is bij het sluiten van het eerste *Abtretungsvertrag* heeft en houdt de door hem verkregen vordering in zijn vermogen.[217],[218] Voor de tweede cessie geldt de regel *nemo dat quod non habet*.[219] De tweede 'cessionaris' heeft slechts een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie (*Schadensersatzanspruch*).[220]

Het gebrek aan een aan art. 3:88 BW gelijk artikel kan als volgt worden verklaard. In het Duitse recht is de overdracht van een vordering een abstracte rechtshandeling.[221] Een abstract stelsel van overdracht beschermt net als art. 3:88 BW tegen een titelgebrek. Naar Duits recht wordt de opeenvolgend cessionaris C dus beschermd in het geval de eerdere cessie tussen A en B nietig is of vernietigd wordt; C heeft de vordering van een bevoegde (B) verkregen.[222] De cessionaris, althans degene die een recht op de vordering wenst te verkrijgen, dient op de (gepretendeerde) cedent te vertrouwen en handelt dus op eigen risico.[223] Dit geldt te meer nu vorderingen onzichtbaar zijn.[224] In de literatuur wordt dit feit aangevoerd ter verklaring waarom het BGB – evenmin als in Nederland – geen algemene derdenbescherming voor de cessionaris te goeder trouw kent. Larenz wijt dit ontbreken aan een "äußeren Kennzeichen der vermeintlich gegeben Berechtigung" waarop de derde-verkrijger kan afgaan, zoals bij het bezit van

216 Bülow 2012, Rn. 1648, p. 619.

217 Bülow 2012, Rn. 1648, p. 620; Staudinger/Busche 2012, Einl zu §§ 398 ff, Rn. 97, verwijzend naar BGH NJW 2005, 1192, 1193; § 398, Rn. 32, verwijzend naar BGHZ 32, 361 = BGH NJW 1960, 1716; MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 28.

218 In beginsel, omdat het Duitse recht wel veel met name in de rechtspraak ontwikkelde uitzonderingen op het *Prioritätsgrundsatz* kent. Als voorbeeld kan worden genoemd dat bij een botsing tussen een *Globalzession* en een *verlängerter Eigentumsvorbehalt* de leverancier in voorkomende gevallen vóór de bank gaat, ondanks het feit dat de bank en kredietnemer eerder een zekerheidscessie zijn overeengekomen. Zie Bülow 2012, Rn. 1649-1749, p. 620-653. Zie ook Verheul 2014. Zie over doorbrekingen van het prioriteitsbeginsel naar Duits recht uitgebreider hieronder hoofdstuk 10, par. 10.6.2.2.

219 Bülow 2012, Rn. 1648, p. 620. In Rn. 1649 e.v. worden uitzonderingen behandeld. Vgl. HR 17 juni 1960, *NJ* 1962/60 (*Helmig-Smit*), waarin de Hoge Raad met betrekking tot de voor 1992 gebruikelijke fiduciaire overdracht overwoog dat "het tot zekerheid dienende recht in zijn geheel aan den schuldeiser wordt overgedragen, zodat voor een nieuwe overdracht, tot zekerheid van een andere schuld, geen plaats is."

220 Meyer & Von Varel 2004, p. 194 (onder III.4).

221 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 26. Naast een *Vertrag* (overeenkomst) is voor een cessie naar Duits recht ook een *Einigung* (goederenrechtelijke overeenkomst) vereist. Zie Hk-BGB/Schulze 2012, § 398 Rn. 2.

222 Füller 2006, p. 171; Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, nr. 23b, p. 63.

223 Larenz 1982, § 34 I, p. 524. De gepretendeerde 'cedent' kan in het geheel geen rechthebbende zijn van de vordering, of de inhoud van het vorderingsrecht kan anders zijn dan de cedent doet voorkomen.

224 Zeranski 2002, p. 341: "Dementsprechend basiert bei der Abtretung einer Forderung das Vertrauen des Zessionars in die Rechtsinhaberschaft des Veräußerers allein auf den Worten des Zedenten."

de vervreemder van een roerende zaak wel het geval is.[225] Zeranski schrijft dat derdenbescherming slechts wordt toegekend bij iets waarneembaars: "[d]as Gesetz verlangt vielmehr etwas „Greifbares", das das Vertrauen des Erwerbers in die Rechtsinhaberschaft des Veräußerers rechtfertigt."[226]

2.6.6.2.2 (ii) Meervoudige verpanding en derdenbescherming

Nederlands recht

In geval van meervoudige stille verpanding van vorderingen wordt de rangorde bepaald aan de hand van de prior-temporeregel.[227] Een tweede stil pandhouder kan niet door art. 3:239 lid 4 BW worden beschermd tegen een eerder gevestigd stil pandrecht, omdat de met de eerste bezwaring gepaard gaande gedeeltelijke beschikkingsonbevoegdheid niet voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht wegens een titel- of leveringsgebrek (art. 3:88 BW).[228] Strikte toepassing van de prior-temporeregel geldt ook indien een later gevestigd stil pandrecht eerder wordt meegedeeld dan een eerder gevestigd niet meegedeeld stil pandrecht. Deze keuze wordt in de parlementaire geschiedenis als volgt verdedigd:

> "Zou men een pandhouder die zijn recht (nog) niet heeft medegedeeld een zwakkere positie geven dan degene die het wel (reeds) heeft gedaan, dan zou dit licht tot ongerechtvaardigde rangwisselingen kunnen leiden en bij het ontstaan van twijfel aan de soliditeit van de pandgever zouden pandhouders zich haasten tot mededeling over te gaan, daardoor wellicht een onnodige déconfiture uitlokkende. Wordt voor de verpanding van vorderingen vestiging zonder mededeling aan de schuldenaar door de praktijk gewenst en daarom in de wet erkend, dan dient voor pandrechten op vorderingen onderling de gewone rangorde naar anciënniteit te gelden, zonder afwijking ten behoeve van dadelijk of althans eerder dan andere bekend geworden of bekend gemaakte verpandingen."[229]

Tegen derdenbescherming voor de posterieure pandnemer voert Salomons aan dat de anterieure stille pandnemer geen toedoen kan worden verweten, omdat hij bij een normale gang van zaken zijn pandrecht volgens de hoofdregel van art. 3:239 lid 3 BW niet eens mag meedelen.[230] De pandhouder die zich aan de wet houdt, mag hiervan dus geen nadeel ondervinden. Ook acht Salomons het niet ondenkbaar dat een strikte toepassing

225 Larenz 1982, § 34 I, p. 524. Larenz schrijft daar ook dat hij de mogelijkheid van de verkrijging van een niet-bestaande vordering op een niet betrokken derde onaanvaardbaar acht, omdat deze derde dan zonder zijn toedoen schuldenaar wordt.

226 Zeranski 2002, p. 341. Daarmee strookt bijvoorbeeld § 405 BGB, welke bepaling de cessionaris die afgaat op een schijn-schuldbekentenis beschermt. Indien de cessionaris te goeder trouw is, verkrijgt hij toch een vordering op de debiteur. Op hem rust wel een onderzoeksplicht zoals bedoeld in § 122 Abs. 2 BGB. Zie MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 405, Rn. 8.

227 Reehuis 1987, nr. 358, p. 226 en nr. 466 e.v., p. 279 e.v.

228 Reehuis 1987, nr. 338, p. 217.

229 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 764. Als ondersteunend argument wordt aangedragen dat dit "in overeenstemming is met wat geldt in de huidige praktijk gebruikelijke figuur van cessie tot zekerheid." Zie ook VVII, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 761-762.

230 Salomons 2007, par. 4, p. 546.

van de prior-temporeregel bij meervoudige stille verpanding van vorderingen vanuit een rechtseconomisch oogpunt de beste is.[231] Het is mogelijk dat het kredietverkeer hiermee het meest is gediend. Dat geldt te meer met de komst van de verzamelpandakte-constructie, waarmee een vordering op de dag van haar ontstaan wordt verpand. Door gebruikmaking van deze constructie *weet* de pandhouder immers zeker dat hij een (gedeeld) eersterangs pandrecht op de vorderingen van de pandgever verkrijgt.[232]

Gewezen kan worden op het volgende. De eerste zin van de in de parlementaire geschiedenis gehanteerde argumentatie is twijfelachtig. Men creëert een bepaalde praktijk inhoudende dat men het doen van een mededeling achterwege laat. Hiermee roept men ook het daarmee gepaard gaande neveneffect in het leven dat men weet dat er financiële problemen zijn als een mededeling van de verpanding wordt gedaan. Vervolgens stelt men dat de mededeling door de pandhouder een "wellicht onnodige déconfiture" tot gevolg heeft, en dat dát zelf geschapen neveneffect ten koste van alles moet worden voorkomen. Wat als de praktijk nu is dat er te allen tijde mededeling van de verpanding van de vorderingen wordt gedaan, omdat de wet dit vereist? Als altijd een mededeling moet worden gedaan, kan men uit een mededeling ook niet meer afleiden dat er financiële problemen zijn en kan men een wellicht onnodige déconfiture voorkomen. Ophof heeft een constructie bedacht waarbij de kredietnemer al zijn vorderingen openbaar aan de bank verpandt door op de factuur aan zijn afnemers de mededeling van de verpanding op te nemen.[233] Aldus hoeft niet pas mededeling te worden gedaan op het moment dat de kredietnemer in moeilijkheden komt en kan men door een dergelijke mededeling dus ook niet de nadruk op die moeilijkheden leggen.[234] Is het mogelijk een mededeling bij de verpanding van vorderingen verplicht te stellen?

De hoge vlucht die factoring heeft genomen, doet vermoeden dat een mededeling in de vorm van een factuur met daarop de mededeling dat een andere partij nu rechthebbende van de vordering is niet per se bezwaarlijk hoeft te zijn. Voor verpanding zou iets soortgelijks kunnen gelden. Een gewone openbare verpanding van een vordering is voor de kredietnemende ondernemer doorgaans onacceptabel, omdat hij de geïnde gelden zelf nodig heeft.[235] Onder het BW (oud) had de mededeling tot gevolg dat de pandgever zijn recht niet meer kon uitoefenen.[236] Art. 3:246 lid 4 BW biedt tegenwoordig echter de mogelijkheid voor de pandgever de vordering te innen, indien hij daarvoor toestemming heeft van de pandhouder. Deze mogelijkheid neemt een bezwaar weg tegen een initiële mededeling in de zin van art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW.

231 Salomons 2007, par. 4, p. 547.

232 Zie ook hierna onder (iii).

233 Ophof 1993, p. 853-857. Zie ook de reactie daarop van A. van Hees en het naschrift in *WPNR* 1994/6147, p. 561-563 respectievelijk p. 563-564. De constructie bedacht hij om te ontkomen aan de problematiek die gepaard ging met de in het nieuwe BW ingevoerde registratie-eis, welke problematiek met HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/447 m.nt. W.M. Kleijn (*Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.*) tot het verleden behoort. Daarom heeft de constructie van Ophof geen wortel in de praktijk hoeven schieten.

234 Ophof 1993, p. 856 rk. en p. 857 lk, waar hij spreekt van een "selffulfilling prophecy". R.D. Vriesendorp, *AA* 1994/7/8, 537 schrijft dat een dergelijke constructie niet zal leiden tot een ontwrichting van het betalingsverkeer.

235 Steneker 2012, nr. 47, p. 119.

236 Diephuis VII, p. 557.

In bovengenoemde constructie kan de factuur naast de mededeling van de verpanding tevens melding maken van de toestemming in de zin van art. 3:246 lid 4 BW.

Toch dient de herinvoering van een verplichte mededeling bij de verpanding van vorderingen, zelfs als dat praktisch mogelijk gemaakt wordt door bovengenoemde of een soortgelijke constructie, mijns inziens te worden verworpen. Ten eerste kan erop worden gewezen dat bovengenoemde constructie niet voorkomt dat de buitenwereld bekend raakt met de moeilijkheden van de pandgever. Op het moment dat een faillissement van de pandgever voorzienbaar is voor de pandhouder, zal laatstgenoemde een tweede 'mededeling' aan de debiteur van de vordering doen inhoudende dat de toestemming van de pandhouder aan de pandgever om de vordering te innen in de zin van art. 3:246 lid 4 BW is ingetrokken en voortaan dus aan de pandhouder moet worden betaald. Deze tweede 'mededeling' is net zo schadelijk als een eerste mededeling bij stille verpanding; uit de tweede 'mededeling' kan men immers net zo goed de conclusie trekken dat de pandgever in moeilijkheden verkeert. Het verplichten van een mededeling bij de verpanding van vorderingen kan dus geen "wellicht onnodige deconfiture" voorkomen.[237] Ten tweede moet de mededeling niet overschat worden. Een mededeling brengt geen bekendheid van 'de hele wereld' met zich.[238] Daarom kan een mededeling als constitutief vereiste voor derdenwerking bij de verpanding van vorderingen achterwege blijven.[239] Het inzetten van een verplichte mededeling is zo bezien een onnodig zwaar middel om de rangorde van pandrechten te kunnen vaststellen. Andere opties, zoals een bewijsstuk, kunnen dat doel ook bereiken en zijn minder bezwaarlijk. Ten derde geldt dat, zoals hierboven is uiteengezet, een van de doelen van het stil pandrecht op vorderingen is het voorkomen van het hoeven doen van een mededeling aan de debiteur van de vordering, omdat het praktisch gezien onmogelijk is alle handelsdebiteuren mee te delen dat de vordering verpand is.[240] Niet alle vorderingen die een kredietverstrekker aan zich laat verpanden zijn handelsvorderingen. Constructies, zoals het plaatsen van de mededeling op de factuur, zullen dan niet afdoende zijn om alle debiteuren een mededeling te doen. Er zullen daarom altijd praktische moeilijkheden blijven om reeds bij de vestiging van een pandrecht een mededeling te doen. In het verlengde daarvan kan erop worden gewezen dat het bezwaarlijk is dat het openbaar pandrecht pas tot stand komt op het moment de mededeling is gedaan. Bij het huidige stille pandrecht komt dit pandrecht tot stand als de (toekomstige) vordering ontstaat. Bij het voorbeeld van een mededeling op de factuur, komt het openbaar pandrecht pas tot stand als de mededeling de debiteur heeft bereikt (art. 3:37 lid 3 BW). Nu pandrechten tijdens

237 Men zou kunnen tegenwerpen dat dit argument mogelijk niet opgaat indien de rekening waarop de vorderingen voldaan moeten worden aangehouden wordt bij de pandhouder. De bank/pandhouder kan zijn (gesecureerde) vorderingen dan verrekenen met het positieve saldo op de bankrekening zonder dat een mededeling nodig is. Zie HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*) en HR 14 februari 2014, *NJ* 2014, 264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*). Het argument gaat echter wel op indien de pandhouder geen bankrekening kan aanbieden. Daarnaast kunnen de in de hoofdtekst geformuleerde andere argumenten nog worden aangevoerd tegen een verplichte mededeling bij verpanding van vorderingen.

238 Zie hierboven par. 2.3.3.

239 Vgl. Julienne 2012, nr. 296, p. 211, voetnoot 2.

240 Zie hierboven par. 2.3.3.

faillissement niet meer tot stand kunnen komen (art. 23/35 lid 2 Fw), zal het verleggen van het tijdstip van het moment van totstandkoming van een pandrecht onacceptabel zijn voor elke pandhouder. Tot slot kan erop gewezen worden dat de kredietverstrekker die een pandrecht op een vordering heeft of wenst te verkrijgen elk contact met de debiteur van de verpande vordering wil vermijden ter voorkoming van uit dat contact voortvloeiende ongewenste neveneffecten. Zo schrijft Vriesendorp bijvoorbeeld dat een mededeling van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering kan leiden tot "ongefundeerde verweren" van die schuldenaar.[241] Breken wijst erop dat de mededeling de debiteur in zijn verrekeningsmogelijkheden beperkt (art. 6:130 lid 2 BW) en dat dientengevolge de mogelijkheid bestaat dat "door schade en schande wijs geworden debiteuren" voortaan de onverpandbaarheid van vorderingen op hen zullen bedingen.[242]

Bovenstaande argumenten dwingen tot de conclusie dat de herinvoering van de verplichte mededeling bij verpanding van vorderingen dient te worden afgewezen. De stille verpanding van vorderingen is een onmisbare rechtsfiguur. Eén van de nadelen van een dergelijk systeem is dat een mededeling van de verpanding aan de debiteur tot een "wellicht onnodige déconfiture" kan leiden. Zoals hierboven is aangetoond, verandert het verplicht stellen van een mededeling niets aan dit neveneffect. Neemt men dit alles in overweging, dan moet mijns inziens de (pragmatische) conclusie zijn zoals die is verwoord in de laatste zin van het citaat uit de Memorie van Antwoord (II): kiest men vóór een stil pandrecht, dan dient men het prior-temporebeginsel strikt te handhaven. Anders gezegd: de consequentie van een systeem waarin is gekozen voor stille cessie en verpanding is dat daarin geen plaats is voor derdenbescherming van posterieure rechtsverkrijgers.

Frans recht

In het geval van meervoudige cessie wordt de rangorde bepaald aan de hand van de betekening: de cessionaris wiens cessie als eerste is betekend aan de debitor cessus verkrijgt de vordering.[243] Dezelfde oplossing, een uitvloeisel van de prior-temporeregel, werd gebruikt bij de verpanding zoals dat gold onder het oude Franse recht (art. 2075 C. civ.).[244] Zoals wij hierboven hebben gezien, is bij de verpanding van vorderingen een betekening niet meer vereist en komt de goederenrechtelijke werking reeds tot stand op moment van het opmaken van de akte, die onderhands mag zijn en niet geregistreerd hoeft te worden (art. 2361 C. civ.). Ook onder het huidige recht geldt de prior-temporeregel: de pandnemer wiens akte als eerste geldig is opgemaakt heeft een eersterangs pandrecht.[245]

241 Vriesendorp 2014, p. 454.

242 K. Breken, 'Stil verpande vorderingen; faillissement van de pandgever', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 234.

243 Terré, Simler & Lequette 2009, nr. 2186, p. 2174; Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, 9e edition, Paris: Litec 2005, nr. 777, p. 483; A. Bénabent, *Les obligations*, 10e edition, Paris: Montchrestien 2005, nr. 729, p. 504.

244 Legeais 1986, nr. 113, p. 72.

245 Julienne 2012, nr. 34, p. 28-29.

Duits recht
In het geval van meervoudige zekerheidsverlening zal vaak sprake zijn van meervoudige zekerheidscessie. Ook nu behoudt de eerste zekerheidsnemer zijn recht en wordt een latere verkrijger niet beschermd.

2.6.6.2.3 (iii) Vervreemding door de rechthebbende van de vordering na een eerdere verpanding en derdenbescherming

Nederlands recht
Als uitvloeisel van het nemo-plusbeginsel kan een cessie van een met een stil pandrecht bezwaarde vordering niet aan de pandnemer worden tegengeworpen. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan de cessionaris beschermd worden door art. 3:36 BW.[246]

Vermeldenswaardig is dat de Vaststellingswet de regel kende dat de cessionaris werd beschermd tegen een anterieur stil pandrecht: tenzij de cessionaris het pandrecht kende of had behoren te kennen, kon het niet tegen hem worden ingeroepen.[247] Deze regel werd in de Memorie van Antwoord (II) gerechtvaardigd door het feit dat de stille verpanding tot gevolg heeft dat de cessionaris geen inlichtingen over deze stille verpanding van de vordering kan inwinnen bij de schuldenaar.[248] Bakels schreef stelliger:

> "In verhouding tot de verkrijger te goeder trouw dient [de vuistloze pandhouder; FJLK] het risico van de immoraliteit van de pandgever te dragen omdat hij de feitelijke beschikking over het bezwaarde goed naar buiten toe aan laatstgenoemde had gelaten en hij met dit ontbreken van publiciteit (mede) zijn eigen belang nastreefde".[249]

Op verzoek van het Nederlands Genootschap voor Bedrijfsjuristen is de regel geschrapt. Volgens het Genootschap maakte de regel het onmogelijk in te schatten welke zekerheid een stil pandrecht op een vordering werkelijk gaf.[250] Het besluit de regel te schrappen en de cessionaris toch niet te beschermen is "in hoofdzaak een rechtspolitieke beslissing", teneinde verschuivingen in het toen geldende financieringspatroon te voorkomen.[251]

Verstijlen heeft zich een tegenstander van de schrapping van deze regel getoond.[252] Hij stelt dat de door het Nederlands Genootschap voor Bedrijfsjuristen aangevoerde bezwaar dat het voor de pandnemer onmogelijk is in te schatten welke zekerheid zijn stil pandrecht op een vordering geeft ook geldt voor de cessionaris, met dien verstande dat laatstgenoemde niet in staat is die onmogelijkheid op te heffen en de pandnemer wel.[253] Ook stelt hij principiëler: "[h]et is onjuist een latere verkrijger of (medegedeeld) pandhouder het risiko te laten dragen van een ouder recht waarvan zij niets konden

246 Reehuis 1987, nr. 446-448, p. 270-271.
247 Art. 3.9.2.3 lid 4, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 755. Deze regel trof men ook reeds aan in art. 3.9.2.3 OM.
248 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 763.
249 Bakels 1984, p. 478-479.
250 MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1336-1337.
251 Reehuis 1987, nr. 448, p. 271 en de verwijzingen aldaar.
252 Verstijlen 2004, p. 16-17 en 19.
253 Verstijlen 2004, p. 16-17.

weten."[254] Hoe kan een (toekomstig) pandnemer of cessionaris op de hoogte geraken van een ouder recht? De Memorie van Antwoord, Bakels en Verstijlen beschouwen – in lijn met de publiciteit nastrevende mededelingseis – de debiteur van de verpande vordering als aangewezen persoon om een verkrijger te informeren over de rechtstoestand van de vordering.[255] Volgens Van der Putt-Lauwers kan een (toekomstig) cessionaris of pandhouder echter slechts zekerheid verkrijgen omtrent de precieze inhoud van het vorderingsrecht indien hij navraag doet bij zowel de rechthebbende als de debiteur.[256] *Zekerheid* zal een (toekomstig) cessionaris of pandhouder echter nooit kunnen krijgen; men zal altijd in mindere of meerdere mate moeten *vertrouwen* op hetgeen de rechthebbende en de debiteur vertellen.[257] Een vordering is immers niets meer dan een tussen partijen overeengekomen afspraak. In gelijke zin oordeelde de Hoge Raad in *Van Schaik q.q./ABN AMRO*, waarin hij overwoog

> "[…] dat een vordering […] ook tegenover derden-verkrijgers wordt bepaald door de rechtsverhouding waaruit zij voortvloeit en derhalve, ingeval die rechtsverhouding een overeenkomst is, door hetgeen partijen bij die overeenkomst over en weer hebben bedongen […]."[258]

In de aard van de vordering ligt dus besloten dat zij – in tegenstelling tot roerende zaken – onzichtbaar is. Een mededeling van cessie of verpanding van de vordering kan dus ook niet tot dezelfde objectieve publiciteit (inclusief bescherming voor de daar op afgaande derde te goeder trouw) leiden waartoe het bezit van een roerende zaak leidt.[259] Dit blijkt ook uit het voorbeeld waarin de tweede cessionaris van de debiteur in strijd met de waarheid – de vordering is eerder gecedeerd – verneemt dat de vordering niet vervreemd of bezwaard is. Deze tweede cessionaris zal géén rechthebbende van deze oorspronkelijke vordering worden, ook niet door art. 3:88 BW.[260] Daarnaast lijkt de debiteur van de verpande vordering ook niet tot antwoorden verplicht.[261] Voorts bestaat de mogelijkheid dat de administratie van de debiteur onbetrouwbaar is of dat hij op

254 Verstijlen 1994, p. 112; Verstijlen 2004, p. 16.

255 Bakels 1984, p. 478; Verstijlen 1994, p. 112.

256 A.E.M. van der Putt-Lauwers, 'Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid', in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 174.

257 Dat vertrouwen wordt eventueel beschermd door art. 3:36 BW. Het gebrek aan absolute zekerheid blijkt ook uit het feit dat de cessionaris en de innende pandhouder hen onbekende verweermiddelen van de schuldenaar moet dulden (art. 6:145 BW) en dat de cessionaris en de innende pandhouder onder omstandigheden verrekening met een hen onbekende tegenvordering van de schuldenaar op de oorspronkelijke schuldeiser moet dulden (art. 6:130 lid 1 en 2 BW).

258 HR 29 januari 1993, *NJ* 1994/171 m.nt. PvS (*Van Schaik q.q./ABN AMRO*), rov. 3.4. Vgl. ook Wibier 2007, p. 57 e.v., p. 111.

259 In dezelfde zin: Rongen 2012, nr. 431, p. 494-496.

260 Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, nr. 4, p. 8 onder III, die schrijven dat in dit voorbeeld art. 6:162 BW tot schadeloosstelling voor de tweede cessionaris moet leiden. Zie ook H.L.E. Verhagen, 'Vorderingen als verhandelbare goederen: derdenbescherming bij vorderingen op naam', in: *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 249; Rongen 2012, nr. 430, p. 490-491. Eventueel komt de tweede cessionaris in uitzonderlijke gevallen wel voor bescherming op grond van art. 3:36 BW in aanmerking, waarmee een tweede vordering op de debiteur ontstaat.

261 Struycken 2009, p. 177.

fraudeleuze wijze samenspant met de pandgever.[262] Uit dit alles blijkt dat het belang van de schuldenaar als 'informatiepunt' niet moet worden overschat.

Daarnaast geldt het volgende. Zoals wij hierboven hebben gezien (par. 2.6.5), is het verlenen van derdenbescherming niet slechts afhankelijk van het feit of de te beschermen derde niet in staat was op de hoogte te zijn van het goederenrechtelijk recht. Ook mogelijk is dat derdenbescherming *niet* wordt verleend ter stimulering van het handelsverkeer. In dit kader schrijven Nieskens-Isphording en Van der Putt-Lauwers dat het systeem van derdenbescherming "in beginsel aan een ieder gelijke kansen [biedt]. Wie zich echter in uitzonderlijke situaties begeeft, zoals bijvoorbeeld de koper van een vordering op naam, dient dit te doen op eigen risico."[263] Molenaar merkt in het kader van de door art. 3:239 lid 4 BW geboden bescherming op dat er "geen handel in vorderingen [bestaat], zoals dat wel het geval is met de handel in roerende zaken."[264] Brengt men deze opmerkingen in verband met de keuze van de wetgever om de cessionaris niet te beschermen, en zodoende verschuivingen in het toen geldende financieringspatroon te voorkomen, dan komt men tot het volgende. Het belang om financieringen te stimuleren, prevaleert boven het belang van het handelsverkeer. Deze keuze is gemaakt op het feit dat financieringen op basis van (handels)vorderingen vele malen vaker voorkomt dan de handel in vorderingen. De rechtsontwikkeling voegt daaraan toe dat de pandnemer met de komst van de verzamelpandakte – waarmee een vordering op de dag van haar ontstaan wordt verpand – bijna zeker weet dat hij een eerste pandrecht heeft. In het geval van een posterieure vervreemding na een anterieure stille verpanding lijkt het goed mogelijk dat het maatschappelijk belang boven dat van het individu gaat. Om deze reden acht ik het achterwege laten van bescherming van de cessionaris tegen een anterieure stille verpanding goed verdedigbaar.

Frans recht

Een posterieure cessie heeft geen gevolgen voor het stille pandrecht van de pandnemer; laatstgenoemde behoudt zijn recht.[265] De cessionaris wordt niet beschermd.

Duits recht

Ook in deze situatie is sprake van een meervoudige cessie, zodat ook hier het antwoord gelijk is: op grond van het prioriteitsbeginsel heeft een posterieure cessie geen gevolgen voor het anterieure zekerheidsrecht. De tweede of verdere cessionaris wordt niet beschermd.

262 Verhagen 1997, p. 175. Verhagen noemt deze argumenten in het kader van de openbare cessie, maar zij gelden evengoed voor openbare verpanding.

263 Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 1981-I, p. 288.

264 Molenaar 1991, nr. 32, p. 64.

265 Julienne 2012, nr. 34, p. 28-29, nr. 45, p. 37, nr. 50, p. 40.

2.6.6.2.4 (iv) 'Bescherming' van de debiteur van de vordering tegen de voor hem niet kenbare, stille verpanding

Nederlands recht
De schuldenaar van de vordering wordt beschermd tegen zijn onbekendheid met de stille verpanding.[266] Pas na mededeling van het pandrecht wordt de pandnemer inningsbevoegd (art. 3:239 lid 3 jo. art. 3:246 lid 1 BW). Tot die tijd kan de debiteur bevrijdend betalen aan de pandgever.

Frans recht
Art. 2362 C. civ. beschermt de schuldenaar van de vordering tegen onbekendheid met een stille verpanding. Het artikel bepaalt dat het pandrecht pas tegen de debiteur tegen te werpen is, indien laatstgenoemde kennis heeft van het pandrecht: ofwel door mededeling aan hem van de verpanding ofwel door medewerking van hem aan de pandakte.[267]

Duits recht
De schuldenaar wordt beschermd tegen een voor hem niet waarneembare stille cessie.[268] Hij kan bevrijdend betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser, indien hij te goeder trouw is (§ 407 BGB). Dit is een nadeel voor de zekerheidsnemer van de stilgehouden zekerheidscessie.[269],[270] *Kenntnis von der Abtretung* heeft tot gevolg dat de debiteur niet meer bevrijdend aan zijn oorspronkelijke schuldeiser kan betalen.[271]

2.6.7 Ontbrekende publiciteit en de bescherming van de (iii) vuistloos pandhouder van roerende zaken

Wat opvalt bij de bestudering van bovenstaande resultaten is dat het ontbreken van publiciteit bij een vuistloos pandrecht op roerende zaken tot gevolg heeft dat dit goederenrechtelijk geachte zekerheidsrecht in bepaalde gevallen zijn absolute werking moet ontberen: de derde-verkrijger te goeder trouw wordt beschermd als hij de feitelijke macht over de zaak verkrijgt. Een andere uitkomst is ondenkbaar, omdat dit het handelsverkeer te veel zou belemmeren.

Dat betekent wel dat de pandhouder die absolute zekerheid wil de aan hem verpande (waardevolle) zaak in vuistpand moet nemen. Een vuistpandrecht op een roerende zaak

266 Vgl. reeds Suijling II, nr. 499, p. 179, die schrijft dat de debiteur van de *stil* gecedeerde vordering (art. 668 BW (oud)) tegen de gevolgen van zijn onbekendheid met de cessie "[…] tot allen prijs beschermd [dient] te worden."
267 Zie ook de bepalingen omtrent betaling in art. 1235-1248 C. civ.
268 Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 34. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2010, nr. 22, p. 408. Voor een beknopt overzicht zie Baur/Baur & Stürner 2009, § 58 Rn. 23.
269 Medicus 2006, nr. 740, p. 282.
270 Ook voor de zekerheidsgever/kredietnemer kleven er nadelen aan de *Sicherungsabtretung*: de zekerheidscessie is niet accessoir aan de vordering van de zekerheidseigenaar op de kredietnemer/zekerheidsgever (zie o.a. MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 107), zodat de hierboven in voetnoot 253 geformuleerde bezwaren ook hier opgaan.
271 Medicus 2006, nr. 741, p. 282.

is waardevoller voor de pandnemer dan een vuistloos pandrecht op een roerende zaak: na verkrijging van de zaak om baat door een verkrijger te goeder trouw die het stil pandrecht op het tijdstip dat hij het bezit verschaft kreeg kende noch behoorde te kennen, gaat het vuistloze pandrecht teniet (art. 3:86 lid 2 jo. art. 3:81 lid 2 aanhef en slot BW). Maar het gebruik van een vuistpand botst weer met het belang van de pandgever om het pandobject te blijven gebruiken. Zo bezien bestaat er een hiaat tussen het vuistpandrecht en het vuistloze pandrecht op roerende zaken, dat bestaat uit een bij derde-verkrijgers kenbaar pandrecht op roerende zaken waarbij de pandgever zijn zaak kan blijven gebruiken.

2.6.8 Tussenconclusie

In deze paragraaf is de relatie tussen publiciteit, het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten en derdenbescherming onderzocht. Derde-verkrijgers kunnen niet op de hoogte zijn van reeds op het door hen verkregen goed rustende niet-kenbare/stille pandrechten. Door de absolute werking van goederenrechtelijke rechten dienen zij in beginsel het recht wél te dulden. Een billijke regel lijkt dat derde-verkrijgers die het niet-kenbare/stille pandrecht niet kenden, worden beschermd en zodoende een onbezwaard goed of een eersterangs pandrecht verkrijgen. Deze opvatting miskent echter dat het doel van derdenbescherming hoofdzakelijk het beschermen van het algemeen belang is. Het is dus mogelijk dat niet-kenbare/stille goederenrechtelijke rechten absolute werking hebben; ook tegen derden die niets van het bestaan van het recht afweten. Het is daarbij belangrijk te beseffen dat een eventueel ontbreken van derdenbescherming verbintenisrechtelijke aanspraken (tot schadevergoeding) onverlet laat.

Het beeld bij derdenbescherming bij roerende zaken is eenduidig: degene die anders dan om niet te goeder trouw de feitelijke macht verwerft van een (gedeeltelijk) beschikkingsonbevoegde verkrijgt de eigendom (onbezwaard). Het belang van de derde-verkrijger loopt hier parallel met het maatschappelijk belang. Het beeld bij derdenbescherming bij vorderingen is opvallend genoeg ook eenduidig: bij stil verpande vorderingen ontbreekt in de meeste gevallen in alle door mij onderzochte rechtsstelsels derdenbescherming voor de verkrijger te goeder trouw. Een cessionaris of tweede pandhouder die niet op de hoogte is van een anterieur gevestigd stil pandrecht verkrijgt een bezwaarde vordering respectievelijk een tweede pandrecht. Het belang van de derde-verkrijger dient te wijken voor het maatschappelijk belang, te weten het stimuleren van kredietverlening. Kiest men voor een systeem van stille verpanding van vorderingen, dan dient men ook het prior-temporebeginsel strikt te handhaven.

Roerende zaken kunnen een schijn van beschikkingsbevoegdheid opwekken, die in alle onderzochte rechtsstelsels wordt beschermd. Het ontbreken van publiciteit bij een vuistloos pandrecht op roerende zaken heeft, indien er sprake is van een derde-verkrijger te goeder trouw die de feitelijke macht over de zaak verkrijgt, tot gevolg dat het zijn absolute werking mist. Er bestaat een hiaat tussen het vuistpandrecht en het vuistloze pandrecht op roerende zaken, dat bestaat uit een bij derden(-verkrijgers) kenbaar pandrecht op roerende zaken waarbij de pandgever zijn zaak kan blijven gebruiken.

2.7 Conclusie

In de inleiding van dit hoofdstuk is de vraag opgeworpen of het in 1992 ingevoerde vuistloos en stil pandrecht een onaanvaardbare inbreuk maken op het publiciteitsbeginsel. Absolute rechten werken jegens derden. Het uitgangspunt lijkt te zijn dat goederenrechtelijke rechten, zoals het pandrecht, om die reden voor derden kenbaar moeten zijn. Zij kunnen dan hun gedragingen op het pandrecht afstemmen.

Er bestaat een grote behoefte aan vuistloze en stille zekerheden op roerende zaken en vorderingen. Wat betreft roerende zaken laat deze behoefte zich op zijn beurt verklaren door de behoefte aan een alternatief voor het vuistpand. Een dergelijk alternatief stelt de pandgever in staat het pandobject niet alleen liquide te maken, maar ook onder zich te houden en aldus te blijven gebruiken. Een subsidiair doel is het voorkomen van de met het vuistpand gepaard gaande kosten voor vervoer en bewaring van de verpande zaken. Thans komt het Burgerlijk Wetboek aan deze doelen tegemoet door de mogelijkheid tot vuistloze verpanding van roerende zaken (art. 3:237 lid 1 BW). Hiervan blijkt niets naar buiten. Hetzelfde geldt voor de Duitse zekerheidsoverdracht (*Sicherungsübereignung*). Het Franse recht komt aan de hierboven geformuleerde doelen van vuistloze verpanding van roerende zaken tegemoet door een zekerheidsrecht aan te bieden dat wél gepaard gaat met publiciteit: het registerpand (*gage sans dépossession*) dient te worden ingeschreven in een openbaar te raadplegen register (2337-2338 C. civ.). Stille verpanding van vorderingen voorkomt dat er een mededeling van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering dient plaats te vinden. Een dergelijke mededeling kan om twee redenen bezwaarlijk zijn: ten eerste weet de schuldenaar dát er een gesecureerde vordering is en hij kan daaruit verkeerde conclusies trekken. Ten tweede is het doen van een mededeling administratief bewerkelijk. Het Nederlandse (art. 3:239 lid 1 BW) en het Duitse (*Sicherungsabtretung*; § 398 BGB) recht bieden de mogelijkheid vorderingen stil in zekerheid te geven. Dat geldt ook voor het publiciteitslievende Frankrijk; zelfs daar is men in 2006 tot het inzicht gekomen dat een verplichte mededeling aan de debiteur van de vordering geen bekendheid van 'de wereld' met de verpanding meebrengt. Daarom is ook daar nu het uitgangspunt in de wet dat vorderingen stil verpand worden (art. 2361 C. civ.).

Ter beantwoording van de vraag of vuistloze en stille verpanding in strijd is met het uitgangspunt dat goederenrechtelijke rechten voor derden kenbaar moeten zijn, is getracht te bepalen wie die derden nu eigenlijk zijn. Daarbij is voor dit onderzoek een onderscheid gemaakt tussen (i) derden die een verbintenisrechtelijke relatie aangaan met de (veronderstelde) rechthebbende van een goed (ook wel eventuele toekomstige crediteuren) en (ii) derden die tevens een goederenrechtelijke relatie aangaan met de (veronderstelde) rechthebbende van een goed (ook wel derde-verkrijgers).

De wet veronderstelt dat de bezitter van een goed als eigenaar te gelden heeft en vuistloos verpande zaken kunnen daarom een schijn van kredietwaardigheid opwekken. Zaken kunnen echter ook bijvoorbeeld geleend, gehuurd of geleast zijn, hetgeen thans in het geval van ondernemingen steeds vaker het geval is. Voor (i) derden die een verbintenisrechtelijke relatie aangaan met de (veronderstelde) rechthebbende van een goed geldt daarom dat zij *niet* dienen te worden beschermd tegen een schijn van kredietwaardigheid die uitgaat van een zaak die zich onder zijn schuldenaar bevindt. Bij zijn beslissing om al dan niet een rechtsbetrekking aan te gaan met iemand dient hij

zich te laten leiden door andere omstandigheden dan een schijn van kredietwaardigheid die van zaken uitgaat. Daarnaast kan het feit dat zekerheden stil zijn niet worden aangewezen als oorzaak van de legeboedelproblematiek en dient een oplossing daarvan niet te worden gezocht in meer publiciteit.

Het gevolg van ontbrekende publiciteit voor (ii) derde-verkrijgers is dat het vermijden van publiciteit in bepaalde gevallen tot gevolg heeft dat het goederenrechtelijk geachte zekerheidsrecht zijn absolute werking ontbeert. De derde-verkrijger te goeder trouw van een roerende zaak die om niet heeft verkregen, wordt beschermd tegen voor hem onzichtbare zekerheidsrechten op de zaak. Het risico voor het stilhouden ligt bij de pandhouder: hij verliest zijn recht aan een derde te goeder trouw. Het belang van de derde-verkrijger loopt hier parallel met het maatschappelijk belang (soepel handelsverkeer). De derde-verkrijger (te goeder trouw) van een vordering wordt niet beschermd tegen hem niet kenbare zekerheidsrechten. Anders dan een roerende zaak is een vordering niet zichtbaar. Zodoende dient men te vertrouwen op de (veronderstelde) cedent/pandgever. Daarbij komt dat het belang van de derde-verkrijger hier niet parallel loopt met het maatschappelijk belang (kredietverlening); het belang van het individu dient hier voor het maatschappelijk belang te wijken. De consequentie van een systeem van stille verpanding is dat men het prior-temporebeginsel strikt dient te handhaven.

Bij zaken dient dus tegen een schijn van kredietwaardigheid niet beschermd te worden en tegen een schijn van beschikkingsbevoegdheid wel. De eindconclusie is dat publiciteit achterwege kan blijven bij de verpanding van roerende zaken en vorderingen. Mijns inziens maakt het systeem van vuistloze en stille verpanding zoals dat thans in het Burgerlijk Wetboek is neergelegd geen onaanvaardbare inbreuk op het goederenrechtelijke publiciteitsbeginsel. Wel moet worden gewezen op het hiaat tussen het vuistpandrecht op roerende zaken en het vuistloze pandrecht op roerende zaken, dat bestaat uit een bij derden(-verkrijgers) kenbaar pandrecht op roerende zaken waarbij de pandgever zijn zaak kan blijven gebruiken.

3 De pandakte

3.1 Inleiding

De invoering van het vuistloze pandrecht op roerende zaken (art. 3:237 BW) is gepaard gegaan met de introductie van een nieuw vestigingsvereiste bij verpanding: de authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Voor het stil pandrecht op een vorderingen op naam (art. 3:239 BW) geldt hetzelfde. Voor alle vormen van pand, behalve het vuistpand, vereist de wet een akte. Dwingt het vuistloze en stille karakter van het respectieve pandrecht tot het voorschrijven van een pandakte?

De praktijk bedient zich voor de vestiging van een vuistloos en stil pandrecht vrijwel uitsluitend van de onderhandse akte.[1] Dit wordt als praktischer ervaren en is minder kostbaar dan een eveneens door de wet toegestane authentieke akte, omdat men geen notaris hoeft in te schakelen.[2] Een ander belangrijk voordeel van de onderhandse pandakte boven de notariële akte is dat de notariële partij-akte door zowel pandgever als pandnemer dient te worden ondertekend (art. 37 lid 2 Wna), terwijl de onderhandse pandakte slechts door de pandgever dient te worden ondertekend.[3] Weliswaar biedt slechts de grosse van een notariële pandakte een executoriale titel tot afgifte van de verpande zaak (art. 430 Rv), ook de tot parate executie bevoegde pandhouder met een onderhandse akte kan op eenvoudige wijze – met verlof van de voorzieningenrechter (art. 496 lid 2 Rv) – afgifte bewerkstelligen.[4] Om deze redenen behandelt dit hoofdstuk met name de onderhandse pandakte, tenzij expliciet anders wordt vermeld.

1 D. Roffel, 'Pandhoudersbeslag', *BER* 2014/1, p. 13 en p. 18; Van den Bosch & Beekhoven van den Boezem 2009, p. 87.

2 Vgl. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Credit claims* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 13.

3 Vgl. Rongen 2012, nr. 539, p. 649.

4 MvT Inv., *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3,5 en 6)*, p. 216.

3.2 Het aktevereiste bij verpanding

3.2.1 Algemeen

Een akte is een ondertekend geschrift, bestemd om tot bewijs te dienen, aldus art. 157 Rv. Hieruit kan men drie vereisten destilleren: het moet gaan om een (i) *geschrift* dat (ii) *ondertekend* is en (iii) dit ondertekende geschrift moet bestemd zijn om tot *bewijs* te dienen. Wat betreft het laatste vereiste kan gewezen worden op art. 152 lid 1 Rv: bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt.

3.2.2 Waarom vereist de wet een pandakte?

De zoektocht ter beantwoording van de vraag waarom de wet een pandakte vereist, begint in het Ontwerp-Meijers. Voor de vuistloze verpanding van roerende zaken vereiste het Ontwerp-Meijers een authentieke of onderhandse, geregistreerde akte.[5] Een verklaring voor de invoering van dit aktevereiste – ten opzichte van het oude recht, waar voor de zekerheidsoverdracht met een c.p.-levering geen akte benodigd was – geeft Meijers niet.[6] Voor de verpanding van vorderingen kende het Ontwerp twee varianten. Voor "op naam staande bedrijfsvorderingen" kon een stil pandrecht ten behoeve van de kredietverstrekker ter securering van reeds verstrekte of in de toekomst te verstrekken krediet ("bedrijfscrediet") worden gevestigd door een "enkele pandovereenkomst".[7] Overige partijen, pandnemers niet zijnde bedrijfskredietverstekkers en pandgevers niet zijnde een onderneming/bedrijf, dus zijnde particulieren, waren aangewezen op de openbare verpanding van vorderingen. Hiervoor zijn de (cessie)akte én mededeling aan de debiteur wel constitutief vereist.[8] Ter rechtvaardiging van het feit dat kredietverstrekkers wel (en overige partijen dus geen) gebruik konden maken van een *stil* pandrecht op (bedrijfs)vorderingen voerde Meijers in zijn toelichting aan dat "deze credieten productief zijn".[9] Een rechtvaardiging voor het feit dat – in tegenstelling tot het oude recht, dat voor de zekerheidscessie een akte vereiste (art. 668 BW (oud)) – voor de vestiging slechts een "enkele pandovereenkomst" vereist is, geeft Meijers in zijn toelichting niet. Bij de parlementaire behandeling is kritiek geleverd op deze enkele pandovereenkomst.

Uit het in 1953 neergelegde voorlopig verslag van de vaste Commissie voor privaat- en strafrecht uit de Tweede Kamer blijkt dat zij reeds in een vroeg stadium te kennen

5 OM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 746. Blijkens het vierde lid stond dit pandrecht achter in rang bij vuistpand, registerpand en bevoorrechte vorderingen.

6 Een verklaring is dat enkel een akte zich laat registreren. Het blijft echter onduidelijk waarom dan per se de pandakte voor dit pandrecht geregistreerd moet worden en de pandakte voor het hierna te behandelen stil pandrecht op vorderingen niet. Over registratie zie hieronder hoofdstuk 3, par. 3.4.

7 OM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 761.

8 Art. 3.4.2.7 lid 2 jo. art. 3.9.2.1 lid 1 OM, thans art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW. De route van art. 3:94 lid 3 BW was niet mogelijk, omdat de stille cessie pas in 2004 (Stb. 2004, 314) is ingevoerd.

9 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 761. Deze rechtvaardiging speelde volgens Meijers niet bij cessie, omdat "een overdracht tot zekerheid als pandrecht wordt behandeld." Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 392 voetnoot 2.

gaf dat zij van mening was dat cessie en verpanding van vorderingen op overeenkomstige wijze diende te worden geregeld.[10] Enige tijd later deed zij de suggestie voor de stille verpanding van vorderingen "voor alle duidelijkheid" een pandakte te vereisen, omdat dit "reeds, enigszins verborgen" uit (het huidige) art. 3:236 lid 2 BW jo. art. 3:94 lid 1 BW zou volgen.[11] De minister heeft deze suggestie vervolgens overgenomen:

> "Dat evenals bij cessie voor deze wijze van vestiging van pandrecht een akte is vereist, is overeenkomstig de suggestie van de Commissie uitdrukkelijk in het nieuwe eerste lid van het artikel bepaald. De oorspronkelijke wending dat dit pandrecht door de enkele pandovereenkomst zou worden gevestigd, scheen immers niet slechts het in het oorspronkelijke tweede lid van art. 3.4.2.7 gestelde vereiste van 'mededeling' uit te sluiten *doch bovendien aan het in het eerste lid van dat artikel gestelde vereiste van een akte te derogeren*."[12]

Het argument voor het gelijkschakelen van cessie en verpanding wat betreft de akte is een wetssystematisch argument.[13] Voor consistentie valt met het ook op de schakelbepaling van art. 3:98 BW tot op zekere hoogte wat te zeggen: de vestiging van een pandrecht is in wezen de levering van een pandrecht en het gezag van dit artikel wordt ondermijnd indien er te veel uitzonderingen in *leges speciales* worden gemaakt. Openbare cessie en stille verpanding zijn uiteindelijk echter twee verschillende rechtsfiguren en het lijkt erop dat de Commissie appels met peren vergelijkt. Hoe het ook zij: het aktevereiste bij cessie is dus van overeenkomstige toepassing bij de stille verpanding van vorderingen.[14] Voor de vraag welke functie de pandakte heeft en welk doel zij dient, dienen wij dus te rade te gaan bij de cessieakte.

10 VV II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 755. Eerder had Meijers al gezegd dat verpanding en overdracht van vorderingen in zijn ontwerp gelijk zijn geregeld. Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 392. Ook instemmend: C.Æ. Uniken Venema, 'Overdracht en verpanding van rechten in het Ontwerp-B.W. (VI, slot)', *WPNR* 1958/4534, p. 181. Bij de inwerkingtreding van het BW in 1992 waren de openbare cessie (art. 3:94 lid 1 BW) en de stille verpanding van vorderingen (art. 3:239 lid 1 BW) overigens *niet* op overeenkomstige wijze geregeld.

11 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 762.

12 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 763. De cursivering is toegevoegd.

13 Het door de minister gebezigde ondersteunende argument dat het in het oorspronkelijke tweede lid van art. 3.4.2.7 gestelde vereiste van 'mededeling' wordt uitgesloten, komt mij onjuist voor. Art. 3:94 lid 2 BW laat de cessie van een reeds bestaande vordering uit onrechtmatige daad op een onbekende laedens terugwerken tot de dag waarop de *akte* is opgemaakt, indien mededeling van deze cessie met bekwame spoed aan de inmiddels bekend geworden laedens wordt gedaan. Voor stille verpanding is geen mededeling vereist en ik zie niet in waarom dat bij de stille verpanding van een dergelijke vordering wel nodig is. Daarnaast zie ik niet in waarom een cessie wel zou kunnen terugwerken tot de dag waarop de daartoe bestemde cessieakte is opgemaakt en een verpanding niet zou kunnen terugwerken tot de dag waarop bijvoorbeeld een daartoe bestemde pandovereenkomst wordt gesloten.

14 Vgl. A-G Hartkamp vóór HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/447 m.nt. W.M. Kleijn (*Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.*) onder 11d.

3.2.3 Waarom is voor cessie een akte vereist?

Voor de overdracht van een vordering is naast een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder een levering nodig.[15] Art. 3:94 BW vereist voor de levering van een vordering op naam een akte.[16] Wiarda heeft de cessieakte twee functies toegedicht: het is een vormvereiste *voor* de cessie en een bewijsmiddel *van* de cessie.[17]

3.2.3.1 Waarom is de cessieakte een wettelijk vormvereiste?

Volgens de Toelichting-Meijers op de regeling voor cessie bestond in Nederland geen behoefte om van het aktevereiste af te wijken.[18] Voor het antwoord op de vraag welk doel de pandakte dient moeten wij dus wederom een stukje dieper graven. Het aktevereiste is overgenomen uit art. 668 BW (oud), dat ook reeds een (authentieke of onderhandse) akte voorschreef. Art. 668 BW (oud) luidde:

> "De levering van schuldvorderingen op naam en andere onligchamelijke zaken, geschiedt door middel van eene authentieke of onderhandsche akte, waarbij de regten op die voorwerpen aan een ander worden overgedragen.
>
> Die overdragt heeft ten aanzien van den schuldenaar geen gevolg dan van het oogenblik dat dezelve aan hem is beteekend geworden, of dat hij de overdragt schriftelijk heeft aangenomen of erkend."

Art. 668 BW (oud) is geïnspireerd op art. 708 van het nimmer ingevoerde Burgerlijk Wetboek van 1830,[19] dat op zijn beurt qua derdenwerking overeenkomt met het ook heden ten dage nog geldende art. 1690 C. civ.: een cessie met derdenwerking geschiedt door betekening aan de debitor cessus of wanneer de debitor cessus de cessie aanneemt bij authentieke akte.[20] Tussen partijen werkt de cessie reeds "par la remise du titre" (art. 1689 C. civ.). Door betekening van de cessie aan de debitor cessus sorteert de cessie vervolgens goederenrechtelijk effect; een cessieakte is dan niet nodig.[21]

15 Art. 3:84 lid 1 BW.

16 Dit geldt voor zowel de openbare cessie (lid 1) als voor de stille cessie (lid 3).

17 Wiarda 1937, p. 152. Zie ook Rongen 2012, nr. 533, p. 639-640. Pitlo/Rutgers & Krans 2014, nr. 73, p. 106-107 noemt en bespreekt als drie functies van de akte in het recht: (i) bestaansvereiste, (ii) enig bewijsmiddel en (iii) bewijsmiddel.

18 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 392. Ook Rongen geeft aan dat in de huidige praktijk in het algemeen geen bezwaren zijn tegen het gebruik van een akte, uitzonderingen daargelaten. Zie Rongen 2012, nr. 535, p. 642 en 645.

19 Zie Voorduin III 1838, p. 457 e.v.

20 Een cessie tussen cedent en cessionaris vindt naar Frans recht reeds plaats vóór de betekening, art. 1689 C. civ. De cessie van art. 708 BW 1830 werkte ook tussen cedent en cessionaris pas na betekening. Zie Wiarda 1937, p. 346.

21 Vgl. J.G. Meilink, *Over verpanding, in het bijzonder van aandeelen op naam in een Naamlooze Vennootschap* (diss. Leiden), Leiden: Eduard Ijdo 1898, p. 33: "Waar een denuntiatio is geboden, is een schriftelijk stuk eigenaardig op zijn plaats." In dezelfde zin: Zwalve 2006a, p. 51, voetnoot 61. Hier is ook nog interessant dat men in België art. 1690 BBW zo heeft aangepast dat een vormvrije cessie voldoende is voor werking tussen partijen. De cessie heeft echter pas derdenwerking ná mededeling aan de debiteur (art. 1690 lid 2, 3 en 4 BBW). Zie ook E. Dirix, 'De vormvrije cessie', *RW* 1994-1995, nr. 5, p. 137-145; dezelfde in *WPNR* 1996/6228, p. 547 en Sagaert 2014, nr. 965, p. 739.

De 'cessieakte' van art. 1690 C. civ. kan de rol van betekening vervullen: (bewijs van) bekendheid van de debiteur met de cessie.[22] Overigens is het vaste rechtspraak dat de cessie – in strijd met de letterlijke tekst van de wet – niet bij authentieke akte hoeft te worden aangenomen; elke aanname volstaat.[23] In art. 1690 C. civ. kan men een derdenbeschermende functie herkennen.[24] In de Franse literatuur wordt gesteld dat de rol van art. 1690 C. civ. vergelijkbaar is met de derdenbeschermende functie van bezit (te goeder trouw) van roerende zaken: derden (anderen dan de debiteur) kunnen daaruit de informatie afleiden die zij nodig hebben.[25] Zowel aan de betekening als aan de aanname bij authentieke 'cessieakte' van art. 1690 C. civ., waaraan de debitor cessus moet meewerken, kan men enige publiciteit toedichten, omdat uit beide mogelijkheden blijkt dat de cessionaris zich naar buiten toe als rechthebbende gedraagt.[26] De (onderhandse) cessieakte van art. 668 BW (oud) was geheel anders: dit was een eenzijdige onderhandse akte opgemaakt door de cedent en werkte ook tegenover derden vanaf het moment van het opmaken van de cessieakte. Deze cessie bood derden géén bescherming in de zin dat naar buiten toe blijkt dat de cessionaris zich als rechthebbende gedraagt.[27] Het is daarom onjuist te zeggen dat in art. 668 BW (oud) het aktevereiste is overgenomen uit de *Code Civil* of uit art. 708 Ontwerp 1830. Als dat wel is gebeurd, dan is dat om de verkeerde reden gebeurd. Ook lijkt het mij onjuist te zeggen dat met de cessieakte van art. 668 BW (oud) kenbaarheid werd gecreëerd en zodoende de betekening of aanname per authentieke akte verving.[28]

Nergens komt uit de door mij geraadpleegde bronnen duidelijk naar voren wat nu precies de reden was om de cessieakte als wettelijk vormvereiste in art. 668 BW (oud) in te voeren. De literatuur spitst zich vooral toe op de vraag waarom art. 1690 C. civ. en art. 708 van het Burgerlijk Wetboek van 1830 wél, en art. 668 BW (oud) géén betekening van de cessie aan de schuldenaar vereiste. Het antwoord is gelegen in de redenering dat betekening aan de schuldenaar géén handeling is tussen cedent en cessionaris en dus ook geen deel kan uitmaken van de levering.[29] Een mogelijkheid is dat de cessieakte haar oorsprong vindt in art. 2152 Ontwerp BW 1820, dat bepaalde dat een

22 Vgl. Terré, Simler & Lequette 2009, nr. 1279, p. 1268-1269 en nr. 1282, p. 1270-1271.

23 Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck 2013, nr. 1414.2, p. 754-755 met voorbeelden in voetnoten 37 en 38 aldaar.

24 Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck 2013, nr. 1411.3, p. 752 wijzen erop dat art. 1690 C. civ. zich in het hedendaagse recht laat uitleggen als een systeem om de debitor cessus op de hoogte te brengen van de cessie. Ook wordt daar gewezen op andere derden, te weten schuldeisers van de cedent en andere (veronderstelde) cessionarissen in het geval van meervoudige cessie.

25 Terré, Simler & Lequette 2009, nr. 1284, p. 1272-1273 en nr. 1287, p. 1275-1276. Het *Cour de cassation* heeft overwogen "que ne sont tiers au sens de ce texte [van art. 1690 C. civ.; FJLK] que ceux qui, n'ayant pas été parties à l'acte de cession, ont intéret à ce que le cédent soit encore créancier", zie Cass. civ. 4 décembre 1985, *Bull. Civ.* I, n° 336; *RTD civ.* 1986, p. 750 obs. Mestre.

26 Terré, Simler & Lequette 2009, nr. 1279, p. 1268-1269 en nr. 1284, p. 1284.

27 Vgl. reeds Diephuis VI 1880, p. 99-100.

28 Vgl. ook Suijling V 1940, nr. 257, p. 277: "Zoolang een zakelijke overeenkomst niet gevolgd is door hare publicatie, kan zij niet eigendom doen overgaan of een jus in re aliena doen ontstaan. *Afgezien van de cessie* (art. 668), geldt deze regel voor alle translatieve en constitutieve overdrachten. (cursivering FJLK)"

29 Zie Zwalve 2004, p. 19 die dit concludeert uit Voorduin III 1838, p. 458.

overdracht "van inschuld […] niet dan schriftelijk plaats [kan] hebben". Zwalve oppert dat de ontwerper van dit artikel kennelijk geïnspireerd is door Voet, die stelde dat de akte van cessie "in de plaats van de levering" kwam.[30] Het systeem van eigendomsoverdracht van goederen vereist conform de Romeinsrechtelijke traditie een levering. Het leveringsvereiste gold reeds onder het BW (oud)[31] en vindt men thans in art. 3:84 lid 1 BW. Vorderingen worden in het Nederlandse vermogensrecht als overdraagbaar goed gezien.[32] In het verlengde van dit dogma zag men in het geval van overdracht van een vordering de bezitsverschaffing vervangende mededeling als de levering.[33] Vindt men echter, zoals de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van het BW (oud) vond, dat de mededeling geen onderdeel kan uitmaken van de levering, dan moet men op zoek naar een andere levering. Een onzichtbare of niet aanwezige levering past immers minder goed in dit dogma. Dit is mijns inziens de reden waarom in art. 668 BW (oud) het aktevereiste werd geïntroduceerd: bij de overdracht van een vordering wordt de levering door de cessieakte 'belichaamd'.[34] Deze reden tot invoering van de cessieakte is dezelfde reden als waarom ruim honderd jaar later tot invoering van de pandakte is besloten: (dogmatische) systematiek. De cessieakte is een uitvloeisel van het dogma dat de 'eigendom' van een vordering *geleverd* dient te worden.

3.2.3.2 Dient het aktevereiste ter bescherming van belanghebbenden bij verpanding?

Nergens zijn aanknopingspunten te vinden dat de wetgever met de cessie- of pandakte als *schriftelijk* vestigingsvereiste heeft beoogd partijen blijk te laten geven van een goed bewustzijn van de verpanding.[35] Dat leid ik ook af uit het feit dat voor schuldoverneming, dat ingrijpender gevolgen heeft voor iemands vermogen dan cessie – namelijk niet slechts het laten afnemen van het actief, maar het laten toenemen van het passief –,

30 Zie Zwalve 2004, p. 19.

31 Asser 1838, p. 261-262.

32 Asser/Scholten, *Tweede Deel – Zakenrecht, Achtste druk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945, p. 180 meende dat "[d]e plaatsing van de cessie in het verbintenissenrecht, gelijk het Duitsche Wetboek doet, […] even goed te verdedigen [is] als die in het zakenrecht." Volgens W.J. Zwalve, 'Stille cessie. Art. 3:94 BW Zo moet het niet!', *WPNR* 2003/6546, p. 667-668 is de cessie echter een "typisch verbintenisrechtelijke rechtsfiguur".

33 Zwalve 2006a, p. 415, p. 425.

34 Vgl. Voorduin III 1838, p. 458: "buiten die overgifte [van de titel; FJLK], is er geen ware eigendomsovergang, volgens het aangenomen beginsel, *dat de levering vereischt wordt.*", p. 459: "[…] du principe, *que la propriété ne peut être transmise que par la tradition;* […]", p. 460: "Cette signification est toujours nécessaire, mais elle ne suffit pas pour transmettre la propriété, dans *le système de la nécessité de la tradition*.", en p. 461: art. 668 BW (oud) regelt "het stelsel der levering van onligchamelijke zaken, op eene meer duidelijke en *stelselmatige* manier […]" (laatste cursivering toegevoegd, overige cursiveringen zijn origineel).

35 Vgl. Asser/Scholten 1974, p. 23. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/79. Anders: Rongen 2012, nr. 533, p. 640 die meent dat het aktevereiste de cedent/pandgever beschermt tegen onberadenheid en overijling; dit "[g]ezien de grote financiële belangen die met een cessie of verpanding gemoeid kunnen zijn." Ook zij erop gewezen dat het leveringsvereiste in zijn algemeenheid wel zou kunnen beschermen tegen onbedachtzaamheid en berouw. Zie daarover Struycken 2007, p. 789.

ook geen akte vereist is.[36] De cessieakte is ook niet ingevoerd ter bescherming van de debitor cessus. De voor openbare cessie vereiste mededeling behoeft immers niet nauwkeurig de inhoud van de akte weer te geven.[37] Op zijn verzoek kan de debitor cessus een gewaarmerkt uittreksel van de cessieakte en haar titel krijgen.[38] Handelt de debitor cessus overeenkomstig deze hem verstrekte bescheiden of overeenkomstig de hem gedane mededeling, dan zal hij zelfs in het geval dat deze bescheiden afwijken respectievelijk de mededeling afwijkt van de oorspronkelijke cessieakte beschermd worden door art. 3:36/6:34 BW.

3.2.3.3 Leidt het aktevereiste tot publiciteit?

De huidige cessie- of pandakte creëert geen kenbaarheid. Indien de cessionaris of pandhouder zijn recht aan een betwistende derde (of aan de cedent/pandgever) wil tegenwerpen, zal de akte hoogstwaarschijnlijk tevoorschijn komen; het is immers een bewijsmiddel. In de literatuur spreekt men daarom van "uitgestelde" publiciteit.[39] Dit lijkt mij onjuist. Voor een levering is publiciteit geen absoluut vereiste.[40] Nu de vestigingshandeling in het systeem van art. 3:98 BW het equivalent is van de levering, geldt daarvoor hetzelfde. Betekening (of mededeling) aan de schuldenaar was onder art. 668 BW (oud) géén constitutief vereiste voor de cessie met derdenwerking.[41] In het nieuwe BW is de mededeling als constitutief vereiste voor de (openbare) cessie weer ingevoerd, omdat Meijers het wenselijk achtte dat "er van de overdracht iets naar buiten blijkt".[42] Dat betekent *a contrario* dat er bij een cessie(akte) *zonder* mededeling, zoals

36 Zie art. 6:155 BW, TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 574 en Hof 's-Hertogenbosch 11 juni 2013, ECLI: NL:GHSHE:2013:CA2995, rov. 7.11.

37 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 395.

38 Art. 3:94 lid 4 BW.

39 Verdaas 2012, nr. 16. In de literatuur wordt ook de term "zwakke publiciteit" gebezigd. Daarmee wordt gedoeld op het feit dat een akte authentiek of geregistreerd moet zijn. Zie Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 80, p. 61 en hierna par. 3.4.4

40 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 130, p. 101, W.H.M. Reehuis, *Overdracht* (Mon. BW B6a), Deventer: Kluwer 2010, nr. 49, p. 44.

41 HR 24 februari 1911, *W.* 9145 (*Numann/NV Staatsspoorwegen*). Zie ook I. van Creveld, *Cessie van schuldvorderingen,* tweede herziene en vermeerderde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953, nr. 3, p. 38. Tussen 1911 en het invoeringsjaar 1838 zit nogal wat tijd; voorafgaand aan de op het eerste gezicht evident uit de tekst van art. 668 BW (oud) volgende regel zoals geformuleerd in 1911, stelde de Hoge Raad zich in 1858 op het standpunt dat voor cessie wél een betekening aan de schuldenaar vereist was, welk arrest in de lagere rechtspraak niet gevolgd werd. Zie Zwalve 2004, p. 17-23 en C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard,* 2e deel, 3e druk, 's Gravenhage: Belinfante 1918, p. 592-593.

42 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 392. Er is sprake van publiciteit, omdat de mededeling openbaarheid met zich brengt. Maar deze openbaarheid is niet absoluut. Ten opzichte van een cessie zonder mededeling leidt een verplichte mededeling slechts tot de mogelijkheid van een getuigenverklaring van de debitor cessus, waarvan niet kan worden uitgesloten dat hij samenspant met de cedent en/of cessionaris. Zie C.Æ. Uniken Venema, 'Overdracht en verpanding van rechten in het Ontwerp-B.W. (II)', *WPNR* 1958/4530, p. 134 en IV, *WPNR* 1958/4532, p. 159. Zo bezien, is de publiciteit bij bezitsverschaffing "absoluter": hierbij kan niet één bij de overdracht betrokken iemand, maar iedereen verklaren dat hij de verkrijger op de desbetreffende fiets heeft zien fietsen. De vermoedens van bezit en eigendom (art. 3:109 jo. art. 3:119 BW) spelen vervolgens een belangrijke rol bij het beschermen van schuldeisers.

die gold onder art. 668 BW (oud), *niets* naar buiten blijkt. Van cessie- of pandakten gaat geen publiciteit uit ten behoeve van derden. Zij kunnen (behoudens het bepaalde in art. 3:36 BW) immers niet op dergelijke akten afgaan en hun gedragingen – zoals het leggen van beslag – in beginsel niet afstemmen op de voor hen kenbare rechtstoestand. Cessie- en pandakten dienen (slechts) als bewijs en zijn een wettelijk vormvereiste. Zij hebben geen derdenbeschermende functie.

3.2.3.4 Het aktevereiste, rechtszekerheid en bewijs

Naast de functie van wettelijk vormvereiste is een functie van de cessieakte dat zij een bewijsmiddel van de cessie is. Scholten meent dat het verschil tussen roerende zaken en vorderingen hierin gelegen is dat de wet "voor die lichamelijke zaken [...] een bezitsoverdracht, dus een physieke handeling ten aanzien der zaak (of een handeling die in den physieken toestand der zaak haar grondslag heeft) eischt […], maar voor de vorderingen met de *wilsovereenstemming* van partijen genoegen neemt. *Ter wille van de rechtszekerheid wordt een akte vereischt* […]."[43] De akte vervult hier een aan de leveringsvorm 'bezitsverschaffing' gelijke rol. Het vorderingsrecht zelf, noch de overgang daarvan is fysiek tastbaar of waarneembaar.[44] Volgens Van Rijssen is dit één van de redenen dat voor cessie een akte is voorgeschreven.[45] Door de akte wordt dus toch nog iets tastbaars en eventueel waarneembaars gecreëerd. De akte is dan het waarneembare aspect van de overgang van de niet-waarneembare, abstracte vordering. Ook recenter is het standpunt te vinden dat het aktevereiste, al dan niet in combinatie met de daarmee gepaard gaande vermeende publiciteit, de rechtszekerheid dient. De cessionaris of pandhouder zou zich dan aan de hand van de akte als rechthebbende moeten kunnen legitimeren.[46]

Inderdaad zal de akte op enig moment boven tafel komen. Zoals wij zojuist hebben gezien, kan deze waarneembaarheid echter niet worden opgevat als kenbaarheid of enige vorm van publiciteit. Nu de akte niet waarneembaar voor derden is, blijft slechts de bewijsfunctie over. Zo bezien, is het mij onduidelijk waarom de wet een bewijsvoorschrift voorschrijft. Ook het feit dat het bij cessie of verpanding om het ontstaan respectievelijk de overdracht van een goederenrechtelijk recht gaat, noopt mijns inziens niet tot het voorschrijven van een bepaald bewijsmiddel. In de wet zijn veel plaatsen aan te wijzen waar uitdrukkelijk is gekozen voor een vormloze levering of vestiging van een goederenrechtelijk recht.[47] Mijns inziens dient de vrije bewijsleer uit art. 152 lid 1 Rv

43 HR 29 december 1933, *NJ* 1934, p. 343 m.nt. P. Scholten (*Fijn van Draat q.q./De Nederlanden*), op p. 346. De cursivering is toegevoegd.

44 Vgl. Diephuis VI, p. 97. Vgl. ook J.A.J. Peter, Levering van roerende zaken, Deventer: Kluwer 2007, p. 11, die schrijft dat een vordering op naam geen 'object' is, omdat het niet zichtbaar en/of waarneembaar is.

45 G. van Rijssen, Contractsoverneming, Deventer: Kluwer 2006, p. 236. Andere redenen noemt Van Rijssen niet. Vgl. ook De Jong 1998, p. 137, die zegt dat de machtsuitoefening over vorderingen door de pandhouder zal moeten blijken uit de pandakte.

46 Verdaas 2012, par. 4.2, nr. 16; Rongen 2012, nr. 544, p. 657. Ook in de parlementaire geschiedenis wordt het aktevereiste van art. 3:95 BW, de restbepaling voor leveringen buiten de in de art. 3:89-94 BW geregelde gevallen, aan de rechtszekerheid gekoppeld. Zie MvA II Inv, *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1243.

47 Zie art. 3:115 BW en de voorbeelden genoemd in hoofdstuk 9, par. 9.4.

te gelden: bewijs kan in beginsel worden geleverd door alle middelen. In dit kader kan gewezen worden op een arrest van het Hof Amsterdam, waarin is beslist dat de cessieakte niet het enige bewijsmiddel van de cessie is. Indien de akte bijvoorbeeld verloren is gegaan, dan kan het bestaan en de inhoud van deze akte ook worden bewezen door andere bewijsmiddelen, zoals bijvoorbeeld getuigenbewijs.[48] Vereist is wel dat de akte heeft bestaan: dit is immers nu eenmaal een wettelijk vereiste.

3.2.4 De "daartoe bestemde" cessieakte uit art. 3:94 lid 1 BW en de pandakte uit art. 3:237/239 BW

Bij vergelijking van de wetsartikelen voor cessie en verpanding valt het op dat art. 3:94 lid 1 BW voor levering van een vordering een "daartoe bestemde akte" vereist, terwijl een stil pandrecht gevestigd kan worden "bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte" (art. 3:237/239 lid 1 BW). Nu de wetgever, zoals wij hierboven zagen, veel waarde hechtte aan consistentie en wetssystematiek is het opmerkelijk dat de redactie niet parallel loopt. Wat houdt de eis van een "tot levering bestemde akte" in?

Volgens de minister komt hierin "tot uitdrukking dat de leer van H.R. 30 november 1956, N.J. 1957 no. 81 te dien aanzien in het ontwerp is gehandhaafd. Voldoende is dus enkel door de vervreemder ondertekende akte, mits de overdracht door de verkrijger wordt aanvaard, hetgeen door iedere daartoe geëigende gedraging kan geschieden."[49] Door de eis te stellen dat de akte tot levering bestemd is, wordt voorkomen dat in het geval waarin de titel tot cessie in een akte is neergelegd de beoogde cessionaris door mededeling of registratie van die akte zelf de vordering kan cederen.[50]

Het feit dat de cessie- of pandakte tot levering of verpanding bestemd is, hoeft niet met zoveel woorden in de akte te zijn opgenomen. De Hoge Raad heeft beslist dat voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel in onderling verband en samenhang met andere akten of andere feiten, kan worden vastgesteld dat de akte is bestemd tot verpanding van de erin bedoelde vorderingen.[51] In hetzelfde arrest overwoog de Hoge Raad:

> "Een redelijke, op de praktijk afgestemde, uitleg van het in de art. 3:239 lid 1, 3:236 lid 2 en 3:94 lid 1 bedoelde vereiste van een akte voor de levering onderscheidenlijk verpanding van vorderingen brengt mee dat, anders dan waarvan deze klacht uitgaat, voldoende is dat de verkrijger van de vordering, of van een recht van pand erop, redelijkerwijs uit de akte heeft mogen begrijpen dat zij tot levering of tot vestiging van pandrecht was bedoeld."[52]

48 Hof Amsterdam 4 januari 1927, *W.* 11690. Zie ook Wiarda 1937, p. 153; Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I, 2006, nr. 274, p. 283; Asser/Van Mierlo & Bartels 3-IV 2013, nr. 327, p. 307. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep werd verworpen, zie HR 9 december 1927, *NJ* 1928/331 m.nt. E.M. Meijers. Weliswaar is dit arrest onder het oude recht gewezen, maar aangezien het aktevereiste voor cessie is overgenomen uit het oude recht (zie hierboven voetnoot 18) is mijns inziens deze overweging ook onder huidig recht nog toepasbaar.

49 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 395.

50 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 257, p. 204.

51 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/662 m.nt. W.M. Kleijn rov. 3.4.3 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo – Mitsubishi*).

52 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/662 m.nt. W.M. Kleijn rov. 3.4.3 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo – Mitsubishi*), rov. 3.4.6.

Zoals wij in de vorige paragraaf hebben kunnen zien, is voor de overdracht van een vordering een levering vereist. Met een enkele overeenkomst kan niet worden volstaan. De door de wet gestelde eis dat het om een "tot levering bestemde akte" moet gaan, verzekert dat ook bij de overdracht van vorderingen overeenkomstig art. 3:84 lid 1 BW de titel en de levering(shandeling) scherp worden onderscheiden. Dit onderscheid en het daaruit voortvloeiende aktevereiste is een gekunstelde manier om aan wetssystematische dogmatiek tegemoet te komen. In het geval van overdracht van vorderingen dient het eigenlijk geen doel. Mijns inziens is *Meijs q.q./Bank of Tokyo – Mitsubishi* dan ook niet verrassend: het arrest bekrachtigt slechts de toch al twijfelachtige, vage grens tussen (het bewijs van) de titel tot overdracht van de vordering en (het bewijs van) de levering van de vordering. Dit blijkt ook uit lagere rechtspraak waarin dit arrest wordt gevolgd.[53] Rongen schrijft dat de bewijsfunctie van de cessie- en pandakte en daarmee het aktevereiste zelf door *Meijs q.q./Bank of Tokyo – Mitsubishi* is uitgehold.[54] Dat doet de vraag rijzen naar het bestaansrecht van de cessie- en pandakte.

3.2.5 Afschaffing van de cessieakte als wettelijk vormvereiste?

Nu de cessieakte als wettelijke vormvereiste geen wezenlijk doel dient (anders dan dogmatische systematiek), ligt reeds om die reden afschaffing voor de hand. Hier bovenop zijn nog andere argumenten aan te voeren waarom de cessieakte uit de wet dient te worden geschrapt.

Rongen voert als argument voor afschaffing van de cessieakte aan dat voor levering van roerende zaken en het vestigen van een vuistpandrecht "niet wordt verlangd dat de wil van de vervreemder om te leveren uit een akte blijkt. Dat zou een vlot verloop van het handelsverkeer onmogelijk maken." Hij meent dat er onvoldoende reden is om cessie en levering van roerende zaken niet gelijk te behandelen.[55] Een ander argument van Rongen is dat hij geen goede redenen ziet om in het geval waarin duidelijk blijkt van de wil van de cedent ter uitvoering van een daartoe strekkende titel een vordering te cederen en deze cessie door de cessionaris is aanvaard, de overdracht van de vordering spaak te laten lopen op het ontbreken van een cessieakte. Ook dit is volgens hem onverenigbaar met een vlot verlopend handels- en kredietverkeer.[56] Hier kan aan toegevoegd worden dat art. L. 110-3 C. com. bepaalt dat kooplieden *actes de commerce* met alle middelen kunnen bewijzen. Dit heeft tot gevolg dat voor de vestiging van een *gage commercial* (art. L. 521-1 C. com.) geen pandakte is vereist.[57] In onze maatschappij, waar eigendom en de verhandelbaarheid daarvan een onmisbare rol

53 Hof Amsterdam 24 januari 2012, *JOR* 2012/164 m.nt. M.H.E. Rongen, rov. 4.6, bekrachtiging van Rb. Utrecht 3 februari 2010, *JOR* 2010/140 m.nt. J.W.A. Biemans, r.o. 4.10. Het cassatieberoep werd onder verwijzing naar art. 81 lid 1 RO verworpen, zie HR 14 juni 2013, *JOR* 2013/293 m.nt. J.W.A. Biemans (*Van Voorst q.q./FA-MED*). A-G Wissink onder 3.9 en 3.10 meent dat het oordeel van het Hof dat de litigieuze overeenkomst ook de akte van levering behelst, een kwestie van uitleg van die overeenkomst is en dat uitleg van een overeenkomst een aangelegenheid van de feitenrechter is.

54 Rongen 2012, nr. 544, p. 658.

55 Rongen 2012, nr. 535, p. 643.

56 Rongen 2012, nr. 535, p. 644.

57 Cabrillac e.a. 2010, nr. 746, p. 559-660. Zie ook hierboven hoofdstuk 1, voetnoot 25.

spelen, dient het recht deelnemers te faciliteren in het probleemloos verhandelen van goederen. De cessie- en pandakte draagt hier niet aan bij. Verder voortbouwend meen ik het volgende. Het recht beoogt een rechtvaardige oplossing te geven voor situaties waarin zich een probleem voordoet. Maar in het gros van de gevallen doen zich geen problemen voor. Als iemand zijn fiets aan de keukentafel – het doet er in dit voorbeeld, ingewikkelde technisch-juridische beschouwingen ten spijt, niet toe of dit een keukentafel in Nederland, Frankrijk of Duitsland is – verkoopt aan zijn neef dan kan men dat 'afspreken' en vervolgens de neef de sleuteltjes geven; de neef zal aan het einde van de avond als eigenaar op de fiets huiswaarts keren. Als iemand zijn vordering op de buurman van zijn neef aan de (Nederlandse) keukentafel aan zijn neef wil verkopen ("als jij mij €100,- geeft, dan regel jij het verder met jouw buurman") moet men echter, naast dit 'af te spreken', een akte opmaken. Zo bezien vind ik de cessieakte niet rechtvaardig. Ik zie niet in waarom voor de overdracht van een vordering wél, en bij de overdracht van een roerende zaak géén specifieke kennis van het recht nodig is.

Voorts acht ik het onwenselijk dat een invloedrijke rechtsfiguur als cessie een vereiste kent dat eigenlijk geen doel dient. Het aktevereiste van cessie is niet alleen bij verpanding overgenomen; ook bij contractsoverneming (art. 6:159 BW) is aansluiting gezocht bij art. 3:94 BW en daarom is een akte vereist.[58] Ook zie ik geen rechtvaardiging voor het verschil tussen schuldeisersvervanging (cessie), waarvoor wel een akte is vereist, en schuldenaarsvervanging (schuldoverneming), waarvoor geen akte is vereist.[59]

3.2.6 Tussenconclusie

De pandakte als wettelijk vereiste vestigingshandeling is op wetssystematische grond ingevoerd: voor verpanding en overdracht van een vordering vereist de consistentie van art. 3:98 BW dat beide gelijk geregeld worden. De cessieakte vindt haar oorsprong in art. 668 BW (oud) en is op haar beurt ook op systematische grond ingevoerd: de levering van een vordering wordt door de cessieakte 'belichaamd'. Er is geen goede reden om de cessieakte als wettelijk vormvereiste voor de cessie te stellen. Van een cessieakte gaat geen derdenbeschermende functie uit. De cessieakte heeft geen ander doel dan bewijs van de cessie. Ik zie niet in waarom voor cessie een specifiek, door de wet voorgeschreven bewijsmiddel dient te gelden. In beginsel kan bewijs worden geleverd door alle middelen (art. 152 lid 1 Rv). De cessieakte als wettelijk vormvereiste kan worden afgeschaft, omdat zij geen enkel doel anders dan bewijs dient. Daarnaast zijn er andere argumenten aan te voeren om haar af te schaffen. Aangezien de pandakte de evenknie is van de cessieakte, geldt dit alles ook voor de pandakte. Nu er geen goede reden is voor de cessieakte als wettelijk vormvereiste, valt deze bestaansgrond voor de pandakte ook weg.[60]

58 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 585.
59 Art. 3:94 en 6:155 BW.
60 In hoofdstuk 9 wordt een voorstel gedaan voor een alternatief.

3.3 Bepaaldheid bij de akte

3.3.1 Inleiding

Het te verpanden goed dient bij de vestiging voldoende bepaald te zijn. Het vestigingsvereiste voor de vuistloze en stille verpanding van roerende zaken respectievelijk vorderingen is een pandakte (art. 3:237/239 BW). Dientengevolge moet de te verpanden zaak of vordering door die pandakte voldoende bepaald worden.

De Hoge Raad hanteert voor de vraag of er aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan het criterium dat het voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat het bepaaldheidsvereiste is losgezongen van de pandakte. Op deze plaats rijst de vraag of het bepaaldheidsvereiste überhaupt dwingt tot het voorschrijven van een pandakte.

3.3.2 De relatie tussen het bepaaldheidsvereiste en de pandakte

Het toenemende en frequente optreden van het bepaaldheidsvereiste in literatuur en rechtspraak kan worden verklaard door de komst van zekerheidsverlening op roerende zaken en vorderingen zonder feitelijke machtsverschaffing respectievelijk een mededeling aan de debiteur van de vordering. De vereisten dat de roerende zaak uit de macht van de pandgever moest worden gebracht en het pandrecht moest worden meegedeeld aan de debiteur van de verpande vordering brachten mee dat er uit de aard der zaak werd bepaald.

Bij een vuistpand kan er geen enkele twijfel bestaan over het pandobject. De pandgever bepaalt het pandobject immers door *die* zaak uit zijn macht te brengen.[61] De komst van de vuistloze verpanding brengt het probleem van bepaaldheid met zich: als er niets waarneembaars plaatsvindt door de verpanding, hoe moet men – pandgever, pandnemer en eventueel derden – dan weten wat het pandobject is? Het meest recent heeft men zich in Frankrijk met het bepaaldheidsvereiste bij vuistloze en stille verpanding geconfronteerd zien worden.[62] Art. 2336 C. civ. vereist een pandakte, die een beschrijving van de gesecureerde vordering, de hoeveelheid in pand gegeven goederen alsmede hun soort of aard moet bevatten. In de Franse literatuur wordt opgemerkt dat de constitutieve akte bij het vuistloze registerpandrecht er onder meer toe dient de verpande goederen te kunnen individualiseren; een functie die voorheen de *dépossession* bij vuistpand vervulde.[63] De ingeschreven beschrijving van de verpande huidige en toe-

61 Hetzelfde geldt in Duitsland voor de zekerheidsoverdracht door middel van bezitsverschaffing. Zie Staudinger/Wiegand 2011, Anh zu §§ 929 ff, Rn 96: "[…] die *Übergabe* [bewirkt] automatisch eine Individualisierung der Sache(n) […]." Vgl. ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 232, p. 207.

62 Frankrijk kent sinds 2006 een vuistloos registerpandrecht en een algemene regeling voor stille verpanding van vorderingen. Zie hierboven hoofdstuk 2, par 2.3.

63 Cabrillac e.a. 2010, nr. 759, p. 568. Vgl. ook Simler & Delebecque 2012, nr. 612, p. 548. Vgl. ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 725 A onder c: "In de [pand; FLJK]akte dienen de goederen zo nauwkeurig mogelijk te worden omschreven […]."

komstige handelsvoorraad plaatst men ook in de sleutel van het *principe de spécialité*.[64] Illustratief is de opmerking van Farge, die schrijft dat het specialiteitsbeginsel via de kunstgreep van het geschrift is behouden.[65]

Bij vuistpand ontbreekt eventuele twijfel over het beoogde pandobject. Een dergelijke eenvoudige benadering van het bepaaldheidsvereiste is bij de verpanding van vorderingen slechts ten dele mogelijk. Vorderingen zijn immers onzichtbaar. Dat betekent dat men ter bepaling van de vordering als pandobject altijd al gebruik heeft moeten maken van uitwegen als een akte of een mededeling. Het voordeel van de mededeling als constitutief vestigingsvereiste is dat er in ieder geval geen verwarring kan ontstaan over de beoogde debiteur van de te verpanden vordering. Toch is de mededeling als middel om de te verpanden vordering aan te wijzen niet waterdicht. Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin de pandgever meerdere vorderingen op één debiteur heeft of het geval waarin er na een deelcessie onduidelijkheid bestaat omtrent de hoogte van (het gedeelte van) de overgedragen vordering. Men ziet dat met betrekking tot het bepalen van de te verpanden vordering de mededeling nooit de rol kan vervullen die het uit de macht brengen van de roerende zaak bij vuistpand vervult, te weten zekerheid omtrent het te verpanden goed. Daarbij komt dat de mededeling – in tegenstelling tot het uit de macht brengen van een roerende zaak – multi-interpretabel is.[66] Met betrekking tot het verband tussen het bepaaldheidsvereiste bij de verpanding van vorderingen en de pandakte is opnieuw het Franse recht verhelderend. Voor de verpanding van vorderingen schrijft art. 2356 C. civ. slechts een pandakte voor; sinds de invoering van dat artikel in 2006 is de mededeling aan de debiteur van de vordering geen constitutief vereiste meer.[67] Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat zowel de gesecureerde vorderingen als de verpande vorderingen (moeten) zijn aangewezen in de pandakte. In de literatuur schrijft men dat hierdoor het voor goederenrechtelijke zekerheden geldende specialiteitsbeginsel wordt gerespecteerd.[68] In het geval van verpanding van toekomstige vorderingen, hetgeen sinds 2006 mogelijk is door het laten vallen van de mededelingseis als constitutief vestigingsvereiste, moet de pandakte volgens art. 2356 al. 3 C. civ. de individualisatie mogelijk maken of moet de akte "éléments" bevatten die individualisatie mogelijk maken, zoals een aanduiding van de debiteur van de vordering, de plaats van betaling, de hoogte van de verpande vordering of een schatting daarvan en, indien van toepassing, de vervaldag van de verpande vordering.

64 Zie Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1761, p. 489.

65 Farge 2007, nr. 236, p. 189. Vgl. ook Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1666, p. 459-460.

66 Vgl. HR 21 april 1995, *NJ* 1996/652 m.nt. W.M. Kleijn (*Eemswater Beheer/Curatoren Capcan Beheer*), rov. 3.4, waarin de Hoge Raad (naar oud recht) oordeelde dat niet vereist is dat uit de mededeling 'duidelijk en ondubbelzinnig blijkt' welk vermogensbestanddeel wordt verpand, maar dat voldoende is dat degene aan wie de mededeling moet worden gedaan, in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft moeten begrijpen welk vermogensbestanddeel pandgever en pandnemer op het oog hebben.

67 Zie hierboven hoofdstuk 2, par. 2.3.3.

68 Aynès & Crocq 2013, nr. 526, p. 258; Simler & Delebecque 2012, nr. 644, p. 574. Zie ook Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1797, p. 505.

Men ziet dat de Franse preoccupatie met de pandakte het breed veronderstelde verband tussen het bepaaldheidsvereiste en de pandakte verklaart. De historische ontwikkeling van zekerheidsrechten heeft tot gevolg gehad dat men op zoek moest gaan naar alternatieven voor het uit de macht brengen van een roerende zaak respectievelijk de mededeling aan de debiteur van de vordering als middelen om het pandobject te bepalen. In Frankrijk en eerder al in Nederland heeft men de pandakte als alternatief middel aangewezen. Het is echter maar de vraag of de pandakte dezelfde mate van zekerheid biedt als de voornoemde feitelijke handelingen.

Door de afschaffing van de eis dat de roerende zaak uit de macht van de pandgever moet worden gebracht en de afschaffing van de mededelingseis ontstaat het probleem van bepaaldheid. Het is een verleidelijke gedachte om dit probleem op te lossen door de pandakte aan te wijzen als middel waarmee het pandobject wordt bepaald. Voor afschaffing van die feitelijke handelingen moet immers iets 'in de plaats' komen. Die gedachte miskent echter de in het volgende hoofdstuk te behandelen opvatting dat (i.c. schriftelijke) verklaringen nooit duidelijk zijn en altijd uitleg behoeven.[69] Men kan de pandakte niet op één lijn stellen met het uit de macht brengen van het pandobject; bij dat laatste kan er geen twijfel bestaan over welke zaak men beoogd te verpanden, terwijl de pandakte voor meerdere uitleg vatbaar is. Hetzelfde geldt voor de pandakte bij de verpanding van een vordering: ook die is voor meerdere uitleg vatbaar en biedt daarom niet dezelfde mate van zekerheid omtrent de identiteit van de debiteur van de vordering als de mededeling aan die debiteur biedt.

De akte is slechts een neerslag in schriftelijke vorm van hetgeen afgesproken is en daarmee tevens bewijs van die afspraken. Het is evenwel goed mogelijk dat de afspraken meer of minder omvatten dan men op het eerste gezicht uit het geschrift zou afleiden.[70] Als men dat meerdere op enige andere wijze kan bewijzen, dan zie ik niet in waarom dat niet zou mogen. Men denke bijvoorbeeld aan de pandakte waarin geen pandobject wordt aangewezen. Het is evenwel goed mogelijk dat partijen dat wel mondeling hebben gedaan. Het zou dan mijns inziens in het uiterste geval mogelijk moeten zijn dat partijen kunnen bewijzen dat het de bedoeling was dát bepaalde pandobject te verpanden. Zodoende is dan aan het bepaaldheidsvereiste voldaan.

Het uit de macht brengen van het pandobject bij de verpanding van roerende zaken en de verplichte mededeling als constitutief vestigingsvereiste bij de verpanding van vorderingen is ingewisseld voor de pandakte. De pandakte is echter geen volwaardig equivalent van genoemde middelen ter vaststelling van welk goed verpand is.

3.3.3 Dwingt het bepaaldheidsvereiste tot het vereisen van een pandakte?

Met de constatering dat de pandakte geen absolute zekerheid biedt omtrent het verpande goed, is het antwoord op de vraag of het bepaaldheidsvereiste tot het voorschrijven van een pandakte dwingt eigenlijk al gegeven. Van belang is dat de bepaaldheid op enig moment wordt vastgesteld. De pandakte is niet het enige middel dat hiertoe kan leiden. De wetgever heeft dat zelf ook erkend. Dat blijkt het duidelijkst uit de moge-

69 Zie hieronder hoofdstuk 4, par. 4.2.1.
70 Vgl. Valk 2013, nr. 262, p. 278, die schrijft dat geschriften daarom uitgelegd moeten worden.

lijkheid c.p. te leveren (art. 3:115 aanhef en onder a BW). Bij een dergelijke levering wordt de geleverde zaak voldoende bepaald – zónder akte. Ook in Duitsland heeft de wetgever uitdrukkelijk gekozen voor een levering c.p. (§ 930 BGB). Voorts kan worden gewezen op het feit dat het bepaaldheidsvereiste voor alle rechtshandelingen geldt, en een rechtshandeling in beginsel vormvrij tot stand komt (art. 3:37 lid 1 BW). Ten derde heeft te gelden dat de bepaalbaarheid van de vormvrije verbintenis (art. 6:227 BW) niet aan de hand van een geschrift hoeft te worden vastgesteld. Tot slot is het interessant dat de wetgever in het kader van de bepaalbaarheid van de gesecureerde vordering zelf impliciet heeft onderkend dat het vaststellen van bepaaldheid geen (pand)akte vereist. Het Ontwerp-Meijers vereiste dat de gesecureerde vordering met voldoende bepaaldheid moest "zijn omschreven". Thans vereist art. 3:231 lid 2 BW dat die vordering voldoende bepaalbaar moet "zijn". De reden voor die redactionele wijziging is dat het woord "omschreven" wordt aangemerkt "als minder goed passend bij pandrechten die zonder akte worden gevestigd".[71] De bepaalbaarheid van de gesecureerde vordering kan dus na het vestigen van een pandrecht ook zonder pandakte worden vastgesteld.

3.3.4 Bepaaldheid vaststellen aan de hand van bewijsmiddelen

In hoofdstuk 4 (par. 4.3.4) zullen wij zien dat het bepaaldheidsvereiste er hoofdzakelijk toe strekt het te verpanden goed te identificeren. Die identificatie, eventueel door derden, hoeft niet mogelijk te zijn door middel van publiciteit. Bij een pandakte kan dat ook niet, nu daar geen enkele publiciteit vanuit gaat, zoals hierboven bleek in par. 3.2.3 van dit hoofdstuk. Op die plek zagen wij tevens dat de pandakte als wettelijk vormvereiste geen ander doel heeft dan bewijs van de verpanding en is verdedigd dat de vrije bewijsleer uit art. 152 lid 1 Rv dient te gelden: bewijs kan in beginsel worden geleverd door alle middelen. Voor het bepaaldheidsvereiste zou mijns inziens hetzelfde moeten gelden. Nu het bepaaldheidsvereiste niet dwingt tot het voorschrijven van een pandakte, kan ook aan de hand van andere middelen de bepaaldheid worden vastgesteld. Die middelen zijn dan tevens bewijsmiddelen in de zin van art. 152 lid 1 Rv.

3.3.5 Tussenconclusie

In deze paragraaf is de vraag behandeld of het bepaaldheidsvereiste überhaupt dwingt tot het voorschrijven van een pandakte. Daarbij is ten eerste de relatie tussen het bepaaldheidsvereiste en de pandakte aangetoond. Door de afschaffing van de vereisten dat de zaak uit de macht van de pandgever gebracht moet worden en het doen van een mededeling aan de debiteur van de vordering bij vuistpand respectievelijk verpanding van vorderingen heeft men de pandakte daarvoor in de plaats gesteld. De gedachte miskent echter dat de pandakte voor meerdere uitleg vatbaar is en daarom geen absolute zekerheid geeft omtrent het verpande goed. Het antwoord op de vraag of het bepaaldheidsvereiste tot het voorschrijven van een pandakte dwingt luidt daarmee ontkennend. Uit een aantal voorbeelden blijkt dat ook de wetgever dit reeds heeft onderkend. Nu het

71 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 737.

bepaaldheidsvereiste niet dwingt tot het voorschrijven van een pandakte, kan ook aan de hand van andere middelen de bepaaldheid worden vastgesteld. Die middelen zijn dan tevens bewijsmiddelen in de zin van art. 152 lid 1 Rv.

3.4 Het registratievereiste voor verpanding

3.4.1 Inleiding

Het registratievereiste voor onderhandse pandakten, terug te vinden in art. 3:237 lid 1 en art. 3:239 lid 1 BW, was een nieuw geldigheidsvereiste in het nieuwe BW.[72] De vraag rijst wat de wetgever met dit registratievereiste wil nastreven, of deze doelen ook op andere wijzen kunnen worden bereikt en of deze eisen nog gerechtvaardigd zijn.

Met het registratievereiste wordt in deze paragraaf bedoeld de in de wet neergelegde eis om een akte te registreren bij de Belastingdienst teneinde de dagtekening vast te doen staan tegenover iedereen (inclusief derden). Er is géén sprake van registratie in een openbaar toegankelijk register, zoals dat bij registergoederen wel het geval is.[73] Na registratie wordt de akte voorzien van een door de inspecteur geparafeerde sticker met onder meer de dagtekening.[74]

Voor stille verpanding kan men naast de geregistreerde onderhandse akte kiezen voor een authentieke akte. Het doel van beide is hetzelfde: het levert een vaste dagtekening op. Omdat, zoals in de inleiding van dit hoofdstuk uiteen is gezet, de praktijk vrijwel altijd voor een onderhandse akte kiest, wordt in deze paragraaf het registratievereiste dat geldt voor onderhandse pandakten behandeld.

3.4.2 Herkomst van het registratievereiste

De vraag waarom voor vuistloze en stille verpanding een *geregistreerde* onderhandse akte nodig is, is lastig te beantwoorden. In zijn memorie van antwoord heeft de minister opgemerkt dat het registratievereiste op uitdrukkelijk verzoek van de Kamer is opgenomen als constitutief vereiste voor de stille verpanding (van vorderingen).[75] Ook wordt het registratievereiste, gezien de discussie omtrent het al dan niet invoeren van een registerpandrecht, aangemerkt als "politiek compromis".[76] Het Ontwerp-Meijers kende echter al het registratievereiste voor onderhandse pandakten voor de stille verpanding van roerende zaken.[77] Op de keuze in zijn Ontwerp om voor de verkrijging van een zekere dagtekening voor *registratie* te kiezen heeft Meijers geen expliciete toelichting gegeven. Daarom loont het wellicht naar de herkomst van dit vereiste op zoek te gaan.

72 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 341, p. 324.
73 Art. 10 lid 5 Registratiewet 1970.
74 Zie over registratie uitgebreider Kaptein 2012b, p. 140-141 met verwijzingen aldaar. Zie voor een afbeelding van een dergelijke sticker: Hamwijk 2014, p. 70.
75 MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1330.
76 Vriesendorp 1995a, p. 17.
77 Art. 3.9.2.2 OM.

Het registratievereiste vindt men terug in de Franse *Code Civil*. Voor de verpanding van roerende zaken en vorderingen vereiste – de betreffende artikelen 2074 en 2075 C. civ. werden met de *réforme* van 2006 afgeschaft – de wet naast machtsverschaffing respectievelijk betekening aan of acceptatie in een authentieke akte door de debiteur "un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré". Vanwege de gelijkluidende redactie van deze artikelen en art. 3.9.2.2 OM (en het huidige art. 3:237 lid 1 en 239 lid 1 BW) acht ik het aannemelijk dat Meijers door deze eis uit de *Code Civil* is geïnspireerd.[78] Ik leid dat ook af uit het feit dat men op sommige plaatsen in de parlementaire geschiedenis spreekt van een *notariële* pandakte in plaats van een *authentieke* pandakte[79] en dat men nooit echt bevredigende alternatieve authentieke pandakten heeft kunnen bedenken voor de notariële pandakte.[80] Voorts hanteerde het Ontwerp-Meijers dezelfde woordvolgorde als de Franse regeling; vestiging kon geschieden bij "onderhandse, geregistreerde akte".[81] Door de aannemelijkheid van de Franse herkomst van het vereiste van de authentieke of geregistreerde onderhandse akte is het interessant de registratie-eis van art. 2074 C. civ. aan een nader onderzoek te onderwerpen. Vanaf de 19e eeuw was het vaste rechtspraak dat een *date certaine* ook door een ander middel dan registratie kon worden bewezen.[82] Men dient hierbij wel te bedenken dat de roerende zaak uit de macht van de pandgever moest zijn gebracht of het pandrecht aan de debiteur van de vordering moest zijn betekend (of door de debiteur moest zijn geaccepteerd). Pas dan werkte het pandrecht jegens derden. De eis van een geschrift met een zekere dagtekening had voornamelijk tot doel het voorkomen van fraude: het zou het tot stand laten komen van een schijnverpanding teneinde goederen aan verhaal door schuldeisers te onttrekken tegengaan.[83]

Antedatering kan van oudsher op een warme belangstelling rekenen van beoefenaars van het Nederlandse goederenrecht. Bij verpanding is het vaststaan van de datum van de akte om twee redenen van belang. Ten eerste kan men aan de hand daarvan vaststellen of op die datum een pandrecht tot stand is gekomen, in het bijzonder in faillissementssituaties (art. 23 en 35 lid 2 Fw) en ten tweede is de datum van belang voor de vaststelling van de rangorde in het geval van meervoudige verpanding. Art. 668 BW (oud) vereiste, zoals wij hierboven zagen, voor de cessie met werking jegens derden slechts een akte. Bij zijn commentaar op dit wetsartikel stelde Diephuis

78 Vgl. Zwalve 2006a, p. 502, voetnoot 33.

79 Zie bijv. VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 686 en MO, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 689.

80 Zie bijv. M.M. Asbreuk-van Os, 'Is vestiging van een stil pandrecht door middel van een deurwaardersexploot mogelijk en wat zijn de eventuele voor- en nadelen', *WPNR* 1992/6043, p. 256-259; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 166, p. 172.

81 Art. 3.9.2.2 lid 2 OM. Zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 746. Thans vereist de wet een "geregistreerde onderhandse akte". Door die wijziging is "buiten twijfel gesteld dat hier uitsluitend van een onderhandse akte registratie wordt vereist." Zie MvA II, *Parl Gesch. Boek 3*, p. 749.

82 Cass. civ. 18 février 1858, *D.* 1858, 1, 125; *S.* 1858, 1, 365; Cass. civ. 18 juin 1950, *D.* 1951, 125.

83 Cabrillac e.a. 2010, nr. 745, p. 558. De auteurs merken ook op dat zij het merkwaardig vinden dat deze eis niet voor de *gage commercial* gold, omdat volgens hen het gevaar van fraude daar groter was dan bij de hier besproken *gage civil*. Zie ook Simler & Delebecque 2012, nr. 617, p. 553; Aynès & Crocq 2013, nr. 506, p. 235-236.

reeds dat "[t]och […] wel op eenige wijze voor derden gezorgd [had] mogen worden."[84] Het mag dan ook niet verbazen dat bij de totstandkoming van het nieuwe BW aandacht is besteed aan het probleem van antedatering. Volgens Meijers werd het rechtsleven door de zekerheidsoverdracht ernstig ondermijnd. Hij beriep zich hierbij op een door hem uitgevoerd empirisch onderzoek door middel van een enquête onder deurwaarders, waaruit bleek dat zij bij beslag vaak werden geconfronteerd met een (schijn)akte van bruikleen. Deurwaarders legden bij dergelijke akten geen beslag meer, omdat de (proces)kosten voor de opdracht gevende schuldeiser in het geval de akte wel geldig was te hoog waren.[85] Deze enquête heeft een grote rol gespeeld bij het ontwerp voor de regeling van het bezitloze pandrecht.[86] Het volgende citaat uit het Voorlopig Verslag is in deze context zeer verhelderend:

> "Het grote bezwaar tegen de eigendomsoverdracht tot zekerheid is, dat men met behulp daarvan wel tracht zijn bezit aan de greep van de schuldeisers te onttrekken. Daartoe maakt men dan gebruik hetzij van een schijnakte, d.w.z. een akte, waarin een eigendomsoverdracht wordt geconstateerd, welke in het geheel niet heeft plaats gehad, hetzij van een akte, die een werkelijk geschiede overdracht constateert, doch die geantedateerd is. Weliswaar kunnen schuldeisers daartegen opkomen met de z.g. Pauliana, doch *het bewijs dat een akte een schijnakte is, valt niet gemakkelijk te leveren, terwijl ook de antedatering moeilijk te bewijzen is. Aan deze bezwaren kan echter tot op zekere hoogte worden tegemoetgekomen door het eisen van een akte met vaste dagtekening. Daardoor wordt het opmaken van geantedateerde akten geheel voorkomen, terwijl het vereiste van een notariële akte dan wel het doen registreren van een onderhandse akte ook het opmaken van schijnakten zeker zal doen verminderen.* Het eisen van een vaste dagtekening zou de kredietverlening op geen enkele wijze in de weg staan. Inschrijving in de openbare registers daarentegen zou dit wel doen; immers de praktijk leert nu eenmaal dat men voor publiciteit bij kredietverlening op roerend goed huiverig is."[87]

Uit dit citaat kan tevens worden afgeleid dat de commissie voorstelde om het registratievereiste te vervangen door de eis van een "akte, van een zekere dagtekening voorzien". De hierop volgende discussie dient men te bezien in het licht van het toentertijd geldende bewijsrecht. Art. 1917 BW (oud) bepaalde:

> "Onderhandse akten hebben, ten aanzien harer dagteekening, tegen derden geene kracht, dan van den dag dat dezelve zijn *geregistreerd*; of van den dag, waarop degenen, of een van

84 Diephuis VI 1880, p. 99. Hij geeft als voorbeeld dat de schuldenaar/(schijn)cedent samenspant met de derde-beslagene/(schijn)debitor cessus.

85 E.M. Meijers, 'Eigendomsoverdracht tot zekerheid' (Prae-advies), in: *Correspondentie-Blad van de Broederschap der Notarissen in Nederland,* Amsterdam 1936, nr. 44, p. 275. Voor de resultaten van het onderzoek, zie nr. 44, p. 272-276.

86 Vgl. Salomons 2013, p. 320.

87 VV II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 686. De cursivering is toegevoegd. Interessant is dat in 1938 ter bestrijding van schijnakten een wetsontwerp is ingediend, inhoudende de eis van een notariële akte voor alle leveringen door middel van constituto possessorio. Het is ontwerp is "onder algemene afkeuring bezweken." Zie Polak (ongedateerd), p. 13.

degenen, die dezelve onderteekend hebben overleden zijn; of van dien waarop derzelver bestaan bewezen wordt bij akten, door openbare ambtenaren opgemaakt; of wel van den dag, waarop de derde, tegen wien men zich van de akte bedient, derzelver bestaan schriftelijk heeft erkend."[88]

De voorgestelde eis van een "akte, van een zekere dagtekening voorzien" bestempelde Meijers als een "oud begrip, dat op het ogenblik uit ons burgerlijk recht verdwenen is, maar dat men zou kunnen doen herleven."[89] Daarop verlangde een Kamerlid "toch nog wel even college van hem […] om een nadere toelichting te ontvangen."[90] Meijers repliceerde dat hij geen problemen had te spreken van een akte met een zekere dagtekening. Hij vond het echter een ouderwets begrip, omdat "[…] er onlangs een arrest van de Hoge Raad [is] gewezen, waarbij het gehele artikel 1917 vrijwel waardeloos is geworden, omdat gezegd is: in dat artikel worden slechts voorbeelden gegeven, men kan de datum van een akte ook tegen derden, door andere middelen – welke men ook wil – bewijzen."[91] Meijers had dus in tegenstelling tot wat hij zei wél problemen om te spreken van een akte met een zekere dagtekening. Kennelijk had hij met betrekking tot de bewijskracht van onderhandse akten jegens derden meer vertrouwen in registratie dan in de door de Hoge Raad geaccordeerde andere bewijsmiddelen.[92] Een laatste poging van de Commissie om de eis van een "akte, van een zekere dagtekening voorzien" verplicht te stellen, is onbeantwoord gebleven.[93] Het registratievereiste bleef dus overeind.

3.4.3 Doelen van het registratievereiste

Uit bovenstaand citaat uit het Voorlopig Verslag kunnen twee doelen van registratie worden gedestilleerd: ten eerste het voorkomen van antedatering van akten en ten tweede het voorkomen van schijnakten. Met betrekking tot het eerste doel was de minister ten tijde van de invoering duidelijk:

88 De cursivering is toegevoegd. Dit artikel is – reeds vóór de inwerkingtreding van het nieuwe BW – op 1 april 1988 vervallen bij de wet van 3 december 1987, Stb. 590.

89 Handelingen II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 703.

90 Handelingen II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 709.

91 Handelingen II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 716. Volgens Struycken 2009, p. 135, voetnoot 55 doelde Meijers waarschijnlijk op HR 4 april 1952, *NJ* 1953/391 (*Gemeente Apeldoorn/Slagter q.q.*) m.nt. PhANH. In dat arrest is echter ook beslist dat de dagtekening op de onderhandse akte zelf niet als bewijs van de datum kan gelden; er is dus iets "extra's" nodig, zoals bijvoorbeeld getuigen. Thans onder het nieuwe bewijsrecht mag de rechter wél de enkele dagtekening op de onderhandse akte als bewijs van de datum waarderen. Zie Pitlo/Rutgers & Krans 2014, nr. 79, p. 117-119 en uitgebreider: Pitlo/Hidma, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 57, p. 97-99.

92 In gelijke zin: Melis/Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2012, p. 487-488, die onder verwijzing naar het registratievereiste voor de onderhandse pandakte stelt dat de wetgever met het vervangen van art. 1917 BW (oud) door de vrije bewijswaardering voor onderhandse akten "[…] de waarde van registratie terdege [onderkent]."

93 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 729-730.

> "Voorop moet worden gesteld dat de registratie van een onderhandse akte een middel is om jegens een ieder te doen vaststaan dat die akte voor de dag waarop de daarop aangetekende registratie plaatsvond, is tot stand gekomen."[94]

Men ziet dat het doel van registratie is dat door de eis van een *geregistreerde* onderhandse akte of een *authentieke* akte wordt gepoogd antedatering te voorkomen.[95] In *Bannenberg/Rosenberg Polak q.q.* overwoog de Hoge Raad dat de strekking van de eis van registratie is

> "dat komt vast te staan dat de onderhandse akte is totstandgekomen uiterlijk op de dag van de, op het geregistreerde stuk aangetekende, registratie, zodat antedatering wordt tegengegaan (vgl. HR 14 oktober 1994, nr. 15 587, *NJ* 1995, 447, en HR 29 juni 2001, nr. C99/296, *NJ* 2001, 662) […]."[96]

Bij bestudering van de Duitse literatuur is het opvallend dat het probleem van antedatering een aanzienlijk minder prominente behandeling krijgt dan in de Nederlandse literatuur. Sterker nog: de grote handboeken zwijgen over *Rückdatierung*.[97] Ik vind dit des te opvallender, nu de zekerheidsoverdracht van roerende zaken en de zekerheidscessie vormvrij is.[98] Niet gezegd kan worden dat antedatering van zekerheden in Duitsland niet voorkomt.[99] Het Duitse recht heeft het probleem van antedatering geadresseerd door de (veronderstelde) afschrikkende werking van het strafrecht.[100] Ook in Nederland is antedatering van zekerheden strafbaar.[101] De vraag rijst waarom men in Nederland naast een strafbaarstelling heeft gekozen voor een civielrechtelijke oplossing voor het probleem van antedatering.

Antedatering om een vermogensverschuiving te simuleren/bewerkstelligen teneinde schuldeisers een vermogensobject te ontnemen, valt in ons vermogensrecht nu eenmaal niet uit te sluiten. Niet alleen kan men denken aan de in de parlementaire geschiedenis vaak aangevoerde overeenkomst van bruikleen, maar ook aan het vol-

94 MvA II Inv. (Inv. 3,5 en 6), p. 1329.

95 Vgl. o.a. Verhagen 1997, p. 177.

96 HR 19 november 2004, *NJ* 2006/215 m.nt. H.J. Snijders, *JOR* 2005/20 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, rov. 3.3.2.

97 Wel kan worden gewezen op de wens van de wetgever om schijnoverdrachten tegen te gaan. Het BGB kent thans de mogelijkheid c.p. te leveren (§ 930 BGB). De mogelijkheid van bedrog is uiteindelijk geëcarteerd, doordat het aan de rechter is overgelaten de schijnoverdracht van de werkelijke te onderscheiden en de door § 930 BGB vereiste *Besitzmittlungsverhältnis* "konkretisiert" moet zijn. Aldus: Staudinger/Wiegand 2011, § 930, Rn. 3.

98 Zie hierboven hoofdstuk 2, par. 2.3.

99 Zie bijv. J. Wessing, 'Insolvenz und Strafrecht – Risiken und Rechte des Beraters und Insolvenzverwalters', *NZI* 2003, p. 3 onder c.

100 Voor een voorbeeld van een strafrechtelijke veroordeling wegens benadeling van schuldeisers door antedatering van de cessieakte: AG Nürnberg 15.2.2011, openJur 2012, 113985, Rn. 21. Zie ook J. Wessing, 'Insolvenz und Strafrecht – Risiken und Rechte des Beraters und Insolvenzverwalters', *NZI* 2003, p. 4 onder c.

101 De strafbare feiten zijn bedrieglijke bankbreuk en valsheid in geschrifte. Zie voor een voorbeeld van een strafrechtelijke veroordeling wegens het antedateren van (o.a.) een pandrecht: Rb. Amsterdam 22 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9769.

gende voorbeeld. De schuldeiser van een koper van een schilderij legt beslag op dat schilderij. Hierna legt de koper/schuldenaar een geantedateerde overeenkomst van lastgeving over inhoudende de last om voor zijn broer een schilderij te kopen, althans een overeenkomst van lastgeving van eerdere datum tussen hem en zijn broer. Hierdoor treft het beslag door de werking van de leer van de directe verkrijging uit art. 3:110 BW geen doel.[102] Zo zijn er nog talloze voorbeelden te bedenken. De vraag dringt zich op waarom de wet antedatering bij de ene vermogensverschuiving of -bezwaring wil uitsluiten, en bij de andere niet. Mijns inziens is het antwoord op die vraag dat dit verschil kan worden verklaard door historische omstandigheden.[103] In Nederland is dat de omstandigheid dat men veel hinder ondervond van schijn- en geantedateerde akten, zoals bleek uit het onderzoek van Meijers. Men kan zich de vraag stellen of antedatering nog net zo'n groot probleem is als in 1935. Interessant is dat de in 1935 door Meijers uitgevoerde deurwaarders-enquête in 1969 is herhaald door Vreeswijk. Uit deze enquête onder deurwaarders blijkt

> "[…] dat het resultaat van de in 1935 door Meijers gehouden enquête als gevolg van de sedertdien veranderde maatschappelijk en economische omstandigheden volkomen is achterhaald. […] In tegenstelling tot de vooroorlogse tijd […] ondervinden de deurwaarders heden ten dage zelden moeilijkheden en wordt gewoonlijk door hen beslag gelegd, behalve in het zelden voorkomende geval, dat door de schuldenaar een *deugdelijke* akte van eigendomsoverdracht tot zekerheid wordt getoond."[104]

Ook acht ik het niet ondenkbaar dat door onder andere verdere professionalisering van justitie en recente belangstelling van de wetgever voor het voorkomen en vervolgen van faillissementsfraude[105] het probleem van antedatering minder speelt.

Een aan het voorkomen van antedatering verwant doel van het registratievereiste bij verpanding is volgens de wetgever het voorkomen van *schijn*akten. Ook dit doel wordt door de minister nog eens bevestigd bij de invoering. Volgens hem is het registratievereiste in de wet

> "[…] opgenomen op aandringen uit de Tweede Kamer, waarbij vooral werd gedacht aan de bestrijding van het euvel van schijnakten. […] Hierbij dient te worden bedacht dat de eis van registratie mede een psychologische rem zal vormen om tot het opmaken van valse akten te

102 Ook in dit voorbeeld zit men met bewijsproblemen, waarover *Groene Serie Vermogensrecht*, (losbl.), aantekening 15 bij art. 3:110 BW (bewerkt door J.D.A. den Tonkelaar, 2000).

103 Vgl. het hiervoor besproken Franse registratievereiste bij verpanding. Daarover merkt Cabrillac e.a. 2010, nr. 745, p. 558 op: "L'exigence d'un écrit revêtu d'une date certaine était née à la fin du XVIe siècle du souci de protéger le débiteur contre l'usure […]."

104 J.A. Vreeswijk, 'De toepassing en werking van de fiduciaire eigendomsoverdracht in de jaren 1935 en 1969', *WPNR* 1970/5079, p. 218. De cursivering is origineel. W. Snijders voert voor de uitkomst van deze enquête twee verklaringen aan: een verandering van de conjunctuur en "een verandering van de incassopraktijk: de grote vlucht die de faillissementsaanvrage als incassomiddel heeft genomen, in stede van beslag onder de schuldenaar." Zie Snijders 1970, p. 37. Vgl. ook Salomons 2013, p. 324, voetnoot 37.

105 Zie o.a. de brieven van de minister van Justitie en Veiligheid, Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74, en Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1.

komen, nu deze eis dwingt de akte onmiddellijk in handen van de inspectie der registratie te stellen."[106]

Struycken noemt deze opmerking een misverstand.[107] Reeds bij de parlementaire behandeling werd bij dit doel een aantal slagen om de arm gehouden. Volgens Meijers hielp registratie in de hier besproken vorm niet tegen het opmaken van schijnakten; slechts een registerpandrecht zou dat kunnen.[108] De regering was eenzelfde standpunt toegedaan, namelijk dat akten met een vaste dagtekening slechts antedatering tegengaan.[109] Ook uit het voorlopig verslag valt op te maken dat de Commissie niet verwachtte dat door registratie het probleem van schijnakten tot het verleden zou behoren. Zij vertrouwde hiervoor op de afschrikwekkende werking van toekomstige strafvervolging.[110]

Toch speelt dit doel een rol van betekenis in het positieve recht. Het was voor de Hoge Raad doorslaggevend in zijn ontkennende beantwoording van de vraag of een stil pandrecht ook kan worden gevestigd door het deponeren van een onderhandse pandakte bij de notaris, gevolgd door een notariële akte van dat depot.[111] Met annotator Kortmann valt echter te betwijfelen of registratie een remmend effect heeft op schijnakten.[112]

De conclusie is dat het registratievereiste twee doelen dient: ten eerste het voorkomen van antedatering van akten en ten tweede het voorkomen van schijnakten. Voor het tweede doel kan reeds op deze plaats geconcludeerd worden dat dit niet bereikt wordt en dat dat ook nooit de intentie van de wetgever is geweest. Bij de parlementaire behandeling werd het doel van voorkomen van schijnakten al naar beneden bijgesteld naar het afremmen van schijnakten.

3.4.4 Kenbaarheid door registratie?

In de literatuur is de opvatting te vinden dat registratie van een cessie- of pandakte "zwakke" publiciteit met zich brengt, omdat het bij stille cessie of stille verpanding om een authentieke of geregistreerde onderhandse akte gaat.[113] Deze gedachtegang wordt gevoed door hetgeen de minister heeft opgemerkt bij de invoering van stille cessie. Bij stille cessie hoeft geen mededeling gedaan te worden aan de debitor cessus (art. 3:94 lid 3 BW). Volgens de minister wordt de ratio van het mededelingsvereiste – dat is "dat duidelijkheid bestaat over het moment van overdracht en dat de overdracht kenbaar is" –

106 MvA II Inv. *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1330. Opgemerkt zij dat het Ontwerp-Meijers reeds het registratievereiste kende teneinde een zekere dagtekening te verkrijgen. Zie hierboven.

107 Struycken 2009, p. 134.

108 MvA II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 687, MO (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 689 en Handelingen II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 703.

109 MO (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 689.

110 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 728.

111 HR 19 november 2004, *NJ* 2006/215 m.nt. H.J. Snijders, *JOR* 2005/20 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Bannenberg/Rosenberg Polak q.q.*).

112 Daarnaast valt ook nog op te merken dat de litigieuze notariële akte van depot óók geregistreerd is (art. 3 Registratiewet 1970) en aldus het remmend effect – als dat er al is – ook wordt bereikt.

113 Aldus Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 80, p. 61.

bereikt door het feit dat de akte authentiek of *geregistreerd* moet zijn.[114] De stelling dat de overdracht door registratie kenbaar wordt, is echter onjuist. Een cessie- of pandakte wordt immers niet in een openbaar register ingeschreven en is dus niet kenbaar voor derden.[115] Om deze reden wordt betoogd dat van de cessieakte[116] en van stille verpanding van vorderingen[117] geen enkele publiciteit uitgaat. Ik sluit mij bij deze opvatting aan. Registratie van cessie- en pandakten brengt, overigens net als de cessie- of pandakte zelf (par. 3.2.3.3), geen enkele publiciteit met zich.

3.4.5 Recente ontwikkelingen: de (gedeeltelijke) afschaffing van de registratie van onderhandse akten

De laatste ontwikkeling op het gebied van registratie van onderhandse (pand)akten betreft de Wet van 13 december 2012 tot wijziging van de Registratiewet 1970 en enige andere wetten in verband met de invoering van de elektronische registratie van notariële akten en de gedeeltelijke afschaffing van de registratie van onderhandse akten (Wet elektronische registratie notariële akten).[118] Deze wet heeft de mogelijkheid afgeschaft om onderhandse akten waarvoor registratie geen wettelijk vormvereiste is te laten registreren.[119] De parlementaire behandeling van deze wet werpt een interessant licht op hoe de wetgever anno 2012 tegen de registratie van onderhandse akten aankijkt.

In de Memorie van Toelichting meent de minister dat registratie van pandakten van belang is "omdat het bestaan van een bezitloos pandrecht op een bepaalde datum ook tegenover derden moet kunnen worden aangetoond."[120] Vanuit de Tweede Kamer wordt geconstateerd dat de wet "registratie van onderhandse schenkingen" onmogelijk maakt.[121] Volgens de staatssecretaris van Financiën is dit geen probleem:

> "Bij schenkingen [die de strekking hebben om al tijdens het leven van de erflater te worden uitgevoerd,] voegt registratie niets toe aan de bewijskracht van de onderhandse akte. De behoefte van partijen bij de schenking om de akte te laten registreren berust dan ook op een juridisch misverstand."[122]

114 MvT, Kamerstukken II 2002/03, 28 878, nr. 3, p. 4. Merkwaardig is dat hier uitdrukkelijk verwezen wordt naar Verhagen 1997, p. 177 en dat Verhagen op die plek de kenbaarheid van de overdracht zelf *niet* noemt, maar slechts het voorkomen van antedatering.

115 Art. 10 lid 5 Registratiewet 1970 bepaalt ter zake van de geregistreerde onderhandse pandakte dat de inspecteur inzage verleend in de registers van registratie aan degenen die partij zijn bij een dergelijke akte, hun erfgenamen of hun rechtverkrijgenden.

116 Rongen 2012, nr. 533, p. 640.

117 Reehuis 1987, nr. 57, p. 71; O.K. Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 52; Wibier 2012, p. 388.

118 *Stb.* 2012, 648.

119 Op de website van de Belastingdienst kan men vinden in welke gevallen registratie verplicht is en akte dus worden geaccepteerd voor registratie: <http://www.belastingdienst.nl/>.

120 MvT, Kamerstukken II 2012-2013, 33 406, nr. 3, p. 3.

121 Kamerstukken II 2012-2013, 33 406, nr. 5, p. 2.

122 Kamerstukken II 2012-2013, 33 406, nr. 6, p. 2.

Waarin verschilt deze schenking nu van het vuistloze pandrecht? Een tussen partijen overeengekomen en uitgevoerde schenking heeft evenals een gevestigd vuistloos pandrecht gevolgen voor derden: de derde/schuldeiser van de schenker kan zich niet meer verhalen op het goed, omdat dat zich nu in het vermogen van de begunstigde bevindt. Het verschil is het feit dat bij de hierboven genoemde schenking de *titel* tot schenking wordt geregistreerd. Bij een vuistloos pandrecht betreft het de *vestigingshandeling.* Toch geeft de opmerking van de staatssecretaris stof tot nadenken. Als registratie niets zou toevoegen aan de bewijskracht, en registratie, zoals wij zojuist hierboven hebben gezien, geen publiciteit met zich brengt, welke reden blijft er dan over om het registratievereiste te handhaven?

Interessant in dit licht is het in 2006 in Frankrijk ingevoerde art. 2361 C. civ., dat bepaalt dat de verpanding van een vordering effect sorteert tussen partijen en jegens derden "à la date de l'acte." Zoals wij in het vorige hoofdstuk zagen, hoeft in het geval van verpanding van vorderingen de pandakte niet voorzien te zijn van een *date certaine*.[123] Een onderhandse, *niet* geregistreerde pandakte is dus voldoende. Julienne schrijft dat partijen vrij zijn om te kiezen of zij hun akte al dan niet laten registreren en ziet geen noodzaak de registratie als verplichting op te leggen.[124] Het gevaar van antedatering wordt ondervangen door het bewijsrecht; het is aan partijen en met name de pandnemer voor voldoende bewijs te zorgen. Zo zal het enkele beroep op een onderhandse pandakte waarschijnlijk niet genoeg zijn om de rechter te overtuigen.[125] Het bewijs van de datum kan overigens worden geleverd door alle middelen.[126] Julienne besluit zijn relaas met de opmerking dat de risico's die verbonden zijn aan het bewijs van de datum van de verpanding niet moeten worden overdreven.[127] Ook bij de verpanding van roerende zaken is het registratievereiste sinds 2006 afgeschaft. De bij het vuistpand en vuistloos registerpand voorgeschreven onderhandse pandakte (art. 2336 C. civ.) hoeft niet meer geregistreerd te worden.[128]

3.4.6 Afschaffing van het registratievereiste?

Vele auteurs hebben zich tegen het registratievereiste gekeerd. In chronologische volgorde kunnen de in de literatuur geuite bezwaren als volgt worden weergegeven. Uniken Venema voert drie bezwaren aan tegen een verplichte registratie bij cessie. Ten eerste vindt hij het bezwaarlijk dat "niets kwaad beogende maar juridisch ongeschoolde partijen" wegens onbekendheid met het registratievereiste een ongeldige cessie zullen

123 Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.3.
124 Julienne 2012, nr. 41, p. 34.
125 Julienne 2012, nr. 42, p. 34-35.
126 Julienne 2012, nr. 42, p. 34-35, die er ook op wijst dat art. 2350 C. civ. in het wetsvoorstel een overbodig geacht tweede lid bevatte, inhoudende dat bij betwisting van de datum de pandhouder de juistheid van die datum moest bewijzen, te leveren door alle middelen. Zie ook Synvet 2005, p. 68.
127 Julienne 2012, nr. 42, p. 35.
128 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1665, p. 459, die overigens met betrekking tot het vuistpand kritisch zijn over de afschaffing. Bij een vuistloos registerpandrecht moet de pandakte wel worden ingeschreven in een openbaar register voor tegenwerpbaarheid. Zie hierboven hoofdstuk 2, par. 2.3.2.

uitvoeren, ten tweede is het vereiste volgens hem onverenigbaar is met de behoeften van de praktijk, zoals cessie door middel van een briefwisseling en eenzijdige ondertekende stukken en tot slot zou het geen einde maken aan schijnakten, maar slechts aan geantedateerde schijnakten. Niettemin raadt hij de cessionaris wel aan zijn akte te registreren, omdat dit de bewijslast voor de datum voor de cessie vergemakkelijkt.[129] Tijdens de invoeringsfase van het nieuwe BW liet het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen aan de Vaste Commissie van Justitie van de Tweede Kamer weten dat wat hem betreft "[...] de eis van registratie van de onderhandse akte en a fortiori de eis van een authentieke akte dienen te vervallen. Het kan aan de praktijk worden overgelaten of registratie in bepaalde gevallen wenselijk wordt geoordeeld."[130] Ook Van Mierlo opperde kort voor de invoering van het nieuwe BW de eis van registratie te schrappen. Onder het oude recht leidde het ontbreken van een dergelijk vereiste bij de zekerheidsoverdracht nooit tot grote problemen en hij niet kan uitsluiten dat over het nieuwe registratievereiste in de toekomst hetzelfde gezegd kan worden.[131] Uit het feit dat de wetgever de pandhouder onder het nieuw BW niet in een nadeliger positie wenste te brengen dan de fiduciaire eigenaar/cessionaris onder het oude recht leidt Vriesendorp een argument voor afschaffing van het registratievereiste af.[132] Hij adviseert problemen omtrent de rangorde – gelijk aan het oude recht – op te lossen aan de hand van de gewone bewijsregels. Tevens raadt hij, net als Uniken Venema bij cessie deed, de pandhouder aan zijn onderhandse akte vrijwillig te registreren. Volgens Verstijlen kan het registratievereiste worden geschrapt als constitutief vereiste, omdat ondanks registratie nog steeds "de vraag naar de bewijskracht van de onderhandse akte moet worden gesteld."[133] Inderdaad zijn de bewijsrechtelijke implicaties van registratie van een onderhandse akte minimaal te noemen. Door registratie komt ten opzichte van derden slechts vast te staan dat de akte op de dag van registratie bestond, en daar is tegenbewijs mogelijk. Registratie verandert niets aan de bewijskracht van de akte zelf.[134] Voor Vriesendorp is het feit dat registratie geen bescherming biedt tegen schijnakten een reden om voor afschaffing te pleiten en hij noemt de registratie-eis van art. 3:237 en 3:239 BW een "legislatief wanprodukt". De eis brengt volgens hem voor alle belanghebbenden een lastenverzwaring met zich zonder dat hiermee een wezenlijk belang

129 C.Æ. Uniken Venema, 'Overdracht en verpanding van rechten in het Ontwerp-B.W. (V)', *WPNR* 1958/4533, p. 171-172.

130 Zie J. Spier, 'Fiduciaire rechtsverhoudingen, eigendomsvoorbehoud en bekrachtiging/standpunt van de bedrijfsjuristen', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1985/1, p. 2. Uit VV II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1329 lijkt te kunnen worden opgemaakt dat deze suggestie niet expliciet aan de minister is voorgelegd.

131 A.I.M. van Mierlo, 'Van zekerheidsoverdrachten, de dingen die voorbijgaan (en daarvoor in de plaats komen!)', *WPNR* 1991/6030, p. 890. De tijd heeft geleerd dat hij gelijk had.

132 Vriesendorp 1992, p. 152 onder verwijzing naar MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1197 e.v. en p. 731.

133 Verstijlen 1994, p. 112.

134 Struycken 2009, p. 140. Vgl. ook A.I.M. van Mierlo, 'Verpanding bij verkorte akte (bulkregistratie) rechtsgeldig', *NbBW* 1994, p. 115, die (onder het toen geldende bewijsrecht) wijst op het feit dat de onderhandse pandakte, inclusief de dagtekening, dwingend bewijs oplevert tussen partijen, inclusief de curator (art. 123 Fw en HR 14 november 1913, *NJ* 1913/1265).

mee wordt gediend.[135] Volgens Struycken "moet er meer ruimte worden gecreëerd voor afwijkende wijzen voor het verkrijgen van een vaste dagtekening."[136] Hij verwijst daarbij naar het in dit hoofdstuk reeds vaker ter sprake gekomen art. 152 Rv. Tot slot pleit ook Rongen voor afschaffing van het registratie- en authenticiteitsvereiste voor stille cessie en verpanding. Volgens hem wegen de beoogde voordelen ("het voorkomen van antedatering en het tegengaan van valse en schijnakten") niet op tegen het door hem gestelde nadeel ("rompslomp"). Daarnaast zouden buitenlandse partijen het registratievereiste als hinderlijk ervaren en moet volgens hem het risico van antedatering niet worden overschat. Uiteindelijk komt hij tot de slotsom dat de met het registratievereiste nagestreefde rechtszekerheid zeer betrekkelijk is.[137]

Daarbij komt de rechtsontwikkeling. Het argument vóór registratie van onderhandse akten was dat men in de praktijk aan akten zonder zekere datum weinig geloof hechtte.[138] De verwachting was dat de eis van registratie dit zou versterken. Door registratie staat met zekerheid vast dat de akte op die datum bestond. Het doel van registratie is dat antedatering wordt tegengegaan. Door de rechtsontwikkeling die sedertdien heeft plaatsgevonden, wordt dit doel niet bereikt. Deze rechtsontwikkeling, geaccordeerd door de Hoge Raad, is hier de oorzaak van. Ik doel op de in *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* ingezette soepele benadering van het bepaaldheidsvereiste in combinatie met de voor pandakten geldende subjectieve uitleg uit *De Liser de Morsain/Rabobank*.[139] In de literatuur is in het verleden weleens een ruime ratio aan het registratievereiste toegekend. Zo is volgens Vriesendorp de ratio van de eis van registratie dat er geen enkel misverstand of onduidelijkheid mag bestaan over de vraag of en wanneer een bepaalde vordering in pand is gegeven. Het toestaan van het niet vermelden van een vordering in de pandakte maar specificatie in buiten de pandakte gelegen *niet geregistreerde* bescheiden brengt met zich dat men geen zekerheid heeft over het bestaan en tijdstip van de verpanding.[140] Als een pandakte een vordering niet expliciet hoeft te vermelden, dan dient een zekere dagtekening van die akte geen enkel doel. Derden (inclusief de faillissementscurator) kunnen in onzekerheid verkeren over de inhoud van de akte. Derden kunnen dus, ondanks de zekere datum die als doel heeft hen te beschermen, niet met zekerheid zeggen welk object partijen met de pandakte (willen) bezwaren. Ook hierdoor heeft de zekerheid van de dagtekening zijn waarde verloren. Voorts kan worden gewezen op het feit dat de reeds eerder ter sprake gekomen verzamelpandakte-constructie tot

135 Vriesendorp 1995a, p. 14 en p. 17. Vgl. in dit licht Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1, waarin werd geoordeeld dat het uitwinnen van de borg door de bank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, omdat als diezelfde bank de pandakte wél had geregistreerd – de bank was dit vergeten – de borg niet had hoeven te worden aangesproken (rov. 4.2).

136 Struycken 2009, p. 140 en stelt in voetnoot 63 met een verwijzing naar art. 3:39 BW en literatuur over dat artikel dat de rechter in staat is "flexibel om te gaan met de sanctie op een vormvoorschrift".

137 Rongen 2012, nr. 538, p. 648-649.

138 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 725 onder A. sub c.

139 HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/447 m.nt. W.M. Kleijn en HR 16 mei 2003, *NJ* 2004/183 m.nt. W.M. Kleijn. In het volgende hoofdstuk worden de arresten uitgebreid behandeld en in samenhang bezien.

140 Vriesendorp 1992, p. 151.

gevolg heeft dat de pandakte dagelijks wordt geregistreerd.[141] Vriesendorp stelt dat dit in feite de afschaffing van de registratie-eis bij verpanding van vorderingen betekent en roept de wetgever daarom op de registratie-eis uit art. 3:237 en art. 3:239 BW te schrappen.[142] In dit kader kan ook nog worden gewezen op de overweging van de Hoge Raad in het arrest *Van Leuveren q.q./ING* dat de voor deze verzamelpandakte-constructie benodigde volmacht *niet* geregistreerd hoeft te zijn.[143] Dit heeft tot gevolg dat door de registratie van de verzamelpandakte niet vaststaat dat uiterlijk op deze dag van registratie een pandakte tot stand is gekomen, omdat men voor deze vaststelling naast de pandakte ook de volmacht nodig heeft.[144] Ook door deze ontwikkeling is het belang van registratie van onderhandse pandakten afgenomen.

3.4.7 Tussenconclusie

Het registratievereiste dient twee doelen: ten eerste het voorkomen van antedatering van akten en ten tweede het voorkomen van schijnakten. Het tweede doel wordt niet bereikt en ook bij het eerste doel kan men vraagtekens zetten. De eis van een *geregistreerde* onderhandse of *authentieke* akte kan ook op andere wijzen worden bereikt. Hierbij dient de vrije bewijsleer uit art. 152 Rv leidend te zijn. Met enige vorm van publiciteit heeft deze vorm van registratie niets van doen.

Het probleem van antedatering behoort mijns inziens slechts door het strafrecht te worden geadresseerd. De door de wetgever gekozen civielrechtelijke oplossing voor het probleem bereikt zijn doel niet en alleen daarom al kan de registratie-eis mijns inziens worden geschrapt. Ook andere argumenten dwingen tot schrapping. Het spreekt voor zich dat met het laten vallen van het registratievereiste ook het vereiste van een *authentieke* akte kan worden geschrapt.

3.5 De in art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW gestelde eis dat de pandgever in de pandakte verklaart dat hij bevoegd is tot verpanding en of het goed al dan niet reeds bezwaard is

3.5.1 Inleiding

Art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW stelt de eis dat de pandgever in de pandakte moet verklaren dat hij bevoegd is tot verpanding en of het goed al dan niet reeds bezwaard is met een beperkt recht. Ook in deze laatste paragraaf van dit hoofdstuk zal de vraag onderzocht worden wat de wetgever met dit vereiste wil nastreven, of deze doelen ook op andere wijzen kunnen worden bereikt en of deze eisen nog gerechtvaardigd zijn.

141 HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*).
142 R.D. Vriesendorp, 'Expositie van het insolventierecht', *NJB* 2009/34, p. 2250, digitaal *NJB* 2009/1709 onder 5a.
143 HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van Leuveren q.q./ING*), r.o. 4.5.2.
144 F.M.J. Verstijlen onder HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 (*Dix q.q./ING*) onder 8.

3.5.2 Wat is het doel van art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW?

Het antwoord op de vraag wat het doel is van art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW vindt men in de parlementaire geschiedenis. De verplichting uit art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW is in de wet opgenomen op uitdrukkelijk verzoek van de vast Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer.[145] In de memorie van toelichting valt te lezen dat de minister verwachtte

> " […] dat de pandhouder toch op naleving van deze verplichting zal staan, nu hij een opgave naar waarheid van de betreffende gegevens in elk geval nodig heeft om te weten of hem een behoorlijk onderpand wordt aangeboden."[146]

De minister merkte bij de invoering op:

> "Men kan van een pandgever vergen dat hij deze gegevens omtrent zijn goed inderdaad kent. Voorts is het belang daarvan voor de pandhouder zonder meer duidelijk."[147]

Het doel van de eis is dus dat de pandhouder zijn zekerheidsrecht beter op waarde kan schatten.[148]

3.5.3 Wordt het doel bereikt?

Het zojuist beschreven doel van de verklaring van art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW is dat de kredietverstrekker/pandnemer aan de hand van de pandakte kan inschatten wat de aan hem verstrekte zekerheden waard zijn. Dat lijkt mij een voorstelling van een gang van zaken die niet (meer) strookt met de werkelijkheid. Kredietverstrekkers zullen naar ik aanneem toch geruime tijd vóór het opmaken van de pandakte reeds een inschatting maken welke vermogensbestanddelen van de kredietnemer voor verpanding in aanmerking komen.

Los van het nut van de verplichte verklaring kleeft er in de praktijk een aantal bezwaren aan de eis. Ten eerste zegt een verklaring nog niets over de werkelijke beschikkingsbevoegdheid of eerdere bezwaring van het goed. De verklaring is geen constitutief vereiste voor de vestiging en het ontbreken van de verklaring of een onjuiste verklaring heeft geen gevolgen voor de vestiging.[149] In de parlementaire geschiedenis werd dit voor het geval van ontbreken van de verklaring gerechtvaardigd met de niet onbegrijpelijke redenering dat nietigheid van de verpanding terwijl de pandgever wel beschikkingsbevoegd was ongewenst is.[150] Tegen het doen van een onjuiste verklaring

145 Zie VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 725 onder 4Ac.
146 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 749.
147 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1330.
148 O.a. Pitlo/Reehuis 2012, nr. 769, p. 560, nr. 770, p. 561, nr. 810, p. 589.
149 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 810. Zie ook Rb. Amsterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS: 2012:BV9842, rov. 4.2.
150 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 749.

wordt – ook niet onbegrijpelijk – vertrouwd op de afschrikwekkende werking van het Wetboek van Strafrecht.[151] Het is echter niet ondenkbaar dat de krediet-behoevende pandgever in financiële problemen een onjuiste verklaring doet.[152] Voorts is het doen van een verklaring bij de vestiging van een pandrecht bij voorbaat lastig. Voor de invoering van art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW constateerde Mijnssen al dat de in deze artikelen neergelegde verplichting in het geval van verpanding van toekomstige goederen weinig nut heeft. Indien de pandgever nadien onder eigendomsvoorbehoud geleverde roerende zaken verkrijgt, is hij niet tot verpanding bevoegd, maar kon hij dat nog niet in de akte verklaren.[153] Hij wist immers niet dat het desbetreffende goed onder eigendomsvoorbehoud geleverd zou worden. Wel is het denkbaar dat men verklaart dat men al dan niet reeds eerder bij voorbaat pandrechten heeft gevestigd. Maar gezien de onzekerheid over de voorwaarden waaronder men in de toekomst een goed geleverd krijgt, heeft het eisen van een verklaring in de pandakte in het geval van verpanding van toekomstige goederen weinig zin.

Een ander probleem is het volgende. Een voor de in *Dix/ING* geaccordeerde verpandingsconstructie benodigd middel is dat er op het moment van het daadwerkelijk opmaken van de meest recente verzamelpandakte géén contact is tussen pandgever en pandhouder. Dit wordt vormgegeven door een door de pandgever verleende volmacht aan de pandhouder, waarmee laatstgenoemde zelf in naam van de pandgever/kredietnemer een pandakte kan opmaken. Dit betekent dat het twijfelachtig is of de gevolmachtigde pandhouder in staat is een juiste verklaring als bedoeld in art. 3:237 lid 2 en 3:239 lid 2 BW te doen. Immers, de gevolmachtigde pandhouder is geen rechthebbende van de 'door hem' te verpanden goederen. Geconcludeerd kan dus worden dat de verzamelpandakteconstructie afbreuk doet aan art. 3:237 lid 2 en 3:239 lid 2 BW. Zo is bijvoorbeeld de in de literatuur geopperde[154] oplossing om in het geval van meervoudige stille verpanding de rangorde vast te stellen aan de hand van de verklaring van de pandgever dat het goed al dan niet reeds is verpand of bezwaard onmogelijk.[155]

In de literatuur wordt de in deze paragraaf behandelde verklaring een rol toebedeeld bij de vaststelling of de (jongere) pandhouder in aanmerking komt voor bescherming tegen een eerder gevestigd pandrecht. Zo zal bij de vestiging van een tweede vuistloos pandrecht de (onjuiste) verklaring van de pandgever in de pandakte dat het goed onbezwaard is, kunnen leiden tot de conclusie dat de tweede vuistloze pandhouder het anterieure vuistloze pandrecht "kent noch behoort te kennen" in de zin van art. 3:238 lid 2 BW. Indien de tweede vuistloze pandhouder op grond van art. 3:237 lid 3 BW gebruikmaakt van zijn bevoegdheid het goed in zijn macht of in die van een derde te brengen en hij op dat moment het anterieure vuistloze pandrecht "kent noch behoort te

151 Waarover Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 170, p. 175. Zie ook Reehuis 1987, nr. 65, p. 73; Hamwijk 2014, p. 146.

152 Heilbron 2011, p. 47; Vriesendorp & Barendrecht 1993, p. 4.

153 F.H.J. Mijnssen, 'Bezitloos en stil pandrecht in het NBW', *Advocatenblad* 61-17, 1981, p. 386.

154 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 128, p. 133.

155 Kaptein 2012b, p. 143.

kennen", brengt art. 3:238 lid 2 BW een rangwisseling met zich: het zodoende ontstane vuistpandrecht is vanaf dat moment het eerste pandrecht in rang.[156]

Men ziet dat een verplichting dat de pandgever in de pandakte verklaart dat hij bevoegd is tot verpanding en of het goed al dan niet reeds bezwaard is wel een rol kan spelen. Het is echter niet noodzakelijk deze verklaring in de pandakte op te nemen. Het is ook mogelijk de pandhouder slechts te verplichten bij de vestiging te verklaren dat hij tot het verpanden van het goed bevoegd is alsmede hetzij dat op het goed geen beperkte rechten rusten, hetzij welke rechten daarop rusten. Voldoende is dan dat de opvolgende pandhouder van het bestaan van een eerder pandrecht op de hoogte geraakt.[157] Ook een dergelijke verplichting tot een vormloze verklaring kan worden gehandhaafd door de afschrikwekkende werking van het strafrecht. Weliswaar levert een onjuiste verklaring geen valsheid in geschrifte meer op, maar wordt die onjuiste verklaring wel aangemerkt als oplichting.[158]

3.5.4 Tussenconclusie

Van meet af aan heeft de verplichting voor de pandgever om in de pandakte te verklaren dat hij bevoegd is tot verpanding en/of het goed al dan niet reeds bezwaard is (art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW) beperkte waarde gehad. Daarbij komt dat ontwikkelingen in de praktijk afbreuk doen aan deze verplichting. De verplichting tot het verklaren in de pandakte kan daarom worden vervangen door de verplichting bij de vestiging op enige wijze te verklaren dat hij tot het verpanden van het goed bevoegd is alsmede dat op het goed al dan niet beperkte rechten rusten.

3.6 Conclusie

De onderhandse pandakte zoals die vereist wordt door art. 2:237 en art. 3:239 BW heeft vijf functies. Ten eerste is het (i) een bewijsmiddel *van* de verpanding en ten tweede (ii) een vormvereiste *voor* de verpanding. Ten derde kan men aan de hand van de pandakte nagaan of aan (iii) het bepaaldheidsvereiste is voldaan. Ten vierde dient de pandakte (iv) geregistreerd te worden teneinde een zekere dagtekening te verkrijgen en ten slotte dient de pandgever in de pandakte (v) te verklaren dat hij bevoegd is tot verpanding en of het goed al dan niet reeds bezwaard is, teneinde aan de in art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW gestelde eis te voldoen.

Het doel dat met de eerste functie wordt nagestreefd, te weten (i) bewijs van de verpanding, kan ook op andere wijzen worden bereikt. Het feit dat de pandakte ziet op de vestiging van een pandrecht, noopt niet tot het voorschrijven van een schriftelijk bewijsmiddel.

156 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 129; Van Hoof 2013, voetnoot 9.
157 Vgl. art. 3:37 lid 3 BW.
158 Art. 326 Sr. Vgl. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 749; Reehuis 1987, nr. 65, p. 73; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 170, p. 175. Bij gebrek aan een geschrift is oplichting wel moeilijker te bewijzen.

De doelen die met de laatste vier functies worden nagestreefd worden door uiteenlopende ontwikkelingen niet bereikt. Het (ii) aktevereiste als wettelijk vormvereiste kent geen doel, anders dan (wets)systematische consistentie.

Het (iii) bepaaldheidsvereiste dwingt niet tot het voorschrijven van een pandakte. Uit een aantal voorbeelden blijkt dat ook de wetgever dit reeds heeft onderkend. Nu het bepaaldheidsvereiste niet dwingt tot het voorschrijven van een pandakte, kan ook aan de hand van andere (bewijs)middelen de bepaaldheid worden vastgesteld.

Het (iv) registratievereiste is ingevoerd om hoofdzakelijk antedatering tegen te gaan. Om uiteenlopende redenen, waaronder de rechtsontwikkeling, wordt dit doel niet bereikt. Bezwaarlijk is dat niet; ook op andere wijzen kan men een zekere dagtekening verkrijgen.

Art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW stellen de eis dat (v) de pandgever in de pandakte verklaart dat hij bevoegd is tot verpanding en of het goed al dan niet reeds bezwaard is. Deze verklaring heeft weinig tot geen toegevoegde waarde en kan daarom gemist worden.

Geen van de functies dient een gelegitimeerd doel. De slotsom is dat het aktevereiste bij verpanding geschrapt kan worden. Die conclusie doet de vraag rijzen wat er in de plaats van het aktevereiste dient te komen. Die vraag wordt behandeld in hoofdstuk 9.

4 Uitleg en het bepaaldheidsvereiste

4.1 Inleiding

De vraag of een te verpanden goed door de pandakte voldoende is bepaald, is een kwestie van uitleg van de pandakte. Daarom dient eerst het leerstuk uitleg te worden behandeld. Daarbij rijst de vraag welke maatstaf dient te worden gehanteerd. In hoofdstuk 2 bleek dat het bepaaldheidsvereiste een rol zou kunnen spelen bij de vaststelling van goederenrechtelijke rechten.[1] De vraag werpt zich op wanneer aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan en waarom het goed bepaald moet zijn. In het slot van dit hoofdstuk wordt bezien of een synthese van het leerstuk uitleg en het bepaaldheidsvereiste tot nieuwe inzichten in dat bepaaldheidsvereiste leidt.

Vanwege de gelijkenissen tussen het Nederlandse en Duitse systeem van goederenrechtelijke zekerheden zal in dit hoofdstuk ook aandacht worden besteed aan uitleg en bepaaldheid naar Duits recht. Het Franse recht zal daarentegen slechts incidenteel behandeld worden. De reden daarvoor is dat het bepaaldheidsvereiste daar weinig tot ontwikkeling lijkt gekomen.[2]

4.2 Uitleg van de pandakte

4.2.1 Het belang van uitleg

Door uitleg stelt men de betekenis van de verklaringen van partijen vast en dus ook de daardoor ontstane rechtsgevolgen.[3] Art. 1378 BW (oud) bepaalde dat uitleg niet aan de orde mocht komen "[i]ndien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn […]." Ook in Frankrijk wordt ervan uitgegaan dat slechts "un contrat obscur" dient te worden uitgelegd; bij duidelijke overeenkomsten kan uitleg achterwege blijven.[4] In Nederland

1 Zie hierboven hoofdstuk 2, par. 2.5.6.

2 Wellicht heeft men daar onvoldoende tijd gehad om geconfronteerd te worden met de gevolgen voor het bepaaldheidsvereiste van de sinds 2006 beschikbare stille verpanding van vorderingen en vuistloze verpanding van roerende zaken.

3 Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III 2014, nr. 362.

4 Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck 2013, nr. 772, p. 381: "[…] un contrat clair ne doit pas être interprété, mais purement et simplement appliqué." Zie ook Terré, Simler & Lequette 2009, nr. 450, p. 465.

heeft deze zienswijze plaatsgemaakt voor de opvatting dat woorden en verklaringen op zichzelf nooit duidelijk zijn en pas duidelijk worden door uitleg.[5] Deze opvatting is thans de heersende leer.[6] Een en ander betekent dat uitleg dient plaats te vinden om de betekenis van woorden of verklaringen te achterhalen.[7] Ook in Duitsland heeft de gedachte dat woorden en verklaringen nooit duidelijk zijn pas de laatste tijd postgevat. Nota bene leden van het *Bundesgerichtshof* schreven in 1982, onder uitvoerige verwijzing naar rechtspraak van het *Bundesgerichtshof*, in hun commentaar op het BGB:

> "Ist die Erklärung eindeutig, d.h. klar und zweifelsfrei, dann ist für eine Auslegung grundsätzlich kein Raum […]."[8]

Ruim dertig jaar later heeft men die gedachte losgelaten. In het volgende citaat wordt, onder verwijzing naar een grote hoeveelheid hoofdzakelijk in de laatste twintig jaar verschenen rechtspraak en literatuur, uiteengezet waarom een verklaring nooit duidelijk is:

> "Die Beurteilung einer Willenserklärung als „eindeutig" ist freilich zwangsläufig das Ergebnis eines interpretatorischen Vorgangs, der nicht ohne Berücksichtigung der Begleitumstände erfolgen kann […]. Die Eindeutigkeitsformel ist zudem missverständlich, weil sie dahin fehlinterpretiert werden kann, als würde der eindeutige *Wortlaut* einer Willenserklärung die Auslegung entbehrlich machen […]. Weil das Ziel der Auslegung darin besteht, dem erklärten Parteiwillen zur Geltung zu verhelfen und § 133 nachdrücklich eine reine Buchstabeninterpretation verbietet, können Willenserklärungen auch gegen ihren (scheinbar) eindeutigen Wortlaut ausgelegt werden […]."[9]

Het belang van het leerstuk uitleg moge duidelijk zijn: zowel in Nederland als in Duitsland is het de heersende leer dat verklaringen en woorden nooit duidelijk zijn en dat hun betekenis door uitleg wordt vastgesteld.

---

5 Valk 2013, nr. 262, p. 278, die verwijst naar Scholten 1909; Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III 2014, nr. 370. Zie echter ook I. Kisch, 'Paul Scholten en de rechtsvinding', *WPNR* 1975/5314, p. 537-538; F.W. Grosheide, 'Lees maar, er staat wat er staat', *WPNR* 2001/6428, p. 6 e.v. Laatstgenoemde betoogt dat woorden (in contracten) in beginsel duidelijk zijn, maar plaatst bij die stelling op p. 6 een voetnoot (9) die luidt: "Daaraan doet natuurlijk niet af dat ook al behoren juridische teksten van de hier besproken soort niet tot de literatuur, ook daarvoor vanuit een linguistisch en kennistheoretisch gezichtspunt geldt dat zij altijd interpretatie behoeven. […]"

6 Aldus Van Schaick 1998, p. 277.

7 Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III 2014, nr. 370.

8 BGB-RGRK/Krüger-Nieland & Zöller 1982, § 133, Rn. 5. Zie voor meer oude rechtspraak waarin dit werd aangenomen: Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 9.

9 Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 9; Soergel/Hefermehl 1999, § 133, Rn 27 en de verwijzingen in voetnoot 109. Zie ook MüKoBGB/Busche 2015, § 133, Rn. 53: "Ob ein Wortlaut als eindeutig anzusehen ist, kann ohne seine Auslegung nicht ausgesagt werden." Zie echter ook Palandt/Ellenberger 2012 § 133 Rn. 6: "Gleichwohl hat der schon im gemeinen Recht anerkannte Grds, dass eindeut Erkl keiner Auslegg bedürfen, als Hilfsmittel für die jur Praxis seine Bedeutg. Er stellt klar, dass er keiner Sinnermittlg bedarf, wenn am ErklInhalt kein Zweifel mögl ist […]."

4.2.2 Uitleg

Nederlands recht

Het leerstuk uitleg is het meest tot ontwikkeling gekomen in het overeenkomstenrecht. Bij de uitleg van verklaringen en overeenkomsten is een belangrijke rol weggelegd voor de redelijkheid en billijkheid.[10] In het standaardarrest *Haviltex* besliste de Hoge Raad dat het bij de uitleg van een schriftelijk contract niet aankomt op "een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract" maar "op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht."[11] Deze maatstaf geldt ook voor mondelinge overeenkomsten.[12] In de Haviltexnorm zit de wilsvertrouwensleer (art. 3:33 en 3:35 BW) verweven.[13] Dat brengt mee dat de bewoordingen "op zichzelf nooit beslissend zijn. Het gaat erom wat partijen in de gegeven omstandigheden uit elkaars verklaringen en gedragingen redelijkerwijs (gerechtvaardigd vertrouwen) omtrent elkanders bedoelingen (wil) mochten afleiden."[14] Een objectievere uitleg van een overeenkomst kan in een voorkomend geval op zijn plaats zijn. Deze zogenaamde cao-maatstaf[15] geldt in het geval waarin de contractspartijen geen bemoeienis hebben gehad bij de opstelling van de overeenkomst of wanneer de tekst van de overeenkomst relevant is voor de rechtspositie van derden.[16] In *DSM/Fox* overwoog de Hoge Raad dat tussen de Haviltexnorm en de cao-norm geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang.[17] In het arrest formuleerde de Hoge Raad ook twee criteria die kunnen leiden tot een objectieve uitleg van een "geschrift": (i) als de in het geschrift belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en (ii) het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechts-

10 Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III 2014, nr. 362, 364.

11 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (*Haviltex*). Zie ook Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III 2014, nr. 364.

12 HR 4 september 2009, *NJ* 2009, 397 (*Van Regteren/VGK*), rov. 3.4.2. Zie ook Valk 2013, nr. 265, p. 280, die opmerkt dat "[d]at […] eigenlijk vanzelf [spreekt], juist omdat die maatstaf ontleend is aan de wilsvertrouwensleer. Die leer ziet immers op alle rechtshandelingen, onverschillig de vorm."

13 Valk 2013, nr. 265, p. 279-280. Vgl. ook P.A. Fruytier, 'De eigen uitleg van de overeenkomst door de rechter en de grenzen van de rechtsstrijd', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer* (Liber amicorum mr. R.S. Meijer), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 84-85, voetnoot 1.

14 Valk 2013, nr. 266, p. 280. Het criterium van de *gegeven omstandigheden* behandelt Valk in nr. 267, p. 281-283.

15 Zie recent HR 18 december 2015, *RvdW* 2016/91 (*Thesaiveerasingam/Balans*), rov. 3.4.2.

16 C.E. Drion & E. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2008/799, p. 934, met enige kanttekeningen in voetnoot 7 en 8 aldaar. Zie ook HR 23 maart 2001, *NJ* 2003/715 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ofasec/NTM*), waarin de bepalingen van een trustakte bij een obligatielening naar objectieve maatstaven werd uitgelegd, omdat de obligatiehouders niet bij de totstandkoming van de trustakte zijn betrokken.

17 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*), rov. 4.4.

positie op uniforme wijze te regelen.[18] Valk schrijft dat *DSM/Fox* tot een genuanceerde uitlegmethode leidt, maar onzekerheid oplevert wat betreft de aan te leggen uitlegmaatstaf.[19] In recente arresten heeft de Hoge Raad de Haviltexmaatstaf onderstreept, waarmee hij een strikt taalkundige uitleg als hoofdregel van de hand wijst.[20] Het belang van de Haviltexnorm ligt hoofdzakelijk[21] in de bescherming die het partijen biedt: zij zijn gebonden aan hetgeen zij daadwerkelijk hebben afgesproken en niet aan een onjuiste of onnauwkeurige neerslag daarvan.

Frans recht

Art. 1156 C. civ. bepaalt dat men bij de uitleg van een overeenkomst naar de gemeenschappelijke wil van de partijen op zoek moet, in plaats van te stoppen bij de letterlijke betekenis van de woorden. Het Franse recht kent dus een subjectieve uitleg. In de handboeken schrijft men dat de geest prevaleert boven de letter.[22] Daarbij zij aangetekend, zoals in de vorige paragraaf al bleek, dat men slechts aan uitleg toekomt als het contract 'onduidelijk' is.[23]

Duits recht

Ook in Duitsland prevaleert de gemeenschappelijke partijbedoeling boven de letterlijke interpretatie van wilsverklaringen. Voor de uitleg van een wilsverklaring bepaalt § 133 BGB: "Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften." Voor de uitleg van een overeenkomst bepaalt § 157 BGB: "Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Beide artikelen gelden voor zowel wilsverklaringen als overeenkomsten, omdat het niet gerechtvaardigd is een onderscheid te maken tussen de uitleg van wilsverklaringen en overeenkomsten.[24] Over de exacte verhouding tussen de twee artikelen bestaat geen duidelijkheid. Eén van de zienswijzen is dat er tussen het ogenschijnlijk subjectieve element (*dem inneren Willen*) van § 133 BGB en de objectieve(re), normatieve criteria (*Treu und*

18 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*), rov. 4.4.

19 Valk 2013, nr. 267a, p. 285.

20 HR 5 april 2013, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), rov. 3.4.3; HR 7 februari 2014, *NJ* 2015/274 m.nt. J. Hijma (*Afvalzorg/Slotereind)*, rov. 4.2.2; HR 13 november 2015, *NJ* 2015/469 (*Z/V*), rov. 3.3.3. Zie ook HR 20 september 2013, *NJ* 2014/522 m.nt. H.J. Snijders (*Gemeente Rotterdam/Eneco Beheer*), rov. 3.4.2 en annotator Snijders onder 2. Vgl. ook C.E. Drion, *NJB* 2014/1903.

21 Loth 2009, nr. 15, p. 39 wijst op het feit dat bij hantering van de Haviltexmaatstaf de transactiekosten laag zijn, maar de kans op rechterlijke fouten aanzienlijk is. Andersom zijn bij het hanteren van een tekstuele uitleg de transactiekosten hoog en is de kans op rechterlijke fouten beperkt.

22 Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck 2013, nr. 772, p. 382, met een voorbeeld in voetnoot 6 aldaar; Terré, Simler & Lequette 2009, nr. 450, p. 466 met voorbeelden in voetnoot 7 aldaar.

23 Als in een vonnis "un contrat claire et précise" toch andersluidend wordt uitgelegd, wordt het volgens vaste rechtspraak van de *Cour de cassation* gecasseerd. Zie Terré, Simler & Lequette 2009, nr. 459, p. 476-477. Zie ook: Tjittes 2009, p. 72, verwijzend naar Cass. civ. 15 avril 1872, *Bull. civ.* N. 72 (tevens raadpleegbaar via www.legifrance.gouv.fr).

24 Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 3. Zie ook MüKoBGB/Busche 2015, § 133, Rn. 17; Biehl 2010, p. 196 onder II.1; BGH NJW 1956, 1475.

Glauben en *Verkehrssitte*) van § 157 BGB een spanningsveld bestaat.[25] Een andere opvatting is dat dit slechts een schijnbare tegenstelling betreft, nu het ook mogelijk is "den wirklichen Willen" van § 133 BGB conform de objectieve uitlegleer objectief te interpreteren.[26] Deze laatste zienswijze is zowel in rechtspraak als literatuur de heersende geworden.[27] De rechtsontwikkeling heeft geleid tot de theorie van de *Empfängerhorizont*. Daarbij gaat het erom een verklaring zo uit te leggen hoe de ontvanger van de verklaring die verklaring naar *Treu und Glauben* en met inachtneming van de *Verkehrssitte* moet begrijpen.[28] De objectivering mag niet zo ver gaan dat men een bepaalde verklaring zuiver objectief uitlegt, dat wil zeggen naar de betekenis die iedereen dan wel een willekeurige redelijke deelnemer aan het rechtsverkeer daaraan zou geven.[29] Ook het *Bundesgerichtshof* heeft expliciet overwogen dat § 133 BGB een uitleg naar zuiver objectieve gezichtspunten verbiedt.[30] De te hanteren uitlegnorm wordt in de literatuur omschreven als een *objektiv normative Auslegung*.[31] De rechtspolitieke hoofdargumenten voor de hiervoor beschreven theorie van de *Empfängerhorizont* zijn het leerstuk van de *Vertrauensschutz* en de erkenning van de verantwoordelijkheid van de verklarende voor zijn verklaring.[32]

Het komt mij voor dat het verschil tussen de in de Nederlandse literatuur als *subjectief* aangeduide Haviltexnorm en de Duitse *objektiv normative* basisnorm in combinatie met het in de volgende paragraaf te behandelen leerstuk *falsa demonstratio non nocet*[33] voor een groot deel semantisch van aard is.[34] Bij beide uitlegnormen prevaleert de gemeenschappelijke partijbedoeling boven letterlijke interpretatie van de verklaring

25 Biehl 2010, p. 196; Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 4. Biehl 2010, p. 196 onder II.2a schrijft dat de ontwerpers van het BGB dat spanningsveld over het hoofd hebben gezien, omdat § 157 BGB in het eerste ontwerp voor het BGB nog niet in het Algemeen Deel was opgenomen.

26 Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 4; Biehl 2010, p. 196.

27 Biehl 2010, p. 196 onder II.2b.

28 Biehl 2010, p. 196 onder II.2b; Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 18; Palandt/Ellenberger 2012, § 133, Rn. 9. Zie ook BGH NJW 2010, 2422, rov. 33 en de vele verwijzingen: "Dabei sind empfangsbedürftige Willenserklärungen so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (BGHZ 103, BGHZ Band 103 Seite 275 [BGHZ Band 103 Seite 280] = NJW 1988, NJW Jahr 1988 Seite 1378; BGHZ 36, BGHZ Band 36 Seite 30 [BGHZ Band 36 Seite 33] = NJW 1961, NJW Jahr 1961 Seite 2251; BGH, NJW 2009, NJW Jahr 2009 Seite 774 Rdnr. 25)."

29 MüKoBGB/Busche 2015, § 133, Rn. 12; Biehl 2010, p. 196 onder II.2b.

30 BGH NJW-RR 2009, 1714, Rn. 17.

31 Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 5, 18 e.v.

32 MüKoBGB/Busche 2015, § 133, Rn. 13.

33 In Duitsland maakt men een dogmatisch onderscheid tussen dit leerstuk en dat van de *Empfängerhorizont*; in Nederland zitten beide leerstukken 'ingebakken' in de Haviltexmaatstaf.

34 Vgl. M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht* (diss. Utrecht), 1999, p. 149: "Normatieve uitleg is weliswaar 'objectief', maar wordt bepaald door subjectieve omstandigheden van de ontvanger (en eventueel. ook verklaarder); ze is niet volledig heteronoom." Vgl. echter ook Tjittes 2009, p. 79: "Het Nederlandse en Duitse recht zijn voorbeelden van rechtsstelsels waar bij de uitleg van contracten de subjectief-objectieve interpretatiemethode wordt gehanteerd, met dien verstande dat in het Duitse recht naar mijn inschatting de objectieve uitleg meer vooropstaat dan in Nederland. […] In het Duitse recht wordt eveneens een subjectief-objectieve uitleg van contracten nagestreefd, maar de nadruk ligt al gauw op de objectieve uitleg."

en is een grote rol weggelegd voor het vertrouwen dat de ontvanger van de verklaring in die verklaring mocht hebben.

4.2.3 Uitleg van de pandakte

Zoals hierboven in par. 4.2.1 bleek, worden woorden en verklaringen eerst duidelijk door uitleg en dient uitleg dus altijd plaats te vinden. De theorie dat woorden en verklaringen nooit duidelijk zijn, is gegrond op een artikel van Paul Scholten, die in 1909 schreef: "[…] *op zichzelf zijn de woorden eener akte nooit duidelijk* […]."[35] Dat volgt volgens Valk ook uit de mogelijkheid dat partijen buiten hetgeen zij hebben opgeschreven iets zijn overeengekomen; daarom dienen geschriften altijd te worden uitgelegd.[36] Het voorgaande betekent dat ook pandakten dienen te worden uitgelegd.[37] Welke maatstaf geldt er voor de uitleg van een pandakte en waarom?

Nederlands recht

In het arrest *De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag* heeft de Hoge Raad beslist dat het bij de uitleg van een cessieakte aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[38] Gezien de schakelbepaling van art. 3:98 BW moet worden aangenomen dat hetzelfde geldt voor pandakten. Voor de uitleg van een pandakte geldt dus de in de vorige paragraaf besproken Haviltexmaatstaf. Het antwoord op de vraag waarom deze maatstaf geldt voor de uitleg van pandakten vindt men in de conclusie vóór *De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag.* Daarin verwijst A-G Keus naar de conclusie vóór het arrest *Meijs q.q./Bank of Tokyo-Mitsubishi*. In die conclusie formuleerde A-G Hartkamp het mijns inziens voor de Hoge Raad doorslaggevende argument waarom een subjectieve uitleg niet bezwaarlijk is:

> "Het argument dat een grammaticale uitleg ten gunste zou zijn van derden weegt minder zwaar dan het hierboven reeds geciteerde argument (HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 m.nt. WMK) dat een akte van verpanding van nieuwe vorderingen en de daarbij behorende lijsten voor de pandnemer, laat staan voor derden, *vrijwel nooit duidelijkheid scheppen*. Zowel in de eerder door de Hoge Raad beoordeelde gevallen (die betrekking hadden op de bepaald-

35 Scholten 1909, p. 310.

36 Valk 2013, nr. 262, p. 278.

37 Vgl. HR 16 mei 2003, *NJ* 2004.183 m.nt. W.M. Kleijn (*De Liser de Morsain/ Rabobank Den Haag*). Het Hof Den Haag (kenbaar uit *NJ* 2004/183) overwoog dat de vordering *onvoldoende duidelijk* in de akte was omschreven en daarom niet was gecedeerd (rov. 3.3). De Hoge Raad overwoog echter "[…] dat voor de bepaling van de inhoud van een akte van cessie *niet* slechts van belang is, hetgeen uit de desbetreffende akte zelf blijkt. Het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (rov. 4.4)." (curs. toegevoegd; FLJK). In de praktijk pleegt men vaak meer bepalingen op te nemen in de pandakte dan slechts de bepaling die ziet op de verpanding. In het vervolg bedoel ik met uitleg van de pandakte uitleg van de bepaling in de pandakte die ziet op de beoogde verpanding.

38 HR 16 mei 2003, *NJ* 2004/183 m.nt. W.M. Kleijn (*De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag*).

heid van de verpande of gecedeerde vorderingen) als in dit geval, waarin het gaat om de vraag of de verklaring van de pandgever voldoende duidelijk maakt dat het gaat om een akte die tot verpanding strekt, geldt dat bij de beantwoording van de vraag of een geldig pandrecht is gevestigd, de duidelijkheid jegens derden niet doorslaggevend is. Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van het vereiste van art. 3:94 BW, inhoudende dat de akte tot levering bestemd moet zijn, brengt mee dat aan het vereiste is voldaan indien de pandnemer redelijkerwijze uit de akte kon afleiden dat de pandgever de bedoeling had de daarin aangeduide vorderingen te verpanden. Zeker bij een massaal verschijnsel als de stille verpanding van vorderingen op naam via periodieke toezending van pandlijsten dringt de noodzaak van een dergelijke (onmiskenbaar vrij soepele) wetsuitleg zich op."[39]

Volgens A-G Hartkamp is een subjectieve uitleg niet bezwaarlijk voor derden en daarom staat niets aan een subjectieve uitleg van de pandakte in de weg. Daarnaast zijn in de literatuur plaatsen te vinden waar wordt betoogd dat een soepele en subjectieve uitleg in het geval van cessie- en pandakten noodzakelijk zou zijn om de praktijk te bedienen.[40]

Duits recht

Ook in Duitsland speelt uitleg een grote rol bij de zekerheidsoverdracht en zekerheidscessie. Beide vormen van goederenrechtelijke zekerheid kunnen vormvrij overeengekomen worden. Voor de zekerheidscessie vereiste (vormvrije) *Abtretungsvertrag* en bij de zekerheidsoverdracht door middel van een levering c.p. vereiste (vormvrije) *Einigung* geldt het volgende. Voor de uitleg van het *Abtretungsvertrag* gelden de algemene uitlegregels van §§ 133, 157 BGB.[41] Ook de *Einigung* dient te worden uitgelegd aan de hand van de algemene uitlegregels.[42] Dat betekent dus dat de in de vorige paragraaf beschreven *objektiv normative* maatstaf geldt voor de uitleg van een *Abtretungsvertrag* of een *Einigung*. Om voornamelijk bewijstechnische redenen zullen genoemde overeenkomsten toch op schrift worden gesteld.[43] Dan kan het mogelijk zijn dat dat

39 Conclusie A-G Keus vóór HR 16 mei 2003, *NJ* 2004/183 m.nt. W.M. Kleijn onder 2.5 en conclusie A-G Hartkamp vóór HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/662 m.nt. W.M. Kleijn onder 10 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo – Mitsubishi*). De cursivering is toegevoegd. Vgl. ook Beekhoven van den Boezem 2009, p. 86.

40 Zie bijv. annotator Kleijn onder HR 16 mei 2003, *NJ* 2004/183 (*De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag*) m.nt. W.M. Kleijn; Beekhoven van den Boezem 2009, p. 85-86. Beekhoven van den Boezem schrijft op p. 85 over de keuze van de Hoge Raad in *De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag* voor een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten: "De verklaring moet echter niet gezocht worden in de dogmatiek maar in de economische noodzakelijkheid. De Hoge Raad bedient zich van een redenering die is ingegeven door de eisen die het financieringsverkeer stelt." En op p. 86: "Het is niet meer dan een compromis, ingegeven door de eisen die het financieringsverkeer stelt. Naar mijn mening is dit dan ook de enige ratio voor het verschil in uitleg van akten waarmee registergoederen worden geleverd of daarop een beperkt recht wordt gevestigd, en akten die dienen voor de cessie of verpanding van vorderingen."

41 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 14; Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn. 3. Zie bijv. ook LG Düsseldorf BeckRS 2014, 10586, Rn. I.b).

42 BGH NJW 1990, 1913, Rn. 1; MüKoBGB/Oechsler 2013, § 929 Rn. 27; Staudinger/Wiegand 2011, § 929 Rn. 9.

43 Zie daarover uitgebreider hoofdstuk 9, par. 9.5.

geschrift uitgelegd dient te worden. Bij het op schrift stellen bestaat de mogelijkheid dat het op schrift gestelde niet overeenkomt met hetgeen partijen zijn overeengekomen. In een dergelijk geval geldt de volgende hoofdregel:

> "Sind sich sämtliche an einem Rechtsgeschäft Beteiligte über die Bedeutung der jeweiligen Abreden einig oder weiß der Empfänger zufällig, was der Erklärende gemeint hat, besteht kein Anlass, den Parteien den objektiven Inhalt des Erklärten aufzuzwingen: „falsa demonstratio non nocet" […]."[44]

Deze falsa-demonstratio-non-nocetregel vloeit voort uit de partijautonomie.[45] Deze regel geldt in twee gevallen waarin de verklarende "A" wil verklaren, maar per ongeluk "B" verklaart: (i) als de ontvanger van "B" niet betwist dat "A" verklaard zou moeten zijn en (ii) als de ontvanger van "B" de verklaring abusievelijk als "A" heeft begrepen.[46] Het bekendste voorbeeld van toepassing van dit leerstuk vindt men in het Duitse equivalent van het Haviltexarrest: het in 1920 door het *Reichsgericht* gewezen *Haakjöringsköd*-arrest.[47] Daarin werd het per abuis opgenomen woord "*Haakjöringsköd*", dat in het Noors haaienvlees betekent, conform partijbedoelingen uitgelegd als walvisvlees. Dergelijke *Falschbezeichnungen* zijn dus onschadelijk.[48] In het kader van dit hoofdstuk is het relevant dat het "falsa demonstratio"-leerstuk tot gevolg heeft dat een onjuiste omschrijving van de debitor cessus de rechtsgeldigheid van de cessie onverlet laat; door uitleg kan men tot de bedoelde debitor cessus komen.[49] Ook in de verhouding tussen de trekker en de eerste nemer van een cheque oordeelde het Keulse *Oberlandesgericht* dat de bij vergissing ontstane onjuiste valuta-aanduiding "DM" op een in Frankrijk opgemaakte cheque naar partijbedoelingen diende te worden uitgelegd als "FF".[50]

4.2.4 De relatie tussen de uitlegmaatstaf voor pandakten en publiciteit

Het ontbreken van publiciteit is een veelgehoord argument ter rechtvaardiging van een subjectieve uitleg.[51] Voor de uitleg van in de openbare registers ingeschreven notariële

44 Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 13. Zie ook MüKoBGB/Busche 2015, § 133 Rn. 14 en de vele verwijzingen naar rechtspraak en literatuur in voetnoot 11; BGH NJW 2008, 1658, Rn. 12 met vele verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

45 MüKoBGB/Busche 2015, § 133 Rn. 14. Onder de *Grundsatz der Privatautonomie* valt overigens de contractsvrijheid. Ook in Nederland behoort het beginsel van de contractsvrijheid tot het bredere autonomiebeginsel, aldus Van Dam 2013, nr. 147, p. 154.

46 H.J. Wieling, 'Die Bedeutung der Regel „falsa demonstratio non nocet" im Vertragsrecht', *AcP* 172 Heft 4 (1972), p. 297.

47 RGZ 99, 147, 148.

48 Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 13, met verwijzingen naar zeer veel rechtspraak en literatuur.

49 Zie OLG Schleswig BeckRS 2006, 13434, LSK 2014, 030163.

50 OLG Köln NJW-RR 1997, 940. Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 14 spreekt van "einem zutreffenden Urteil". Wellicht is het in het huidige euro-tijdperk goed te vermelden dat de gehanteerde uitleg tot gevolg had dat de cheque recht gaf op een aanzienlijk lager bedrag.

51 Zie bijv. C.E. du Perron onder HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 (*ING/Muller q.q.*): "[…] het heeft geen zin een uitlegmethode te volgen ter bescherming van derden als de uit te leggen tekst niet voor publiciteit jegens derden is bestemd."

leverings- of vestigingsakten heeft de Hoge Raad in het in 2000 gewezen arrest *Stichting Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s.* een objectieve maatstaf aangewezen.[52] In de literatuur werd al langere tijd het feit dat in de openbare registers ingeschreven notariële leverings- of vestigingsakten voor iedereen zichtbaar zijn als reden voor een objectieve uitleg aangevoerd; derden dienen daarop te kunnen afgaan.[53] In het geval van splitsing in appartementsrechten geldt voor de uitleg van de akte van splitsing een objectieve maatstaf, zo overwoog de Hoge Raad in *De Prinsenwerf*. Deze keuze motiveert hij als volgt:

> "De rechtszekerheid vergt dat voor de vaststelling van hetgeen tot de privégedeelten respectievelijk tot de gemeenschappelijke gedeelten behoort, slechts acht mag worden geslagen op de gegevens die voor derden uit of aan de hand van de in de openbare registers ingeschreven splitsingsstukken *kenbaar* zijn."[54]

In *Eisers/Stichting Mitros* herhaalt de Hoge Raad de geciteerde rechtsoverweging en vult daarop aan:

> "Indien de ingeschreven splitsingsstukken voor verschillende uitleg vatbaar zijn, dient de rechter vast te stellen welke uitleg van deze stukken naar objectieve maatstaven het meest aannemelijk is."[55]

Met deze arresten is geen twijfel meer over mogelijk dat de Hoge Raad voor de uitleg van akten een 'kenbaarheidscriterium' hanteert.[56] Is een akte voor derden uit of aan de hand van de openbare registers *kenbaar*, dan geldt voor de uitleg daarvan een objectieve maatstaf. Ook in Duitsland geeft het feit dat stukken uit de openbare registers kenbaar zijn aanleiding tot het toepassen van een objectieve maatstaf voor de uitleg van die stukken.[57] Kenbaarheid van akten dwingt dus tot een objectieve uitleg van die

52 HR 8 december 2000, *NJ* 2001/350 m.nt. W.M. Kleijn (*Stichting Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s.*; over de eigendomsoverdracht van een stuk grond) rov. 3.3. Zie ook HR 13 juni 2003, *NJ* 2004/251 (*Teijsen/Marcus*; over de vestiging van een erfdienstbaarheid) rov. 3.4; HR 2 december 2005, *NJ* 2007/5 (*WE Vastgoed/Henselmans*; idem) rov. 3.3; HR 20 oktober 2010, *NJ* 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*; over de vestiging van een opstalrecht) rov. 4.2.2; HR 17 december 2010, *NJ* 2011/9 (*Genco c.s./Erven De Heer*; over de vestiging van een erfdienstbaarheid) rov. 3.8.2; HR 19 april 2013, *NJ* 2013/240 (*X/Maatschappij van Welstand*; idem), rov. 3.5.3. Vgl. reeds Van Schaick 1998, p. 274 en voetnoot 24.

53 Zie de auteurs genoemd bij A-G Wissink vóór HR 20 oktober 2010, *NJ* 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*), voetnoot 14; Rongen 2012, nr. 820, p. 1047 en zijn verwijzingen in voetnoot 276. A-G De Vries Lentsch-Kostense stelde in haar conclusie vóór HR 8 december 2000, *NJ* 2001/350 m.nt. W.M. Kleijn (*Stichting Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s*), onder 9 dat objectieve uitleg noodzakelijk is "in verband met het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit en het specialiteitsbeginsel".

54 HR 1 november 2013, *NJ* 2013/522 (*De Prinsenwerf*), rov. 3.4.2. De cursivering is toegevoegd.

55 HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/119 (*Eisers/Stichting Mitros*), rov. 3.4.

56 Kaptein 2014, par. 1.2, p. 623.

57 Ook in Duitsland draait het om de *kenbaarheid* van de bescheiden. Zie bijv.: BGH NJW 2004, 3413, 3416: "Unterlagen […] dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres *erkennbar* sind. (curs. FJLK)" Dit is vaste recht-

akten. *A contrario* kan men dan redeneren dat het ontbreken van kenbaarheid een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten rechtvaardigt.[58] Zoals in het vorige hoofdstuk duidelijk werd (par. 3.2.3.3), gaat van een pandakte geen enkele publiciteit uit. De akte is niet kenbaar voor derden uit een openbaar raadpleegbaar register of op andere wijze. De pandakte bij vuistloze en stille verpanding kan dan subjectief worden uitgelegd.[59]

4.2.5 DSM/Fox en uitleg in het goederenrecht

Zoals gezegd, levert het arrest *DSM/Fox* onzekerheid op omtrent de aan te leggen uitlegmaatstaf.[60] De kans bestaat dat die onzekerheid bij de uitleg van overeenkomsten nu ook begint door te sijpelen in het goederenrecht. Uit de voorgaande paragrafen rijst een eenduidig beeld voor uitleg in het goederenrecht. Voor derden *kenbare* bescheiden, zoals de in de openbare registers ingeschreven notariële akte van splitsing (art. 5:109 BW), worden objectief uitgelegd. Voor derden *niet-kenbare* bescheiden, zoals de geregistreerde onderhandse pandakte (art. 3:237/239 BW), worden subjectief uitgelegd.[61] Recentelijk heeft de Hoge Raad de objectievere maatstaf uit *DSM/Fox* echter toegepast in het goederenrecht. Hieruit zou men kunnen afleiden dat de Hoge Raad een andere koers gaat varen: als iets niet kenbaar is, moet er *dus* objectief worden uitgelegd.

In *Coface/Intergamma* ging het om de uitleg van een cessieverbod. De Hoge Raad overwoog:

> "Een beding als het onderhavige, dat naar zijn aard mede is bestemd om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kennen, en dat ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen, dient te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf (zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493 [*DSM/Fox*; toevoeging FJLK]). Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd."[62]

---

spraak: BGH NJW 1973, 846, 847; 1973, 895, 896; NJW 2007, 2912. Zie ook Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 72; MüKo BGB/Busche 2012, § 133, Rn. 44; MüKo BGB/Busche 2012, § 157, Rn. 31.

58 Anders: J.M. Milo, 'De normatieve weg naar uitleg in het goederenrecht', in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: Boom 2009, p. 110, die zonder verdere motivering stelt dat het gebrek aan publiciteit dient te worden gecompenseerd door een objectieve uitleg. Hieronder zal verdedigd worden dat derden – als zij al voor bescherming in aanmerking komen – niet door een objectieve uitleg beschermd hoeven te worden.

59 C.E. du Perron onder HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 (*ING/Muller q.q.*): "De verwerping van de objectieve uitlegmethode ligt voor de hand, omdat bij een stil pandrecht de akte – uiteraard – niet bedoeld is om het pandrecht aan derden bekend te maken."

60 Zie hierboven voetnoot 19.

61 Kaptein 2014, par. 1.2.

62 HR 21 maart 2014, *NJ* 2015/167 m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*), rov. 3.4.2.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of het arrest *Coface/Intergamma* tot gevolg heeft dat ook cessie- en pandakten objectief moeten worden uitgelegd.[63] Vóór *Coface/Intergamma* stelden Wissink en Rongen zich op het standpunt dat een pandakte de rechtspositie van derden niet op uniforme wijze regelt.[64] Men zou zeggen dat voor een cessieverbod hetzelfde geldt; het heeft slechts de strekking de schuldenaar niet met een andere schuldeiser te confronteren.[65] Geopperd wordt echter om de beslissing van de Hoge Raad in *Coface/Intergamma* niet zozeer in te passen in de bestaande uitleg-regels, maar in de sleutel van het belang van een soepel kredietverkeer te plaatsen. Een objectieve uitlegregel geeft de meeste kans op verbintenisrechtelijke werking van het cessieverbod en dus de minste kans op onoverdraagbaarheid (en onverpandbaarheid).[66] Annotator Snijders schrijft dat het arrest wellicht in bewijsrechtelijk perspectief moet worden gelezen. Het zou mogelijk kunnen zijn dat de Hoge Raad een bewijsvermoeden of zelfs een omkering van de stelplicht en de bewijslast voorschrijft.[67] Voorts benadrukt Snijders dat de Haviltexmaatstaf nog steeds van toepassing is, zodat niet slechts de tekst van het beding een rol speelt.[68] Volgens Biemans kan uit 's Hogen Raads verwijzing naar *DSM/Fox* "als zodanig niets worden afgeleid m.b.t. de uitleg van cessie- en pandakten."[69] Ook Rongen meent dat uit *Coface/Intergamma* niet afgeleid kan worden dat de Hoge Raad bereid is cessie- en pandakten objectief uit te leggen.[70] Mijns inziens is de reikwijdte van het arrest *Coface/Intergamma* beperkt tot (de uitleg van) cessieverboden. Een (niet uit een openbaar register kenbare) akte ter kennis van anderen brengen is iets anders dan kenbaarheid van die akte. In het eerste geval bestaat er, zoals in de vorige paragraaf bleek, geen aanleiding om een objectieve uitlegmaatstaf te hanteren, in het laatste eventueel wel. Ook zal verderop (par. 4.4.6) worden verdedigd dat een objectieve uitleg niet het aangewezen beschermingsmiddel is voor derden. Overigens wordt in rechtspraak ná *Coface/Intergamma* onverkort de Haviltexmaatstaf gehanteerd voor de uitleg van een pandakte, al dan niet onder expliciete verwijzing naar *De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag*.[71]

63 Kaptein 2014, p. 623 e.v.; M.H.E. Rongen, 'De uitleg van cessie- en verpandingsverboden na het arrest Coface/Intergamma', *TFR* 2014/7, p. 330, voetnoot 27; E. Loesberg onder Hof Amsterdam 30 september 2014, *JOR* 2014/345 onder 6; Biemans 2015, p. 165. Vgl. ook F.M.J. Verstijlen onder HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 onder 6.

64 M.H. Wissink, 'Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen', *WPNR* 2004/6579, nr. 20, p. 413; Rongen 2012, nr. 813, p. 1037. Vgl. ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 231, p. 206.

65 Kaptein 2014, par. 1.4.

66 Kaptein 2014, par. 1.6.

67 H.J. Snijders onder HR 21 maart 2014, *NJ* 2015/167 onder 4c en d.

68 H.J. Snijders onder HR 21 maart 2014, *NJ* 2015/167 onder 4d en e: "Ik mag aannemen dat bij die objectieve maatstaven ook weer het Haviltex-criterium moet worden betrokken."

69 Biemans 2015, p. 165, voetnoot 43.

70 M.H.E. Rongen onder Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2015, *JOR* 2015/221 onder 9.

71 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2015, *JOR* 2015/221, *NJF* 2015/283, rov. 3.4.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2332, rov. 4.3 e.v.; Hof Amsterdam 18 november 2014, *JOR* 2015/88, rov. 3.7; Hof Amsterdam 30 september 2014, *JOR* 2014/345, rov. 3.5.1; Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9798, rov. 4.4.

De meest recente invloed van *DSM/Fox* op uitleg in het goederenrecht kan wellicht gevonden worden in het volgende. Voor een overeenkomst van achterstelling bepleitten de eisers tot cassatie in het vóór *DSM/Fox* gewezen arrest *Curatoren Habo/Besix* een objectieve uitlegmethode in plaats van de Haviltexmaatstaf, omdat een dergelijke overeenkomst de belangen van andere crediteuren direct raakt.[72] De Hoge Raad besliste echter dat voor de uitleg van een overeenkomst van achterstelling in de zin van art. 3:277 lid 2 BW de Haviltexmaatstaf geldt.[73] Volgens annotator Du Perron oordeelt de Hoge Raad overeenkomstig de kort daarvoor gewezen regel uit *ING/Muller q.q.*[74], die inhoudt dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst ook gevolgen heeft voor anderen dan partijen, niet rechtvaardigt een andere dan de Haviltexmaatstaf toe te passen.[75] In de recente *SNS*-beschikking oordeelde de Ondernemingskamer onder verwijzing naar *DSM/Fox* dat bepaalde achterstellingen in beginsel naar objectieve maatstaven moesten worden uitgelegd, omdat "[...] de houders van deze obligaties en certificaten [...] geen invloed hebben gehad op de bewoordingen van de achterstellingen en de overwegingen die ten grondslag hebben gelegen aan hun formulering, ook voor hen niet kenbaar waren [...]."[76] De Ondernemingskamer overwoog ook dat voor de uitleg van achterstellingen in overeenkomsten die rechtstreeks zijn gesloten tussen betrokken partijen, wel 'gewoon' de Haviltexnorm geldt.[77] Uit de beschikking van de Ondernemingskamer noch uit het arrest van de Hoge Raad kan men mijns inziens afleiden dat het feit dat een afspraak gevolgen heeft voor anderen dan partijen, een objectieve uitlegmaatstaf zou moeten gelden.[78] Ook uit *SNS* kan mijns inziens niet worden afgeleid dat de Hoge Raad bereid is cessie- en pandakten objectief uit te leggen.

4.2.6 De in de literatuur geuite wens voor een objectieve uitleg van de pandakte

Ondanks de hierboven uiteengezette rechtvaardiging voor een subjectieve uitleg van pandakten, lijkt een aantal auteurs zich tegen die uitlegmaatstaf te keren. Zij pleiten voor een objectieve uitleg van cessie- en pandakten. Beekhoven van den Boezem meent dat een objectieve uitleg van cessie- en pandakten "rechtseenheid en rechtszekerheid" geeft en een "gekunstelde subjectieve uitleg […] geen recht doet aan de goederenrechtelijke basisvereisten". Verder stelt hij dat een subjectieve uitleg slordigheid in de hand werkt en "helemaal niet praktisch" is, en tot slot dat de cessie- of pandakte als leverings-/vestigingsvereiste de rechtvaardiging naar derden is en dat er daarom "eisen" aan zouden mogen worden gesteld.[79] Ook Verdaas heeft zich op het standpunt gesteld

72 C.E. du Perron onder HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/203.
73 HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/203 m.nt. C.E. du Perron (*Curatoren Habo/Besix*), rov. 3.5.1.
74 HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 m.nt. C.E. du Perron (*ING/Muller q.q.*).
75 C.E. du Perron onder HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/203.
76 Rov. 6.66 en 6.60, kenbaar uit HR 20 maart 2015, *NJ* 2015/361 m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgaarde (*SNS*).
77 Rov. 6.71, kenbaar uit HR 20 maart 2015, *NJ* 2015/361 m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgaarde (*SNS*).
78 Zie HR 20 maart 2015, *NJ* 2015/361 m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgaarde (*SNS*), rov. 4.34.2-4.34.4.
79 Beekhoven van den Boezem 2008, par. 2 slot, p. 74-75. De geciteerde argumenten zijn ook terug te vinden in Beekhoven van den Boezem 2009, p. 88.

dat cessie- en pandakten objectief dienen te worden uitgelegd.[80] Hij meent dat derden uiteindelijk aan de hand van de pandakte moeten kunnen vaststellen welke vorderingen zijn bedoeld te verpanden.[81] Ook A-G Timmerman meent dat bij de uitleg van de cessieakte een meer objectieve maatstaf past en minder gewicht toe dient te komen aan de bedoelingen van de cedent en de cessionaris, omdat de debitor cessus in geval van discussie moet kunnen bepalen welke vorderingen zijn gecedeerd.[82] Minder expliciet is Reehuis. Hij stelt dat in het geval dat in strijd met een ruimere titel een vordering niet in de cessieakte wordt vermeld het om de vordering zoals omschreven in de akte gaat: "[O]ok bij toepassing van de Haviltexmaatstaf op die omschrijving kan [de cessionaris] bezwaarlijk daaronder ook de [wel in de titel genoemde, niet in de akte genoemde] vordering […] begrijpen."[83]

4.2.7 Aan de hand van enkel de pandakte kan niet worden vastgesteld of het pandrecht bestaat

Mijns inziens is geen van de in de vorige paragraaf besproken argumenten overtuigend. Het standpunt dat derden aan de hand van de pandakte moeten kunnen vaststellen welke vorderingen zijn verpand, verdient geen navolging. De redenering impliceert dat derden de cessie- of pandakte *vooraf* zouden kunnen inzien en dan aan de hand van een objectieve uitleg hun gedragingen op de voor hen kenbare goederenrechtelijke rechtstoestand aanpassen. Zoals in het vorige hoofdstuk is uiteen gezet (par. 3.2.3.3), gaat van de cessie- of pandakte geen enkele publiciteit uit. Cessie- en pandakten zijn niet gepubliceerd in een openbaar register en dus niet kenbaar voor derden. Derden kunnen hun gedragingen – zoals bijvoorbeeld het leggen van beslag – niet afstemmen op de voor hen kenbare rechtstoestand. Zij kunnen niet 'afgaan' op een pandakte. Zo bezien schiet een objectieve uitleg zijn doel voorbij. Ook het feit dat een cessie- of pandakte *achteraf* kan worden ingezien, dwingt niet tot het hanteren van een objectieve uitleg. Volgens A-G Hartkamp is een subjectieve maatstaf voor de uitleg van cessie- en pandakten de geëigende, omdat dergelijke akten voor derden "vrijwel nooit duidelijkheid scheppen". Redeneert men door, dan komt men tot het volgende. Voor een rechtsgeldige cessie of stille verpanding vereist art. 3:84 lid 1 BW een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid van de cedent/pandgever en een leverings-/vestigingshandeling krachtens art. 3:94 BW/art. 3:237/239 BW.

80 Verdaas 2008, nr. 178, p. 148; Verdaas 2012, nr. 18.

81 Verdaas 2008, nr. 175, p. 146-147; Verdaas 2012, nrs. 11-16, 29.

82 A-G Timmerman vóór HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/263 onder 3.2.4. De door hem bepleite maatstaf valt volgens hem onder verwijzing naar *DSM/Fox* binnen de Haviltexmaatstaf.

83 Reehuis 2004, nr. 80, p. 87. De tekst tussen blokhaken is toegevoegd.

Geldige titel
Wat betreft de eerste eis kan men vrijwel nooit met zekerheid weten of er een rechtsgeldige titel aanwezig is.[84] De titel tot verpanding is naar Nederlands recht vormvrij.[85] Mondeling gesloten titels zijn onzichtbaar en ook schriftelijke titels zijn niet uit een openbaar register kenbaar voor derden. Tevens kan er voor het meerdere in de pandakte ten opzichte van de titel géén geldige titel aanwezig zijn, kan de titel vernietigd of nietig zijn, of kan er überhaupt geen titel aanwezig zijn. Ook de titel tot verpanding dient te worden uitgelegd aan de hand van de Haviltexmaatstaf.[86]

Beschikkingsbevoegdheid
Voor de eis van beschikkingsbevoegdheid geldt het volgende. Bij onroerende en roerende zaken komt de wet degene die moet beoordelen of iemand beschikkingsbevoegd is enigszins tegemoet; hij kan afgaan op de openbare registers respectievelijk op het feit dat iemand houder is. De houder wordt immers vermoed bezitter te zijn en de bezitter wordt vermoed eigenaar te zijn (art. 3:109 jo. art. 3:119 lid 1 BW).[87] Het blijft slechts bij die tegemoetkomingen. Zo is het mogelijk dat de openbare registers onvolledig zijn en dat een inschrijving daarin onjuist is.[88] Bij roerende zaken geeft de wet slechts een (weerlegbaar) vermoeden; het is mogelijk dat de houder en zelfs de bezitter geen eigenaar is. Ook bij vorderingen en overige vermogensrechten geldt dat men nooit met zekerheid kan zeggen of de beoogde pandgever rechthebbende van die vermogensbestanddelen is. Weliswaar stelt art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW de eis dat de pandgever in de pandakte verklaart dat hij bevoegd is tot verpanding (en of het goed al dan niet reeds bezwaard is), zekerheid omtrent de beschikkingsbevoegdheid biedt dit niet.[89] In het geval van een onjuiste verklaring omtrent de beschikkingsbevoegdheid biedt een objectieve uitleg geen soelaas voor het geval een goed eerder is bezwaard en de veronderstelde pandgever dus beschikkingsonbevoegd is. Als men bijvoorbeeld niet op de hoogte is van een eerdere cessie, dan biedt ook een objectieve uitleg van de na de cessie opgemaakte pandakte niet de mogelijkheid om vast te stellen of het goed verpand is. Hetzelfde geldt voor degene die enkel en alleen afgaat op de eerdere cessieakte van de cessionaris (C) die zijn verkregen vordering vervolgens opnieuw heeft gecedeerd aan een derde (D). Op basis van een objectieve uitleg van die eerste cessieakte zou men tot de onjuiste conclusie komen dat C rechthebbende van de vordering is, terwijl D rechthebbende is.

84 Uitzonderingen zijn denkbaar, zoals bijvoorbeeld de gepubliceerde leveringsakte van art. 3:89 BW die ook de titel "nauwkeurig" dient te vermelden. Maar ook deze titel kan na inschrijving bijvoorbeeld vernietigd of in het geheel afwezig zijn. Voor een voorbeeld van het ontbreken van een titel bij het vestigen van een hypotheekrecht zie Rb. Noord-Holland 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA2802.

85 Vgl. art. 3:37 BW.

86 Steneker 2012, nr. 8, p. 19.

87 Ik ben mij ervan bewust dat deze artikelen strikt genomen voor alle goederen gelden, dus ook voor bijvoorbeeld vorderingen.

88 Zie H.D. Ploeger in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 486, p. 467. In nr. 487, p. 467 schrijft Ploeger dat de volledigheid, juistheid en geldigheid van de inschrijvingen "voor een belangrijk deel" worden gegarandeerd door de regeling voor registerbescherming.

89 Zoals wij zagen in hoofdstuk 3, par. 3.5.3.

Leverings-/vestigingshandeling
Zelfs een objectieve uitleg van de leverings-/vestigingshandeling verschaft derden geen duidelijkheid. Zelfs indien – anders dan het geldende recht – de pandakte wél (uit bijvoorbeeld een openbaar register) kenbaar zou zijn voor derden en er geen twijfel bestaat op welk vermogensbestanddeel van de pandgever de pandakte ziet (lees: objectief zou worden uitgelegd)[90], dan nog zouden derden niet met zekerheid kunnen zeggen of het desbetreffende vermogensbestanddeel verpand is.[91] Dat ligt aan het hierna volgende.

Sinds jaar en dag is het geldend recht dat voldoende is dat de cessieakte enkel door de cedent wordt ondertekend. Nu cessie een meerzijdige rechtshandeling is, is voor een rechtsgeldige cessie wel vereist dat de cessionaris de cessie aanvaardt. Dit kan schriftelijk, mondeling, maar ook stilzwijgend en buiten de cessieakte om geschieden.[92] Dit alles geldt onverkort voor verpanding.[93] Dit brengt met zich dat ook in het geval waarin er geen twijfel mogelijk is over het vermogensbestanddeel waarop de akte ziet, een derde niet met zekerheid *uit de akte kan afleiden* dat dit vermogensbestanddeel daadwerkelijk gecedeerd of verpand is. De derde kan bij een enkel door de cedent/pandgever ondertekende cessie-/pandakte immers niet met zekerheid zeggen of de cessie of verpanding door de cessionaris/pandnemer aanvaard is.

90 Strikt genomen kan twijfel nooit volledig worden voorkomen, omdat ook bij een objectieve uitleg immers sprake is van uitleg. Men denke bijvoorbeeld aan de arts tevens auteur van kookboeken die "alle vorderingen voortvloeiende uit werkzaamheden met betrekking tot recepten" verpandt. Gaat het nu om de vorderingen op de ziektekostenverzekeraar, op zijn uitgever of op beide?

91 Iets anders is de mogelijkheid dat derden wél met zekerheid kunnen vaststellen dat een bepaald vermogensbestanddeel *niet* verpand is. Daarmee zijn derden er echter nog niet; de zekerheid dat een vermogensbestanddeel *niet* verpand is, geeft geen antwoord op de vraag of iemand beschikkingsbevoegd is. De te verpanden zaak kan bijvoorbeeld geleend zijn. Zie daarover uitgebreid hierboven hoofdstuk 2, par. 2.5.6.

92 HR 30 november 1956, *NJ* 1957/81 (*Lieben ANMVRL*), welke regel is overgenomen in het nieuwe recht, aldus MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 395. Voorafgaand aan dit arrest is veel discussie geweest over de in dit arrest ontkennend beantwoorde rechtsvraag of ook de cessionaris de cessieakte moet ondertekenen, althans de cessie schriftelijk moet aanvaarden. Ontkennend o.a.: reeds HR 13 oktober 1892, *W.* 6251, I. van Creveld, *Cessie van schuldvorderingen,* Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1936, nr. 4, p. 19-20, Suijling II 1936, nr. 488, p. 163. Bevestigend: Wiarda 1937, p. 155-159, AG s'Jacob vóór *NJ* 1957, 81. Zie ook H.K. Köster, *Cessie naar huidig en wordend recht,* preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1964, p. 85.

93 Reehuis 1987, nr. 61, p. 72 en de verwijzingen en onderbouwing aldaar. Zie ook F.H.J. Mijnssen, 'Bezitloos en stil pandrecht in het NBW', *Advocatenblad* 61-17, 1981, p. 386. Zie ook HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/662 m.nt. W.M. Kleijn (*Meijs q.q./Bank of Tokyo – Mitsubishi*), rov. 3.4.2, waarin het in voetnoot 92 genoemde arrest *Lieben ANMVRL* expliciet wordt bevestigd: "Voorts is voor vestiging van stil pandrecht vereist een akte die doet blijken dat zij tot verpanding van de erin bedoelde vordering(en) is bestemd. Deze akte hoeft *niet tweezijdig* te zijn zij hoeft niet te doen blijken van de verklaring van de pandhouder dat hij het pandrecht aanvaardt. *Deze aanvaarding kan vormvrij geschieden*. (cursiveringen FJLK)" Anders: P.C. van Es, 'De eenzijdige cessie-akte bij stille cessie', *WPNR* 2010/6832, p. 148, die "zou […] - om tegemoet te komen aan de ratio van het voorschrijven van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte - willen verdedigen dat wanneer bij een stille cessie (art. 3:94 lid 3 BW) of verpanding (art. 3:239 BW) een eenzijdige akte is opgemaakt, de aanvaarding ook gebonden is aan het vormvoorschrift van de authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Dit bevordert de gewenste duidelijkheid ten aanzien van de vraag of en wanneer een stille cessie (of verpanding) tot stand is gekomen." Ook kritisch: Pitlo/Reehuis 2012, nr. 769, p. 559, nr. 258, p. 204-205; Reehuis 2004, nr. 74, p. 79-80.

Bij het voorgaande komt dat de recente rechtsontwikkeling tot gevolg heeft dat de derde niet eens met zekerheid kan zeggen of het wel de pandgever is die de pandakte heeft ondertekend. Men denke aan de verzamelpandakteconstructie, waarbij de pandakte feitelijk wordt ondertekend door de pandnemer die door middel van een volmacht in naam van de pandgever rechtsgeldig tekent. Ten eerste kan men zonder de volmacht niet vaststellen of de pandakte rechtsgeldig ondertekend is door de pandgever. Ten tweede kan men ook met een volmacht niet met zekerheid zeggen of de pandakte rechtsgeldig ondertekend is, omdat men niet weet of de volmacht nog bestaat en/of rechtsgeldig is overeengekomen.[94]

Bij een verpanding waarbij een rechtspersoon optreedt als pandgever kunnen soortgelijke problemen rijzen. Uit enkel de pandakte kan men niet afleiden of er sprake is van ondertekening door een niet tot vertegenwoordiging bevoegde bestuurder[95] of van een eventuele doeloverschrijding[96]; in die situaties is het pandrecht niet tot stand gekomen respectievelijk vernietigbaar.

Ook kan erop worden gewezen dat een ooit bestaand pandrecht tenietgegaan kan zijn door afstand (art. 3:258 BW lid 2). Ook in dit geval kan men uit een van vóór de afstand daterende pandakte niet afleiden of het desbetreffende goed nog verpand is.

In het voorgaande is slechts geprobeerd aan te tonen dat een objectieve uitleg van een pandakte er niet toe kan leiden dat derden met zekerheid kunnen zeggen of een goed bezwaard is met een pandrecht. Uit de voorgaande alinea's mag niet de conclusie worden getrokken dat de pandakte een nietszeggend papiertje is. De (onderhandse of authentieke) pandakte komt de bewijskracht toe die de wet daaraan verbindt. Derden die op de pandakte zijn afgegaan worden onder omstandigheden beschermd door art. 3:36 BW. Ook als subjectieve partijbedoelingen niet komen vast te staan, zoals door gebrek aan door partijen aangedragen feiten en omstandigheden, zal er veel belang worden gehecht aan de bewoordingen van de cessie- of pandakte.[97] Wel leidt het voorgaande tot de volgende conclusie.

Beziet men bovenstaande argumenten, dan moet men tot de conclusie komen dat met een objectieve uitleg het door de voorstanders van een dergelijke uitleg voorgestane doel – zekerheid voor derden omtrent de vraag of een vordering gecedeerd of verpand is – niet wordt bereikt. Ten eerste kan erop gewezen worden dat de pandakte voor derden in beginsel niet kenbaar is. Zelfs indien (i) derden inzage hebben in de cessie- of pandakte en (ii) voor deze akten een objectieve maatstaf wordt gehanteerd, dan nog

94 Vgl. F.M.J. Verstijlen onder HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 (*Dix q.q./ING*) onder 8, die er tevens op wijst dat een in de algemene voorwaarden opgenomen volmachtbeding op de juiste wijze van toepassing moet zijn verklaard.

95 Zie daarover Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 32, p. 30, die schrijven dat "[...] kennisneming van de statuten en inzage van de desbetreffende registers (handelsregister, vereniging- of stichtingen) noodzakelijk [is]." Vgl. voorts HR 21 april 1995, *NJ* 1996/652 m.nt. W.M. Kleijn (*Eemswater Beheer/Curatoren Capcan Beheer*), rov. 3.1 onder xv). Strikt genomen kan men door het opvragen van de statuten de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de desbetreffende bestuurder vaststellen.

96 Zie daarover Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 34, p. 34-35. Vgl. voorts Rb. Middelburg 25 februari 1998, *JOR* 1999/44, rov. 4.2; HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 98 (*Nagtegaal q.q./WUH*).

97 Verdaas 2007, nr. 178, p. 148; Rongen 2012, nr. 814, p. 1038.

kunnen derden nooit met zekerheid zeggen of de vordering vervreemd of bezwaard is.[98] Als ik met dit in het achterhoofd het belang dat een objectieve uitleg zou dienen afzet tegen het belang van de breed gedragen Haviltexmaatstaf – bescherming van partijen doordat zij gebonden zijn aan hetgeen zij daadwerkelijk hebben afgesproken[99] –, dan dient mijns inziens dit laatste belang te prevaleren. Die uitkomst is, behoudens de opmerkingen in par. 4.2.5, in lijn met het geldende recht. De subjectieve maatstaf is de juiste uitlegmaatstaf voor de uitleg van cessie- en pandakten.

4.2.8 Tussenconclusie

Het belang van het leerstuk uitleg ligt in de gedachte dat verklaringen en woorden nooit duidelijk zijn. Hun betekenis dient door uitleg te worden vastgesteld. Deze gedachte is zowel in Nederland als Duitsland de heersende leer geworden.

In Nederland geldt voor de uitleg van verklaringen en overeenkomsten de Haviltexmaatstaf. In het gelijknamige arrest is een zuiver taalkundige uitleg van de hand gewezen. Bij de uitleg komt het aan op wat partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de verklaringen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Deze maatstaf is overwegend subjectief, maar sinds de eeuwwisseling wordt een objectieve(re) uitleg onder bepaalde omstandigheden toegepast. Ook in Duitsland prevaleert de gemeenschappelijke partijbedoeling boven de letterlijke interpretatie van wilsverklaringen (§ 133 BGB). Daarbij spelen de objectievere criteria van *Treu und Glauben* en *Verkehrssitte* (§ 157 BGB) een rol. Gehanteerd dient te worden de zogenaamde *objektiv normative Auslegung*. De Nederlandse en Duitse uitlegnorm hebben gemeen dat bij beiden de gemeenschappelijke partijbedoeling boven letterlijke interpretatie van de verklaring prevaleert en een grote rol is weggelegd voor het vertrouwen dat de ontvanger van de verklaring in die verklaring mocht hebben.

De Hoge Raad heeft in *De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag* beslist dat bij de uitleg van cessie- en pandakten de Haviltexmaatstaf de toepasselijke maatstaf is. In die casus leidde dat tot een subjectieve uitleg. De keuze voor die maatstaf is ingegeven door het feit een subjectieve maatstaf onschadelijk is voor derden, nu cessie- en pandakten voor hen vrijwel nooit duidelijkheid scheppen. Daarbij is een dergelijke 'soepele' uitleg

98 Men zou het hier verdedigde ook kunnen doortrekken naar alle leverings- en vestigingsakten, dus bijvoorbeeld ook de in de openbare registers ingeschreven hypotheekakte. In de literatuur is de subjectieve(re) uitlegmaatstaf voor alle leveringsakten verdedigd. Zie Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007, par. 8: "Op grond van het causale stelsel van eigendomsoverdracht lijkt het echter systematisch juister om eerst de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen te bezien. Zowel bij de uitleg van de titel als bij de uitleg van de leveringsakte zullen naar onze mening de regels zoals die voortvloeien uit het Haviltex-arrest en het DSM/Fox-arrest moeten worden toegepast. […] Uitgangspunt voor de uitleg vormt de tekst van de akte, maar tegenbewijs dat door partijen onder omstandigheden iets anders is bedoeld moet worden toegelaten. Een andere vraag is waarop derden mochten afgaan indien zij bepaalde informatie - met name de ingeschreven leveringsakte - in de openbare registers hebben aangetroffen." Zie ook C.G. Breedveld-de Voogd, 'De uitleg van de akte van levering bij de overdracht van een onroerende zaak', *RMThemis* 2002, p. 244-255. Het gaat het bestek van mijn onderzoek te buiten om hier nader op in te gaan.

99 Zie hierboven par. 4.2.2.

gunstig voor de praktijk. In Duitsland wordt de vormvrije zekerheidsoverdracht door middel van een levering c.p. en de vormvrije zekerheidscessie overeenkomstig de in de vorige alinea beschreven *objektiv normative* maatstaf uitgelegd. Als de zekerheidsoverdracht op schrift is gesteld bestaat de mogelijkheid dat het op schrift gestelde niet overeenkomt met hetgeen partijen zijn overeengekomen. De regel "falsa demonstratio non nocet" heeft tot gevolg dat in het geval van overeenstemming tussen partijen een (na een objectieve uitleg blijkende) andersluidende tekst moet wijken voor de daadwerkelijke partijbedoeling.

De Hoge Raad heeft beslist dat voor de uitleg van voor derden uit of aan de hand van de openbare registers kenbare akten een objectieve maatstaf geldt. Als kenbaarheid van akten tot een objectieve uitleg van dergelijke akten dwingt, kan men *a contrario* redeneren dat het ontbreken van kenbaarheid een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten rechtvaardigt.

Recente rechtspraak zou een aanknopingspunt kunnen zijn voor de opvatting dat de Hoge Raad objectief uitleg omdat iets niet kenbaar is. Mijns inziens kan men die betekenis niet aan de desbetreffende rechtspraak toekennen en daarnaast meen ik dat die opvatting verworpen moet worden.

Een aantal auteurs bepleiten een objectieve uitleg voor cessie- en pandakten. In een notendop komen de argumenten erop neer dat het belang van derden een objectieve uitleg zou vereisen. Zij zouden moeten kunnen vaststellen welke goederen verpand zijn.

Geen van de aangedragen argumenten overtuigt. Het doorslaggevende argument voor een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten is dat dergelijke akten voor derden "vrijwel nooit duidelijkheid scheppen". Werkt men die gedachte uit, dan blijkt dat dat inderdaad het geval is. Men kan nooit met zekerheid zeggen of er een rechtsgeldige titel aanwezig is. Ook over de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever kan men nooit in absolute zekerheid verkeren. Voorts geldt dat cessie- en pandakten niet openbaar zijn gepubliceerd en dus niet kenbaar voor derden zijn. Dat betekent dat derden hun niet kunnen afstemmen op de voor hen kenbare rechtstoestand. Zelfs indien cessie- en pandakten wél kenbaar zouden zijn en die akte objectief zou worden uitgelegd, dan hebben meerdere ontwikkelingen alsnog tot gevolg dat derden niet met zekerheid vaststellen of het desbetreffende vermogensbestanddeel verpand is. Een afweging tussen het belang dat een objectieve uitleg van een cessie- of pandakte zou dienen en het belang van de breed gedragen Haviltexmaatstaf, leidt mijns inziens tot de conclusie dat het laatstgenoemde belang dient te prevaleren. Cessie- en pandakten dienen aan de hand van de Haviltexmaatstaf en in beginsel subjectief te worden uitgelegd.

4.3 Het bepaaldheidsvereiste

4.3.1 Algemeen

Nederlands recht

Over het bepaaldheidsvereiste bij verpanding is in de Nederlandse literatuur reeds veel geschreven. Tevens verschijnt met enige regelmaat rechtspraak van zowel de feitenrechter als de Hoge Raad over dit vereiste. Literatuur en jurisprudentie zijn het gevolg

van het feit dat de exacte omvang van het bepaaldheidsvereiste tot op de dag van vandaag nog niet is uitgekristalliseerd.

Het bepaaldheidsvereiste geldt voor alle rechtshandelingen en wordt niet uitdrukkelijk in de wet vermeldt.[100] In Boek 3 komt het vereiste terug in art. 3:84 lid 2 BW, dat voorschrijft het goed bij de titel met *voldoende bepaaldheid* omschreven moet zijn. De heersende leer is dat men onder "titel" "levering" moet verstaan.[101] Boek 6 kent art. 6:227 BW, dat de regel geeft dat de verbintenissen die partijen op zich nemen, *bepaalbaar* moeten zijn.

Bij de overdracht van goederen geldt de eis van voldoende bepaaldheid. Het over te dragen goed dient *bij de levering* voldoende bepaald te zijn.[102] Gezien de schakelbepaling van art. 3:98 BW dient het te verpanden goed *bij de vestiging* voldoende bepaald te zijn. Nu de wet voor de vuistloze en stille verpanding van roerende zaken respectievelijk vorderingen een pandakte voorschrijft, dient de te verpanden zaak of vordering *door die akte* voldoende bepaald te worden.[103] In zijn meest recente rechtspraak koppelt de Hoge Raad het vereiste dat het pandobject in voldoende mate door de akte moet worden bepaald expliciet aan art. 3:84 lid 2 BW.[104]

Kort na de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht in 1992 heeft de ontwikkeling van het bepaaldheidsvereiste een hoge vlucht genomen. Deze ontwikkeling richtte zich hoofdzakelijk op de eis van voldoende bepaaldheid bij de stille verpanding van vorderingen, hetgeen waarschijnlijk te wijten is aan de feitelijke omstandigheid dat het omschrijven van *alle* vorderingen van de pandgever op zijn debiteuren praktisch gezien onmogelijk is en een debiteurenbestand meer fluctueert dan de omvang van de voorraad roerende zaken. Vrij snel heeft de Hoge Raad ter beantwoording van de vraag of aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan een zeer soepele maatstaf aangelegd, die sindsdien vaste rechtspraak is. In *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* overwoog hij dat de eis dat de over te dragen of te verpanden vordering door de cessie- respectievelijk de pandakte voldoende moet worden bepaald

> "[…] niet [betekent] dat de vordering in de akte zelf moet worden gespecificeerd door vermelding van bijzonderheden zoals de naam van de debiteur, het nummer van een factuur of een aan de debiteur toegekend cliëntnummer. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens

100 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895; MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6),* p. 1123. N.V.C.E. Bauduin, 'De geoorloofdheid van wilsdelegatie nader bezien', *WPNR* 2011/6907, p. 943 noemt het bepaaldheidsvereiste een bestaansvereiste voor elke rechtshandeling.

101 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 117, p. 86; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 230, p. 204. Vgl. ook Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 316, p. 266-267; H.J. Snijders, 'De titel van art. 3:84 lid 2 BW', in: *Van Beheering. Goederenrechtelijke beschouwingen,* Deventer: Gouda Quint 1998, p. 163-170.

102 O.a. Struycken 2007, p. 790; Pitlo/Reehuis 2012, nr. 117, p. 85; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 316, p. 266; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 230, p. 204.

103 Vgl. Pitlo/Reehuis 2012, nr. 117, p. 86; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 204, p. 206.

104 HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 (*Dix q.q./ING*), rov. 4.6.2. Zie ook HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 (*ING/Muller q.q.*) m.nt. C.E. du Perron, rov. 5.2.2; HR 20 september 2002, *NJ* 2004/182 (*Mulder q.q./Rabobank*) m.nt. W.M. Kleijn, rov. 3.4 en 3.5; HR 28 maart 2014, *NJ* 2015/365 (*Norma/NLKabel*) m.nt. P.B. Hugenholtz, rov. 4.4.2.

bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat."[105]

De laatste zinsnede is inmiddels aangepast aan en toegepast op andere leverings- en vestigingsvormen waarvoor een akte is voorgeschreven. Voldoende is dus dat de leverings- of pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld *om welk goed* het gaat.[106] Ondanks dat de Hoge Raad dit nog nooit expliciet heeft overwogen, moet uit het voorgaande worden afgeleid dat de soepele maatstaf ook voor de vuistloze verpanding van roerende zaken geldt.[107] Ook voor de vuistloze verpanding van roerende zaken, waarvoor de wet een pandakte vereist (art. 3:237 lid 1 BW), geldt immers de eis dat de te verpanden roerende zaken met voldoende bepaaldheid in de pandakte "moeten worden vermeld".[108] De (ontwikkeling van de) maatstaf uit *Spaarbank Riverland/Gispen q.q.* wordt in de literatuur als (zeer) soepel aangemerkt; vele schrijvers spreken in dit verband van een verschuiving van bepaaldheid naar bepaal*baar*heid.[109] Ook de Hoge Raad zelf heeft bij een aantal gelegenheden overwogen dat de verpande vordering bepaalbaar moet zijn.[110] Na *Spaarbank Riverland/Gispen q.q.* heeft de Hoge Raad het bepaaldheidsvereiste verder vormgegeven. Zo oordeelde hij in *Mulder q.q./Rabobank* en *Dix q.q./ING* dat een generieke omschrijving van de verpande vorderingen respectievelijk de pandgevers tot voldoende bepaaldheid kan leiden.[111]

Duits recht

In de Duitse literatuur wordt het specialiteitsbeginsel omschreven als het beginsel dat goederenrechtelijke rechten slechts mogelijk zijn op bepaalde dan wel afzonderlijke

105 HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/447 m.nt. W.M. Kleijn (*Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.*), rov. 4.2. Vgl. reeds Suijling II 1936, nr. 489, p. 165: "Voldoende is, als de individualiteit der gecedeerde rechten uit een algemene formule kan worden afgeleid." De vraag hoe specifiek de gegevens dienen te zijn, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval, zo volgt uit HR 4 maart 2005, *NJ* 2005/326 (*Thomassen Metaalbouw/Vos*), rov. 3.6.

106 HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 m.nt. C.E. du Perron (*ING/Muller q.q.*), rov. 5.2.2; meest recentelijk HR 28 maart 2014, *NJ* 2015/365 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Norma/NLKabel*), rov. 4.4.2.

107 Vgl. Pitlo/Reehuis 2012, nr. 769, p. 560 en voetnoot 50 en vermoedelijk ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 232, p. 207.

108 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 232, p. 207.

109 O.a. Reehuis 2004, nr. 78, p. 83; Struycken diss. 2007, p. 790; Struycken 2010, p. 311-312; Verhagen & Rongen 2000, p. 86; S.E. Bartels, 'Zoals kennelijk ter plaatse aangeduid en afgepaald. Het bepaaldheidsvereiste bij overdracht van een gedeeltelijk perceel', *VrA* 2004/2, p. 5; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 231, p. 205; Rongen 2012, nr. 783, p. 982. Heyman 1992, p. 840 schreef reeds voor *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* dat bepaalbaarheid voldoende is.

110 HR 16 mei 2003, *NJ* 2004/183 m.nt. W.M. Kleijn (*De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag*), rov. 4.3; HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*), rov. 4.6.2.

111 HR 20 september 2002, *NJ* 2004/182 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./Rabobank*), rov. 3.4 en 3.5; HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*), rov. 4.6.3. Overigens was de overdracht (tot zekerheid) van "alle" in eigendom toebehorende roerende goederen onder het vóór 1992 geldende recht ook voldoende bepaald. Zie bindend advies Smits 10 mei 1966, *NJ* 1968/275 m.nt. H. Drion. Vgl. ook HR 22 mei 1953, *NJ* 1954/189 (*Sio*); Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 230, p. 204.

objecten/voorwerpen en dus niet op een geheel van goederen.[112] Een goederenrechtelijk recht op een naar soort bepaalde zaak is onmogelijk.[113] Het bepaaldheidsvereiste ziet vervolgens op de vraag hoe precies het afzonderlijke object omschreven dient te zijn.[114] Het specialiteitsbeginsel noch het bepaaldheidsvereiste vindt men in het BGB terug.[115] Tussen het specialiteitsbeginsel en het bepaaldheidsvereiste bestaat enige overlap.[116] Bij het bepaaldheidsvereiste draait het er meer om exact te concretiseren over welke "bepaalde" goederen men beschikt.[117] Beschikken over een roerende zaak is dus slechts mogelijk indien die zaak *bestimmt bezeichnet* is.[118] Het bepaaldheidsvereiste speelt in het bijzonder een rol bij de *dingliche Einigung*.[119] Voorts laat het bepaaldheidsvereiste zich in verband brengen met het leveringsvereiste.[120] Het *Bundesgerichtshof* heeft beslist dat het over te dragen goed op het tijdstip van de *Einigung* bepaald moet zijn.[121] In de literatuur bedient men zich van de term bepaalbaarheid (*Bestimmbarkeit*) om het markeren van de uiterste grens mogelijk te maken.[122] Volgens vaste rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* is aan het bij de overdracht van roerende zaken geldende bepaaldheidsvereiste voldaan

> "wenn es auf Grund einfacher äußerer Abgrenzungskriterien für jeden, der die Parteiabreden kennt, ohne weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind."[123]

Voorts heeft te gelden dat een generieke omschrijving ("All-Formel") van de in zekerheid overgedragen zaken tot voldoende bepaaldheid kan leiden.[124]

112 Prütting 2014, § 4, Rn. 23a; MüKoBGB/Oechsler 2013, § 929 Rn. 7; Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, § 2 Rn. 7; Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 95; Baur/Baur & Stürner 2009, § 4 Rn. 17, die spreken van *bepaalde* zaken. In laatstgenoemde bron staat (zonder nadere motivering) dat het specialiteitsbeginsel de rechtszekerheid dient; Serick II 1965, p. 150 spreekt van *afzonderlijke* zaken. Een gelijke omschrijving van het specialiteitsbeginsel vindt men in de Nederlandse literatuur, zie Zwalve, 2006, p. 351; V. Tweehuysen, 'Het specialiteitsbeginsel en de art. 3:222 lid 1 en 5:106 lid 6 BW', *WPNR* 2009/6820, p. 926.

113 Prütting 2014, § 4, Rn. 23a.

114 Serick II 1965, p. 150.

115 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 95, die op die plaats tevens het onderscheid tussen het specialiteitsbeginsel en het bepaaldheidsvereiste twijfelachtig noemt.

116 Prütting 2014, § 4, Rn. 27.

117 Prütting 2014, § 4, Rn. 27.

118 Serick II 1965, p. 150; Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 95.

119 Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, § 2 Rn. 7; § 39 Rn. 2; Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 76; Baur/Baur & Stürner 2009, § 51 Rn. 8; Bülow 2012, Rn. 1293, p. 464.

120 MüKoBGB/Oechsler 2013, § 929 Rn. 3 en 6; § 930 Rn. 24.

121 BGH NJW 1994, 133; Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 97.

122 Aldus Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 95 en Rn. 98. Bijvoorbeeld Baur/Baur & Stürner 2009, §51 Rn. 2 en § 57 Rn. 13 spreekt van "Bestimmbarkeit".

123 BGH NJW 2000, 2898 Rn. II.1; BGH NJW 1992, 1161, Rn. 2; NJW 1979, 976, Rn. II.1. Vgl. ook BGH NJW 1956, 1315.

124 BGH NJW 1994, 133, 134: "aller Container bestimmter Größen"; BGH NJW 1992, 1156: "gesamten Warenlagers"; Weber 2013, § 13, Rn. 53, p. 263.

Het goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste geldt voor alle beschikkingshandelingen.[125] Dat betekent dat het vereiste ook bij de (zekerheids)cessie geldt.[126] Het *Bundesgerichtshof* heeft een soepele maatstaf aangelegd voor de vraag of een vordering voldoende bepaald is:

> "Eine Abtretung ist, wie in der Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt ist, nur wirksam, wenn die Forderung, die Gegenstand der Abtretung ist, bestimmt oder wenigstens *bestimmbar* ist […]."[127]

Dit vereiste houdt in dat de vordering dusdanig geïndividualiseerd moet zijn, dat over deze vordering geen twijfel kan bestaan.[128] De eis van bepaaldheid of ten minste bepaalbaarheid heeft betrekking op het object en de omvang van de vordering, dat wil zeggen de persoon van de debitor cessus, het object en de omvang van prestatie en bij een risico op verwarring ook de rechtsgrond van de vordering.[129] Het bepaalbaarheidsvereiste bij vorderingen speelt met name een rol bij de (zekerheids)cessie van toekomstige vorderingen[130], bij de cessie van een vordering uit een vorderingenportefeuille, de cessie van een bundel vorderingen, deelcessie en deelcessie van een vordering uit een vorderingenportefeuille.[131]

Zetten wij de maatstaf voor het bepaaldheidsvereiste bij roerende zaken naast de maatstaf voor het bepaaldheidsvereiste bij vorderingen, dan valt op dat bij laatstgenoemde niet vereist is dat op grond van "einfacher äußerer Abgrenzungskriterien" bepaald moet kunnen worden. Volgens Serick ligt het verschil in benadering tussen het bepaaldheidsvereiste bij roerende zaken en het bepaaldheidsvereiste bij vorderingen in het feit "daß die Sache ein Gegenstand der Außenwelt, die Forderung lediglich ein Gegenstand der gedachten Welt ist."[132]

4.3.2 Het bepaaldheidsvereiste bij de levering van of vestiging van een vuistloos/stil pandrecht op (absoluut) toekomstige goederen

Nederlands recht

Ook bij de levering bij voorbaat (art. 3:97 BW) en de vestiging bij voorbaat (art. 3:98 jo. art. 3:97 BW) speelt het bepaaldheidsvereiste een rol.[133] Er bestaat een spanningsveld tussen de mogelijkheid toekomstige goederen te verpanden en het bepaaldheids-

125 Baur/Baur & Stürner 2009, §4 Rn. 19; Staudinger/Wiegand 2011, § 929 Rn 11.
126 Bülow 2012, Rn. 1381, p. 498.
127 BGH NJW 2011, 2713, Rn 6. De cursivering is toegevoegd. Zie ook BGH NJW 2000, 276; BGH NJW 1995, 1668; BGH NJW 1974, 1130; BGH NJW 1953, 21.
128 Serick II 1965, p. 277; OLG Düsseldorf WM 1995, 1112, 1113; Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 7; OLG Koblenz BeckRS 2012, 02504, Rn. 2a.
129 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 66. Zie ook Serick II 1965, p. 277-278.
130 Palandt/Grüneberg 2012 § 398, Rn. 14; Soergel/Schreiber 2009, § 398 Rn 5.
131 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 68-77.
132 Serick II 1965, p. 277. Zie ook p. 151 aldaar.
133 Zie art. 3:84 lid 2 BW. In HR 28 maart 2014, *NJ* 2015/365 (*Norma/NLKabel*) m.nt. P.B. Hugenholtz, rov. 4.4.2 overweegt de Hoge Raad expliciet dat het bepaaldheidsvereiste ook geldt "in geval van overdracht van toekomstige goederen".

vereiste.[134] Janssen schrijft dat bij iedere levering bij voorbaat het specialiteitsbeginsel de absolute ondergrens is.[135] De mogelijkheid van het bij de levering/vestiging voldoende bepalen van een toekomstige zaak vergt wat voorstellingsvermogen. Met name het aanwijzen van iets dat nog niet bestaat vereist een tot op zekere hoogte geconcretiseerde voorstelling van zaken. Als handvatten voor de vraag wanneer toekomstige goederen voldoende bepaald zijn, loont het de rechtsontwikkeling op dit punt in chronologisch perspectief te plaatsen.

Meijers schreef in zijn Toelichting op art. 3:97 BW dat het op dat moment een betwiste vraag was of toekomstige goederen geleverd kunnen worden. Nu er volgens hem tegen deze mogelijkheid geen theoretische en praktische bezwaren zijn, nam Meijers de mogelijkheid tot een levering bij voorbaat in zijn Ontwerp op.[136] Aan de rol van het bepaaldheidsvereiste bij een dergelijke levering wijdde hij de volgende paragraaf:

> "Gelijk bij iedere rechtshandeling, moet ook bij een levering bij voorbaat het onderwerp der rechtshandeling een zekere mate van bepaaldheid hebben. Het is aan het oordeel van de rechter overgelaten, welke mate van bepaaldheid aanwezig moet zijn. Een levering b.v. van alle vorderingen, die men later uit welken hoofde ook zal verkrijgen, is te onbepaald; een levering daarentegen van het auteursrecht op een boek, dat de auteur over een onderwerp schrijven zal, bezit voldoende bepaaldheid."[137]

Na het verschijnen van het Ontwerp-Meijers en de hiervoor geciteerde Toelichting, wees de Hoge Raad het arrest *Solleveld II*. Daarin overwoog hij:

> "Voor eigendomsoverdracht van een schuldvordering is nodig dat de over te dragen vordering reeds ten tijde van de cessie ook naar haar inhoud in voldoende mate door de akte van cessie bepaald wordt. Dat brengt voor de overdracht van vorderingen die op het moment van de cessie nog moesten ontstaan, mee dat zij hun onmiddellijke grondslag moeten hebben in een rechtsverhouding die op dat moment reeds bestond."[138]

De Hoge Raad koppelt de beperking dat absoluut toekomstige vorderingen niet konden worden gecedeerd aan het bepaaldheidsvereiste.[139] Naar aanleiding van een na *Solleveld II* geschreven preadvies van Mijnssen[140] wilde de vaste Commissie voor Justitie

134 Vgl. Legeais 2013, nr. 457, p. 325.
135 Janssen 2006, §4.1, p. 752. Vgl. ook Legeais 2013, nr. 457, p. 325 over de verpanding van toekomstige roerende zaken: "Le principe de spécialité est en effet conservé même s'il est atténué."
136 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 401.
137 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 402. Zie over deze opmerking ook hieronder hoofstuk 10, voetnoot 106.
138 HR 24 oktober 1980, *NJ* 1981, 265, m.nt. W.M. Kleijn (*Solleveld II*), rov. 2. Zie ook HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/615 m.nt. W.M. Kleijn (*SOS/ABN en Scheepvaart Krediet*), rov. 1: "Cessie van toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding, is mogelijk."
139 Zo ook: Asser/Van Mierlo 3-VI* 2010, nr. 213, p. 214.
140 Mijnssen 1983, p. 51 e.v.; en het verslag van de behandeling van dit preadvies in *WPNR* 1983/5670, p. 666-667.

van de minister weten of het criterium van "voldoende bepaaldheid" bij de overdracht van toekomstige vorderingen problematisch zou kunnen zijn.[141] De minister van Justitie bezwoer dat dergelijke uit *Solleveld II* voortvloeiende problemen tot het verleden zouden gaan behoren:

> "In het nieuwe wetboek doen deze moeilijkheden zich niet voor, omdat de eis van voldoende bepaaldheid daarin niet in deze stringente vorm wordt gesteld. Voor cessie van bestaande of toekomstige vorderingen geldt hier slechts de maatstaf die in artikel [3:84 lid 2; FJLK] voor de titel van overdracht van goederen in het algemeen gesteld wordt. Blijkens de Parlementaire Geschiedenis van Boek 3 (p. 397, pp. 402-403 en p. 763) brengt deze maatstaf bij levering van toekomstige goederen dan ook slechts mee dat het goed identificeerbaar moet zijn op het tijdstip dat het wordt verkregen door de vervreemder, zoals dit naar huidig recht [thans het oude recht; FJLK] ook ter zake van de levering bij voorbaat van toekomstige roerende zaken pleegt te worden aangenomen. Zo kan bijv. cessie plaatsvinden van alle vorderingen die de vervreemder op een bepaalde schuldenaar, bijv. zijn afnemer, zal verkrijgen."[142]

Uit bovenstaande citaten wordt in de literatuur afgeleid dat "[a]an de eis van voldoende bepaaldheid bij de levering bij voorbaat van toekomstige goederen […] niet te stringente eisen [moeten] worden gesteld".[143] Uit de geciteerde Memorie van Antwoord volgt ook dat slechts vereist is dat het te verpanden goed identificeerbaar moet zijn op het tijdstip dat het wordt verkregen door de vervreemder.[144] Getransponeerd naar verpanding dient het goed identificeerbaar te zijn op het tijdstip dat het pandrecht wordt verkregen door de pandgever. De vraag of op dat tijdstip aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan dient te worden beantwoord aan de hand van de formule uit *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.*: voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat. Ook nu is de formule van toepassing bij zowel de verpanding van toekomstige roerende zaken als toekomstige vorderingen.

Duits recht

Ook in de Duitse literatuur schrijft men dat problemen bij het bepaaldheidsvereiste zich met name voordoen bij de zekerheidsoverdracht van toekomstige roerende zaken door

141 VV II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1245.

142 MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1248.

143 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 248, p. 231.

144 Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 248, p. 231. Vgl. ook Janssen 2006, par. 4.1, p. 752, die verwijst naar HR 22 mei 1953, *NJ* 1954/189 (*Sio*) m.nt. J.D. In dat arrest ging het om een levering bij voorbaat van "machines welke nog in het bedrijf zullen komen". De Hoge Raad oordeelde dat van die "aanduiding niet in het algemeen gezegd kan worden dat deze het voorwerp van een afspraak als de vermelde niet voldoende bepaalt". Annotator J. Drion schrijft (p. 364) dat de Hoge Raad hiermee geen algemene regel heeft gegeven. Drion vervolgt daarop: "Uit het arrest schijnt te volgen, dat de Hoge Raad een aanduiding als "alle in de toekomst aan te schaffen machines" minder gemakkelijk geaccepteerd zou hebben."

middel van een levering c.p.[145] en bij de zekerheidscessie van toekomstige vorderingen.[146] Bij de zekerheidsoverdracht van toekomstige roerende zaken moet de geanticipeerde levering c.p. op het tijdstip van *Einigung* dusdanig bepaald zijn, "dass aufgrund einfacher äußerer Abgrenzungskriterien für jeden, der die Parteiabreden kennt, ohne weitere Nachforschungen ersichtlicht ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind (*BGH* NJW 2000, 2898)."[147] Een toekomstig te verwerven goed moet dus voldoende aangewezen kunnen worden aan de hand van hetgeen partijen hebben afgesproken.[148]

Bij de zekerheidsoverdracht van toekomstige roerende zaken door middel van een levering c.p. gelden de hierboven beschreven algemene eisen van bepaaldheid.[149] De zaak moet op het tijdstip van haar ontstaan "eindeutig identifiziert" zijn.[150] Ook hier zijn er auteurs die spreken van bepaalbaarheid.[151]

Ook bij de zekerheidscessie van toekomstige vorderingen dient de vordering voldoende bepaald of bepaalbaar te zijn.[152] Volgens vaste rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* is de zekerheidscessie bij voorbaat van toekomstige vorderingen mogelijk, indien de afzonderlijke vordering uiterlijk op het tijdstip van haar ontstaan voldoende bepaalbaar is.[153] De vordering is voldoende bepaald of bepaalbaar indien de rechtsgrond voor de toekomstige vordering op het moment van de cessie reeds bestaat.[154] Cessie bij voorbaat is ook mogelijk indien de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit nog niet bestaat.[155] Het ontstaan van de vordering moet dan ten tijde van de cessie bij voorbaat in ieder geval mogelijk lijken.[156] Dat laatste vereiste lijkt mij de uiterste grens van het bepaaldheidsvereiste; in dit uiterste geval kan de vordering nog aangewezen worden.

145 MüKoBGB/Oechsler 2013, § 930 Rn. 24.
146 Zie hierboven voetnoot 130.
147 Wolf/Wellenhofer 2013, § 15, Rn. 11. Zie ook hiervoor voetnoot 123.
148 Zie Wolf/Wellenhofer 2013, § 15, Rn. 11 voor een lijstje met voorbeelden uit de rechtspraak van voldoende bepaalde en te onbepaalde zaken.
149 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 8.
150 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 8.
151 Zie bijv. Bülow 2012, nr. 1293, p. 464.
152 Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 67. Zie voor de vaste rechtspraak hierboven voetnoot 127.
153 BGH NJW 2000, 276 Rn. III met verwijzingen naar eerdere rechtspraak van het BGH.
154 Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 64, die een dergelijke vordering als een "künftige Forderung iwS" aanmerkt. De cessie bij voorbaat (*Vorausabtretung*) van een dergelijke vordering wordt – in tegenstelling tot het Nederlandse recht – *niet* doorkruist door het faillissement van de cedent, nu de relatief toekomstige vordering zijn vermogen *niet* passeert. Zie Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 73. Zie ook Bülow 2012, Rn. 1249, p. 447.
155 BGH NJW 1965, 2197, Rn. 1.
156 Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 64 met voorbeelden. Dit type vordering wordt als een "künftige Forderung ieS" aangemerkt. De cessie bij voorbaat (*Vorausabtretung*) van een dergelijke vordering wordt – net als naar Nederlands recht – *wel* doorkruist door het faillissement van de cedent, nu de absoluut toekomstige vordering zijn vermogen *wel* passeert. Zie Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 75.

4.3.3 Bepaaldheid of bepaalbaarheid?

In de vorige twee paragrafen is gebleken dat het bepaaldheidsvereiste bij de levering en bezwaring (bij voorbaat) van een goed zowel in Nederland als Duitsland wordt aangemerkt als het vereiste van bepaal*baar*heid. In het geval van cessie heeft de hoogste Duitse rechter dit begrip zelfs geïnstitutionaliseerd. Op het gevaar af in een semantische discussie verzeild te raken, loont het wellicht toch te onderzoeken hoe een 'bepaalbaarheidsvereiste' zich verhoudt tot een 'bepaaldheidsvereiste'.

Nederlands recht

Iets is bepaalbaar als het bepaald kan worden. In het Burgerlijk Wetboek vindt men in art. 6:227 BW de eis dat de verbintenissen die partijen op zich nemen, bepaalbaar moeten zijn. Van een bepaalbare verbintenis is volgens de parlementaire geschiedenis sprake, "wanneer de vaststelling kan geschieden naar van tevoren vaststaande criteria, die een subjectief element kunnen inhouden, in dier voege dat de nadere vaststelling van de inhoud aan een derde, ja zelfs aan een der partijen kan worden opgedragen, in welk laatste geval de vaststelling moet plaatsvinden met inachtneming van hetgeen door de redelijkheid en de billijkheid wordt gevorderd."[157] De nadere vaststelling van de inhoud kan achteraf plaatsvinden.[158] Nu het voorwerp van de prestatie niet individueel bepaald hoeft te zijn, is het voldoende dat de prestatie is bepaald naar de soort.[159] De minister van Justitie merkte bij de behandeling van art. 6:227 BW tevens op dat het artikel bedoeld is als een soepelere variant van het voor alle rechtshandelingen geldende bepaaldheidsvereiste. Mede daarom zou de regel van art. 6:227 BW zich "dan ook niet [lenen] voor toepassing op alle andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten." Uit onder meer het huidige art. 3:84 lid 2 BW zou blijken dat voor "zakelijke overeenkomsten een iets strikter stelsel geldt".[160] Ook in recente literatuur wordt verdedigd dat de eis van voldoende bepaaldheid uit art. 3:84 lid 2 BW van andere aard is dan die van art. 6:227 BW[161] en dat voor een geslaagde levering een grotere mate van bepaaldheid is vereist dan voor art. 6:227 BW.[162] Op basis van deze alinea moet geconcludeerd worden dat het voor verpanding geldende bepaaldheids-/bepaalbaarheidsvereiste inderdaad een strikter vereiste is dan het bepaalbaarheidsvereiste van art. 6:227 BW. Een naar soort bepaald goed kan immers nooit geleverd of met een beperkt recht bezwaard worden.[163]

Een principiëler bezwaar tegen het gebruik van de term 'bepaalbaarheid' bij het bepaaldheidsvereiste bij de levering en bezwaring van een goed is het volgende. Bij de pandexecutie zal men op enig moment toch *exact* moeten weten om welke zaak of

157 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1123. In dat laatste geval wordt door de redelijkheid en billijkheid het "subjectieve element" toch enigszins objectief ingekleurd.

158 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 287.

159 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 286.

160 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1123. Over het huidige art. 3:84 lid 2 BW zei de minister vervolgens weer dat dat artikel "overigens op een ruime uitleg aanspraak kan maken".

161 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 230, p. 204.

162 Reehuis 2004, nr. 8, p. 6-7.

163 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 230, p. 204; Pitlo/Reehuis 2012, nr. 117, p. 85.

vordering het gaat. Anders kan het doel van de verpanding – de zekerheid dat de gesecureerde vordering door middel van executie wordt voldaan – niet worden bereikt. Zo bezien kan men ook zeggen dat het moment waarop bepaaldheid wordt vastgesteld, omwille van een soepele vestiging van pandrechten, is verlegd naar de executiefase. De soepele maatstaf voor het bepaaldheidsvereiste bij de vestiging leidt ertoe dat achteraf kan worden vastgesteld dat het goed ten tijde van de vestiging voldoende bepaald was. Mijns inziens geldt nog steeds de eis dat ten tijde van de levering of vestiging het over te dragen of te bezwaren goed op enige wijze moet zijn aangewezen. Vereist is dat op enige wijze *achteraf* duidelijk wordt dat de pandgever bij de vestiging daadwerkelijk dát goed heeft willen verpanden. Uit de vorige alinea bleek dat de eis van bepaalbaarheid van art. 6:227 BW toestaat dat de verbintenis achteraf wordt bepaald. In de striktere context van de vestiging van een pandrecht wordt met bepaalbaarheid bedoeld dat achteraf kan worden vastgesteld dat het goed ten tijde van de vestiging voldoende bepaald was.

Dat de verschuiving van bepaaldheid naar bepaalbaarheid een verschuiving van bepaaldheid in de vestigingsfase naar bepaaldheid in de executiefase is, kan worden geïllustreerd aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:231 lid 2 BW. Dat artikel vereist dat de vordering waarvoor pand of hypotheek gegeven wordt, voldoende bepaal*baar* moet zijn. Het Ontwerp-Meijers vereiste echter dat de schuld met voldoende bepaaldheid moest zijn omschreven. De redactie is gewijzigd naar bepaalbaarheid omdat dat "[…] duidelijker [doet] uitkomen dat voldoende is een zodanige aanduiding dat aan de hand daarvan vastgesteld kan worden om welke vordering het gaat, wanneer het op executie van het onderpand aankomt."[164]

Duits recht

Ook in de Duitse literatuur en rechtspraak wordt, zoals wij in de voorgaande paragrafen zagen, een onderscheid gemaakt tussen bepaaldheid (*Bestimmtheit*) en bepaalbaarheid (*Bestimmbarkeit*). Met het eerste wordt bedoeld dat uit het afgesprokene zelf opgemaakt kan worden over welke objecten wordt beschikt. Van bepaalbaarheid is sprake als de objecten pas vastgesteld kunnen worden aan de hand van buiten het afgesprokene liggende omstandigheden.[165]

In het kader van een zekerheidsoverdracht van een roerende zaak wordt in de literatuur echter het volgende opgemerkt. Bülow meent dat het aan voldoende bepaaldheid ontbreekt, indien voor de vaststelling daarvan buiten het *Sicherungsvertrag* liggende omstandigheden benodigd zijn.[166] Door Wiegand wordt het onderscheid tussen *innervertraglichen* en *außervertraglichen* omstandigheden als niet relevant bestempeld, omdat bepaaldheid altijd aan de hand van hetgeen is afgesproken moet worden

164 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 737. Onder verwijzing hiernaar wordt in VV II Inv. en MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1350 – mijns inziens minder juist – gesproken van "bepaalbaarheid op het tijdstip van de executie."

165 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 98. In Rn. 99 schrijft Wiegand dat onduidelijk is wat dat 'afgesprokene' (*Vertrag*) nu precies is: de *Einigung* of het *Sicherungsvertrag.*

166 Bülow 2012, nr. 1298, p. 465.

vastgesteld; eventueel door middel van uitleg.[167] Daarom menen Wiegand en Oechsler dat het onderscheid tussen *Bestimmtheit* en *Bestimmbarkeit* onjuist is.[168] Ook Brinkmann schrijft dat het *Bundesgerichtshof* vasthoudt aan de eis dat het vaststellen van de bepaaldheid alleen aan de hand van hetgeen is afgesproken mogelijk moet zijn.[169] Brinkmann leidt daaruit af "dass der Bundesgerichtshof wie das Reichsgericht die „Bestimmtheit" verlangt und die „Bestimmbarkeit" eben nicht genügen lässt."[170]

Voor wat betreft (zekerheids)cessie heeft het *Bundesgerichtshof*, zoals wij hiervoor hebben gezien, in een bestendige lijn arresten expliciet overwogen dat *Bestimmbarkeit* voldoende is.[171] Het begrip wordt met name gebruikt bij de (zekerheids)cessie van *toekomstige* vorderingen.[172] Volgens het *Bundesgerichtshof* is

> "[…] eine Vorausabtretung künftiger Forderungen wirksam, wenn die einzelne Forderung spätestens im Zeitpunkt ihrer Entstehung nach Gegenstand und Umfang genügend bestimmbar ist. Zur Ausräumung von Zweifeln darf bei der Ermittlung der abgetretenen Forderungen oder Forderungsteile grundsätzlich auch auf Umstände *außerhalb* der gegebenenfalls auslegungsbedürftigen Abtretungsvereinbarungen zurückgegriffen werden. (curs. FJLK)"[173]

Het *Bundesgerichtshof* heeft dus overwogen dat voor de vaststelling van de vordering wél van buiten de cessieovereenkomst liggende omstandigheden gebruik gemaakt mag worden. Men kan zich echter afvragen hoe die rechtsoverweging zich verhoudt tot de in de vorige alinea behandelde opvatting dat men bij een zekerheidsoverdracht van een roerende zaak géén gebruik mag maken van buiten het *Vertrag* liggende omstandigheden. Voorts kan worden gewezen op hetgeen in de literatuur wordt opgemerkt. Op het moment waarop het *Abtretungsvertrag* gesloten wordt, is het voldoende dat de toekomstige vordering bepaalbaar is.[174] Van bepaaldheid moet sprake zijn op het moment dat de vordering daadwerkelijk wordt overgedragen.[175] Bij een cessie bij voorbaat van een toekomstige vorderingen vindt de daadwerkelijke overdracht plaats op het moment dat de vordering ontstaat. Voldoende is dan ook dat de vordering bij haar ontstaan bepaald is; zodoende wordt een tot dusver bepaalbare vordering een bepaalde.[176] Dat dient te geschieden aan de hand van in het (op een eerder tijdstip vastgelegde) *Abtretungsvertrag* overeengekomen vaststaande criteria.[177] Men ziet dat ook hier het

167 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 99, 100 en 102.
168 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931 Rn. 102; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 6.
169 Brinkmann 2011, p. 125 en de verwijzingen naar de rechtspraak van het BGH in voetnoot 197.
170 Brinkmann 2011, p. 125.
171 De Hoge Raad heeft zich eenmalig van het begrip 'bepaalbaarheid' bedient, zie hierboven voetnoot 110.
172 Vgl. Soergel/Schreiber 2009, § 398, Rz 5.
173 Zie hierboven voetnoot 153.
174 Bülow 2012, nr. 1384, p. 499; Baur/Baur & Stürner 2009, § 58 Rn. 19.
175 Bülow 2012, nr. 1384, p. 499.
176 Baur/Baur & Stürner 2009, § 58 Rn. 19 en de verwijzingen naar rechtspraak en literatuur in voetnoot 2.
177 Bülow 2012, nr. 1384, p. 499.

begrip 'bepaalbaarheid' wordt gebruikt om aan te geven dat er sprake is de mogelijkheid om het vaststellen van de bepaaldheid uit te stellen. Uiteindelijk is ook hier voor de daadwerkelijke overdracht bepaaldheid nodig.[178]

Het voorgaande leidt mij tot de conclusie dat het hanteren van het begrip bepaalbaarheid bij vestiging van een pandrecht op roerende zaken en vorderingen niet geheel zuiver is. De soepele maatstaf voor het bepaaldheidsvereiste bij de vestiging leidt ertoe dat achteraf kan worden vastgesteld dat het goed ten tijde van de vestiging voldoende bepaald was. Dat is iets anders dan bepaalbaarheid bij de vestiging. Vereist is dat het te verpanden goed bij de vestiging voldoende bepaald is.

4.3.4 Waarom geldt de eis van voldoende bepaaldheid bij de levering dan wel vestiging?

Nederlands recht

De constatering dat het goed bij de levering of vestiging voldoende bepaald moet zijn, doet ook de vraag rijzen wiens belang het bepaaldheidsvereiste nu eigenlijk dient. Over de ratio van het bepaaldheidsvereiste vindt men in de Nederlandse handboeken het volgende. Reehuis merkt op dat het door bepaling bij de levering duidelijk wordt van welk goed de vervreemder afstand doet en dat de verkrijger zich door de levering van een bepaald goed kan legitimeren als rechthebbende.[179] Ook Bartels en Van Mierlo schrijven dat het over te dragen goed bij de levering voldoende bepaald moet zijn, "zodat duidelijk is welk goed de vervreemder door levering aan de verkrijger wil overdragen."[180]

Het bepaaldheidsvereiste is het meest uitvoerig onderzocht door Struycken. Hij heeft het bepaaldheidsvereiste twee functies toegedicht: een identificatiefunctie en een beschermingsfunctie. De identificatiefunctie speelt een rol bij de interne vaststelling tussen vervreemder en verkrijger welk goed overgedragen of bezwaard is. Struycken stelt dat de identificatiefunctie tevens een externe dimensie heeft, die inhoudt dat de bepaling kenbaar maakt voor derden wie rechthebbende op welk goed is.[181] Ook de beschermingsfunctie splitst Struycken in een interne en externe dimensie: de bescherming van de beschikker tegen zichzelf en de bescherming van de crediteuren van de vervreemder.[182] Hiernaast kan nog gewezen worden op Van Dam, die schrijft dat bepaalbaarheid van de inhoud van de rechtshandeling noodzakelijk is

178 Vgl. ook Füller 2006, p. 17, die schrijft dat er bij elke rechtshandeling sprake moet zijn van een bepaalde mate van bepaaldheid. "Der oft betonte Gegensatz zwischen ›Bestimmbarkeit‹ und ›Bestimmtheit‹ ist deswegen missverständlich […]."

179 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 117, p. 85;

180 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 230, p. 204.

181 Vgl. ook De Jong 1998, p. 137, die schrijft dat de ratio van het bepaaldheidsvereiste primair is om voor derden duidelijk te maken welke vordering verpand is.

182 Struycken 1997, p. 134-139. Vgl. reeds annotator J. Drion onder HR 22 mei 1953, *NJ* 1954/189 (*Sio*), p. 364: "Terecht is de Hoge Raad strenger, indien het de vraag betreft of de omschrijving van de onder de eigendomsoverdracht begrepen zaken wel voldoende bepaald is, omdat het dan over het vermogen van de debiteur en het verhaalsobject voor alle schuldeisers gaat."

"[o]m te kunnen vaststellen of een rechtshandeling een geoorloofde inhoud heeft".[183] Het bepaaldheidsvereiste zou dus ook een dergelijke 'controlefunctie' kunnen hebben.

De zogenaamde identificatiefunctie van het bepaaldheidsvereiste is in de literatuur onbetwist.[184] Op de door Struycken geopperde beschermingsfunctie is door veel auteurs kritiek geleverd.[185] Recenter schrijft Rongen dat voor een dergelijke functie van het bepaaldheidsvereiste geen aanknopingspunten zijn te vinden in jurisprudentie en parlementaire geschiedenis.[186] Een eventuele controlefunctie van het bepaaldheidsvereiste laat ik hier verder buiten beschouwing, nu de relevantie voor overdracht en verpanding beperkt lijkt. Een ongeoorloofde inhoud van de levering of vestiging laat zich immers moeilijk voorstellen zonder ongeoorloofde inhoud van de titel en zonder geldige titel komt de overdracht of het pandrecht niet tot stand.

Duits en Frans recht

In de Duitse literatuur wordt over de ratio van het bepaaldheidsvereiste het volgende opgemerkt. Het bepaaldheidsvereiste vindt zijn oorsprong in het *Traditionsprinzip* en is aan diens belangrijkste doel onderworpen: het tot uitdrukking brengen van de oprechtheid van de wil van de vervreemder om over dát goed te beschikken.[187] Wiegand schrijft dat het bepaaldheidsvereiste is ontstaan uit de ten tijde van de totstandkoming van het BGB op rechtspolitieke en dogmatische gronden gevoerde discussie over de afbakening van gesimuleerde rechtshandelingen.[188] Met die afbakening wilde de wetgever de uitholling van boedels door schijnoverdrachten (door middel van een levering c.p.) tegengaan.[189] In het moderne goederenrecht dient het bepaaldheidsvereiste hoofdzakelijk twee andere doelen.[190] Ten eerste verzekert het bepaaldheidsvereiste dat het tussen partijen duidelijk is tot wiens vermogen de zaak behoort.[191] Zo dient vol-

183 Van Dam 2013, nr. 147, p. 155, die daar tevens over de sancties van art. 3:40 BW op ongeoorloofdheid schrijft.

184 O.a. Rongen 2012, nr. 782, p. 980 en verwijzingen aldaar.

185 Zie bijv. S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, "Een streng bepaaldheidsvereiste: geldend recht of 'wishful thinking'?", *WPNR* 1999/6374, p. 750-753. Men vindt de overige auteurs bij Rongen 2012, nr. 782, p. 980-981, voetnoot 6 en Van Hoof 2015, p. 378, voetnoot 113.

186 Rongen 2012, nr. 782, p. 980-981. Zie ook Van Hoof 2015, p. 377-378.

187 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 5, die daar ook opmerkt dat de functie van het bepaaldheidsvereiste om genoemd doel te bereiken aan een vormvoorschrift doet denken. Vgl. ook Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 78. Het bepaaldheidsvereiste heeft deze functie met name in het kader van de levering c.p. (§ 930 BGB), aldus MüKoBGB/Oechsler 2013, § 930 Rn. 29, 24 en 7.

188 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 77. Wiegand schrijft voorts dat de problematiek omtrent gesimuleerde rechtshandelingen in het huidige Duitse recht geen rol meer speelt. Die stelling onderbouwt hij door te wijzen op de opvatting over beschikkingen over goederen in het BGB (de mogelijkheid constituto possessorio te leveren) en op de ontwikkeling van de fiduciaire eigendomsoverdracht. Bij dat laatste heeft volgens Wiegand te gelden dat de wil om de eigendom over te dragen, zelfs indien men slechts een doel- of tijdgebonden verschaffing van de eigendom nastreeft, in principe niet meer in twijfel wordt getrokken.

189 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 5

190 Aldus MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 5.

191 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 5; Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, § 2 Rn. 7.

gens Bülow het bepaaldheidsvereiste bij zekerheidscessie ertoe dat de cessionaris in zijn hoedanigheid van nieuwe schuldeiser weet van wie hij betaling kan vorderen.[192] Ten tweede verhindert het bepalen dat de in de *Einigung* gestolde partijafspraken niet achteraf kunnen worden aangepast; men denke bijvoorbeeld aan een (eenzijdige) verbreding of beperking van een onprecieze bepaling.[193] Wiegand schrijft bij zijn behandeling van het bepaaldheidsvereiste samenvattend dat voor de vraag welke materiële eisen ten aanzien van het bepaaldheidsvereiste gesteld dienen te worden niet alleen dogmatische maar ook rechtspolitieke aspecten moeten worden meegewogen.[194] In de Franse literatuur wordt opgemerkt dat *le principe de spécialité* de functie heeft de belangen van de debiteur/pandgever te beschermen.[195]

Eigen opvattingen

Met betrekking tot de identificatiefunctie van het bepaaldheidsvereiste meen ik het volgende. In de literatuur wordt niet betwist dat het bepaaldheidsvereiste ertoe strekt tussen vervreemder en verkrijger duidelijk te krijgen welk goed overgedragen of bezwaard is. Die functie is evident. Ook jegens derden moet op een gegeven moment duidelijk zijn welk goed tot wiens vermogen behoort.[196] Het is mijns inziens echter onnodig naar buiten toe kenbaar te maken welk goed aangewezen is. H.J. Snijders schrijft dat het individualiseringsbeginsel "zich in verband laat brengen met de publiciteitseis".[197] Struycken schrijft onder verwijzing naar (een eerdere druk van) H.J. Snijders dat het publiciteits-aspect van het bepaaldheidsvereiste inhoudt dat het in beginsel voor derden kenbaar moet zijn wie de rechthebbende op het goed is.[198] Oechsler schrijft dat het onduidelijk is of het bepaaldheidsvereiste er tevens toe dient ten behoeve van derden transparantie en gemak te garanderen met betrekking tot de vraag tot wiens vermogen goederen behoren.[199] Dit veronderstelde verband tussen het bepaaldheidsvereiste en publiciteit is, nu één van de functies van het bepaaldheidsvereiste is om het object van de goederenrechtelijke rechtshandeling vast te stellen, op het eerste gezicht een te volgen gedachte. In hoofdstuk 2 hebben wij echter gezien dat publiciteit niet

192 Bülow 2012, Rn. 1381, p. 498.

193 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 5. Vgl. ook de eis dat het goed uiterlijk op het tijdstip van de *Einigung* bepaald moet zijn. Zie hiervoor voetnoot 121.

194 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 102.

195 Legeais 2013, nr. 457, p. 325.

196 Vgl. Rank-Berenschot 1997, p. 14; Rank-Berenschot 1998, p. 159. In deze zin ook bijv. Rb. Overijssel 25 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2366, rov. 2.6: "Voor pandgever, pandnemer en derden moet voldoende duidelijk zijn welke specifieke vermogensbestanddelen in de verpanding zijn begrepen en welke niet."

197 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 80, p. 61.

198 Struycken 1997, p. 134. Ook Rank-Berenschot 1998, p. 159-160 en De Jong 1998, p. 137 menen iets soortgelijks, omdat de pandakte de legitimatie van de verpanding naar buiten toe zou zijn.

199 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 5, die de vraag aan het einde van de paragraaf ontkennend beantwoordt. Vgl. bijv. ook Baur/Baur & Stürner 2009, § 58 Rn. 19, die daar schrijft dat de handhaving van het specialiteitsbeginsel wordt ondersteund door de publiciteit die uitgaat van een bezitsoverdracht bij roerende zaken. De auteur laat § 930 BGB (levering c.p.) echter onbesproken. Vgl. ook Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 43; Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn 28 onder 3.

strikt noodzakelijk is voor de vestiging en tegenwerpelijkheid van goederenrechtelijke verhoudingen. Als er geen aanleiding bestaat om te vereisen dat de overdracht of verpanding uiterlijk waarneembaar is, dan is er mijns inziens ook geen goede reden om te vereisen dat de vraag of er aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan slechts aan de hand van uiterlijk waarneembare omstandigheden beantwoord dient te worden. Daarnaast zou het genoemde verband ook slechts bestaan bij roerende zaken; vorderingen noch de akte waarmee zij gecedeerd of verpand worden zijn immers zichtbaar.[200] Als een levering met publiciteit gepaard gaat, zoals bijvoorbeeld de levering door bezitsverschaffing (art. 3:90 BW), dan vergemakkelijkt die publiciteit het individualiseren van die zaak. Voor individualisatie is publiciteit echter niet vereist.[201] Ook in Duitsland heeft te gelden dat sprake kan zijn van voldoende bepaaldheid zonder publiciteit van de (zekerheids)overdracht.[202] Het is mijns inziens voldoende dat in het uiterste geval (achteraf) vastgesteld wordt dat partijen ten tijde van de overdracht of verpanding het onderwerpelijke goed voldoende hebben bepaald.

Het bepaaldheidsvereiste zou de functie kunnen hebben van bescherming, in de zin dat de zekerheidsgever door het verplichte aanwijzen op enig moment kan nagaan over welk goed hij beschikt.[203] Zoals wij hierboven zagen, wordt in de Duitse literatuur aangenomen dat de beschermingsfunctie van het bepaaldheidsvereiste een rechtspolitieke rol kan spelen. Dat zou ook naar Nederlands recht het geval kunnen zijn. Niet voor niets werd onder het oude BW de thans door art. 3:239 lid 1 slotzin/94 lid 3 eerste zin, laatste gedeelte BW bereikte uitsluiting van (zekerheids)cessie van absolute vorderingen bereikt over de band van het bepaaldheidsvereiste.[204] Vele Nederlandse auteurs schrijven dat de afbakenende functie van het bepaaldheidsvereiste onder het

200 Weliswaar zal de pandakte op enig moment boven tafel komen, maar van pandakten gaat geen publiciteit uit ten behoeve van derdenbescherming zodat derden in beginsel niet op dergelijke akten afgaan. Er is dus geen sprake van publiciteit zoals die bij roerende zaken wel aanwezig is. Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.3.3.

201 Ook voor de levering is publiciteit geen vereiste. Zie Pitlo/Reehuis 2012, nr. 130, p. 101. Zie ook Rongen 2012, nr. 820, p. 1046-1047. Vgl. ook Brinkmann 2011, p. 109: "Schon die Motive zum ersten Entwurf geben allerdings Anlass zu dem Missverständnis, dass das Traditionsprinzip Publizitätsfunktion habe."

202 Wieling 2006, § 9 VII 4b bb, p. 335: "Die betroffenen Sachen sind nicht etwa nur bestimmbar, so daß an Hand von Auswahlkriterien erst bestimmt werden müßte, um welche Sachen es sich handelt. Die betroffenen Sachen sind exakt bestimmt, es ist lediglich nicht für jeden ohne weiteres erkennbar, um welche Sachen es sich handelt. Dies ist aber kein Problem der Bestimmtheit, sondern der Offenkundigkeit der Übereignung; sie hat mit dem Spezialitätsprinzip nichts zu tun. Da § 930 auf die offenkundigkeit der Übereignung verzichtet, bestehen auch hier gegen das Fehlen der offenkundigkeit keine Bedenken." Wieling verwijst in voetnoot 41 naar BGH NJW 1979, 976, 977: "Ob ein Dritter diese Sachen später noch hätte identifizieren können, […], ist für die Frage der Wirksamkeit unerheblich." Zie ook: Brinkmann 2011, p. 125 en voetnoot 198; Füller 2006, p. 19-20.

203 Zie hiervoor voetnoot 187.

204 Zie hiervoor voetnoot 138. In Duitsland is een faillissementsbestendige cessie bij voorbaat van toekomstige vorderingen slechts mogelijk voor individualiseerbare vorderingen die voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Zie Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 67. Voor beslag op toekomstige vorderingen geldt een soortgelijke formule. Dat is slechts mogelijk "wenn das der Forderung zugrunde liegende Rechtsverhältnis bereits besteht". Zie MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 80a; BGH NJW 1956, 790; BGH NJW 1970, 241, 242; Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 67 en de vele verwijzingen naar rechtspraak aldaar.

oude recht thans is overgenomen door de beperking in art. 3:239 lid 1 slotzin BW.[205] Daartegen hebben zich een aantal andere schrijvers gekeerd, die het grondslagvereiste niet zien als uitvloeisel van het bepaaldheidsvereiste.[206] De relevantie van de vraag of het grondslagvereiste verband houdt met het bepaaldheidsvereiste en de vraag naar het al dan niet bestaan van een beschermingsfunctie van het bepaaldheidsvereiste ligt in de steeds sterker wordende roep om die hiervoor genoemde wettelijke beperking af te schaffen.[207] Vooropgesteld moet worden dat het bepaaldheidsvereiste een beschermende rol kán vervullen. Iets anders is dat het bepaaldheidsvereiste mijns inziens geen geschikt middel is om een rechtspolitieke beperking in de vestigingsfase aan te leggen. Een dergelijke invulling van het bepaaldheidsvereiste is kunstmatig. Immers, een (toekomstig) goed kan aangewezen worden of niet. Andere middelen lijken mij geschikter om tot een eventueel evenwicht tussen schuldeisers te komen.[208] Ik durf echter niet uit te sluiten dat bij het uitblijven van dergelijke andere middelen en na de afschaffing van de beperking van art. 3:239 lid 1 BW de Hoge Raad een op het bepaaldheidsvereiste gebaseerde beperking aanlegt. Het is immers de rechter die dient te beoordelen in welke mate bepaaldheid aanwezig dient te zijn.[209] Weliswaar is de *openbare* verpanding van absoluut toekomstige vorderingen thans mogelijk (art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW), maar moet na een afschaffing van voornoemde beperking bijvoorbeeld de vraag worden beantwoord of het niet aanduiden van een toekomstige (en onbekende) schuldenaar tot voldoende bepaaldheid leidt.[210] Overigens dient die vraag mijns inziens – net als naar Duits recht[211] – in beginsel bevestigend te worden beantwoord. Ik vat het bepaaldheidsvereiste zo op dat de vestiging bij voorbaat van een pandrecht op een

205 Zie de vele auteurs genoemd bij Rongen 2012, nr. 788, p. 988 in voetnoot 42; Verdaas 2008, nr. 191, p. 159 en de auteurs daar genoemd in voetnoot 45. Zie ook Van der Kwaak 2014, p. 249-250: "[H]et criterium van de onmiddellijke grondslag […] staat wat de cessie en verpanding betreft voor een belangrijk deel in de sleutel van het bepaaldheidsvereiste bij de levering (art. 3:84 lid 2 BW). […] Die bepaaldheidseis vindt zijn weerslag in het criterium van de onmiddellijke grondslag."

206 Rongen 2012, nr. 788, p. 988-989 en de auteurs daar genoemd in voetnoot 43, waaraan toegevoegd kan worden Verdaas 2008, nr. 191, p. 159 en de auteurs daar genoemd in voetnoot 45.

207 Zie hieronder hoofdstuk 5, par. 5.7 en de verwijzingen aldaar.

208 Zie hieronder hoofdstuk 10, par. 10.6.

209 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 402.

210 Het voorbeeld in MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1248 (zie hierboven voetnoot 142) waarin de verpanding van alle toekomstige vorderingen voldoende bepaalbaar wordt geacht, gaat over toekomstige vorderingen op een *bekende* debiteur. Vgl. ook MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 397. Naar huidig recht is de cessie van een absoluut toekomstige vordering op een onbekende debiteur onmogelijk; art. 3:94 lid 3 BW staat slechts een cessie van relatief toekomstige vorderingen toe en art. 3:94 lid 1 BW vereist voor de openbare cessie een mededeling aan de debiteur van de vordering en vereist derhalve bekendheid met de identiteit van deze debiteur. Openbare cessie en verpanding van toekomstige vorderingen is dus slechts mogelijk indien de debiteur bekend is. Zie Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 213, p. 215; Pitlo/Reehuis 2012, nr. 813, p. 592. Art. 3:94 lid 2 BW ziet op de cessie van een *reeds bestaande* vordering op een onbekende debiteur. Ook mogelijk is dat er reeds een rechtsverhouding bestaat tussen een laedens en gelaedeerde, bijvoorbeeld bij vervuiling die uiteindelijk tot schade leidt. Deze *relatief* toekomstige vordering kan wel worden gecedeerd, nu de rechtsverhouding reeds bestaat.

211 BAG NJW 1967, 751; MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 80; Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 64. Zie ook Soergel/Schreiber 2009, § 398, Rz 5, die in voetnoot 42 verwijst naar RG Recht 1909 Nr 3321.

toekomstig goed mogelijk is als dat goed *aanwijsbaar* is. Voor het overige geldt dat het Duitse recht aantoont dat het bij voorbaat in zekerheid geven van absoluut toekomstige vorderingen in bepaalde gevallen verenigbaar is met het bepaaldheidsvereiste.[212] Naast het voorgaande kan worden opgemerkt dat het onderscheid tussen een identificatie- en een beschermingsfunctie niet zo strikt is als men in de literatuur wel eens doet voorkomen. Hebben partijen na de veronderstelde bezwaring geen idee welk goed zij nu eigenlijk hebben aangewezen, dan is het goed niet voldoende bepaald en dus niet verpand. In dat geval worden de crediteuren van de veronderstelde pandgever beschermd in de zin dat hun verhaalsmogelijkheden niet zijn afgenomen.

4.3.5 Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.: is het bepaaldheidsvereiste afgeschaft en is een soepel bepaaldheidsvereiste bezwaarlijk?

In het slot van de vorige paragraaf constateerde ik dat in het geval dat partijen na de veronderstelde bezwaring geen idee hebben welk goed zij nu eigenlijk hebben aangewezen, het goed niet voldoende bepaald is en dus niet is verpand. Die constatering roept de vraag op naar de huidige stand van het bepaaldheidsvereiste en, met de ook in vorige paragraaf behandelde functies van het bepaaldheidsvereiste in het achterhoofd, een waardering daarvan.

Zoals hierboven naar voren kwam, is het arrest *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* het beginpunt geweest van een rechtsontwikkeling, die inhoudt dat er steeds minder strenge eisen aan een pandakte worden gesteld. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.[213] De soepele eisen die sindsdien voor het bepaaldheidsvereiste gelden en ook steeds soepeler lijken te worden, zouden men ertoe kunnen verleiden te denken dat het bepaaldheidsvereiste (voor de vestiging van een pandrecht op roerende zaken en vorderingen) door de Hoge Raad is afgeschaft.[214] Illustratief is de volgende in de literatuur gestelde retorisch bedoelde vraag: “Hoe kan de bank immers een pandrecht hebben als zij niet eens weet op welke vorderingen dat pandrecht rust?”[215] Die verzuchting behoeft enige nuance. Onwetendheid kan inderdaad leiden tot de conclusie dat het pandobject onvoldoende bepaald is, maar dat hoeft niet. Zo bezien zijn verschillende gradaties van onwetendheid mogelijk. Bij een verpanding van “alle vorderingen” heeft in elk geval de pandnemer geen idee welke vorderingen nu precies aan hem verpand worden. Toch is in dit geval, ondanks zijn onwetendheid, sprake van voldoende bepaaldheid. Er kan immers geen twijfel mogelijk zijn over de vraag welke vorderingen partijen nu precies hebben aangewezen. Het volgende voorbeeld kent een andere uitkomst. Bij de verpanding van bijvoorbeeld “twee vorderingen op derden” is er ook sprake van onwetendheid. Pandgever noch pandnemer weten welke vorderingen zij nu precies hebben aangewezen. In dit geval zijn de te verpanden vorderingen

212 Zie hierboven voetnoot 156.
213 HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/447 m.nt. W.M. Kleijn, rov. 4.2.
214 Zie bijv. Struycken 2007, p. 750, voetnoot 143.
215 W.M.T. Keukens & R.M. Wibier, ‘Een waarschuwing voor banken: over stille pandrechten, informatierechten en (nogmaals) bepaalbaarheid’, *WPNR* 2007/6729, p. 904.

onvoldoende bepaald en dus niet verpand. De conclusie van het voorgaande moet zijn dat van een veronderstelde afschaffing geenszins sprake is.

Is de met *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* ingezette lijn van een soepele bepaaldheid nu eigenlijk bezwaarlijk? Ter beantwoording van die vraag is van belang de context waarin dat arrest gewezen werd. Na de invoering van het nieuwe vermogensrecht rees het volgende probleem. Het registreren van een pandakte waarin elke (toekomstige) vordering afzonderlijk omschreven was, bracht enorme kosten met zich. Ter vermindering van die kosten is de NVB overgegaan tot gebruikmaking van 'pandlijsten'. In deze door de pandgever ondertekende en aan de pandhouder verstrekte pandlijst wordt verwezen naar een specificatie van de (nieuw) te verpanden vorderingen. Het was de bedoeling dat de registratie van alleen deze pandlijst zou volstaan om een stil pandrecht op alle vorderingen te vestigen. Zodoende zou ook het voor registratie verantwoordelijke orgaan "niet door papiermassa's" worden overstroomd.[216] Het is deze oplossing die de Hoge Raad in *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* sanctioneerde. Gezien de toenmalige stand van de techniek[217] was het goedkeuren van de oplossing noodzakelijk; het was ondoenlijk om alle vorderingen stuk voor stuk in de pandakte te omschrijven. Gezien de huidige stand van de techniek is die noodzaak echter minder aanwezig. Het specificeren van vorderingen in de (elektronisch opgemaakte) pandakte is ruim twee decennia later veel eenvoudiger en het registeren hoeft ook geen probleem meer te zijn.[218] Met het wegvallen van de praktische noodzaak rijst de vraag of een streng bepaaldheidsvereiste – expliciete vermelding in de pandakte van elk pandobject – wenselijk is. Het antwoord op die vraag luidt mijns inziens ontkennend.

Ook op een fundamenteler niveau is het arrest *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* te billijken. Met dit arrest heeft de Hoge Raad de basis gelegd voor zeer soepele vestigingsvereisten voor verpanding. Die keuze die daaraan ten grondslag ligt, is als volgt te verklaren. Men gaat er over het algemeen vanuit dat goederenrechtelijke zekerheden een onmisbare rol spelen bij financieringen. Het gros van de financieringen wordt uiteindelijk terugbetaald en daarmee gaat het daarvoor verstrekte pandrecht teniet. Met dat in het achterhoofd is het goed mogelijk dat soepele vestigingsvereisten efficiënter en voordeliger zijn dan strenge vestigingsvereisten. Het vordering voor vordering specificeren in de pandakte is – hoewel technisch gezien mogelijk – nog steeds bewerkelijker dan het hanteren van een generieke omschrijving ("alle vorderingen"). Met andere woorden: het leggen van de puzzel achteraf (tijdens de incidenteel voorkomende executie/faillissement) is goedkoper dan het leggen van de puzzel vooraf (tijdens de frequent voorkomende vestiging). In *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* heeft de Hoge Raad beslist dat het minimumvereiste is dat de puzzelstukjes aanwezig moeten zijn ten tijde van de vestiging. Het daadwerkelijk vaststellen welk goed partijen nu precies verpand

216 Vriesendorp 1992, p. 150.

217 Illustratief in dit verband is Vriesendorp 1992, p. 150, voetnoot 4, die naast eerdergenoemde "papiermassa's" de mogelijkheid noemt dat de vorderingen gespecificeerd worden aan de hand van gegevens op "een diskette", via "electronic mail" of "telebanking".

218 Zie over dat laatste F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Onderhandse pandakten in het licht van het elektronisch verkeer: nog één horde te nemen', *TvI* 2011/14; Kaptein 2012b; V. de Haan, 'De ontwikkeling van de verzamelpandakte na invoering van elektronische registratie', *WPNR* 2016/7095, p. 155-160.

hebben, mag ook achteraf plaatsvinden. Daarbij komt dat die vaststelling achteraf niet in strijd is met de in de vorige paragraaf besproken ratio van het bepaaldheidsvereiste. De identificatiefunctie van het bepaaldheidsvereiste komt niet in het gedrang, nu de pandgever op elk moment zal kunnen vaststellen welk vermogensbestanddeel hij in ieder geval zelf beoogde te verpanden. Denk bijvoorbeeld aan de verpanding door de pandgever van "alle vorderingen". Ook een eventuele beschermingsfunctie kan een rol blijven spelen, nu een correctie achteraf mogelijk blijft.

Het bovenstaande in overweging nemende, kan ik mij verenigen met het soepele bepaaldheidsvereiste zoals dat al geruime tijd – niet alleen sinds *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.*, maar ook daarvoor al voor de eigendomsoverdracht tot zekerheid[219] – in Nederland geldt.

4.3.6 Welke maatstaf geldt er voor de vraag of er sprake is van voldoende bepaaldheid?

4.3.6.1 Een objectieve maatstaf?

In de literatuur is de heersende leer dat voor het bepaaldheidsvereiste een objectieve maatstaf geldt.[220] Daarbij wordt het meest verwezen naar de Asser-serie.[221] Meest recentelijk schrijven bewerkers Bartels en Van Mierlo dat het goed voldoende bepaald is "wanneer naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld welk goed wordt overgedragen."[222] Ook Reehuis schrijft dat van voldoende bepaaldheid bij de levering sprake is "indien naar objectieve maatstaven – eventueel achteraf – vast te stellen valt op welk goed de levering ziet."[223] De opvatting dat er een objectieve maatstaf geldt voor het bepaaldheidsvereiste wordt in de literatuur niet of nauwelijks onderbouwd. Toch zijn er argumenten te bedenken vóór een objectieve maatstaf.

4.3.6.2 Het belang van derden zou een objectieve maatstaf vereisen

Nu goederenrechtelijke rechten derdenwerking hebben, zouden derden zelf moeten kunnen bepalen of een goed geleverd is dan wel aan het vestigingsvereiste is voldaan. Een in de literatuur toegekende ratio achter het bepaaldheidsvereiste is dat het voor derden duidelijk dient te zijn welk goed tot wiens vermogen behoort.[224] Daarvoor zou

219 Zie hierboven voetnoot 111.

220 Zo ook: Bauduin 2014, p. 216 en 220.

221 Zie bijv. instemmend met de daar verdedigde opvatting: Rongen 2012, nr. 785, p. 986, voetnoot 33; Bauduin 2014, p. 192 en 342.

222 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 230, p. 204. Vgl. ook nr. 232, p. 207. De gebruikte zinsnede vindt haar (letterlijke) oorsprong in eerdere bewerkingen van Mijnssen en is voor het eerst opgenomen in de dertiende druk uit 1992. Zie Asser/Mijnssen & De Haan, *Algemeen goederenrecht* 3-I, 13e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 264, p. 166-167 en daarna in Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam, *Algemeen goederenrecht* 3-I, 14e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, nr. 214, p. 174; Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 2006, nr. 214, p. 196. Het is dan ook de vraag of rekening is gehouden met de daarna verschenen jurisprudentie, zoals het arrest *De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag*.

223 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 117, p. 86. Zie ook Reehuis 2004, nr. 8, p. 6.

224 Rank-Berenschot 1998, 159; De Jong 1998, p. 137; Bauduin 2014, p. 188-189 merkt de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten aan als ratio achter de objectieve maatstaf. Zie ook hierboven par. 4.3.4.

dan mede vereist zijn dat derden zelf kunnen vaststellen of dat goed voldoende bepaald is.[225] Ik kan mij in die gedachte niet vinden. Zoals eerder naar voren kwam, is voor de individualisatie van een goed geen publiciteit vereist en gaat van een pandakte geen enkele publiciteit uit.[226] Alleen daarom al kunnen derden vrijwel nooit met zekerheid zeggen of een goed overgedragen of verpand is. Sterker nog: de pandhouder zelf weet zelden welke vordering hij nu precies heeft verpand, aldus de Hoge Raad in het hierna te behandelen arrest *Wagemakers q.q./Rabobank*. De vraag werpt zich op welk doel een objectieve maatstaf zou dienen.

4.3.6.3 Uit het arrest Wagemakers q.q./Rabobank zou een objectieve maatstaf volgen

Een ander aanknopingspunt voor een objectief bepaaldheidsvereiste zou men kunnen vinden in het arrest *Wagemakers q.q./Rabobank*.[227] In dat arrest ging het om de vraag "of een als gebrekkig te kwalificeren wijze waarop een vordering op een pandlijst is verwerkt, met zich meebrengt dat deze vordering niet voldoende door de pandakte wordt bepaald, zodat niet is voldaan aan de vereisten die aan de vestiging van een pandrecht op een vordering worden gesteld."[228] De Hoge Raad vangt zijn kernoverweging aan met een herhaling van zijn in *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* gegeven uitgangspunt voor het bepaaldheidsvereiste bij verpanding: voldoende is dat de pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Vervolgens overweegt hij

> "[…] dat een onjuiste aanduiding van een vordering op een van de pandgever afkomstige computerlijst […] er niet aan in de weg staat dat achteraf mag worden vastgesteld om welke vordering het gaat, mits achteraf aan de hand van *objectieve gegevens* vastgesteld kan worden welke vordering de pandgever met deze aanduiding op het oog moet hebben gehad.
>
> Dit strookt met de omstandigheid dat ook van een *juiste* aanduiding nauwelijks verwacht kan worden dat zij aan de pandhouder duidelijk maakt welke vordering de pandgever daarmee precies op het oog heeft gehad, zolang de pandgever hem niet achteraf aan de hand van zijn administratie de daartoe nodige nadere gegevens verschaft. […]."[229]

Bovenstaande rechtsoverweging wordt instemmend behandeld in de literatuur, waarin men schrijft dat onjuiste aanduidingen "[…] door andere buiten de akte gelegen objectieve gegevens […] [kunnen] worden gecorrigeerd".[230] Voorts schrijft men dat niet vereist is dat de pandakte naar de objectieve gegevens verwijst.[231]

225 In deze zin bijv. Rongen 2012, nr. 785, p. 986 en voetnoot 33, nr. 811, p. 1033.
226 Zie hierboven par. 4.3.4 en hoofdstuk 3, par. 3.2.3.3.
227 Zie bijv. Verdaas 2012, nr. 17; Bauduin 2014, p. 188, 192 en 342.
228 A-G Hartkamp vóór HR 20 juni 1997, *NJ* 1998/362 m.nt. W.M. Kleijn (*Wagemakers q.q./Rabobank*), onder 7.
229 HR 20 juni 1997, *NJ* 1998/362 m.nt. W.M. Kleijn (*Wagemakers q.q./Rabobank*), rov. 3.3. De eerste cursivering is toegevoegd.
230 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 231, p. 206.
231 De Jong 1998, p. 138; Verdaas 2008, nr. 165, p. 136; Rongen 2012, nr. 785, p. 985. Vgl. ook Verdaas 2001, p. 224.

Het is onduidelijk wat men precies onder objectieve gegevens moet verstaan.[232] De Hoge Raad merkt in *Wagemakers q.q./Rabobank* de administratie van de pandgever en een factuur aan als objectieve gegevens.[233] Rongen schrijft dat *alleen* objectieve gegevens onduidelijkheden in de pandakte kunnen "ophelderen".[234] Volgens hem zijn gegevens "waarvan de feitenrechter het vermoeden heeft dat ze gemanipuleerd kunnen zijn" onvoldoende objectief. Voorts meent Rongen dat de partijbedoeling uit de objectieve gegevens moet kunnen worden afgeleid, omdat de bescherming van de belangen van derden dat zouden vereisen.[235] Daarom zou de vereiste objectiviteit ontbreken "in het geval de cessionaris ten opzichte van derden de cessie probeert aan te tonen *enkel* door de cedent (buiten de akte om) te laten verklaren dat hij inderdaad een bepaalde vordering beoogde te cederen."[236] Die opvatting is in lijn met die van Du Perron, die eerder bepleitte dat ter voorkoming van fraude enigerlei objectivering achteraf vereist is. Volgens hem "[kan] de enkele verklaring van de pandhouder dat hij de akte aldus heeft begrepen dat een bepaald object aan hem verpand werd, […], ook indien de pandgever deze niet weerspreekt, niet beslissend zijn."[237] Du Perron verwijst op zijn beurt weer naar Kortmann, die schreef dat nu "aan de hand van de akte, eventueel in samenhang met andere akten of andere feiten, moet kunnen worden vastgesteld dat de akte is bestemd tot verpanding van de daarin genoemde vorderingen", "het subjectieve vertrouwen van de verkrijger van het pandrecht" buiten beeld dient te blijven.[238] In zijn noot bij *Wagemakers q.q./Rabobank* schreef De Jong reeds dat met een subjectieve maatstaf de functie van de pandakte als middel om naar buiten toe de verpanding te kunnen legitimeren wordt aangetast. Het belang van derden vereist volgens hem dat "[d]e machtsuitoefening over vorderingen [...] op een abstracte wijze [zal] moeten blijken, namelijk uit de verpandingsakte."[239] Bij voorgaande opvattingen kunnen vraagtekens worden gezet. Als partijen niet hebben afgesproken en niet hebben beoogd in de pandakte een bepaald goed te verpanden, dan is dat goed niet verpand. Met andere woorden: een verpanding bewijzen geheel buiten de pandakte om is inderdaad onverenigbaar met het vereiste uit art. 3:237/239 BW. Maar wat nu als partijen wel hebben beoogd de pandakte op het desbetreffende goed te laten zien, maar die bedoeling 'onjuist' in de pandakte is opgenomen?

Alvorens deze principiële vraag in de volgende paragraaf (4.4.5) te beantwoorden, allereerst enige opmerkingen over 'objectieve gegevens'. Evenals de cessie- of pandakte zelf zijn ook voor buiten de akte gelegen objectieve gegevens niet kenbaar voor

232 Aldus A-G Langemeijer vóór HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 (*ING/Muller q.q.*) m.nt. C.E. du Perron, voetnoot 11; Rongen 2012, nr. 785, p. 985-986. Rank-Berenschot 1998, p. 159-160 schrijft dat (uitleg aan de hand van) objectieve gegevens zichtbaarheid voor derden bewerkstelligt.

233 HR 20 juni 1997, *NJ* 1998/362 m.nt. W.M. Kleijn, (*Wagemakers q.q./Rabobank*), rov. 3.3, waarin wordt verwezen naar rov. 3.1 onder (vii). Zie ook Rongen 2012, nr. 785, p. 985. Overigens is volgens hem ook niet geheel duidelijk wat *objectieve* gegevens zijn, zie t.a.p.

234 Rongen 2012, nr. 785, p. 985.

235 Rongen 2012, nr. 785, p. 986.

236 Rongen 2012, nr. 785, p. 986.

237 C.E. du Perron onder HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 (*ING/Muller q.q.*).

238 S.C.J.J. Kortmann onder HR 29 juni 2001, *AA* 51 (2002), 10, p. 730.

239 De Jong 1998, p. 137.

derden. Het argument ter rechtvaardiging van een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten – dergelijke akten scheppen voor derden "vrijwel nooit duidelijkheid"[240] – kan ook voor de objectieve gegevens worden aangevoerd: nu derden niet op deze gegevens kunnen afgaan, is objectiviteit niet nodig. Mijns inziens zijn objectieve gegevens niets meer dan bewijsmiddelen waaruit de feitenrechter kan concluderen dat partijen inderdaad hebben beoogd die bepaalde vordering (of ander pandobject) te verpanden.[241] Men kan bijvoorbeeld denken aan een geluidsopname waaruit blijkt dat partijen het eens worden over het te verpanden goed en/of het eens zijn dat dat goed in de pandakte is opgenomen. De echtheid van deze gegevens moet worden vastgesteld door de feitenrechter conform de bewijsregels die daarvoor gelden. Objectivering en dus bescherming achteraf vindt dan plaats door de rechter, die het bewijs overtuigend acht of niet. Uit het arrest *Wagemakers q.q./Rabobank* kan men mijns inziens niet afleiden dat 'extra objectief' bewijs is vereist.

Naast het voorgaande kan men zich de vraag stellen of het vereiste van objectieve gegevens nog wel geldt.[242] Het door de Hoge Raad in *Wagemakers q.q./Rabobank* geïntroduceerde criterium is nadien een aantal keer in de lagere rechtspraak herhaald en/of toegepast.[243] Ook in een aantal conclusies A-G wordt het criterium genoemd en/of gehanteerd.[244] Het merendeel van de feitenrechters beoordeelt de vraag of er aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan echter enkel aan de hand van het criterium uit *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* zonder daarbij het criterium van objectieve gegevens te noemen.[245] Belangrijker is dat de Hoge Raad zelf in geen enkel arrest over het bepaaldheidsvereiste na *Wagemakers q.q./Rabobank* het vereiste van 'objectieve gegevens' heeft herhaald.[246]

Tot slot kan erop gewezen worden dat bij de inhoud van het arrest *Wagemakers q.q./Rabobank* van meet af aan vraagtekens zijn geplaatst. Het oordeel van de Hoge Raad dat, indien de vordering op de computerlijst is opgenomen voor een lager bedrag dan

240 Zie hierboven voetnoot 39. Bij het poneren van dit cruciale argument verwijst A-G Hartkamp onder 9 en 10 naar de laatste zin van de hierboven in de hoofdtekst geciteerde rechtsoverweging uit *Wagemakers q.q./Rabobank*, inhoudende dat ook van een *juiste* aanduiding nauwelijks verwacht kan worden dat zij duidelijkheid verschaft.

241 Kaptein 2013, par. 4.2.

242 Verstijlen 2011, p. 273; Kaptein 2013, par. 4.3, p. 362.

243 Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF0968, rov. 4.9.3; Rb. Middelburg 2 november 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AZ5268, rov. 4; Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG3857, rov. 4.13-4.14; Rb. Amsterdam 15 september 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP1006, rov. 4.29; Rb. Noord-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ0166, rov. 4.17-4.18; Rb. Overijssel 25 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2366, rov. 2.6.

244 A-G Langemeijer vóór HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 (*ING/Muller q.q.*) onder 2.6 spreekt van een verfijning van het criterium uit *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.*; A-G Hartkamp vóór HR 20 september 2002, *NJ* 2004/182 (*Mulder q.q./Rabobank*) onder 9; A-G De Vries Lentsch-Kostense vóór HR 4 maart 2005, *NJ* 2005, 326 (*Thomassen Metaalbouw/Vos*) onder 11; A-G Timmerman vóór HR 8 juli 2011, *RvdW* 2011/847, *JOR* 2011/263 (*Stichting Via. Claim/Fortis Bank & Euronext*) onder 3.2.5; A-G Hammerstein vóór HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*) onder 2.10; A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3 (*SEPA c.s./Gemeente Amsterdam*), onder 5.28-5.29.

245 Zie bijv. recent Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6338, rov. 3.10-3.11; Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397, rov. 4.8.1.

246 Verstijlen 2011, p. 273; Kaptein 2013, p. 262. Zie ook Bauduin 2014, p. 189.

verschuldigd is, het pandrecht in beginsel slechts op het deel van de vordering komt te rusten dat met dit lagere bedrag overeenkomt,[247] wordt in de literatuur unaniem als onbegrijpelijk dan wel onjuist aangemerkt.[248] Niet wordt ingezien waarom een hoger bedrag niet zou mogen worden bewezen. Het arrest geniet dus niet al te veel aanzien.

4.3.7 Tussenconclusie

Het te verpanden goed dient door de akte voldoende bepaald te worden. In Nederland geldt voor de vraag of aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan de volgende in het arrest *Gispen q.q./Spaarbank Rivierland* geïntroduceerde maatstaf: voldoende is dat de door de wet vereiste pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand van die pandakte kan worden vastgesteld om welk pandobject het gaat. Deze maatstaf geldt voor alle te verpanden goederen en tevens bij een vestiging bij voorbaat. In Duitsland is volgens vaste rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* aan het bepaaldheidsvereiste voldaan "wenn es auf Grund einfacher äußerer Abgrenzungskriterien für jeden, der die Parteiabreden kennt, ohne weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind." Voor de zekerheidsoverdracht van toekomstige zaken gelden dezelfde eisen. Zowel bij de cessie van een bestaande vordering als van een toekomstige vordering dient de vordering "bestimmt oder wenigstens bestimmbar" te zijn. Daar is sprake van als de vordering zodanig geïndividualiseerd is, dat over deze vordering geen twijfel kan bestaan.

Het hanteren van het begrip bepaalbaarheid bij de levering van en vestiging van een pandrecht op roerende zaken en vorderingen is niet geheel zuiver. De soepele maatstaf voor het bepaaldheidsvereiste bij de vestiging leidt ertoe dat achteraf kan worden vastgesteld dat het goed ten tijde van de vestiging voldoende bepaald was. Dat is iets anders dan bepaalbaarheid bij de vestiging. Vereist is dat het te verpanden goed bij de vestiging voldoende bepaald is. Die gedachte wordt ondersteund door Duitse literatuur, waarin wordt verdedigd dat het onderscheid tussen *Bestimmtheit* en *Bestimmbarkeit* onjuist is.

Het bepaaldheidsvereiste heeft in ieder geval een identificatiefunctie en in zekere mate een beschermingsfunctie. Met betrekking tot de identificatiefunctie is het onbetwist dat het bepaaldheidsvereiste ertoe strekt tussen vervreemder en verkrijger duidelijk te krijgen welk goed overgedragen of bezwaard is. Het is mijns inziens echter onnodig naar buiten toe kenbaar te maken welk goed aangewezen is. Het zou voldoende moeten zijn dat dat in het uiterste geval achteraf wordt vastgesteld. Het bepaaldheidsvereiste zou de zekerheidsgever kunnen beschermen in de zin dat hij door het verplichte aanwijzen op enig moment kan nagaan over welk goed hij beschikt. Het Duitse recht leert dat de beschermingsfunctie van het bepaaldheidsvereiste een rechtspolitieke rol kán spelen.

Het bepaaldheidsvereiste is niet afgeschaft. Onwetendheid kan leiden tot de conclusie dat het pandobject onvoldoende bepaald is, maar dat hoeft niet. Er zijn verschillende

247 HR 20 juni 1997, *NJ* 1998/362 m.nt. W.M. Kleijn (*Wagemakers q.q./Rabobank*), rov. 3.3.

248 Faber 1997, p. 127; De Jong 1998, p. 138; Kortmann & Faber 1998, p. 519; Kortmann & Faber 1999, p. 752; Rongen 2012, nr. 786, p. 986-987.

gradaties van onwetendheid mogelijk. In het geval dat partijen na de veronderstelde bezwaring geen idee hebben welk goed zij nu eigenlijk hebben aangewezen, is het goed niet identificeerbaar en dus niet verpand. De met *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* ingezette lijn van een soepele bepaaldheid is niet bezwaarlijk. Weliswaar is een belangrijk argument voor sanctionering van de toentertijd gebruikte verpandingsconstructie weggevallen – de huidige stand van de techniek biedt nieuwe mogelijkheden tot specificatie –, de kosten in de executiefase die een soepel bepaaldheidsvereiste met zich brengt, wegen niet op tegen de kosten die een streng bepaaldheidsvereiste met zich zou brengen in de vestigingsfase. Een soepele bepaaldheid komt ook niet met de ratio van het bepaaldheidsvereiste in het gedrang.

De heersende leer is dat voor het bepaaldheidsvereiste een *objectieve* maatstaf geldt. De literatuur noch het arrest *Wagemakers q.q./Rabobank* overtuigen mij echter van het bestaan van een objectieve maatstaf voor het bepaaldheidsvereiste. Onduidelijk is welke maatstaf er nu precies geldt voor het bepaaldheidsvereiste.

4.4 Uitleg en bepaaldheid

4.4.1 Inleiding

In de vorige twee paragrafen zijn achtereenvolgens de uitleg van de pandakte en het bepaaldheidsvereiste behandeld. In deze paragraaf zal de wisselwerking tussen deze twee leerstukken besproken worden. Voor de uitleg van de pandakte geldt een subjectieve maatstaf. In de literatuur wordt aangenomen dat voor het bepaaldheidsvereiste een objectieve maatstaf geldt. Bij dat laatste kunnen vraagtekens worden gezet. Denkbaar is dat de subjectieve uitleg van de pandakte doorwerkt in het bepaaldheidsvereiste.[249] Welke maatstaf geldt er voor het bepaaldheidsvereiste?

4.4.2 Bepaaldheid is een kwestie van uitleg

Nederlands recht

In par. 4.2.1 van dit hoofdstuk hebben wij kunnen zien dat de in de pandakte opgeschreven bewoordingen nooit ‘duidelijk’ zijn en hun betekenis door uitleg wordt vastgesteld. Pandakten moeten worden uitgelegd. Die constatering heeft gevolgen voor het bepaaldheidsvereiste. In het Asser-deel over zekerheidsrechten staat:

> “Of de vordering voldoende in de akte is bepaald zal moeten worden gevonden door uitleg van hetgeen in de akte is vermeld.”[250]

249 Verstijlen 2011, p. 273.

250 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 206, p. 208. Zie ook reeds Mijnssen in Asser/Van Mierlo, Mijnssen & Van Velten 3-III 2003, nr. 109a, p. 123. Vgl. ook J.B.M. Vranken, ‘Verpanding, hoofdelijkheid en de nieuwe voorrangsregels van Zuidgeest/Furness’, *WPNR* 1999/6353, p. 268; Verhagen & Rongen 2000, p. 88; Reehuis 2004, nr. 77, p. 82; Verstijlen 2011, p. 273; Kaptein 2013,

Voor de vuistloze of stille verpanding van roerende zaken of andere goederen geldt hetzelfde. De vraag of een te verpanden goed voldoende in de akte is bepaald is dus een kwestie van uitleg. Tot dusver heeft de Hoge Raad zich slechts onder het oude recht – dat voor de verpanding van een vordering een overeenkomst tussen pandgever en pandnemer plus een mededeling van de verpanding aan de debiteur van de vordering vereiste (art. 1199 BW (oud)) – in dergelijke zin uitgelaten, door te overwegen "dat voor de vestiging van het pandrecht […] van belang is hoe de overeenkomst tussen pandgever en pandnemer, wat het beoogde object van de verpanding betreft, redelijkerwijs dient te worden uitgelegd […]."[251] Het zou de rechtsontwikkeling ten goede komen als de Hoge Raad in een volgend arrest expliciet overweegt dat de vraag of een te verpanden goed voldoende in de pandakte is bepaald moet worden beantwoord door uitleg van die akte.

Duits recht

In Duitsland is de stelling dat bepaaldheid een kwestie van uitleg is meer gemeengoed dan in de Nederlandse literatuur.[252] Over de algemene uitlegregels van § 133, 157 BGB schrijft Bülow dat die "natürlich auch für sachenrechtliche Willenserklärungen gelten".[253] Verderop schijft hij:

> "Im Übrigen kann die Bestimmbarkeit eine Frage der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB sein. Lässt sich die Forderung aufgrund dessen aber nicht individualisieren, geht sie nicht über, sondern bleibt bei ihrem bisherigen Gläubiger."[254]

Busche wijst erop dat de vordering op het tijdstip dat zij overgedragen wordt voldoende bepaald of bepaalbaar moet zijn. In dat opzicht dient de inhoud en omvang van de vordering, de persoon van de schuldenaar en zo nodig ook de rechtsgrond door uitlegging van het beschikkingshandeling (*Verfügungsgeschäft*) te kunnen worden vastgesteld. Voor die uitleg gelden, zo schrijft hij expliciet, de algemene beginselen van uitleg.[255] Ook het *Bundesgerichtshof* heeft in meerdere arresten overwogen dat de bepaaldheid van de vordering kan worden vastgesteld aan de hand van voor uitleg vatbare

---

par. 5.1, p. 363. Vgl. ook Pitlo/Reehuis 2012, nr. 259c, p. 208: "De vraag naar voldoende bepaaldheid van de vordering bij de akte valt te onderscheiden van de vraag naar de wijze van uitleg van de akte."

251 HR 21 april 1995, *NJ* 1996/652 m.nt. W.M. Kleijn (*Eemswater Beheer/Curatoren Capcan Beheer*), rov. 3.4.

252 Het verst gaat Füller 2006, p. 17, die concludeert: "Nach alledem ist der Bestimmtheitsgrundsatz kein strukturprägendes Prinzip des Sachenrechts, sondern drückt nur eine Auslegungsfrage aus."

253 Bülow 2012, Rn. 1290, p. 462, die deze opmerking maakt in het kader van het bij een zekerheidsoverdracht door middel van een levering c.p. beantwoorden van de vraag wie zekerheidsgever en zekerheidsnemer is.

254 Bülow 2012, Rn. 1382, p. 498 en in voetnoot 512 verwijzend naar OLG Frankfurt WM 2005, 2134, geraadpleegd via BeckRS 2011, 19968; OLG München WM 2008, 299, geraadpleegd via BeckRS 2008, 03679. Zie ook LG Düsseldorf BeckRS 2014, 10586, Rn. I.b).

255 Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 53 en verwijst daarbij naar BGH NJW 1978, 634.

wilsverklaringen.[256] Die al dan niet tot bepaaldheid leidende uitleg dient in beginsel[257] aan de hand van §§ 133, 157 BGB te geschieden.[258]

Ook bij de zekerheidsoverdracht door middel van een levering c.p. is de heersende leer dat de bepaaldheid een kwestie van uitleg is. Het volgende citaat van Weber illustreert het verband tussen de onzichtbare levering c.p., het door het *Bundesgerichtshof* aangelegde criterium voor het bepaaldheidsvereiste bij de zekerheidsoverdracht van roerende zaken[259] en uitleg:

> "Bei einer Übereignung durch Besitzkonstitut gem. §§ 929 Satz 1, 930 fehlt es an einer derart unzweifelhaften Individualisierung, hierzu stehen allein die Willenserklärungen der dinglichen Einigung zur Verfügung. Zur Wahrung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes ist es also erforderlich, dass sich der dinglichen Einigung – gegebenenfalls durch Auslegung (§§ 133, 157) – für jeden außenstehenden Dritten, der die Parteiabreden kennt, ohne Weiteres entnehmen lässt, welche konkreten Sachen von ihr erfasst werden."[260]

Ook Wiegand en Oechsler schrijven dat bij de zekerheidsoverdracht van een roerende zaak de vraag of het zekerheidsobject voldoende bepaald is uiteindelijk een kwestie van uitleg is van hetgeen partijen afgesproken hebben.[261] Voorts kan erop gewezen worden dat het *Bundesgerichtshof* in één van zijn standaardarresten over het bepaaldheidsvereiste aan de hand van een bepaalde uitleg van de overeengekomen afspraken tot het oordeel kwam dat er in die zaak aan het bepaaldheidsvereiste was voldaan.[262]

4.4.3 Welke uitlegmaatstaf is de geëigende voor het vaststellen van de bepaaldheid?

In Duitsland is de heersende leer dat bepaaldheid een kwestie van uitleg is én dat het daar duidelijk is welke maatstaf er voor die uitleg geldt. In Nederland is dat laatste

256 BGH NJW 1995, 1668, 1669: "Im Interesse der Rechtsklarheit setzt die Abtretung auch künftiger Forderungen eine *auslegungsfähige* Erklärung voraus, die zugleich die abgetretenen künftigen Forderungen *hinreichend individualisierbar* werden läßt (curs. FJLK)." BGH NJW 2000, 276, 277: "Zur Ausräumung von Zweifeln darf bei der Ermittlung der abgetretenen Forderungen oder Forderungsteile grundsätzlich auch auf Umstände außerhalb der gegebenenfalls *auslegungsbedürftigen* Abtretungsvereinbarungen zurückgegriffen werden (curs. FJLK)."

257 In beginsel, omdat een (zekerheids)cessie nogal eens in de algemene voorwaarden (AGB) wordt overeengekomen en naar Duits recht worden algemene voorwaarden *objectief* uitgelegd. Zie Palandt/Grüneberg 2012, § 305c, Rn. 16; Staudinger/Singer 2012, § 133, Rn. 72. Bij de beantwoording van de vraag of de vordering voldoende bepaald is, dient dan ook objectief uitgelegd te worden. Zie Bülow 2012, Rn. 1383, p. 499; OLG Frankfurt WM 2005, 2134, BeckRS 2011, 19968, Rn. II.

258 LG Düsseldorf BeckRS 2014, 10586, Rn. I.b.

259 Zie hierboven voetnoot 123.

260 Weber 2013, § 13, nr. 51, p. 262.

261 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 6; Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 100 en Rn. 102. Vgl. ook Palandt/Bassenge 2012 § 930 Rn 21. De vraag of er überhaupt sprake is van *Einigung* tot eigendomsoverdracht, is een kwestie van uitleg aan de hand van de normale uitlegregels. Zie BGH NJW 1990, 1913 Rn. II.1; Staudinger/Wiegand 2011, § 929, Rn. 9; Soergel/Henssler 2002 § 929, Rn 17.

262 Zie BGH NJW 2000, 2898 en de noot van K. Schmidt onder dat arrest in JuS 2000, 1118, 1119.

niet het geval. Na de constatering dat de vraag of de vordering voldoende in de akte is bepaald een kwestie van uitleg is, werpt Van Mierlo de vraag op "aan de hand van welke maatstaf deze uitleg dient te geschieden".[263] Voordat het arrest *De Liser de Morsain/ Rabobank Den Haag* was gewezen schreef Mijnssen dat uit *Wagemakers q.q./ Rabobank* volgt dat deze uitleg van de akte aan de hand van objectieve gegevens dient te geschieden en dat daarom niet zonder meer plaats is voor de Haviltexmaatstaf.[264] Ook de auteurs hierboven genoemd in paragraaf 4.3.6.3 wijzen subjectieve partij-bedoelingen af. Daarentegen zijn er ook bronnen waarin voor de vraag welke goederen partijen beoogden te cederen/verpanden de Haviltexmaatstaf wordt aangewezen.[265]

De vraag welke uitlegmaatstaf gehanteerd dient te worden voor de vraag of het pandobject voldoende bepaald is in de akte lijkt thans beantwoord te worden aan de hand van de volgende overweging van A-G Keus vóór *De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag*:

> "[…] voor de uitleg van een cessieakte als de onderhavige is, ook in relatie tot derden, de Haviltex-maatstaf aangewezen. Uitleg conform deze maatstaf biedt *geen* soelaas voor zover de over te dragen vordering – ook na uitleg van de cessieakte met toepassing van de Haviltex-maatstaf – in de akte onvoldoende bepaald is, dan wel in de akte in het geheel niet wordt genoemd."[266]

Aangenomen lijkt te worden dat er na een subjectieve uitleg toch weer een objectieve bril moet worden opgezet indien men deze uitleg wil gebruiken voor het antwoord op de vraag of de vordering voldoende bepaald is.[267] Deze opvatting is in overeenstemming met de opvatting dat er voor het bepaaldheidsvereiste een objectieve maatstaf geldt.

263 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 206, p. 208.

264 Asser/Van Mierlo, Mijnssen & Van Velten 3-III 2003, nr. 109a, p. 123.

265 A-G De Vries Lentsch-Kostense vóór HR 21 april 1995, *NJ* 1996/652 m.nt. W.M. Kleijn onder 13; De Jong 1998, p. 137, die dat overigens ongewenst vindt ("Daarmee wordt naar mijn mening de functie van de verpandingsakte als middel om naar buiten tot de verpanding te kunnen legitimeren, aangetast."); Verhagen & Rongen 2000, p. 88; Verstijlen 2004, p. 11-12.

266 Conclusie A-G Keus vóór HR 16 mei 2003, *NJ* 2004/183 m.nt. W.M. Kleijn onder 2.6. De cursivering is toegevoegd. Zie ook onder 2.4: "[…] in verband met het voorgaande [geldt] dat partijen bij de cessie zich er noch tegenover elkaar noch tegenover derden op kunnen beroepen dat zij het er over eens waren dat een bepaalde vordering zou worden gecedeerd, indien daarvan in de akte geen melding is gemaakt en zulks niet met behulp van objectieve gegevens uit de akte kan worden afgeleid: alsdan is aan het leveringsvereiste van 'een daartoe bestemde akte' immers niet voldaan." (curs. FJLK) Ook Van Mierlo beantwoordt de door hem opgeworpen vraag aan de hand van bovenstaand citaat. Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2010, nr. 206, p. 209.

267 De – cruciale – overweging van A-G Keus kan op verschillende wijzen gelezen worden. Een andere lezing zou zijn dat als uitleg ertoe leidt dat de vordering niet is bepaald, er logischerwijs niet aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan. Hierna ga ik uit van de door mij voorgestane lezing; een belangrijke aanwijzing daarvoor is dat A-G Keus het woord "noemen" gebruikt. Dat woord suggereert dat er nog geen uitleg heeft plaatsgevonden.

4.4.4 Een subjectieve uitleg kan tot voldoende bepaaldheid leiden[268]

De opvatting dat er na een subjectieve uitleg toch weer een objectieve bril moet worden opgezet, lijkt mij onjuist. Zoals hierboven te lezen, meent A-G Keus dat de Haviltex-maatstaf geen soelaas biedt indien de over te dragen vordering (i) in de akte onvoldoende bepaald is of (ii) in de akte in het geheel niet wordt genoemd. Men kan zich vervolgens afvragen hoe deze opmerking te verenigen is met de constatering dat het antwoord op beide vragen dient te worden gevonden aan de hand van de uitleg van diezelfde akte. Met andere woorden: hoe kan men vaststellen of een vordering voldoende bepaald wordt door, of genoemd wordt in de akte, als men dit dient te doen door de akte aan de hand van de subjectieve Haviltexmaatstaf uit te leggen, en vervolgens het antwoord dat deze maatstaf oplevert niet mag gebruiken voor de vraag of de vordering voldoende bepaald wordt door de akte? Welke zin heeft dan een subjectieve uitleg nog indien vervolgens het beoogde rechtsgevolg niet wordt bereikt, omdat er niet aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan? Moeten partijen dan toch nog – indien mogelijk – een nieuwe, 'duidelijkere' (lees: de toets der objectieve uitleg doorstaande) akte opmaken?

De consequentie van een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten is dat het object van die akte door de subjectieve partijbedoeling bepaald kan worden. Het hanteren van een objectief bepaaldheidsvereiste voor een cessie- of pandakte ontneemt het nut van een subjectieve uitleg van diezelfde akte.

Het criterium dat geldt voor het bepaaldheidsvereiste voor cessie- en pandakten is dat voldoende is dat de akte zodanige *gegevens* bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Bij de uitleg van de akte wordt ook de subjectieve partijbedoeling meegenomen. Weliswaar staat deze bedoeling niet met zoveel woorden expliciet in de akte, maar ook deze subjectieve partijbedoeling kan men als 'gegevens' uit de akte aanmerken. Aan de hand van het volgende voorbeeld kunnen de mogelijke gevolgen van deze vaststelling worden geschetst.[269] Crediteur C weet dat debiteur D een vordering heeft op A. C wil zich verhalen op deze vordering. Als C bij D aanklopt, stelt D echter dat hij zijn vordering heeft gecedeerd aan zijn broer B. Als akte van cessie legt D een aan B gericht, door hem ondertekend kaartje over met daarop de tekst: "Gefeliciteerd!" Naar objectieve maatstaven zou hier sprake zijn van een verjaardagskaartje. D en B verklaren echter dat het hun bedoeling was de vordering van D op A over te dragen aan B: "Gefeliciteerd, jij mag bij A mijn geld ophalen!" Staat C na de subjectieve uitleg van de akte van cessie nu met lege handen? Ter legitimatie van B's vermeende recht dient de vordering voldoende door de akte bepaald te worden.

268 De tekst in deze paragraaf is nagenoeg letterlijk overgenomen uit Kaptein 2013, par. 5.3, p. 363-634. De daar (en in deze paragraaf) verdedigde visie lijkt na bespreking daarvan te worden afgewezen door Bauduin 2014, p. 192 en 342. Zij concludeert conform de heersende leer en verwijzend naar *Wagemakers q.q./Rabobank* dat de bepaalbaarheid dient te worden vastgesteld aan de hand van objectieve gegevens en dat er daarom geen plaats is voor subjectieve elementen.

269 Het voorbeeld is overgenomen uit Kaptein 2013, par. 5.3, p. 364.

4.4.5 Ook een "onjuiste" aanduiding is een kwestie van uitleg

Met de constatering dat bepaaldheid een kwestie van uitleg is, verdient ook (de in de literatuur verdedigde uitleg van) het arrest *Wagemakers q.q./Rabobank* een heroverweging. Zoals wij hiervoor (par. 4.3.4) hebben gezien werd in dat arrest beslist "dat een onjuiste aanduiding van een vordering op een van de pandgever afkomstige computerlijst […] er niet aan in de weg staat dat achteraf mag worden vastgesteld om welke vordering het gaat, mits achteraf aan de hand van objectieve gegevens vastgesteld kan worden welke vordering de pandgever met deze aanduiding op het oog moet hebben gehad."[270] Het arrest wordt voornamelijk in de sleutel van het bepaaldheidsvereiste geplaatst.[271] Andere auteurs leidden uit het arrest een objectieve uitlegmaatstaf af voor de (uitleg)vraag of het pandobject voldoende bepaald is.[272] Het Duitse recht biedt echter een andere benadering ten aanzien van 'onjuiste' aanduidingen.

In de Duitse literatuur schrijft men dat de vraag hoe met onjuiste aanduidingen om te gaan moet worden beantwoord aan de hand van het leerstuk uitleg. In het Staudinger-commentaar schrijft Busche:

> "Die abzutretende Forderung als Verfügungsgegenstand muss zum Zeitpunkt, in dem sie übergehen soll, individuell hinreichend bestimmt oder bestimmbar sein [...]. Insoweit müssen sich Gegenstand und Umfang der Forderung, die Person des Schuldners und erforderlichenfalls auch der Rechtsgrund durch Auslegung des Verfügungsgeschäfts ermitteln lassen. Hierfür sind die allgemeinen Auslegungsgrundsätze heranzuziehen (vgl dazu BGH NJW 1978, 634). Soweit die Forderung hinreichend individualisiert werden kann, schadet daher auch eine Falschbezeichnung nicht."[273]

Ook Roth en Kieninger schrijven iets soortgelijks:

> "Unrichtige Bezeichnung bestimmter Forderungsmerkmale, zB Höhe des Betrags, Leistungsgegenstand, Person des Schuldners, schadet solange nicht, als die Forderung trotzdem noch als Abtretungsgegenstand identifiziert werden kann. [...] Bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen kann die Auslegung ebenfalls über eine ungenaue Bezeichnung hinweghelfen, jedoch nur, solange der Gegenstand der Übertragung noch identifizierbar ist."[274]

---

270 Zie hierboven voetnoot 229.

271 Zie bijv. Kortmann onder HR 19 september 1997, *JOR* 1997/133 (*Verhagen/INB II*) onder 2.

272 Zie hierboven voetnoot 264. Zie evenwel ook de door Verhagen & Rongen verdedigde toepasselijkheid van de Haviltexmaatstaf, voetnoot 265.

273 Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 53.

274 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 67. Roth verwijst op zijn beurt naar OLG Frankfurt ZIP 2009, 1521, BeckRS 2009, 20159, waarin overwogen wordt: "Dem Kläger kann es nicht zum Erfolg verhelfen, dass nach gesichertem Erkenntnisstand in der Rechtsprechung in einfach gelagerten Fällen es möglich ist, dass bei falscher Bezeichnung des zu übernehmenden Geschäftsanteils der Geschäftsgegenstand durch Auslegung ermittelt werden kann […]. Auslegung ist nur dort möglich, wo zweifelsfrei feststellbar ist, welcher Geschäftsanteil an wen übergehen soll […]." Bij die laatste zin verwijst het OLG naar KG Berlin NJW-RR 1997, 1259, waar in Rn. 1b wordt overwogen: "Der notarielle Vertrag erweist sich jedoch deshalb als unwirksam, weil nicht zweifelsfrei feststellbar ist, welcher Geschäftsanteil an wen übergehen sollte."

Eventuele onjuistheden kunnen dus eventueel worden verholpen door de uitleg van de door partijen geuite wilsverklaringen. Daarvoor is de in paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk besproken wijze van uitleg aangewezen. Wat dat concreet betekent moge duidelijk worden aan de hand van het volgende voorbeeld. A en B komen een overdracht van een vordering overeen. Zij zetten op papier: "Hierbij draag ik, A, mijn vordering op X over aan u, B." X blijkt een onjuiste aanduiding te zijn; zowel A als B weten dat zij daadwerkelijk (de vordering op) Z bedoelde. Is de vordering op Z nu overgedragen aan B? Het object van de *Abtretung* moet, zoals blijkt uit voorgaande citaten, voldoende bepaald zijn. Of dat het geval is, is een kwestie van uitleg. Zoals wij hierboven hebben gezien, komt men – indien voor een dergelijke uitleg voldoende aanknopingspunten zijn – aan de hand van het leerstuk "falsa demonstratio non nocet" tot de uitleg dat de vordering op Z bedoeld is.[275] Dientengevolge is de vordering op Z overgedragen aan B. Aldus is het naar Duits recht mogelijk dat de vraag of aan het bepaaldheidsvereiste voldaan is subjectieve elementen kent. In het bovenstaande voorbeeld is een *subjectieve* uitleg zelfs doorslaggevend voor de beantwoording van de vraag of de vordering voldoende bepaald is. Daar komen verder geen 'objectieve gegevens' aan te pas.

Ik zie niet in waarom dit naar Nederlands recht anders zou zijn. Sinds *Wagemakers q.q./Rabobank* verkeert men in onwetendheid over de vraag wat objectieve gegevens nu precies zijn. De conclusie die uit het voorgaande kan worden getrokken is dat objectieve gegevens bewijsmiddelen zijn, waaruit de feitenrechter kan afleiden of en zo ja, welk goed verpand is. Als A en B nu *echt* beoogden in de pandakte de vordering van A op Z aan B over te dragen, waarom zouden zij dat dan niet achteraf mogen bewijzen? Het is dan mogelijk dat die bewijsmiddelen bestaan uit subjectieve partijverklaringen.

4.4.6 Is een subjectieve bepaaldheid bezwaarlijk voor derden?[276]

Bij de opvatting dat bepaaldheid mogelijk is aan de hand van een subjectieve uitleg dringt zich de prangende vraag op of dat bezwaarlijk is voor derden. In par. 4.3.6.3 schreef ik dat het argument ter rechtvaardiging van een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten – dergelijke akten scheppen voor derden "vrijwel nooit duidelijkheid"[277] – ook voor de objectieve gegevens kan worden aangevoerd: nu derden niet op die gegevens kunnen afgaan, is objectiviteit niet nodig. Hetzelfde geldt voor het vaststellen van de bepaaldheid door derden. Derden worden in geval van twijfel over het object van de verpanding *achteraf* geconfronteerd met de (inhoud van de) akte en dit gegeven brengt met zich dat derden hoogstens achteraf kunnen *afgaan* op (de inhoud van) een akte. Het is mijns inziens dan ook voldoende dat derden *achteraf* duidelijkheid krijgen omtrent de akte. Vóórdat deze duidelijkheid vaststaat, dienen derden voldoende beschermd te worden. Daarom zal hierna achtereenvolgens de positie van de crediteuren van de pandgever,

275 Zie hierboven voetnoot 49; LG Düsseldorf BeckRS 2014, 10586, Rn. I.b).

276 De tekst in deze paragraaf is deels overgenomen uit Kaptein 2013, par. 6.2, p. 364-365.

277 Zie hierboven voetnoot 39. Bij het poneren van dit cruciale argument verwijst A-G Hartkamp onder 9 en 10 naar de laatste zin van de hierboven in de hoofdtekst geciteerde rechtsoverweging uit *Wagemakers q.q./Rabobank*, inhoudende dat ook van een *juiste* aanduiding nauwelijks verwacht kan worden dat zij duidelijkheid verschaft.

de debiteur van de verpande vordering, en de faillissementscurator onderzocht worden. Daarbij rijst telkens de vraag of zij door een objectieve uitleg beschermd dienen te worden, of dat een andere vorm van bescherming volstaat.

4.4.6.1 Het belang van schuldeisers vereist geen objectieve uitlegmaatstaf

De bescherming van schuldeisers van de pandgever dwingt niet tot het hanteren van een objectieve maatstaf voor het bepaaldheidsvereiste. In hoofdstuk 2 hebben wij gezien dat de concurrente crediteuren van de pandgever niet beschermd hoeven te worden tegen het met een vuistloze verpanding van een roerende zaak en een stille verpanding van een vordering gepaard gaande ontbreken van publiciteit.[278] Ook hoeven zij niet beschermd te worden door een objectieve maatstaf voor de uitleg van de (bepaaldheid in de) pandakte. Een dergelijke wijze van bescherming komt mij ook arbitrair en willekeurig voor: crediteuren van de pandgever worden dan beschermd in de zin dat hun verhaalsmogelijkheden niet zijn afgenomen op grond van het enkele feit dat de pandgever/partijen de pandakte in die zin onnauwkeurig hebben opgemaakt dat een objectieve uitleg daarvan niet overeenkomt met de daadwerkelijke bedoelingen van partijen.[279] Het is nu juist het doel van de Haviltexmaatstaf om rechtsgevolg te geven aan de daadwerkelijke afspraak van partijen in plaats van een onnauwkeurige neerslag daarvan in een geschrift. Zoals hierboven onderzocht, bestaat in het geval van cessie- en pandakten geen bezwaar tegen het hanteren van die maatstaf.

Daarbij kan erop gewezen worden dat het voor schuldeisers (buiten faillissement) lastig is verhaal te nemen op vorderingen.[280] Het antwoord op de vraag of een vordering überhaupt bestaat, dient men in beginsel te vinden aan de hand van de subjectieve Haviltexmaatstaf: de vordering als abstract, niet waarneembaar vermogensbestanddeel ontstaat immers op het moment dat crediteur en debiteur dit hebben afgesproken.[281] Net als de vordering zelf, is ook de cessie of stille verpanding van de vordering onzichtbaar. Ik zie niet in waarom voor het antwoord op de vraag of een vordering verpand is een zwaardere (objectieve) maatstaf moet gelden dan de (subjectieve) maatstaf die

278 De conclusie in hoofdstuk 2 was dat derden die een verbintenisrechtelijke relatie aangaan met de (veronderstelde) rechthebbende van een goed niet dienen te worden beschermd tegen een schijn van kredietwaardigheid die uitgaat van een zaak die zich onder zijn schuldenaar bevindt, omdat zaken ook bijvoorbeeld geleend kunnen zijn. Bij zijn beslissing om al dan niet een rechtsbetrekking aan te gaan met iemand dient de toekomstige concurrente crediteur zich te laten leiden door andere dingen dan een schijn van kredietwaardigheid die van zaken uitgaat.

279 In de literatuur ben ik één auteur tegengekomen die een objectieve(re) uitleg bij de bepaaldheid oppert als middel om zekerheidscessies af te bakenen en aldus lijkt te bepleiten om door middel van een objectieve(re) uitleg onder meer concurrente crediteuren tegemoet te komen: "Auch bei der Auslegung kann man restriktiv verfahren, wenn es darum geht, den Kreis oder betragsmäßigen Umfang der abgetretenen Forderungen zu bestimmen […]". Zie MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 117 met verwijzingen naar voorbeelden in voetnoot 409 aldaar en het verband met rechtspolitieke vraagstukken in Rn. 116.

280 Zie Stein/Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 16.4.1, p. 384-385 en HR 20 september 1991, *NJ* 1992/552 (*Tripels/Masson*) over dit probleem van verhaalsinformatie.

281 Ook voor vorderingen uit de wet geldt dat het voor derden onduidelijk zal zijn of ze reeds bestaan of niet.

geldt voor de vraag of de vordering überhaupt bestaat. Zo zijn bijvoorbeeld ook derdenbeslagleggers gebonden aan de door de Haviltexmaatstaf beheerste partijafspraken.

4.4.6.2 Het belang van de debitor cessus vereist geen objectieve maatstaf

Met betrekking tot de positie van de debiteur van de verpande vordering het volgende. Onder verwijzing naar de in deze paragraaf centraal staande overweging van A-G Keus schreef A-G Timmerman, in een zaak waarin het onder meer ging om de uitleg van een cessieakte:

> "Strikt genomen gaat het hier om de vaststelling welke vorderingen de cessieakte omvat. Het gaat er daarbij om dat de debitor cessus in geval van discussie moet kunnen bepalen welke vorderingen door middel van de cessie precies zijn overgegaan. Daarbij past een meer objectieve maatstaf en komt minder groot gewicht toe aan de bedoelingen van de cessionaris en cedent. De debitor cessus moet achteraf aan de hand van de akte en objectieve gegevens kunnen bepalen welke vorderingen daaronder vallen. Is in strijd met tussen partijen gemaakte afspraken een bepaalde vordering niet in de cessieakte genoemd, dan kunnen partijen zich er tegenover elkaar en derden niet op beroepen dat zij het erover eens waren dat deze vordering zou worden gecedeerd. Dit valt overigens binnen het spectrum van toetsing aan de Haviltex-maatstaf."[282]

A-G Timmerman meent dat het belang van debitor cessus een objectieve maatstaf vereist, omdat hij achteraf aan de hand van de akte en objectieve gegevens moet kunnen bepalen welke vorderingen daaronder vallen. Ook in de Duitse literatuur schrijft men – met name in het kader van een deelcessie – dat de (toekomstige) schuldenaar zich zekerheid moet kunnen verschaffen met betrekking tot de vraag aan wie hij moet nakomen.[283] De opvatting is gestoeld op een arrest van het *Bundesgerichtshof*, waarin overwogen werd dat "[…] der Schuldner, mindestens in gewissen Grenzen, aus dem Abtretungsvertrag entnehmen können [muß], wie eine nur teilweise abgetretene Forderung sich auf den Zedenten und Abtretungsempfänger aufteilt und wieviel er deshalb an jeden von beiden zu leisten hat."[284] Sindsdien verschijnt er rechtspraak waarin onder verwijzing naar dit arrest overwogen wordt dat het voor de voldoende bepaaldheid bij en dus de geldigheid van de cessie van belang is of de debitor cessus wordt beschermd.[285]

282 A-G Timmerman vóór HR 8 juli 2011, *RvdW* 2011/847, *JOR* 2011/263 onder 3.2.4. Vgl. ook reeds Rank-Berenschot 1998, p. 159, die schrijft dat het bepaaldheidsvereiste tot duidelijkheid voor onder meer debiteuren moet leiden.

283 Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 64; Palandt/Grüneberg 2012, § 398, Rn. 16.

284 BGH NJW 1965, 2197, 2198.

285 BGH NJW 2000, 276, 278: "Zwar sind bei der Wirksamkeitsprüfung grundsätzlich auch die schutzwürdigen Interessen des Schuldners in angemessener Weise zu berücksichtigen."; OLG Dresden NJW-RR 1997, 1070, 1071: "Die Verknüpfung führt aber jedenfalls dann zu einer Unwirksamkeit der Abtretung wegen mangelnder Bestimmbarkeit, wenn der Schuldner der abgetretenen Forderung nicht die Möglichkeit hat, sich in zumutbarer Weise Gewißheit darüber zu verschaffen, in welchem Umfang er an welchen Gläubiger zu leisten hat. Ist das der Fall, muß die Abtretung als unwirksam angesehen werden."; OLG Hamburg NJW-RR 1999, 1316, 1317: "Nicht nur im Verhältnis zwischen dem Zedenten und dem Abtretungsempfänger, sondern auch für den Schuldner muß sich genau bestimmen lassen, wem die Forderung zu welchem Teil im Augenblick ihrer Entstehung zusteht."

Volgens Bülow zijn echter de adressaten van het bepaaldheidsvereiste slechts de cedent en de cessionaris, en dus niet de debitor cessus.[286] Hij schrijft dat in het geval waarin de debitor cessus in onzekerheid verkeert over het bestaan en de omvang van de cessie, omdat de cessie van een voorwaarde afhankelijk is gemaakt en de debitor cessus de voorwaarde niet kent, de debitor cessus tegen deze onwetendheid wordt beschermd. Op grond van § 407 Abs. 1. BGB kan de debitor cessus bevrijdend nakomen, indien hij de cessie niet kent; onbekendheid met (het intreden van) de voorwaarde leidt tot onbekendheid met de cessie.[287] Met Bülow ben ik het eens dat het – "[e]ntgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs" – voor de naleving van het bepaaldheidsvereiste er niet op aankomt of de debitor cessus bekend is met (het intreden van) de voorwaarde.[288] Voldoende is bepaalbaarheid in de verhouding tussen de cedent en de cessionaris.[289] Mijns inziens komt het er zelfs niet op aan of de debitor cessus bekend is met de cessie. Eventueel kan achteraf de voor de debitor cessus relevante informatie worden vastgesteld, zoals bijvoorbeeld wie de cessionaris en dus de nieuwe crediteur van de debitor cessus is. Die vaststelling is een kwestie van uitleg van het *Abtretungsvertrag* tussen de cedent en de cessionaris.[290] Vóór het moment van vaststelling wordt de debitor cessus voldoende beschermd door § 407 BGB. Iets soortgelijks dient te gelden voor het Nederlandse recht.

A-G Timmerman bepleit in bovenstaand citaat een onnodig zwaar middel (een objectieve uitleg) om het door hem gegeven doel (bescherming van de debitor cessus) te bereiken. In het door hem geschetste probleem volstaat het middel van art. 6:34 lid 1 BW: de debitor cessus/debiteur van de verpande vordering die op *redelijke gronden* heeft aangenomen dat de ontvanger der betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worden betaald, kan de betaling aan een onbevoegde aan degene aan wie betaald moest worden tegenwerpen dat hij bevrijdend heeft betaald. Voorts geldt dat de debitor cessus ondanks het feit dat de vordering op hem stil gecedeerd is bevrijdend kan betalen aan de cedent zolang de cessie hem nog niet is medegedeeld; hetzelfde geldt voor de debiteur van de verpande vordering die nog niet bekend is met het pandrecht (art. 3:94 lid 3 en 3:239 lid 3 BW). Ook na mededeling wordt de debitor cessus/debiteur van de verpande vordering beschermd: indien hij op redelijke gronden twijfelt aan wie de betaling moet geschieden, is hij bevoegd zijn betaling op te schorten (art. 6:37 BW). De bescherming van de debitor cessus ligt dus in art. 6:34 en 6:37 BW en niet in een objectieve uitleg.[291] Daarnaast kan men zich de vraag stellen of door A-G Timmerman bepleite objectieve uitleg alleen zou moeten gelden voor een pandakte waarin vorderingen verpand worden; bij (vuistloze) verpanding van roerende zaken is immers geen debitor cessus in het spel. Nu de debitor cessus afdoende wordt beschermd, zie ik geen rechtvaardiging voor een discrepantie tussen

286 Bülow 2012, Rn. 1388, p. 500.
287 Bülow 2012, Rn. 1389, p. 500. Op de bescherming door § 407 BGB werd reeds gewezen door annotator M. Wolf, NJW 1966, 107 onder BGH NJW 1965, 2197.
288 Bülow 2012, Rn. 1389, p. 500-501, verwijzend naar het hierboven in voetnoot 284 genoemde arrest.
289 M. Wolf in zijn noot onder BGH NJW 1965, 2197 in NJW 1966, 107, onder 1.
290 Vgl. M. Wolf, NJW 1966, 107 onder 3 a) en b); Bülow 2012, Rn. 1290, p. 462; hierboven par. 4.4.2.
291 Vgl. Verhagen & Rongen 2000, p. 89-90.

de uitleg van (een beding in) een pandakte waarin een vordering wordt verpand en (een beding in) een pandakte waarin een roerende zaak wordt verpand.

4.4.6.3 Het belang van de faillissementscurator vereist geen objectieve uitleg

In het faillissement van de pandgever moet de faillissementscurator kunnen vaststellen of de vordering bestaat en/of al dan niet onbezwaard in de boedel valt.[292] De curator kan een ter verificatie ingediende vordering altijd betwisten, en in het uiterste geval zal de rechter uitsluitsel moeten geven of een vordering in de boedel valt of niet. En ook in het geval dat een vordering rechtsgeldig is gecedeerd of verpand, staat de curator altijd nog de faillissementspauliana ter beschikking.

4.4.6.4 Derden worden zonder objectieve maatstaf reeds afdoende beschermd

Alle derden, inclusief de debitor cessus, worden onder omstandigheden beschermd door art. 3:36 BW.[293] Dit artikel bepaalt dat "tegen hem die als derde op grond van een verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft aangenomen en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld, kan door degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, met betrekking tot deze handeling op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep worden gedaan." Dit artikel zou bijvoorbeeld de debitor cessus die op de tekst van het op zijn verzoek aan hem verstrekte uittreksel van de cessieakte en de tekst van de titel afgaat, kunnen beschermen indien een posterieure subjectieve uitleg hem tot een andere nakoming van de vordering had bewogen.[294]

Gezien het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat het aan de hand van een subjectieve uitleg vaststellen of het verpande goed voldoende bepaald is geen bezwaarlijke gevolgen heeft voor derden. Zij worden al op andere wijzen afdoende beschermd.

4.4.7 Bepaaldheid achteraf door bewijs[295]

Uit het criterium van *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* volgt dat de bepaaldheid van het pandobject *achteraf* mag komen vast te staan. Zoals wij gezien hebben, is de vraag of het pandobject voldoende door de pandakte wordt bepaald een kwestie van uitleg. Mijns inziens hoeft men niet aan de hand van een objectieve maatstaf tot die bepaaldheid te komen. In het uiterste geval kan zelfs een subjectieve uitleg van de pandakte tot voldoende bepaaldheid leiden. Het gaat er daarbij om of de rechter die door partijen voorgestane uitleg overtuigend acht. Daarbij kunnen eventuele bewijsmiddelen ter ondersteuning van die voorgestane uitleg een rol spelen. Zodoende kan voldoende

292 Vgl. A-G Ten Kate onder 14b voor HR 13 november 1987, *NJ* 1988/214 (*Kager q.q./Westland Utrecht Projectontwikkeling BV*).

293 Zie HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 m.nt. Du Perron (*ING/Muller q.q.*), rov. 4.3 en de conclusie van A-G Langemeijer onder 2.16. Zie ook Valk 2013, nr. 49-51, p. 45-49.

294 Art. 3:94 lid 4 BW.

295 De tekst in deze paragraaf is grotendeels overgenomen uit Kaptein 2013, par. 6.3, p. 365.

bepaaldheid van het pandobject achteraf worden bewezen aan de hand van door de wet toegestane bewijsmiddelen. Opnieuw kan inspiratie worden geput uit een reeds in hoofdstuk 3 aangehaald arrest van het Hof Amsterdam. Het besliste dat de cessieakte niet het enige bewijsmiddel van de cessie is:

> "O. dat hier toepasselijk zijn de bepalingen der wet omtrent een ontbrekenden oorspronkelijken titel, daar het gevorderde bewijs niet de strekking zal hebben buiten eenige akte om aan te toonen, doch om vast te stellen, dat er eene rechtsgeldige akte heeft bestaan, alsmede haren inhoud en het feit van het verloren gaan."[296]

De inhoud van de pandakte wordt door uitleg vastgesteld. Dat is iets anders dan *het buiten de pandakte om* beantwoorden van de vraag op welke goederen de pandakte ziet.

4.4.8 Tussenconclusie

In deze paragraaf is de vraag onderzocht welke maatstaf er voor het bepaaldheidsvereiste geldt. Daarbij is tot uitgangspunt genomen dat het denkbaar is dat de subjectieve uitleg van de pandakte (par. 4.2) doorwerkt in het daarvoor geldende bepaaldheidsvereiste (par. 4.3).

Naar Nederlands recht is de vraag of het pandobject voldoende bepaald wordt door de pandakte een kwestie van uitleg. In Duitse literatuur en rechtspraak is men het erover eens dat bij zowel de zekerheidscessie als de zekerheidsoverdracht door middel van een levering c.p. de vraag of het tot zekerheid overgedragen goed voldoende bepaald is een vraag van uitleg is. Voor die uitleg dient men gebruik te maken van de algemene uitlegregels (§§ 133, 157 BGB) en de normale uitlegmaatstaf (*objektiv normative Auslegung*).

De vraag welke uitlegmaatstaf gehanteerd dient te worden voor de vraag of het pandobject voldoende bepaald is in de akte wordt in Nederland thans beantwoord aan de hand van een overweging van A-G Keus vóór *De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag*. In dat citaat lijkt te worden aangenomen dat er na een subjectieve uitleg toch weer een objectieve bril moet worden opgezet indien men deze uitleg wil gebruiken voor het antwoord op de vraag of de vordering voldoende bepaald is.

De consequentie van een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten is dat het object van die akte door de subjectieve partijbedoeling bepaald kan worden. Het hanteren van een objectief bepaaldheidsvereiste voor een cessie- of pandakte ontneemt het nut van een subjectieve uitleg van diezelfde akte.

In Duitse literatuur en rechtspraak worden onjuiste aanduidingen geheel in het licht van uitleg benaderd. Onjuiste aanduidingen verhinderen de zekerheidsoverdracht of zekerheidscessie niet, indien het zekerheidsobject maar voldoende bepaald kan worden. Die bepaling is een kwestie van uitleg, waarbij het mogelijk is dat een subjectieve uitleg doorslaggevend is. In Nederland geldt hetzelfde of dient hetzelfde te gelden.

296 Hof Amsterdam 4 januari 1927, *W.* 11690. Zie hierboven hoofdstuk 3, par. 3.2.3.4, voetnoot 48.

Nu derden niet op een pandakte kunnen afgaan en pas achteraf geconfronteerd worden met een pandakte, volstaat het als derden achteraf duidelijkheid krijgen omtrent die akte. Objectivering van die akte is onnodig. Vóórdat de duidelijkheid omtrent het pandobject vaststaat, dienen derden voldoende beschermd te worden. Crediteuren van de pandgever, de debiteur van de verpande vordering, de faillissementsboedel en alle overige derden worden reeds voldoende beschermd. Zij hoeven niet beschermd te worden door een objectieve (uitleg)maatstaf. Het voorgaande betekent dat derden geen hinder ondervinden van een subjectief ingekleurde bepaaldheid.

In het uiterste geval kan een subjectieve uitleg (aan de hand van de subjectieve partijbedoeling) van de pandakte tot voldoende bepaaldheid leiden. Het gaat er daarbij om of de rechter die door partijen voorgestane uitleg overtuigend acht. Daarbij kunnen eventuele bewijsmiddelen ter ondersteuning van die voorgestane uitleg een rol spelen. Zodoende kan voldoende bepaaldheid van het pandobject achteraf worden bewezen aan de hand van door de wet toegestane bewijsmiddelen.

4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is de vraag onderzocht welke maatstaf er voor het bepaaldheidsvereiste geldt. Het te verpanden goed dient door de pandakte voldoende bepaald te zijn. Bij de omgang met een pandakte komt men tevens met het leerstuk uitleg in aanraking.

De heersende leer in zowel Nederland als Duitsland is dat verklaringen en woorden nooit duidelijk zijn en hun betekenis door uitleg dient te worden vastgesteld. In Nederland geldt de Haviltexmaatstaf. Deze maatstaf is overwegend subjectief, maar kent ook objectieve(re) elementen. De Haviltexnorm beschermt partijen doordat zij gebonden zijn aan hetgeen zij daadwerkelijk hebben afgesproken en niet aan een onjuiste of onnauwkeurige neerslag daarvan. In Duitsland is de geldende uitlegnorm die van de *objektiv normative Auslegung.* Ook daar zitten subjectieve en objectieve elementen in verweven. Nu cessie- en pandakten voor derden vrijwel nooit duidelijkheid scheppen, geldt voor de uitleg van cessie- en pandakten de Haviltexmaatstaf. In Duitsland geldt voor de vormvrije zekerheidsoverdracht door middel van een levering c.p. en de vormvrije zekerheidscessie de *objektiv normative* uitlegnorm. In het geval van schriftelijke zekerheidsoverdrachten heeft op grond van het leerstuk 'falsa demonstratio non nocet' te gelden dat het daadwerkelijk tussen partijen overeengekomene prevaleert boven een (na een objectieve uitleg blijkende) andersluidende tekst. Volgens zowel de Nederlandse als de Duitse hoogste rechter dwingt kenbaarheid van akten tot een objectieve uitleg van die akten. *A contrario* komt men dan tot een subjectieve uitleg van de niet-kenbare cessie- en pandakten. Toch kan er in de literatuur een roep om een objectieve uitleg van pandakten worden waargenomen. Kort gezegd zou het belang van derden een objectieve uitleg vereisen, omdat zij moeten kunnen vaststellen welke goederen verpand zijn. Een uitwerking van de stelling dat pandakten voor derden vrijwel nooit duidelijkheid scheppen bewijst de juistheid van die stelling. Na de afweging tussen het belang dat een objectieve uitleg van een cessie- of pandakte zou dienen en het belang van de breed gedragen Haviltexmaatstaf, dient mijns inziens het laatstgenoemde belang te prevaleren. Cessie- en pandakte dienen aan de hand van de Haviltexmaatstaf en in beginsel subjectief te worden uitgelegd.

Het te verpanden goed dient door de pandakte voldoende bepaald te worden. Daaraan is voldaan als de pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand van die pandakte kan worden vastgesteld om welk pandobject het gaat. In Duitsland gelden door het *Bundesgerichtshof* ontwikkelde formules voor de vraag of aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan. Het hanteren van het begrip bepaalbaarheid bij de levering van en vestiging van een pandrecht op roerende zaken en vorderingen is onzuiver. Altijd zal sprake moeten zijn van een zekere mate van bepaaldheid. Het bepaaldheidsvereiste heeft in ieder geval een identificatiefunctie en in zekere mate een beschermingsfunctie. Voorts kan geconcludeerd worden dat het bepaaldheidsvereiste niet is afgeschaft en dat de met *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* ingezette lijn van een soepele bepaaldheid niet bezwaarlijk is. De heersende leer lijkt te zijn dat voor het bepaaldheidsvereiste een objectieve maatstaf geldt. Literatuur en jurisprudentie waaruit dit zou blijken, zijn echter weinig overtuigend.

Een subjectieve uitleg werkt door in het bepaaldheidsvereiste. De vraag of het pandobject voldoende bepaald wordt door de pandakte is een kwestie van uitleg. In Duitsland is die stelling gemeengoed. Ook is men het erover eens dat de normale maatstaf (*objektiv normative Auslegung*) voor die uitleg geldt. In Nederland bestaat echter onduidelijkheid over de vraag welke maatstaf voor die uitleg dient te gelden. In het beperkte aantal bronnen lijkt te worden aangenomen dat na een subjectieve uitleg toch weer een objectieve bril moet worden opgezet indien men deze uitleg wil gebruiken voor het antwoord op de vraag of de vordering voldoende bepaald is. De consequentie van een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten is echter dat het object van die akte door de subjectieve partijbedoeling bepaald kan worden. Het hanteren van een objectief bepaaldheidsvereiste voor een cessie- of pandakte ontneemt het nut aan een subjectieve uitleg van diezelfde akte. Voorts is een subjectieve uitlegmaatstaf voor het bepaaldheidsvereiste niet bezwaarlijk voor derden; zij worden op uiteenlopende manieren afdoende beschermd. Voor alle derden geldt dat additionele bescherming door een objectieve uitlegmaatstaf onnodig is. Voldoende bepaaldheid van het pandobject dient achteraf aan de hand van door de wet toegestane bewijsmiddelen bewezen te kunnen worden.

Een synthese van de leerstukken uitleg en bepaaldheid leidt tot de eindconclusie dat de opvatting dat voor het bepaaldheidsvereiste een objectieve maatstaf geldt onjuist is. De vraag of aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan is een vraag van uitleg. Dientengevolge kan een subjectieve uitleg leiden tot een subjectief ingekleurde bepaaldheid. Aangetoond is dat dat niet bezwaarlijk is voor derden. Naar huidig recht geldt voor het bepaaldheidsvereiste bij de vuistloze verpanding van roerende zaken (art. 3:237 BW) en stille verpanding van vorderingen (art. 3:239 BW) een subjectieve maatstaf.

5 Evenwicht tussen schuldeisers en de beperking van art. 3:239 lid 1 BW

5.1 Inleiding

Art. 3:239 lid 1 BW biedt de mogelijkheid tot het vestigen van een stil pandrecht op een vordering, "mits dit recht op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding." Op toekomstige vorderingen die niet rechtstreeks worden verkregen uit een ten tijde van de vestiging reeds bestaande rechtsverhouding kan dus niet bij voorbaat een pandrecht worden gevestigd.[1] In de literatuur en de praktijk worden dergelijke vorderingen aangeduid als *absoluut* of *dubbel* toekomstige vorderingen. Dit in tegenstelling tot *relatief* of *enkel* toekomstige vorderingen, die wel voortvloeien uit een ten tijde van de vestiging reeds bestaande rechtsverhouding.[2] De eis van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW wordt ook wel het grondslagvereiste genoemd.[3]

Het systeem van levering bij voorbaat van toekomstige goederen en vestiging bij voorbaat van beperkte rechten daarop gaat in beginsel uit van een onbeperkte levering en bezwaring bij voorbaat van toekomstige goederen. Zo bezien is de beperking van art. 3:239 lid 1 laatste zinsnede BW een vreemde eend in de bijt. De vraag rijst waarom het de wet deze beperking heden ten dage kent. Recente ontwikkelingen geven daarbij aanleiding de vraag te stellen of het grondslagvereiste niet kan worden geschrapt.

---

1 Art. 3:239 lid 1 BW. Het op drie na laatste woord "dan" verwijst naar "het tijdstip van de vestiging van het pandrecht". Vgl. *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1337.

2 Voor een overzicht van in het verleden gebruikte terminologie, zie W.H. van Boom, 'Toekomstigheid van vorderingen', *WPNR* 1993/6108, p. 699, voetnoot 3, waarin hij de terminologie zelf schaart onder de noemers van toekomstige vorderingen *met* grondslag (in een bestaande rechtsverhouding) en toekomstige vorderingen *zonder* grondslag. Zie ook Schuijling 2016, p. 80 e.v.

3 Zie bijv. Rongen 2012, nr. 861, p. 1101.

5.2 Waarom is de slotzinsnede ingevoerd?

5.2.1 Inleiding

Het oorspronkelijke wetsontwerp kende niet de beperking dat een vordering slechts verpandbaar is "mits dit recht op het tijdstip van vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding".[4] Het wetsontwerp ging uit van een onbeperkte mogelijkheid tot levering van (en gezien art. 3:98 BW dus ook vestiging van beperkte rechten op) toekomstige goederen. Uit de volgende passage uit parlementaire geschiedenis kan opgemaakt worden dat de wetgever aanvankelijk van mening was dat ook absoluut toekomstige verpand moesten kunnen worden:

> "Voorts is hier van belang dat in de praktijk behoefte wordt gevoeld aan de mogelijkheid om ter dekking van bedrijfskredieten ook *toekomstige* vorderingen van het bedrijf in pand te kunnen geven. Een mededelingseis (als vervat in artikel 3.4.2.7 [thans art. 3:94 lid 1 BW; FJLK]) zou een aanzienlijke beperking van deze mogelijkheid betekenen, omdat bij *geheel* toekomstige en dus *vooralsnog onbekende* vorderingen, uiteraard ook de persoon aan wie de mededeling moet worden gedaan, t.w. de schuldenaar, onbekend is […].[5]

5.2.2 Herkomst en gebruik

Voor een goed begrip van de in dit hoofdstuk behandelde beperking loont het op zoek te gaan naar de herkomst van deze formule. De beperking van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW vindt zijn oorsprong in de rechtspraak. In het arrest *Fijn van Draat q.q./ De Nederlanden* beslechtte de Hoge Raad het in de rechtspraak en literatuur gevoerde debat over de vraag of cessie van wat men nu relatief toekomstige vorderingen noemt mogelijk was.[6] Hij merkte vorderingen voortvloeiend uit een reeds bestaande rechtsverhouding aan als "bestaande vorderingen" en dergelijke vorderingen kwamen zodoende voor verpanding in aanmerking. De Hoge Raad leent de redactie van de desbetreffende overweging uit zijn daarvoor gewezen arrest *Ontvanger/Schermer*, waarin hij de mogelijkheid tot het leggen van beslag op vorderingen uitbreidt naar (wat nu heet) relatief toekomstige vorderingen.[7] De regel uit dit laatste arrest is thans gecodificeerd in art. 475 Rv.[8] Laatstelijk is de formule gebruikt bij de (her)invoering van de stille cessie (art. 3:94 lid 3 BW). Enkel vorderingen die op het tijdstip van de stille cessie reeds bestaan of rechtstreeks zullen worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding kunnen stil worden gecedeerd.[9] Al deze rechtsregels hebben gemeen

4 Art. 3.9.2.3 lid 1 OM. Zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 754.
5 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 763. De cursiveringen zijn toegevoegd.
6 HR 29 december 1933, *NJ* 1934, p. 343 m.nt. P. Scholten (*Fijn van Draat q.q./De Nederlanden*). Zie voor de verwijzingen naar (tegenstrijdige) rechtspraak en literatuur de noot van Scholten, p. 345.
7 HR 25 februari 1932, *NJ* 1932, p. 301 m.nt. P. Scholten.
8 MvT Inv., *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3,5 en 6)*, p. 155.
9 In de MvT wordt niet toegelicht waarom de beperking voor stille cessie wordt ingevoerd. Zie Kamerstukken II 2002/03, 28878, nr. 3. In de literatuur zijn veel argumenten aangevoerd tegen het overne-

dat zij de formule gebruiken als techniek om een deel van de vorderingen al dan niet onderwerp te kunnen laten zijn van de rechtshandeling.

5.2.3 Het door de wetgever gewenste machtsevenwicht

In de parlementaire geschiedenis wordt in iets meer dan een halve pagina toegelicht waarom de slotzinsnede alsnog is toegevoegd. Bij de behandeling van het wetsvoorstel vroeg de vaste Commissie voor Justitie zich af

> "in hoeverre het gerechtvaardigd is om het verschaffen van zekerheidsrechten op *vorderingen* gemakkelijker te maken dan het in beslag nemen van die *vorderingen* met een tijdig gelegd conservatoir of executoriaal derdenbeslag. Het is juist de thans vrijwel onbeperkte mogelijkheid overeenkomstig artikel 3.9.2.3 [thans art. 3:239 BW; FJLK] op toekomstige *vorderingen* stil pandrecht te vestigen, die ten koste zou kunnen gaan van de gewone schuldeisers *die in de praktijk in belangrijke mate op derdenbeslag zijn aangewezen*. Een belangrijke reden waarom niettemin deze mogelijkheid is geopend, is de behoefte geweest de huidige praktijk, gevolgd bij cessie tot zekerheid, van het bijhouden van zgn. cessielijsten overbodig te maken. Bij het overleg met het Genootschap is echter gebleken dat men dit punt als minder belangrijk beschouwde, nu ook het nieuwe artikel 3.9.2.3 [art. 3:239 BW; FJLK] dergelijke lijsten voor de banken niet overbodig zal maken, zij het dat zij niet meer zullen fungeren als voorwaarde voor de totstandkoming van de cessie van de daarop opgenomen vorderingen, maar alleen als een administratief hulpmiddel om te controleren welke vorderingen telkens onder het betreffende pandrecht komen te vallen."[10]

Verderop wordt daaraan toegevoegd:

> "Aldus is goeddeels het stelsel dat in het huidige recht voor de cessie tot zekerheid geldt, in ere hersteld, zodat tevens is tegemoet gekomen aan de wens van het Genootschap om geen verschuivingen in het huidige financieringspatroon in de hand te werken."[11]

Bij nadere bestudering van deze passage valt de gedachtegang van de Commissie – zonder nadere toelichting, die in de parlementaire geschiedenis ontbreekt – niet te begrijpen. Reeds bij de invoering van het nieuwe BW werd de vraag gesteld "waarom de vraag binnen welke grenzen een toekomstige vordering kan worden gecedeerd en de vraag binnen welke grenzen op dergelijke vorderingen beslag kan worden gelegd […] aan de hand van verschillende criteria moeten worden beantwoord."[12] Art. 3:97 BW staat onbeperkte levering bij voorbaat van toekomstige goederen toe en via de

men voor stille cessie van de beperking uit art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW: zowel in aanloop naar het wetsvoorstel: bijv. Verhagen 1997, p. 177, als na invoering van de stille cessie, zie bijv. A.J. Verdaas, 'De stille cessie is welkom, maar kent nog één gebrek', *WPNR* 2003/6546; Rongen 2012, nr. 398, p. 453.

10 MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1337. De cursiveringen zijn toegevoegd.

11 MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1337.

12 MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1245.

schakelbepaling van art. 3:98 BW geldt dit ook voor de vestiging bij voorbaat van een pandrecht. Deze mogelijkheid tot onbeperkte vervreemding en bezwaring van goederen

> "komt voort uit de behoefte om tegen zekerheid van die goederen over een langere periode krediet te kunnen verkrijgen zonder dat dit de bedrijfsvoering van de schuldenaar te veel aan banden legt. De bedoeling is de kredietgever een verhaalsmogelijkheid te geven op wat er te zijner tijd – op het moment dat verhaal nodig blijkt – aan goederen voorhanden is. De schuldenaar blijft vrij zijn handelsvoorraad te verhandelen, zijn machines te vervangen, zijn vorderingen te innen, etc. Het verhaal [door de zekerheidshouder; FJLK] kan immers plaatsvinden op de inmiddels gevormde nieuwe voorraad, de nieuwe machines, de nieuwe vorderingen."[13]

Voor het beslagrecht geldt als uitgangspunt het omgekeerde: beslag is in beginsel alleen mogelijk op goederen die op het moment van beslaglegging tot het vermogen van de schuldenaar behoren.[14] Het toelaten van beslag op toekomstige goederen

> "zou neerkomen op een blokkering gedurende langere tijd van het toekomstige vermogen van de schuldenaar, dat deze voor zijn bedrijfsvoering of voor andere toekomstige voorzieningen nodig heeft. Een zodanige blokkering is een te ingrijpende maatregel geacht."[15]

Aldus ziet men dat de hier besproken formule in art. 3:329 lid 1 BW een *beperking* tot doel heeft en in art. 475 lid 1 Rv een *verruiming* wordt bereikt.

De discrepantie tussen enerzijds het toestaan van een verpanding bij voorbaat van toekomstige vermogensbestanddelen minus absoluut toekomstige vorderingen en anderzijds de beperking van de verpanding van absoluut toekomstige vorderingen komt mij arbitrair voor.[16] Er is echter een aantal argumenten te bedenken ter rechtvaardiging. Zo zal de waarde van de optelsom van alle vorderingen van een vermogen (van met name rechtspersonen) de hoogste waarde in een vermogen vertegenwoordigen[17] en derhalve is de kans dat concurrente schuldeisers met succes verhaal zoeken bij vorderingen het grootst. Voor dit argument is geen aanwijzing te vinden in de par-

---

13 MvA II Inv. *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1246 en MvA II Inv., *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3,5 en 6)*, p. 157. R. Westrik, 'Op weg naar de toekomst', *WPNR* 2003/6519, p. 126 ziet in deze passage de wens van de wetgever om "generieke" verpanding mogelijk te maken.

14 Zie reeds HR 7 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1285 m.nt. P.Scholten (*Giro*). Zie ook Asser/Van Mierlo 3-VI 2010, nr. 71, p. 72.

15 MvA I Inv., *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3,5 en 6)*, p. 159. Vgl. ook MvA II Inv., *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3,5 en 6)*, p. 158: "Beslag op toekomstige goederen is voor de schuldenaar dan ook aanzienlijk ingrijpender dan overdracht – of verpanding – daarvan, nu een zodanig beslag de schuldenaar *gedurende onbepaalde tijd* zou beletten bijv. zijn reeds gevormde of nog te vormen voorraad te verhandelen en de gelden uit reeds bestaande of nog te verkrijgen vorderingen te innen, die hij nodig heeft om zijn voorraad aan te vullen of anderszins zijn bedrijf te financieren." De cursivering is origineel.

16 Vgl. ook Janssen 2006, par. 4, laatste alinea.

17 Vgl. R.M. Wibier, 'Financiering op basis van vorderingen: de positie van het vorderingsrecht in het Burgerlijk Wetboek', *NTHR* 2013/2, p. 68, die meent dat het "[…] zo langzamerhand een juridisch

lementaire geschiedenis. Een hieraan verwant argument kan men afleiden uit de laatste gecursiveerde zin van het hierboven weergegeven citaat: kennelijk had een schuldeiser toentertijd de grootste kans op succes bij verhaal in geval van derdenbeslag, en dit wilde de wetgever zo houden. Art. 3:239 lid 1 BW is derhalve afgestemd op art. 475 Rv om concurrente schuldeisers en pandhouders gelijke kansen te geven bij het nemen van verhaal op vorderingen.[18] Een bijkomstigheid die zou kunnen hebben meegespeeld in deze beslissing is dat het gelijktrekken van de positie van de zekerheidsgerechtigde en de beslaglegger bij dit type zekerheids-/verhaalsobject praktisch gezien het beste in de wet paste. Om het gewenste resultaat te bereiken was tegenover de reeds bestaande verruiming van de mogelijkheid tot beslag op vorderingen ten opzichte van het uitgangspunt bij beslag (beperkt beslag) slechts een klein stapje terug nodig ten opzichte van het uitgangspunt bij verpanding (ruime verpanding). Voor beide argumenten geldt dat zij rechtspolitiek van aard zijn. Een ander argument voor de rechtvaardiging van deze discrepantie is dat onder het oude recht de fiduciaire cessie – het equivalent van de nu daarvoor aangewezen stille verpanding van vorderingen op naam – dezelfde beperking kende als art. 3:239 lid 1 BW nu kent.[19] Door het toevoegen van de beperking tijdens het wetgevingsproces zijn de mogelijkheden tot het in zekerheid geven van vorderingen dus gelijk gebleven. Hieruit vloeit ook het mijns inziens enige steekhoudende argument uit de parlementaire geschiedenis vóór invoering van de slotzinsnede uit voort: met de beperking werden verschuivingen in de toen geldende financieringspatronen voorkomen.[20] Merkwaardig is echter dat dit argument op ander plekken in de parlementaire geschiedenis ten tonele wordt gevoerd tegen *beperking* van vestigings- en/of verhaalsmogelijkheden in plaats van – zoals hier het geval is – tegen *verruiming* van vestigings- en/of verhaalsmogelijkheden.[21] Het argument is dan ook niet houdbaar.

Het tweede door de wetgever aangevoerde argument, inhoudende het ontbreken van bezwaar vanuit het Genootschap van Bedrijfsjuristen, komt op mij over als een steunargument ten behoeve van het bereiken van een rechtspolitiek doel en lijkt de indruk te willen wekken dat de praktijk zijn fiat heeft gegeven aan de invoering van de slotzinsnede. Met Janssen stem ik in dat het moeilijk vol te houden is dat de praktijk – toen én nu – de slotzinsnede prefereert boven de mogelijkheid tot verpanding van absoluut toekomstige vorderingen.[22]

---

cliché [is] geworden om te zeggen dat in onze dienstenmaatschappij het vorderingsrecht belangrijker is geworden dan de zaak."

18 F.M.J. Verstijlen, 'Uitbreiding bankbeslag', *NJB* 2012/1520; Verstijlen 2011, p. 275. Zie ook HR 17 februari 2012, *NJ* 2012/605 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Kézér q.q.*), rov. 3.6.

19 P-G Hartkamp vóór HR 20 september 2002, *NJ* 2004/182 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./Rabobank*) onder 11: "Onder het oude recht was de fiduciaire cessie van toekomstige vorderingen namelijk beperkt tot vorderingen die verkregen zouden worden uit een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding (vgl. HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 m.nt. WMK)." In dit laatste arrest, *Solleveld II*, construeerde de Hoge Raad de beperking via het bepaaldheidsvereiste. Zie o.a. Reehuis 1987, nr. 480, p. 287. Zie ook hierboven hoofdstuk 4, par. 4.3.

20 MvA II Inv. *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1337.

21 Zie bijv. *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1197, waar onder verwijzing naar andere plekken wordt samengevat dat het "heimelijk karakter van de fiduciaire eigendomsoverdracht" terugkeert in de regeling omtrent stille verpanding, om bestaande financieringspatronen te kunnen continueren.

22 Janssen 2006, par. 4.

De conclusie is dat de beperking om "zuiver rechtspolitieke redenen" is toegevoegd aan art. 3:239 lid 1 BW.[23] Met deze beperking heeft de wetgever primair een zeker evenwicht willen bewerkstelligen tussen schuldeisers met een zekerheidsrecht en concurrente schuldeisers. De vraag rijst of dit doel door de beperking wordt bereikt.

5.3 Dix q.q./ING

In het arrest *Dix q.q./ING* heeft de Hoge Raad de verzamelpandakte-constructie geaccordeerd. Deze constructie maakt het dagelijks registreren van de pandakte praktisch gezien mogelijk door de (dagelijkse) verdere medewerking van (alle) kredietnemer(s) te vervangen door een onherroepelijke volmacht. Deze door de kredietnemer afgegeven volmacht in combinatie met een in de pandakte gehanteerde generieke omschrijving van de kredietnemer ("pandgever") stelt de kredietgever/pandhouder in staat om aan de hand van één akte – de zogenaamde 'verzamelpandakte' – alle reeds bestaande en relatief toekomstige vorderingen die alle kredietnemers op derden hebben *dagelijks* aan zichzelf te verpanden. Slechts vorderingen die ontstaan zijn op de dag van het faillissement (art. 23 Fw), ontstaan zijn op de dag vóór faillissement tevens de laatste dag waarop een pandakte is geregistreerd[24] of voortvloeien uit een rechtsverhouding die ontstaan is op de dag van het faillissement (art. 35 lid 2 Fw) vallen niet meer onder het pandrecht. Hiermee is de kans dat de curator niet bezwaarde vorderingen op derden in de boedel aantreft tot een absoluut minimum teruggebracht.[25]

A-G Timmerman heeft zijn taak tot het nemen van een conclusie vóór *Van Leuveren q.q./ING* aangegrepen om na behandeling van de grote hoeveelheid (kritische) literatuur uitvoerig te reflecteren over de gevolgen van het sluitstuk *Dix q.q./ING*. Hij komt tot de conclusie dat

> "het door de wetgever geviseerde evenwicht tussen separatisten en concurrente schuldeisers bij verhaal geleidelijk aan is zoekgeraakt."[26]

De Hoge Raad komt vervolgens de in de literatuur geuite kritiek ten dele tegemoet, door in een *obiter dictum* expliciet het volgende te overwegen:

> "In het arrest Dix/ING zijn diverse bezwaren tegen (elementen van) deze constructie verworpen, waaronder het meer algemene bezwaar dat de aanvaarding van de constructie zou betekenen dat art. 3:239 lid 1 BW onaanvaardbaar wordt ondergraven omdat daardoor de verhaalsmogelijkheden van concurrente schuldeisers vrijwel illusoir worden gemaakt.

23 Zo ook W.H.M. Reehuis, 'Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht', *GROM VI* 1989, p. 85.

24 Men zal niet kunnen bewijzen dat deze vorderingen vóór registratie zijn ontstaan, waardoor deze vorderingen niet onder het pandrecht vallen.

25 Kaptein 2012a, par. 4.1, p. 219.

26 Conclusie A-G Timmerman vóór HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 m.nt. F.M.J. Verstijlen onder 3.43. Hij vervolgt: "Op grond daarvan bepleit menig auteur herziening van het verhaalsrecht." De literatuurverwijzingen vindt men onder 3.30-3.42.

> Voor zover de middelen in de onderhavige zaak opnieuw aandacht vragen voor de positie van die schuldeisers, verdient opmerking dat het aan de wetgever is om te beoordelen of hun belangen tegenover de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer een sterkere positie zouden moeten innemen dan thans het geval is (vgl. hierover de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.30 e.v. en de mogelijkheid die daar onder 3.49 wordt genoemd)."[27]

Met deze overweging heeft de Hoge Raad de deur naar een door hem te accorderen oplossing voor bovenstaand probleem dichtgegooid. Dit betekent dat de wetgever nu aan zet is. De Hoge Raad herhaalt deze boodschap in zijn na het arrest *Van Leuveren q.q./ING* verschenen jaarverslag over 2012:

> "Hoewel uit juridisch-technisch oogpunt geen bezwaren bestaan tegen de constructie, kan niet worden ontkend dat de positie van concurrente schuldeisers, dus van 'de gewone burger' die geen maatregelen heeft kunnen nemen om zijn verhaalspositie in faillissement veilig te stellen en aan wiens vordering door de wetgever ook geen voorrang is toegekend, door toepassing van de constructie verslechtert. Ook andere recente ontwikkelingen bedreigen de positie van concurrente schuldeisers. Maar de rechter is niet bevoegd deze verslechtering zelf ongedaan te maken of te beperken. De wetgever zou hierin aanleiding kunnen vinden om maatregelen te nemen teneinde de positie van concurrente schuldeisers in faillissement te versterken, bijvoorbeeld door vaststelling van een bepaald percentage van de boedel dat altijd beschikbaar moet zijn ter verdeling onder zulke schuldeisers."[28]

Geconcludeerd kan worden dat de praktijk met de verzamelpandakteconstructie de vestigingsfase binnen de grenzen van de wet heeft geperfectioneerd. De verzamelpandakte is een uiterst efficiënte wijze van vestiging van pandrechten. De keerzijde is dat het door de wetgever (en in de literatuur) gewenste evenwicht tussen pandhouders en concurrente schuldeisers niet wordt bereikt. Om dit evenwicht wel te bereiken zijn andere instrumenten te overwegen. Op deze plaats kan bijvoorbeeld genoemd worden de door de A-G genoemde mogelijkheid waar de Hoge Raad naar verwijst, inhoudende een verplichte (boedel)bijdrage van de pandhouder in de vorm van een percentage van de opbrengst van het verpande goed.[29]

5.4 Wanneer bestaat de vordering of de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit?

In plaats van het rechtspolitieke doel van evenwicht tussen pandhouders en concurrente schuldeisers te bereiken, brengt de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede

27 HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 4.1. Zie ook 3.38 van de conclusie A-G.

28 Hoge Raad der Nederlanden – Verslag 2012, gepubliceerd op 19 april 2013 en beschikbaar via http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/Jaarverslag-HR-2012.pdf

29 Een eventueel evenwicht is het onderwerp van hoofdstuk 10.

BW discussies met zich hoe een vordering gekwalificeerd dient te worden. Al geruime tijd heerst onduidelijkheid over de vraag wanneer een vordering als reeds bestaand of voortvloeiend uit een reeds bestaande rechtsverhouding moet worden aangemerkt.[30] Ook zijn er auteurs die een zeer soepele beantwoording bepleiten van de vraag of een rechtsverhouding reeds bestaat.[31] Evenzo kan onduidelijkheid bestaan of het wijzigen van een reeds bestaande rechtsverhouding tot een andere, nieuwe rechtsverhouding in de zin van art. 3:239 lid 1 BW dan voordien leidt.[32] Het voorgaande leidt vervolgens tot problemen omtrent de vraag of een vordering (bij voorbaat) stil verpand, (bij voorbaat) gecedeerd (art. 3:94 lid 3 BW) of beslagen (art. 475 Rv) is.[33] Als een vordering niet reeds bestaat of een toekomstige vordering niet voortvloeit uit een reeds bestaande, 'oorspronkelijke' rechtsverhouding, kan zij niet (bij voorbaat) worden verpand. Wibier schrijft in dit verband treffend dat de vraag naar wie de opbrengst van vorderingen gaat afhankelijk is van "goederenrechtelijke hoepels waardoor de pandhouder heeft moeten springen" in plaats van een "fundamentele keuze van de wetgever".[34]

In zijn conclusie vóór *ING/Nederend q.q.* bespreekt A-G Wuisman de vanaf omstreeks 1980 door de Hoge Raad ingezette koers om het tijdstip van het ontstaan van vorderingsrechten naar een *later* tijdstip te verleggen:

> "Hierbij heeft, zo schijnt het toe, mede een rol gespeeld de rechtspolitieke wens om tot een evenwichtigere verdeling van de verhaalsmogelijkheden tussen separatisten en niet separatisten in een faillissementssituatie te komen. Door voor het ontstaan van vorderingsrechten een later tijdstip aan te houden en zo meer [vorderingsrechten] als toekomstig aan te merken, zou met de hulp van de in lid 2 van artikel 35 Fw voorziene bepaling ten faveure van de niet-separatisten kunnen worden bewerkstelligd dat meer activum in de faillissementsboedel terecht komt."[35]

Men ziet dat bij het bereiken van het rechtspolitieke doel van de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW opnieuw rechtspolitiek wordt bedreven. Rechtspolitiek leidt altijd tot discussies. Met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal er in de toekomst gediscussieerd worden over de vraag of een vordering al dan niet absoluut toekomstig is.[36] Dat is onwenselijk, omdat daarmee onzekerheid bestaat met betrek-

30 In HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/615 m.nt. W.M. Kleijn (*SOS/ABN*) overwoog de Hoge Raad dat een toekomstige vordering niet als bestaand kan worden aangemerkt op grond van het enkele feit dat de vordering haar onmiddelijke grondslag vindt in een reeds bestaande rechtsverhouding. Zie daarover Van Mierlo 1988, p. 90 e.v. Zie uitgebreid: Schuijling 2016, p. 114 e.v.

31 Zie bijv. Verdaas 2008, nrs. 190-198, p. 158-165.

32 Zie bijv. HR 23 mei 2014, *RvdW* 2014/753 (*ABN AMRO/UBO 35*).

33 Rongen 2012, nr. 398, p. 453, nr. 914, p. 1195 en uitgebreider nrs. 954-959, p. 1254-1266 en de uitgebreide verwijzingen in laatstgenoemde nummers.

34 Wibier 2012, p. 388.

35 Conclusie A-G Wuisman vóór HR 3 december 2010, *NJ* 2010/653 (*ING/Nederend q.q.*) onder 3.6 en voetnoot 39.

36 Voor voorbeelden uit de feitenrechtspraak zie bijv. Rb. Amsterdam 15 april 2015, ECLI: NL:RBAMS:2015:9653, rov. 4.10 (onstaansmoment vordering op zorgverzekeraars); Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, *RI* 2014/94, rov. 3.8; Hof Den Haag 3 juni 2014, *JOR* 2014/221, hoger beroep van Rb. Den Haag, 16 mei 2012, *JOR* 2013/120; Rb. Amsterdam 16 april 2014, *JOR*

king tot de vraag welke vermogensbestanddelen onder het pandrecht vallen. Voor een soepele kredietverlening is een systeem waarin duidelijk is wat precies kan worden verpand beter.

5.5 Toekomstige problemen bij de verpanding van relatief en absoluut toekomstige vorderingen

Niet valt uit te sluiten dat de verzamelpandakte-constructie in de toekomst problemen zal opleveren. In zijn conclusie vóór *Dix q/q/ING* wees A-G Hammerstein al op de niet ondenkbare toekomstige mogelijkheid dat verzamelpandaktes elektronisch geregistreerd kunnen worden. Hij wijst tevens op de mogelijkheid om vervolgens de verzamelpandakte automatisch iedere minuut te laten registreren.[37] De registratie van onderhandse pandakten voorziet onder het huidige recht niet in een vermelding van een tijdstip, waardoor moet worden aangenomen dat op dezelfde dag ter registratie aangeboden verzamelpandakten (verzamel)pandrechten constitueren die gelijk in rang zijn.[38] Ook in het geval (elektronische) registratie van onderhandse akten naar tijdstip wel mogelijk wordt gemaakt, zal automatische registratie per minuut tot hetzelfde resultaat leiden: pandrechten gelijk in rang.

5.6 De verhouding tussen art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW en het bepaaldheidsvereiste

Zoals wij in het vorige hoofdstuk zagen, is het bepaaldheidsvereiste de uiterste grens van iedere verpanding van toekomstige goederen. In dat hoofdstuk (par. 4.3.4) heb ik tevens geschreven dat er in de literatuur een debat bestaat over de vraag of de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzin BW al dan niet voortvloeit uit het bepaaldheidsvereiste. Voorts schreef ik daar dat de relevantie van dat debat ligt in de steeds sterker wordende roep om de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzin BW af te schaffen en de stille verpanding van absoluut toekomstige vorderingen aldus mogelijk te maken. Op deze plaats is het volgende van belang. De door de Hoge Raad in *Solleveld II* aangenomen beperking van cessie van toekomstige vorderingen tot toekomstige vorderingen die onmiddellijk worden verkregen uit een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding

2014/220 (ontstaansmoment van vorderingen van gefailleerd lid op coöperatie tot aflossing van ledenleningen en uitbetaling van participatiereserve), Rb. Noord-Nederland 23 januari 2013, *JOR* 2014/207 (ontstaansmoment van bij voorbaat verpande toekomstige vorderingen uit verkoop-/reparatiewerkzaamheden die pandgever vóór datum faillissement heeft verricht maar nog niet heeft gefactureerd); Rb. Midden-Nederland, 27 februari 2013, *JOR* 2013/220 m.nt. V. Tweehuysen (ontstaansmoment retributievorderingen bij opstal).

37 Concl. A-G Hammerstein vóór HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*) onder 2.21.

38 Kaptein 2012b, p. 144; F.M.J. Verstijlen, 'Iedereen pandhouder: door de 'verzamelpandakte' naar paritas creditorum', *WPNR* 2013/6983, p. 563-564.

geldt thans niet meer.[39] Dat betekent echter niet dat het bepaaldheidsvereiste bij de verpanding van toekomstige vorderingen niet meer geldt. Zoals gezegd is het bepaaldheidsvereiste de uiterste grens voor verpanding van toekomstige goederen. De auteurs die de stelling verdedigen dat de beperking niet voortvloeit uit het bepaaldheidsvereiste lijken dat voornamelijk te doen uit angst voor de onmogelijkheid toekomstige goederen te verpanden.[40] Die angst lijkt mij onterecht. Het bepaaldheidsvereiste kan voorstanders van ruime verpandingsmogelijkheden, waartoe ik mijzelf ook reken, ook een dienst bewijzen. Dát een (toekomstig) goed bij de verpanding aangewezen moet worden, is nu eenmaal een goederenrechtelijk vereiste. Zoals wij in vorige hoofdstuk ook hebben gezien, is het mogelijk een toekomstige vordering aan te wijzen als de rechtsverhouding waaruit die vordering voort gaat vloeien nog niet bestaat. Naar Duits recht is een beschikkingshandeling met betrekking tot dergelijke vorderingen dan ook voldoende bepaald. Geconstateerd moet worden dat het bepaaldheidsvereiste verpanding van toekomstige vorderingen op ruimere schaal toelaat dan het oude recht onder *Solleveld II* deed en het huidige recht onder de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzin BW doet. De vestiging bij voorbaat van een pandrecht op een toekomstige vordering is voldoende bepaald als die vordering *aanwijsbaar* is.

5.7 Conclusie

Het door de wetgever beoogde evenwicht tussen concurrente schuldeisers en pandhouder wordt door de aan het wetsontwerp toegevoegde beperking van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW niet bereikt. De praktische betekenis van de beperking is minimaal. Door de verzamelpandakteconstructie is de kans dat een concurrente schuldeiser beslag legt op een onbezwaarde vordering of dat de curator een onbezwaarde vordering in de boedel aantreft tot een absoluut minimum teruggebracht en nagenoeg te verwaarlozen. Nu het doel van de beperking niet wordt bereikt, is de conclusie om de slotzinsnede te schrappen dan ook verleidelijk.

In de literatuur lijkt men het er over eens te zijn dat art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW geschrapt dient te worden.[41] Het belangrijkste argument dat hiervoor aangevoerd wordt is dat de verzamelpandakteconstructie, met haar dagelijkste registratie, de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW dusdanig doorkruist dat de beperking "vrijwel […] een dode letter" is.[42] Van enkele afschaffing van de slotzinsnede, zonder dat daar een correctie ter bereiking van een evenwicht (in de executiefase) tegenover staat, kan mijns inziens echter geen sprake zijn. De verzamelpandakteconstructie blinkt uit in

39 Zie Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 213, p. 215.

40 Zie hierboven hoofdstuk 4, par. 4.3.4, voetnoot 206.

41 Zie o.a.: H.J. Damkot & A.J. Verdaas, 'Verpanding van toekomstige vorderingen beperkt mogelijk; verruiming gewenst?' *TvI* 2003/12 par. 5; Van den Heuvel 2004, p. 168; Verdaas 2007, nr. 204, p. 169; Struycken 2010, p. 325; Verstijlen 2011, p. 275; D. Roffel, 'De rechtsgeldigheid van de verzamelpandakte-constructie', *TvI* 2012/16, § 4; B.A. Schuijling onder *JOR* 2012/200 onder 8; Veder 2012, p. 460; Rongen 2012, nr. 954, p. 1256 en de auteurs genoemd in voetnoot 652 aldaar; Van Hoof 2015, p. 381.

42 Conclusie A-G Hammerstein vóór HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*) onder 2.5.

efficiëntie en eenvoud. Deze kracht van de constructie vormt tegelijkertijd een argument tegen enkele afschaffing: de te behalen winst bij het verminderen van "administratieve rompslomp" voor de kredietverschaffer/pandnemer lijkt mij te verwaarlozen. De kosten zitten enkel nog in het eenmalig zorgvuldig (laten) opstellen van de documentatie die de verzamelpandakteconstructie faciliteert en vervolgens in de tijd die het de daartoe bevoegde persoon kost de verzamelpandakte dagelijks te ondertekenen. Enkele afschaffing zou dus geen ander doel dienen dan het onder het pandrecht brengen van het allerlaatste restje vorderingen. Hiermee zou men dus nog verder van het door de wetgever gewenste evenwicht – waar toch al geen of nauwelijks sprake van is – komen af te staan.

Toch verdient het aanbeveling om de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW te schrappen. Hiermee worden eventuele problemen in de toekomst vermeden. Zo kan gewezen worden op het feit dat art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW aanleiding geeft tot discussies wanneer een vordering als reeds bestaand moet worden aangemerkt en aldus verpand kan worden. Ook kan de verzamelpandakteconstructie in de toekomst ertoe leiden dat alle pandgevers een pandrecht gelijk in rang hebben. Tegenover de afschaffing van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW dient een (poging tot) herstel van het evenwicht te staan. Hier kom ik in Deel III – hoofdstuk 10 op terug.

Deel II

Executie

6 De executiebevoegdheid

6.1 Inleiding

De pandhouder heeft het recht van parate executie. Art. 3:248 lid 1 BW verleent de pandhouder de bevoegdheid het verpande goed te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen, indien de schuldenaar van de gesecureerde vordering in verzuim is met de voldoening van deze vordering. Op grond van art. 57 lid 1 Fw komt deze bevoegdheid de pandhouder in het faillissement van de pandgever onverkort toe. Steeds vaker staat deze separatistpositie ter discussie. Voorgaande regels zijn bij de invoering van het nieuwe BW haast vanzelfsprekend van toepassing verklaard op het vuistloze en stille pandrecht. Daarbij rijst met name de vraag of de vuistloze pandhouder meer rechten heeft dan hij nodig heeft ter bereiking van zijn doel – voldoening van zijn gesecureerde vordering.

In dit hoofdstuk wordt allereerst de executiebevoegdheid met betrekking tot verpande goederen buiten en in faillissement in Nederland, Frankrijk en Duitsland geschetst. De Nederlandse executiebevoegdheid van de pandhouder in het faillissement van de pandgever lijkt al meer dan een eeuw in marmer gegrift. In Frankrijk en Duitsland daarentegen is die positie onderwerp geweest van wetgeverlijke inspanningen. Dient de pandhouder zelfstandig te kunnen executeren? Is er reden om de executiebevoegdheid aan de pandhouder te ontnemen?

6.2 Executie

Ariëns omschrijft executie als

> "de feitelijke verwezenlijking, door dwangmiddelen met overheidshulp, van op een bepaalde wijze vastgestelde of erkende rechten, welke de rechthebbende aanspraak geven op een prestatie van zijn wederpartij (*exécution forcée, Zwangsvollstreckung*). Behoefte daaraan bestaat steeds wanneer die wederpartij niet vrijwillig medewerkt om de rechthebbende te verschaffen hetgeen zij hem verschuldigd is."[1]

1 Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 408, p. 413.

Executie is mogelijk krachtens vonnis, authentieke akte of bijzondere wetsbepalingen.[2] Een dergelijke bijzondere wetsbepaling is art. 3:248 BW.

Artikel 3:248 lid 1 BW behelst het aan de pandhouder toekomende 'recht van parate executie'. Een wettelijke definitie voor dit begrip ontbreekt.[3] Gangbaar lijkt onder parate executie te begrijpen de executie zonder voorafgaand beslag en zonder executoriale titel.[4] Het recht van parate executie komt dus in de plaats van de executoriale titel; die hoeft de pandhouder in geval van verzuim van zijn crediteur bij de nakoming van de gesecureerde vordering niet meer te halen.[5]

Door de executie door de pandhouder vervalt zijn pandrecht en alle lager gerangschikte pandrechten. Dit rechtsgevolg wordt in literatuur uit art. 3:248 lid 3 BW en/of art. 3:253 lid 1 BW afgeleid.[6] Het gevolg hiervan is dat de verkoop van een onbezwaard goed in de regel meer zal opleveren.[7]

---

2 Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 408, p. 413.

3 Verstijlen 2013, p. 45-46.

4 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 156, p. 160, Pitlo/Reehuis, 2012, nr. 746, p. 544, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 514, p. 436. Zie ook Verstijlen 2013, nr. 20, p. 45. Vgl. voorts *Groene Serie Vermogensrecht*, (losbl. 2015), aantekening 2.2 bij art. 3:248 BW (bewerkt door P.A. Stein) waar gesproken wordt van de bevoegdheid, die de wet aan een bepaalde crediteur toekent, inhoudende een vermogensobject tot verhaal van een vordering te gelde te maken, zonder dat de voor beslag geldende voorschriften moeten worden nageleefd; Van Buchem-Spapens & Pouw 2013, nr. 3, p. 63 die spreken van het recht om het verpande goed te verkopen "zonder over een van een rechter afkomstige executoriale titel te beschikken"; Hugenholtz/W.A. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy 2015, nr. 218, p. 297, die spreekt van het recht om zonder executoriale titel tot verhaal op goederen van de schuldenaar over te gaan; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 421, p. 471, waar Klaassen het recht van parate executie omschrijft als het recht op verhaal dat zijn grondslag in een wettelijke bepaling vindt in plaats van in een executoriale titel; H. Oudelaar, *Recht halen,* Deventer: Kluwer 2000, p. 5, die het heeft over de bevoegdheid die de wet geeft tot het toepassen van bepaalde dwangmiddelen zonder dat daarvoor een executoriale titel vereist is.

5 *Groene Serie Vermogensrecht*, (losbl. 2015), aantekening 2.9 bij art. 3:248 BW (bewerkt door P.A. Stein). Vgl. ook Suijling V 1940, nr. 538, p. 542, die schrijft het pandrecht de pandhouder de bevoegdheid geeft het pandobject "zonder de hulp van de overheid uit te winnen."

6 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 158, p. 162 (art. 3:253 lid 1 BW, dat naar art. 490b Rv verwijst), Steneker 2012, nr. 29, p. 69-70 (art. 3:253 lid 1 BW tweede zin BW; uit art. 3:248 lid 3 BW volgt volgens Steneker dat de tweede pandhouder in beginsel slechts met handhaving van het eerste pandrecht kan executeren), Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 524, p. 447 (beide artikelen), Stein/H.A. Stein 2010, §88, p. 136 (art. 3:248 lid 3 BW). Volgens Molenaar 1991, nr. 40 onder 3, p. 79-80 biedt geen van de genoemde artikelen een grondslag voor het rechtsgevolg dat de koper in de executie een onbezwaard goed verkrijgt, maar dit volgt volgens hem wel uit art. 3:86 BW en de geschiedenis van art. 3:258 lid 1 BW. In Duitsland bepaalt § 1242 Abs. 1 S. 1 BGB dat het gevolg van een rechtmatige pandverkoop van een roerende zaak is dat pandrechten op die zaak tenietgaan en dat dat zelfs zo is indien de executiekoper van het bestaan van andere pandrechten afweet. De (lagere) pandrechten zetten zich voort op de opbrengst (§ 1247 Satz 2 BGB). Zie daarover uitgebreid hieronder hoofstuk 7, par. 7.4.2.

7 Art. 3:248 lid 3 BW bepaalt dat een lager gerangschikte pandhouder of beslaglegger het verpande goed slechts kan verkopen met handhaving van de hoger gerangschikte pandrechten. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 158, p. 162 schrijven: "De consequentie van deze bepaling is dat verkoop door een lager gerangschikte pandhouder vrijwel onmogelijk is. Voor een zaak waarop een recht van pand blijft rusten, zal in de praktijk geen belangstelling bestaan." Het hier besproken rechtsgevolg duidt men soms aan als 'zuivering' of 'zuivering naar beneden', waarmee wordt bedoeld

Het doel van het recht van parate executie volgt reeds uit de tekst van art. 3:248 lid 1 BW zelf: het verhalen van de gesecureerde vordering op de door de (executoriale) verkoop gerealiseerde opbrengst. Nu de wet voor zich spreekt, besteedt de parlementaire geschiedenis verder geen aandacht aan (het doel van) het recht van parate executie. Blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 1201 BW (oud) – dat evenals het huidige art. 3:248 lid 1 BW het recht van parate executie van de pandhouder bevatte[8] – verschafte dat artikel "[…] aan den schuldeischer het *middel* […] om […] op eene spoedige en min kostbare wijze, zijn verschuldigd achterwezen te erlangen."[9] Het (executie)middel om het doel – volledige voldoening van de gesecureerde vordering – te bereiken is uitwinning door verkoop van de (roerende) zaak; het middel bij vorderingen is uitwinning door inning.[10] Zoals hierna zal blijken, is verkoop van de vordering ook mogelijk.

6.3 Executiebevoegdheid

6.3.1 De executiebevoegdheid bij roerende zaken

6.3.1.1 De executiebevoegdheid buiten faillissement

Nederlands recht

Van der Kwaak schrijft dat het pandrecht strekt tot zekerheid met het oog op parate executie.[11] Deze opmerking illustreert het belang van het recht van parate executie voor het pandrecht. Art. 3:248 BW kent de pandhouder de bevoegdheid toe het verpande goed te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen, indien de schuldenaar[12] van de gesecureerde vordering in verzuim is met de voldoening van deze vordering.[13] Nu de wet over 'de' pandhouder spreekt, komt het recht van parate executie toe aan zowel de vuistpandhouder als de vuistloze pandhouder alsmede aan lager gerangschikte pandhouders.[14] De vraag wanneer de schuldenaar in verzuim is, dient

dat het pandrecht van de executerende pandhouder en de ten opzichte van dat pandrecht lager gerangschikte pandrechten vervallen. Strikt genomen is hier echter geen sprake van 'zuivering'. De Jong 1999, p. 40 schrijft dat ons recht slechts twee vormen van zuivering kent: verkoop door de curator in faillissement en verkoop door een lager gerangschikte hypotheekhouder. In het geval waarin de anterieure pandhouder vrij van posterieure pandrechten executeert, is er volgens De Jong geen sprake van zuivering maar van een gevolg van de systematiek van het goederenrecht.

8 Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 776.

9 Voorduin IV 1838, p. 424. De cursivering is toegevoegd.

10 Stein/H.A. Stein 2010, §33, p. 39.

11 D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 39.

12 Vaak zal de schuldenaar tevens pandgever zijn, maar dit hoeft niet per se. Bij derdenpand is de pandgever een derde naast de schuldenaar en de pandhouder.

13 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 156, p. 160. De bevoegdheid het verpande goed te verkopen impliceert dat de pandhouder beschikkingsbevoegd is krachtens de wet, aldus Pitlo/Reehuis 2012, nr. 142, p. 115.

14 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 790a, p. 572.

beantwoord te worden aan de hand van art. 6:81 BW.[15] Het recht tot eigenmachtige verkoop vervalt weer, indien het verzuim eindigt.[16] In het tweede lid van art. 3:248 BW wordt partijen de mogelijkheid geboden te bedingen dat eerst tot verkoop kan worden overgegaan, nadat de rechter op vordering van de pandhouder heeft vastgesteld dat de schuldenaar in verzuim is. Ook mogelijk is dat partijen volledig van het recht van parate executie afzien.[17] De voorgenomen verkoop en het bedrag waartegen het pand gelost kan worden dient te worden medegedeeld aan de schuldenaar en de pandgever en eventuele beperkt gerechtigden en beslagleggers.[18] Na drie dagen mag het verpande goed verkocht worden. Na lossing vervalt de executiebevoegdheid (art. 3:249 BW).

Frans recht

De Franse wet formuleert de executiebevoegdheid van de pandhouder in de bepalingen die zien op de wijze van executie. De verschillende wijzen van executie komen in het volgende hoofdstuk uitvoeriger aan bod. Op deze plaats kan reeds het volgende worden opgemerkt. Indien de schuldeiser niet heeft betaald op de vervaldag van de gesecureerde vordering, dan kan de pandhouder overgaan tot het uitoefenen van zijn *droit de réaliser le gage*.[19] Voor de pandverkoop (*vente forcée*; art. 2346 C. civ.) en de executie door middel van een verzoek te bevelen dat het pandobject aan de pandhouder in betaling zal verblijven (*attribution judiciaire*; art. 2347 C. civ.) geldt dat de pandhouder op de vervaldag van de gesecureerde vordering onbetaald moet zijn.[20] Voor beide vormen van executie is tevens rechterlijke goedkeuring vereist. Dat laatste vereiste geldt niet indien er sprake is van een *gage commercial*; dan kan de pandhouder *zonder* toestemming van de rechter executeren door middel van een pandverkoop op het moment dat de schuldeiser niet heeft betaald op de vervaldag van de gesecureerde vordering (art. L. 521-3 al. 1 C. com.). Het vervalbeding (*pacte commissoire*; art. 2348 C. civ.), dat onder bepaalde voorwaarden is toegestaan, kan bij de vestiging van het pandrecht of nadien worden overeengekomen. Het beding mag volgens de wettekst inhouden dat de eigendom van het pandobject zal overgaan op het moment dat de gesecureerde vordering niet wordt nagekomen.

15 O.a. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 161, p. 164. Art. 6:81 BW luidt: "De schuldenaar is in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van de artikelen 82 en 83 is voldaan, behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is." Anders: D.A. Viëtor, 'Opeising of weigering van krediet en uitwinning van zekerheden door een bank', *TFR* 2009/7-8, p. 274-275, die op wetshistorische en wetssystematische gronden betoogt dat de term 'verzuim' in art. 3:248 lid 1 BW niet overeenstemt met de term 'verzuim' in art. 6:81 BW, waartegen Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 161, p. 164-165.

16 Reehuis 1987, nr. 138, p. 114-115.

17 Verstijlen 2013, nr. 20, p. 46.

18 Niet-naleving leidt niet tot nietigheid van de verkoop, maar onder omstandigheden tot aansprakelijkheid van de pandhouder. Zie Reehuis 1987, nr. 158, p. 121.

19 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1692, p. 468.

20 Art. 2346 C. civ. begint met: "A défaut de paiement de la dette garantie […]"; art. 2347 C. civ. begint met "Le créancier peut *aussi* […] (curs. FJLK)". Vgl. ook Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1695-1696, p. 470.

Duits recht

Pandrecht
Volgens § 1228 Abs. 1 BGB geschiedt de voldoening van de pandhouder uit het pand door de verkoop van het pand. Het tweede lid bepaalt vervolgens onder welke omstandigheden de pandhouder mag verkopen: dat mag zodra de gesecureerde (geld)vordering volledig of deels opeisbaar (*fällig*) is.[21] Verzuim van de schuldenaar noch een executoriale titel is vereist.[22] In de literatuur wordt die toestand aangeduid met het onvertaalbare doch begrijpelijke begrip *Pfandreife*.[23] Voor het vaststellen van de *Fälligkeit* gelden de daarvoor geldende regels uit het verbintenissenrecht (§ 271 BGB).[24] Nadere afspraken over de het bestaan van een executiebevoegdheid van de pandnemer zijn mogelijk.[25] In beginsel dient de voorgenomen verkoop en het bedrag waartegen het pand gelost kan worden aan de pandgever te worden medegedeeld; een maand na de mededeling mag de zaak worden verkocht (§ 1234 BGB).[26]

Zekerheidsoverdracht
Bij de executie van een in zekerheid overgedragen roerende zaak volgt het ontstaan van een executiebevoegdheid van de zekerheidseigenaar uit hetgeen is afgesproken in het *Sicherungsvertrag*.[27] In de literatuur bestaat debat over de vraag of verzuim vereist is. Volgens Oechsler ontstaat de executiebevoegdheid analoog aan § 1228 Abs. 2 S. 1 met de *Fälligkeit* van de gesecureerde vordering.[28] Ook dan is verzuim van de schuldenaar niet vereist.[29] Partijen kunnen nadere (voor de zekerheidsgever gunstigere) afspraken maken omtrent het verzuim als voorwaarde voor de executie (§ 286 BGB).[30] Andere auteurs menen dat verzuim wel vereist is of dat de enkele opeisbaarheid van de gesecureerde vordering onvoldoende is.[31] De vraag of ook bij de executie van zekerheids-

21 De tweede zin van het tweede lid bepaalt voorts dat indien het verschuldigde niet uit geld bestaat, de verkoop pas toegestaan is als de vordering in een geldvordering is overgegaan.
22 Prütting 2014, § 71, Rn. 804.
23 Zie bijv.: Baur/Baur & Stürner 2009, § 55 Rn. 20.
24 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1228, Rn. 4.
25 Zie Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1228, Rn. 5.
26 In sommige gevallen is de wachttijd korter dan een maand, zie daarover Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1234, Rn. 3.
27 Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 41; Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 225; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 49; Brehm & Berger 2014, § 33, p. 14. Zie voor een voorbeeld van een schriftelijke overeengekomen dergelijke bevoegdheid Baur/Baur & Stürner 2009, Anh. 7 onder 14 en Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 74 onder 14. Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn. 67 schrijft dat (onder meer) § 1228 BGB in principe niet van overeenkomstige toepassing is, maar dat bij de uitleg van stilzwijgende afspraken die bepaling(en) evenwel aanvullend in acht te nemen zijn.
28 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 48. Vgl. ook Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 225.
29 Zo ook: Wieling 2006, § 18 II 5, p. 838.
30 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 48.
31 Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, § 44, Rn. 28 meent dat verzuim vereist is. Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn. 68 met verwijzingen in voetnoot 265 aldaar meent dat bij het ontbreken van een uitdrukkelijke afspraak ter bescherming van de zekerheidsgever aan te nemen is,

eigendom de voorgenomen verkoop aan de zekerheidsgever dient te worden medegedeeld, is omstreden.[32] Oechsler beantwoordt de vraag in beginsel bevestigend, en voert daarvoor aan dat de zekerheidsgever zodoende een laatste mogelijkheid heeft de executie af te wenden.[33] De kennisgeving kan achterwege blijven, indien de zekerheidsgever door de zekerheidsnemer is verzocht de zaak af te geven; de zekerheidsgever is dan voldoende gewaarschuwd.[34]

6.3.1.2 De executiebevoegdheid in faillissement

Nederlands recht

Art. 57 Fw bepaalt dat pand- en hypotheekhouders hun recht kunnen uitoefenen, alsof er geen faillissement was. Verstijlen legt deze bepaling zo uit dat het faillissement er niet toe strekt de vordering van de pand- of hypotheekhouder te voldoen, nu zij hun vorderingen buiten het faillissement om en buiten de concursus van schuldeisers om kunnen verhalen.[35] De pandhouder is separatist in het faillissement van de pandgever. Het begrip separatist is niet in de wet gedefinieerd.[36] Van Buchem-Spapens en Pouw verstaan onder separatisten "schuldeisers die hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was."[37] Vriesendorp heeft het over "schuldeisers die, zoals de naam al aangeeft, bepaalde goederen uit de boedel kunnen separeren om zodoende op de een of andere manier aan hun trekken te komen."[38] De separatistpositie wordt begrensd door twee andere artikelen. Op grond van art. 58 lid 2 Fw kan de talmende separatist tot actie worden gedwongen door een hem daartoe door de curator gestelde termijn waarbinnen de separatist zijn rechten moet hebben uitgeoefend. Art. 63a Fw biedt de mogelijkheid voor een afkoelingsperiode, waarbinnen de executiebevoegdheid van de separatist voor maximaal vier maanden wordt geschorst. De bevoegdheid tot mededeling en inning blijft voor de stil pandhouder overigens bestaan (art. 63b Fw). Door middel van de afkoelingsperiode kan de curator juridische aanspraken vaststellen en bepalen welke goederen hij voor de boedel wil behouden, bijvoorbeeld voor een mogelijke voorzetting verkoop *going concern* van de failliete onderneming.[39] Over de ratio achter art. 57 Fw is weinig literatuur voorhanden. Erasmus schrijft dat de reden waarom de pand- en hypotheekhouders hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement

dat de enkele opeisbaarheid van de gesecureerde vordering onvoldoende is voor het ontstaan van de executiebevoegdheid en dat verzuim vereist is. Ook Lwowski in: Lwowski, Fischer & Langenbucher 2011, § 11, Rn. 75 meent dat verzuim of andere omstandigheden bovenop de opeisbaarheid vereist is.

32 Aldus Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 235.

33 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 50. Een andersluidend beding in de algemene bankvoorwaarden werd nietig werd bevonden in BGH NJW 1992, 2626 (op p. 2627).

34 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 235. Instemmend: MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 50.

35 Verstijlen 1998, p. 66.

36 Vriesendorp 2013, nr. 153, p. 175.

37 Van Buchem-Spapens & Pouw 2013, p. 57.

38 Vriesendorp 2013, nr. 153, p. 175.

39 Van der Aa 2007, p. 35.

was, is "dat het voor het economisch verkeer zo belangrijke kredietwezen behoefte heeft aan een dergelijke bescherming."[40]

Frans recht

Art. 2287 Cc bepaalt dat de daaropvolgende bepalingen voor zekerheidsrechten niet in de weg staan aan toepassing van de regels voor insolventieprocedures. Dit artikel bevestigt het subsidiaire karakter van het zekerhedenrecht ten opzichte van het insolventierecht.[41] Verder is het lastig grip te krijgen op de verhouding tussen het zekerhedenrecht en het insolventierecht. Het verbaast dan ook niet dat men zich in de literatuur beklaagt over de misgelopen kans om genoemde rechtsgebieden – beide ongeveer gelijktijdig herzien – te harmoniseren.[42]

Voor de executie door de pandhouder zijn de volgende drie formele insolventieprocedures – bekend onder de verzamelnaam *procédures collectives* – van belang.[43] De *sauvegarde* (art. L. 620-1 e.v. C. com.) en *redressement judiciaire* (art. L. 631-1 e.v. C. com.) zijn op de voortzetting van de onderneming gericht. Zij worden voorafgegaan door een *période d'observation* (art. L. 621-3 en L. 631-7 C. com.). Daarnaast kan worden gewezen op de op vereffening gerichte *liquidation judiciaire* (art. L. 641-1 e.v. C. com.).

Net als buiten faillissement, hangt ook in de insolventieprocedure de executiebevoegdheid samen met de wijze van executie. Daarom zal de executiebevoegdheid van de pandnemer tezamen met de wijzen van executie in het volgende hoofdstuk (par. 7.2.3) uitgebreider besproken worden. Vooruitlopend op de bevindingen aldaar, kan op deze plaats reeds het volgende worden vermeld. De pandhouder van een roerende zaak wordt door het uitspreken van een insolventieprocedure in zijn rechten beperkt.[44] Dat geldt voor zowel de vuistloos registerpandhouder als de vuistpandhouder. Art. L. 622-7-I al. 2 C. com. schrijft voor dat met het insolventievonnis van rechtswege de uitwinningsbevoegdheid van de vuistloos registerpandhouder wordt geschorst.[45] In de literatuur spreekt men van "la paralysie" van zijn recht.[46] Legeais schrijft dat deze opoffering wordt gerecht-

40 Erasmus 1976, p. 25. Zie ook Van Hees 2008, par. 2: "Door de figuur van het separatisme wordt kredietverlening bevorderd."

41 Legeais 2013, nr. 715, p. 442, die daar voorts schrijft dat het omgekeerde door de auteurs van het wetsvoorstel was overwogen. Vgl. ook Cabrillac e.a. 2010, nr. 8, p. 9: "Le droit des procédures collectives applicables aux entreprises a malmené de plus en plus les sûretés, et en particulier les sûretés réelles."

42 Zie bijv. P. Crocq, 'La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés', *D.* nº 19, 2006, p. 1306; Legeais 2007, p. 688. Laatstgenoemde biedt ons op p. 689 enige troost: "Déjà délicate à comprendre pour un juriste français spécialisé, la réforme est incompréhensible pour un observateur étranger."

43 De specifieke *sauvegarde financière accélérée* (art. L. 628-1 e.v. C. com.) evenals de *liquidation simplifée* (art. L. 641-1 C. com.) blijven hier verder buiten beschouwing.

44 Vgl. D. Houtcieff, 'Gage commercial', in: *Répertoire Dalloz de droit commercial = encyclopédie Dalloz* (octobre 2006), nº 78: "Le droits du créancier gagiste sont fortement entamés par l'ouverture de la procédure collective."

45 Op grond van art. L. 622-7-I al. 1 jo. L. 622-17 C. com. is het overigens mogelijk dat bepaalde schulden, waaronder bijvoorbeeld verschuldigd salaris, vóór andere schulden worden voldaan.

46 Legeais 2007, p. 687; Cabrillac e.a. 2010, nr. 1068-1069, p. 799-800; Saint-Alary-Houin 2013, nr. 688, p. 454.

vaardigd door het belang van (de voortzetting van) de onderneming.[47] De bepaling stelt de schuldenaar in staat gebruik te blijven maken van de zich onder hem bevindende verpande zaak. In een advies in het wetgevingstraject wordt opgemerkt dat dat geschikt (b)lijkt (*apparaît*) om het behoud van de onderneming te bevorderen.[48] De bepaling is niet alleen van toepassing op de *sauvegarde*, maar geldt ook voor de *redressement judiciaire* (art. L. 631-14 C. com.) en de *liquidation judiciaire* (art. L. 641-3 C. com.).

Over de positie van de *vuist*pandhouder wordt geschreven dat zijn privileges door het insolventierecht niet al te veel wordt aangetast.[49] Tijdens de op de voortzetting van de onderneming gerichte procedures kan de vuistpandhouder blijven gebruikmaken van zijn retentierecht, tenzij de curator de verpande zaak lost. Ook tijdens de op vereffening gerichte *liquidation judiciaire* kan de curator de verpande zaak lossen (art. L. 641-3 al. 2 C. com.). Gebeurt dat niet, dan heeft te gelden dat de curator binnen zes maanden na het uitspreken van de *liquidation judiciaire* aan de rechter-commissaris toestemming moet vragen om te executeren (art. L. 642-20-1 al. 1 C. com.). Over de vuistpandhouder wordt geschreven dat zijn aan zijn pandrecht verbonden privileges met het uitspreken van de *liquidation judiciaire* worden verminderd.[50]

Vanaf het uitspreken van de *liquidation judiciaire* heeft de curator drie maanden de exclusieve executiebevoegdheid over de boedel, waaronder bezwaarde goederen.[51] Verkoopt de curator niet binnen die periode, dan herleven de individuele executiebevoegdheden (art. L. 643-2 al. 1 C. com.).[52] Deze bepaling is een waarborg tegen talmen van de curator.[53]

47 Legeais 2013, nr. 715, p. 442. Zie ook Legeais 2007, p. 687.

48 *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF* n° 0295 du 19 décembre 2008, Titre I, chap. II-3, art. 22 (beschikbaar via <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2008/12/19/JUSC0824839P/jo/texte>).

49 Simler & Delebecque 2012, nr. 631, p. 564.

50 Saint-Alary-Houin 2013, nr. 1329, p. 878, die voorts schrijft dat de pandhouder op grond van art. L. 643-2 al. 1 C. com. altijd kan verzoeken om executie van zijn pand, maar dat is niet in zijn belang omdat hij dan zijn (retentie)recht op de prijs verliest en er ten aanzien van de opbrengst schuldeisers met een hogere rang zullen zijn. In de praktijk zal de pandhouder dan ook de curator dwingen hetzij het onderpand te lossen (*retirer*) hetzij om de gesecureerde vordering te voldoen na te hebben verzocht om een gedwongen executie. De pandhouder kan ook verzoeken om een *attribution judiciaire*, waarover hieronder hoofdstuk 7, par. 7.2.2.

51 Cabrillac e.a. 2010, nr. 1074, p. 804; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 2641, p. 771-772.

52 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 2641, p. 772; Saint-Alary-Houin 2013, nr. 1327, p. 877, die voorts schrijft dat de executiebevoegdheid van de pandhouder herleeft als aan drie voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de pandhouder zijn vordering ter verificatie hebben ingediend; erkenning is niet vereist. Ten tweede moet de curator hebben verzuimd aan te vangen met op liquidatie gerichte activiteiten en ten derde moet dat tekortschieten meer dan drie maanden duren.

53 Saint-Alary-Houin 2013, nr. 1327, p. 877.

Duits recht

Pandrecht

De op 1 januari 1999 in werking getreden *Insolvenzordnung* heeft grote gevolgen meegebracht voor de positie van zekerheidsgerechtigden in het faillissement van de zekerheidsgever. § 47 InsO bevat een aan art. 57 Fw soortgelijke regel: degenen die op grond van een goederenrechtelijk of persoonlijk recht kan doen gelden dat een goed niet tot de boedel behoort, heeft kort gezegd in beginsel niets met het faillissement te maken. Zij hebben een *Aussonderungsrecht*. Met een beperkt (pand)recht bezwaarde goederen behoren wél toe aan boedel.[54] § 50 InsO bepaalt dat pandhouders in het faillissement van de pandgever tot afgezonderde voldoening uit het pandobject zijn gerechtigd. Zij hebben een *Absonderungsrecht*. Die kwalificatie heeft gevolgen voor de executiebevoegdheid van de pandhouder. § 166 Abs. 1 InsO bepaalt dat de curator roerende zaken waarop een *Absonderungsrecht* rust, onderhands mag executeren, "wenn er die Sache in seinem Besitz hat." Het begrip *Besitz* is ingekleurd door rechtspraak en literatuur en laat zich in elk geval vertalen als onmiddellijk houderschap.[55] Onduidelijk is of ook middellijk houderschap hieronder valt.[56] Voor het hier te behandelen pandrecht op een roerende zaak is van belang in herinnnering te brengen dat het Duitse recht slechts een vuistpand kent (§ 1205 BGB). Vastgesteld kan dus worden dat de curator van de pandgever niet in het *Besitz* van die roerende zaak is. § 173 InsO bepaalt vervolgens dat het recht van de pandhouder om te executeren in faillissement onaangeroerd blijft. De executiebevoegdheid van de pandhouder ontstaat ook in het faillissement van de pandgever volgens de in de vorige paragraaf behandelde regels uit het BGB; er moet dus sprake zijn van *Pfandreife*.[57]

Zekerheidsoverdacht

Häsemeyer schrijft dat de regeling van § 166 InsO duidelijk doelt op de zekerheidsoverdracht door middel van een levering c.p., waarbij de roerende zaak dus nog bij de zekerheidsgever blijft.[58] Normaal gesproken kan een eigenaar zijn eigendom uit de boedel separeren door middel van zijn *Aussonderungsrecht* (§ 47 InsO). Ondanks het feit dat in het geval van een zekerheidsoverdracht de zekerheidsnemer eigenaar van de zaak is en in het faillissement van de zekerheidsgever strikt genomen zou kunnen revindiceren, staat de zekerheidseigenaar slechts een *Absonderungsrecht* ter beschikking (§§ 50, 51 Nr. 1 InsO). Als (economische) reden wordt daarvoor gegeven dat in verhaalsrechtelijk opzicht het in zekerheid overgedragen goed aan het vermogen van de zekerheidsgever en het recht tot executie aan het vermogen van de zekerheidsnemer toebehoort.[59] In een vroeg stadium van de herziening van het insolventierecht zijn ook

54 Pape, Uhlenbruck & Voigt-Salus 2010, Kap. 25, Rn. 1.
55 Zie o.a. Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 166 Rn. 8; HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 16-19.
56 Zie MüKoInsO/Tetzlaff InsO 2013, § 166 Rn. 15.
57 Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 173 Rn. 3.
58 Zie Häsemeyer 2003, Rn. 13.48.
59 Häsemeyer 2003, Rn. 18.28 onder verwijzing naar BGHZ 72, 141, 144 ff. (= BGH NJW 1978, 1859); Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 51 Rn. 2.

rechtspolitieke overwegingen om de zekerheidseigendom tot de faillissementsboedel te laten behoren ter sprake gekomen.[60]

Nu de zekerheidseigenaar die c.p. geleverd heeft gekregen als *Absonderungsberechtigte* heeft te gelden, verliest hij zijn executiebevoegdheid door het faillissement van de zekerheidsgever aan diens curator (§ 166 Abs. 1 InsO). De curator is immers in *Besitz* van de zaak. Gottwald omschrijft de overdracht van de executiebevoegdheid van de zekerheidsnemer aan de curator als "das unbestrittene Kernstück der Reform der Mobiliarsicherheiten."[61] De wetgever motiveert de uitsluitende executiebevoegdheid van de curator met de volgende argumenten. Ten eerste voorkomt het dat de schuldeiser de economische eenheid van de onderneming van de schuldenaar aantast en zodoende blijven de kansen op voortzetting behouden. Daarenboven heeft de curator de mogelijkheid de gehele onderneming als geheel te executeren waardoor een hogere opbrengt kan worden gerealiseerd, hetgeen ook de gesecureerde schuldeisers ten goede kan komen.[62] Voor de ratio achter de executiebevoegdheid van de curator verwijst vrijwel iedereen in de literatuur naar Landfermann, die ten tijde van de totstandkoming van de *Insolvenzordnung* bij het Duitse ministerie van Justitie werkte.[63] Hij wijst op de volgende drie wezenlijke voordelen in faillissement.[64] Ten eerste voorkomt het ontnemen van de zelfstandige executiebevoegdheid van de zekerheidsnemer de mogelijkheid daarmee "das Vermögen des Schu[ldner] zur Unzeit auseinanderzureißen." Hiermee stijgen de kansen op voortzetting van de onderneming en sanering.[65] Ten tweede wordt de executie van een zaak vergemakkelijkt in het geval de curator daar reeds de feitelijke beschikking over heeft. Een samenstel van zaken, zoals een set gereedschap, kan gezamenlijk worden geëxecuteerd, ook indien ze afzonderlijk in zekerheid zijn gegeven.[66] Ten slotte is de executiebevoegdheid van de curator een technisch hulpmiddel om de boedel te verzekeren van een door de zekerheidsschuldeiser verschuldigde boedelbijdrage en eventueel omzetbelasting. Als de curator zelf executeert, kan hij de kosten van de aan de zekerheidsnemer uit te keren opbrengst aftrekken, hetgeen goedkoper is dan achteraf de kosten te vorderen.[67] Tetzlaff voegt daaraan toe dat het voor de curator een belangrijk voordeel is dat hij een betere positie heeft in geval van onenigheid over de rechtsgeldigheid van de vestiging van het zekerheidsrecht. Na executie door de

60 Zie MüKoInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 6-8, verwijzend naar Leitsatz 1.1.4 Ib, e.

61 P. Gottwald, 'Die Rechtsstellung dinglich gesichterter Gläubiger', in: D. Leipold (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG 1991, p. 199. Deze uitspraak wordt veelvuldig geciteerd in de Duitse literatuur. Van een *overdracht* is strikt genomen geen sprake; de curator heeft op grond van de wet een originaire executiebevoegdheid. Zie HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 4. Onder de voorloper van de InsO, de *Konkursordnung*, had de curator nog geen exclusieve executiebevoegdheid.

62 BT-Drucks. 12/2443, p. 178. Vgl. ook p. 87.

63 Zie bijv. G.-A. Lübchen & H.-G. Landfermann, 'Das neue Insolvenzrecht der DDR', *ZIP* 1990, 829.

64 HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 4.

65 HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 5. Zie ook MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 166, Rn. 2: "Dadurch, dass ein Auseinanderreißen der Vermögenswerte verhindert wird, erhöhen sich die Chancen für Betriebsfortführungen und Gesamtveräußerungen; Know-how und Arbeitsplätze werden erhalten."

66 HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 6.

67 HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 7.

curator is het de zekerheidsnemer die actief de opbrengst moet opeisen. In de spiegelbeeldige situatie, waarin de zekerheidsnemer de executiebevoegdheid heeft, moet de curator namens de boedel procederen en dus kosten maken.[68]

De curator mag van de door hem gerealiseerde executieopbrengst de vaststellingskosten en de executiekosten afhouden (§ 170 Abs. 1. S. 1 InsO). Van § 170 InsO kan niet worden afgeweken; wel kunnen curator en zekerheidsnemer een afwijkende kostenbijdrage overeenkomen.[69] Blijkens § 171 Abs. 1. S. 1 InsO omvatten de vaststellingskosten de kosten van de feitelijke vaststelling/identificatie van het zekerheidsobject en eventueel daarop rustende rechten. De tweede zin van het eerste lid bepaalt dat de vaststellingskosten gefixeerd zijn op vier procent van de executieopbrengst. Het gaat hier om de bruto-executieopbrengst met inbegrip van de omzetbelasting.[70] De executiekosten zijn in beginsel gefixeerd op vijf procent van executieopbrengst (§ 171 Abs. 2. S. 1 InsO). Ook hier betreft het de bruto-executieopbrengst.[71] Het tweede lid van § 171 InsO bepaalt ook dat als de daadwerkelijk gemaakte executiekosten aanzienlijk (*erheblich*) lager of hoger zijn, deze kosten gehanteerd moeten worden.[72] Eventuele omzetbelasting ten laste van de boedel valt onder de executiekosten (Abs. 2 S. 3). Het idee achter de wettelijk vastgestelde gefixeerde bedragen is dat zij overeenstemmen met de in de praktijk voor invoering van de bepalingen gangbare vrijwillige boedelbijdrage, die werd overeengekomen tussen curator en zekerheidsnemer.[73]

6.3.2 De executiebevoegdheid bij vorderingen

Bij verpande vorderingen is het mogelijk dat de pandhouder de vordering int vóórdat hij tot executie bevoegd is. De wet behandelt de inningsbevoegdheid (art. 3:246 BW) dan ook vóór de executiebevoegdheid (art. 3:248 BW).[74] Hoewel de executiebevoegdheid van de inningsbevoegdheid valt te onderscheiden, is het voor een goed beeld van de materie noodzakelijk de beide bevoegdheden gezamenlijk te behandelen. Als de tot executie bevoegde pandhouder int, dan valt het moment van inning en executie samen: met de inning vindt ook de voldoening uit het geïnde plaats.[75]

68 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, Vorbemerkungen vor §§ 166–173 System der Regelungen in den §§ 166–173, Rn. 21.
69 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 170 Rn. 26.
70 OLG Nürnberg ZIP 2014, 280,
71 Uhlenbruck/Brinkmann 2015 InsO § 171 Rn. 12.
72 Zie voor de vraag wanneer een afwijking 'aanzienlijk' is en andere vragen Uhlenbruck/Brinkmann 2015 InsO § 171 Rn. 14 e.v., met verwijzingen.
73 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 170 Rn. 6.
74 Molenaar 1991, nr. 27, p. 51.
75 Molenaar 1991, nr. 27, p. 51.

6.3.2.1 De executiebevoegdheid buiten faillissement

Nederlands recht

Art. 3:246 lid 1 BW kent de pandhouder een inningsbevoegdheid toe nadat de verpanding aan de debiteur van de vordering is medegedeeld.[76] Vanaf het moment dat de debiteur een mededeling heeft gekregen van de verpanding van de vordering op hem is de pandhouder – het maakt niet uit of het om een van meet af aan openbaar gevestigd pandrecht gaat (art. 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 1 BW) of om een in een openbaar pandrecht omgezet stil pandrecht (art. 3:239 lid 3 BW) – exclusief inningsbevoegd. Voor die inning is verzuim van de pandgever niet vereist.[77] Het feit dat de pandhouder inningsbevoegd is, wil nog niet zeggen dat de pandhouder tot executie bevoegd is. Strikt genomen mag de pandhouder zich pas op het geïnde verhalen als de schuldenaar van de gesecureerde vordering in verzuim is met de voldoening van die vordering (art. 3:248 lid 1 BW). Indien mogelijk mag de pandhouder de vordering door opzegging opeisbaar maken. De bevoegdheid tot mededeling, inning en opzegging komt aan de hoogst gerangschikte pandhouder toe (art. 3:246 lid 3 BW).[78] Int de openbaar pandhouder de opeisbare verpande vordering vóórdat de gesecureerde vordering opeisbaar is, dan komt het pandrecht op het geïnde te rusten (art. 3:246 lid 5 BW).[79] De pandhouder is verplicht het geïnde niet met zijn eigen vermogen te vermengen en zou bij een girale betaling het geïnde bedrag op een afzonderlijke voor dergelijke betalingen bestemde rekening moeten storten.[80]

De pandhouder kan er ook voor kiezen de vordering te verkopen. Dat kan bijvoorbeeld uitkomst bieden voor het geval dat de verpande vordering nog niet opeisbaar is en niet door opzegging opeisbaar gemaakt kan worden (art. 3:246 lid 2 BW). Voor de executieverkoop van een verpande vordering door de pandhouder is verzuim van de pandgever vereist (art. 3:248 lid 1 BW).[81]

Frans recht

De pandhouder van een vordering kan tot executie overgaan "en cas de défaillance du débiteur". Na het in gebreke blijven met het voldoen van de gesecureerde vordering, heeft de pandhouder drie wijzen van executie tot zijn beschikking: een verzoek te bevelen dat de vordering aan de pandhouder in betaling zal verblijven, toe-eigening door middel van een vervalbeding (*attribution judiciaire* respectievelijk *pacte commissoire*; art. 2365 C. civ.) en ten slotte inning van de vordering waarna verhaal op het geïnde volgt (art. 2363-2364 C. civ.).[82] Na mededeling aan de debiteur van de verpande

76 Art. 3:239 lid 3 BW bepaalt, tenzij anders overeengekomen, dat de pandhouder bevoegd is mededeling van de verpanding te doen indien de pandgever of de schuldenaar in zijn verplichtingen jegens de pandhouder tekortschiet of hem goede grond geeft te vrezen dat in die verplichtingen zal worden tekortgeschoten.

77 Steneker 2012, nr. 56, p. 139.

78 Volgens Steneker 2012, nr. 29, p. 70 moet worden aangenomen dat de hoogst gerangschikte *openbaar* pandhouder wordt bedoeld. Zie ook reeds E.B. Rank-Berenschot, *WPNR* 1998/6306, p. 190.

79 Zie uitgebreider: Steneker 2012, nr. 52, p. 129-132.

80 MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1340.

81 Steneker 2012, nr. 56, p. 139.

82 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, p. 506 onder B.

vordering is de pandhouder exclusief inningsbevoegd ("seul le créancier"; art. 2363 C. civ.). Art. 2364 C. civ. bepaalt vervolgens dat het betaalde wordt toegerekend op de gesecureerde vordering op het moment dat zij opeisbaar is. Het tweede lid schrijft voor het geval dat de gesecureerde vordering nog niet opeisbaar is het volgende voor. De pandhouder houdt het geïnde tot zekerheid op een bij een daartoe geschikte instelling aangehouden rekening, onder de voorwaarde dat de pandhouder het terugbetaalt als de gesecureerde vordering wordt voldaan. In het geval van niet voldoening van de gesecureerde vordering en acht dagen na een ingebrekestelling zonder gevolg, mag de pandhouder zich ter hoogte van (het onbetaalde deel van) de gesecureerde vordering uit het geïnde voldoen. Het deel van het geïnde dat de gesecureerde vordering overstijgt, dient de pandhouder aan de pandgever uit te keren (art. 2366 C. civ.).

Bij het ontbreken van andersluidende regels worden de rechten van een pandhouder van een verpande vordering bepaald door de hierboven behandelde *règles du droit commun du gage*.[83] Strikt genomen is de pandverkoop van een vordering dan ook mogelijk.[84] In de literatuur schrijft men echter dat de openbare verkoop van een vordering geen zin heeft.[85] In het licht van de in de vorige alinea behandelde mogelijkheden voor de pandhouder om in faillissement van de pandgever rechthebbende van de vordering te worden, valt die stellingname te begrijpen.

Duits recht

Pandrecht

Het pandrecht op een vordering komt pas tot stand met de mededeling daarvan (§ 1280 BGB). De executiebevoegdheid van de pandhouder ontstaat met de opeisbaarheid van de gesecureerde vordering (§ 1282 Abs. 1 jo. § 1228 Abs. 2 BGB). De pandhouder mag de verpande vordering vervolgens innen tot de hoogte van zijn gesecureerde vordering (§ 1282 Abs. 1 S. 2 BGB). De pandhouder wordt eigenaar van dat geïnde dan wel, in het geval van girale betaling, rechthebbende van de vordering op de bank (§ 1288 Abs. 2 BGB).[86] De derde zin van § 1282 Abs. 1 BGB geeft de pandhouder tevens de bevoegdheid te verlangen dat het met zijn gesecureerde vordering overeenkomende deel van de verpande vordering aan hem wordt gecedeerd. Vóór de opeisbaarheid van de gesecureerde vordering zijn de schuldeiser/pandgever en de pandhouder gezamenlijk inningsbevoegd (§ 1281 BGB). Ook de Duitse pandhouder kan de vordering door opzegging opeisbaar maken (§ 1283 Abs. 3 BGB). § 1287 BGB behelst een regel van zaaksvervanging: bij chartale betaling wordt de pandgever eigenaar van het chartale geld en krijgt de pandhouder daar een pandrecht op; bij girale betaling krijgt de pandhouder

83 Simler & Delebecque 2012, nr. 649, p. 578. In herinnering zij gebracht dat er geen inhoudelijk verschil is tussen *gage* en *nantissement*; bij beide gaat het om een pandrecht. Zie hierboven hoofdstuk 1, voetnoot 27.

84 Cabrillac 2010, nr. 783, p. 587.

85 Aynès & Crocq 2013, nr. 534, p. 264; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1802, p. 507. Vgl. ook Simler & Delebecque 2012, nr. 649, p. 578: "[…] procéder à la vente d'une créance est pour le moins bizarre."

86 Staudinger/D. Wiegand 2009, § 1288, Rn. 5; MüKoBGB/Damrau 2013, § 1288 Rn. 4.

een pandrecht op de vordering van de pandgever op de bank.[87] Pas na het intreden van *Pfandreife* mag de pandhouder zich op het geïnde verhalen.[88] De inningsbevoegdheid komt uitsluitend aan de hoogst gerangschikte pandhouder toe (§ 1290 BGB).

Het BGB biedt ook mogelijkheden om tot verkoop van de verpande vordering over te gaan (§ 1277, 1284 BGB).

Zekerheidsoverdacht

De zekerheidscessionaris is als rechthebbende van de vordering tot inning en beschikking bevoegd.[89] Een zekerheidscessie zonder het verlenen van een inningsbevoegdheid wordt niet goed denkbaar geacht.[90] Uit het *Sicherungsvertrag* moet blijken onder welke voorwaarden de zekerheidscessionaris de in zekerheid overgedragen vordering mag innen.[91] Als er niets is afgesproken dan kunnen § 1282 en § 1228 Abs. 2 BGB analoog worden toegepast, hetgeen betekent dat geïnd mag worden bij de opeisbaarheid van de gesecureerde vordering[92] Na inning dient de zekerheidscessionaris een eventueel surplus aan de zekerheidscedent uit te keren.[93] Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde kwam, wordt in Duitsland de voorkeur gegeven aan de zekerheidscessie boven de verpanding van vorderingen, omdat de zekerheidscessie stil kan geschieden en de verpanding niet. Bij een stille zekerheidscessie is het mogelijk dat de gecedeerde vordering door de cedent wordt geïnd. Of het geïnde vervolgens moet worden afgedragen aan de zekerheidscessionaris, is afhankelijk van hetgeen partijen daarover hebben afgesproken.[94]

6.3.2.2 De executiebevoegdheid in faillissement

Nederlands recht

Art. 57 lid 1 Fw geldt ook voor het pandrecht op vorderingen. Dit betekent onder meer dat de openbaar pandhouder ook in het faillissement van de pandgever bevoegd is de verpande vordering te innen. Voorts heeft te gelden dat de stil pandhouder de inningsbevoegdheid ook in het faillissement van de pandgever door middel van een mededeling op hem kan doen laten overspringen.[95] Vóór de mededeling is de curator van de pandgever nog inningsbevoegd.[96]Als de debiteur van de gesecureerde vordering failliet is, zal hij vrijwel altijd in verzuim zijn met betrekking tot de gesecureerde vordering van de pandhouder. Dat maakt de pandhouder ook executiebevoegd.

87 Staudinger/D. Wiegand 2009, § 1288, Rn. 2.
88 Bülow 2012, Rn. 700, p. 224.
89 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 Rn. 106.
90 Staudinger/Busche 2012, Einl zu §§ 398 ff, Rn. 70.
91 Baur/Baur & Stürner 2009, § 58 Rn. 3.
92 Baur/Baur & Stürner 2009, § 58 Rn. 3.
93 Staudinger/Busche 2012, Einl zu §§ 398 ff, Rn. 72; MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 Rn. 109.
94 Baur/Baur & Stürner 2009, § 58 Rn. 4.
95 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*), rov. 3.3.4.
96 De inningsbevoegdheid van de curator is ingekleurd door de Hoge Raad. Zo kan het actief innen door de curator onder omstandigheden onrechtmatig zijn. Zie daarover uitgebreid: hoofdstuk 11, par. 11.4.2.

Frans recht
De vóór faillissement door mededeling ontstane exclusieve inningsbevoegdheid houdt stand in een insolventieprocedure van de pandgever.[97] Onduidelijk is of de stil pandhouder mededeling kan doen tijdens het faillissement van de pandgever.[98] Tijdens de *liquidation judiciaire* is het mogelijk de rechter te verzoeken te bevelen dat de vordering aan de pandhouder in betaling zal verblijven.[99] Uitvoering geven aan een vervalbeding (*pacte commissoire*) is tijdens geen enkele insolventieprocedure toegestaan (art. L. 622-7 C. com.).[100]

Duits recht

Pandrecht
Zoals gezegd is de mededeling een constitutief vereiste voor de totstandkoming van een pandrecht op een vordering. Die mededeling kan in faillissement niet meer worden gedaan. Als het faillissement wordt uitgesproken vóór de mededeling, dan is de verpanding ten opzichte van de schuldeisers van de pandgever ongeldig.[101] Voor een rechtsgeldig gevestigd en dus openbaar pandrecht heeft te gelden dat de inningsbevoegdheid bij de pandhouder blijft. De pandhouder kan dus in het faillissement van de pandgever blijven innen overeenkomstig § 1281 en § 1282 BGB en op het geïnde verhaal nemen (§ 173 InsO).[102] De hierna te behandelen executiebevoegdheid van de curator in het geval van zekerheidscessie kan niet analoog worden toegepast.[103] De wetgever meende dat een inningsbevoegdheid voor de curator de praktische afwikkeling hier niet zou vergemakkelijken, omdat de debiteur van de verpande vordering door de verplichte mededeling al met de openbaar pandhouder bekend is.[104]

Zekerheidsoverdracht
De tot zekerheid gecedeerde vordering behoort tot de boedel van de zekerheidscedent. Net als de zekerheidseigenaar van een roerende zaak heeft de zekerheidscessionaris geen *Aussonderungsrecht,* maar een *Absonderungsrecht* (§§ 50, 51 Nr. 1 InsO).[105]

97 Aynès & Crocq 2013, nr. 536, p. 266.
98 Zie Julienne 2012, nr. 181-184, p. 125-128. Het lijkt merkwaardig dat een dergelijke belangwekkende vraag onbeantwoord is, maar ook in Nederland was het na de invoering van het stille pandrecht op vorderingen niet geheel duidelijk of de pandhouder bevoegd was mededeling te doen tijdens faillissement. Zie de Conclusie van A-G Hartkamp vóór HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*) onder 16 met verwijzingen aldaar.
99 Aynès & Crocq 2013, nr. 536, p. 267.
100 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1801, p. 507; Aynès & Crocq 2013, nr. 536, p. 267.
101 Staudinger/D. Wiegand 2009, § 1280, Rn. 6.
102 Uhlenbruck/Brinkmann 2015 InsO § 173 Rn. 4 en 7.
103 S. Szalai, 'Die Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters bei Sicherungsabtretungen', ZInsO 2009, 1177, p. 1183; HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 28.
104 BT-Drucks. 12/2443, p. 178-179. Vgl. ook BT-Drucks. 12/7302, p. 176: "Die Abgrenzung zwischen der angezeigten Forderungsabtretung und der Forderungsverpfändung, die nicht zu einem Verwertungsrecht des Verwalters führt, kann aus der Sicht des Ausschusses der Rechtsprechung überlassen bleiben."
105 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 Rn. 114.

Met het openen van de insolventieprocedure verliest de *Absonderungsberechtigte* zekerheidscessionaris aan de curator het recht om te innen.[106] Vanaf dat moment is de curator exclusief inningsbevoegd.[107] § 166 Abs. 2 InsO bepaalt dat de curator de bevoegdheid heeft de vordering te innen of op andere wijze te executeren. De reden om in het faillissement van de zekerheidsgever diens curator de executiebevoegdheid toe te kennen is de gelijkenis van de zekerheidscessie met vuistloze pandrechten.[108] De in de vorige paragraaf (par. 6.3.1.2) behandelde voordelen van de executiebevoegdheid voor roerende zaak in het faillissement van de zekerheidsgever gaan ook op voor de executie door de curator van vorderingen.[109] Het vergemakkelijken van de executie komt bij vorderingen tot uiting in het feit dat vorderingen het makkelijkst kunnen worden geïnd door degenen die over de voor inning benodigde documenten beschikt.[110] De curator heeft immers toegang tot de administratie van de zekerheidscedent/oorspronkelijke schuldeiser.

De inningsbevoegdheid van de curator geldt niet alleen voor de stille maar ook voor de openbare zekerheidscessie.[111] In de literatuur wordt gedebatteerd over de vraag of de zekerheidscessionaris zijn inningsbevoegdheid behoudt indien de executiebevoegdheid reeds vóór de insolventieprocedure is ontstaan.[112] Afspraken tussen de zekerheidscessionaris en de debiteur van de in zekerheid overgedragen vordering die beogen van de inningsbevoegdheid van de curator af te wijken zijn in ieder geval onmogelijk.[113] De curator kan de executie van de vordering ook aan de zekerheidsnemer overlaten (§ 170 Abs. 2 InsO).[114]

Ook bij inning van de tot zekerheid overgedragen vordering door de curator houdt de curator de hierboven reeds besproken vaststellingskosten en executiekosten van de opbrengst af.[115]

106 Uhlenbruck/Brinkmann 2015 InsO § 166 Rn. 26.

107 BGH NJW 2009, 2304.

108 Meyer & Von Varel 2004, p. 196 met vele verwijzingen in voetnoot 57 aldaar.

109 HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 5 schrijft dat het argument dat de exclusieve executiebevoegdheid van de curator leidt tot verbeterde voortzettings- en saneringskansen bij vorderingen geen betekenis heeft. Ik begrijp die opmerking niet goed. De macht van de curator over verpande vorderingen heeft wel degelijk invloed op de voortzettingskansen, nu de curator de *hele* onderneming, inclusief vorderingen en onderhanden werk, wil kunnen overdragen.

110 HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 6.

111 BGH NJW 2002, 3475. Als de debiteur van de overgedragen vordering bekend is met het faillissement van zijn oorspronkelijke schuldeiser (de zekerheidscedent) en weet dat het slechts om een *zekerheids*cessie ging, dan kan hij niet meer bevrijdend aan de zekerheidscessionaris betalen. Zie BGH NJW 2009, 2304, 2305 = ZIP 2009, 1075, 1077. De bewijsplicht voor bekendheid met de insolventie en de zekerheidsstrekking ligt op de debiteur respectievelijk de curator, aldus het BGH in Rn. 22.

112 Aldus MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 Rn. 114 met verwijzingen in voetnoot 402 aldaar.

113 BGH ZIP 2009, 768, 769.

114 Meyer & Von Varel 2004, p. 196.

115 Uhlenbruck/Brinkmann 2015 InsO § 170 Rn. 14. Zie hierboven par. 6.3.1.2.

6.3.3 Tussenconclusie

Van de onderzochte rechtsstelsels is het Nederlandse recht het ruimhartigst voor de pandhouder: zowel buiten als in faillissement kan hij zelfstandig executeren als hij daar eenmaal toe bevoegd is. Het Franse recht kent een bijna tegenovergestelde situatie: daar heeft de pandhouder zelden een zelfstandige executiebevoegdheid. Buiten faillissement heeft te gelden dat voor een gedwongen verkoop rechterlijke toestemming benodigd is, tenzij het een *gage commercial* betreft. In faillissement kan de pandhouder in beginsel niet zelfstandig executeren. Duitsland neemt ten opzichte van Nederland en Frankrijk een tussenpositie in. Buiten faillissement kan de zekerheidsnemer zijn recht zelf effectueren door de roerende zaak te verkopen of de vordering te innen en zich op de opbrengst te verhalen. In faillissement verliest de vuistloze zekerheidseigenaar en de (stille en openbare) zekerheidscessionaris zijn recht om tot executie over te gaan aan de faillissementscurator. Laatstgenoemde heeft in het faillissement van de zekerheidsgever een exclusieve executiebevoegdheid, tenzij hij de executie aan de zekerheidsnemer overlaat.

De redenen voor de uiteenlopende verdelingen van executiebevoegdheden zijn als volgt. Bij de pandexecutie in faillissement wordt in Nederland de separatistpositie noodzakelijk geacht. In Frankrijk en Duitsland hecht het insolventierecht meer waarde aan het bijeenhouden van de onderneming. Het bijeenhouden leidt vervolgens tot een hogere executieopbrengst als alles in zijn geheel kan worden overgedragen en verhoogt de kans op voortzetting van de onderneming.

6.4 Afschaffing van de separatistpositie?

In het Franse en Duitse insolventierecht prevaleert de wens om de onderneming bijeen te houden boven het individuele recht van parate executie van de pandhouder. In Nederland staat de separatistpositie al geruime tijd ter discussie. Enerzijds gaan er stemmen op die positie in te perken dan wel af te schaffen, anderzijds roept men op tot behoud van de separatistpositie.

6.4.1 Argumenten voor afschaffing van de separatistpositie

Reeds vóór de invoering van de hierboven behandelde Duitse exclusieve executiebevoegdheid van de curator toonde Kortmann zich een voorstander van de in die zin luidende voorstellen. Hij vervolgt:

> "Ook in geval van faillissement behoeft geen separatistpositie aan de crediteur met eigendomsvoorbehoud of met een vuistloos pandrecht te worden toegekend. Het verdient de voorkeur dat de curator de desbetreffende zaken kan vervreemden met inachtneming van de voorrang die de respectieve crediteuren thans aan hun separatistpositie ontlenen. Overeenkomstig het in de praktijk bestaande gebruik zou de wet kunnen bepalen dat de curator op het door hem aan de crediteur met eigendomsvoorbehoud of met een vuistloos

pandrecht uit te betalen bedrag een bepaald percentage mag inhouden bij wijze van 'boedelbijdrage'. Ik denk daarbij aan een percentage van 10 à 15."[116]

Ook Van Hees bepleit de afschaffing van de separatistpositie. Deze positie vormt volgens hem een belemmering voor de mogelijkheden van de curator om een onderneming te verkopen. Doordat alle activa van de onderneming verpand en/of verhypothekeerd zijn, is de curator afhankelijk van de medewerking van de separatist.[117] De belemmering om de onderneming te verkopen bestaat er dan uit dat de curator niet de volledige zeggenschap heeft over bijvoorbeeld (vuistloos verpande) machines of (stil verpand) onderhanden werk. Ook meent Van Hees dat de thans vereiste medewerking van de separatist onnodig en ongewenst is. Het zekerheidsrecht strekt er slechts toe te waarborgen dat de gesecureerde vordering wordt voldaan.[118] Volgens Van den Heuvel strookt de separatistpositie niet met de positie van de (generaal) zekerheidsgerechtigde binnen het verband van schuldeisers. De verantwoordelijkheid van de bank, bestaande uit financiering van de onderneming, waardevolle informatie over de financiële toestand van de failliet en eventuele overlevingskansen, zou tot gevolg hebben "dat zij zich niet zou moeten kunnen onttrekken aan de afwikkeling van het faillissement." Een en ander prevaleert volgens haar boven het goederenrechtelijke karakter van het zekerheidsrecht.[119] Verstijlen schrijft dat de separatistpositie meer macht geeft dan het zekerheidsrecht rechtvaardigt, waarmee hij de curator kan dwingen meer dan de executiewaarde van de bezwaarde, voor de voortzetting van de onderneming benodigde goederen te voldoen. Ten tweede zou de separatistpositie een belemmering kunnen zijn voor de voortzetting van de onderneming.[120] Ook kan worden gewezen op rechtseconomisch onderzoek. Hoekstra schrijft in zijn dissertatie dat de separatistpositie onder omstandigheden tot inefficiënte resultaten kan leiden. Zo kan bijvoorbeeld de voortzetting van de onderneming in een hogere opbrengst resulteren dan de individuele executie door een separatist van voor die voortzetting benodigde zaak.[121] De afschaffing van de separatistpositie zou dan gepaard moeten gaan met de verschaffing van een vergelijkbare rechtspositie en bescherming van de waarde van het pandobject.[122] Het voorontwerp Insolventiewet poogde voor het geval de onderneming wordt voortgezet de executiebevoegdheid te verleggen van de separatist naar de curator.[123] De toelichting op de in die zin luidende bepaling is als volgt.

"De reden hiervoor is de beoogde versterking van het reorganiserend vermogen ingeval voortzetting van (een deel van) de onderneming nog mogelijk blijkt. Door de regie hier-

116 Kortmann 1991, p. 131-132.
117 Van Hees 1997, p. 105.
118 Van Hees 1997, p. 105. In een latere publicatie schaart hij zich achter de in het Voorontwerp insolventiewet voorgestelde afschaffing van de separatistpositie. Zie Van Hees 2008, par. 5.
119 Van den Heuvel 2004, p. 180-181.
120 Verstijlen/Van Nieuwstadt 2005, p. 48-49.
121 Hoekstra 2007, p. 79-82, p. 126. Zie ook F.M.J. Verstijlen & G.D. Hoekstra, 'De separatist in het voorontwerp voor een Insolventiewet en de creditors' bargain', *NJB* 2009/229, p. 299-300.
122 Hoekstra 2007, p. 82 e.v.
123 Art. 3.6.9 voorontwerp Insolventiewet; Kortmann & Faber 2007, p. 152, p. 266.

bij volledig in handen van de bewindvoerder [curator; FJLK] te leggen (met correctiemogelijkheden via de rechter-commissaris op basis van artikel 4.3.5) kan slagvaardig worden opgetreden met inachtneming van alle betrokken belangen."[124]

Het recentst bepleit Hummelen een systeem waarin de separatist zijn recht van parate executie niet meer kan uitoefenen zonder toestemming van de rechter-commissaris. Het idee is dat zowel de zekerheidsgerechtigde als de curator kan proberen de best mogelijke verkoop te bewerkstelligen. De rechter-commissaris geeft vervolgens toestemming één van de twee verkopen uit te voeren; in het geval dat de curator verkoopt dient de zekerheidsgerechtigde zijn recht op de opbrengst te behouden.[125]

6.4.2 Argumenten tegen afschaffing van de separatistpositie

De argumenten van de tegenstanders kunnen als volgt worden weergegeven. Van Nieuwstadt schrijft allereerst dat het afschaffen van het recht op parate executie in faillissement zal leiden tot minder beschikbaar of duurder krediet. Vervolgens wijst hij op de praktijk dat de separatisten onderhands verkopen, omdat dit tot een hogere opbrengst leidt dan een openbare verkoop. Voor die onderhandse verkoop is de separatist afhankelijk van de curator of de voorzieningenrechter. Zelfstandige executie door de separatist komt pas aan de orde indien de onderhandse verkoop naar verwachting van de separatist niet genoeg zal opleveren. Na een afschaffing van het recht van parate executie zou er geen sprake meer zijn van *checks and balances*.[126] In reactie op het voorontwerp Insolventiewet bespreekt Timmermans eerst het huidige systeem, waarin de separatist zijn rechten kan uitoefenen alsof er geen faillissement is.[127] Gaat de separatist te langzaam tot actie over, dan kan de curator de separatist een redelijke termijn stellen waarbinnen de separatist op straffe van verlies van zijn separatistpositie zijn rechten moet hebben uitgeoefend (art. 58 lid 1 Fw). Wil de separatist te snel executeren, dan kan de rechter-commissaris op verzoek of ambtshalve een afkoelingstermijn afkondigen, waarbinnen de executiebevoegdheid van de separatist wordt geschorst (art. 63a Fw). Vervolgens schetst Timmermans de praktijk waarin de separatist met de curator samenwerkt en gebruikmaakt van zijn voorafgaand aan het faillissement opgedane kennis over de onderneming en haar activa.[128] Uiteindelijk komt Timmermans tot de conclusie dat het systeem van *checks and balances* per saldo een evenwicht in de belangenbehartiging en opbrengstmaximalisatie oplevert. De in het voorontwerp Insolventiewet voorstelde afschaffing van de separatistpositie zou dan ook leiden tot duurder krediet, minder deskundig afwikkelen van insolventies en tot een veelheid

124 Kortmann & Faber 2007, p. 266.
125 Hummelen 2015, p. 153-154.
126 Verstijlen/Van Nieuwstadt 2005, p. 51-52.
127 Timmermans 2008, p. 57 e.v.
128 Vgl. reeds namens de Nederlandse Vereniging van Banken: H.J. Damkot & J.H.S.G.K. Timmermans, 'De toekomst van de Faillissementswet', *TvI* 2000/1, p. 14, die wijzen op het veelal intensieve volgen en begeleiden door Bijzonder Kredietbeheer. In dezelfde zin: Beekhoven van den Boezem 2008, p. 71-79.

van procedures.[129] Ook Beekhoven van den Boezem keerde zich tegen het afschaffen van de separatistpositie in het Voorontwerp. Hij schrijft dat het samenspel tussen separatist en curator zorgt voor maximalisatie van de opbrengst van de bezwaarde goederen. Doordat de separatist moet instemmen met de onderhandse verkoop garandeert hij dat hij zijn bedrijfseconomische (markt)kennis kan inbrengen, hij controle houdt over de verkoop en over de te genereren opbrengst. Beekhoven van den Boezem wijst erop dat dat van belang is indien de separatist het idee heeft dat de curator niet streeft naar een zo hoog mogelijke opbrengst. Ook hij schrijft dat de huidige *checks and balances* leiden tot de realisatie van een zo hoog mogelijke opbrengst.[130]

6.4.3 Leidt het afschaffen van de separatistpositie tot een verslechtering van de positie van de financier?

Binnen de trend dat het insolventierecht meer gericht is op het bijeenhouden van de onderneming past een inperking van de bevoegdheden van de separatist. Het argument dat de separatist de onderneming uit elkaar kan scheuren, is dan valide. Het is echter de vraag of dat in de praktijk ook vaak gebeurt. Wel belemmert de separatistpositie de mogelijkheid van de curator om een onderneming te verkopen, nu de curator afhankelijk is van de medewerking van de separatist. Met betrekking tot die macht van de separatist over voor de voortzetting van de onderneming benodigde zaken, zoals machines, moet erop gewezen worden dat die macht niet berust op een fundamentele keuze van de wetgever.[131] Een pandrecht op dergelijke zaken, die zich in de macht van de pandgever bevinden, is pas mogelijk sinds de invoering van het vuistloos pandrecht in 1992 (art. 3:237 BW). Vóór die tijd kende het BW slechts het vuistpand. Dat betekent dat art. 57 lid 1 Fw oorspronkelijk ook slechts op het vuistpand (en het hypotheekrecht) zag.[132] Nergens uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bij de aanpassing van de Faillissementswet aan het nieuw Burgerlijk Wetboek is stilgestaan bij de (nieuwe) macht van de pandhouder over de voortzettingskansen van de onderneming doordat hij daarvoor benodigde verpande zaken volledig zelfstandig kan executeren.[133] Alleen dit al rechtvaardigt het ter discussie stellen van die machtspositie. Anderzijds zijn de bezwaren

129 Timmermans, p. 58-60, 70.

130 Beekhoven van den Boezem 2008, p. 77.

131 In de parlementaire geschiedenis treft men slechts aan: “De commissie acht het wenselijk, dat nog aandacht wordt gegeven aan de vraag in hoeverre de pandhouder, hypotheekhouder en retentor in geval van faillissement van de schuldenaar separatist dienen te zijn, dan wel in de faillissementskosten behoren te delen.” Het antwoord was dat dit punt ter gelegenheid van de Invoeringswet onder ogen diende te worden gezien. Bij het mondeling overleg werd vervolgens meegedeeld: “De regeringscommissaris kan de commissie thans mededelend dat het in de bedoeling ligt dat de pandhouder, hypotheekhouder en retentor de positie van separatist zullen hebben, en dat zij in beginsel ook niet in de faillissementskosten zullen behoeven te delen.” Zie Eindverslag I, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 732.

132 Art. 57 Fw was wel analoog van toepassing op verhaalsuitoefening door de zekerheidseigenaar. Zie HR 7 maart 1975, *NJ* 1976/91 (*Van Gend & Loos*). Zie ook HR 3 januari 1941, *NJ* 1941/470 (*Hazerswoude/Los*); Van Mierlo 1988, p. 162 e.v. Vgl. ook Van Galen 2014, par. 4: “Dat is niet de situatie die de wetgever van 1893 heeft beoogd. Destijds bestond er alleen vuistpandrecht en hypotheek en [...] het kwam toen veel minder voor dat alle goederen verpand en verhypothekeerd waren.”

133 Zie MvT, Kortmann/Faber III 1995, p. 165.

tegen het afschaffen van de separatistpositie niet zonder gewicht. Elke aanpassing in een proces kost tijd, energie en geld. Ook leidt een nieuwe regeling tot nieuwe vragen die beantwoord moeten worden door de rechtspraak. Met dit en het belang van financieringen in het achterhoofd zou een eventuele afschaffing van de separatistpositie in overleg moeten gebeuren met de banken. Nu zij het meest geconfronteerd zullen worden met de gevolgen van het afschaffen van de separatistpositie, is het van belang die gevolgen vast te stellen. Illustratief in dit verband is de opmerking van Visser, destijds lid van de Hoofddirectie Rabobank Nederland. Hij schrijft naar aanleiding van het idee de separatist geen rol meer te laten spelen bij de verkoop van de activa of de onderneming dat "[d]e bank […] dit soort gedachten niet [deelt]. Ook hier geldt dat een verslechtering van de positie van de financier uiteindelijk zal doorwerken in de rentetarieven, en zeker ook in haar kredietbeleid."[134] Aan de vraag of een verslechtering van de positie van de financier doorwerkt in de prijs van krediet komt men wellicht niet toe als men zich eerst de volgende voorvraag stelt: leidt het afschaffen van de separatistpositie tot een verslechtering van de positie van de financier?

6.5 Het veronderstelde verband tussen de separatistpositie en de legeboedelproblematiek

Alvorens de juridische aspecten van de separatistpositie nader te analyseren het volgende. Als de financier door het afschaffen van de separatistpositie minder opbrengst krijgt om zich op te verhalen dan nu, dan is dat een evidente verslechtering van zijn positie. De te beantwoorden vraag is of afschaffing van de separatistpositie leidt tot die verslechtering. Iets anders is de vraag naar de voorrangspositie van de separatist. Het is mogelijk dat twee discussies door elkaar lopen: (i) de afschaffing van het in beginsel onbegrensd uitoefenen van het recht van parate executie door de zekerheidsnemer in het faillissement van de zekerheidsgever en (ii) het aan de boedel/concurrente crediteuren beschikbaar stellen van een deel van de thans aan de zekerheidsnemer toekomende executieopbrengst.

Zoals hierboven (par. 6.3.1.2) behandeld, is het primaire doel van de afschaffing van de separatistpositie van de zekerheidsgerechtigde in Duitsland het bijeenhouden van de onderneming en zodoende de kansen op een hogere opbrengst en/of voortzetting van de onderneming te verhogen. De hierna te behandelen vraag is of dat mogelijk is zonder nadeel voor de zekerheidsgerechtigde. Hierboven kwam ook naar voren dat de exclusieve executiebevoegdheid van de Duitse curator een technisch hulpmiddel is om de boedel te verzekeren van een door de zekerheidsschuldeiser verschuldigde boedelbijdrage en eventueel omzetbelasting. De executiebevoegdheid van de curator zou ook een rol kunnen vervullen bij een eventuele herverdeling van de executieopbrengst onder alle crediteuren. Deze executiebevoegdheid is dan niet alleen een middel om de onderneming bijeen te houden, maar ook om boedel te verzekeren van een deel van de thans aan de zekerheidsgerechtigde toekomende opbrengst. Dat laatste leidt evident tot

134 H. Visser, 'De curator en de financier', *TvI* 1999/5, p. 114.

een verslechtering van de positie van de financier. Deze materie blijft in dit hoofdstuk echter buiten beschouwing. Hier zal slechts worden bezien of het bijeenhouden van de onderneming mogelijk is zonder de positie van de financier te verslechteren. De vraag naar het voorrangsaspect van het pandrecht en een eventuele herverdeling van de executieopbrengst komt aan de orde in hoofdstuk 10.

6.6 De separatistpositie van de pandhouder nader bezien

6.6.1 Algemeen

In het voorgaande (par. 6.3.1.2) kwam kort aan de orde de positie van de pandhouder in het faillissement van de pandgever. Art. 57 lid 1 Fw bepaalt dat de pandhouder zijn recht kan uitoefenen "alsof er geen faillissement was." In die paragraaf kwam tevens aan de orde dat het onduidelijk is wat er nu precies onder 'separatist' wordt verstaan. Op een andere plaats (par. 6.4.3) rees de vraag of het afschaffen van de separatistpositie leidt tot een verslechtering van de positie van de financier. Een en ander geeft aanleiding nader onderzoek te doen naar de separatistpositie.

De separatistpositie van de pandhouder in het faillissement van de pandgever kan in drie aspecten worden uitgesplist. Ten eerste kan de pandhouder ook in het faillissement van de zekerheidsgever zijn (i) recht van parate executie (art. 3:248 BW) blijven uitoefenen.[135] Een tweede aspect van de separatistenpositie van de pandhouder is dat hij in beginsel (ii) niet hoeft mee te delen in de algemene faillissementskosten.[136] Ten derde hoeven separatisten niet tot het eind van het faillissement te wachten en kunnen zij (iii) sneller afwikkelen.[137]

6.6.2 Het absolute karakter van het pandrecht dwingt niet tot een separatistpositie

Alvorens te beoordelen of het sleutelen aan de aspecten van de separatistpositie leidt tot een verslechtering voor de pandhouder, eerst het volgende. Normaliter heeft het faillissement gevolgen voor een schuldeiser. Zo doet het faillissement de executiebevoegdheid van een schuldeiser vervallen.[138] Dat geldt niet voor de pandhouder. Hij behoudt alle aan zijn pandrecht verbonden rechten ook in het faillissement van de pandgever.[139] Dat heeft te maken met het absolute karakter van het pandrecht.[140] Meijers schreef over

135 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 521, p. 442-443.

136 *Groene Serie Faillissementswet*, (losbl. 2004), aantekening 2 bij art. 57 Fw (bewerkt door R.J. van Galen); Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 521, p. 442-443.

137 *Groene Serie Faillissementswet*, (losbl. 2004), aantekening 2 bij art. 57 Fw (bewerkt door R.J. van Galen).

138 Polak/Pannevis 2014, p. 99.

139 Vgl. Van Galen 1995, p. 606, voetnoot 37: "Abstraheert men van het separatistenaspect van het pandrecht, dan is de pandhouder een gewone schuldeiser met voorrang. Voor alle gewone schuldeisers geldt dat zij door het faillissement hun executiebevoegdheden verliezen."

140 Van den Heuvel 2004, p. 17.

het goederenrechtelijk recht onder meer dat met het absolute karakter samenhangt "dat de gerechtigde zijn zaak van een houder of bezitter, die in staat van faillissement verkeert, kan opvorderen, evenals of er geen faillissement was."[141] Het absolute karakter van een goederenrechtelijk recht brengt met zich dat het tegen eenieder kan worden tegengeworpen, dus ook jegens de faillissementscurator. In de literatuur schrijft men dat de separatistpositie van de pand- en hypotheekhouder voortvloeit uit het absolute karakter van het pandrecht.[142] Van der Steur schrijft naar aanleiding van de separatistpositie bijvoorbeeld dat "[d]e absoluut beperkte rechten van pand en hypotheek […] daarom erg aantrekkelijk [zijn] voor schuldeisers: zij kunnen hun pandrecht c.q. hypotheekrecht executeren alsof er geen faillissement is (art. 57 Fw)."[143] De separatistpositie van de pandhouder wordt niet aangetast door het faillissement doordat het pandrecht een absoluut recht is, hetgeen bevestigd wordt in art. 57 lid Fw.[144] Het voorgaande betekent echter niet dat het absolute karakter van het pandrecht dwingt tot een separatistpositie. Zoals wij in het voorgaande zagen (par. 6.3.1.2) is het mogelijk dat (insolventie)wetgeving goederenrechtelijke aanspraken inperkt. Daar zijn dan wel een aantal nadere, hierna te behandelen voorwaarden aan verbonden.

6.6.3 (i) Het recht van parate executie

6.6.3.1 Het recht van parate executie als middel om de gesecureerde vordering te voldoen

De reden waarom de pandhouder in faillissement zijn recht van parate executie wil kunnen uitoefenen is dezelfde als waarom hij dat buiten faillissement wil kunnen: het verzekert hem van een spoedige en voordelige wijze van voldoening van zijn gesecureerde vordering.[145] Hiervóór (par. 6.3.1.2) bleek dat het Franse en Duitse recht de executiebevoegdheid van de pandhouder in het faillissement van de pandgever inperken (ter bevordering van het bijeenhouden van de onderneming). Die afbreuk aan de executiebevoegdheid van de pandhouder in het faillissement van de pandgever wordt in de literatuur niet als bezwaarlijk aangemerkt. Zo wordt bijvoorbeeld over de Franse pandhouder geschreven dat zijn positie onneembaar is.[146] Dat lijkt, gezien de vergaande gevolgen van de insolventieprocedure voor zijn pandrecht, op het eerste gezicht merkwaardig. De reden dat men ondanks het ontbreken van het recht van parate executie

141 Meijers 1958, p. 269 onder 3.

142 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 68, p. 49; Pitlo/Reehuis 2012, nr. 747, p. 544, p. 800, p. 578; Van den Heuvel 2004, p. 18 en p. 180.

143 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 383.

144 Met enige goede wil kan men dat ook uit de parlementaire geschiedenis van (voorlopers) van art. 57 Fw opmaken. De Memorie van Toelichting op art. 57 Fw geeft aan dat het artikel geen nieuw recht behelst en dat het de regel van 854 al. 1 Wetboek van Koophandel bevat. Zie MvT, Van der Feltz I, p. 469. Deze voorloper van art. 57 Fw bepaalde dat "[d]e pandhouder of beleener […] alle regten [kan] uitoefenen, welke hem bij de wet zijn toegekend, even alsof er geen faillissement had plaats gehad." Volgens A.C. Holtius, *Het Nederlandsche Faillitenregt*, Utrecht: C. van der Post jr. 1850, p. 390-391 behoudt de pandhouder hiermee "het regt hem *jure communi* toegekend […] (curs. origineel)."

145 Zie hierboven voetnoot 9.

146 Zie bijv.: Aynès & Crocq 2013, nr. 516, p. 248: "Ainsi, conférant, en principe, au créancier gagiste une position inexpugnable […]."

in faillissement zo tevreden over de positie van de pandhouder is, is dat de voormalig pandhouder vrijwel altijd zijn recht op de opbrengst op enige wijze kan doen gelden. Het recht van parate executie is voor de pandhouder niet noodzakelijk, als hij maar vroeg of (niet al te) laat de opbrengst onder zich krijgt om zich daarop te verhalen. In het volgende hoofdstuk zal de executieopbrengst bij verpanding uitgebreider aan de orde komen. Vooruitlopend op de bevindingen daar kan er hier reeds op gewezen worden dat juist in Duitsland en Frankrijk – waar de zekerheidsgerechtigde ten opzichte van zijn Nederlandse evenknie in zijn executiemogelijkheden beperkt is – expliciete wettelijke regelingen verzekeren dat de (voormalig) pandhouder zich uiteindelijk op het hem toekomende deel van de opbrengst kan verhalen. Het Franse recht zorgt door middel van verplichte consignaties dat de opbrengst uiteindelijk terecht komt bij de pandhouder of door middel van zaaksvervanging dat de aanspraak uit hoofde van het pandrecht blijft behouden (art. L. 622-8 al. 1 en L. 642-20-1 al. 3 C. com.).[147] In Duitsland dient de zekerheidsgerechtigde na executie door de curator onmiddellijk uit de netto-opbrengst te worden voldaan (§ 170 Abs. 1 S. 2 InsO). In de Duitse doctrine vloeit uit deze bepaling voort dat het zekerheidsrecht van de zekerheidsnemer zich op de door de curator gerealiseerde opbrengst voortzet. Ook hier is sprake is van zaaksvervanging.[148]

Vastgesteld kan worden dat een bevoegdheid tot zelfstandige executie niet noodzakelijk is om het doel van de verpanding – het verhalen van de gesecureerde vordering op de waarde van het pandobject – te bereiken.[149] Evenals het recht van parate executie buiten faillissement (zie hierboven par. 6.2), is het recht van parate executie in faillissement slechts een middel om het doel van volledige bevrediging van de gesecureerde vordering te bereiken.[150] Rechtsvergelijking toont aan dat er ook andere middelen denkbaar zijn om dat doel te bereiken.

6.6.3.2 Het recht van parate executie als middel om de wijze van verkoop te regisseren

Toch is het reduceren van het recht van parate executie tot slechts een middel om een opbrengst te realiseren niet het hele verhaal. Het is tevens een middel om invloed uit te oefenen op de wijze waarop die waarde wordt gerealiseerd. Dit 'regie-argument' moet niet worden onderschat. Separatisten hebben door het recht van parate executie zeggenschap over de verkoopprijs.[151] Ook kunnen zij invloed uitoefenen op het genereren van een zo hoog mogelijk opbrengst.[152] Met name ter ondersteuning van dit laatste beroept

147 Zie uitgebreider hierna hoofdstuk 7, par. 7.4.2 en hoofdstuk 10, par. 11.5.1.

148 Zie uitgebreider hierna hoofdstuk 7, par. 7.4.2 en hoofdstuk 10, par. 11.5.1.

149 Zo ook: Van Hees 1997, p. 105-106. Vgl. ook Van Hees 2008, par. 5.

150 Vgl. ook Zwalve 2006b, p. 350: "Het recht van parate executie dat een zekerheidsnemer toekomt is […] slechts een middel tot realisatie van een opbrengst […]."

151 *Groene Serie Faillissementswet*, (losbl. 2004), aantekening 2 bij art. 57 Fw (bewerkt door R.J. van Galen).

152 Vgl. Beekhoven van den Boezem 2008, par. 4: "De omstandigheid dat de separatist moet *instemmen* met de (in het algemeen gebruikelijke) onderhandse verkoop in een faillissementssituatie, garandeert dat hij zijn bedrijfseconomische (markt)kennis daarvoor kan inbrengen en hij *controle* houdt over de verkoop en dus over de hoogte van de te genereren opbrengst. Dit laatste is bijvoorbeeld van belang indien de separatist het idee heeft dat de curator niet streeft naar een zo hoog mogelijke opbrengst. (curs. FJLK)"

men zich er in diverse publicaties op dat de bank voorafgaand aan het faillissement een enorme kennis, die de curator (nog) niet heeft, heeft opgebouwd over de onderneming en haar (bezwaarde) activa en die kennis kan en zal inzetten om tot de hoogst mogelijke opbrengst te komen.[153] Men wijst dan ook op de mogelijkheid dat de curator een lagere opbrengst zal realiseren dan de bank.[154]

Hier kan het volgende worden tegen ingebracht. Allereerst is het mogelijk dat de gesecureerde vordering lager is dan de (executie)waarde van het bezwaarde goed. Het zou kunnen in een dergelijke situatie niet wordt gestreefd naar maximalisatie van de opbrengst, nu een opbrengst die de gesecureerde vordering voldoet zal volstaan.[155] Een eventueel te behalen surplus gaat dan verloren voor de boedel. Voorts kan het dat de separatist de prikkel mist om voor de hoogste opbrengst te gaan in het geval hoger gerangschikte schuldeisers aanwezig zijn die recht hebben op de volledige opbrengst.[156] Ook is het mogelijk dat een verpande zaak meer opbrengt als zij tezamen met andere zaken wordt verkocht, hetgeen niet mogelijk als de pandhouder alleen een pandrecht heeft op één zaak.[157] Tot slot wijst Verstijlen op het gevaar dat de separatist door middel van een executie een onnodige liquidatie bevordert, omdat hij belangen heeft in een concurrerende onderneming.[158]

Zoals wij zagen (par. 6.3.1.2) is in Duitsland de separatistpositie afgeschaft. De curator is daar bevoegd vuistloos in zekerheid overgedragen zaken (en in zekerheid overgedragen vorderingen) te executeren (§ 166 InsO). Men zou denken dat de zekerheidsgerechtigde de regie over de executie verloren heeft. Dat is echter niet het geval. In de parlementaire geschiedenis staat dat de overdracht van de executiebevoegdheid er niet toe mag leiden dat betere (*günstigere*) executiemogelijkheden onbenut blijven en de *absonderungsberechtigte* schuldeiser daardoor schade lijdt.[159] Ter voorkoming van dat gevaar is § 168 InsO ingevoerd.[160] De regeling houdt in dat de curator die een in zekerheid gegeven goed, waarover hij op grond van § 166 InsO de exclusieve executiebevoegdheid heeft, aan een derde wil overdragen, eerst de *absonderungsberechtigte* schuldeiser moet mededelen op welke wijze hij voornemens is het goed over te

153 H.J. Damkot & J.H.S.G.K. Timmermans, 'De toekomst van de Faillissementswet', *TvI* 2000/1, p. 14, die wijzen op het veelal intensieve volgen en begeleiden door Bijzonder Kredietbeheer; J.H.S.G.K. Timmermans, 'De positie van de separatist', in: J.A. van de Hel, M.C.A. Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonschot (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 59; Beekhoven van den Boezem 2008, p. 76.

154 Zie hierboven par. 6.4.2.

155 Verstijlen/Van Nieuwstadt 2005, p. 49. In dezelfde zin: A.W.A. Boot & J.E. Ligterink, *De Efficiëntie van de Nederlandse Faillissementswetgeving*, Amsterdam Center for Corporate Finance 2000, p. 29; Hummelen 2015, p. 146.

156 Verstijlen/Van Nieuwstadt 2005, p. 49; Hummelen 2015, p. 146.

157 Hummelen 2015, p. 146.

158 Verstijlen/Van Nieuwstadt 2005, p. 49, die tevens wijst op de geringe kans van slagen van een onrechtmatigedaadsvordering en de uitzonderlijkheid van onrechtmatigheid bij het uitoefenen van een door de wet toegekend recht.

159 BR-Drucks. 1/92, p. 179

160 Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 168 Rn. 1.

dragen.[161] Deze mededelingsplicht dient primair de rechtspositie van de zekerheidsnemer.[162] Na de mededeling moet de curator de schuldeiser de gelegenheid geven om binnen een week op een voor de schuldeiser betere (*günstigere*) executiemogelijkheid te wijzen. Een executiemogelijkheid is 'beter' als er een hogere prijs behaald kan worden.[163] Ook andere omstandigheden kunnen meespelen, zoals bijvoorbeeld de solvabiliteit van de koper.[164] Een executiemogelijkheid heeft tevens als beter te gelden, als er slechts bespaard wordt op de executiekosten (§ 168 Abs. 3 S. 2 InsO). Geeft de schuldeiser de bedoelde aanwijzing binnen de wettelijke termijn van een week of tijdig voor de vervreemding door de curator, dan moet de curator die betere executiemogelijkheid benutten of de schuldeiser in de positie brengen alsof die betere executiemogelijkheid benut was (§ 168 Abs. 2 InsO). Die andere executiemogelijkheid kan ook zijn dat de schuldeiser het in zekerheid gegeven goed zelf overneemt (Abs. 3 S. 1). Als de curator het zekerheidsobject onder de waarde verkoopt, dan is hij aansprakelijk jegens de zekerheidsgerechtigde.[165]

Het verlies van de regie is een belangrijk argument tegen afschaffing van de huidige separatistpositie. Een met § 168 InsO vergelijkbare regeling zou ook in Nederland de bezwaren van de banken kunnen wegnemen. De Duitse ervaringen met die regeling dwingen echter tot terughoudendheid. Zo schrijft Tetzlaff dat de regeling in de praktijk slechts zeer moeilijk hanteerbaar is en dat de toepassing ervan met aanzienlijke moeilijkheden gepaard gaat.[166] Bij overdracht van de onderneming alsook bij de vervreemding van handelsvoorraden kan de curator de voorschriften van § 168 InsO slechts met zeer veel moeite naleven. Wanneer de insolventieprocedure in een enigzins overzienbaar tijdvak moet worden afgewikkeld en de curator snel op goede executiemogelijkheden moet reageren, is het naleven van de voorschriften voor een deel zelfs onmogelijk.[167] Bij de vervreemding van handelsvoorraden is het nauwelijks mogelijk bij verschillende goederen degene die op dat moment zekerheidseigenaar is te raadplegen of hij nog betere executiemogelijkheden kent en vervolgens een week af te moeten wachten. Voorafgaande overeenstemming tussen curator en zekerheidseigenaar wordt

161 Hieronder valt ook de overdracht van stil tot zekerheid gecedeerde vorderingen (Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 168 Rn. 6); het voorschrift ziet daarentegen niet op de inning van dergelijke vorderingen (Rn. 5).

162 MüKoInsO/Tetzlaff 2013 § 168 Rn. 1. In de literatuur bestaat debat over de vraag wat de sanctie is als de curator in strijd met de mededelingsplicht handelt, bijvoorbeeld als hij het zekerheidsrecht niet kende of in de veronderstelling was dat de goederen aan een andere schuldeiser toebehoorde. Enerzijds bepleit men dat de boedel met het verlies van de kostenbijdrage van de *Absonderungsberechtigte* wordt bestraft. Zie MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 168 Rn. 23. Anderzijds bestaat de opvatting dat de kostenbijdrage overeind blijft en dat de curator op grond van § 60 InsO aansprakelijk kan zijn. Zie Ganter & Bitter 2005, p. 101-102; Berger 2007, p. 445; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 168 Rn. 3.

163 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 168 Rn. 25.

164 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 168 Rn. 26.

165 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, Vorbemerkungen vor §§ 166–173 System der Regelungen in den §§ 166–173, Rn. 72.

166 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 168 Rn. 2 en 43.

167 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 168 Rn. 43.

daarom aangeraden.[168]Als de curator de onderneming overdraagt, is overeenstemming tussen de curator en de zekerheidsnemer feitelijk noodzakelijk. Bij ontbreken daarvan moet de curator er rekening mee houden dat de zekerheidsnemer het bezwaar oppert dat er sprake is van een vervreemding onder de waarde, in het geval dat de curator de gehele onderneming overdraagt en een aandeel van de koopprijs "relativ willkürlich (bzw. steuerlich motiviert)" aan zekerheidsobjecten toebedeelt.[169]

6.6.4 (ii) Het niet hoeven meedelen in de algemene faillissementskosten

De algemene faillissementskosten bestaan uit kosten die de curator maakt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.[170] Art. 182 lid 1 Fw bepaalt onder meer dat de algemene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel van de boedel, met uitzondering van hetgeen na een executie overeenkomstig artikel 57 toekomt aan de pand- of hypotheekhouders. De separatist die conform art. 57 Fw executeert blijft dus in beginsel buiten de omslag van de algemene faillissementskosten. Andersom heeft te gelden dat de separatist die niet met gebruikmaking van zijn separatistpositie executeert, wél moet meedelen in de algemene faillissementskosten.[171] Art. 57 lid 3 Fw bepaalt dat de curator is gehouden mede de belangen te behartigen van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven onder meer pand- en hypotheekhouders gaan. Ook als de pandhouder conform art. 57 Fw heeft geëxecuteerd, zal de curator de hoger gerangschikte vorderingen van de bevoorrechte schuldeisers met een voorrecht op grond van art. 3:284, 3:285, 3:292 BW of art. 21 Invorderingswet 1990 moeten opeisen; daarna voldoet de pand- of hypotheekhouder zich uit de opbrengst.[172]

In de literatuur is de regel dat de separatist niet hoeft mee te delen in de algemene faillissementskosten bekritiseerd. Zo meent Van Hees dat zekerheidsgerechtigden gezien de gelijkheid van schuldeisers en een rechtvaardige verdeling van de met de afwikkeling van een faillissement gemoeide kosten moeten meedelen in de algemene faillissementskosten.[173] Van den Heuvel ziet geen reden om "gesecureerde crediteuren niet, net als de andere schuldeisers, op enigerlei wijze te laten delen in de kosten van het faillissement".[174]

Volgens de oorspronkelijke Memorie van Toelichting op art. 182 Fw hoeft de separatist niet mee te delen in de algemene faillissementskosten omdat uit art. 57 Fw blijkt dat executerende pand- en hypotheekhouder niets met het faillissement te maken hebben en dat er daardoor geen sprake kan zijn van meedelen in de kosten van het faillissement.[175] Zo bezien is art. 182 lid 1 Fw een bevestiging van hetgeen reeds uit art. 57

168 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 168 Rn. 44.
169 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 168 Rn. 45.
170 Zie bijv. Vriesendorp 2013, nr. 269, p. 296, die spreekt van "kosten die in algemene zin aan de afwikkeling van het faillissement zijn verbonden."
171 HR 3 december 1993, *NJ* 1994/176 (*Glebbeek/Dijkstra*).
172 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 96, p. 102. Zie ook HR 5 november 1993, *NJ* 1994/258 m.nt. W.M. Kleijn (*Dutch Air/De Bary*), rov. 3.3.
173 Van Hees 1997, p. 106.
174 Van den Heuvel 2004, p. 181.
175 MvT, Van der Feltz II, p. 240.

Fw volgt: de separatist wordt niet door het faillissement geraakt. Zoals gezegd bestaan de algemene faillissementskosten uit kosten die de curator maakt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De executerende pand- of hypotheekhouder hoort daar niet bij. Nu de curator geen werkzaamheden voor hem verricht, hoeft de pand- of hypotheekhouder daar ook niet voor te betalen. Om die reden kan ik mij verenigen met de regel dat de executerende pand- of hypotheekhouders thans buiten de algemene faillissementskosten blijft. Verricht de curator wel werkzaamheden voor de (executerende) pand- of hypotheekhouder, bijvoorbeeld als de curator de verkoop voor de zekerheidsnemer ter hand neemt, dan krijgt de curator voor de daarmee samenhangende werkzaamheden betaald.[176]

Bij de aanpassing van de Faillissementswet aan het nieuwe vermogensrecht is een ander argument aangedragen voor het niet hoeven meedelen in de algemene faillissementskosten. Volgens de minister wordt dit "gerechtvaardigd door het belang van een ruime mogelijkheid tegen zekerheid krediet te kunnen verkrijgen."[177] Werkt men dit argument wat verder uit, dan komt men tot het volgende. Gezien de vele faillissementen met negatieve boedels zal het laten meedelen in de algemene faillissementskosten vaak ook tot gevolg hebben dat de pand- of hypotheekhouder niets of nauwelijks iets uitgekeerd krijgt.[178] Het risico op een waardeloos pandrecht is voor financiers onacceptabel. Ook in andere gevallen is het meedelen in de algemene faillissementskosten bezwaarlijk. Kredietverstrekkers proberen een zo nauwkeurig mogelijke inschatting te maken van hoeveel zij van het te verstrekken krediet terug zullen krijgen in een eventueel faillissement van de zekerheidsgever. Het laten meedelen in de variabele algemene faillissementskosten maakt het maken van een dergelijke inschatting moeilijker. Het is de vraag wat dat variabele aspect met de prijs van het krediet doet.[179] Feit is dat de praktijk zich heeft ingesteld op een situatie waarin de kredietverstrekkende zekerheidshouder niet hoeft mee te delen in de faillissementskosten. Het sleutelen aan de positie waarin niet hoeft te worden meegedeeld zal onherroepelijk leiden tot een aanpassing van die praktijk, zodat het de vraag is of er per saldo iets verandert voor de boedel.[180] In de kern betreft het hier dan ook een verdelingsvraagstuk.

176 De curator zal bij de overeenkomst met de zekerheidsnemer bedingen dat hij een boedelbijdrage ontvangt. De Separatistenregeling (Recofa-richtlijnen, Bijlage E) geeft voor de onderhandse verkoop door de curator een boedelbijdrage tussen de 3% en 10% van de verkoopopbrengst tot €450.000. Bij hogere waarden zijn nadere afspraken nodig. Bij verpande vorderingen "is aanvaard, dat de boedel ter zake van aan de curator opgedragen incasso een bijdrage toekomt ter hoogte van 10% der geïncasseerde vorderingen." Overigens mag de curator zijn meewerken aan de onderhandse verkoop door de executerende separatist niet afhankelijk stellen van de voorwaarde dat de pandhouder bijdraagt in de algemene faillissementskosten. Zie HR 8 april 1983, *NJ* 1984/434, m.nt. B. Wachter (*Van Gend & Loos/Lips q.q.*), rov. 3.3.

177 MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 301 = MvT Inv. *Parl. Gesch. Wijziging Rv. E.a.w. (Inv. 3, 5 en 6),* p. 425.

178 Zie Vriesendorp 2013, nr. 204, p. 235.

179 Zie uitgebreider over de vraag naar de invloed van de positie van de zekerheidsgerechtigde op de prijs van het krediet hieronder hoofdstuk 10, par. 10.4.2.

180 Vgl. J.W.H. Blomkwist, 'Recensie (boekbespreking van: N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2004)', *TvI* 2004/69, onder 9. Vgl. ook hierboven voetnoot 134.

Ik zie in dit aspect van de separatistpositie echter geen belemmering in het eventuele afschaffen hiervan in de zin dat de curator in staat wordt gesteld de onderneming bijeen te houden. Men kan simpelweg bepalen dat de pand- of hypotheekhouder zonder recht van parate executie niet hoeft mee te delen in de algemene faillissementskosten. Zo bleven in het voorontwerp Insolventiewet (art. 3.6.9) de pand- en hypotheekhouder buiten de omslag van de algemene faillissementskosten; óók als de curator de bezwaarde goederen te gelde had gemaakt.[181] Na een eventuele afschaffing van de separatistpositie is het de curator die de bezwaarde goederen in beginsel executeert. Mocht men de vergoeding door de zekerheidsgerechtigde van de door de curator gemaakte executiekosten willen formaliseren, zoals in Duitsland is gedaan (hierboven par. 6.3.1.2), dan is dat minder bezwaarlijk dan het laten meedelen in de variabele en hoge algemene faillissementskosten. De executiekosten zijn in tegenstelling tot algemene faillissementskosten op voorhand goed in te schatten.[182]

6.6.5 (iii) Een snellere afwikkeling

De combinatie van het zelfstandig executeren, het niet ter verificatie hoeven indienen van de vordering en het niet hoeven wachten op het verbindend worden van de uitdelingslijst betekent dat de separatist sneller voldaan zal krijgen dan de crediteuren die wel met het faillissement te maken hebben. Het voordeel daarvan is evident: hoe eerder de financier zijn geld terugkrijgt, hoe goedkoper dat voor hem is.

Door het afschaffen van de separatistpositie in Duitsland lijkt het voordeel van het zelf in de hand hebben van een snelle afwikkeling de zekerheidsgerechtigde ontvallen. Het zal onderhand niet verbazen dat de Duitse wetgever ook dit nadeel heeft ondervangen. § 169 InsO bepaalt dat zolang het bezwaarde goed niet geëxecuteerd is, de zekerheidsgerechtigde recht heeft op betaling van rente. De regeling compenseert het afschaffen van de zelfstandige executiebevoegdheid.[183] Het doel van de regeling is de zekerheidsgerechtigde te beschermen tegen het talmen met de executie door de curator en de daaruit volgende nadelen.[184] Door de vordering tot betaling van rente wordt de zekerheidsgerechtigde in staat gesteld om zich door middel van een lening elders liquiditeit te verschaffen. Met die lening, verkregen met de aanspraak op de curator als onderpand, kan hij de periode tot en met de executie door de curator financieren.[185] De vordering heeft de rang van boedelvordering (in de zin van § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO).[186] § 169 InsO sluit overigens aansprakelijkheid van de curator op grond van § 60

181 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 362.

182 Bijzondere faillissementskosten zijn de kosten die gemaakt zijn om een bepaalde bate te verkrijgen. Zie *Groene Serie Faillissementswet*, (losbl. 2007), aantekening 5 bij art. 180 Fw (bewerkt door R.J. van Galen). Zij worden in mindering gebracht op de gerealiseerde opbrengst. Zie Vriesendorp 2013, nr. 269, p. 297. Bijzondere faillissementskosten vallen dan ook buiten de algemene faillissementskosten. Zie HR 30 juni 1995, *NJ* 1995/551 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink q.q.*), rov. 3.9.

183 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 169 Rn. 1; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 169 Rn. 1.

184 BGH NJW 2008, 3064, 3066, Rn. 19; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 169 Rn. 1. Onder bepaalde omstandigheden vervalt de plicht van de curator tot rentebetaling. Zie BGH NJW 2006, 1873, 1874.

185 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 169 Rn. 1; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 169 Rn. 1.

186 Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 169 Rn. 11; MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 169 Rn. 39.

InsO voor een onacceptabel uitstel van de executie niet uit.[187] Bij de afschaffing van de separatistpositie zou een dergelijke regeling ook in Nederland de nadelen van het verlies van snelheid kunnen compenseren.

6.6.6 Tussenconclusie

De separatistpositie van de pandhouder in het faillissement van de pandgever kent drie aspecten: (i) uitoefening van het recht van parate executie, (ii) niet hoeven meedelen in de algemene faillissementskosten en (iii) snellere afwikkeling. Voor het absolute karakter van het pandrecht noch voor elk van de genoemde aspecten geldt dat het dwingt tot de huidige separatistpositie. De conclusie van deze paragraaf is dat het afschaffen van de separatistpositie, althans in theorie, niet tot een verslechtering ten opzichte van de huidige positie van de separatist hoeft te leiden. Rechtsvergelijking toont aan dat een juridisch kader denkbaar is waarin de huidige positie wordt gewaarborgd, terwijl tegelijkertijd de schadelijke elementen van de huidige separatistpositie, die het bijeenhouden van de onderneming belemmeren, worden verwijderd. Het belangrijkste daarbij is dat het recht van parate executie, thans slechts het middel om het doel van volledige voldoening van de gesecureerde vordering te bereiken, wordt vervangen door een ander daartoe strekkend middel. Daarbij kan gedacht worden aan een goederenrechtelijke aanspraak op de (door de curator gerealiseerde) opbrengst.

Er moet echter één voorbehoud worden gemaakt. Het recht van parate executie is niet alleen een (vervangbaar) middel om uiteindelijk de gesecureerde vordering te voldoen, maar ook een middel om de wijze van verkoop te regisseren. De gevolgen van het verliezen van de regie door de separatist bij een eventuele afschaffing van de separatistpositie zijn lastig in te schatten. Een voordeel van de huidige regie is dat banken veel gespecialiseerde kennis hebben die ingezet kan worden om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren. Het is zeer goed mogelijk dat de gemiddelde pandhouder beter is in het verkopen van verpande goederen dan de gemiddelde curator. Anderzijds kan de exclusieve regie om uiteenlopende redenen leiden tot een lagere opbrengst of (onnodige) liquidatie van de onderneming. De (geldelijke) middelen voor de boedel om hiertegen op te treden zijn beperkt.

6.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is de zelfstandige executiebevoegdheid van de pandhouder buiten en in faillissement van de pandgever onderzocht. Artikel 3:248 lid 1 BW behelst het aan de pandhouder toekomende ‘recht van parate executie’. Het doel van het recht van parate executie is het verhalen van de gesecureerde vordering op de door middel van de (executoriale) verkoop gerealiseerde opbrengst.

De zelfstandige bevoegdheid van de pandhouder om te executeren loopt in Nederland, Frankrijk en Duitsland sterk uiteen. In Nederland kan de pandhouder in begin-

187 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 169 Rn. 2.

sel altijd zelfstandig executeren buiten en in faillissement. In Frankrijk en Duitsland is in faillissement de curator vaak exclusief tot executie bevoegd. De redenen voor de uiteenlopende verdelingen van executiebevoegdheden zijn als volgt. In Nederland wordt de separatistpositie noodzakelijk geacht. In Frankrijk en Duitsland hecht het insolventierecht meer waarde aan het bijeenhouden van de onderneming.

Ook in Nederland staat de separatistpositie ter discussie. Voorstanders van afschaffing van deze positie wijzen daarbij vooral op het behoud en de voortzetting van de onderneming, bijvoorbeeld door een verkoop going concern van de failliete onderneming. Ook zou executie door de curator tot hogere executieopbrengsten kunnen leiden. Tegenstanders wijzen vooral op de huidige *checks and balances*, die zouden leiden tot een evenwicht in de belangenbehartiging en opbrengstmaximalisatie. Ook wijzen zij op de vermeende nadelen verbonden aan afschaffing, zoals duurder krediet, minder deskundig afwikkelen van insolventies en veel procedures voor de rechter. Huidige separatisten lijken vooral bang te zijn voor een verslechtering van hun positie.

Een evidente verslechtering is als zij na een afschaffing van de separatistpositie minder krijgen dan dat zij nu krijgen. Bij een aanpassing in de positie van de separatist moet primair worden gezocht naar een oplossing waarin zoveel mogelijk wensen van voor- én tegenstanders van afschaffing kunnen worden verenigd. Gezocht moet dus worden naar een oplossing waarin de onderneming bijeen wordt gehouden zonder dat dat tot verminderde verhaalsmogelijkheden voor de separatist leidt.

De huidige separatistpositie bestaat uit drie aspecten: (i) uitoefening van het recht van parate executie, (ii) niet hoeven meedelen in de algemene faillissementskosten en (iii) snellere afwikkeling. Het is goed mogelijk een juridisch kader te ontwikkelen waarin het verlies van de executiebevoegdheid aan de curator niet tot een verslechtering ten opzichte van de huidige separatistpositie leidt.

Alle argumenten in aanmerking nemende, blijven slechts twee tegenover elkaar staande argumenten over. Vóór afschaffing van de separatistpositie pleit dat het de curator in staat stelt de onderneming bijeen te houden en zodoende als geheel over te dragen. Dat bevordert de kansen op voortzetting en behoud van de onderneming en kan tot opbrengstmaximalisatie leiden. Tegen afschaffing pleit dat de huidige positie van de zekerheidshouder, waarin hij de regie heeft en daarbij gebruikmaakt van zijn kennis over de failliete onderneming en haar activa, tot een hogere opbrengst zou kunnen leiden dan executie door de curator. Het op de weegschaal leggen van deze argumenten wordt bemoeilijkt doordat nader rechtseconomisch onderzoek ontbreekt. De eindconclusie is dan ook dat de vraag of de separatistpositie van de pandhouder moet worden afgeschaft, nog niet beantwoord kan worden. Wel kan worden geconcludeerd dat er bij gebrek aan een juridisch kader dat de huidige aanspraken van de pandhouder waarborgt, zoals een solide recht voor de pandhouder op de opbrengst van het pandobject, geen sprake kan zijn van een enkele afschaffing van de separatistpositie.

7 De executieopbrengst

7.1 Inleiding

Het doel van verpanding is om de pandhouder de zekerheid te verschaffen dat zijn gesecureerde vordering indien nodig voldaan kan worden door verhaal bij voorrang op het verpande goed. Dat doel wordt bereikt door de pandhouder het recht toe te kennen – in beginsel ongeacht onder wie het goed zich bevindt – het verpande goed te verkopen en zich vervolgens met voorrang op de door die verkoop gerealiseerde opbrengst te verhalen.[1] Over de verhouding tussen het pandrecht en de opbrengst schrijft Zwalve dat "[…] de met een zekerheidsrecht bezwaarde zaak (of een ander vermogensrecht) *zelf* niet zozeer het object van het zekerheidsrecht [is], als wel de executoriale *opbrengst* ervan. De zaak zelf is slechts belast teneinde die opbrengst te kunnen genereren."[2] Het citaat illustreert het belang van de opbrengst voor de pandhouder. Het beschikken over de opbrengst is cruciaal voor de pandhouder.

Om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren, kunnen partijen een onderhandse verkoop overeenkomen. Nu een kenmerk van het vuistloos pandrecht is dat de verpande zaak zich onder de pandgever zal blijven bevinden, ligt het voor de hand dat de pandgever die verkoop uitvoert. De Hoge Raad heeft een dergelijke verkoop geïnstitutionaliseerd: ook dan oefent de pandhouder zijn recht van parate executie uit (art. 3:248 lid 1 BW).

Is het geldende recht omtrent de opbrengst verenigbaar met recente ontwikkelingen? Wordt de pandhouder te allen tijde in staat gesteld om zich op de executieopbrengst van het pandobject te verhalen? Zo niet, wat houdt het recht van de pandhouder op de opbrengst in, indien die opbrengst zich niet in zijn handen bevindt?

---

1 Zie o.a. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 2, p. 1; Wibier 2007, p. 33 spreekt van de "kern van het pandrecht". Zie ook art. 3:248 lid 1 jo. 3:227 lid 1/278 lid 1 BW.

2 Zwalve 2006b, p. 350. De cursiveringen zijn origineel.

7.2 Wijzen van executie

7.2.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de bevoegdheid om te executeren aan de orde gekomen. Daarbij is om praktische redenen – de inning(sbevoegdheid) valt vaak samen met de executie(bevoegdheid) – ook de executie van verpande vorderingen behandeld. In deze paragraaf zal de pandexecutie van een roerende zaak naar Nederlands, Frans en Duits recht worden behandeld. Voor het genereren van een opbrengst is het noodzakelijk de waarde van het pandobject op enige wijze te realiseren.

7.2.2 Wijzen van executie buiten faillissement

Nederlands recht

De regeling voor de pandexecutie vindt men in de artikelen 3:248-255 BW. Het betreffen regels van dwingend recht, tenzij anders aangegeven. Meijers liet zijn ontwerp voor de huidige dwingendrechtelijke executieregeling aansluiten bij de oude executieregeling uit het BW (oud), die men vond in art. 1200-1202 BW (oud). Ook die regeling was "van dwingende aard met het oog op de te beschermen belangen van de schuldenaar en diens overige schuldeisers."[3] Voorts moet de regeling van de verschillende wijzen van executie worden begrepen tegen de achtergrond van het zich in de algemene pand- en hypotheekbepalingen bevindende verbod van toe-eigening. Art. 3:235 BW bepaalt dat elk beding waarbij de pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen, nietig is. Deze regel beschermt de pandgever en diens overige schuldeisers, omdat bij toe-eigening de waarde van het verpande goed dat de hoogte van de gesecureerde vordering overstijgt (surplus) hun niet toekomt.[4]

De volgende vier wijzen van executie van het pandrecht op een roerende zaak zijn gebruikelijk.[5] Ten eerste kan worden gewezen op art. 3:250 BW, dat de 'hoofdroute' bevat voor de wijze waarop de pandhouder de hem in art. 3:248 BW toegekende bevoegdheid het verpande goed te verkopen uitoefent: verkoop in het openbaar.[6] De ratio van deze bepaling is dat in het belang van de schuldenaar en zijn andere

3 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 776. Over art. 1200-1202 BW (oud) zie: Van Mierlo 1988, p. 156-160.

4 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 519, p. 441; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 63, p. 67; Verstijlen 2013, nr. 23, p. 50. Zie ook B.A. Schuijling & H.L.E. Verhagen, 'Executie van zekerheidsrechten door toe-eigening', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G.J.L. Bergervoet & F.M.J. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid. Liber amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Kluwer 2014, p. 335-350.

5 Andere wijzen van de pandexecutie van een roerende zaak zijn art. 3:254 BW en art. 3:255. Art. 3:254 BW biedt voor het geval er een zekere band bestaat tussen een verhypothekeerde onroerende zaak en vuistloos verpande roerende zaken de mogelijkheid die zaken tezamen volgens de voor hypotheek geldende regels te executeren, teneinde een hogere opbrengst te genereren. Zie Pitlo/Reehuis 2012, nr. 794, p. 575-576. Art. 3:255 BW bepaalt dat de pandhouder, indien het pand uit geld bestaat, bevoegd en onder omstandigheden verplicht is zich uit het pand te voldoen overeenkomstig art. 3:253 BW.

6 Bijv. M.J.W. van Ingen, A.W. Jongbloed & H. van Haaften, *Onderhandse executie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 24 spreken van de 'hoofdregel'. Het tweede lid van art. 3:250 BW kent een uitzondering voor

schuldeisers een reële opbrengst wordt gerealiseerd.[7] In de literatuur wordt geschreven dat deze wijze van verkoop in de praktijk een uitzondering is.[8] Door middel van een onderhandse verkoop zal namelijk vaak een hogere opbrengst worden verkregen.[9] Bij de openbare verkoop is het van belang dat het pandobject zich in de macht van de pandhouder bevindt; dat vereenvoudigt de executoriale verkoop en levering aan de executiekoper.[10] Vereist is dat overigens niet. Ook voordat de vuistloos pandhouder de zaak in zijn macht heeft, kan hij de zaak executoriaal verkopen.[11] Voor de vuistpandhouder zal dit zelden een probleem zijn. De vuistloze pandhouder heeft een recht op afgifte (art. 3:237 lid 3 BW).

Art. 3:251 BW opent de mogelijkheid voor een van art. 3:250 BW afwijkende wijze van verkoop. Het eerste lid ziet op de situatie waarin partijen het niet eens kunnen worden over een afwijkende wijze van verkoop. In dat geval kan de pandhouder of de pandgever de voorzieningenrechter verzoeken te bepalen dat het verpande goed zal worden verkocht op een van de openbare verkoop afwijkende wijze. De voorzieningenrechter dient te beoordelen of de verzochte afwijkende wijze van verkoop de maximale opbrengst van het verbonden goed zal realiseren; dit is immers in het belang van pandgever en de overige schuldeisers.[12]

Ook de derde optie voor tegeldemaking van de verpande zaak wordt geboden door het eerste lid van art. 3:251 BW: de pandhouder kan de voorzieningenrechter verzoeken te bepalen dat het pand voor een door de voorzieningenrechter vast te stellen bedrag aan de pandhouder als koper zal verblijven (art. 3:251 lid 1 tweede zin BW).[13] Bij dit alles is het van belang dat het eerste lid toestaat dat partijen bedingen dat de twee bijzondere wijzen van verhaal van art. 3:251 lid 1 BW worden uitgesloten. Executie dient dan via de openbare verkoop van art. 3:250 BW plaats te vinden.[14]

Voorts bestaat de mogelijkheid om de verpande zaak te gelde te maken op een wijze die niet langs de rechter leidt: pandhouder en pandgever – of in diens faillissement: diens curator – kunnen op grond van art. 3:251 lid 2 BW een afwijkende wijze van verkoop overeenkomen. In de tweede, laatste zin van art. 3:251 lid 2 BW wordt bepaald dat in het geval op het verpande goed een beperkt recht of een beslag rust, daartoe tevens de medewerking van de beperkt gerechtigde of de beslaglegger is vereist.[15]

---

het geval het pand bestaat uit goederen die op een markt of beurs verhandelbaar zijn. Volgens het derde lid is de pandhouder bevoegd mede te bieden.

7 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 157, p. 161-162. Zie ook HR 1 april 1927, *NJ* 1927, p. 601 m.nt. P. Scholten (*De Vries/N.V. Bank voor den Diamanthandel*), p. 603 rechterkolom.

8 Polak/Pannevis 2014, p. 211.

9 O.a. Van Buchem-Spapens & Pouw 2013, p. 64; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 437, p. 438; Wibier 2007, p. 152. Vgl. ook Van den Bosch & Beekhoven van den Boezem 2009, p. 86. In het kader van de executoriale verkoop van onroerende zaken: MvT, *Kamerstukken II* 2012/13, nr. 3, p. 2.

10 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 786, p. 570.

11 Reehuis 1987, nr. 130, p. 111-112.

12 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 159, p. 163.

13 De pandgever kan dit niet, omdat hij de pandhouder het verpande goed niet moet kunnen opdringen, aldus Reehuis 1987, nr. 166, p. 125. Zie ook MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 782.

14 Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 781.

15 Volgens Reehuis 1987, nr. 163, p. 124; Pitlo/Reehuis 2012, nr. 793, p. 574 heeft het ontbreken van de medewerking géén ongeldigheid van de verkoop tot gevolg, maar heeft het wel tot gevolg dat er geen

De mogelijkheid een afwijkende wijze van verkoop overeen te komen ontstaat pas nádat de pandhouder bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan, hetgeen inhoudt dat de schuldenaar in verzuim moet zijn met voldoening van de gesecureerde vordering (art. 3:248 BW).[16] De reden daarvoor is volgens de Toelichting-Meijers dat als de vordering opeisbaar is, er geen aanleiding meer is voor een bijzondere bescherming van de belangen van de schuldenaar en diens overige schuldeisers.[17] De vrees bestond dat er vóór de executiefase geen gelijkheid van partijen bestond, omdat de pandgever die krediet wenst zich in een afhankelijke positie bevindt.[18] Als de bevoegdheid van de pandhouder om tot verkoop over te gaan is ontstaan, geldt het verbod van toe-eigening niet meer.[19] Dat betekent dat pandhouder en pandgever een prijs kunnen overeenkomen waartegen de pandhouder het pandobject mag toe-eigenen.[20] Een andere mogelijkheid is dat pandhouder en pandgever een onderhandse verkoop overeenkomen. Deze laatste mogelijkheid om tot een tegeldemaking van de verpande zaak te komen staat recent in de belangstelling en komt in de volgende paragraaf (par. 7.3) aan de orde. Ook bij een overeengekomen afwijkende wijze van verkoop in de zin van art. 3:251 lid 2 BW is er sprake van executie en aldus ook van verval van lager gerangschikte beperkte rechten; de gevolgen zijn gelijk aan die van een openbare executoriale verkoop in de zin van art. 3:250 BW.[21]

Frans recht

De Franse executieregeling biedt drie wegen om tot een tegeldemaking van de verpande zaak te komen: art. 2346, 2347 en 2348 C. civ.[22] Het doel van deze met de hervorming van 2006 ingevoerde regeling is om (de wijzen van) executie makkelijker te maken zonder de belangen van de pandgever op te offeren.[23] Onder de nieuwe regeling hebben partijen veel vrijheid om de wijze van executie van het zekerheidsrecht in te richten.[24]

Bij het uitblijven van betaling van de gesecureerde vordering biedt art. 2346 C. civ. de mogelijkheid tot een *vente forcée* van de verpande zaak. Deze gedwongen verkoop moet altijd worden goedgekeurd door een rechter. Dat geldt zelfs indien de pandhouder over een executoriale titel beschikt.[25] Een beding dat de pandhouder toestaat de verpande zaak onderhands te verkopen zonder toestemming van de rechter is nietig.[26]

---

sprake van een executoriale verkoop is. Aldus vindt er geen zuivering plaats door de verkoop. Vgl. ook MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1343. Overigens leidt bij de soortgelijke Duitse regeling het ontbreken van de toestemming tot nietigheid van de overeenkomst. Zie hieronder voetnoot 54. Zie over het medewerkingsvereiste van art. 3:251 lid 2 BW uitgebreider hieronder par. 7.3.4.

16 Zie daarover hierboven hoofdstuk 6, par. 6.3.1.1.

17 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 776 onder verwijzing naar HR 17 januari 1929, *NJ* 1929, p. 622 m.nt. P. Scholten (*Schild/Centraal Administratie- en Trustkantoor van 1926*).

18 *Groene Serie Vermogensrecht*, (losbl. 2015), aant. 11 bij art. 3:250 BW (bewerkt door P.A. Stein).

19 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 743.

20 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 517, p. 440.

21 Reehuis 1987, nr. 163, p. 124.

22 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1692, p. 468.

23 Legeais 2013, nr. 465, p. 330.

24 Legeais 2013, nr. 465, p. 330.

25 Cabrillac e.a. 2010, nr. 1042, p. 780; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1693, p. 469.

26 Aynès & Crocq 2013, nr. 512, p. 242; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1694, p. 469.

Een dergelijk beding wordt gevaarlijk geacht voor de debiteur van de gesecureerde vordering en diens overige schuldeisers, omdat de pandhouder genoegen zal nemen met een prijs die lager is dan de waarde van de zaak maar (minimaal) gelijk is aan de hoogte van zijn gesecureerde vordering.[27] Dit zou verarming van de schuldenaar en beroving van de overige schuldeisers tot gevolg hebben.[28] De verkoop dient plaats te vinden met inachtneming van de regels die gelden voor "les procédures civiles d'exécution" en daar kan niet van worden afgeweken (art. 2346 laatste zin C. civ.). Vanaf het moment dat de rechter toestemming heeft gegeven tot verkoop over te gaan, heeft de debiteur een maand de tijd om de zaak onderhands te verkopen.[29] Het doel daarvan is in de eerste plaats om "le traumatisme" van een gedwongen wegneming van de goederen van de schuldenaar te voorkomen.[30] Voorts brengt een gedwongen verkoop kosten mee die de prijs van de te verkopen goederen kunnen overstijgen; door middel van een onderhandse verkoop krijgt de debiteur de kans om die kosten te vermijden.[31] Lukt het niet om de zaak binnen de termijn onderhands te verkopen, dan wordt de zaak na een schatting van de waarde daarvan door een expert op een openbare veiling verkocht.[32] Voor een gedwongen verkoop hoeft de vuistpandhouder geen beslag te leggen; de zaak bevindt zich immers al in zijn macht.[33] Is er sprake van een registerpand, waarbij de zaak zich nog in handen van de pandgever bevindt, dan moet de pandhouder wel eerst beslag leggen overeenkomstig de regels uit de *Code des procédures civiles d'exécution*.[34] Als het een *gage commercial* betreft, kan de rechterlijke goedkeuring van de verkoop achterwege blijven en wordt het pandobject door een deurwaarder verkocht (art. L. 521-3 al. 1 C. com.).[35] Voor het registerpandrecht op de handelsvoorraad bepaalt art. L. 527-10 C. com. dat de pandhouder in het geval dat de gesecureerde vordering opeisbaar is en niet betaald wordt zijn recht mag uitoefenen conform art. 2346 C. civ.

Art. 2347 C. civ. bepaalt dat de schuldeiser de rechter ook kan verzoeken te bevelen dat het pandobject aan de pandhouder in betaling zal verblijven (*attribution judiciaire*).[36] Het tweede lid schrijft voor dat wanneer de waarde van de zaak hoger is dan de hoogte van de gesecureerde vordering, het verschil aan de schuldenaar wordt betaald of, indien er meerdere pandgevers zijn, wordt geconsigneerd. In de literatuur merkt men de *attribution judiciaire* als gunstig voor de pandhouder aan, nu deze rechtsfiguur het hem mogelijk maakt zijn pandrecht uit te oefenen in het faillissement van de pandgever, zonder andere schuldeisers met een preferente of superpreferente

27 Aynès & Crocq 2013, nr. 512, p. 242: "chacun pour soi."
28 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1694, p. 469.
29 Art. L. 221-3 e.v. C. pr. exéc. Een dergelijke onderhandse verkoop is met waarborgen omkleed, zie art. L. 221-3 al. 3 C. pr. exéc. Zie ook Cabrillac e.a. 2010, nr. 1042, p. 780; Perrot & Théry 2013, nr. 640, p. 567 en A. Leborgne, *Droit de l'exécution*, 2e édition, Paris: Dalloz 2014, nr. 1432-1437, p. 617-618.
30 Perrot & Théry 2013, nr. 640, p. 567, die voorts van "un souci d'humanisation" spreken.
31 Perrot & Théry 2013, nr. 640, p. 567.
32 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1693, p. 469; Simler & Delebecque 2012, nr. 629, p. 562. Zie ook Perrot & Théry 2013, nr. 643, p. 569.
33 Cabrillac e.a. 2010, nr. 1042, p. 780.
34 Aynès & Crocq 2013, nr. 512, p. 242; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1693, p. 469.
35 Cabrillac e.a. 2010, nr. 1042, p. 780; Aynès & Crocq 2013, nr. 512, p. 242; Legeais 2013, nr. 474, p. 334; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1755, p. 485.
36 Vgl. VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 781 en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 782.

vordering voor zich te moeten dulden.[37] Een nadeel is echter dat de pandhouder eigenaar wordt van het pandobject. Het is mogelijk dat de pandhouder daar geen belang bij heeft. Voorts is een wederverkoop niet altijd gemakkelijk of winstgevend.[38] De regeling is niet beperkt tot de vuistpandhouder; ook de registerpandhouder kan ervan gebruikmaken.[39] Art. L. 521-3 al. 4 C. com. bepaalt dat de pandhouder met een *gage commercial* om een *attribution judiciaire* kan verzoeken. Hetzelfde geldt voor het registerpandrecht op de handelsvoorraad; art. L. 527-10 C. com. wijst naast art. 2346 C. civ. ook art. 2347 C. civ. aan.[40]

De meest verrassende noviteit met betrekking tot de nieuwe regels voor pandexecutie vindt men in art. 2348 C. civ., dat op het *pacte commissoire* ziet. Het artikel bepaalt dat bij de vestiging van het pandrecht of nadien kan worden overeengekomen dat als de gesecureerde vordering niet wordt voldaan, de pandhouder eigenaar van het pandobject wordt. In de literatuur wordt wel geschreven dat het toe-eigeningsverbod is geschrapt.[41] Zowel de pandgever als diens overige crediteuren blijven echter beschermd tegen verlies van het eventuele verschil tussen de hogere waarde van de zaak en de hoogte van de gesecureerde vordering.[42] Het tweede lid bepaalt namelijk dat de waarde van de zaak dient te worden vastgesteld door een in der minne of door een rechter aangewezen expert of volgens een officiële notering op een markt zoals bedoeld in de *Code monétaire et financier*.[43] Een andersluidend beding wordt als niet geschreven beschouwd. Het derde lid schrijft vervolgens voor dat indien die vastgestelde waarde van de zaak hoger is dan de hoogte van de gesecureerde vordering, het verschil aan de schuldenaar wordt betaald of, indien er meerdere pandgevers zijn, wordt geconsigneerd. De pandhouder beschikt met art. 2348 C. civ. over een wijze van executie die "simple, rapide et peu onéreux" is.[44] Het *pacte commissoire* is ook bij een *gage commercial* mogelijk (art. L. 521-3 al. 4 C. com.). Dat geldt niet voor het registerpandrecht op de handelsvoorraad. Art. L. 527-2 C. com. verbiedt het *pacte commissoire* expliciet.[45]

37 Aynès & Crocq 2013, nr. 514, p. 242-243, die daar ook voorbeelden van dergelijke vorderingen geven; Legeais 2013, nr. 469, p. 332; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1695, p. 470 en nr. 1698, p. 471.

38 Aynès & Crocq 2013, nr. 514, p. 243, die besluiten: "[L]es banques n'utilisent cette faculté qu'en désespoir de cause."

39 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1696, p. 471.

40 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1767, p. 493 schrijven ook hier dat de pandhouder door het verzoek dat de eigendom van de verpande handelsvoorraad in betaling zal verblijven, samenloop en eventuele voorrang van schuldeisers met een betere rang kan voorkomen.

41 Legeais 2013, nr. 474, p. 334; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1701, p. 473-474. Voor de *réforme* vond men het toe-eigeningsverbod in art. 2078 al. 2 C. civ. (oud).

42 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1701, p. 474. Vgl. ook Legeais 2013, nr. 470, p. 332.

43 Die laatste optie voorkomt problemen, nu bijvoorbeeld tegen de beslissing van de expert geen beroep kan worden ingesteld. Zie daarover: Simler & Delebecque 2012, nr. 632, p. 566.

44 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1701, p. 474.

45 De ratio is dat de zo essentiële handelsvoorraad niet zonder rechterlijke toetsing de onderneming kan verlaten. De praktijk heeft moeite met het strakke regime van het *gage des stocks*. Zie Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1767, p. 493, nr. 1756, p. 486-487. Het Franse cassatiehof casseerde een arrest waarin het hof Parijs de keuze tussen het strengere *gage des stocks* en het soepelere *gage civil* aan partijen liet: "les parties [...] ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession [...]." Zie Cass. com. 19 février 2013, 11-21.763, ECLI:FR:

Duits recht

Pandrecht

Net als in Nederland geldt ook voor de Duitse pandexecutie het toe-eigeningsverbod (§ 1229 BGB). Elk daartoe strekkende afspraak gesloten vóór de *Pfandreife* is nietig.[46] Daarna is een vervalbeding onder omstandigheden toelaatbaar.[47]

§ 1235 BGB bepaalt dat de verkoop bij de pandexecutie in het openbaar en bij opbod geschiedt. Ook in Duitsland is de reden daarvoor de bescherming van de pandgever en diens overige crediteuren.[48] Bij een openbare verkoop zou de werkelijke waarde als opbrengst worden gerealiseerd, omdat er bij een dergelijke verkoop sprake is van de grootst mogelijk kring bieders.[49] Hoewel ook in Duitsland de openbare verkoop bij opbod als *Normalfall* wordt bestempeld, zal de executie in de meeste gevallen niet in het openbaar plaatsvinden.[50] Vanwege de kostbaarheid van de voor de openbare verkoop geldende procedure wordt vaak een minder gecompliceerde afwijkende wijze van verkoop overeengekomen.[51]

De wet biedt de mogelijkheid tot dergelijke *Sonderfälle des Pfandverkaufs*.[52] In de handboeken worden hoofdzakelijk de volgende drie wijzen behandeld. Ten eerste is op grond van § 1333 Abs. 2 BGB mogelijk de executie door de gerechtsdeurwaarder overeenkomstig de executieregels uit het wetboek voor burgerlijke rechtsvordering (§ 814 e.v. ZPO). Vereist is een executoriale titel jegens de eigenaar van de verpande zaak. Het voordeel van deze route is dat de pandnemer "nicht an die außerordentlich komplizierten Vorschriften über die private Pfandverwertung gemäß §§ 1234-1240 gebunden ist […]."[53]

§ 1245 BGB opent de mogelijkheid dat de eigenaar van de verpande zaak en de pandnemer een van de voor pandexecutie geldende bepalingen afwijkende wijze van verkoop overeenkomen. Daarvoor is blijkens de tweede zin van de bepaling de toestemming vereist van derden met een recht op het goed.[54] Bülow schrijft dat de reden voor het overeenkomen van een onderhandse verkoop is dat daarmee vaak een hogere

CCASS:2013:CO00119. Voortbouwend op dit arrest hield het cassatiehof het verbod op de *pacte commissoire* voor het *gage des stocks* stevig overeind. Zie Cass. com. 7 décembre 2015, 14-18.435, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00627. In haar toelichting op het arrest schrijft de *Cour de cassation* dat de desbetreffende wettelijke regeling "un certain équilibre entre les créanciers" verzekert. Zie *Note explicative relative à l'arrêt n° 627 rendu en assemblée plénière le 7 décembre 2015 (Pourvoi C 14-18.435)*. Zij wijst er overigens ook op dat *Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* (art. 240) beoogt het *pacte commissoire* voor het *gage des stocks* in te voeren.

46 MüKoBGB/Damrau BGB 2013 § 1229 Rn. 2. Voor het begrip *Pfandreife* zie hierboven hoofdstuk, par. 6.3.1.1.

47 Zie Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1229, Rn. 9; MüKoBGB/Damrau BGB 2013 § 1229 Rn. 6.

48 Baur/Baur & Stürner 2009, § 55 Rn. 26.

49 MüKoBGB/Damrau BGB 2013 § 1235 Rn. 2.

50 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1235, Rn. 1.

51 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1235, Rn. 1.

52 Baur/Baur & Stürner 2009, § 55 Rn. 30.

53 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1233, Rn. 10.

54 Het ontbreken van de toestemming van de derde heeft de nietigheid van de overeenkomst tot gevolg. Zie MüKoBGB/Damrau 2013, § 1245, Rn. 9; Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1245, Rn. 6.

opbrengst wordt behaald dan door middel van een openbare verkoop.[55] Het tweede lid bepaalt onder meer dat pas na het intreden van de executiebevoegdheid kan worden afgezien van de door § 1235 BGB voorgeschreven openbare verkoop.

Tot slot is het interessant dat de Duitse executieregeling in de vorm van § 1246 BGB een achterdeur kent. Indien "nach billigem Ermessen" de belangen van een belanghebbende zijn gediend bij een van § 1235-1240 BGB afwijkende wijze van verkoop, kan een dergelijke belanghebbende een dergelijke verkoop verlangen. Dit recht komt elke belanghebbende toe.[56] Aan het vereiste dat billijkerwijs de belangen van de belanghebbenden worden gediend, zal in het bijzonder voldaan zijn indien een hogere prijs te behalen is.[57]

Zekerheidsoverdracht

Voor de executie van zekerheidseigendom geldt het volgende. De wijze van executie van het zekerheidsobject dient te worden afgesproken in het *Sicherungsvertrag*.[58] De zekerheidsnemer heeft een recht op afgifte van de in zekerheid overgedragen zaak jegens de zekerheidsgever, onder wie de zaak zich vaak nog zal bevinden.[59] De heersende leer is dat de bepalingen voor pandexecutie (§ 1233 e.v. BGB) niet analoog van toepassing op zekerheidseigendom zijn; partijen zijn vrij in de keuze van de wijze van executie.[60] In het geval dat partijen niets hebben afgesproken over de executie komen de onderhandse verkoop en de pandverkoop overeenkomstig § 1233 e.v. BGB in aanmerking.[61] Een aantal auteurs is van mening dat bij gebreke van een uitdrukkelijke afspraak de voorschriften voor pandexecutie analoog dienen te worden toegepast.[62] In een dergelijk geval zou de zaak dan in het openbaar verkocht moeten worden.[63] Volgens Henssler gaan zekerheidsgever en zekerheidsnemer geregeld stilzwijgend van de toelaatbaarheid van een onderhandse verkoop uit.[64] Indien een onderhandse executie niet opportuun is, staat het de zekerheidsnemer vrij de zaak in het openbaar te verkopen.[65] Bij dit alles is van belang dat de zekerheidsnemer verplicht is bij de executie een zo hoog mogelijke

55 Bülow 2012, Rn. 588.
56 MüKoBGB/Damrau BGB 2013 § 1246 Rn. 2.
57 BGH NJW 2011, 2960.
58 Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 41; Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 226; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 49, 51; Brehm & Berger 2014, § 33, p. 14. De overeengekomen executieregeling laat zich door uitleg (§§ 133, 157 BGB) van de wil van partijen vaststellen, aldus Bülow 2012, Rn. 1221, p. 437.
59 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 231; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 50.
60 Aldus MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 49 en de bronnen in voetnoot 213 aldaar, waaronder BGH NJW 1980, 226. Zie ook Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 227. Vgl. reeds: Serick III 1970, § 38 I 2 c, p. 459.
61 OLG Hamm BeckRS 1998, 16225, Rn. 42; Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn. 71; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 51.
62 Wieling 2006, § 18 II 5, p. 838; Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 42.
63 Wieling 2006, § 18 II 5, p. 838; Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 42; Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, § 44, Rn. 29.
64 Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn. 71.
65 Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn. 71.

opbrengst te genereren ("bestmöglichen Verwertung").[66] In strijd handelen met deze verplichting leidt tot schadeplichtigheid op grond van § 280 Abs. 1 BGB.[67] Over de wijze waarop een zo hoog mogelijke opbrengst kan worden gerealiseerd, laat de Duitse literatuur geen twijfel bestaan. Zo schrijft Serick:

> "Die öffentliche Versteigerung wahrt keinesfalls die Interessen des Verpfänders in besonderer Weise; die Erlöse bei einem freihändigen Verkauf liegen regelmäßig ungleich höher."[68]

Henssler noemt het beperken van de zekerheidsnemer door middel van de openbare verkoop van § 1235 Abs. 1 BGB niet adequaat, nu de in dat artikel voorgeschreven openbare verkoop vaak "schwerfällig, kostspielig und unergiebig" is.[69] Ook volgens Bülow ligt het voor de hand dat partijen de voorkeur geven aan een onderhandse verkoop vanwege "das perfektionierte, aber auch umständliche, formalisierte und kostenträchtige Versteigerungsverfahren nach §§ 1235 ff.".[70] Voorts kan worden opgemerkt dat men er in de literatuur vanuit gaat dat de onderhandse verkoop niet bezwaarlijk is. Een onderhandse verkoop brengt de belangen van de zekerheidsgever niet in gevaar, omdat de zekerheidsgever wordt beschermd tegen willekeurig gedrag door de onder bedreiging van schadeplichtigheid na te komen afspraken tussen hem en de zekerheidsnemer.[71] Oechsler schrijft dat door een vrije keuze van de wijze van executie juist rekening wordt gehouden met de belangen van de zekerheidsgever, omdat door een onderhandse verkoop vaak een hogere opbrengst wordt gerealiseerd dan door een pandverkoop.[72]

Met betrekking tot toe-eigening in het kader van zekerheidsoverdracht het volgende. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen *Selbsteintrittsklauseln* en *Verfallklauseln*. Bij de eerstgenoemde variant komen partijen overeen dat de zaak voor een bepaalde prijs aan de zekerheidsnemer zal verblijven.[73] Een dergelijk beding wordt door de rechtspraak en literatuur als niet bezwaarlijk beschouwd.[74] Daarvan te onderscheiden is het vervalbeding.[75] In de literatuur woedt al decennialang een debat over de onbeantwoorde rechtsvraag of het toe-eigeningsverbod van § 1229 BGB ook

66 BGH NJW 2000, 352; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 51; Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 233.

67 Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn. 72.

68 Serick III 1970, § 38 I 2 c, p. 458-459, die in voetnoot 21 ook nog onder verwijzing naar Motive I, p. 390 (= Mugdan I 1899, p. 565) schrijft: "›Nach den heutzutage bei Veräußerungen von Pfändern gemachten Erfahrungen‹ beträgt der Erlös aus der Versteigerung nur die ›Hälfte des Schätzwertes‹."

69 Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn. 71.

70 Bülow 2012 Rn. 1221.

71 Zie bijv. Serick III 1970, § 38 I 2 c, p. 459.

72 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 49.

73 BGH NJW 1980, 226, 227; OLG Hamm, BeckRS 1998, 16225, Rn. 42; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 51.

74 BGH WM 1960, 171; Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn. 77; Bülow 2012, Rn. 1228. Vgl. ook MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 51.

75 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 234.

voor zekerheidseigendom geldt.[76] In het verleden zijn rechtspraak en literatuur uitgegaan van de geldigheid van een vervalbeding.[77] Het merendeel van de auteurs stelt zich thans echter op het standpunt dat § 1229 BGB van overeenkomstige toepassing is op de zekerheidsoverdracht.[78] Als belangrijkste argument daarvoor wordt aangedragen dat § 1229 BGB een algemeen rechtsbeginsel behelst, dat niet slechts voor het pandrecht geldt.[79] Ook bij een zekerheidsoverdracht heeft te gelden dat de schuldenaar/zekerheidsgever ervan uitgaat dat hij het krediet zal kunnen afbetalen zodat de toe-eigening zich niet voor zal doen. Voorts zal hij vaak in de positie verkeren dat hij wel zal moeten instemmen met een vervalbeding.[80]

7.2.3 Wijzen van executie in faillissement

Nederlands recht

Zoals in de vorige hoofdstuk (par. 6.3.1.2) ter sprake kwam, bepaalt art. 57 Fw dat de pandhouder zijn rechten kan uitoefenen alsof er geen faillissement is. De besproken wijzen van executie staan hem derhalve ook in faillissement ten dienste.

Frans recht

In het vorige hoofdstuk kwamen de Franse insolventieprocedures aan de orde.[81] Voor de executie van een vuistpand tijdens een van die insolventieprocedures geldt het volgende. Gedurende de *période d'observation* is het recht van de pandhouder om in rechte nakoming te vorderen opgeschort (art. L. 622-21 C. com.).[82] De pandhouder dient zijn gesecureerde vordering onder vermelding van zijn pandrecht aan te melden (art. L. 622-25 al. 1 C. com), op straffe van het niet kunnen inroepen van het pandrecht.[83] Voorts brengt het uitspreken van de insolventieprocedure een verbod op het betalen van vóór dat vonnis ontstane schulden met zich (art. L. 622-7-I al. 1 C. com.). De rechter-commissaris kan echter toestemming geven de pandhouder te betalen teneinde afgifte te bewerkstelligen, indien de voortzetting van de onderneming vereist dat het pand weer tot de (feitelijke) beschikking van de onderneming staat (art. 622-7-II al. 2 C. com.).[84] De vuistpandhouder heeft namelijk een retentierecht: hij hoeft de zaak zonder betaling van zijn gesecureerde vordering niet af te geven.[85] Het voorgaande geldt ook tijdens

76 Zie daarover o.a.: Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 234.
77 Vgl. o.a. BGH NJW 1980, 226, 227; RGRK/Pikart § 930 Rz 67, 72.
78 Soergel/Henssler 2002 Anh § 930, Rn. 78; Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 16; Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, § 44, Rn. 30; Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 234; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 51.
79 Gaul 1968, p. 390. Instemmend: Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 234.
80 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 234.
81 Zie hierboven hoofdstuk 6, par. 6.3.1.2.
82 Legeais 2013, nr. 467, p. 330.
83 Cass. com. 4 février 1992, *Bull. civ.* IV, n° 56; Cass. com. 8 juin 1999, *Bull. civ.* IV, n° 125; *RTD com.* 1999, 986 obs. A. Martin-Serf. Zie ook Simler & Delebecque 2012, nr. 631, p. 564; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 2506, p. 730.
84 Simler & Delebecque 2012, nr. 631, p. 564. Zie ook Cass. com. 11 mai 1999, n° 96-11280, *Bull. civ.* 1999 IV, n° 98, p. 80.
85 Simler & Delebecque 2012, nr. 625, p. 559, nr. 631, p. 564; Cabrillac e.a. 2010, nr. 1030, p. 768.

de *redressement judiciaire*, nu de artikelen L. 631-9 en 631-14 C. com. de bepalingen voor de *sauvegarde* van overeenkomstige toepassing verklaren. Tijdens de *liquidation judiciaire* kan de pandhouder na indiening van zijn vordering zijn rechten uitoefenen als de curator niet binnen drie maanden na het openen van de insolventieprocedure is begonnen de verpande zaken te verkopen (art. L. 643-2 al. 1 C. com.). Ook nu kan de rechter-commissaris toestemming geven de vuistpandhouder te betalen teneinde het pandrecht te doen tenietgaan; het vereiste van voortzetting van de onderneming speelt hier geen rol meer (art. L. 641-3 al. 2 C. com.).[86]

De registerpandhouder, wiens vuistloos pandrecht rust op een zaak die zich onder de insolvente pandgever bevindt, heeft een minder sterke positie.[87] Zoals in het vorige hoofdstuk (par. 6.3.1.2) aan de orde kwam, kan de vuistloze pandhouder zijn pandrecht niet meer kan uitoefenen tijdens de *période d'observation*. Voor de registerpandhouder bestaat dan ook niet de mogelijkheid dat hij met toestemming van de rechter-commissaris betaald wordt; de onderneming heeft immers al de (feitelijke) beschikking over de verpande zaak. Ook hier geldt een en ander onverkort tijdens een *redressement judiciaire* (art. L. 631-9 en 631-14 C. com.). In het vorige hoofdstuk (par. 6.3.1.2) bleek dat de curator vanaf het uitspreken van de *liquidation judiciaire* drie maanden de exclusieve executiebevoegdheid over de boedel (waaronder verpande zaken) heeft. De wijze van verkoop vindt men in art. L. 642-19 al. 1 C. com., dat bepaalt dat de rechter-commissaris kan bevelen de zaak in het openbaar te veilen of toestemming kan geven de zaak onderhands te verkopen. Tijdens de *liquidation judiciaire* kan de gesecureerde vordering van de registerpandhouder worden betaald, teneinde het pandrecht teniet te laten gaan en aldus over de onbezwaarde zaak te kunnen beschikken (art. L. 641-3 al. 2 C. com.).[88] Gebeurt dat niet, dan heeft te gelden dat de curator binnen zes maanden na het uitspreken van de *liquidation judiciaire* aan de rechter-commissaris toestemming moet vragen om te executeren (art. L. 642-20-1 al. 1 C. com.).

Executie door middel van een verzoek te bevelen dat het pandobject aan de pandhouder in betaling zal verblijven (*attribution judiciaire*) is niet mogelijk in de *sauvegarde*- en de *redressement judiciaire*-procedure.[89] Deze wijze van executie is wél toegestaan tijdens de *liquidation judiciaire* (art. L. 642-20-1 al. 2 C. com.).[90] Over dat laatste schrijft men dat dit een interessante optie voor de pandhouder is, omdat hij daarmee een samenloop met andere schuldeisers vermijdt (art. L. 643-7 C. com.).[91]

De executie door toe-eigening (*pacte commissoire*) is in geen enkele insolventieprocedure toegestaan (art. L. 622-7-I al. 3, L. 631-14 al. 1, L. 641-3 al. 1 C. com.).

86 Cabrillac e.a. 2010, nr. 1030, p. 768.

87 Denkbaar is ook dat de in registerpand gegeven zaak vervolgens aan een jongere pandhouder in vuistpand wordt gegeven. Ter versteviging van de positie van de (anterieure) registerpandhouder komt hem sinds 2008 een fictief retentierecht toe (art. 2286, 4° C. civ.), dat voorgaat op het (posterieure) retentierecht van de vuistpandhouder (art. 2340 al. 2 C. civ.). Zie ook Le Corre 2013, nr. 583.77, p. 1502; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1469, p. 416 e.v.

88 Cabrillac e.a. 2010, nr. 1030, p. 768.

89 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1699, p. 472. Zie ook Saint-Alary-Houin 2013, nr. 689, p. 454.

90 Cabrillac e.a. 2010, nr. 1074, p. 804; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1699, p. 472.

91 Legeais 2013, nr. 469, p. 332; Pérochon 2014, nr. 1325, p. 612, nr. 1208, p. 542.

Dat zou in strijd zijn met verscheidene fundamentele beginselen van het Franse insolventierecht.[92] Indien de pandhouder wil executeren door middel van toe-eigening dient de eigendomsoverdracht voltooid te zijn vóór het openen van de insolventieprocedure van de pandgever.[93]

Duits recht

Pandrecht
Zoals wij in het vorige hoofdstuk (par. 6.3.1.2) zagen, is de vuistpandhouder – het BGB kent immers slechts een vuistpand – in het faillissement van de pandgever tot *abgesonderte Befriedigung* gerechtigd (§ 50 InsO) en kan de vuistpandhouder zelf executeren (§ 173 InsO Abs. 1).[94] In principe dient de pandhouder de aan hem verpande roerende zaak in het openbaar te veilen (§ 1235 BGB).[95]

Zekerheidsoverdracht
In het vorige hoofdstuk bleek ook dat de curator van de zekerheidsgever exclusief bevoegd is een door middel van een levering c.p. in zekerheid overgedragen zaak te executeren. Met betrekking tot de wijze van executie bepaalt § 166 Abs. 1 InsO expliciet dat de curator onderhands kan executeren. De curator is echter niet aan een bepaalde vorm van executie gebonden.[96] Van belang is dat hij de wijze van executie kiest die naar (zijn) verwachting het meeste zal opbrengen.[97] In de regel zal de curator een afweging dienen te maken tussen de onderhandse verkoop en de verkoop volgens de regels voor pandexecutie.[98] Tetzlaff schrijft over die keuze onder meer het volgende. Het volgen van de wettelijke regels voor pandexecutie en dus een openbare verkoop lijkt met het oog op het verwijt slecht te hebben geëxecuteerd minder risicovol voor de curator dan een onderhandse verkoop. De curator volgt dan immers de wet. Tetzlaff vervolgt echter:

> "Die Praxis zeigt aber, dass häufig der freihändige Verkauf einen höheren Erlös erwarten lässt, so dass der Insolvenzverwalter diesen Weg wählen muss, um sich nicht regresspflichtig zu machen."[99]

92 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 2598, p. 755 noemen de mogelijkheid dat het goed nodig is voor de voortzetting van de onderneming, het verbod op betalingen vanaf het insolventievonnis en de gelijkheid der crediteuren.
93 Simler & Delebecque 2012, nr. 632, p. 566.
94 MüKoInsO/Ganter InsO 2013, § 50 Rn. 4.
95 Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 173 Rn. 7
96 Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 166 Rn. 21, verwijzend naar OLG Nürnberg, ZIP 2014, 280, 282; HK InsO/Landfermann 2014, § 166, Rn. 20.
97 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 166 Rn. 49.
98 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 166 Rn. 45. Voor een opsomming en bespreking van de door de curator te kiezen mogelijkheden, waaronder lossing, zie MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 166 Rn. 45-56. Zie ook Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 166 Rn. 21-24. Afspraken omtrent de executie tussen de curator en de zekerheidsnemer zijn ook mogelijk, waarover S. Mitlehner, 'Verwertungsvereinbarungen im Insolvenzverfahren', ZIP 2012, 649, p. 656-657; MüKoInsO/Tetzlaff 2013 Vorbemerkungen vor §§ 166–173 System der Regelungen in den §§ 166–173, Rn. 31.
99 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 166 Rn. 45.

Ook hier ziet men het belang van de onderhandse verkoop: dit leidt vaak tot een hogere opbrengst.

7.2.4 Tussenconclusie

Voor de pandexecutie van roerende zaken geldt in alle onderzochte rechtsstelsels als 'hoofdroute' de openbare verkoop. Men gaat ervan uit dat daardoor een reële opbrengst wordt gerealiseerd en zodoende de belangen van de pandgever en diens overige crediteuren gediend worden. De Nederlandse en Duitse literatuur klinkt echter eensluidend: door middel van een onderhandse verkoop wordt in het gros van de gevallen een hogere opbrengst gegenereerd. Zowel het Nederlandse als het Duitse recht biedt daar zowel buiten als in faillissement de mogelijkheid toe. Ook het Franse zekerhedenrecht biedt na de herziening van 2006 de mogelijkheid zowel buiten als in faillissement de openbare verkoop te vermijden. Komt het toch op een gedwongen verkoop aan, dan schrijft het Franse executierecht ter voorkoming van onder meer hoge executiekosten voor dat eerst getracht moet worden het pandobject onderhands verkopen. Geconcludeerd moet worden dat de onderhandse verkoop in alle onderzochte rechtsstelsels in de praktijk de boventoon voert.

7.3 Oneigenlijke lossing

7.3.1 Algemeen

In de vorige paragraaf kwam naar voren dat in veel gevallen als wijze van executie een onderhandse verkoop boven een openbare verkoop wordt geprefereerd, omdat de onderhandse verkoop tot een hogere opbrengst leidt. Daarnaast is het voor de openbare pandexecutie voor de pandhouder (feitelijk, niet juridisch)[100] noodzakelijk het pandobject in de macht de krijgen. Die handeling kan echter een ongewenste waardedaling tot gevolg hebben.[101] Zowel de pandhouder als de pandgever heeft er belang bij een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren. Voor de pandhouder ligt het belang in het feit dat hij zijn gesecureerde vordering volledig voldaan wil zien worden. Het belang van de pandgever bij een zo hoog mogelijke opbrengst is dat hij de gesecureerde vordering wil voldoen en met een eventueel surplus overige crediteuren kan betalen. Een bijkomend voordeel naast de hogere opbrengst is dat de (door de curator uitgevoerde) onderhandse verkoop sneller en goedkoper is dan een openbare pandverkoop.[102] Een en ander geeft aanleiding om in het kader van de pandexecutie niet meer de wettelijke hoofdroute van de openbare verkoop van art. 3:250 BW te bewandelen.

100 Zie hierboven voetnoot 10.

101 Vriesendorp 2014, p. 454. Vgl. ook Wibier 2007, p. 152: "Ook zou kunnen meespelen dat aan een executieverkoop waarschijnlijk hogere kosten en ongewenste publiciteit verbonden zullen zijn."

102 Bartels & Tweehuysen 2010, par. 3.5 en de auteurs genoemd in voetnoot 39 aldaar.

Om het voorgaande te bewerkstelligen hanteert men in de praktijk al geruime tijd de figuur van de 'oneigenlijke lossing'.[103] Om aan de rigide executiebepalingen en dus een openbare verkoop te ontkomen, spreken de pand- of hypotheekhouder en de curator af dat laatstgenoemde het verbonden goed verkoopt. Vervolgens keert de curator de door hem gerealiseerde opbrengst onder inhouding van een boedelbijdrage uit aan de zekerheidsgerechtigde en doet de pand- of hypotheekhouder afstand van zijn zekerheidsrecht.[104] De oneigenlijke lossing dankt zijn naam aan de (eigenlijke) lossing van art. 58 lid 2 Fw, dat de curator de bevoegdheid geeft een met pand of hypotheek bezwaard goed tot op het tijdstip van de verkoop te lossen tegen voldoening van hetgeen waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot zekerheid strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie. Met een eigenlijke lossing wordt een executie door de zekerheidsgerechtigde dus voorkomen. In het verleden stoelde de Hoge Raad de oneigenlijke lossing op art. 58 lid 2 Fw.[105] In de literatuur werd daarover opgemerkt dat het verbonden goed bij oneigenlijke lossing eigenlijk door de curator wordt geëxecuteerd.[106] De curator oefent immers zijn executiebevoegdheid uit art. 101 en 175 Fw uit.[107]

Ter beantwoording van een voor dit hoofdstuk niet van belang zijnde fiscaalrechtelijke vraag[108] was de Hoge Raad in *ING/Hielkema q.q.* genoodzaakt de vraag te beantwoorden of oneigenlijke lossing net als de eigenlijke lossing beoogt executie te voorkomen of juist een wijze van executie is. Hij overwoog:

> "Ingevolge art. 3:248 lid 1 BW is de pandhouder bevoegd het verpande goed te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen, als de pandgever in verzuim is met de voldoening van hetgeen waartoe de zekerheid van het pand dient. Op de voet van art. 3:250 BW geschiedt deze verkoop in het openbaar, doch ingevolge art. 3:251 BW is ook onder-

103 Ook wel 'contractuele lossing' genoemd. Ik gebruik de term oneigenlijke lossing ook voor de toepassing van de rechtfiguur buiten faillissement.

104 Bartels & Tweehuysen 2010, par. 3.5 en de auteurs genoemd in voetnoot 36 aldaar, die daar voorts onder verwijzing naar de auteurs genoemd in voetnoot 37 aldaar schrijven dat de oneigenlijke lossing tot ontwikkeling kwam omdat onder het BW (oud) een onderhandse verkoop door de hypotheekhouder niet mogelijk was.

105 HR 1 september 1978, *NJ* 1980/345 m.nt. B. Wachter (*Lijzenga*); HR 13 maart 1987, *NJ* 1988/556 m.nt. W.M. Kleijn (*Ontvanger/Spruijt q.q. en ABN*); HR 3 december 1993, *NJ* 1994/176 (*Glebbeek/Dijkstra q.q.*).

106 N.E.D. Faber onder Hof Leeuwarden, 29 mei 2002, *JOR* 2002/181, onder 2.

107 Bartels & Tweehuysen 2010, par. 3.5 en de auteurs genoemd in voetnoot 41 aldaar. Zij schrijven onder verwijzing naar de auteurs in voetnoot 42 aldaar voorts dat de oneigenlijke lossing verschilt van de eigenlijke lossing in de zin dat de oneigenlijke lossing berust op een overeenkomst tussen curator en zekerheidsgerechtigde en de eigenlijke lossing op een bevoegdheid van de curator. Als de curator zijn eigen executiebevoegdheid aanwendt, is ingevolge art. 101 lid 2 jo. 176 lid 1 Fw de toestemming van de r-c vereist.

108 Het betrof de vraag of er bij de oneigenlijke lossing sprake is van een geval waarin "een in zekerheid gegeven roerende of onroerende zaak dan wel een recht waaraan een onroerende zaak is onderworpen, wordt geleverd aan een ondernemer tot executie van die zekerheid." Bij bevestigende beantwoording heeft art. 12 lid 5 Wet op de omzetbelasting 1968 jo. art. 24ba lid 1 aanhef en onder d Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 tot gevolg dat de omzetbelasting niet wordt geheven bij de verkopende curator, maar bij de executiekoper, zodat de fiscus buiten het faillissement om de omzetbelasting kan innen. Zie F.M.J. Verstijlen onder HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 (*ING/Hielkema q.q.*) onder 3-6.

handse verkoop mogelijk. In al deze gevallen oefent de pandhouder het recht van parate executie uit als bedoeld in art. 3:248 lid 1. Daaronder valt mitsdien ook het geval dat de pandhouder en de pandgever ingevolge art. 3:251 lid 2 onderhandse verkoop zijn overeengekomen. Er is geen reden hierop een uitzondering aan te nemen als de pandhouder en pandgever van de hun in de wet verleende vrijheid gebruik hebben gemaakt en zijn overeengekomen dat deze onderhandse verkoop door de pandgever zal geschieden. Ook in dat geval geschiedt de verkoop van het verpande immers ten behoeve van de pandhouder en kan deze zich als separatist verhalen op de opbrengst daarvan. Dit is niet anders in faillissement bij verkoop door de curator krachtens overeenstemming tussen hem en de pandhouder. Deze verkoop valt daarom binnen het toepassingsbereik van art. 57 Fw en moet worden beschouwd als (een vorm van) uitoefening van het recht van parate executie van de pandhouder. Oneigenlijke lossing is dus een vorm van executie, terwijl lossing als bedoeld in art. 58 lid 2 Fw juist geschiedt ter voorkoming van uitoefening van het recht van executie. Anders dan het middel inhoudt, dienen eigenlijke en oneigenlijke lossing, zowel bij pand als bij hypotheek, aldus van elkaar te worden onderscheiden."[109]

Hierboven (par. 7.2.2) zagen wij reeds dat art. 3:251 lid 2 BW de mogelijkheid biedt om een afwijkende wijze van (executoriale) pandverkoop overeen te komen.[110] Volgens de Hoge Raad is een in het kader van dat artikel overeengekomen onderhandse verkoop dus een executoriale pandverkoop. Nu het arrest gewezen was in het kader van de verlegging van de omzetbelasting bestond er onduidelijkheid over de reikwijdte van het arrest.[111] Bijna drie jaar later heeft de Hoge Raad die onzekerheid weggenomen in *Feenstra q.q./ING*. Bij oneigenlijke lossing is sprake van een executoriale verkoop, niet alleen voor de toepassing van de btw-verleggingsregeling, maar ook voor de toepassing van de verhaals- en verrekeningsregels.[112] Tevens verduidelijkt de Hoge Raad onder verwijzing naar bovenstaande rechtsoverweging uit *ING/Hielkema q.q.* dat bij een executie in de zin van art. 3:251 lid 2 BW ook de *niet-failliete pandgever* als verkoper kan optreden.[113] Ook volgt uit het arrest dat voor de uitleg van de overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW de Haviltexmaatstaf geldt.[114]

De Hoge Raad heeft de achterdeur van de executieregeling, art. 3:251 lid 2 BW, wagenwijd opengezet. Het is een goede zaak dat de Hoge Raad het recht van parate

109 HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Hielkema q.q.*), rov. 3.4.

110 De oneigenlijke lossing van een verhypothekeerd goed blijft hier behoudens het hierna in voetnoot 130 opgemerkte verder buiten beschouwing. Zie daarvoor o.a. Steneker 2014; Van Bergen 2014; Beekhoven van den Boezem & Bergervoet 2014, p. 14 e.v.

111 Aldus Van der Beek & Messelink 2014, p. 120.

112 Van der Beek & Messelink 2014, p. 120.

113 HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*), rov. 3.3.2. Vóór dit arrest schreef Steneker 2012, nr. 44, p. 115 onder verwijzing naar *ING/Hielkema q.q.* enigszins twijfelend dat er geen sprake is van executie wanneer wordt verkocht door de niet-failliete pandgever. Ten aanzien van de inning van vorderingen blijkt dat volgens hem uit het hierna te behandelen arrest *Rabobank/Knol q.q.* Het is juist dat de inning van een vordering buiten faillissement niet (per se) de executie van de vordering betekent, maar ten aanzien van roerende zaken kan – aldus de Hoge Raad – iets anders gelden.

114 HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*), rov. 3.3.3. Zie ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot onder 2.7.

executie van de pandhouder bij de tijd brengt. Zoals hierboven reeds is geconstateerd, is de openbare verkoop van art. 3:250 BW eerder uitzondering dan (hoofd)regel. Nu de van art. 3:250 BW afwijkende wijze van onderhandse verkoop in veel gevallen tot de hoogst mogelijke opbrengst leidt zonder daarbij de belangen van de pandgever en diens overige crediteuren te schaden, dient het institutionaliseren door de Hoge Raad van de onderhandse verkoop te worden toegejuicht.[115] Deze nieuwe wijze van de uitoefening van het recht van parate executie roept wel nieuwe vragen op.

7.3.2 De pandgever of diens curator als lasthebber van de pandhouder

Eén van die vragen, die tevens in deze paragraaf behandeld kan worden, is de vraag hoe de rechtspositie van de pandgever juridisch moet worden gekwalificeerd. A-G Keus schreef in zijn conclusie vóór *ING/Hielkema q.q.* dat de curator als vertegenwoordiger of als lasthebber van de pandhouder kan optreden.[116] In haar vóór *Feenstra q.q./ING* genomen conclusie leidt A-G Rank-Berenschot uit *ING/Hielkema q.q.* af "dat de pandgever bij de verkoop 'ten behoeve van de pandhouder' in de visie van Uw Raad handelt althans kan handelen op eigen naam en niet noodzakelijkerwijs als vertegenwoordiger van de pandhouder."[117] Beide advocaten-generaal verwijzen daarbij naar een geruime tijd vóór *ING/Hielkema q.q.* en *Feenstra q.q./ING* verschenen publicatie van Kortmann en Faber. Deze schrijvers zien als mogelijkheid dat de curator krachtens volmacht als vertegenwoordiger van de pandhouder optreedt. Overeengekomen kan worden dat de curator de verpande goederen onderhands (art. 3:251 lid 2 BW) en namens de pandhouder verkoopt, waarbij de pandhouder als (executie)verkoper dient te worden aangemerkt. Een tweede door hen aangedragen optie is dat de curator in eigen naam het verpande goed vervreemdt in het kader van een executie door de pandhouder. Zij schrijven dat pandhouders, ter voorkoming van eventuele problemen voortvloeiende uit het feit dat zij als (mede-)verkoper worden aangemerkt, vaak willen dat de curator *in eigen naam* verkoopt. Kortmann en Faber schrijven dat de pandhouder, die op grond van een overeenkomst met de curator of met toestemming van de voorzieningenrechter bevoegd is het pandobject onderhands te verkopen, met de curator kan overeenkomen dat de curator als lasthebber in eigen naam ten behoeve van de pandhouder verkoopt en diens rechten uitoefent.[118] Ook in de nadien verschenen literatuur stelt men zich op het standpunt dat feitelijke (executie)verkoop door de pandgever of diens curator mogelijk is door middel van vertegenwoordiging in naam van de pandhouder en/of lastgeving in eigen naam.[119] Het antwoord op de vraag of de pandgever of diens curator als ver-

115 In gelijke zin: Beekhoven van den Boezem & Bergervoet 2014, p. 13. Dit belangrijkste doel van de oneigenlijke lossing (hoogst mogelijke opbrengst met zo veel mogelijk behoud van ieders rechten) laten N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Eigenlijke (wettelijke) en oneigenlijke (contractuele) lossing', *MvV* 2015/7.9 onbesproken in hun kritiek op *Feenstra q.q./ING*.

116 Conclusie vóór HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 (*ING/Hielkema q.q.*), onder 3.7.

117 Conclusie vóór HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 (*Feenstra q.q./ING*), onder 2.5.

118 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 148-149.

119 Van Oers 2000, par. 2; Steneker 2012, nr. 43, p. 112; B.A. Schuijling & N.E.D. Faber onder HR 14 februari 2014, *JOR* 2014/118 (*Feenstra q.q./ING*), onder 2.

tegenwoordiger of als lasthebber optreedt, is in beginsel een kwestie van uitleg van de overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW.[120] In de vorige paragraaf zagen wij dat die overeenkomst volgens de Hoge Raad dient te worden uitgelegd aan de hand van de Haviltexmaatstaf.

Naast hetgeen partijen zijn overeengekomen, hangt het van de feiten af of er sprake is van vertegenwoordiging of lastgeving. Toegespitst op het geval dat de pandgever of diens curator en de pandhouder zijn overeengekomen dat de onderhandse verkoop wordt uitgevoerd door de pandgever of diens curator geldt het volgende. Voor vertegenwoordiging is vereist dat de pandgever of diens curator de bevoegdheid tot vertegenwoordiging heeft.[121] Die bevoegdheid kan hij verkrijgen door middel van een volmacht (art. 3:61 BW).[122] Feitelijk is vereist dat de pandgever of diens curator zich bij zijn verkoop voordoet als vertegenwoordiger (art. 3:66 BW); men spreekt wel van het 'in naam van'-vereiste of het kenbaarheidsvereiste.[123] Als de pandgever of diens curator in eigen naam handelt, is er sprake van lastgeving (middellijke vertegenwoordiging).[124] Het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam is opgetreden, hangt af van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.[125] In de casus die ten grondslag lag aan *ING/Hielkema q.q.* stelde de curator de activa *namens de bank* te verkopen.[126] In *Feenstra q.q./ING* wisten de kopers niet dat het om aan de bank verpande zaken (en de executie daarvan) ging. De niet-failliete verkopende pandgever verkocht de verpande zaken 'gewoon' in zijn winkel.[127] Hij kon derhalve worden beschouwd als een lasthebber die in eigen naam voor rekening van de pandhouder handelt en diens rechten uitoefent.[128]

Zoals gezegd kan de bank ter vermijding van risico's verlangen dat de pandgever of diens curator in eigen naam verkoopt. Ook is het aannemelijk dat een dergelijke verkoop in eigen naam tot een hogere opbrengst leidt dan een dergelijke verkoop in naam van de pandhouder. In dat laatste geval zal de potentiële koper vrijwel altijd weten dat er sprake is van een executieverkoop. Men zal dan een lagere prijs verwachten en willen betalen.[129] Als partijen slechts afspreken dat de pandgever of diens curator de verpande zaken verkoopt ten behoeve van de pandhouder, dan zal de potentiële koper niet weten dat het om een pandexecutie gaat. Voor de koper lijkt het – zeker buiten

120 Vgl. Van Oers 2000, par. 2, verwijzend naar (een eerdere bewerking van) *Groene Serie Vermogensrecht*, (losbl. 2015), aant. 20 bij art. 3:251 BW (bewerkt door P.A. Stein).

121 Asser/Kortmann 2-I 2004, nr. 5, p. 4.

122 Asser/Kortmann 2-I 2004, nr. 22, p. 25.

123 Zie Asser/Kortmann 2-I 2004, nr. 5, p. 4-5.

124 Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 244, p. 212.

125 HR 11 maart 1977, *NJ* 1977/521 m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*).

126 Zie conclusie vóór HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 (*ING/Hielkema q.q.*), onder 3.7.

127 Vgl. R.M. Wibier, 'Verrekening rond de faillissementsdatum, verpande voorraden en een opheffingsuitverkoop', *AA* 2015, p. 299, die schrijft dat de niet-failliete verkopende pandgever "[…] misschien een bordje met de tekst 'opheffingsuitverkoop' in de etalage heeft opgehangen."

128 Vgl. B.A. Schuijling & N.E.D. Faber onder HR 14 februari 2014, *JOR* 2014/118 (*Feenstra q.q./ING*), onder 2.

129 Mede omdat de koper zich er niet op kan beroepen dat de zaak behept is met een last of een beperking die er niet op had mogen rusten, of dat deze niet aan de overeenkomst beantwoordt (art. 7:19 BW).

faillissement – *business as usual*. Men ziet dat zowel bij expliciete afspraken tussen pandhouder en pandgever of diens curator over de vorm van vertegenwoordiging als in het geval waarin slechts bedongen wordt dat de pandgever of diens curator de verpande zaak verkoopt, het aannemelijk is dat de overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW tevens onder de kwalificatie van een (al dan niet stilzwijgend tot stand gekomen) overeenkomst tot lastgeving valt.[130]

7.3.3 Oneigenlijke lossing en de executiebevoegdheid van de curator

Zowel de niet-failliete pandgever als de curator kan een overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW met de pandhouder sluiten. Daarbij heeft te gelden dat de curator

130 Gewezen moet nog worden op HR (belastingkamer) 15 maart 2013, *JOR* 2014/270 (*Staatssecretaris van Financiën/X*), rov. 3.3.1, waarin de Hoge Raad oordeelde dat er in dat geval sprake was van executoriale oneigenlijke lossing van een verhypothekeerd schip, maar dat "[d]aaraan […] niet af[doet] dat de verkoop en de levering van het verbonden goed niet plaatsvinden op last van de hypotheekhouder en evenmin dat geen overeenkomst is gesloten waarbij de curator zich heeft verbonden het verbonden goed namens de hypotheekhouder te verkopen." Steneker 2014, par. 2, p. 913, leidt uit deze rechtsoverweging zonder verdere motivering en verwijzingen af dat er geen sprake is of hoeft te zijn van lastgeving. Op basis van dezelfde rechtsoverweging schrijft hij (p. 916) dat een last tot verkoop onnodig lijkt naast de tot executie van het pandrecht door de pandgever in eigen naam strekkende overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW, "omdat ook meer in het algemeen kan worden aangenomen dat een pandgever in eigen naam het recht van de pandhouder kan uitoefenen als hij daartoe bevoegd is." Het komt mij voor dat die bevoegdheid tot *feitelijke* uitoefening van het pandrecht – het is immers de pandhouder die zijn pandrecht uitoefent; de pandgever of diens curator verkoopt slechts – toch op enige wijze door de pandhouder moet zijn toegekend aan de pandgever. Een vorm van vertegenwoordiging moet dan ook (stilzwijgend) in de overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW liggen besloten. Nu het de pand*houder* is die (via de pandgever of de curator) zijn recht van parate executie uitoefent (en de curator dus niet zijn eigen executiebevoegdheid aanwendt), komt het mij ook (anders dan Steneker 2014, par. 4) voor dat de feitelijke verkoop door de curator géén toestemming van de r-c behoeft. Bij het voorgaande komt dat Steneker onvermeld laat dat het een arrest van de *belastingkamer* van de Hoge Raad betreft. Bij nader inzien blijkt het om een fiscaalrechtelijke formule te gaan afkomstig uit de nota van toelichting bij het per 1 januari 2008 gewijzigde art. 24ba lid 1 aanhef en onder d Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968, waaruit blijkt dat het besluit ziet op verleggingen van de belastingschuld bij onder meer executieverkopen "op last van zekerheidsgerechtigden". Zie A.J. Tekstra, 'Vraag- en aandachtspunten bij de nieuwe BTW-verleggingsregeling', *TvI* 2008/49, par. 2; A. van Eijsden, 'Oneigenlijke lossing van roerende zaken en de consequenties daarvan voor de heffing en inning van omzetbelasting', *TvI* 2011/19. Het hof had geoordeeld dat de Inspecteur er niet in is geslaagd te bewijzen "dat de levering van het schip heeft plaatsgehad op last van de bank of de ontvanger." Zie rov. 7.1 van het arrest van het hof (kenbaar uit *BNB* 2013/131) alsmede rov. 3.2 van de Hoge Raad. Zowel C.J. Hummel onder *BNB* 2013/131 onder 2 als A.J. Blank onder *NDFR* 2013/768 vermoedt dat het Hof nog geen kennis genomen had van het door de civiele kamer gewezen arrest *ING/Hielkema q.q.* In cassatie moest de Hoge Raad vervolgens de regel uit *ING/Hielkema q.q.* toepassen, terwijl hij tegelijkertijd gebonden was aan het feitelijke oordeel van het Hof. Vgl. ook Van Bergen 2014, p. 925, die over *Staatssecretaris van Financiën/X* schrijft: "Civiele kwesties, zoals zuivering, rangregeling of verrekening, waren in de procedure niet aan de orde. De strekking van de uitspraak zou mijns inziens daarom ook tot fiscale kwesties beperkt moeten blijven." Voorts wekt Steneker ten onrechte de indruk dat de (belastingkamer van de) Hoge Raad zich uitlaat over het pandrecht, terwijl het arrest slechts rept over het hypotheekrecht en het pandrecht niet één keer noemt.

gebonden is aan een dergelijke vóór faillissement gesloten overeenkomst.[131] Immers, de faillietverklaring heeft geen invloed op alle vóór faillissement gesloten (wederkerige) overeenkomsten.[132] Stel nu dat de curator en de pandhouder een overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW hebben gesloten. De curator verkoopt vervolgens de zaak aan koper K. Is het dan nog mogelijk dat de koop(overeenkomst) tussen de curator en K *niet* heeft te gelden als uitvoering van de last de rechten van de pandhouder uit te oefenen? Met andere woorden: is het ondanks de aanwezigheid van een eerdere overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW tussen de curator en de pandhouder nog mogelijk dat de verkoop door de curator *niet* heeft te gelden als uitoefening van het recht van parate executie door de pandhouder, maar als een executie krachtens de eigen executiebevoegdheid van de curator?

Voor de beantwoording van deze vraag kan aansluiting worden gezocht bij art. 3:110 BW. Dat artikel bepaalt dat als er tussen twee personen een rechtsverhouding bestaat die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden, de ene het dan ter uitvoering van die rechtsverhouding door hem verkregene voor de ander houdt.[133] Weliswaar ziet art. 3:110 BW op de spiegelbeeldige situatie – het gaat om de *koop* van een zaak in plaats van om de *verkoop* – maar de literatuur omtrent deze regeling biedt voldoende inspiratie. Voor de toepassing van dit artikel is vereist dat de koop gesloten is ter uitvoering van de rechtsverhouding in de zin van art. 3:110 BW en niet voor eigen rekening van de commissionair of voor een andere committent.[134] Art. 3:110 BW geeft geen antwoord op de vraag wanneer moet worden aangenomen dat een bepaald goed ter uitvoering van een dergelijke rechtsverhouding is verkregen.[135] Diverse auteurs nemen aan dat een door de tussenpersoon gesloten koop vaak zal zijn gesloten ter uitvoering van de rechtsverhouding in de zin van art. 3:110 BW.[136] Het bewijs dat *niet* is verkregen ter uitvoering van de rechtsverhouding in de zin van art. 3:110 BW kan bij de gedaagde/tussenpersoon liggen.[137] Een andere opvatting is dat de tussenpersoon door het sluiten van de rechtsverhouding in de zin van art. 3:110 BW de te verkrijgen zaak niet meer voor eigen reke-

131 Hof Den Haag 20 november 2011, *JOR* 2012/330. Het staat de curator overigens vrij de overeenkomst aan te tasten als daar goede gronden voor zijn. Ook naar Duits recht behoudt een dergelijke overeenkomst werking in faillissement. Naar Duits recht heeft te gelden dat de overeengekomen afwijkende wijze van verkoop de inhoud van het pandrecht verandert, zodat er sprake is van goederenrechtelijke werking en dus inroepbaarheid jegens de curator. Zie MüKoBGB/Damrau 2013 § 1245 Rn. 2.

132 Van der Feltz I, p. 409. Zie ook Van Zanten 2012, p. 43-44.

133 Over het begrip 'rechtsverhouding', zie Rank-Berenschot 2012, nr. 20, p. 28-29.

134 Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 430.

135 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 431; Rank-Berenschot 2012, nr. 21, p. 30.

136 Asser/Kortmann 2-I 2004, nr. 131, p. 153: "Indien opdracht is gegeven tot koop van een individuele zaak […] dan mag worden aangenomen dat de tussenpersoon ter uitvoering van de rechtsverhouding koopt, tenzij hij voorafgaande aan de koop mededeelt aan de opdrachtgever dat hij voor zichzelf wil kopen."; Rank-Berenschot 2012, nr. 21, p. 30: "Soms zal aan bepaalde feiten het vermoeden kunnen worden ontleend dat aan het vereiste verband is voldaan."

137 Aldus *Groene Serie Vermogensrecht*, (losbl. 2000), aant. 9 bij art. 3:110 BW (bewerkt door J.D.A. den Tonkelaar).

ning kan verkrijgen.[138] Wordt het voorgaande toegepast op de oneigenlijke lossing, dan komt men tot het volgende. Het is mogelijk dat de pandgever of diens curator ondanks het bestaan van een tussen hem en de pandhouder gesloten overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW *niet* ter uitvoering van die overeenkomst executeert. Er is dan geen sprake van executie door de pandhouder in de zin van art. 3:248 lid 1 BW, maar van gebruikmaking van de eigen executiebevoegdheid van de curator. Het is dan onzeker wat het recht van de (voormalig) pandhouder is op de executieopbrengst, zoals in het vervolg van dit hoofdstuk nader zal blijken. Ook verdedigbaar is de opvatting dat de curator na het sluiten van een overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW de bevoegdheid verliest om de desbetreffende verpande zaken zelf te executeren.

7.3.4 Medewerking van de beperkt gerechtigde of de beslaglegger

De in deze paragraaf besproken wijze van onderhandse executie is gegrond op de overeenkomst zoals bedoeld in art. 3:251 lid 2 BW. Het lid kent tevens een tweede zin, die als volgt luidt: "Rust op het verpande goed een beperkt recht of een beslag, dan is daartoe tevens de medewerking van de beperkt gerechtigde of de beslaglegger vereist." Hierboven kwam aan de orde dat in de literatuur wordt aangenomen dat het ontbreken van een dergelijke medewerking ertoe leidt dat de verkoop geen executoriaal karakter heeft.[139] Het gevolg is dat het (lager gerangschikte) beperkte recht of beslag niet door de executie vervalt.[140] Jegens de koper is de verkopende pandhouder aansprakelijk op grond van wanprestatie, jegens de beperkt gerechtigde en/of beslaglegger is hij dat in voorkomend geval op grond van onrechtmatige daad.[141] Het medewerkingsvereiste uit art. 3:251 lid 2 laatste zin BW is dus een niet te onderschatten vereiste.

Het Ontwerp-Meijers kende het vereiste van medewerking niet.[142] De tweede zin is toegevoegd met een zeer summiere onderbouwing, namelijk "ter bescherming van de belangen van hen die een beperkt recht op het goed hebben of daarop beslag legden."[143] Uit de parlementaire geschiedenis kan worden opgemaakt dat ook de medewerking van opvolgende, lager gerangschikte pandhouders vereist is.[144] Dat is om meerdere redenen bezwaarlijk. Zo zal de executerende pandhouder niet bekend zijn met lager gerangschikte pandhouders. Bij de vestiging van zijn pandrecht zullen slechts hoger

138 L.D. van Setten, *De commissionair in effecten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998, p. 279. De auteur bepleit een "omgekeerd privatieve werking": "Door de opdracht te aanvaarden verliest de tussenpersoon voor de duur van de opdracht de rechtsmacht (niet de bekwaamheid) de bewuste rechtshandeling voor eigen rekening te verrichten."

139 Zie hierboven voetnoot 15.

140 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 793, p. 574, die tevens op de mogelijkheid van derdenbescherming voor de koper wijst (art. 3:86 lid 2 BW of art. 453a lid 2 Rv).

141 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 793, p. 574.

142 Zie OM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 781.

143 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 782. Volgens MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6),* p. 1343 kan toepassing van het artikel "– dat geen enkele beperking in de wijze van afwijking van de gewone regels kent – andere belanghebbenden gemakkelijk voor verrassingen plaatsen."

144 Zie MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6),* p. 1343. Zie ook Reehuis 1987, nr. 162, p. 124; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 160, p. 164.

gerangschikte pandrechten hem ter ore komen.[145] Merkwaardigerwijs houdt de wet op andere plaatsen wel rekening met deze mogelijkheid. Art. 3:249 lid 1 en 3:252 BW bepalen dat de executerende pandhouder de voorgenomen verkoop respectievelijk het plaatsgevonden hebben van de verkoop moet mededelen "aan de schuldenaar en de pandgever, alsmede aan hen die op het goed een beperkt recht hebben of daarop beslag hebben gelegd." Deze bepalingen zijn van regelend recht ("tenzij anders bedongen"). De verplichting voor de pandhouder bestaat slechts "voor zover hem dit redelijkerwijze mogelijk is".[146] De reden daarvoor is dat het mogelijk is dat de pandhouder niet alle beperkt gerechtigden kent of dat zij onbereikbaar zijn.[147] Nu kan men aandragen dat de pandgever bij het sluiten van de overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW met de pandhouder melding zal moeten maken van lager gerangschikte pandrechten, maar is de vraag of de in nood verkerende pandgever dat zal doen. Mede met het oog op het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst moet de pandhouder er bij de verkoop op kunnen vertrouwen dat hij een goed vrij van lager gerangschikte pandrechten kan verschaffen.

Een principiëler punt is dat het vereisen van *medewerking* van lager gerangschikte pandhouders niet strookt met het goederenrechtelijke karakter van een eenmaal gevestigd pandrecht. Een pandhouder verkrijgt een goederenrechtelijke recht op het pandobject zoals dat ten tijde van de vestiging bestaat, dat wil zeggen inclusief eventuele eerdere beperkte rechten en exclusief jongere beperkte rechten.[148] Bij de executie zou een pandhouder niets met lager gerangschikte pandhouders of beslagleggers te maken moeten hebben; voor hen is slechts van belang dat zij op enige wijze hun eventuele rechten op (het restant van de) opbrengst kunnen doen gelden.[149] Ervan uitgaande dat een afwijkende wijze van verkoop tegenwoordig een hogere opbrengst oplevert dan de openbare verkoop, is een afwijkende wijze van verkoop alleen maar in het voordeel van de jongere pandhouder. Mijns inziens dient dan ook aangenomen te worden dat bij het sluiten van een overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW slechts de medewerking van hoger gerangschikte pandhouders vereist is. Om de rechten van jongere pandhouders op een eventueel surplus te waarborgen is het voldoende dat zij de voorgenomen verkoop en het plaatsgevonden hebben van de verkoop *medegedeeld* krijgen voor zover dat redelijkerwijze mogelijk is.

145 Zie art. 3:237/239 lid 2 BW.

146 Waarover Reehuis 1987, nr. 158-159, p. 121-122.

147 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 779 en p. 783, waar wordt vervolgd: "Deze beperking geldt ook ten aanzien van de schuldenaar en de pandgever zelf, die immers onder bijzondere omstandigheden voor de pandhouder ook onbereikbaar kunnen blijken, althans binnen een redelijke termijn."

148 Vgl. E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 207. Anders: § 1245 BGB, waarover hierboven par. 7.2.2. Daar vloeit de vereiste toestemming van derden voort uit "dem allgemeinen Grundsatz, dass zur Veränderung des Inhalts dinglicher Rechte die Zustimmung der von der Rechtsänderung betroffenen *dinglich Berechtigten* erforderlich ist." Zie Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1245, Rn. 6.

149 Hetgeen art. 3:252 BW tracht te waarborgen.

7.4 De opbrengst

7.4.1 Inleiding

Executie van de verpande zaak leidt tot een executieopbrengst. In deze paragraaf zal het recht van Nederland, Frankrijk en Duitsland ten aanzien van de gerealiseerde opbrengst behandeld worden. Daarbij zal met name onderzocht worden of, en zo ja hoe deze rechtsstelsels verzekeren dat de pandhouder, overeenkomstig het in de inleiding van dit hoofdstuk besproken doel van verpanding, te allen tijde zijn recht op de opbrengst kan effectueren.

7.4.2 De opbrengst buiten faillissement

Nederlands recht

Art. 3:253 BW geeft een regeling hoe de opbrengst verdeeld dient te worden. Het eerste lid bepaalt dat de pandhouder, na voldoening van de kosten van de executie, van de netto-opbrengst het aan hem verschuldigde bedrag waarvoor hij pandrecht heeft, afhoudt. Het woord 'afhouden' impliceert dat de pandhouder na executie de koopsom in handen heeft.[150] Het duidelijkst blijkt dat uit de Memorie van Toelichting op art. 490b Rv, dat blijkens die toelichting een uitwerking vormt van art. 3:253 BW, waarin wordt opgemerkt: "De pandhouder behoort, zodra hij de opbrengst heeft geïnd en hij zich daaruit heeft voldaan, tot uitkering van het overschot over te gaan."[151] Het aan hem verschuldigde bedrag bestaat uit de voordien gesecureerde vordering, de rente over laatstgenoemde vordering (art. 3:244 BW) en de door de pandhouder betaalde kosten tot behoud en tot onderhoud (art. 3:243 lid 3 BW).[152] De tweede zin van art. 3:253 BW bepaalt dat het overschot aan de pandgever wordt uitgekeerd. In de literatuur wordt de vordering van de pandgever op de pandnemer tot betaling van het overschot als concurrente vordering gekwalificeerd.[153]

In het geval er meerdere pandhouders of andere beperkt gerechtigden zijn die hun recht door de executie zien vervallen of schuldeisers die op het goed of op de opbrengst beslag hebben gelegd, dient de pandhouder volgens art. 3:253 BW lid 1 tweede zin BW overeenkomstig art. 490b Rv te handelen. Die regeling houdt in dat de executerende pandhouder het hem krachtens zijn rang toekomende mag afhouden van de opbrengst.

150 Zwalve 2014, p. 532, die dat voorts afleidt uit art. 3:248 lid 1 BW. Nu dat artikel bepaalt dat de pandhouder de verpande zaak mag verkopen, dient de koopsom aan de executerende pandhouder te worden betaald.

151 MvT Inv., *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 208.

152 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 162, p. 166.

153 Zwalve 2014, p. 532. Zie ook: L.P.W. van Vliet, 'Het faillissement van de zekerheidsnemer: hoe sterk is de vordering van de zekerheidsgever tot vergoeding van de overwaarde bij executie?', *NTBR* 2011/3, par. 2.1, p. 16. Anders: T.H.D. Struycken, 'De geschonden fiducie in het goederenrecht', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht* (Struycken-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 344, voetnoot 33, die een regel van zaaksvervanging aanneemt met als wettelijke grondslag art. 3:253 lid 1 BW; Steneker 2012, nr. 31, p. 79-80, die meent dat er sprake is van een 'afgescheiden vermogen', zodat de executieopbrengst niet in het faillissement van de pandhouder valt.

Het artikel geeft vervolgens twee mogelijkheden wat er dient te gebeuren met het overschot dat van de netto-opbrengst is overgebleven.[154] In het geval dat de executerende pandhouder en andere pandhouders, andere beperkt gerechtigden of beslagleggers overeenstemming bereiken omtrent de verdeling wordt het overschot overeenkomstig deze overeenkomst aan hen uitgekeerd. De vordering van de overige schuldeisers van de pandgever op de executerende pandhouder is – analoog aan de in de vorige alinea besproken vordering van de pandgever op de pandnemer – een concurrente vordering.

Indien er geen overeenstemming kan worden bereikt, bepaalt het tweede lid van art. 490b Rv dat de executerende pandhouder de opbrengst tot tenminste het bedrag van het overschot onverwijld bij een bewaarder in de zin van art. 445 Rv moet storten.[155] Vervolgens kan de meest gerede partij, onder wie de pandhouder zelf, de voorzieningenrechter verzoeken een rechter-commissaris te benoemen, ten overstaan van wie de verdeling zal plaatsvinden (art. 490b lid 2 jo. art. 481 lid 1 Rv).[156] Het overschot dient te worden gestort op een kwaliteitsrekening.[157] Tussen de rechthebbenden op de daarop gestorte opbrengst bestaat een gemeenschap zoals bedoeld in art. 3:166 lid 1 BW, waarin de gezamenlijke rechthebbenden deelgenoot zijn.[158] Met betrekking tot "de op de kwaliteitsrekening gestorte restantexecutieopbrengst" bij de executie van een onroerende zaak heeft de Hoge Raad overwogen dat dit

> "[…] niet tot het vermogen van de geëxecuteerde [behoort], maar tot dat van de gezamenlijke rechthebbenden ten behoeve van wie de gelden zijn bijgeschreven, ieder voor zover het diens aandeel in de gemeenschap betreft. Ieder van de deelgenoten heeft bij de verdeling van deze gemeenschap een voorwaardelijk recht op toedeling van zijn aandeel in de door de notaris beheerde vordering op de kredietinstelling, onder de opschortende voorwaarde dat zijn aandeel rechtens komt vast te staan. De geëxecuteerde heeft slechts een aandeel in de restantexecutieopbrengst onder de voorwaarde dat en voor zover daarvan na verdeling onder de beslagleggers en andere rechthebbenden (zoals degenen wier beperkt recht op de geëxecuteerde zaak is vervallen) nog een overschot (surplus) resteert."[159]

Aangenomen dient te worden dat het bovenstaande ook geldt voor (onder meer) de executie van een roerende zaak door een pandhouder.[160] Men ziet dat de aanspraak van de overige schuldeisers op de opbrengst een voorwaardelijke vordering op toedeling van zijn aandeel in de gemeenschap zoals bedoeld in art. 3:166 lid 1 BW is. De debiteur van de vordering is de bank waar de kwaliteitsrekening wordt aangehouden.

154 Jansen 1990, p. 109.

155 De laatste zin van art. 490b lid 2 Rv bepaalt dat als de pandhouder aan de eisen van art. 445 Rv voldoet, hij zichzelf als bewaarder kan aanwijzen. MvT Inv., *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3,5 en 6)*, p. 208 wijst op "het veel voorkomende geval dat de pandhouder een bank is."

156 Zie ook Jansen 1990, p. 108 e.v.; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 162, p. 166-167.

157 Stein/H.A. Stein 2010, §89, p. 139.

158 HR 12 januari 2001, *NJ* 2002/371 m.nt. H.J. Snijders (*Koren q.q./Tekstra q.q.*), rov. 3.3. Voor kritiek op die kwalificatie, zie o.a. E.C.M. Wolfert, *De kwaliteitsrekening* (diss. Amsterdam VU), 2007, p. 124 e.v. en de auteurs genoemd in voetnoot 31 aldaar.

159 HR 29 april 2011, *NJ* 2011/372 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/Eijking q.q.*), rov. 3.4.3.

160 A.I.M. van Mierlo onder HR 29 april 2011, *NJ* 2011/372 (*Ontvanger/Eijking q.q.*), onder 5.

Frans recht
Van de in paragraaf 7.2 besproken wijzen van executie leidt alleen de *vente forcée* tot een opbrengst waarop de pandhouder zich kan verhalen. Bij de twee overige wijzen van executie (*attribution judiciaire* en *pacte commissoire*) komt de voorheen verpande zaak in het vermogen van de voormalige pandhouder, die er vervolgens voor kan kiezen de/zijn zaak zelf te verkopen. Zoals gezegd dient de pandverkoop plaats te vinden overeenkomstig de regels uit de *Code des procédures civiles d'exécution*. Indien de debiteur de zaak zelf onderhands verkoopt binnen de hem daartoe gegunde maand, dan moet de koopprijs geconsigneerd worden in de handen van de gerechtsdeurwaarder (art. R. 221-32 al. 1 C. pr. exéc.).[161] Voorts hoeft de pandhouder de zaak pas vrij te geven als de koopprijs is betaald (art. R. 221-30 C. pr. exéc.). Bij de openbare pandverkoop is de bevoegde beambte die de verkoop uitvoert verantwoordelijk voor de koopprijs (art. L. 221-4 C. pr. exéc.).

Duits recht

Pandrecht
Ook in Duitsland verhaalt de pandhouder zich op de door de verkoop gerealiseerde opbrengst. Die opbrengst wordt aan de pandhouder overhandigd door – afhankelijk van de gebruikte wijze van executie – de veilingmeester, de deurwaarder of de makelaar.[162] Het BGB poogt te sturen in wiens vermogen de opbrengst valt. § 1247 BGB luidt:

> "Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im Übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes."

De heersende opvatting over deze regeling is als volgt. De eerste zin van de bepaling heeft tot gevolg dat de pandhouder ten belope van de hoogte van zijn gesecureerde vordering eigenaar wordt van de door de executiekoper overgedragen opbrengst.[163] De tweede zin steunt op het *Surrogationsprinzip*.[164] Het gevolg van de tweede zin van § 1247 BGB is dat het niet aan de pandhouder toekomende deel van de opbrengst – er dient dus sprake te zijn van een eventueel surplus – in de plaats van het pandobject treedt. Het primair gewenste rechtsgevolg hiervan is dat de pandgever, die vóór de executie eigenaar van de verpande zaak is, na executie eigenaar wordt(/'blijft') van het eventuele surplus.[165] Daarnaast zetten eventuele (lager gerangschikte) pandrechten van

161 Perrot & Théry 2013, nr. 642, p. 568-569.
162 Bülow 2012, nr. 596, p. 202.
163 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1247, Rn. 2a; MüKoBGB/Damrau 2013 § 1247 Rn. 1, beide verwijzend naar het *Traditionsprinzip* (§ 929 BGB).
164 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1247, Rn. 2b; MüKoBGB/Damrau 2013 § 1247 Rn. 1.
165 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1247, Rn. 1-2; MüKoBGB/Damrau 2013 § 1247 Rn. 1. Een andere opvatting is dat de voormalige eigenaar van de verpande zaak uitsluitend eigenaar wordt van de gehele opbrengst. In deze visie zet óók het pandrecht van de executerende pandhouder zich voort op de opbrengst. Laatstgenoemde eigent zich vervolgens het deel van de opbrengst dat overeenkomt

derden zich voort op dit deel van de opbrengst.[166] Alhoewel het BGB in § 1238 van een betaling in contanten uitgaat, kan daar op grond van § 1245-1246 BGB van worden afgeweken.[167] In het aldus mogelijke geval dat de executiekoop op krediet plaatsvindt, heeft de zojuist besproken regel van zaaksvervanging tot gevolg dat het eigendomsrecht van de pandgever en eventuele (pand)rechten van derden zich voortzetten op de vordering tot betaling van de koopprijs.[168]

Zekerheidsoverdracht
In het geval van executie van zekerheidseigendom is de zaaksvervangingsregel van de tweede zin van § 1247 BGB niet toepasbaar.[169] Na de zekerheidsoverdracht heeft de zekerheidsgever immers geen eigendomsrecht meer dat zich op de opbrengst kan voortzetten. De aanspraak van de zekerheidsgever op het surplus vloeit voort uit het *Sicherungsvertrag*.[170] De zekerheidsnemer dient het surplus aan de zekerheidsgever te doen toekomen.[171] Het ontvangen van de opbrengst werkt als een betaling door de schuldenaar van de gesecureerde vordering.[172] De zekerheidsnemer wordt eigenaar van de door de verkoop gerealiseerde opbrengst.[173]

7.4.3 De opbrengst in faillissement

Nederlands recht
Art. 57 Fw, dat bepaalt dat pand- en hypotheekhouders hun recht kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was, heeft tot gevolg dat het in de vorige paragraaf beschreven recht omtrent de opbrengst ook in faillissement geldt, met dien verstande dat de curator in de hoedanigheid treedt van de pandgever.

Frans recht
In de vorige paragraaf zagen wij dat de rechten van de registerpandhouder tijdens de *period d'observation* en de *redressement judiciaire* opgeschort zijn. Nu de *sauvegarde*-procedure op de voortzetting van de onderneming gericht is, is verkoop van vermogensbestanddelen in principe niet aan de orde. Een individuele zaak kan echter met toestemming van de rechter-commissaris (art. L. 622-7-II C. com.) verkocht worden, om liquide middelen te genereren waarmee de activiteiten van de onderneming kunnen worden voortgezet.[174] Indien het om de verkoop van onder meer een verpande

met zijn gesecureerde vordering toe. Zie MüKoBGB/Damrau 2013 § 1247 Rn. 5 en de auteurs aldaar genoemd in voetnoot 7.

166 Bülow 2012, nr. 606, p. 204; MüKoBGB/Damrau 2013 § 1247 Rn. 5.

167 Bülow 2012, nr. 608, p. 204; MüKoBGB/Damrau 2013 § 1238 Rn. 2.

168 Staudinger/W. Wiegand 2009, § 1247, Rn. 24; MüKoBGB/Damrau 2013 § 1238 Rn. 7, § 1247 Rn. 7, die overigens van mening verschillen over de vraag wie inningsbevoegd is met betrekking tot (welk deel van) de vordering.

169 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 52. Zie ook Serick II 1965, p. 85-86.

170 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 52.

171 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 233.

172 Lwowski in: Lwowski, Fischer & Langenbucher 2011, § 5, Rn. 39.

173 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 233.

174 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 2637, p. 769.

roerende zaak gaat, bepaalt art. L. 622-8 al. 1 C. com. dat het met de gesecureerde vordering overeenkomende deel van de opbrengst gestort dient te worden op een depositorekening aangehouden bij de *Caisse des dépôts et consignations*. Dit is een in 1816 opgerichte publieke financiële instelling die onder de verantwoordelijkheid van het parlement opereert.[175] De gestorte gelden zijn tijdens de insolventieprocedure niet beschikbaar en er kan geen beslag op worden gelegd.[176] Het insolventierisico van deze bewaarder komt mij aanvaardbaar voor. Gezegd kan dus worden dat de regeling van art. L. 622-8 al. 1 C. com. verzekert dat de voormalige pandhouder zich uiteindelijk op de opbrengst kan verhalen. Nu slechts het deel van de opbrengst dat de gesecureerde vordering overstijgt direct ter beschikking van de onderneming komt terwijl het doel van de verkoop is om zoveel mogelijk geld te genereren, biedt de wet een mogelijkheid om de gehele koopsom in de onderneming te laten vloeien.[177] Art. L. 622-8 al 3 C. com. bepaalt dat de schuldenaar een aan het bestaande pandrecht gelijke zekerheid aan kan bieden. Indien overeenstemming uitblijft, kan de rechter-commissaris deze vervanging opleggen.[178] Bij het gerechtelijk plan voor behoud van de onderneming geldt een soortgelijke procedure (art. L. 626-22 C. com.).

De hier besproken regeling wordt in art. 631-14 C. com. van overeenkomstige toepassing verklaard tijdens de *redressement judiciaire*.

Ook tijdens de op vereffening gerichte *liquidation judiciaire*, waarin de curator de exclusieve executiebevoegdheid heeft, voorziet de wet in de bescherming van de rechten van de pandhouder. Voor wat betreft het geval dat de curator tijdens de *liquidation judiciaire* de onderneming in zijn geheel overdraagt, bepaalt art. L. 642-12 al. 1 C. com. dat de rechtbank een met de waarde van de overgedragen zaak overeenkomend deel van de prijs apart houdt, zodat dat verdeeld kan worden en de pandhouder zijn *droit de préférence* kan uitoefenen. Als de curator zelf tot executie van de zaak overgaat, dan moet de koopprijs in bewaring worden gegeven bij de *Caisse des dépôts et consignations*.[179] De pandhouder die zijn pandrecht ziet vervallen door executie van de verpande zaak door de curator behoudt zijn (fictief) (retentie)recht op de opbrengst. Art. L. 642-20-1 al. 3 C. com. bepaalt namelijk:

> "En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix."

175 Zie art. L. 518-2 *Code monétaire et financier*, i.h.b. al. 1: "La Caisse des dépôts et consignations et ses filiales constituent un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays. […]" en al. 4: "La Caisse des dépôts et consignations est placée, de la manière la plus spéciale, sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative." Zie ook <http://www.caissedesdepots.fr/>.

176 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 2637, p. 769.

177 Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 2637, p. 769 voetnoot 2 en nr. 2428, p. 705.

178 Cabrillac e.a. 2010, nr. 1069, p. 800 schrijft dat het mogelijk is dat er schuldeisers zijn met een hogere rang op de geconsigneerde gelden en dat de pandhouder er daarom belang bij heeft in te stemmen met een vervanging van zijn zekerheid. Een andere mogelijkheid is dat de rechter-commissaris de provisionele voldoening van de gehele of een deel van de gesecureerde vordering beveelt (art. L. 622-8 al. 2 C. com).

179 Cabrillac e.a. 2010, nr. 1077, p. 806.

Dit artikel behelst een regel van zaaksvervanging.[180] Pérochon schrijft dat de voormalig pandhouder/rententor in de *liquidation judiciaire* in beginsel dus verzekerd is van betaling van de waarde van het pandobject.[181]

Duits recht

Pandrecht
Als de vuistpandhouder zelf executeert, kan hij zich op de opbrengst verhalen. Een eventueel surplus dient hij aan de boedel uit te keren.[182]

Zekerheidsoverdracht
Interessanter is de regeling voor het geval dat de curator van de zekerheidsgever een door middel van een levering c.p. overgedragen zaak executeert. Nu het de curator is die in beginsel tot executie bevoegd is,[183] is hij degene die de opbrengst realiseert. De Duitse *Insolvenzordnung* bevat uitdrukkelijke bepalingen over de verdeling van de opbrengst. § 170 Abs. 1 InsO bepaalt dat de curator van de door hem gerealiseerde executieopbrengst een boedelbijdrage afhoudt. De tweede zin luidt vervolgens als volgt:

> "Aus dem verbleibenden Betrag ist unverzüglich der absonderungsberechtigte Gläubiger zu befriedigen."

Hieruit volgt een regel van zaaksvervanging. In de literatuur schrijft men dat de zekerheidsnemer het hem toekomende deel van de opbrengst kan separeren.[184] Het *Absonderungsrecht* van de zekerheidsnemer zet zich voort op de door de curator gerealiseerde opbrengst.[185] Toegepast op de zekerheidsoverdracht zet de zekerheidseigendom zich voort op de opbrengst.[186] De *Absonderungsberechtigte* heeft tegenover de executerende curator een aanspraak op informatie met betrekking tot de hoogte van de behaalde opbrengst (§ 167 InsO).[187]

180 Pérochon 2014, nr. 1207, p. 541; Bourassin, Brémond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 2667, p. 778; Saint-Alary-Houin 2013, nr. 1331, p. 879, die erop wijst dat de bepaling een codificatie is van een in de jurisprudentie ontwikkelde regel; Le Corre 2013, nr. 583.71, p. 1497. Zie ook É. Savaux & B. Grimonprez, 'Subrogation réelle', in: *Répertoire Dalloz de droit civil = encyclopédie Dalloz* (octobre 2014), nº 21. Zie ook hierna hoofdstuk 11, par. 11.5.1.

181 Pérochon 2014, nr. 1207, p. 542.

182 MüKoInsO/Tetzlaff InsO 2013, § 173 Rn. 12, verwijzend naar BGH NJW 1978, 632, 633.

183 Zie hierboven hoofdstuk 6, par. 6.3.1.2.

184 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 170 Rn. 38. Zie uitgebreider hierna hoofdstuk 11, par. 11.5.

185 BGH NJW-RR 2009, 340, 342: "Das Absonderungsrecht der Kl. setzt sich an dem eingezogenen Forderungsbetrag fort, soweit er noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist."; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 170 Rn. 10; MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 170 Rn. 38. Ganter & Bitter 2005, p. 98 verdedigen dat de regel van § 170 Abs. 1 Satz 2 Inso een "gesetzlichen Specialfalls des Erstazabsonderungsrechts" (§ 48 InsO) is. Daaraan voorafgaand merken zij op: "Das Ergebnis […] soll hier nicht infrage gestellt werden, wohl aber die Begründung."

186 Ganter & Bitter 2005, p. 98.

187 Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 170 Rn. 11.

Zoals wij in het vorige hoofdstuk zagen, is het onder omstandigheden mogelijk dat de curator de executie aan de zekerheidsgerechtigde overlaat. Als de zekerheidseigenaar zelf executeert, dient hij een eventueel surplus aan de boedel uit te keren.[188]

7.4.4 Tussenconclusie

Met betrekking tot het recht van de pandhouder op de executieopbrengst kennen de onderzochte rechtsstelsels verschillende benaderingen. Art. 3:253 BW gaat ervan uit dat de pandhouder na executie de daadwerkelijke beschikking over de opbrengst heeft. Het Franse recht zorgt door middel van verplichte consignaties dat de opbrengst uiteindelijk terecht komt bij wie zij terecht moet komen of door middel van zaaksvervanging dat de aanspraak uit hoofde van het pandrecht blijft behouden. Duitsland werkt met goederenrechtelijke benaderingen. Buiten faillissement wordt de pandhouder eigenaar van de opbrengst ten belope van de hoogte van zijn gesecureerde vordering en het eventuele surplus treedt in de plaats van het pandobject (§ 1247 BGB). In het faillissement van de zekerheidsgever verzekert een regel van zaaksvervanging dat de (voormalig) zekerheidseigenaar zich kan verhalen op de door de curator gerealiseerde opbrengst. Het Franse en Duitse recht kennen een goederenrechtelijke aanspraak voor de zekerheidsgerechtigde op de executieopbrengst, het Nederlandse recht niet.

7.5 De opbrengst bij oneigenlijke lossing

7.5.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen werd duidelijk dat de onderhandse verkoop in de regel tot een hogere opbrengst leidt. Daartoe heeft de Hoge Raad de onderhandse verkoop door de pandgever geïnstitutionaliseerd: ook dan is er sprake van uitoefening van het pandrecht en dus een executoriale verkoop. Nu de wenselijkheid van en mogelijkheid tot de onderhandse executieverkoop door de pandgever vaststaan, rijst de vraag of de pandhouder volledig gefaciliteerd wordt in de effectuering van zijn pandrecht. Daarvoor is met name van belang dat de pandhouder de cruciale laatste stap kan zetten naar het zich verhalen op de opbrengst.

7.5.2 De opbrengst en oneigenlijke lossing

In het voorgaande zagen wij dat de wet er in art. 3:253 lid 1 BW van uitgaat dat de opbrengst van de verkoop zich in handen van de pandhouder zal bevinden. Immers, de pandhouder kan slechts het hem verschuldigde van de opbrengst ‘afhouden’ indien hij de feitelijke beschikking over die opbrengst heeft. Ook de (recente) literatuur geeft blijk van de gedachte dat de opbrengst ter beschikking staat van de executerende pandhouder. Zo schrijven Van Buchem-Spapens en Pouw: “een pandhouder die paraat exe-

188 MüKoInsO/Tetzlaff InsO 2013, § 173 Rn. 12.

cuteert, krijgt de koopsom zelf in handen."[189] Ook Rank-Berenschot schrijft dat "[b]ij executie door een pandhouder […] deze zelf de koopprijs [ontvangt]."[190]

De veronderstelling dat de pandhouder de koopprijs na executie in handen krijgt, strookt niet meer met de door de Hoge Raad in *ING/Hielkema q.q.* en *Feenstra q.q./ ING* gesanctioneerde mogelijkheid dat de pandgever of diens curator en de pandhouder een oneigenlijke lossing overeenkomen. Strikt genomen oefent de pand*houder* zijn pandrecht op de roerende zaken uit (*de jure* is het de pandhouder die executeert), maar is het *de facto* de pandgever of diens curator die de zaak verkoopt. Als de koopprijs aan de pandgever of diens curator wordt betaald, zal de koopsom zich niet in handen van de pandhouder maar in die van de pandgever of in diens faillissement in die van diens curator bevinden. Het ziet er dan naar uit dat de ontvangen koopprijs in beginsel in het vermogen van de pandgever valt, hetgeen bezwaarlijk kan zijn omdat de (voormalig) pandhouder dan moet concurreren met eventuele andere schuldeisers tot dat vermogen.[191] De vraag rijst wat de aanspraak van de pandhouder op de hem niet ter beschikking staande executieopbrengst inhoudt.

7.5.3 De benadering van de Hoge Raad

In de casus die leidde tot het arrest *Feenstra q.q./ING* betaalde de koper aan de pandgever op een op naam van de pandgever gestelde bij de pandhouder aangehouden bankrekening. Uit het arrest lijkt te volgen dat de opbrengst vervolgens niet in het vermogen van de pandgever vloeide. Dat is gezien het volgende merkwaardig. Normaal gesproken is de rekeninghouder rechthebbende van de vordering op de bank tot uitbetaling van het girale saldo.[192] Na expliciet te benoemen dat de opbrengst van de executoriale verkoop is gestort op een door de pandgever bij de bank/pandhouder aangehouden rekening, overweegt de Hoge Raad echter:

> "Voor zover die opbrengst de vordering van de bank op [de pandgever/rekeninghouder; FJLK] niet overtreft, hetgeen hier het geval is, is de bank immers *niet* tot schuldenaar van [de pandgever/rekeninghouder; FJLK] geworden, nu zij op grond van art. 3:253 lid 1 BW in zoverre zelf tot die executieopbrengst gerechtigd is. Een andere opvatting zou zonder goede grond een doelmatige uitoefening van het verhaalsrecht van de bank als pandhouder belemmeren."[193]

Volgens de Hoge Raad ontstaat door de bijschrijving van de koopsom géén vordering van de pandgever op de bank, omdat nu de bank haar recht van parate executie uitoefent

189 Van Buchem-Spapens & Pouw 2013, nr. 3, p. 65. Binnen een jaar na publicatie van deze bron was eerstgenoemde auteur één van de raadsheren die het arrest HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*) wees.

190 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 520, p. 441.

191 Vriesendorp 2014, p. 462, onder verwijzing naar HR 23 april 1999, *NJ* 2000/158 (*Wollie*).

192 Spath 2010, nr. 213, p. 375 met verwijzingen in voetnoot 148 aldaar.

193 HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*), rov. 3.4.2. De cursivering is toegevoegd.

zij zich met voorrang op de executieopbrengst mag verhalen.[194] In de literatuur wordt geschreven dat de Hoge Raad met deze rechtsoverweging de vraag hoe het kan dat er géén vordering van de rekeninghouder/pandgever op de bank ontstaat, omzeilt.[195]

Een verklaring van de Hoge Raad zelf kan gevonden worden in *ING/Hielkema q.q.* en herhaald in *Feenstra q.q./ING*: in het geval waarin de pandhouder zijn recht van parate executie uitoefent door middel van een op de voet van art. 3:251 lid 2 BW overeengekomen door de pandgever uitgevoerde onderhandse verkoop, "geschiedt de verkoop van het verpande immers ten behoeve van de pandhouder en kan deze zich als separatist verhalen op de opbrengst daarvan."[196] Verstijlen oppert de mogelijkheid dat de rechtsoverweging ziet "op de situatie dat inderdaad 'bijzondere maatregelen' zijn getroffen, zoals betaling via een kwaliteitsrekening, rechtstreekse betaling aan de pandhouder of betaling via een bij de pandhouder aangehouden bankrekening."[197] De bank/pandhouder heeft in die gevallen de feitelijke beschikking over de opbrengst, die dan de gedaante heeft van bij de bank aangehouden giraal geld. De Hoge Raad overweegt immers dat de bank, nu het om executie gaat, ingevolge art. 3:253 lid 1 BW als pandhouder het door de pandgever verschuldigde bedrag waarvoor het pandrecht geldt, van de netto-executieopbrengst mag *afhouden*.[198] In de vorige paragraaf zagen wij dat de pandhouder de opbrengst slechts kan 'afhouden' indien hij de feitelijke beschikking over die opbrengst heeft. In *Feenstra q.q./ING* kon de pandgever *niet* meer vrijelijk over zijn bankrekening beschikken zonder toestemming van de bank en aldus had de bank de feitelijke beschikking over het tegoed. De bank/pandhouder kon dus *wel* zijn (voorheen) gesecureerde vordering van de opbrengst afhouden.[199] Gezien het voorgaande moet vastgesteld worden dat de rechtsoverweging niet de vraag beantwoordt welke kwalificatie aan de aanspraak van de (voormalig) pandhouder op de opbrengst moet worden toegekend in het geval dat de opbrengst niet in handen van de pandhouder maar in handen van de pandgever of diens curator komt.

7.5.4 Een kanttekening: de (bescheiden) omvang van het probleem

Volledigheidshalve moet vermeld worden dat de omvang van het probleem bescheiden kan zijn. In het gros van de gevallen zal de kredietverstrekkende pandhouder een bank zijn. Anders dan bij betaling uit vrije beweging door een debiteur van een stil verpande vordering, is de opbrengst bij oneigenlijke lossing het resultaat van een daartoe tussen

194 HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*), rov. 3.4.2; Van der Beek & Messelink 2014, p. 121.

195 Van der Beek & Messelink 2014, p. 121.

196 HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Hielkema q.q.*), rov. 3.4; HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*), rov. 3.3.2. Volgens Vriesendorp 2014, p. 464 geeft de Hoge Raad hiermee "aan dat die opbrengst niet kan dienen als verhaalsobject voor andere – lager gerangschikte – schuldeisers van de hypotheekgever." Een andere verklaring voor het gebruik van de term 'separatist' zou kunnen zijn dat het 'separatistische' karakter van het verhaal op de opbrengst tot uiting komt in het feit dat de (voormalig) pandhouder niet hoeft mee te delen in de algemene faillissementskosten.

197 F.M.J. Verstijlen onder HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 (*ING/Hielkema q.q.*), onder 9.

198 HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 (*Feenstra q.q./ING*) m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 3.4.2.

199 F.M.J. Verstijlen onder HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 (*Feenstra q.q./ING*), onder 10.

pandhouder en pandgever of diens curator gesloten overeenkomst. Het ligt dan voor de hand dat de pandhouder bedingt dat de door executie gerealiseerde koopprijs in ieder geval op een bij hem aangehouden rekening wordt gestort. De kans dat de opbrengst zich niet 'in handen van de pandhouder' zal bevinden, lijkt dan klein.

Niettemin kan een onderzoek naar de vraag wat de aanspraak van de (voormalig) pandhouder op de opbrengst inhoudt, indien de opbrengst in handen van de pandgever of diens curator komt, van belang zijn. In de literatuur is, met name ter voorkoming van verrekeningsperikelen, vaker gepleit voor verbintenisrechtelijke constructies, zoals het beding dat de koopprijs rechtstreeks aan de bank moet worden betaald.[200] Bij een oneigenlijke lossing zijn er drie partijen in het spel: de pandhouder, de pandgever (of diens curator) en de executiekoper. In de vorige alinea merkte ik op dat het voor de hand ligt dat de pandhouder tegelijk met de overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW bedingt dat de door executie gerealiseerde koopprijs in ieder geval op een bij hem aangehouden rekening wordt gestort. Daarmee is echter nog niets gezegd over de afspraken tussen de feitelijk verkopende pandgever of diens curator en de executiekoper. Bij de afwikkeling van die (koop)overeenkomst ligt het voor de hand dat de onderhandse executiekoper 'gewoon' aan de verkoper betaalt. Dat zou ten eerste het gevolg kunnen zijn van het feit dat de verkoper en de koper niets over de betaling hebben afgesproken. Ten tweede bestaat er reden om de executiekoper moedwillig aan de pandgever of diens curator te laten betalen. Het is nu juist de bedoeling van de oneigenlijke lossing om de pandhouder en zijn pandrecht buiten beeld te houden teneinde een zo hoog mogelijke executieopbrengst te realiseren.[201] Contact tussen de pandhouder en de executiekoper dient dan te worden vermeden.

Voorts acht ik het met het oog op de doelmatige uitoefening van het pandrecht als verhaalsrecht onwenselijk dat nadere afspraken nodig zijn om dat verhaal te kunnen effectueren. Als een pandhouder executeert in de zin van art. 3:248 lid 1 BW moet hij zich uit hoofde van zijn positie als executerende pandhouder op de executieopbrengst kunnen verhalen.

7.5.5 Behoud van voorrang op de executieopbrengst

Voor het antwoord op de vraag wat de aanspraak van de (voormalig) pandhouder op de zich niet in zijn handen bevindende executieopbrengst inhoudt, loont het wellicht eerdere rechtsontwikkeling op dit gebied te onderzoeken. Het startsein voor de rechtsontwikkeling daaromtrent werd gegeven in het in 1995 gewezen arrest *Mulder q.q./CLBN*.[202]

200 Zie bijv. Wibier 2007, p. 156; Steneker 2012, nr. 44, p. 114.
201 Zie uitgebreider hierboven par. 7.3.2.
202 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*).

7.5.5.1 Zaaksvervanging en behoud van voorrang op de opbrengst van een stil verpande vordering

Behoud van voorrang op het door de curator geïnde in faillissement
De betaling van een stil verpande vordering aan de inningsbevoegde heeft het tenietgaan van de vordering tot gevolg en aldus ook het tenietgaan van het pandrecht (art. 3:81 lid 2 aanhef en onder a BW). Na dat vastgesteld te hebben, overwoog de Hoge Raad in *Mulder q.q./CLBN* dat "[b]ij gebreke van een daartoe strekkende regel, […] niet [kan] worden aanvaard dat het pandrecht komt te rusten op het geïnde."[203] De Hoge Raad was helder: geen zaaksvervanging met betrekking tot het pandobject zonder een wettelijke grondslag. Vervolgens onderzocht hij de vraag of de pandhouder na het verlies van zijn pandrecht en dus van zijn separatistpositie "anderszins enig recht kan doen gelden op hetgeen ter voldoening van de verpande vordering is betaald aan de Curator in het faillissement van de pandgever."[204] Na de vaststelling dat onder het vóór 1992 geldende recht de stille zekerheidscessionaris als rechthebbende van de tot zekerheid gecedeerde vorderingen een aanspraak had op aan de cedent of diens curator gedane betalingen van die vorderingen, wijst de Hoge Raad op de belofte van de regering dat met het stil pandrecht "praktisch hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom kan worden bereikt" en "dat bestaande financieringspatronen, ondanks de wetstechnisch andere opzet van de nieuwe regeling, onder het nieuwe recht zonder moeilijkheid kunnen worden gecontinueerd".[205] Het voorgaande culmineert vervolgens in de volgende rechtsoverweging:

> "Daarentegen wordt aan voormelde uitlatingen van de regering recht gedaan en bovendien voorkomen dat stil pandhouders – teneinde hun positie met het oog op een mogelijk faillissement van hun pandgevers veilig te stellen – voortijdig mededeling gaan doen, indien wordt aangenomen dat wanneer de Curator een stil verpande vordering heeft geïnd, waardoor de verpande vordering en daarmee het pandrecht is tenietgegaan, de pandhouder zijn voorrang op het geïnde behoudt. Hij moet weliswaar wachten tot de uitdelingslijst verbindend is geworden en hij draagt op de voet van art. 182 lid 1 F. bij in de algemene faillissementskosten, maar hij heeft aanspraak erop bij de uitdeling overeenkomstig zijn aan het pandrecht ontleende voorrang te worden voldaan. Zulks strookt ook met het bepaalde bij art. 58 F.: verkoop door de Curator van een verpande roerende zaak doet het pandrecht tenietgaan; de pandgever behoudt echter zijn voorrang op de opbrengst."[206]

Sindsdien geldt de regel dat in het faillissement van de pandgever de stil pandhouder zijn voorrang op het door de curator 'passief' – dat wil zeggen betaling uit eigen beweging door de debiteur van de verpande vordering – geïnde behoudt.[207] Nu de opbrengst in de

203 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*), rov. 3.3.3.
204 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*), rov. 3.4.1
205 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*), rov. 3.4.2 en 3.4.3 onder verwijzing naar *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1197.
206 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*), rov. 3.4.3.
207 De positie van de (voormalig) pandhouder na 'actieve' inning wordt verderop behandeld.

plaats komt van de verpande vordering, spreken Vriesendorp en Van Mierlo van zaaksvervanging.[208] Op het eerste gezicht zou dat resultaat dogmatisch enigszins kunnen bevreemden, omdat men zou kunnen zeggen dat met het tenietgaan van het pandrecht ook het recht van voorrang tenietgaat.[209] In de benadering van de Hoge Raad wordt het pandrecht met de inning door de curator als het ware gefileerd waarbij het uit het pandrecht voortvloeiende recht van voorrang resteert. Vervolgens wordt het object van (slechts) dát recht vervangen.

Bij gebreke van een motivering van de Hoge Raad moet men voor de dogmatische inpassing van het behoud van voorrang op het geïnde te rade gaan bij andere bronnen. Voorafgaand aan *Mulder q.q./CLBN* is in de literatuur uitvoerig gedebatteerd over de vraag wat de aanspraak van de stille pandhouder inhoudt, indien de curator de betaling van de verpande vordering ontvangt.[210] De in *Mulder q.q./CLBN* gegeven regels zijn geheel in overeenstemming met de volgende redenering van Reehuis.[211] De grondslag voor die redenering vindt men in zijn dissertatie, waarin hij het volgende schrijft. Als de debiteur van de stil verpande vordering bij gebreke van een mededeling aan de curator betaalt, dan gaan zowel de vordering als het daarop rustende pandrecht teniet. Het pandrecht komt niet op het geïnde te rusten nu art. 3:246 lid 5 BW blijkens de tekst daarvan niet voor dit geval geschreven is. Reehuis vervolgt:

> "Daartegenover staat dat geïnd geld weer als opbrengst van de vordering is te beschouwen […] en met betrekking tot deze opbrengst komt de pandhouder in beginsel een verhaalsrecht met hoge voorrang toe. De pandhouder behoudt aldus bij inning door de curator zijn recht om uit de opbrengst overeenkomstig zijn rang te worden voldaan."[212]

Een soortgelijke redenering inhoudende dat de curator het geïnde aan de pandhouder dient af te dragen omdat de pandhouder tot de executie-opbrengst gerechtigd is, werd door Kortmann niet onverdedigbaar geacht. Hij merkte op dat dan wel vereist is dat de inning door de curator als executiehandeling moet kwalificeren.[213] Bertrams sloot zich uitdrukkelijk bij de opvatting van Reehuis – behoud van voorrang op het geïnde – aan en schreef voorts dat na inning van de verpande vordering door de curator het "[…] geïnde geld is te beschouwen als de opbrengst van de vordering in de zin van art. 180 lid 2 FW waarop de bank als pandhouder een verhaalsrecht met hoge voorrang

208 Vriesendorp 1995b, p. 607; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 230, p. 231.

209 Vgl. Vriesendorp 1995b, p. 607: "Artikel 3:227 BW geeft aan de pandhouder voorrang *zolang* het beperkte recht bestaat."; Verstijlen 2011, p. 274: "Dat is opmerkelijk omdat het pandrecht het voorrangsrecht is en de wet slechts van zaaksvervanging uitgaat indien de pandhouder int."

210 Zie de publicaties genoemd in de conclusie van A-G Hartkamp vóór HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*), onder 7.

211 Aldus Struycken & Van Zanten 2010, voetnoot 6 en Beekhoven van den Boezem & Bergervoet 2014, p. 13, voetnoot 10, allen verwijzend naar Reehuis 1994.

212 Reehuis 1987, nr. 430, p. 262.

213 S.C.J.J. Kortmann, 'Vuistloze en stille verpanding: het zijn de kleine dingen die het doen', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 180.

toekomt."[214] Ook Mijnssen propageerde een soortgelijke visie, waar hij schreef dat het geïnde moet worden aangemerkt als opbrengst in de zin van art. 3:253 BW waarop de voormalige pandhouder zijn hoge voorrang behoudt.[215] A. van Hees bracht tegen de opvatting van Reehuis in dat er bij inning door de inningsbevoegde curator geen sprake is van verhaalsuitoefening op de verpande vordering en aldus geen opbrengst aanwezig is waarop de pandhouder voorrang heeft.[216] In een andere publicatie herhaalt en verduidelijkt Reehuis zijn visie dat de (voormalig) pandhouder het aan zijn pandrecht verbonden recht van voorrang kan doen gelden op de door de curator gerealiseerde opbrengst.[217] A-G Hartkamp schreef in zijn conclusie vóór *Mulder q.q./CLBN* dat het tenietgaan van het pandobject weliswaar het tenietgaan van het pandrecht tot gevolg heeft, maar dat "[...] het pandrecht [...] ook een verhaalsrecht (art. 3:227 BW) geeft, en dat komt na tegeldemaking van het voorwerp van het pandrecht nu juist tot gelding."[218] Vervolgens omarmde hij de hierboven uiteengezette opvatting "dat het geïnde geldt als opbrengst in de zin van art. 180 lid 2 F., zodat de pandhouder zich daarop overeenkomstig zijn voorrang kan verhalen."[219] Samengevat lijkt de dogmatische inpassing van het behoud van voorrang op het geïnde als volgt te kunnen worden verklaard. Bij inning van een stil verpande vordering door de curator is er sprake van 'executie'.[220] Op de executieopbrengst heeft de pandhouder vervolgens voorrang.

Naast passieve inning door de curator kan zich ook het geval voordoen waarin de stil verpande vordering wordt betaald op aandringen van de curator ('actieve' inning). Daarover overwoog de Hoge Raad kort gezegd dat de curator zich gedurende een redelijke termijn – die aanvangt daags na de faillietverklaring en ten aanzien van een professionele stille pandhouder als een bank in het algemeen is te stellen op veertien dagen – onthoudt van op inning van de verpande vorderingen gerichte activiteiten.[221] Ook als de stil pandhouder de curator mededeelt dat hij tot uitoefening van zijn rechten wenst over te gaan, dient de curator zich van (verdere) actieve inning te onthouden.[222] Wordt de stil verpande vordering in strijd met het voorgaande toch betaald aan de boedel als gevolg van 'verboden' actieve inning door de curator, dan "heeft de pandhouder voor afdracht aan hem van het aldus ontvangene – in het verlengde van hetgeen in voormeld arrest van 17 februari 1995 [*Mulder q.q./CLBN*; FJLK] is overwogen – een

214 R.I.V.F. Bertrams, 'Betaling van stil verpande vorderingen op een rekening van de gefailleerde pandgever na datum faillietverklaring', *WPNR* 1993/6117, p. 960.

215 Asser/Mijnssen & Van Velten, *Zakenrecht. Zekerheidsrechten* 3-III, 12e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 131, p. 115-118.

216 A. van Hees, 'Stil verpande vorderingen en faillissement van de pandgever', *NTBR* 1993/8, p. 223-224.

217 Reehuis 1994, p. 321.

218 A-G Hartkamp vóór HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*), onder 10.

219 A-G Hartkamp vóór HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*), onder 15.

220 Van Galen 1997, p. 604 en voetnoot 32 aldaar leidt uit de door de Hoge Raad gemaakte vergelijking met de verkoop door de curator van een verpande roerende zaak af dat de Hoge Raad inning als een vorm van executie aanmerkt. Op p. 605 schrijft hij dat hij liever had gezien dat de Hoge Raad zijn beslissing in *Mulder q.q./CLBN* had onderbouwd met de redenering dat nu het geld binnenkomt bij de pandhouder, de executie aan de pandhouder is toe te rekenen.

221 HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*), rov. 4.1.3, waar de Hoge Raad de regel uit HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/520 m.nt. PvS (*ING/Verdonk q.q.*), rov. 3.4 herhaalt.

222 HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*), rov. 4.1.4.

boedelvordering met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang."[223] Ook hier behoudt de (voormalig) pandhouder een versterkt recht op de opbrengst.

Geen behoud van voorrang op het door de pandgever geïnde buiten faillissement[224]
In de literatuur is de vraag opgekomen of de hierboven besproken regel dat de pandhouder zijn voorrang op het geïnde behoudt in het faillissement van de pandgever ook buiten faillissement geldt. In haar bespreking van het arrest *Mulder q.q./CLBN* beantwoordde Rank-Berenschot die vraag, ondanks haar vaststelling dat er in tegenstelling tot in faillissement "[…] bij inning door de pandgever buiten faillissement in beginsel geen sprake [is] van verhaal door de pandhouder", bevestigend. Volgens haar zou het eventuele faillissement van de pandgever geen rol mogen spelen en het faillissement speelt in de motivering van *Mulder q.q./CLBN* ook geen rol. Volgens Rank-Berenschot verkrijgt de pandhouder op het moment van betaling van de verpande vordering "een aan zijn vorderingsrecht verbonden recht op voorrang bij verhaal."[225] Vervolgens noemt zij drie aan deze uitkomst klevende bezwaren: ten eerste moet dat recht op voorrang verwezenlijkt worden door een daad van verhaal,[226] ten tweede is het onduidelijk of het om een voorrecht met een met het pandrecht overeenkomende rang of om een geheel niet door tijd bepaald voorrecht gaat, en tot slot noemt zij het gevaar dat het voorrangsrecht in botsing komt met een ander voorrangsrecht, bijvoorbeeld van de bank die een pandrecht heeft op het bij hem aangehouden saldo waaronder het geïnde.[227]

Andere auteurs verdedigden evenwel dat de pandhouder zijn recht van voorrang verliest als de niet-failliete pandgever de stil verpande vordering int en ten gevolge daarvan het pandrecht teniet gaat.[228] Ter onderbouwing van die stelling werd ten eerste aangedragen dat de pandhouder buiten faillissement de door inning gerealiseerde opbrengst in handen van de pandgever laat zodat laatstgenoemde zijn bedrijfsactiviteiten kan voortzetten en nieuwe te verpanden vorderingen kan laten ontstaan. Nu er geen verhaalsuitoefening plaatsvindt, zou er geen behoefte zijn aan een voorrecht voor

223 HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*), rov. 4.3.3. Zie uitgebreider hierna hoofdstuk 11, par. 11.4.2.

224 Delen van de tekst uit deze alinea zijn eerder gepubliceerd in *WPNR* 2016/7090, p. 25-26, alwaar tevens is verdedigd dat stille pandhouders van vorderingen na het intreden van verzuim in de zin van art. 3:248 lid 1 BW van de pandgever een overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW met de pandgever kunnen sluiten inhoudende dat de pandgever de stil verpande vorderingen (passief) int voor de executerende pandhouder. De pandhouder heeft dan voorrang op het geïnde, omdat dat te gelden heeft als executieopbrengst. Daartegen: J.W.A. Biemans, *WPNR* 2016/7102, p. 282-283, met naschrift op p. 283-284.

225 Rank-Berenschot 1995, p. 152, die daar voorts opmerkt dat als haar kwalificatie juist is, "er buiten titel 3.10 om een bijzonder voorrecht is geïntroduceerd: het voorrecht van de stil pandhouder op vorderingen." Zij laat art. 3:278 lid 2 BW, dat onder meer bepaalt dat voorrechten alleen uit de wet ontstaan, evenwel onbesproken.

226 Het verschil tussen een pandrecht en een voorrecht is dat een pandrecht een zelfstandig recht van verhaal behelst en een voorrecht niet. Zie De Jong 1999, p. 38-39.

227 Rank-Berenschot 1995, p. 152-153. Zie ook Rank-Berenschot 1997a, p. 62-64.

228 L.P. Broekveldt, 'Vragen van samenloop en voorrang tussen (stil) pandrecht en derdenbeslag op vorderingen', *TCR* 1999/3, p. 45; De Jong 1999, p. 38; W.M. Kleijn onder HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*) onder 3.

de (voormalig) pandhouder op het geïnde.[229] Ten tweede is er bij inning van een stil verpande vordering buiten faillissement door de pandgever "geen sprake […] van een gerealiseerde executie-opbrengst in de zin van art. 3:277 lid 1 BW, zodat van voorrang op de executie-opbrengst evenmin gesproken kan worden."[230]

In *Rabo/Knol q.q.* beantwoordde de Hoge Raad de vraag of de pandhouder voorrang op het geïnde behoudt indien de pandgever de vordering vóór faillissement int ontkennend. Hij overwoog daartoe slechts dat er geen grond is de voorrangsregel uit *Mulder q.q./CLBN* ook toe te passen op het geval dat de pandgever een stil verpande vordering buiten faillissement int.[231]

Behoud van voorrang op het door de beslaglegger geïnde

Onder verwijzing naar *Mulder q.q./CLBN* oordeelde de Hoge Raad in *NBC/Sisal* dat de inning van een openbaar verpande vordering door een beslaglegger het tenietgaan van die vordering[232] en dus ook het daarop rustende pandrecht tot gevolg heeft.

> "Ondanks dit vervallen van het pandrecht behoudt de pandhouder zijn voorrang bij de verdeling van de opbrengst van de executie (vgl. HR 17 februari 1995, nr. 15 743, NJ 1996, 471, rov. 3.4.3).
>
> Dat bij de verdeling van de opbrengst met de rechten van aan de executant bekende pandhouders rekening moet worden gehouden, volgt onder meer uit art. 476a lid 2, aanhef en onder e, Rv. Ook in het geval waarin de openbaar pandhouder *niet zelf* executeert, komt hem het recht toe zijn rechten te doen gelden bij de verdeling van de opbrengst van de executie en uit die opbrengst naar zijn rang te worden voldaan." (curs. toegevoegd; FJLK)[233]

In de literatuur wordt aangenomen dat ook de voormalig stil pandhouder, die zijn pandrecht teniet ziet gaan door inning van de verpande vordering bij de derde-beslagene door de beslaglegger, zijn voorrang op het door de beslaglegger geïnde behoudt en kan effectueren door aanmelding bij de deurwaarder.[234]

---

229 A-G Hartkamp vóór HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*), onder 14; A-G Wesseling-van Gent vóór HR 12 juli 2002, *NJ* 2003/194 (*Rabobank/Knol q.q.*), onder 2.19. Zie ook Steneker 2004, p. 378 en de auteurs aldaar genoemd in voetnoot 15.

230 A-G Wesseling-van Gent vóór HR 12 juli 2002, *NJ* 2003/194 (*Rabobank/Knol q.q.*), onder 2.20. Zo ook: De Jong 1999, p. 38; S.C.J.J. Kortmann, 'Verrekening door de bank/stil pandhouder vóór of tijdens het faillissement van de pandgever, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Serie Onderneming en Recht deel 24, Deventer: Kluwer 2002, p. 393; Steneker 2004, §2, p. 377-378. Vgl. ook Pitlo/Reehuis 2012, nr. 833b, p. 605.

231 HR 12 juli 2002, *NJ* 2003/194 (*Rabobank/Knol q.q.*), rov. 3.5.

232 Dat stond in cassatie althans vast, zoals blijkt uit de rechtsoverweging genoemd in de volgende voetnoot.

233 HR 23 april 1999, *NJ* 2000/30 (*NBC/Sisal*) m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

234 Steneker 2004, p. 381-382 en de auteurs genoemd in voetnoot 55 aldaar; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 549, p. 480. Anders: Pitlo/Reehuis 2012, nr. 832c, p. 603.

7.5.5.2 Zaaksvervanging en behoud van voorrang op de opbrengst van een door de curator verkochte vuistloos verpande roerende zaak

Geen behoud van voorrang op de opbrengst na afstand van het pandrecht
In de jurisprudentie is ook het geval aan de orde gekomen dat de curator de opbrengst van een door hem verkochte vuistloos verpande roerende zaak onder zich krijgt. Daarbij rees de vraag welke rechten de (voormalig) pandhouder op de opbrengst kan doen gelden. Een analoge toepassing van de regel uit *Mulder q.q./CLBN* zou ertoe leiden dat de pandhouder zijn voorrang op de door de curator gerealiseerde opbrengst behoudt.

In *Wollie* oordeelde de Hoge Raad allereerst gelijk aan zijn oordeel in *Mulder q.q./CLBN* dat van zaaksvervanging geen sprake kan zijn:

> "Een pandrecht dat op roerende zaken is gevestigd zonder dat deze in de macht van de pandhouder zijn gebracht […] komt niet van rechtswege te rusten op de vordering tot betaling van de koopprijs van die zaken indien deze met toestemming van de pandhouder aan een derde worden verkocht."[235]

Voorts overwoog de Hoge Raad dat niet in viel te zien op welke andere grond de (voormalig) pandhouder zijn voorrangsrecht zou hebben kunnen behouden. Daarbij gaat het in *Mulder q.q./CLBN* doorslaggevende argument – onder het vóór 1992 geldende recht had de stille zekerheidscessionaris een aanspraak op het geïnde en bestaande financieringspatronen dienden onder het nieuwe BW te worden gecontinueerd – bij de verpanding van een roerende zaak niet op. Onder het vóór 1992 geldende recht kon de zekerheidseigenaar die 'zijn' roerende zaak door de zekerheidsgever of diens curator liet verkopen zich *niet* met voorrang verhalen op de betaalde koopprijs.[236]

De crux van het hier besproken arrest zit in het slot van de hierboven geciteerde rechtsoverweging. De door de pandhouder gegeven toestemming voor de verkoop had tot gevolg dat de pandhouder afstand had gedaan van zijn pandrecht, althans zijn pandrecht niet uitoefende. In cassatie stond vast dat de verkoop niet als 'executie' kon worden aangemerkt.[237] In de literatuur werd daarover onder meer opgemerkt dat nu het pandrecht bewust door de pandhouder is prijsgegeven, er minder reden is voor bescherming van de pandhouder.[238] Ook in een later arrest wenste de Hoge Raad de regels uit *Mulder q.q./CLBN* niet toe te passen, omdat de bank "[…] nu juist afstand [heeft] gedaan van haar recht van hypotheek, zodat het daaraan verbonden recht van voorrang eveneens kwam te vervallen."[239] Daar zit een cruciaal verschil met de door

235 HR 23 april 1999, *NJ* 2000/158 (*Wollie*), rov. 3.4. Het arrest staat ook wel bekend als *Van Gorp q.q./Rabo*.

236 HR 23 april 1999, *NJ* 2000/158 (*Wollie*), rov. 3.4. Zie ook A-G De Vries Lentsch-Kostense vóór *Wollie*, onder 14 en verwijzend naar HR 29 april 1988, *NJ* 1988, 984 m.nt. G.

237 HR 23 april 1999, *NJ* 2000/158 (*Wollie*), rov. 3.5.

238 Rank-Berenschot 1999, p. 116. In dezelfde zin: Spath 2010, nr. 133, p. 217-218.

239 HR 19 november 2004, *NJ* 2005/199 (*ING/Gunning q.q.*), rov. 3.12. In rov. 3.11 overweegt de Hoge Raad dat de bank een pandrecht had kunnen laten vestigen op de vordering tot betaling van de koopprijs of die vordering rechtstreeks aan haar had kunnen laten betalen. Zie ook Steneker 2012, nr. 44, p. 114.

de Hoge Raad ingezette lijn van *ING/Hielkema q.q.* en *Feenstra q.q./ING*, waarin de onderhandse verkoop door de pandgever wél als executoriale verkoop kan worden aangemerkt.[240] Men zou dan kunnen zeggen dat nu de pandhouder zijn pandrecht niet prijsgeeft, er wél reden is om hem te beschermen. Na deze uitspraken zie ik opnieuw ruimte om in ieder geval behoud van voorrang op de opbrengst en eventueel zaaksvervanging te bepleiten in het geval van *executoriale* verkoop van roerende zaken.

Behoud van voorrang op de door een ander dan de vuistloos pandhouder gerealiseerde executieopbrengst

Een aanwijzing voor de gedachtegang dat de pandhouder die zijn pandrecht niet prijsgeeft zijn voorrang behoudt in geval van executie van de verpande roerende zaak door een ander dan hemzelf, kan gevonden worden in het arrest *De Jong/KBC*.[241] In dit arrest ging het kort gezegd om een pandhouder (KBC Bank N.V.) die niet wist dat zij pandhouder was maar in de veronderstelling was dat zij een hypotheekrecht had. Om haar moverende redenen[242] besloot zij posterieure executoriale beslagleggers te voldoen en de door hen reeds aangevangen executie voort te zetten uit hoofde van subrogatie. Bij de verdeling van de executieopbrengst ontstaat een geschil tussen KBC en De Jong, een andere crediteur. De Jong meent dat KBC executeerde als lager gerangschikte beslaglegger en dat het hogere pandrecht van KBC als gevolg van art. 3:248 lid 3 BW is blijven bestaan. Dat artikel bepaalt dat een lager gerangschikte pandhouder of beslaglegger het verpande goed slechts kan verkopen met handhaving van de hoger gerangschikte pandrechten. Als het pandrecht blijft bestaan, dan kan de pandhouder niet worden aangemerkt als "beperkt gerechtigde […] wiens recht door de executie is vervallen" in de zin van art. 480 Rv en kan KBC niet als pandhouder opkomen bij de verdeling van de opbrengst. Nu KBC bij de executoriale verkoop haar pandrecht onvermeld liet[243] – zij was immers in de veronderstelling dat zij geen pandrecht had –, kon zij haar pandrecht gezien art. 3:86 lid 2 BW niet inroepen jegens de koper. Het vervallen van het pandrecht door de werking van art. 3:86 lid 2 BW kan vervolgens niet worden aangemerkt als verval 'door de executie'.[244] KBC zou dan met lege handen staan en De Jong met volle(re). De Hoge Raad overwoog echter:

> "Art. 3:248 lid 3 BW bepaalt dat een lager gerangschikte pandhouder of beslaglegger het verpande goed slechts kan verkopen met handhaving van de hoger gerangschikte pandrechten. Deze bepaling ziet op het geval waarin sprake is van enerzijds een beslaglegger of een

240 Zo ook: Steneker 2014, par. 3, p. 916. Vgl. voorts F.M.J. Verstijlen onder HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 (*Feenstra q.q./ING*), onder 4: "[…] hier geen afstand maar juist uitoefening van het pandrecht." en onder 12: "[…] de strenge regels van *Wollie* staan nog steeds, maar het zal wel niet snel meer tot toepassing ervan komen."

241 HR 28 februari 2014, *NJ* 2015/192 m.nt. K.F. Haak & A.I.M. van Mierlo (*De Jong/KBC*).

242 Verstijlen 2014, p. 432 leidt uit het arrest *a quo* af dat er sprake was van tijdsdruk en de inschatting van KBC dat zij na executie als beslaglegger als hypotheekhouder via zuivering (art. 578 Rv) het hare zou krijgen.

243 Rov. 2.31 van het tussenarrest van het Hof, kenbaar uit *NJ* 2015/192.

244 A-G Rank-Berenschot vóór HR 28 februari 2014, *NJ* 2015/192 m.nt. K.F. Haak & A.I.M. van Mierlo (*De Jong/KBC*), onder 4.12.

> lager gerangschikte pandhouder en anderzijds een hoger gerangschikte pandhouder, en dus niet op het zich hier voordoende geval van een pandhouder die verkoopt als beslaglegger zonder melding te maken van zijn pandrecht. Art. 3:248 lid 3 BW is daarom niet van toepassing. Hiervan uitgaande heeft het hof zonder schending van enige rechtsregel kunnen oordelen dat KBC bij de rangregeling dient te worden aangemerkt als een beperkt gerechtigde wiens recht door de executie is vervallen in de zin van art. 480 Rv."[245]

De uitkomst van het arrest is dat KBC haar uit haar pandrecht voortvloeiende voorrang op de executieopbrengst behoudt. Onduidelijk is wat de reikwijdte van het arrest is.

Enerzijds bestaat de mening dat *De Jong/KBC* slechts ziet op het (onwaarschijnlijke) geval dat een pandhouder verkoopt als beslaglegger zonder melding te maken van zijn pandrecht. Zo schrijft Van Mierlo dat de Hoge Raad "[…] een uitleg aan art. 3:248 lid 3 BW [geeft] die niet met zoveel woorden uit deze bepaling volgt, maar die in het onderhavige geval leidt tot een in mijn ogen alleszins rechtvaardige uitkomst van het geschil."[246] Van Mierlo stelt zich vervolgens op het standpunt dat uit het arrest van de Hoge Raad niet kan worden afgeleid dat "de (stilzittende) pandhouder in geval van executoriale verkoop van de verpande zaak door een lager gerangschikte schuldeiser moet worden aangemerkt als een beperkt gerechtigde wiens recht door de executie – i.e. door de werking van art. 3:86 lid 2 BW – is tenietgegaan." De (voormalig) hoger gerangschikte pandhouder kan dus na een executie door een lager gerangschikte beslaglegger niet meedelen in de executieopbrengst én zal zijn pandrecht door de werking van art. 3:86 lid 2 BW hebben verloren.[247]

Anderzijds treft men in de literatuur de opvatting aan dat het arrest wel een algemene regel behelst. In het verlengde van *NBC/Sisal* meent Verstijlen dat een pandhouder die als gevolg van *een* executie zijn recht verliest, kan opkomen bij de verdeling van de executieopbrengst.[248] Die gedachtegang komt overeen met de dogmatische verklaring voor het toekennen van voorrang door de Hoge Raad, zoals verwoord in de literatuur voor en over *Mulder q.q./CLBN*. Zoals gezegd komt die redenering erop neer dat de inning van een stil verpande vordering door de curator als executie kan worden aangemerkt, en dat de (voormalig) pandhouder voorrang heeft op de daarmee gerealiseerde executieopbrengst. Een en ander zou betekenen dat de vuistloos pandhouder van een roerende zaak (die zijn pandrecht verliest door art. 3:86 lid 2 BW) zijn voorrang bij de verdeling van de executieopbrengst niet alleen behoudt bij executie door een lager gerangschikte beslaglegger, maar ook bij executie door de curator in het faillissement

245 HR 28 februari 2014, *NJ* 2015/192 m.nt. K.F. Haak & A.I.M. van Mierlo (*De Jong/KBC*), rov. 4.3.

246 A.I.M. van Mierlo onder HR 28 februari 2014, *NJ* 2015/192 (*De Jong/KBC*), onder 2, die vervolgt: "Het zou naar mijn mening bepaald ongelukkig zijn geweest als KBC in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval […] bij de verdeling van de executieopbrengst zou ten achter staan bij concurrent schuldeiser De Jong."

247 A.I.M. van Mierlo onder HR 28 februari 2014, *NJ* 2015/192 (*De Jong/KBC*), onder 5, die er voorts onder verwijzing naar *NBC/Sisal* expliciet op wijst dat bij de inning door een executoriale beslaglegger van een stil verpande vordering de pandhouder wél zijn voorrang bij de verdeling van de opbrengst behoudt.

248 Verstijlen 2014, p. 436. Zie ook J.A. Kinderman, 'De als beslaglegger executerende pandhouder', *TvI* 2014/41, p. 232.

van de pandgever.[249] De (voormalig) pandhouder heeft dan wel – wederom geheel in overeenstemming met de beslissing uit *Mulder q.q./CLBN* – mee te delen in de omslag van de faillissementskosten.[250] Inmiddels kan worden gewezen op een vonnis van de rechtbank Noord-Nederland. Zij kwam tot het oordeel dat de curator een vuistloos verpande roerende zaak "op eigen titel onderhands aan een derde heeft verkocht, met als gevolg dat de verkoopopbrengst in de boedel valt. Op die verkoopopbrengst kan Friesland Bank haar voorrang als pandhoudster doen gelden (artikel 3:278 lid 1 jo. artikel 3:279 BW)."[251]

7.5.5.3 Leidt 'executie' altijd tot behoud van voorrang van de pandhouder?

De gemene deler van de arresten *Mulder q.q./CLBN, NBC/Sisal* en *De Jong/KBC* is dat de Hoge Raad tot doel lijkt te stellen de gevolgen voor de voormalig pandhouder van het verlies van het pandrecht te mitigeren, door behoud van voorrang op de executieopbrengst aan te nemen. De vraag hoe de arresten zich tot elkaar verhouden, is niet gemakkelijk te beantwoorden. Onomstreden is dat de Hoge Raad in *Mulder q.q./CLBN* een principiële beslissing heeft willen geven. Voor de andere arresten staat dat niet vast. In *NBC/Sisal* en *De Jong/KBC* waren de feiten zo uitzonderlijk – het ging om een door de deurwaarder geïnde *openbaar* verpande vordering respectievelijk een pandhouder die zich niet van die hoedanigheid bewust was en als posterieure beslaglegger executeerde – dat de mogelijkheid van *Einzelfallgerechtigkeit* niet kan worden uitgesloten. In ieder geval staat met deze arresten vast dat de pandhouder zijn voorrang ook kan behouden als hij *niet zelf* executeert.

Naast de vaststelling dat het onduidelijk is of 'executie' in alle gevallen tot behoud van voorrang leidt, rijst ook de vraag of het wenselijk is dat de pandhouder zijn voorrang behoudt indien een ander dan hijzelf het pandobject executeert. Het antwoord op die vraag dient wat mij betreft bevestigend te worden beantwoord. Als een verpand goed wordt geëxecuteerd, betekent dat hoogstwaarschijnlijk dat de pandgever een vordering niet vrijwillig heeft kunnen voldoen. Het is niet voor niets dat in de kredietdocumentatie in de regel zal zijn opgenomen dat de pandhouder executiebevoegd wordt zodra het pandobject beslagen wordt, door te bepalen dat de gesecureerde vordering in dat geval terstond en volledig opeisbaar is en de schuldenaar in verzuim komt als hij de vordering niet voldoet.[252] Daarnaast zal de plicht bedongen zijn dat de pandgever de pandhouder over een eventueel beslag direct informeert.[253] Ook het faillissement van de schuldenaar zal in de regel de executiebevoegdheid van de pandhouder doen ontstaan. Het goederenrechtelijke zekerheidsrecht van de pandhouder strekt ertoe zich uiteindelijk op de opbrengst van het pandobject te kunnen verhalen. Daarmee strookt niet dat hem verhaal in het geval van executie door een ander dan hemzelf wordt ontnomen.

249 Verstijlen 2014, p. 437-439.
250 Verstijlen 2014, p. 440.
251 Rb. Noord-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2309, rov. 4.9. Tegen het vonnis is geen hoger beroep ingesteld.
252 A.I.M. van Mierlo onder HR 28 februari 2014, *NJ* 2015/192 (*De Jong/KBC*), onder 3.
253 *Ibid*.

7.5.5.4 Behoud van voorrang op de in het vermogen van de pandgever of de boedel gevloeide opbrengst na oneigenlijke lossing

In faillissement

Als wij terugkeren naar de te beantwoorden vraag – wat is het recht van de pandhouder op de bij een oneigenlijke lossing gerealiseerde opbrengst? – dan rijst de vraag of de pandhouder in dat geval zijn voorrang op de executieopbrengst behoudt. Vastgesteld kan worden dat de in de vorige paragraaf behandelde eventuele bezwaren tegen behoud van voorrang op de executieopbrengst hier niet opgaan. Bij oneigenlijke lossing is er immers sprake van *pand*executie en *géén* sprake van executie door een ander dan de pandhouder. Het is immers de pandhouder zelf die zijn recht van parate executie als bedoeld in art. 3:248 lid 1 BW uitoefent, aldus de Hoge Raad.

De in de literatuur verdedigde redenering die ten grondslag ligt aan de regel in *Mulder q.q./CLBN* – het geïnde heeft te gelden als (executie-)opbrengst en daar heeft de pandhouder voorrang op – kan de door middel van art. 3:251 lid 2 jo. 3:248 lid 1 BW executerende pandhouder ook hier van dienst zijn. Bij de pandexecutie van een roerende zaak is het voortbestaan van het recht van voorrang op de opbrengst de normale gang van zaken. Bij een 'normale' executie via de hoofdroute van de openbare verkoop (art. 3:250 BW) gaat dat als volgt. In de systematiek van art. 3:248 lid 1 jo. 3:227 lid 1 BW verhaalt de pandhouder zich met voorrang op de opbrengst. Na executie resteert het recht van voorrang op de opbrengst. Ook als de pandhouder en de pandgever ingevolge art. 3:251 lid 2 BW een onderhandse verkoop zijn overeengekomen en die overeengekomen onderhandse verkoop door de pandgever geschiedt ten behoeve van de pandhouder, oefent de pandhouder – anders dan in *Wollie* – zijn recht van parate executie uit als bedoeld in art. 3:248 lid 1 BW, aldus de Hoge Raad.[254] Volgens het systeem van de wet is het dan strikt genomen de executerende pandhouder die de opbrengst realiseert. Volgens datzelfde systeem mag hij zich vervolgens met voorrang verhalen op de door hem gerealiseerde opbrengst. In de woorden van de Hoge Raad: "Door middel van deze (wijze van) executoriale verkoop oefent de bank haar recht uit zich met voorrang op de executieopbrengst van de winkelvoorraad te verhalen."[255] Voor de vuistloos pandhouder die een roerende zaak executeert door middel van een oneigenlijke lossing is het ditmaal niet de positie van de zekerheidseigenaar onder het oude BW, maar de systematiek van het pandrecht onder het nieuwe BW die zijn verhaalspositie verstevigt.

Nu het niet, zoals in *Mulder q.q./CLBN*, gaat om executie door de curator maar om executie door de pandhouder, wordt de positie van de pandhouder nog verder verstevigd. Nu het bij oneigenlijke lossing om executie in de zin van art. 3:248 lid 1 BW gaat, executeert de pandhouder 'alsof er geen faillissement was' (art. 57 Fw). Dit heeft tot gevolg dat hij niet hoeft mee te delen in de faillissementskosten. Art. 182 lid 1 Fw bepaalt immers onder meer dat de algemene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel van de boedel, met uitzondering van hetgeen na een executie overeenkomstig artikel 57 Fw toekomt aan de pandhouder indien er geen schuldeiser is die

254 HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Hielkema q.q.*), rov. 3.4; HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*), rov. 3.3.2.

255 HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*), rov. 3.4.2.

boven de pandhouder bevoorrecht is. De curator dient ervoor zorg te dragen dat hij een vergoeding bedingt voor de kosten die met de verkoop gepaard gaan. De overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW lijkt daarvoor de aangewezen plaats.

Wel bestaat het gevaar dat de door de feitelijk verkopende curator gerealiseerde opbrengst in de boedel vloeit. De (voormalig) pandhouder moet dan wel meedelen in de algemene faillissementskosten.[256] Dat lijkt mij een onwenselijk verschil met een 'normale' executie (art. 3:250 BW), waar de pandhouder zich als separatist op de opbrengst kan verhalen. De oneigenlijke lossing is er immers op gericht een hogere opbrengst te genereren, hetgeen alle belanghebbenden ten goede komt. Om deze onzekerheid weg te nemen, komt het mij wenselijk voor de (voormalig) pandhouder een goederenrechtelijke aanspraak op de executieopbrengst toe te kennen (voor het geval dat de opbrengst zich niet in zijn handen bevindt).

Buiten faillissement

De aanspraak van de (voormalig) pandhouder buiten faillissement op de onder de pandgever bevindende opbrengst lijkt in de literatuur te worden gekwalificeerd als een verbintenisrechtelijke verplichting van de pandgever om de opbrengst af te dragen.[257] Gezien het voorgaande rijst echter de vraag of de (voormalig) pandhouder een voorrangsrecht toekomt. Ook als de pandhouder en de pandgever buiten faillissement ingevolge art. 3:251 lid 2 BW een (door de pandgever uitgevoerde) onderhandse verkoop zijn overeengekomen, oefent de pandhouder zijn recht van parate executie uit als bedoeld in art. 3:248 lid 1 BW. Zoals wij zagen mag de pandhouder zich in het systeem van art. 3:248 lid 1 jo. 3:227 lid 1 BW na de verkoop vervolgens met voorrang op de opbrengst verhalen. Daar komt bij dat de in de vorige paragraaf besproken, aan *Rabo/Knol q.q.* voorafgegane argumenten die tegen het toekennen van behoud van voorrang op het buiten faillissement door de stille pandgever geïnde pleiten, hier niet opgaan. Zo zal de opbrengst van de onderhandse executie – in tegenstelling tot het door de niet-failliete pandgever geïnde – niet gebruikt worden om de bedrijfsactiviteiten voort te zetten en nieuwe te verpanden vorderingen te laten ontstaan. In dit geval is er immers wél sprake van verhaalsuitoefening: de niet-failliete pandgever is kennelijk in verzuim hetgeen rechtvaardigt dat de pandhouder tot executie overgaat (art. 3:248 lid 1 BW). Voorts heeft de opbrengst hier, zoals eerder bleek, wél te gelden als (uit een pandexecutie voortvloeiende) executieopbrengst. De (voormalig) pandhouder heeft dus voorrang op de zich in de handen van de niet-failliete pandgever bevindende opbrengst. Het probleem voor de pandhouder is dat hij zijn verhaalsrecht heeft geëffectueerd, maar het verhaal niet kan voltooien. De executieopbrengst bevindt zich immers niet in zijn handen.[258]

256 Zie HR 5 november 1993, *NJ* 1994/258 m.nt. W.M. Kleijn (*Dutch Air/De Bary*).

257 F.M.J. Verstijlen onder HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Hielkema q.q.*) onder 9; Van Bergen 2014, par. 3, p. 921.

258 Een voorrecht op de executieopbrengst, analoog aan het door Rank-Berenschot vóór *Rabo/Knol q.q.* verdedigde voorrecht op het door de niet-failliete pandgever op een stil verpande vordering geïnde, acht ik zeer onwaarschijnlijk. Een nadeel van een dergelijk voorrecht is dat het (nogmaals) geëffectueerd moet worden door een daad van verhaal. Zie hierboven par. 7.5.5.1 bij voetnoot 227.

Vanwege de hiervoor aangedragen reden dat de oneigenlijke lossing een hogere opbrengst tracht te genereren en dat dat uiteindelijk alle belanghebbenden ten goede komt, meen ik dat de (voormalig) pandhouder in staat dient te worden gesteld om zich met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang op de executieopbrengst te kunnen verhalen. Daarom zou ook buiten faillissement een goederenrechtelijke aanspraak voor de (voormalig) pandhouder wenselijk zijn.

7.5.6 Vermogensafscheiding en de executieopbrengst

Behoud van voorrang op de executieopbrengst kan de voormalig pandhouder soelaas bieden indien die executieopbrengst zich in handen van de curator bevindt. Gezien genoemde onzekerheden loont het andere opties te onderzoeken die de voormalig pandhouder van dienst kunnen zijn. In deze paragraaf wordt de mogelijkheid tot vermogensafscheiding – de opbrengst behoort niet tot het vermogen van de pandgever of de boedel – onderzocht.

7.5.6.1 Overgang van de (vordering tot betaling van de) executieopbrengst op grond van art. 7:420 BW

Zoals hierboven (par. 7.3.2) naar voren kwam, dient de pandgever of diens curator in het geval van oneigenlijke lossing in de meeste gevallen als lasthebber van de pandhouder te worden aangemerkt. De pandgever of diens curator verkoopt als lasthebber in eigen naam ten behoeve van de pandhouder en oefent daarbij diens rechten uit. De bij een oneigenlijke lossing benodigde, tussen pandhouder en pandgever of diens curator gesloten overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW zal dan tevens als een (al dan niet stilzwijgend tot stand gekomen) overeenkomst tot lastgeving kwalificeren.

Die kwalificatie als ‘lasthebber’ biedt voordelen. De (voormalig) pandhouder die de feitelijke beschikking over de executieopbrengst wil verkrijgen, kan onder omstandigheden een beroep doen op art. 7:420 BW.[259] Het eerste lid van dit artikel luidt:

> “Indien een lasthebber die in eigen naam een overeenkomst heeft gesloten met een derde, zijn verplichtingen jegens de lastgever niet nakomt, in staat van faillissement geraakt of indien ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing wordt verklaard, kan de lastgever de voor overgang vatbare rechten van de lasthebber jegens de derde door een schriftelijke verklaring aan hen beiden op zich doen overgaan, behoudens voor zover zij in de onderlinge verhouding tussen lastgever en lasthebber aan deze laatste toekomen.”[260,261]

259 In het uitzonderlijke geval dat de overeenkomst niet valt onder de kwalificatie van een overeenkomst tot lastgeving, biedt de van overeenkomstige toepassing verklaring van art. 7:420 BW door art. 7:424 lid 1 BW wellicht soelaas.

260 Zie over het vereiste van ‘niet nakomen’ en ‘insolventie’: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 257, p. 222 respectievelijk nr. 259, p. 223.

261 Achter deze regeling gaat een uitgebreide en interessante rechtsontwikkeling schuil. Onder het oude recht kende de lastgever bijzondere (goederenrechtelijke) bescherming in art. 240 lid 2 WvK. In de literatuur (o.a. door Molengraaff) werd die bepaling zo gelezen dat de lastgever de door de curator in het faillissement van de lasthebber van de derde ontvangen koopprijs als separatist kon opvorderen.

Toegepast op de oneigenlijke lossing geldt het volgende. Materieel komen de rechten uit de koopovereenkomst toe aan de lastgever/pandhouder, terwijl de pandgever/lasthebber of diens curator/lasthebber juridisch gezien partij is bij de in eigen naam gesloten overeenkomst met de derde/executiekoper.[262] De lastgever/pandhouder is primair belanghebbende bij de verkoop.[263] De ratio achter de regeling van art. 7:420 BW is dat niet alleen de nadelen, maar ook de voordelen van de door de lasthebber uitgevoerde koop of verkoop aan de lastgever dienen toe te komen. Bij een opgedragen koop of verkoop "is het billijk de committent[/lastgever; FJLK] een bijzonder recht als schuldeiser van de commissionair[/lasthebber; FJLK] te verzekeren en hem niet op één lijn te stellen met andere schuldeisers.[264]

Mijns inziens geldt bij oneigenlijke lossing het volgende. Het niet uitkeren van de executieopbrengst door de pandgever of diens curator aan de (voormalig) pandhouder heeft te gelden als het 'niet nakomen' van zijn verplichting jegens de lastgever in de zin van art. 7:420 BW. Ook als de pandgever/lasthebber na een uitgevoerde oneigenlijke lossing failleert, heeft het artikel toepassing. Weliswaar eindigt zonder andersluidende afspraak in dat geval de lastgeving (art. 7:422 lid 1 onder b BW), maar de reeds vóór faillissement ontstane rechten uit de lastgevingsovereenkomst blijven bestaan.[265] Art. 7:420 BW kan dus van toepassing zijn bij het niet afdragen van de executieopbrengst aan de (voormalig) pandhouder. Vervolgens moeten onderscheiden worden de situaties dat (i) de koopprijs nog niet is voldaan en de vordering op de koper dus nog bestaat en (ii) de de koopprijs wel is betaald en de vordering op de koper dus niet meer bestaat.

Bij een oneigenlijke lossing gaat het om een executoriale *verkoop* van het verpande goed. Art. 7:420 BW ziet op de overgang van contractuele rechten, zoals de vordering tot betaling van de koopprijs.[266] De overgang kan worden bewerkstelligd door een daartoe strekkende schriftelijke verklaring aan zowel de lasthebber/pandgever als de derde/executiekoper en werkt vanaf het moment dat zij hen beiden heeft

Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 353 en de verwijzingen in voetnoot 1 aldaar. Art. 1192a lid 2 BW (oud) kende de oorspronkelijke verkoper een recht op de koopprijs toe in geval van doorverkoop van zijn koper aan een derde. Zie ook HR 29 april 1988, *NJ* 1988, 984 (*Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank BA/De Bruyn BV*) m.nt. W.C.L. van der Grinten. Een dergelijke regel heeft het het nieuwe BW niet gehaald, onder meer omdat onduidelijkheid zou bestaan over de vraag of het recht van de oorspronkelijke verkoper op de koopprijs sterker zou moeten zijn dan een eventuele cessie of verpanding bij voorbaat van die koopprijs door de doorverkoper. Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 290. Die vraag rijst bij de toepassing van art. 7:420 BW net zozeer. Bij de in dit hoofdstuk aan de orde zijnde problematiek zal een eventueel door de pandgever bij voorbaat gevestigd pandrecht op de koopprijs vaak gevestigd zijn ten behoeve van dezelfde pandhouder die een pandrecht op de verkochte roerende zaak had, waarna het pandrecht door vermenging teniet gaat. Bij een door de curator uitgevoerde oneigenlijke lossing kan een pandrecht op de koopprijs gezien het faillissement niet meer tot stand komen.

262 Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 246, p. 214; nr. 252, p. 219.

263 TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 353.

264 TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 353. Zie ook Van der Grinten 1993, nr. 43, p. 52.

265 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 259, p. 223.

266 Van der Grinten 1993, nr. 39, p. 47.

bereikt (art. 3:37 lid 3 BW).[267] De derde/executiekoper behoudt zijn verweermiddelen (art. 6:145 BW).[268] Als de pandhouder/lastgever niet bekend is met de identiteit van de executiekoper/derde, dan is de pandgever/lasthebber gehouden de naam van de derde op verzoek van de pandhouder mede te delen (art. 7:420 lid 3 BW). Zodoende is de pandhouder alsnog in staat mededeling te doen. Blijkens de wettekst moet het gaan om 'voor overgang vatbare rechten jegens de derde'. Volgens de literatuur wordt met 'voor overgang vatbaar' bedoeld 'voor overdracht vatbaar' en het betreft een overgang onder bijzondere titel op grond van de wet (art. 3:80 lid 3 BW).[269] Het moet dus gaan om een krachtens de wet, de aard van het recht of partijbeding onoverdraagbare vordering tot betaling van de koopprijs (art. 3:83 lid 1 en 2 BW). Cruciaal voor het recht van de voormalig pandhouder op de executieopbrengst is dat het om een recht 'jegens een derde' dient te gaan. In het geval van oneigenlijke lossing betekent dat dat de vordering tot betaling van de koopprijs op de executiekoper over kan gaan. De koper is dan de 'derde' in de zin van art. 7:420 lid 1 BW.

Heeft de koper de koopprijs al betaald en bevindt de executieopbrengst zich bijvoorbeeld op een bankrekening van de pandgever, dan lijkt het onzeker of de vordering van de pandgever/lasthebber op de bank kan overgaan op de pandhouder/lastgever. De bank waar de rekening wordt aangehouden is geen 'derde' in de zin van art. 7:420 lid 1 BW. Wolfert schrijft dat de bepaling slechts toepasselijk is als "de bankrekening voor rekening van de belanghebbende [i.c. de pandhouder/lastgever; FJLK] is geopend; de rekeninghouder [i.c. de pandgever/lasthebber; FJLK] moet als middellijk vertegenwoordiger van de belanghebbende hebben gehandeld."[270] Dat lijkt mij in het kader van de afwikkeling van een koopovereenkomst in het kader van een oneigenlijke lossing onwaarschijnlijk. De koper zal op de 'gewone' rekening van de pandgever/lasthebber betalen. Strikt genomen is de regeling van art. 7:420 lid 1 BW dan niet van toepassing. De in deze paragraaf besproken optie lijkt de voormalig pandhouder dan ook slechts uitkomst te bieden indien de executiekoper de koopprijs nog niet heeft voldaan aan de verkopende pandgever/diens curator. Van der Grinten en Kortmann menen echter dat in het geval van het faillissement van de lasthebber een redelijke toepassing van de regeling van art. 7:420 meebrengt "dat de opdrachtgever met zijn verklaring, afgelegd na het tijdstip van het faillissement, kan bereiken dat de curator gehouden is gelden en zaken die hij tijdens het faillissement heeft ontvangen, aan de opdrachtgever af te dragen."[271] De curator die de executieopbrengst door betaling van de executiekoper onder zich heeft gekregen, zou dan na de aan hem gerichte en door hem ontvangen schriftelijke verklaring die executieopbrengst volledig aan de voormalig pandhouder moeten

267 Van der Grinten 1993, nr. 40, p. 49; Asser/Kortmann 2-I 2004, nr. 110, p. 124; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 266, p. 228, met andersluidende literatuurverwijzingen.

268 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 266, p. 229.

269 Asser/Kortmann 2-I 2004, nr. 110, p. 125; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 265, p. 227.

270 E.C.M. Wolfert, 'Van Slis-Stroom (1984) tot Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall (2003); het einde van een tijdperk?', *WPNR* 2003/6541, nr. 8 schrijft dat art. 7:420 lid 1 BW toepasselijk is als "de bankrekening voor rekening van de belanghebbende is geopend; de rekeninghouder moet als middellijk vertegenwoordiger van de belanghebbende hebben gehandeld."

271 Asser/Van der Grinten 2-I 1990, nr. 111, p. 98; Asser/Kortmann 2-I 2004, nr. 110, p. 125.

afdragen.[272] Het gegeven dat de lastgevingsovereenkomst eindigt door het faillissement doet aan de verplichting van de curator tot afdracht niets af, nu er sprake is van een 'restverplichting' uit die overeenkomst.[273] Ook het feit dat het faillissement leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van de failliet, doorkruist de hier verdedigde oplossing niet. De overgang van rechten is namelijk een overgang op grond van de wet, zodat het vereiste van beschikkingsbevoegdheid niet van belang is.[274] Dat betekent dat de overgang ook nog in het faillissement van de lasthebber door middel van het sturen van de schriftelijke verklaring aan de curator kan worden geëffectueerd. In de literatuur wordt over de wijze van overgang van rechten in faillissement op grond van art. 7:420 BW dan ook opgemerkt dat de lastgever in wezen de positie van separatist heeft.[275]

De conclusie is dat de voormalig pandhouder door middel van een schriftelijke verklaring aan de pandgever/diens curator ervoor kan zorgen dat (het vorderingsrecht op de koper dan wel de bank ten belope van) de executieopbrengst naar zijn vermogen overgaat.

7.5.6.2 Een aanspraak op de niet in het vermogen van de pandgever of de boedel gevloeide opbrengst

Een nadeel van de overgang van de executieopbrengst op grond van art. 7:420 BW is dat de executerende pandhouder actief en tijdig moet handelen. In de hier te bespreken benadering bestaat dit nadeel niet. Verstijlen meent dat de curator de op de faillissementsrekening ontvangen opbrengst moet doorbetalen aan de (voormalig) pandhouder. Hij schrijft verder:

> "Een rol speelt dat de betrokkenheid van de curator en de rechter-commissaris waarborgen biedt die analoog zijn aan die van de gerechtsdeurwaarder of de notaris bij een reguliere executie. Daarmede samenhangend, functioneert de faillissementsrekening tot op zekere hoogte op vergelijkbare wijze als een kwaliteitsrekening die door de notaris of gerechtsdeurwaarder wordt aangehouden. Dat opent de mogelijkheid de (voormalig) zekerheidsgerechtigde een goederenrechtelijk geaarde ('separatistische') aanspraak toe te kennen op de opbrengst van het verbonden goed."[276]

Ook voor het geval buiten faillissement waarin de pandhouder niet meer vrijelijk over zijn bankrekening kan beschikken en de pandhouder de opbrengst 'in zijn macht' heeft, neemt Verstijlen aan dat de bankrekening van de pandgever als een soort

272 In hoofdstuk 11 stel ik een systeem voor waarin de curator ook zonder mededeling de executieopbrengst die gestort is op de faillissementsrekening moet afdragen aan de pandhouder.

273 J.W.A. Biemans, 'Inning, betaling en afdracht bij stille cessie in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 453.

274 R.M. Wibier, 'Bescherming tegen insolvente incasso-bureaus op grond van art. 7:420 BW?', *WPNR* 2008/6749, p. 267-268.

275 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 578, p. 589; Asser/Kortmann 2-I 2004, nr. 109, p. 123: "Door een enkele mededeling kan hij een goed onttrekken aan de boedel."

276 F.M.J. Verstijlen onder HR 25 februari 2011, *NJ* 2012/74 (*ING/Hielkema q.q.*), onder 10.

kwaliteitsrekening functioneert.[277] In deze visie bevindt de executieopbrengst zich in een afgescheiden vermogen. Ook Vriesendorp lijkt een soortgelijke opvatting te aan te hangen. Hij schrijft naar aanleiding van *Feenstra q.q./ING* dat de zekerheidsgerechtigde 'zijn' opbrengst van de rekening van de curator mag opeisen, ook als de vordering tot betaling van de koopprijs niet aan de voormalig zekerheidsgerechtigde was verpand.[278]

Het idee dat de faillissementsrekening of de (geblokkeerde) bankrekening van de pandgever als kwaliteitsrekening functioneert kan als volgt worden uitgewerkt. In de kwaliteitsrekening-benadering bevindt de executieopbrengst zich in een afgescheiden vermogen. De parallel met de hierboven (par. 7.4.2) geformuleerde aanspraak van lager gerangschikte pandhouders of andere beperkt gerechtigden wiens recht door de executie is vervallen of beslagleggers op de op de kwaliteitsrekening gestorte restantexecutieopbrengst dringt zich op. Zoals wij daar zagen, heeft de Hoge Raad overwogen dat die opbrengst niet tot het vermogen van de geëxecuteerde behoort. De aanspraak op de kwaliteitsrekening is een voorwaardelijke vordering op toedeling van een aandeel in de gemeenschap zoals bedoeld in art. 3:166 lid 1 BW. Getransponeerd naar het geval dat de (voormalig) pandhouder de opbrengst in handen wil krijgen teneinde zich daarop te verhalen, biedt die benadering wellicht uitkomst. De door middel van een oneigenlijke lossing gerealiseerde executieopbrengst behoort niet tot het vermogen van de verkopende pandgever/diens curator, maar tot dat van de voormalig pandhouder ten behoeve van wie de gelden zijn bijgeschreven. Hij heeft een voorwaardelijke vordering op toedeling van een aandeel in de gemeenschap zoals bedoeld in art. 3:166 lid 1 BW. De pandgever heeft slechts een aandeel in de restantexecutieopbrengst onder de voorwaarde dat en voor zover daarvan na verdeling nog een overschot (surplus) resteert.

Een aanwijzing voor de in deze paragraaf besproken kwaliteitsrekening-benadering kan worden gevonden in het volgende. Kortmann en Steneker schrijven in hun noot onder het standaardarrest over de kwaliteitsrekening dat "[i]n de door de Hoge Raad gekozen benadering […] de kwaliteitsrekening een toepassing van de figuur van de privatieve last van art. 7:423 lid 1 BW [is]. De tussenpersoon oefent daarbij in eigen naam het vorderingsrecht van de belanghebbenden op de bank uit."[279] Zoals gezegd dient de pandgever of diens curator in het geval van oneigenlijke lossing in de meeste gevallen

277 F.M.J. Verstijlen onder HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264 (*Feenstra q.q./ING*), onder 10. In de in de vorige voetnoot genoemde bron haalt Verstijlen het veelbelovende citaat aan van Dirix dat "in handen van de bewindvoerder […] geen vermenging meer [kan] optreden." Zie E. Dirix, 'De bewindvoerder in het insolventierecht', in: H. Cousy e.a., *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne: Kluwer 2000, p. 536. Het citaat ziet op de uitwerking van de regel dat de (Belgische evenknie van de) curator de zekerheidsposities van schuldeisers niet in gevaar mag brengen. Het citaat wordt voorafgegaan door onder meer het voorbeeld dat het pandrecht niet tenietgaat na inning van een verpande vordering door de curator, maar dat het pandrecht op het geïnde komt te rusten. Daarmee lijkt de waarde van deze regel voor het geldende Nederlandse recht beperkt, nu voor zaaksvervanging een wettelijke grondslag vereist lijkt te zijn.

278 Vriesendorp 2014, p. 464-465. Vriesendorp spreekt over het hypotheekrecht, maar zijn standpunt geldt *mutatis mutandis* ook voor het pandrecht.

279 S.C.J.J. Kortmann & A. Steneker onder HR 13 juni 2003, *JOR* 2003/209 (*ProCall*) onder 5. Zie ook A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 183-184.

als lasthebber van de pandhouder te worden aangemerkt. Onderdeel van de last voor de pandgever of diens curator is dan, naast het verkopen van de verpande zaak, het in eigen naam uitoefenen van het vorderingsrecht van de executerende pandhouder op de bank (niet zijnde de pandhouder).

Het voordeel van de in deze paragraaf besproken benadering is dat de executerende pandhouder automatisch een ijzersterk recht op de zich niet in zijn handen bevindende executieopbrengst krijgt: de vordering op de bank ten belope van de executieopbrengst valt in het vermogen van de voormalig pandhouder. Het voorgaande biedt echter geen soelaas voor de situatie waarin buiten faillissement de opbrengst wél in het vermogen van de pandgever is gevloeid, bijvoorbeeld omdat de rekening van de pandgever niet geblokkeerd is.

7.5.7 Een goederenrechtelijke aanspraak op de in het vermogen van de pandgever of de boedel gevloeide opbrengst

Tot slot moet gewezen worden op de mogelijkheid dat de executieopbrengst zich niet in een afgescheiden vermogen bevindt, maar in het vermogen van de pandgever of de boedel is gevloeid. In dat geval kan een goederenrechtelijke aanspraak de (voormalig) pandhouder wellicht een dienst bewijzen. Vóór een goederenrechtelijke aanspraak op de opbrengst pleit dat de Hoge Raad tot tweemaal toe heeft overwogen dat de pandhouder 'zich als separatist op de opbrengst kan verhalen'.[280] Mocht er inderdaad een goederenrechtelijke aanspraak voor de pandhouder bestaan, dan rijst de vraag hoe die aanspraak kan worden gekwalificeerd. Een eventuele goederenrechtelijke aanspraak van de (voormalig) pandhouder op de opbrengst laat zich in twee gedaanten voorstellen: een revindicatoire aanspraak op de opbrengst en een (voortzetting van het) pandrecht op de opbrengst.

Art. 1196 BW (oud) bepaalde onder meer dat het pandrecht een recht is dat "aan den schuldeischer de bevoegdheid geeft om zich bij voorkeur boven andere schuldeischers uit die zaak te doen betalen." Land schreef over deze bepaling dat de pandhouder bevoegd is zichzelf na verkoop uit de opbrengst te betalen. Volgens Land is de wettekst "zich doen betalen" daarom minder juist. Hij merkt daarbij tevens op: "[D]e opbrengst vervalt dadelijk aan den pandhouder ; zij is hem als 't ware bij voorbaat overgedragen in betaling, voorzoover dat noodig zal blijken te zijn."[281] Land verwijst hierbij tevens naar Windscheid, die op zijn beurt schrijft: "An dem Kaufpreis erwirbt der Gläubiger durch Übergabe von seiten des Käufers Eigentum, und kann denselben zu seiner Befriedigung verwenden."[282] Zoals wij hiervoor zagen (par. 7.4.2), kent het Duitse recht onder meer een regel van eigendomsoverdracht met betrekking tot de opbrengst. Na verkoop van de verpande zaak wordt de (voormalig) pandhouder eigenaar van de door de executiekoper overgedragen opbrengst ten belope van de hoogte van zijn gesecureerde vordering (§ 1247 BGB). Naar het huidige Nederlandse recht heeft te gelden

280 Zie hierboven par. 7.5.3 en voetnoot 196.

281 N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Derde Deel, 2e herziene en vermeerderde druk, Haarlem: De Erven F. Bohn 1902, p. 329, voetnoot 4.

282 Windscheid § 237, nr. 4, 22a.

dat executerende pandhouder na verkoop van het verpande goed zich op de opbrengst daarvan mag verhalen door afhouding van het aan hem verschuldigde bedrag waarvoor hij pandrecht heeft (art. 3:248 lid 1 jo. 3:253 lid 1 BW). In dat geval wordt de opbrengst eigendom van de (voormalig) pandhouder.[283] Dat lijkt mij echter niet het geval indien de opbrengst zich niet in handen van de (voormalig) pandhouder bevindt. Van een revindicatoire aanspraak kan mijns inziens geen sprake zijn. Het huidige Nederlandse recht en de regeling van het pandrecht in titel 3.9 in het bijzonder kent onvoldoende aanknopingspunten om een revindicatoire aanspraak op de opbrengst aan te nemen.

Voor zaaksvervanging is vereist dat het zekerheidsrecht blijft bestaan tot het moment dat er een goed voor het (voormalige) zekerheidsobject in de plaats komt.[284] Dat laatste is sinds *Hielkema q.q./ING* en *ING/Feenstra q.q.* het geval: bij een overeengekomen verkoop door de pandgever of diens curator in de zin van art. 3:251 lid 2 BW oefent de pandhouder zijn recht van parate executie en dus zijn pandrecht uit. Er is dus geen 'onderbreking' meer tussen het pandrecht en de opbrengst. Zodoende heeft de Hoge Raad de weg geplaveid voor zaaksvervanging. Zoals hierboven (par. 7.4.3) bleek, kent het Duitse recht een dergelijke oplossing. Daar heeft de voormalige zekerheidseigenaar in het faillissement van de zekerheidsgever na executie door de daartoe exclusief bevoegde curator een goederenrechtelijke aanspraak uit zaaksvervanging op de door de curator gerealiseerde opbrengst. Het is mijns inziens echter twijfelachtig of de Hoge Raad een regel van zaaksvervanging aan heeft willen nemen of in de toekomst aan wil nemen zonder een wettelijke grondslag daarvoor te hebben. In *Mulder q.q./CLBN* en *Wollie* liep het daar immers (expliciet) op stuk.

7.5.8 Tussenconclusie

De veronderstelling in wet en literatuur dat de door pandexecutie gerealiseerde opbrengst zich in handen van de pandhouder bevindt, strookt niet meer met de door de Hoge Raad gesanctioneerde door de pandgever of diens curator uitgevoerde onderhandse executieverkoop. Indien de pandgever of diens curator *de facto* als verkoper optreedt, dan zal de opbrengst zonder nadere afspraken in handen van de pandgever of diens curator komen. De onder geldend recht mogelijke aanspraken van de voormalig pandhouder op de zich niet in zijn handen bevindende executieopbrengst zijn als volgt. De voormalig pandhouder behoudt in ieder geval in en buiten faillissement zijn voorrang op de executieopbrengst. Buiten faillissement staat het gebrek aan vermogensafscheiding in de weg aan verhaal op de executieopbrengst. De voormalig pandhouder kan op grond van art. 7:420 BW bewerkstelligen dat (het vorderingsrecht op de koper dan wel de bank ten belope van) de executieopbrengst naar zijn vermogen overgaat. Wellicht is een beroep op art. 7:420 BW onnodig, als wordt aangenomen dat de faillissementsrekening en onder omstandigheden de bankrekening van de pandhouder als een soort kwaliteitsrekening kan functioneren en dat daarom de executieopbrengst onverkort moet worden doorbetaald aan de voormalig pandhouder. Een laatste mogelijkheid is dat de executieopbrengst in het vermogen van de pandgever of de boedel

283 Zwalve 2014, p. 532.
284 Spath 2010, nr. 20, p. 32.

is gevloeid en de (voormalig) pandhouder die opbrengst door middel van een goederenrechtelijke aanspraak onder zich kan krijgen teneinde er verhaal op te nemen. Er zijn echter onvoldoende aanknopingspunten om een revindicatoire aanspraak op de opbrengst aan te nemen. Wel is de weg naar zaaksvervanging sinds *Hielkema q.q./ING* en *ING/Feenstra q.q.* geopend, maar een regel van zaaksvervanging voor de executieopbrengst ontbreekt. Een goederenrechtelijke aanspraak – revindicatoir van aard dan wel een substitutiepandrecht – kan dus niet worden aangenomen.

7.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de vraag behandeld of de pandhouder te allen tijde in staat gesteld wordt om zich op de executieopbrengst van het pandobject te verhalen. Het doel van verpanding is immers de pandhouder de zekerheid te verschaffen dat zijn gesecureerde indien nodig voldaan kan worden door verhaal bij voorrang op het verpande goed. De pandhouder dient dus over de opbrengst te kunnen beschikken.

Alhoewel de openbare verkoop de wettelijke 'hoofdroute' is, gaat men er in de literatuur echter unaniem vanuit dat door middel van een onderhandse verkoop een hogere opbrengst wordt gerealiseerd.

Die onderhandse verkoop is door de Hoge Raad inmiddels geïnstitutionaliseerd. Hij besliste dat de pandhouder bij een op grond van art. 3:251 lid 2 BW overeengekomen onderhandse verkoop zijn recht van parate executie uitoefent (art. 3:248 lid 1 BW). Dat geldt ook als de onderhandse verkoop wordt uitgevoerd door de pandgever of diens curator. In de meeste gevallen zal de overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW tevens als een (al dan niet stilzwijgend tot stand gekomen) overeenkomst tot lastgeving kwalificeren.

De Nederlandse wettelijke regeling voor de opbrengst (art. 3:253 BW) gaat ervan uit dat de pandhouder na executie de daadwerkelijke beschikking over de opbrengst heeft. Indien de opbrengst door een ander dan de pandhouder wordt gerealiseerd, zorgen het Franse en Duitse recht er door middel van wettelijke regelingen en zaaksvervanging voor dat de opbrengst uiteindelijk bij de pandhouder terechtkomt dan wel dat de pandhouder zijn rechten op enige wijze behoudt.

In paragraaf 7.5 zijn een aantal oplossingen onderzocht om de executerende pandhouder een versterkt recht op de door een ander gerealiseerde opbrengst te geven. Achtereenvolgens zijn die oplossingen: behoud van voorrang op de executieopbrengst, het afscheiden van de executieopbrengst in het vermogen van degene die de opbrengst onder zich heeft en een goederenrechtelijke aanspraak op de executieopbrengst.

De eindconclusie luidt dat de weg richting de opbrengst, die de door middel van een oneigenlijke lossing executerende pandhouder dient te bewandelen, te veel hindernissen kent. Zowel in als buiten faillissement is het onzeker of de executerende pandhouder zich kan verhalen op de gehele opbrengst. Dat is in strijd met het doel van verpanding. Het pandrecht dient de pandhouder immers de zekerheid te verschaffen dat zijn gesecureerde indien nodig voldaan kan worden door verhaal bij voorrang op het verpande goed. Voorkomen dient te worden dat de pandhouder de onderhandse verkoop vermijdt omdat daarbij de kans bestaat dat hij zich niet kan verhalen op de opbrengst. Kiest hij voor de veilige weg van de openbare verkoop, dan realiseert hij

een lagere opbrengst. Dat zou onwenselijk zijn, omdat de niet-gerealiseerde waarde dan verloren gaat voor de zekerheidsgever en diens overige crediteuren. De huidige wettelijke regeling dient dan ook te worden bijgebracht bij de maatschappelijke ontwikkelingen en de daarmee gepaard gaande rechtsontwikkeling, die tot gevolg heeft dat de executieopbrengst zich in de handen van een ander dan de (voormalig) pandhouder bevindt. Wenselijk is dat een wettelijke aanspraak verzekert dat de pandhouder zich te allen tijde op de executieopbrengst kan verhalen.

Deel III

Herziening van het pandrecht

8 Een facultatief registerpandrecht

8.1 Inleiding

Een van de uitkomsten van het onderzoek in het eerste deel is dat het achterwege laten van publiciteit bij de vuistloze verpanding van roerende zaken niet tot onaanvaardbare gevolgen leidt voor derden, in het bijzonder voor derde-verkrijgers en concurrente crediteuren. Het achterwege laten van publiciteit heeft wel tot gevolg dat het vuistloze pandrecht zijn absolute werking moet missen in het geval het pandobject is vervreemd of bezwaard aan een derde-verkrijger te goeder trouw. Dat kan problematisch zijn voor de pandgever; zijn pandrecht biedt hem geen absolute zekerheid. Daarom is de invoering van een al dan niet facultatief registerpandrecht met de rechtsgevolgen van vuistpand een te overwegen optie. Een dergelijk pandrecht kan het hiaat tussen het vuistpandrecht op roerende zaken en het vuistloze pandrecht op roerende zaken opvullen. Nu is het immers niet mogelijk een bij derden(-verkrijgers) kenbaar pandrecht op roerende zaken te vestigen waarbij de pandgever zijn zaak kan blijven gebruiken. Het doel van het in dit hoofdstuk voorgestelde registerpandrecht is om te voorkomen dat de pandhouder zijn pandrecht verliest aan een derde-verkrijger te goeder trouw. Een dergelijk pandrecht beschermt dus primair de pand*nemer*. Hoe dient een regeling voor een dergelijk pandrecht eruit te zien?

8.2 Een facultatief registerpandrecht ten behoeve van de pandnemer?

In de literatuur is vaker geopperd een registerpandrecht in te voeren omwille van het te beschermen pandrecht van de pandnemer. Zo wees P.A. Stein op de met een registerpand gepaard gaande versterking van het zekerheidsrecht.[1] Recenter wijst Struycken op het feit dat het gebrek aan kenbaarheid van een pandrecht op roerende zaken tot verlies van dat recht kan leiden.[2] Beekhoven van den Boezem en Goosmann hebben zich expliciet tegen de invoering van een registerpandrecht ten behoeve van de pandnemer gekeerd. Ten eerste wijzen zij erop dat een anterieur vuistloos pandrecht op een roerende zaak pas tenietgaat op het moment dat de derde-verkrijger of tweede pandnemer te

1 Stein 1972-II, p. 325.
2 Struycken 2009, p. 175-177.

goeder trouw is op het moment dat hij de feitelijke macht over de zaak verkrijgt (art. 3:86 lid 2/238 lid 2 BW). Volgens hen zal een bank echter zelden te goeder trouw zijn, omdat een bank op andere wijzen van het bestaan van een anterieur vuistloos pandrecht op de hoogte kan raken.[3] Ook bij het achterwege laten van dergelijk onderzoek kan de bank geen beroep doen op de regels van derdenbescherming. Ten tweede stellen zij dat weliswaar een bank een anterieur vuistloos pandrecht aan een particulier kan verliezen, maar dat van een particulier niet kan worden verwacht dat zij het pandregister zullen raadplegen om te goeder trouw te zijn. In het bijzonder zou dat bezwaarlijk zijn voor een vlot lopend goederenverkeer.[4]

Het eerste argument is mijns inziens ontoereikend: het rechtsverkeer kent meer deelnemers dan alleen banken. Zeker in het geval van een vervreemding lijkt de kans dat een derde-verkrijger een bank is te verwaarlozen. Die derde-verkrijger beschikt in tegenstelling tot de bank *niet* over de middelen om informatie te verkrijgen. Ook in het geval van meervoudige verpanding is het zeer goed denkbaar dat andere partijen dan banken een (register)pandrecht wensen op een roerende zaak. De constatering dat niet alleen banken gebruik maken van zekerheidsrechten is niet alleen van belang in situaties waarin de zaak reeds verpand is. Ook bij de initiële vestiging van een zekerheidsrecht kunnen andere partijen dan banken behoefte hebben aan een registerpand. Men denke bijvoorbeeld aan een door een familielid verstrekte lening, die (gezien enig gebrek aan vertrouwen in de 'koude kant') gesecureerd dient te worden met een zekerheidsrecht op een door een Hollandse meester geschilderd familieportret. Met het in dit voorbeeld gebruikte pandobject kan tevens het tweede argument worden weerlegd. Natuurlijk zal men, zoals hierna uitgebreider zal blijken, bij de aanschaf van een tweedehands fiets niet kunnen eisen dat het pandregister wordt geraadpleegd. Maar in bepaalde gevallen, zoals bij de aanschaf van een waardevolle zaak, kan men dat wél eisen, van wie dan ook. In Frankrijk doet men dat al. Daar kan de derde-verkrijger geen onbezwaard recht verkrijgen op een verpande zaak, als dat pandrecht is ingeschreven in de openbare registers.[5] Ook in Nederland zal zich bij de invoering van een facultatief registerpandrecht een praktijk moeten ontwikkelen waarbij men bijvoorbeeld bij waardevolle zaken in het pandregister zal moeten kijken. Die waardevolle zaken zijn tevens gewilde pandobjecten. Het bovenstaande in ogenschouw nemende, meen ik dat een facultatief registerpandrecht wel degelijk een behoefte kan vervullen.[6]

3 Art. 2:375 lid 3 BW verplicht de onderneming in haar openbaar te publiceren jaarrekening melding te maken van haar zekerhedenpositie. Zie ook Vriesendorp & Barendrecht 1993, p. 31-32. Beekhoven van den Boezem en Goosmann 2010a, p. 751-752 wijzen erop dat de informatie in de jaarrekening om meerdere redenen niet bruikbaar is. Wél bruikbaar is de uitgebreide informatie die de bank van de onderneming krijgt bij de onderhandelingen over krediet. Door bijvoorbeeld het voldoen van eerdere zekerheidsgerechtigden, wordt een bank "dan ook zelden geconfronteerd met een 'verborgen' zekerheidsrecht van een ander." Zie ook Hamwijk 2014, p. 108-109.

4 Beekhoven van den Boezem & Goosmann 2010a, p. 753.

5 Art. 2337 al. 2 C. civ. Zie hierboven uitgebreid hoofdstuk 2, par. 2.6.6.1.

6 Ook is het van belang dat het door mij te verdedigen voorstel voorziet in een *facultatief* registerpandrecht, dat naast het huidige vuistloze pandrecht op roerende zaken (art. 3:237 BW) zal kunnen bestaan.

8.3 Een registerpandrecht voor vorderingen?

In de literatuur wordt gesteld dat een registerpand op vorderingen van belang kan zijn voor latere rechtsverkrijgers, die vrijwel niet worden beschermd tegen een eerder gevestigd stil pandrecht.[7] In dit hoofdstuk sta ik een andere benadering voor, namelijk de bescherming van de pandhouder met een eerder gevestigd stil pandrecht in plaats van latere rechtsverkrijgers. Anders dan bij roerende zaken, heeft een stil pandhouder van een vordering geen baat bij een registerpandrecht ter bescherming van zijn recht. Hij kan immers, zoals in hoofdstuk 2 (2.6.6.2.3) bleek, zijn recht niet kwijtraken aan een derde te goeder trouw en om baat. Verkrijging door een derde of een opvolgende bezwaring van de vordering doet het stil pandrecht niet tenietgaan, zodat de derde-verkrijger een (recht op een) bezwaarde vordering verkrijgt.[8] Een registerpandrecht ten behoeve van de pandhouder met een eerder gevestigd stil pandrecht acht ik gezien het voorgaande niet nodig.

Daarbij komt het volgende. Als men latere rechtsverkrijgers van een vordering wil beschermen tegen een stil pandrecht door middel van een registerpandrecht, dan moet men de derde-beschermingregels aanpassen. Zoals tevens in hoofdstuk 2 aan de orde kwam, is het ontbreken van derde-beschermingregels bij stille verpanding van vorderingen te billijken. Een aanpassing van die regels ligt dan ook niet voor de hand. Een andere wijze van bescherming van latere rechtsverkrijgers kan gevonden worden in het verplicht stellen van inschrijving van alle goederenrechtelijke mutaties met betrekking tot een vordering.[9] Ook dat is onhaalbaar, zo niet onwenselijk.

8.4 De haalbaarheid van de invoering van een registerpandrecht op roerende zaken

Decennialang houden Nederlandse juristen zich al bezig met het registerpandrecht. Dat het een delicaat onderwerp betreft blijkt uit de opmerking van Losecaat Vermeer, die stelde dat de "vraag naar de wenschelijkheid van een registerpandrecht […] moeilijk [is], moeilijk vooral voor den jurist."[10] Sindsdien is het registerpandrecht in vele publicaties en op congressen ter sprake gekomen.[11]

Afdeling 3 van Titel 3.9 van het Ontwerp-Meijers kende een registerpandrecht op roerende zaken. Blijkens de parlementaire behandeling van dit voorstel werd onder andere gevreesd voor een "geweldige administratieve rompslomp".[12] Ook wilde men

7 Struycken 2009, p. 176-177.
8 Zie hierboven hoofdstuk 2, par. 2.6.
9 Vgl. bijv. Voorduin IV 1838, p. 637, waar wordt opgemerkt dat de inschrijving van zowel verhypothekering als overdracht van een onroerende zaak in hetzelfde register plaatsvindt, "zoodat ieder, die een onroerend goed koopen wil, weten kan of hetzelve bezwaard is, en het dus zich zelven te wijten heeft, wanneer hij een bezwaard goed koopt." De koper of pandnemer van een vordering heeft nooit de zekerheid over de rechtstoestand van de vordering.
10 Preadvies NJV 1928, p. 25.
11 Recent bijvoorbeeld het wetenschappelijk congres van de KNB op 9 oktober 2009; Hamwijk 2014. Zie ook de bronnen genoemd hierna en die bij Van Hoof 2015, p. 317 e.v.
12 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 710.

aansluiten met de op dat moment gangbare, publiciteitsloze zekerheidsoverdracht met een levering c.p.[13] Recent heeft Salomons onderzocht waarom het door Meijers voorgestelde registerpandrecht uiteindelijk niet in het nieuw Burgerlijk Wetboek is ingevoerd. Volgens hem is het niet invoeren van het registerpandrecht te wijten aan een ongelukkig Kamerdebat, waarin Meijers er onvoldoende in slaagde de Kamerleden te overtuigen van de voordelen van het registerpand.[14] Salomons besluit uiteindelijk met de inschatting

> "[…] dat geen van de argumenten die gehanteerd werden door de tegen het registerpand gekante Kamerleden nog staande gehouden kan worden, en dat de voorstanders van het registerpand nu wel de beste papieren hebben."[15]

Dit lijkt mij een ietwat te optimistische inschatting. Reeds in 1978 vatte rechtshistoricus Van den Bergh deze problematiek bondig en treffend samen:

> "Het publiciteitsbeginsel is niet uit de hemel komen vallen, het is eeuwenlang een voorwerp geweest van sociale strijd, waarbij informatiebehoefte en geheimhoudingsbelang vaak scherp tegenover elkaar stonden en de machtsposities van de partijen bepalend waren voor de uitslag."

En verderop:

> "Het lijkt me een illusie dat we alsnog de zuivere leer zouden kunnen herstellen, al dan niet door invoering van een registerstelsel, als de machtigste groep financiers daar nauwelijks behoefte aan blijkt te hebben."[16]

Het lijkt aannemelijk dat het registerpand uit het Ontwerp-Meijers is gesneuveld, doordat de "de machtigste groep financiers" zich hiertegen had gekeerd.[17] Recente publicaties vanuit de bancaire hoek dwingen ons tot de conclusie dat "de machtigste groep

13 Salomons 2013, p. 322.

14 Salomons 2013, p. 324 met vele verwijzingen aldaar. Zie ook Van Hoof 2015, p. 304-306.

15 Salomons 2013, p. 325.

16 G.C.J.J. van den Bergh, *Publiciteit als belang* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1978, p. 6 en p. 16. Vgl. ook: Stein 1972-II, p. 325-326: "Is men echter van die zijde [van het bankwezen; FJLK] niet voor de invoering ervan geporteerd, dan zijn de kansen op inburgering van het registerpandrecht onvoldoende groot." In zijn bespreking van eerstgenoemde publicatie schrijft G.E. Langemeijer, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 1978, deel XLVI, afl. 4, p. 395 dat niet zozeer sprake is van een afnemende gehechtheid van banken aan het publiciteitsbelang, maar onder meer een toename van "de behoefte aan krediet van niet (voldoende) kapitaalkrachtigen".

17 Vgl. P.C. Van Maas, 'Ontwikkeling van zakelijke zekerheidsrechten', *Bank- en Effectenbedrijf* 1971/20, p. 389 (toenmalige president-directeur van De Nationale Investeringsbank). Van prof. mr. P.A. Stein, toentertijd werkzaam bij de Raiffeisen-Bank, vernam ik dat prof. Minderhoud, de toenmalige bestuursvoorzitter van de Raiffeisen-Bank, een tegenstander van het registerpandrecht was. De juridische afdelingen van de Raiffeisen-Bank en van de Coöperatieve Centrale Boerenleenbank waren echter voorstanders van het registerpandrecht, omdat zij continu geconfronteerd werden met dubbele zekerheidsoverdrachten (van vee). Het valt niet uit te sluiten dat prof. Minderhoud zijn standpunt aan het ministerie van Justitie kenbaar heeft gemaakt.

financiers" ook vandaag de dag niet onverdeeld vóór een registerpandrecht zijn.[18] Ook in Duitsland waren de banken tegen het in 1926 gedane voorstel tot invoering van een registerpandrecht[19] en naar verluidt zijn zij dat nog steeds.[20] Duidelijk moge zijn welke laatste horde dient te worden genomen om tot de invoering van een (facultatief) registerpandrecht op roerende zaken te komen: heeft openbaarheid van de verpanding schadelijke gevolgen voor partijen (pandgever en pandnemer)?

8.5 Eventuele schadelijke gevolgen van een registerpandrecht voor de pandgever en de pandnemer

Voor de vraag of een registerpandrecht al dan niet schadelijke gevolgen kent, loont het naar het Franse recht te kijken. Daar kent men immers een registerpand op roerende zaken en een registerpandrecht op de handelsvoorraad. Zoals uitgebreid in hoofdstuk 2 (par. 2.3.2) aan de orde is gekomen, bevat het Franse pandregister een grote hoeveelheid informatie over de verpanding. In het openbare register kan informatie worden geraadpleegd over onder meer partijen, de gesecureerde vordering en het pandobject. Het Ontwerp-Meijers schreef in art. 3.9.3.1 lid 2 voor dat de pandakte op straffe van nietigheid moest bevatten (i) de naam en woonplaats van de schuldenaar, (ii) de naam en woonplaats van de pandgever en van de schuldeiser, (iii) een aanduiding van de verpande zaak, (iv) een nauwkeurige omschrijving van de gesecureerde vordering en (iv) indien het beloop van de gesecureerde vordering onbepaald is, het maximumbedrag waarvoor het pandrecht wordt verleend.

In Frankrijk lijkt na de invoering van het registerpandrecht op roerende zaken een debat op gang te komen dat de tegenovergestelde richting kent dan het debat dat in Nederland en Duitsland wordt gevoerd. De literatuur richt zich op de nadelen van het registerpand in plaats van op de voordelen daarvan. Zo wordt er enerzijds gewezen op de tekortkomingen van het registerpand ten opzichte van het vuistpand en anderzijds op de nadelen die de vergaande publiciteit van het registerpandrecht met zich brengt.[21] Op deze plek is het laatste aspect van belang. Andreu schrijft dat het voor pandgevers als bezwaarlijk wordt ervaren dat partijen het pandrecht moeten publiceren in een openbaar register. Het uit de macht brengen van de zaak, zoals dat vereist is voor het vuistpand, verzekert partijen van eenvoud en discretie.[22] De publicatie van het registerpand leidt echter tot bekendheid van derden met het feit dat de pandgever een schuld heeft en het feit dat de pandgever zijn roerende vermogensbestanddelen bezwaard heeft voor deze schuld. Deze gevolgen worden omschreven als een situatie die veel pand-

18 Zie Beekhoven van den Boezem & Goosmann 2010a, p. 753 en Beekhoven van den Boezem & Goosmann 2010b, p. 43-55.

19 Hromadka 1980, p. 93.

20 H-.J. Lwowski, "'Quiet' Creation of Security Interests of Filing", in: The Future of Secured Credit in Europe. European Company and Financial Law Review, special vol. 2, edited by H. Eidenmüller & E.-M Kieninger, Berlin/New York: De Gruyter 2008, p. 179.

21 Andreu 2012, p. 1761-1764.

22 Andreu 2012, p. 1762. Zie ook de geciteerde verwijzingen in Julienne 2012, p. 33, voetnoot 1.

gevers "à tout prix" willen voorkomen.[23] Eén van de redenen dat de praktijk huiverig is om het registerpandrecht te gebruiken is dan ook dat deze vorm van verpanding géén "confidentialité de l'opération" verzekert.[24] De Franse ervaringen met het registerpandrecht manen dus tot voorzichtigheid.

Ook ik zie bezwaren tegen het opnemen van bepaalde informatie in een openbaar te raadplegen register. In het Franse pandregister dient onder andere de hoogte van de gesecureerde vordering te worden opgenomen. Ook in het Ontwerp-Meijers werd voorgesteld om de gesecureerde vordering openbaar te maken. Kredietverstrekkers financieren vaak op basis van de waarde van het zekerheidsobject. Dat betekent dat de hoogte van de gesecureerde vordering in ieder geval een indicatie geeft van de waarde van het pandobject. Publieke informatie omtrent dat laatste is goud waard voor kwaadwillenden. Publieke informatie inhoudende dat het pandobject een schilderij is, de gesecureerde vordering €100.000,- is en eventueel ook nog het adres waar het pandobject zich hoogstwaarschijnlijk bevindt, lijkt mij dan ook zeer bezwaarlijk. Weliswaar dient naar Nederlands recht de openbaar ingeschreven hypotheekakte ook een aanduiding van de gesecureerde vordering en het maximumbedrag dat uit hoofde van de hypotheek op het goed kan worden verhaald te bevatten (art. 3:260 lid 1 BW), maar dat is minder bezwaarlijk omdat een huis niet gestolen kan worden.[25] Wel zijn er voorbeelden denkbaar waarin de pandnemer weinig tot geen bezwaar heeft tegen eerder genoemde publieke informatie. Men kan bijvoorbeeld denken aan een goed beveiligd museum dat een schilderij, waarvan de waarde ongeveer bekend is, verpandt door middel van een registerpand. Een ander bezwaar tegen openbaarheid van de gesecureerde vordering is dat dat leidt tot openbaarheid van bedrijfsgevoelige informatie.

Er bestaat een spanningsveld tussen (de schadelijke gevolgen van) publieke informatie dat met een registerpand gepaard gaat en het doel dat datzelfde registerpand moet dienen.[26] Om dat doel – het voorkomen dat een derde-verkrijger te goeder trouw een onbezwaard recht op het (voormalig) pandobject krijgt – te bereiken is in ieder geval informatie noodzakelijk (i) ter identificatie van de pandgever en (ii) ter individualisatie/identificatie van het pandobject. Zonder deze informatie kan een derde er onmogelijk achter komen dat de zaak die hij voornemens is te verwerven reeds bezwaard is. De hoogte van de gesecureerde vordering hoeft mijns inziens niet in het pandregister te worden opgenomen. Dergelijke informatie in een register verandert immers niet mee met de feitelijke hoogte van de vordering, die op een later moment lager zal zijn.[27] Daarmee wordt ook het bezwaar dat een registerpand leidt tot openbaarheid

23 Andreu 2012, p. 1762.

24 Andreu 2012, p. 1764.

25 De regering maakte ten onrechte géén onderscheid tussen een hypotheekrecht en een registerpand. Zie MO (2846), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 689: "De ernst van het bezwaar tegen de publiciteit werd van de zijde der Regering niet erkend, gezien het feit, dat iedereen het vanzelfsprekend vindt, dat zekerheidsrechten op onroerend goed (hypotheken) wèl publiek zijn."

26 Vgl. ook Struycken 2009, p. 181, die schrijft dat als het doel kenbaarheid van het zekerheidsrecht is, voor derden de volgende informatie van belang is: (i) namen en adressen van de pandgever en –nemer, (ii) een beschrijving van het onderpand en (iii) het maximumbedrag waarvoor op het onderpand verhaal kan worden genomen.

27 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 724. Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.5.4.

van bedrijfsgevoelige informatie grotendeels weggenomen. Ook informatie omtrent de pandnemer hoeft mijns inziens niet in het pandregister te worden opgenomen. Daarbij is het van belang dat het naar geldend recht niet vereist is dat de pandnemer de pandakte ondertekent. Voldoende is dat hij de verpanding daarna aanvaardt.[28] Ook al schrijft men slechts het strikt noodzakelijke – informatie omtrent (i) de pandgever en (ii) het pandobject – in, dan nog kan die openbare informatie schadelijke gevolgen hebben voor de pandgever. Men kan immers te weten komen dát een bepaald (natuurlijk of rechts-) persoon zeer waarschijnlijk eigenaar is van een bepaalde zaak. De oplossing voor dit (restant van het) probleem van openbare informatie omtrent de verpanding is dat een registerpandrecht op roerende zaken *facultatief* moet zijn. Anders dan in Frankrijk, waar voor een vuistloze verpanding slechts een registerpandrecht bestaat, zou in Nederland naast een registerpandrecht het huidige vuistloze pandrecht op roerende zaken (art. 3:237 BW) beschikbaar moeten blijven voor partijen die de schadelijke gevolgen van openbare informatie omtrent een verpanding niet kunnen of willen dragen.

Daarbij komt ook nog het volgende. Publicatie van het feit dát iemand een vermogensbestanddeel heeft verpand en dus een schuld heeft, hoeft geen negatief effect te hebben op de bestaande financieringspatronen. Integendeel: nu een registerpandrecht de kans op een met tenietgaan van het pandrecht gepaard gaande vervreemding van de zaak drastisch vermindert en dus meer zekerheid biedt dan een vuistloos pandrecht, is het mogelijk dat dit verminderde risico verdisconteerd zal worden in de prijs van het krediet.[29] Bij de keuze voor een registerpandrecht kunnen beide partijen gebaat zijn: de pandnemer bij meer zekerheid en de pandgever bij goedkoper krediet.[30]

28 Zie hierboven hoofdstuk 4, par. 4.2.7.

29 Vgl. Stein 1972-I, p. 316 en Stein 1972-II, p. 325; Struycken 1998, p. 82-83; Vriesendorp & Barendrecht 1993, p. 55; Heilbron 2011, p. 48-49.

30 Beekhoven van den Boezem & C.E. Goosmann 2010b, p. 54-55 werpen tegen dat kredietgevers de informatie die zij nodig hebben voor groter en/of meer krediet reeds voorhanden hebben, maar soms vanuit kosten-batenperspectief welbewust niet raadplegen. Voorts schrijven zij dat banken financieren op basis van de continuïteitsverwachting en dat zekerheden "(slechts) het sluitstuk van het kredietverleningsproces" zijn. In een recentere publicatie onderstreept eerstgenoemde auteur het belang van zekerheden; ook in een eerdere fase. Zie F.E.J. Beekhoven van den Boezem & R. Van den Bosch, 'Zekere zekerheid', *MvV* 2015/7.3, p. 200: "[...] [Z]ekerheidsrechten zijn niet alleen van belang voor het antwoord op de vraag hoeveel een bank van de door haar uitgeleende gelden terugziet in het onverhoopte geval dat zij tot het opzeggen van de kredietovereenkomst en het uitwinnen van de zekerheden moet overgaan. Zij spelen al eerder een financiële rol, in die zin dat zij (mede) het kapitaal bepalen dat een bank moet aanhouden ten opzichte van de lening die zij verstrekt. Voor leningen die worden gedekt door een recht van pand of hypotheek behoeft namelijk minder kapitaal te worden aangehouden ter dekking van het kredietrisico dan zonder die zekerheidsrechten het geval zou zijn. Leningen waarvoor de bank geen kapitaal hoeft aan te houden, zijn natuurlijk goedkoper dan leningen waarvoor dit wel het geval is."

8.6 Een facultatief registerpandrecht op roerende zaken

8.6.1 Inleiding

Zoals wij hierboven hebben gezien, kent de regeling van het vuistloze pandrecht een belangrijk bezwaar voor de pandnemer. Het is mogelijk dat de pandnemer uiteindelijk niets aan zijn zekerheid heeft, omdat een derde te goeder trouw en om baat een sterker recht op de zaak heeft gekregen. De vraag rijst of het hiaat tussen het vuistpandrecht en het vuistloze pandrecht, dat bestaat uit een bij derden kenbaar pandrecht op roerende zaken waarbij de pandgever zijn zaak kan blijven gebruiken, kan worden opgevuld met een facultatief registerpandrecht. Getracht zal worden een toevoeging te ontwerpen die in te bedden valt in het reeds bestaande systeem. Daarom zal waar mogelijk worden gekeken of de onder het huidige recht geldende rechtsgevolgen van vuistpand toepasbaar zijn op een in te voeren registerpand.

8.6.2 De verhouding tussen een registerpandrecht en de regeling voor registergoederen

Bij het invoeren van een pandregister rijst de vraag hoe dit register zich verhoudt met de regeling ten aanzien van de reeds aanwezige openbare registers, waarin bijvoorbeeld het hypotheekrecht wordt ingeschreven. Art. 3:10 BW bepaalt dat registergoederen goederen zijn voor welker overdracht of vestiging inschrijving in daartoe bestemde openbare registers noodzakelijk is. In het Ontwerp-Meijers bevatte dit artikel een tweede lid, dat bepaalde dat een registerpandrecht niet als een registergoed wordt aangemerkt. Blijkens de Toelichting-Meijers werd het registerpandrecht uitgezonderd, omdat voor het pandregister en het registerpandrecht "slechts enkele der voorschriften, die voor de rubriek registergoederen zijn opgesteld, toepassing vinden."[31] De bedoelde voorschriften werden aangewezen door art. 3.9.3.5 lid 2 OM, dat bepaalde dat op de inschrijvingen ten behoeve van een registerpandrecht de artikelen 3.1.2.3-5 OM van overeenkomstige toepassing waren. De regels uit die voorgestelde artikelen zijn thans verspreid terug te vinden in de artikelen 3:18, 3:19 lid 1, 3:20 lid 1 en 2 (in sterk gewijzigde vorm) en 3:22 BW (ongewijzigd) en zien op het inschrijven in de openbare registers.

Art. 3:16 lid 1 BW bepaalt dat er openbare registers worden gehouden, waarin feiten die voor de rechtstoestand van registergoederen van belang zijn, worden ingeschreven. Een van de hoofddoelen van de openbare registers is het bevorderen van de rechtszekerheid omtrent registergoederen.[32] Uit de openbare register kan de rechtstoestand van een bepaald registergoed worden afgeleid, doordat daarin overdrachten, (beperkte) rechten en beperkingen en gegevens ter identificatie van de rechtsobjecten en –subjecten zijn vastgelegd.[33] Het Nederlandse stelsel voor openbare registers kent een hoge mate

31 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 96. Met het schrappen van het ontwerp voor een registerpandrecht is logischerwijs ook het voorgestelde tweede lid geschrapt. Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 97.

32 H.D. Ploeger in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 473, p. 454.

33 H.D. Ploeger in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 480, p. 460 en nr. 462, p. 441.

van betrouwbaarheid en derdenbescherming.[34] Die hoge mate van derdenbescherming garandeert grotendeels de volledigheid, juistheid en geldigheid van de inschrijvingen.[35] Welke lessen dienen uit het voorgaande te worden getrokken voor een in te voeren registerpandrecht?

Mijns inziens verdient een aan art. 3.9.3.5 lid 2 OM gelijke verwijzing naar Afdeling 3.2 geen navolging. De bedoeling was dat het in het Ontwerp-Meijers voorgestelde registerpandrecht ingeschreven zou worden in het handelsregister.[36] Thans is de huidige regeling van Afdeling 3.2 te veel op registergoederen is gericht.[37] Er zou een aparte regeling voor een pandregister in het leven moeten worden geroepen. Daarvoor kan, zoals art. 3.9.3.5 lid 1 OM deed en art. 2338 C. civ. thans doet, worden verwezen naar een algemene maatregel van bestuur.[38]

Wel dient het voorgestelde lid 2 van art. 3:10 BW alsnog te worden ingevoerd: een registerpandrecht is geen registergoed. Ook een pandobject wordt door bezwaring met een registerpandrecht geen registergoed. Het is praktisch onmogelijk en onwenselijk om voor alle goederenrechtelijke mutaties met betrekking tot roerende zaken een inschrijving in een openbaar register verplicht te stellen.[39] Roerende zaken, anders dan onroerende zaken of andere registergoederen, kunnen gemakkelijk van hand tot hand gaan en hebben vaak een hoge omloopsnelheid. Met het oog op het handelsverkeer is het onmogelijk om nadere eisen te stellen met betrekking tot de overdracht van een roerende zaak. Deze constatering leidt tot de onontkoombare gevolgtrekking dat men van een roerende zaak, anders dan een onroerende zaak, nooit in zekerheid kan verkeren omtrent de goederenrechtelijke rechtstoestand van de zaak.[40] Uit een pandregister kan men dus *niet* met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de rechtstoestand van een zaak afleiden.

34 H.D. Ploeger in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 465, p. 444.

35 H.D. Ploeger in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 487, p. 467. Men spreekt daarom wel van een "semipositief stelsel".

36 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 801.

37 Dat blijkt ook uit de titelwijziging van Afdeling 3.2: van "Openbare registers" in het OM naar "Inschrijvingen betreffende registergoederen" in het huidige BW. Zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 109, voetnoot c.

38 Art. 3.9.3.5 lid 1 OM luidde: "Bij algemene maatregel van bestuur wordt geregeld, waar de registers ter inschrijving van dit pandrecht worden gehouden, welke stukken aan de bewaarder van een register ter hand worden gesteld om een inschrijving te verkrijgen, wat deze stukken moeten inhouden, hoe de registers worden ingericht, hoe daarin de inschrijvingen geschieden, hoe de registers geraadpleegd kunnen worden en al hetgeen verder ter uitvoering vn de wettelijke bepalingen betreffende deze registers dient." De Franse regeling vindt men in Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession. Zie voorts hierboven hoofdstuk 2, par. 2.3.2.

39 Wellicht is het een idee om een *facultatief* openbaar eigendomsregister voor roerende zaken in te voeren, waarin de eigenaar zijn eigendomsrecht en eventueel de aankoopfactuur kan inschrijven. Die gedachte zal ik hier niet verder uitwerken. Wel kan kort worden gewezen op *The Art Loss Register* (<www.artloss.com>), waarin gestolen en vermiste kunstwerken kunnen worden geregistreerd. Dit register geniet dusdanige bekendheid, dat raadpleging daarvan kan worden vereist voor een beroep op de goede trouw. Vgl. Rb. Limburg 28 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4725, rov. 3.22.

40 Vgl. A. Pitlo, Prae-advies Broederschap der Notarissen 1953, p. 231.

8.6.3 Wat schrijft men in?

Een uitkomst van de vorige paragraaf (par. 8.5) is dat ter verwezenlijking van het doel van een registerpand – het voorkomen dat een derde-verkrijger te goeder trouw een onbezwaard recht op het (voormalig) pandobject krijgt – in ieder geval informatie noodzakelijk is (i) ter identificatie van de pandgever en (ii) ter individualisatie/identificatie van het pandobject. De wijze van inschrijving van de informatie is minder belangrijk; zolang deze informatie maar kenbaar kan zijn uit het openbare pandregister.[41] Daarbij geldt wel het volgende. Het voorschrijven van een pandakte en inschrijving van diezelfde pandakte als vestigingsvereiste kan bezwaarlijk zijn. Het is denkbaar dat de pandgever en de pandnemer bij de vestiging meer (op schrift) willen afspreken dan de enkele verpanding. Nu deze extra informatie niet noodzakelijk is om het doel van een registerpand te bereiken, hoeft deze meerdere informatie ook niet te worden opgenomen in het openbare pandregister. Daarom is het mijns inziens voldoende dat men een in een akte neergelegd uittreksel van hetgeen partijen bij de vestiging zijn overeengekomen inschrijven, inhoudende informatie (i) ter identificatie van de pandgever en (ii) ter individualisatie/identificatie van het pandobject.

8.6.4 Bescherming van de derde-verkrijger tegen een registerpandrecht

In Frankrijk bepaalt art. 2337 al. 2 C. civ. dat derde-verkrijgers onder bijzondere titel zich niet kunnen beroepen op de derdenbescherming van art. 2276 C. civ., indien het registerpand in een openbaar register is ingeschreven. Zoals wij eerder hebben gezien, is die regel niet absoluut. De derde-verkrijger van iemand die op zijn beurt het bezwaarde goed van de pandgever heeft verkregen, komt namelijk wel in aanmerking voor derdenbescherming.[42] Die tweede derde-verkrijger zal immers onmogelijk op de hoogte kunnen zijn van het pandrecht, nu zijn wederpartij niet als pandgever in het pandregister staat ingeschreven. Zou bij de invoering van een facultatief registerpandrecht iets soortgelijks moeten gelden? Art. 3:23 BW bepaalt dat het beroep van een verkrijger van een registergoed op goede trouw niet wordt aanvaard, wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend. Dient bij een registerpand een soortgelijke regel te gelden?

Art. 3.9.3.3 OM verwoordde dat het registerpandrecht zaaksgevolg had, maar maakte daarop een uitzondering voor de derde-verkrijger die anders dan om niet verkrijgt en te goeder trouw is. Volgens de Toelichting-Meijers op dat artikel dwingt de bescherming van de handel in roerende zaken tot een andere uitkomst dan bij onroerende zaken en sluit een inschrijving in het openbare register de goede trouw niet uit.[43] Ook bij de parlementaire behandeling van het door Meijers en de regering voorgestelde

41 In de Verenigde Staten kent men een systeem van *notice filing*, waarbij in het register een *financing statement* wordt opgenomen inhoudende (i) de namen en adressen van partijen en (ii) een korte beschrijving in generieke termen van de zekerheidsobjecten. Zie Struycken 1998, p. 72. Zie ook Struycken 2009, p. 182. Uitgebreid over dit systeem van Art. 9 Uniform Commercial Code: Hamwijk 2014, p. 161-167. Art. 9 UCC blijft hier verder buiten beschouwing.

42 Zie uitgebreid hierboven hoofdstuk 2, par. 2.6.6.1.

43 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 803.

registerpand is deze problematiek aan de orde gekomen. De vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer sprak ook de verwachting uit dat de goede trouw een grote rol zou spelen bij verkrijging door een derde:

> "Voor derden-verkrijgers geldt […], dat veelal niet van hen verwacht kan worden, dat zij bij aankoop van een roerend goed de pandregisters zullen raadplegen. Wanneer het goed is gekocht van een normale handelaar in dat soort goederen, zullen vermoedelijk praktijk noch rechtspraak die raadpleging eisen, zodat de derde-verkrijger zich zal kunnen beroepen op artikel 3.4.2.3*a*, eerste lid, laatste zin [thans in redactioneel gewijzigde vorm neergelegd in art. 3:86 lid 2 BW; FJLK]: "Beperkte rechten, die de verkrijger niet kende noch behoefde te kennen, vervallen." Als het echter een situatie betrof, waarin het goed in kwestie slechts incidenteel als koopwaar fungeerde, bij voorbeeld een gebruikte auto, gekocht van de eerste gebruiker, vee, gekocht van een veehouder, meubels, gekocht van een particulier, is er veeleer aanleiding te stellen, dat de verkrijger het beperkte recht behoorde te kennen (namelijk uit het pandregister), zodat zijn goed met het pandrecht bezwaard blijft. […]."[44]

Ik kan mij in deze argumentatie vinden. Men kan niet in alle gevallen verwachten dat een derde-verkrijger in het pandregister heeft gekeken. De beste oplossing voor het probleem of een derde-verkrijger het register had moeten raadplegen en een registerpand hem altijd kan worden tegengeworpen, is dat die vraag oplost in de vraag of de derde-verkrijger te goeder trouw is. Een aan art. 3:23 BW gelijkluidende regel, dient hier mijns inziens niet te gelden. Uiteindelijk zal een en ander tot gevolg hebben dat het registerpand slechts zal worden gebruikt voor goederen die incidenteel als koopwaar fungeren. Het registerpandrecht is het aangewezen pandrecht voor een duurzaam pandrecht op een waardevol goed. Dat lijkt mij in overeenstemming met het door mij geformuleerde doel van het facultatieve registerpand.

8.6.5 Bescherming van de derde-verkrijger tegen een registerpandrecht op de handelsvoorraad

Een probleem rijst bij de verpanding van de volledige handelsvoorraad. In de rechtspraak is aangenomen dat de verpanding van "alle roerende zaken" voldoende bepaald is en dergelijke verpandingen vinden dan ook veel plaats. Zou het mogelijk moeten zijn een registerpand op "alle roerende zaken" te vestigen?

Het vestigen van een registerpandrecht op een voorraad brengt een probleem mee. Hierboven hebben wij gezien dat de in te schrijven pandakte minimaal informatie (i) ter identificatie van de pandgever en (ii) ter individualisatie/identificatie van het pandobject dient te bevatten. In het geval van verpanding van een voorraad kunnen bij die identificatie moeilijkheden optreden. Hoe moet een derde-verkrijger van een stoel weten dat die stoel verpand is, als de uit het register kenbare informatie slechts melding maakt van "de voorraad"? Dat zal afhangen van de omstandigheden van het geval (zit de stoel nog in folie uit de fabriek?), maar het is denkbaar dat er twijfelgevallen

44 VV II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 724.

bestaan.[45] Het risico dat de derde-verkrijger de zaak onbezwaard verkrijgt omdat hij uit de voor hem kenbare informatie niet kan afleiden dat de zaak bezwaard is en dus te goeder trouw is, komt voor rekening van de registerpandhouder. Dit risico neemt niet weg dat het registerpandrecht op de voorraad waarde heeft.

Het is goed mogelijk dat de derde-verkrijger weet dat de zaak van de verpande handelsvoorraad deel uitmaakt. Zo geldt naar Frans recht voor het registerpandrecht op de handelsvoorraad dat de ingeschreven bescheiden onder meer een beschrijving die het mogelijk maakt de verpande (toekomstige) goederen te identificeren moet bevatten.[46] Als de derde-verkrijger weet dat de zaak van de verpande handelsvoorraad deel uitmaakt is hij natuurlijk niet te goeder trouw en zal het registerpandrecht in beginsel de zaak volgen. Toch is het goed denkbaar dat ook de pandhouder wil dat de zaak aan de derde-verkrijger wordt vervreemd. Het is zeer gangbaar dat de pandgever en de pandhouder afspreken dat de pandgever bevoegd is de bezwaarde zaken te vervreemden in de normale uitoefening van beroep en bedrijf.[47] Immers, de verkoop van die zaken genereert inkomsten waarmee bijvoorbeeld de kredietverstrekkende pandhouder kan worden afbetaald.

Het registerpand in het Ontwerp-Meijers kende een speciale regeling die dit mogelijk maakte. Art. 3.9.3.1 lid 3 laatste zin OM luidde:

> "Zijn zonder nadere omschrijving alle daarvoor vatbare roerende zaken van een onderneming, of is de bedrijfsvoorraad in pand gegeven, dan rust het registerpandrecht, zonder dat daartoe een uitdrukkelijk beding nodig is, ook op hetgeen na de vestiging van dit pandrecht aan die zaken of aan die voorraad wordt toegevoegd."[48]

Art. 3.9.3.3 OM beschermde derde-verkrijgers ook tegen een registerpandrecht indien er sprake was van een vervreemding die "als een normale bedrijfshandeling beschouwd kan worden". Als reden voor deze regel draagt Meijers de bescherming van de handel aan.[49] In het Franse recht is de verhandelbaarheid van de handelsvoorraad als volgt gewaarborgd. Het generale registerpandrecht op de handelsvoorraad zweeft als het ware boven die voorraad.[50] De voorraad kan verhandeld worden zonder dat de koper bevreesd hoeft te zijn voor de verkrijging van een bezwaarde zaak. Het registerpandrecht op de handelsvoorraad heeft namelijk geen zaaksgevolg.[51] In plaats daarvan bepaalt de wet dat dat het registerpandrecht van rechtswege op vervangende nieuwe voorraad komt te rusten (art. L. 527-5 al. 2 C. com.). Iets soortgelijks geldt voor het

45 Een voorbeeld van een dergelijke onduidelijkheid (in het kader van uitoefening van het fiscaal verhaalsrecht van de fiscus) was de vraag of een showroommodel deel uitmaakt van de voorraad. Deze vraag is bevestigend beantwoord in HR 9 december 2011, *NJ* 2011/600 (*Quint q.q./ING*).

46 Zie uitgebreid hierboven hoofdstuk 2, par. 2.3.2.

47 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 126, p. 131.

48 Zie ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 706.

49 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 803.

50 Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1759, p. 488 maakt de vergelijking met de Engelse *floating charge*.

51 Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1769, p. 493.

vuistloos registerpandrecht op roerende zaken, dat blijkens art. 2333 C. civ. ook op een *ensemble* van roerende zaken kan worden gevestigd.[52]

De invoering van een dergelijk 'zwevend' pandrecht past niet in het Nederlandse systeem. Om een registerpandrecht op de handelsvoorraad te faciliteren, is slechts noodzakelijk dat partijen een eventueel beding dat verpande zaken in de normale uitoefening van beroep en bedrijf vervreemd mogen worden kunnen inschrijven. Ook zal de koper beschermd kunnen worden doordat hij te goeder trouw is.

8.6.6 Bescherming van de pandnemer tegen (gedeeltelijke) beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever/een eerder gevestigd vuistloos pandrecht

Hét hete hangijzer bij een ontwerp voor een facultatief registerpandrecht op roerende zaken is hoe dit pandrecht zich dient te verhouden tot een eerder gevestigd vuistloos pandrecht. In het geval van collisie van een posterieur pandrecht met een eersterangs vuistloos pandrecht verkrijgt de pandhouder die te goeder trouw is op het moment dat de zaak in zijn macht of in die van een overeengekomen derde wordt gebracht een eersterangs pandrecht en wordt het eerder gevestigde vuistloos pandrecht tweede in rang (art. 3:238 lid 2 BW).[53] De vraag rijst of er bij een later gevestigd registerpandrecht ook rangwisseling zou moeten optreden met een eerder gevestigd vuistloos pandrecht.

Onder het huidige recht lijken zich situaties voor te kunnen doen waarin het mogelijk is op dezelfde zaak zowel een vuistloos pandrecht als een hypotheekrecht te vestigen. Zowel boekbare zeeschepen als luchtvaartuigen kunnen teboekgesteld worden in een openbaar register. Vóór teboekstelling kunnen zij worden verpand; zij kwalificeren dan immers gewoon als roerende zaken (art. 3:2 BW). Het pandrecht op een zeeschip vervalt echter na teboekstelling van dat zeeschip.[54] Ook voor het pandrecht op een luchtvaartuig wordt aangenomen dat het vervalt na teboekstelling.[55] Een dergelijke lot voor een vuistloos pandrecht in het geval van een nadien gevestigd facultatief registerpand acht ik onwenselijk. Anders dan bij de teboekstelling van zeeschepen en luchtvaartuigen wordt een roerende zaak na bezwaring met een registerpand géén registergoed (art. 3:10 BW) en is de (goederenrechtelijke) toestand ervan niet kenbaar uit een register. Zo bezien is het niet noodzakelijk dat een niet-kenbaar eerder gevestigd pandrecht vervalt. De regeling voor zeeschepen en luchtvaartuigen biedt dus geen aanknopingspunten voor de in deze paragraaf aan de orde zijnde problematiek.

Ook denkbaar is dat de pandgever een zaak in pand geeft die niet van hem is. Art. 3:238 lid 1 BW biedt de pandhouder bescherming tegen deze beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever, indien de pandhouder te goeder trouw is op het tijd-

52 Zie Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014, nr. 1661, p. 456.

53 Reehuis 1987, nr. 272, p. 178. Zie ook hierboven hoofdstuk 2, par. 2.6.6.1, voetnoot 194.

54 MvT, Kamerstukken II 1986-1987, 19 979, nr. 3, p. 4; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 24, p. 23. Art. 8:197 BW geeft een limitatieve opsomming van goederenrechtelijke rechten op een teboekstaand zeeschip. Van der Grinten meent in zijn noot onder HR 22 juni 1984, *NJ* 1984/651 m.nt. G (*Rotterdam 1980*) onder 7 dat een pandrecht van rechtswege dient te worden geconverteerd in een hypotheekrecht.

55 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 24, p. 23-24.

stip waarop de zaak in zijn macht of in die van een derde is gebracht. Dient een registerpandhouder eenzelfde bescherming te krijgen? Voor een antwoord op die vraag moet worden vastgesteld waarom de *vuist*pandhouder beschermd wordt en dient bepaald te worden of men het inschrijven van een registerpand gelijk kan stellen met het in de macht van de pandhouder brengen van het pandobject.

Bescherming tegen (gedeeltelijke) beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever wordt pas aan de pandhouder verleend als hij (i) te goeder trouw is op het moment dat (ii) de zaak in de macht van de pandhouder of in die van een derde wordt gebracht. Het eerste criterium dat ziet op de goede trouw van de pandhouder spreekt voor zich en behoeft geen nadere toelichting. Het tweede criterium behoeft dat wel. Waarom beschermt art. 3:238 BW de pandhouder pas op het moment dat de zaak (ii) uit de macht van de pandgever is gebracht? Het vereiste vloeit voort uit art. 3:90 lid 2 BW, dat bepaalt dat wanneer de zaak na de levering in handen van de vervreemder blijft, de levering pas werkt tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen.[56] Damsteegt-Molier komt na bestudering van onder andere de parlementaire geschiedenis tot de conclusie dat de ratio van art. 3:90 lid 2 BW niet te achterhalen valt. Feit blijft dat de levering c.p. (art. 3:115 aanhef en sub a BW) wordt gerelativeerd.[57] Ook de wettekst van art. 3:238 BW laat geen andere opvatting bij de verpanding van roerende zaken toe.

Enerzijds kan men zeggen dat de registerpandhouder beschermd dient te worden, omdat hij publiciteit aan zijn recht geeft. Een dergelijke visie stond Meijers voor. In het Ontwerp-Meijers was bepaald dat een registerpand vóór – ook als het later gevestigd werd – een vuistloos pandrecht op roerende zaken ging.[58] In de literatuur is geschreven dat het gevolg van deze regel is dat het vuistloze pandrecht op een roerende zaak (thans art. 3:237 lid 1 BW) "voor de pandhouder weinig aantrekkelijk is."[59] In hoofdstuk 2 is vastgesteld dat een vuistloos pandrecht op een roerende zaak volledige goederenrechtelijke werking dient te hebben, gevallen van derdenbescherming daargelaten, omdat het geen onaanvaardbare inbreuk maakt op het publiciteitsbeginsel. Ik zie dan ook geen aanleiding om voor een facultatief registerpandrecht te bepalen dat een dergelijk pandrecht *altijd* voorgaat op een vuistloos pandrecht. Een dergelijke uitkomst zou te veel afbreuk doen aan het goederenrechtelijke recht van de eerste (vuistloze) pandhouder. Resteert de vraag of de registerpandhouder voor derdenbescherming in aanmerking komt.

Het gelijkstellen van het in de macht van de pandhouder brengen en het inschrijven in een openbaar register is verdedigbaar. Men zou kunnen zeggen dat de rangwisseling

56 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 770, p. 561.

57 Damsteegt-Molier 2009, p. 27. Zij pleit er in haar proefschrift (m.i. terecht) (p. 10-28) voor art. 3:90 lid 2 te schrappen en de levering c.p. te behandelen als iedere andere levering van roerende zaken. Zie ook F. Damsteegt-Molier, *WPNR* 2009/6815, p. 820 en de kritiek op deze zienswijze van D.J.Y. Hamwijk, 'Art. 3:90 lid 2 BW: geen kwestie van rechtvaardigheid, maar van rechtszekerheid', *WPNR* 2011/6883, p. 356-361 en V.J.M. van Hoof, 'Waakzaamheid en art. 3:90 lid 2 BW', *WPNR* 2011/6896, p. 633-640. Zie ook nog R.D. Vriesendorp, 'Art 3.4.2.5. lid 2 BW; een misplaatste bepaling', in: *GROM* 1986, p. 39-68.

58 Art. 3.9.3.1 jo. 3.9.2.2 lid 4 OM.

59 Stein 1972-I, p. 314.

van een vuistloos pandrecht met een posterieur gevestigd registerpandrecht een te aanvaarden rechtsgevolg is, omdat de eerste vuistloos pandhouder onder het huidige recht in zekere zin hetzelfde risico loopt. De kans bestaat immers dat een posterieure vuistpandhouder te goeder trouw de zaak onder zich neemt en een eersterangs pandrecht (art. 3:238 lid 1 BW) verkrijgt. De oudere vuistloos pandhouder ziet zijn pandrecht dan lager in rang worden.

Anderzijds kan men van de pandhouder die zijn pandrecht in een openbaar register inschrijft niet zeggen dat hij de zaak in zijn macht brengt. Weliswaar geeft hij publiciteit aan zijn recht, maar in zekere zin laat ook hij de schijn van beschikkingsbevoegdheid voortduren. De publiciteit bereikt immers slechts hen, die het register raadplegen. Van de reparateur, die een machine al jarenlang repareert, kan niet verwacht worden dat hij na vijftien jaar opeens het register raadpleegt om na te gaan of zij bezwaard is. Ook van de eigenaar van een uitgeleende zaak of een vuistloos pandhouder kan men niet verwachten dat zij continu het register raadplegen. Zowel de eigenaar als de vuistloos pandhouder van een zaak wordt door het daadwerkelijk uit de macht verdwijnen van die zaak gewaarschuwd, nu zij bij een bezoek aan de pandgever de zaak niet meer aantreffen. Door die waarschuwing kunnen zij tot actie overgaan en hoe eerder dat gebeurt, hoe meer kans op verhaal (buiten faillissement) zij hebben. Weliswaar is het mogelijk dat een derde-verkrijger om niet en te goeder trouw een sterker recht op de uitgeleende/vuistloos verpande zaak krijgt, de voormalig eigenaar/vuistloos pandhouder kan dan wel op tijd een actie tegen de vervreemder instellen. Zo bezien, is de drempel om iemand andermans zaak daadwerkelijk mee te geven vele malen hoger dan met iemand een verpanding overeen te komen, in te schrijven en de zaak in de macht te houden. Dat die overeengekomen verpanding kenbaar is uit een openbaar register maakt dat niet anders: de oorspronkelijke eigenaar wordt niet automatisch geattendeerd op de inschrijving in het pandregister.

Een en ander leidt mij tot de conclusie dat de registerpandhouder niet beschermd dient te worden tegen een eerder gevestigd vuistloos pandrecht op een roerende zaak. De registerpandhouder dient deze bescherming pas te krijgen op het moment dat hij afgifte vordert van het pandobject en aldus de zaak in zijn macht of in die van een overeengekomen derde komt. Ter bescherming van het belang van de registerpandhouder, verdient het wel de aanbeveling om een bepaling op te nemen inhoudende dat de pandgever bij de vestiging verplicht is te verklaren dat hij tot het verpanden van het goed bevoegd is alsmede dat op het goed al dan niet beperkte rechten rusten.[60]

8.6.7 Bescherming van de registerpandhouder tegen een eerder gevestigd registerpandrecht

Bij de beantwoording van de vraag wat de rangorde zou moeten zijn in het geval van meerdere registerpandrechten, loont het wellicht te onderzoeken hoe het huidige recht omgaat met meerdere vuistpandrechten. Naar geldend recht is een collisie van twee vuistpandrechten mogelijk. Art. 3:236 lid 1 BW biedt immers ook de mogelijkheid

60 Hierboven in hoofdstuk 3, par. 3.5.3 is de invoering van een dergelijke *vormloze* verklaring bepleit.

een vuistpand te vestigen door de zaak in de macht van een overeengekomen derde te brengen. P.A. Stein verdedigt dat in het geval van meerdere vuistpandrechten steeds de laatste vuistpandhouder te goeder trouw het vuistpandrecht met de hoogste rang verkrijgt. Stein wijst er wel op dat vaak de goede trouw bij de tweede of volgende vuistpandhouder zal ontbreken, omdat de pandgever een ontvangstbewijs van de bewaarnemer zal hebben en de tweede of volgende vuistpandhouder bij de bewaarnemer navraag kan doen.[61] Letterlijke lezing van art. 3:238 lid 1 jo. lid 2 BW lijkt inderdaad tot de conclusie te leiden dat steeds de laatste vuistpandhouder te goeder trouw een eersterangs pandrecht krijgt. Uit de volgende twee voorbeelden volgt echter iets anders. Ten eerste is het ook mogelijk dat de eerste vuistpandhouder die het goed onder zich heeft een overeengekomen derde is bij de vestiging van een tweede vuistpandrecht. Aan de eerste vuistpandhouder dient dan naar analogie van art. 3:115 aanhef en onder c BW te worden medegedeeld dat er een tweede vuistpand is gevestigd. De eerste vuistpandhouder houdt de zaak dan tevens voor de tweede pandhouder. Door de mededeling lijkt het onmogelijk dat de tweede vuistpandhouder te goeder trouw het eerste vuistpandrecht niet kent, maar uitgesloten is dit niet.[62] Art. 3:238 lid 2 BW lijkt dan ook niet van toepassing en de eerste vuistpandhouder, die de zaak onder zich heeft, blijft eerste in rang.[63] Zelfs in het geval dat de tweede pandhouder wel te goeder trouw is, meent Molenaar dat de prior-temporeregel dient te worden toepast bij meerdere vuistpandrechten.[64] Het lijkt mij inderdaad onverdedigbaar dat de vuistpandhouder die het pandobject in zijn kelder heeft staan, zijn eersterangs pandrecht verliest aan een derde te goeder trouw. Wetssystematisch zou mijns inziens dan hetzelfde moeten gelden voor de vuistpandhouder die is overeengekomen de zaak door een derde te laten bewaren. De wet stelt immers het brengen van het pandobject in de macht van de pandhouder of een overeengekomen derde op één lijn. Ten tweede heeft in het geval dat een pandgever zijn onder een derde bevindende roerende zaak meermaals vuistloos verpandt (art. 3:237 BW) te gelden dat de rangorde van de pandrechten bepaald wordt aan de hand van het prioriteitsbeginsel. Ik zie niet in waarom voor vuistpand iets anders zou moeten gelden. Het enkele overeenkomen van een derde-bewaarder rechtvaardigt mijns inziens geen beroep op derdenbescherming. Daarvoor is vertrouwen op de schijn van beschikkingsbevoegdheid, die uitgaat van het feit dat de zaak zich onder de pandgever bevindt, nodig.[65] Een en ander leidt mij tot de conclusie dat in het geval van meervoudige vuistverpanding er géén sprake kan zijn van rangwisseling. In het geval van meer-

61 Groene Serie Vermogensrecht (losbl. en online 2015) art. 238 Boek 3 BW, aantek. 2.7.13 (P.A. Stein).

62 Molenaar 1991, nr. 5, p. 11. Zie ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 130, p. 136. Van Mierlo schrijft daar: "Door de mededeling wordt hij [de eerste pandhouder; FJLK] ervan op de hoogte gebracht dat hij het (ook) aan hem verpande goed niet zonder toestemming van de latere – opvolgende – pandhouder aan de hoofdgerechtigde mag afgeven. Hieruit vloeit voort dat de opvolgende pandhouder het reeds op het goed rustende pandrecht kent. Rangwisseling is in dit geval daarom uitgesloten." Ik zie niet goed in waarom de tweede pandhouder door de mededeling het eerste pandrecht kent; het is immers mogelijk dat de pandgever aan de tweede pandhouder heeft verteld dat de overeengekomen derde "slechts" een bewaarder is.

63 Molenaar 1991, nr. 5, p. 11; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 130, p. 136.

64 Molenaar 1991, nr. 5, p. 11.

65 Zie daarover hierboven hoofdstuk 2, par. 2.6.4.

dere vuistpandrechten heeft te gelden dat het oudere vuistpandrecht voor het jongere vuistpandrecht gaat. Is deze uitkomst ook toepasbaar op de meervoudige verpanding door middel van een registerpandrecht, in die zin dat een ouder registerpandrecht altijd voor een jonger registerpandrecht dient te gaan?

In Frankrijk heeft men voor een dergelijke oplossing gekozen. Art. 2340 al. 1 C. civ. en art. L. 527-4 al. 2 C. com. bepalen dat de rangorde in het geval van meerdere registerpandrechten wordt bepaald door een strikte toepassing van het prior-tempore-beginsel. Hiermee is aansluiting gezocht bij het systeem van hypotheekrechten.[66] Het Nederlandse recht kent met art. 3:21 BW eenzelfde regeling aan de hand waarvan de rangorde van inschrijvingen die op een zelfde registergoed betrekking hebben bepaald dient te worden. Dogmatisch doet het wellicht wat vreemd aan om de derde-verkrijger te goeder trouw die de zaak in zijn macht heeft gekregen wel te beschermen tegen een eerder gevestigd registerpandrecht en een (register)pandhouder niet. Toch meen ik dat die uitkomst goed verdedigbaar is. De regel dat de derde-verkrijger te goeder trouw beschermd wordt, vloeit voort uit de bescherming van het handelsverkeer. Het oordeel dat een derde te goeder trouw is, impliceert dat van hem kennelijk niet verwacht kon worden dat hij het pandregister raadpleegde. Bij de bescherming van een pandnemer ligt dat mijns inziens anders. Hier gaat het om de bescherming van het financieringsverkeer en dus de eerste (register)pandhouder. Daarbij komt dat men mijns inziens van de registerpandhouder wél kan verwachten te allen tijde het register te raadplegen. De registerpandhouder is immers wel bekend met de mogelijkheid van het vestigen van een registerpand. Een en ander leidt mij tot de conclusie dat een ouder registerpandrecht altijd voor een jonger (register)pandrecht dient te gaan.

8.6.8 Vestiging bij voorbaat van een registerpandrecht

Art. 3.9.3.1 lid 3 OM kende ook een registerpandrecht op toekomstige roerende zaken. Ook het Franse registerpand kan worden gevestigd op toekomstige zaken. Welke handvatten biedt het huidige BW bij de vraag of een registerpandrecht op toekomstige zaken wenselijk is? Art. 3:98 jo. art. 3:97 lid 1 BW bepaalt dat de vestiging bij voorbaat van een beperkt recht op een registergoed is uitgesloten. Zo is het bijvoorbeeld onmogelijk een hypotheekrecht bij voorbaat te vestigen.[67] Art. 3:97 lid 1 sluit registergoederen van levering bij voorbaat uit,

> "[…] omdat voorkomen moet worden, dat de registers met allerlei inschrijvingen worden bezwaard, alleen verricht in de hoop, dat een willekeurige derde eenmaal rechthebbende zal worden; is een zodanige inschrijving, die slechts verwarrend kan werken, toch geschied, dan moet die op verzoek van de belanghebbende kunnen worden doorgehaald."[68]

66 Aynès & Crocq 2013, nr. 510, p. 239.
67 Fesevur 2005, p. 137.
68 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 401-402. Het citaat gaat vergezeld van een verwijzing naar een soortgelijke opvatting in Pitlo II, p. 204.

Strikt genomen zou art. 3:97 BW niet van toepassing zijn op een eventueel in te voeren registerpandrecht, omdat de goederen waarop een registerpandrecht gevestigd kan worden geen registergoederen zijn (art. 3:10 en het in te voeren lid 2 BW). Dat neemt niet weg dat ook bij een pandregister bovenstaande argumentatie op kan gaan: ook bij een pandregister kan de 'verwarringsgsproblematiek' spelen. Is de vervuiling van het pandregister zo bezwaarlijk dat de vestiging bij voorbaat van een registerpandrecht dient te worden uitgesloten?

Op grond van het volgende meen ik van niet. Het niet toestaan van het vestigen van een registerpandrecht betekent een aanzienlijke beperking van de mogelijkheid zekerheden te verstrekken. Die beperkte mogelijkheid kan dan weer haar weerslag hebben op het te verstrekken krediet. In Frankrijk wordt juist de mogelijkheid een vuistloos registerpandrecht te vestigen op toekomstige zaken als een grote innovatie gezien ten opzichte van het voor 2006 geldende recht.[69] De aard van het vuistpand, waarbij het uit de macht brengen van de pandgever noodzakelijk is, brengt immers met zich dat toekomstige zaken niet verpand kunnen worden. Daarbij komt dat het in Nederland al decennia mogelijk is roerende zaken bij voorbaat in zekerheid te geven. Als die mogelijkheid aan een facultatief zekerheidsrecht wordt onthouden, verliest een dergelijk recht veel van zijn waarde. Tot slot kan verwacht worden dat de pandgever er zorg voor zal dragen onnodige inschrijvingen, bijvoorbeeld van toekomstige zaken die hij niet heeft verkregen en niet meer zal krijgen, uit het pandregister te verwijderen. Hij is immers gebaat bij zo min mogelijk kans op verwarring omtrent de door hem al dan niet in pand gegeven zaken.

8.6.9 Verval van het registerpandrecht

Het voldoen van de gesecureerde vordering heeft het tenietgaan van die vordering tot gevolg. Daarmee gaat ook het registerpandrecht, dat immers een afhankelijk recht is, teniet (art. 3:7 jo. 3:82 jo. 3:227 lid 1 BW). Het niet-bestaande pandrecht staat dan echter nog wel ingeschreven in het openbare pandregister. Hoe moet worden omgegaan met dergelijke onjuiste inschrijvingen?

Art. 3.9.3.2 OM bepaalde dat het registerpandrecht na verloop van vijf jaar na de dag van de inschrijving eindigde, tenzij het registerpand vóór het verstrijken van deze termijn opnieuw werd ingeschreven. Het Franse registerpandrecht op een roerende zaak alsmede het registerpandrecht op de handelsvoorraad kent thans een gelijkluidende regeling; wordt de inschrijving niet binnen vijf jaar ververst dan wordt de inschrijving doorgehaald.[70] Het voordeel van zo'n verplichte verversing is dat het register na het tenietgaan van de gesecureerde vordering door bijvoorbeeld betaling of verjaring – en dus ook het tenietgaan van het pandrecht – na verloop van tijd de werkelijkheid weergeeft, nu de inschrijvingen door tijdsverloop automatisch worden doorgehaald.[71]

69 Legeais 2013, nr. 457, p. 325. Zie over de verpanding van toekomstige zaken naar Frans recht ook J. Mestre, 'Le gage des choses futures', *D.* 1982, chronique XXIII, p. 141-146.

70 Art. 7 *Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession*; art. R. 527-10 C. com.

71 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 351-352, p. 358-360.

Tegen een verplichte verversing kan worden aangevoerd dat onoplettendheid kan leiden tot een onherstelbaar verlies en dit een administratieve last en bijbehorende kosten voor de pandhouder meebrengt.[72] Ook ik meen dat het verlies van een goederenrechtelijke recht door enkel tijdsverloop onverenigbaar is met het oogmerk van dat goederenrechtelijke recht, dat in dit geval is gevestigd met het oogmerk te bestaan tot de gesecureerde vordering (al dan niet door executie) is voldaan. Bij een in te voeren facultatief registerpand hoeft het goederenrechtelijk recht echter niet te eindigen na het verlopen van de inschrijving. Het is mogelijk dat de registerpandhouder zijn inschrijving verliest, maar zijn recht niet. Aldus zou zijn registerpandrecht degraderen tot een vuistloos pandrecht (art. 3:237 BW). Tegen verplichte verversing pleit ook dat de pandgever zelf zorg zal dragen voor doorhaling in de registers, nu hij degene is die daar belang bij heeft.[73] De voormalig pandgever zal immers voor zijn zaak waarbij de goede trouw vereist dat het pandregister wordt geraadpleegd geen koper kunnen vinden die de bij een onbezwaarde zaak behorende prijs wil betalen, indien het pandregister aangeeft dat de zaak bezwaard is.

De argumenten tegen een verplichte verversing vind ik zwaarder wegen dan de argumenten voor. Daarom is mijns inziens een bepaling dat om de zoveel tijd een verversing van het registerpandrecht noodzakelijk is overbodig. Om het belang voor de pandgever van doorhaling te benadrukken en te verzekeren dat hij hiertoe in staat is, verdient het aanbeveling een aan art. 3:274 BW en art. 2339 C. civ. jo. art. 8 *Décret n° 2006-1804*/art. R. 527-11 C. com. gelijke bepaling op te nemen. Het eerste artikel verzekert dat de voormalige hypotheekgever na het tenietgaan van de hypotheek doorhaling daarvan kan bewerkstelligen door de schuldeiser in dat geval de verplichting op te leggen bij authentieke akte te verklaren dat de hypotheek is vervallen.[74] De Franse regeling lijkt sterk op art. 3:274 BW.[75] Zij schrijft voor dat de pandgever doorhaling van de inschrijving in het pandregister kan vorderen nadat hij de gesecureerde vordering, rente en overige kosten heeft voldaan. Die doorhaling kan worden verlangd door de schuldeiser of pandgever onder overlegging van het bewijs van een daartoe strekkende overeenkomst tussen partijen of een (onderhandse) akte. Doorhaling kan ook geschieden op grond van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis.[76]

72 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 351, p. 358; Struycken 2009, p. 181-182. Ook wijst Struycken erop dat een verplichte verversing de pandhouder dwingt tot actieve bewaking van zijn pandrecht. Dat is volgens hem echter niet nodig, nu het niet draait om het monitoren van zekerheden, maar om het monitoren van het verleende krediet en de kredietnemer. Vgl. ook nog art. 1236 BW (oud): "De inschrijving doet de hypotheek stand houden zonder vernieuwing." en de uitvoerige beschouwingen bij de totstandkoming van dit artikel met argumenten voor en tegen verplichte vernieuwing in Voorduin IV 1838, p. 604-622.

73 Struycken 2009, p. 182. Vgl. reeds Voorduin IV 1838, p. 612: " […] het spreekt toch wel van zelf, dat […] niemand eene schuld zal aflossen, zonder dat de inschrijving zij doorgehaald."

74 Overigens heeft een onjuiste doorhaling van een hypotheekrecht geen enkel materieel rechtsgevolg; het recht blijft bestaan. Zie Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 454, p. 448-449.

75 Art. 3:274 BW is op zijn beurt weer geïnspireerd op art. 1239 en 1240 BW (oud). Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 839. Vgl. ook art. 2440 e.v. C. civ.

76 Art. 8 al. 1 slotzin Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006. Vgl. art. 3:29 lid 4 BW.

8.7 Conclusie

Het achterwege laten van publiciteit bij de vuistloze verpanding van roerende zaken heeft tot gevolg dat het pandrecht zijn absolute werking moet missen in het geval het pandobject is vervreemd of bezwaard aan een derde-verkrijger te goeder trouw. Een registerpandrecht zou de absolute werking van een pandrecht op een roerende zaak, waarbij de pandgever de zaak zich onder de pandgever blijft bevinden, kunnen 'versterken'. Een registerpandrecht op roerende zaken vervult de behoefte van de pandnemer aan een zekerheidsrecht dat qua zekerheid zo veel mogelijk in de buurt komt van het vuistpand en dat tevens de mogelijkheid biedt het pandobject bij de pandgever te laten.

Een facultatief registerpand op vorderingen ten behoeve van de pandnemer met een eerder gevestigd stil pandrecht is overbodig.

Decennialang richten auteurs hun pijlen op de schadelijke gevolgen van het registerpandrecht voor de pandgever en de pandnemer. Het antwoord op de vraag of openbaarheid van de verpanding schadelijke gevolgen voor partijen heeft, is dat dat afhankelijk is van (i) de wijze waarop deze openbaarheid zich manifesteert en (ii) de wijze waarop partijen zelf in staat zijn om de schadelijke gevolgen van publieke informatie te neutraliseren.

Voor het functioneren van een registerpandrecht is minimaal in een openbaar register ingeschreven informatie nodig (i) ter identificatie van de pandgever en (ii) ter individualisatie/identificatie van het pandobject. Ook die gegevens kunnen schadelijke gevolgen hebben. De oplossing daarvoor is dat het registerpand facultatief moet zijn, zodat slechts partijen die de schadelijke gevolgen van openbare informatie omtrent een verpanding kunnen of willen dragen hiervan gebruik kunnen maken.

Bij het ontwerp voor een facultatief registerpandrecht op roerende zaken zijn meerdere onderwerpen aan de orde gekomen. Allereerst is vastgesteld dat een registerpandrecht noch een registerpandobject een registergoed is. Vervolgens zijn verschillende situaties onderzocht waarin een met een registerpand bezwaarde zaak vervreemd of nogmaals verpand wordt. De derde-verkrijger die te goeder trouw en anders dan om niet een met een registerpandrecht bezwaard goed verkrijgt, dient beschermd te worden tegen het registerpandrecht. Het gevolg zal zijn dat het registerpand zal uitgroeien tot een duurzaam pandrecht op een waardevol goed. Partijen kunnen afspreken dat het registerpandrecht tenietgaat bij een vervreemding in de normale uitoefening van beroep of bedrijf en dit beding in te schrijven. De jongere registerpandhouder dient pas beschermd te worden tegen een eerder gevestigd vuistloos pandrecht op een roerende zaak of tegen gehele beschikkingsonbevoegdheid van de (pretense) pandgever op het moment dat hij de zaak daadwerkelijk in zijn macht heeft (art. 3:238 BW). Daarbij dient een wettelijke verplichting voor de pandgever te bestaan om de registerpandhouder te attenderen op een ouder pandrecht. In geval van collisie van registerpandrechten dient een ouder registerpandrecht altijd voor een jonger (register)pandrecht te gaan. Voorts is de vraag onderzocht of het mogelijk zou moeten zijn een registerpandrecht ook bij voorbaat op toekomstige zaken te vestigen. Deze vraag is bevestigend beantwoord. Tot slot is stelling genomen tegen een verplichte periodieke verversing van de inschrijving van het registerpandrecht.

9 Een vormvrije overeenkomst als vestigingsvereiste

9.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is onderzocht waarom de wet een pandakte voorschrijft. De uitkomst is dat de pandakte als constitutief vereiste geen ander doel dient dan bewijs en daarom kan worden afgeschaft. Ook het bepaaldheidsvereiste, het registratievereiste en de wettelijk voorgeschreven verklaring in de pandakte van de pandgever dat hij bevoegd is tot verpanding en of het goed al dan niet reeds bezwaard is, nopen niet tot het vereisen van een pandakte. In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat wenselijke alternatieven zijn voor de thans door de wet vereiste pandakte.

9.2 Een andere invulling van het vestigingsvereiste

Vooropgesteld zij dat de te onderzoeken alternatieven slechts een andere invulling van het vestigingsvereiste betreffen. Een andere invulling dient geen gevolgen te hebben voor de kwalificatie van het pandrecht. Er moet veel waarde worden gehecht aan het accessoire karakter van het pandrecht (art. 3:7 BW). Het pandrecht is afhankelijk van de gesecureerde vordering.[1] Voldoet de pandgever zijn schuld aan de pandhouder, dan gaat het pandrecht teniet en kan de eigenaar weer onbezwaard over zijn goed beschikken.[2] Ook van belang is dat het pandrecht als beperkt recht blijft kwalificeren (art. 3:8 BW). Dit systeem moet worden behouden. Dat betekent dat een alternatief vestigingsvereiste dogmatisch dient te worden ingepast als vestigingsvereiste in de zin van art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW.

9.3 De pandovereenkomst in het Ontwerp-Meijers en het oude Burgerlijk Wetboek

Art. 3.9.2.3 OM bepaalde dat bedrijfsvorderingen tot zekerheid van een aan de pandgever verstrekt of te verstrekken bedrijfskrediet aan een kredietinstelling konden

1 Asser/Van Mierlo 3-VI* 2010, nr. 136, p. 142

2 Zie voor de noodzakelijke correctie in Duitsland op het gebrek aan accessoriteit bij zekerheidsoverdracht (*Übersicherung*), hieronder hoofdstuk 10, par. 10.6.2.1.

worden verpand. Volgens het artikel "wordt het pandrecht door de enkele pandovereenkomst gevestigd". Dit vestigingsvereiste wordt niet nader toegelicht in de Toelichting-Meijers. Het aktevereiste is uiteindelijk ingevoerd; kort gezegd om tegemoet te komen aan de wens cessie en verpanding van vorderingen op overeenkomstige wijze te regelen.[3] Nu die invoering van de pandakte weer ongedaan gemaakt kan worden, loont het de "enkele pandovereenkomst" uit het Ontwerp-Meijers nader te onderzoeken. Waar zou dit in het Ontwerp-Meijers voorgestelde vestigingsvereiste vandaan kunnen komen?

Het begrip 'pandovereenkomst' vond men toentertijd terug in art. 1197 BW (oud). Dat artikel luidde:

> "Pandovereenkomst wordt bewezen door alle middelen, die voor het bewijs der hoofdverbindtenis zijn toegelaten."

Volgens Van Mierlo werd met de in dit artikel genoemde "pandovereenkomst" gedoeld op (i) de titel tot verpanding én (ii) de goederenrechtelijke rechtshandeling/goederenrechtelijke overeenkomst. Hij schrijft dat in het huidige wetboek het begrip niet meer voorkomt, maar dat naar het huidige recht moet worden aangenomen dat een pandrecht tot stand komt "door een combinatie van een meerzijdige rechtshandeling en het voldoen aan een vormvereiste".[4] Ook Hartkamp schrijft dat men heden ten dage met de pandovereenkomst bedoelt "de goederenrechtelijke overeenkomst, waarbij een recht op een goed wordt gevestigd (art. 3:227 lid 1 BW). De overeenkomst *tot* vestiging van een pandrecht, waarbij men zich dus verbindt iets in pand te zullen geven, is een zuiver consensueel contract [...]."[5] Het laatstgenoemde contract is de volgens art. 3:98 jo. art. 3:84 lid 1 BW voor vestiging vereiste titel tot verpanding. Overig literatuur- en jurisprudentieonderzoek wijst uit dat met het begrip "pandovereenkomst" nu eens de titel tot verpanding, dan weer het (samenstel van) vestigingsvereiste(n) wordt bedoeld.[6]

De geschiedenis van art. 1197 BW (oud) werpt een interessante blik op de beweegredenen van de wetgever om voor een vormloze pandovereenkomst te opteren. Het artikel is namelijk bij wet van 1874 aangepast.[7] Daarvóór luidde art. 1197 BW (oud):

---

3 Zie hierboven hoofdstuk 3, par. 3.2.2.

4 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 27, p. 26 en nr. 114, p. 121. In dezelfde zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 25. In het huidige BW vindt men het begrip "pandovereenkomst" nog op één plaats terug. Art. 2:89a lid 1 sub c BW bepaalt dat de NV eigen aandelen of certificaten daarvan slechts in pand kan nemen, indien de algemene vergadering de *pandovereenkomst* heeft goedgekeurd. Uit de Kamerstukken wordt mij niet duidelijk wat hier nu precies onder wordt verstaan. Zie Kamerstukken II 1980/1981, 15 304, nr. 12, p. 10.

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 72.

6 Zie bijv. conclusie A-G Timmerman vóór HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 m.nt. F.M.J. Verstijlen onder 3.12; Hof 's-Hertogenbosch 29 april 2014, *JOR* 2014/149 m.nt. Loesberg, rov. 4.4.2; Hof Amsterdam 2 april 2013, *JOR* 2103/351 m.nt. A. Steneker, rov. 3.17-3.18; Hof Amsterdam 18 december 2012 *JOR* 2013/124 m.nt. J.W.A. Biemans, rov 2.2.7; Rb. Limburg 21 mei 2014, *NJF* 2014/297, rov. 3.4; Rb. Den Haag 12 september 2012, *JOR* 2012/377 m.nt. Van Andel, rov. 2.5; Rb. Haarlem 8 februari 2012, *JOR* 2012/371, rov. 2.7; R. van den Bosch, *TvI* 2013/46, par. 4; Steneker 2004, par. 4, laatste alinea.

7 *Stb.* nr. 95.

> "Ten opzigte van schulden, meer dan honderd gulden bedragende, heeft geen pandregt plaats, tenzij daarvan zij opgemaakt *eene schriftelijke akte, van eene zekere dagtekening voorzien*, en bevattende de opgave der schuldigde som, alsmede die der in pand gegeven voorwerpen."[8]

Het vereiste van de geregistreerde onderhandse akte werd als omslachtig, tijdrovend, in strijd met de geheimhouding en kostbaar ervaren en werd daarom massaal omzeild.[9] Om een einde te maken aan deze praktijk, werd bepaald dat de pandovereenkomst vormloos is.[10] Het gevolg van die wetswijziging betekende, zoals men verwachtte, het einde van de "verdichte overeenkomsten" en de komst van "formulieren, ingericht naar de nieuwe bepalingen."[11]

Onder het oude BW vereiste de wet dus voor verpanding van een roerende zaak een (i) vormloze overeenkomst en het (ii) uit de macht brengen van de zaak. Men ziet dat thans art. 3:236 BW niet verschilt van de hierboven beschreven situatie. Ook in dit artikel is slechts het uit de macht van de pandgever brengen van het pandobject vereist; een nadere akte is niet vereist. Laat men bij een vuistloze verpanding het vereiste dat de zaak (ii) uit de macht van de pandgever moet worden gebracht, vallen, dan blijft het eerste vereiste van de (i) vormloze overeenkomst overeind. Hetzelfde geldt voor de verpanding van vorderingen. Het oude BW vereiste daarvoor ook (i) een vormloze overeenkomst plus een (ii) (eventueel mondelinge) mededeling aan de debiteur van de vordering.[12] Laat men bij de stille verpanding van vorderingen het (ii) mededelingsvereiste vallen, dan blijft de (i) vormloze overeenkomst over. Zoals het onderzoek in hoofdstuk 3 uitwees, is het aktevereiste bij verpanding ingevoerd omdat voor cessie een pandakte vereist is. De cessieakte is ingevoerd uit de dogmatische noodzaak om aan het leverings- vestigingsvereiste van art. 3:84 lid 1 BW jo. art. 3:98 BW te voldoen. Schrapt men het aktevereiste, dan rijst de vraag of de enkele titel volstaat voor de vestiging van het pandrecht.

Het lijkt mij zeer aannemelijk dat Meijers in zijn art. 3.9.2.3 OM, dat bepaalde dat vorderingen konden worden verpand "door de enkele pandovereenkomst", aansluiting heeft willen zoeken bij de pandovereenkomst van art. 1197 BW (oud). Het woord

8 De cursivering is toegevoegd. Het woord "schriftelijke" werd op enig moment in het wetgevingsproces geschrapt (zie Voorduin IV 1838, p. 421), maar keerde later om onbekende redenen in de tekst terug, aldus C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard*, Vierde Deel, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1876, p. 588, voetnoot 1.

9 Asser/Scholten 1933, p. 403. Zie ook Asser/Scholten 1974, p. 178. Die omzeiling bestond uit het sluiten van een koopovereenkomst met recht van wederinkoop. Zie MvT, *Kamerstukken II* 1872-1873, 109, nr. 3, p. 2; *Kamerstukken II* 1872-1873, 109, nr. 4, p. 1.

10 Asser/Scholten 1933, p. 403, die de regel dat de pandovereenkomst vormloos is onduidelijk vond beschreven in art. 1197 BW (oud), nu dat artikel voor het bewijs van de overeenkomst alle bewijsmiddelen toeliet waardoor de hoofdverbintenis kan worden bewezen. Scholten vond een bewijsbepaling "hier zeker niet op haar plaats" en had het artikel liever geschrapt zien worden. Vgl. ook *Kamerstukken II* 1873-1874, 25, nr. 2, p. 1: "Er bestaat inderdaad geen enkele reden om voor de pandovereenkomst andere bewijsmiddelen te vorderen dan voor de overeenkomsten in het algemeen zijn toegelaten."

11 Asser/Scholten 1933, p. 403.

12 Art. 1199 BW (oud); Asser/Scholten 1933, p. 422.

"enkele" zou dan slaan op de enkele titel tot verpanding en eventueel op de goederenrechtelijke overeenkomst.[13] Dat zou betekenen dat art. 3.9.2.3 OM een consensueel stelsel van vestiging kende.

9.4 Vormvrije (vestiging van) zekerheidsrechten naar positief recht

Ter inspiratie voor een vormloos vestigingsvereiste loont het naar reeds bestaande vestigingshandelingen te kijken.

Nederlands recht

Het Nederlandse recht kent reeds vormen van vormloze vestiging. Bepaalde pandrechten kunnen worden gevestigd zonder dat daartoe een akte moet worden opgemaakt of zelfs enkel door het sluiten van een overeenkomst. Zo kunnen pandgever en pandnemer in het geval dat een roerende zaak zich reeds bij een ander dan de pandgever bevindt, afspreken dat de derde als "overeengekomen derde" in de zin van art. 3:236 lid 1 BW heeft te gelden.[14] Op deze wijze komt het vuistpand tot stand zonder akte en zonder dat de verpande zaak opnieuw uit de macht van de pandgever wordt gebracht.[15] Bij het verpanden van bijvoorbeeld een uitgeleende zaak is het dus voldoende om de verpanding overeen te komen en naar analogie van art. 3:115 aanhef en onder c BW een mededeling van die verpanding te doen aan degene aan wie de zaak is uitgeleend.[16] Duidelijker uitgesproken voor een vestiging bij overeenkomst heeft de wetgever zich bij art. 21 lid 1 Wge. Dit artikel bepaalt dat de vestiging van een pandrecht op een aandeel in een verzameldepot ten behoeve van degene bij wie het aandeel in het verzameldepot wordt aangehouden, geschiedt door overeenkomst tussen de pandgever en die instelling. Deze overeenkomst is vormvrij.[17] Hiermee heeft de wetgever zich welwillend getoond tegenover de praktijk.[18] De algemene voorwaarden van de instelling zullen dikwijls voorzien in de verpanding van aandelen in een verzameldepot.[19] Het pandrecht op de aandelen in het verzameldepot komt dan "automatisch" tot stand, nu die algemene voorwaarden naast de titel tot verpanding ook het vestigingsvereiste vervullen.[20]

13 Zie hierboven voetnoot 4.

14 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 763, p. 557 spreekt van een "tweezijdige verklaring gericht op het vestigen van het pandrecht […]." Die tweezijdige verklaring is mijns inziens een overeenkomst. Wellicht dat hier sprake is van een goederenrechtelijke overeenkomst; in de woorden van Van Zanten 2012, p. 304: "[...] een contract dat door de Groningse promovendus met enige voorzichtigheid dient te worden benaderd [...]."

15 Molenaar 1991, nr. 5, p. 11. Molenaar merkt voorts op dat nu in feite een machtsverschuiving ontbreekt, een akte met vaste dagtekening ter voorkoming van rangordeconflicten niet misstaan zou hebben. Ik deel die visie niet, zoals blijkt uit hoofdstuk 2 en 3.

16 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 763, p. 557.

17 Schim 2006, p. 182, onder verwijzing naar art. 3:37 lid 1 BW.

18 Schim 2006, p. 182.

19 *Kamerstukken II* 1975-1796, 13780, nr. 3, p. 39. Zie bijv. art. 24 lid 1 a sub iii ABV 2009.

20 Schim 2006, p. 183, die voor het woord "automatisch" verwijst naar W.H.G.A. Filott, *Algemene bankvoorwaarden*, Serie bank- en effectenrecht 3, Deventer:: Kluwer 2000, p. 79. Ook de toelichting van de Nederlandse Vereniging van Banken op de ABV 2009 wijst erop dat het pandrecht "automatisch"

Frans recht
Zoals in hoofdstuk 1 reeds aan de orde kwam, zijn er auteurs die aannemen dat voor de vestiging van een *gage commercial* geen akte hoeft te worden opgemaakt. Deze courante opvatting leunt op de gedachte dat het *gage commercial* bewezen kan worden door alle middelen (art. L. 521-1 al. 1 jo. L. 110-3 C. com.).[21] In de literatuur schrijft men dat de vrijstelling van het aktevereiste de mogelijkheid introduceert van een stilzwijgend pandrecht.[22]

Duits recht
Bij de hiervoor besproken Nederlandse en Franse vormen van vormvrije vestiging gaat het om het vuistpand dan wel een zeldzame vorm van verpanding. Bij het gros van verpandingen gaat het echter om een vuistloze verpanding van roerende zaken en/of een stille verpanding van vorderingen of andere rechten. Daarom is het interessanter naar een vormvrije vestiging bij deze twee vormen van zekerheidsverlening te kijken. Nu Duitsland reeds lange tijd bekend is met de vormvrije totstandkoming van zekerheidsrechten – de zekerheidsoverdracht met bezitsverschaffing constituto possessorio en de zekerheidscessie zonder mededeling – kunnen deze rechtsfiguren wellicht als inspiratie dienen voor een Nederlands vormvrije vestigingsvereiste.

Zoals in hoofdstuk 1 reeds kort aan de orde kwam, geldt voor de zekerheidsoverdracht van een roerende zaak het volgende. § 929 S. 1 BGB vereist voor eigendomsoverdracht naast overhandiging van de zaak *Einigung* tussen partijen. Deze overeenstemming is vormvrij.[23] Naar Duits recht is eigendomsoverdracht (tot zekerheid) ook mogelijk bij wijze van constituto possessorio. Daarvoor is ook een *Einigung* vereist.[24] Het daarnaast vereiste alternatief voor de overhandiging bestaat in dit geval uit een tussen de eigenaar en de verkrijger gesloten overeenkomst waardoor de verkrijger het bezit van de zaak verkrijgt. (§ 930 BGB).[25] Ook dit vereiste is – net als de *Einigung* – vormvrij.[26] De bewijslast voor de eigendomsoverdracht met een levering c.p. ligt op de zekerheidsnemer.[27]

Voor de Duitse zekerheidscessie geldt dat § 398 BGB bepaalt dat een vordering door middel van een overeenkomst overgedragen kan worden. In hoofdstuk 1 zagen wij reeds dat de cessie is een goederenrechtelijke beschikking over de vordering is volgens het abstracte stelsel van overdracht. Ondanks dat dit betekent dat de *Abtretung* strikt

tot stand komt. Zie M.A.L.M. Willens & J.W. Achterberg, *Algemene Bankvoorwaarden (ABV). Tekst & Toelichting*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2012, p. 103.

21 Zie over de *gage commercial* uitgebreider hierboven hoofdstuk 1, par. 1.4.2.

22 Cabrillac e.a. 2010, nr. 746, p. 560.

23 MüKoBGB/Oechsler 2013, § 929, Rn. 23; Palandt/Bassenge 2012, § 929, Rn. 2; Staudinger/Wiegand 2011, § 929 Rn. 10; Baur/Baur & Stürner 2009, § 51 Rn. 7; Soergel/Henssler 2002, § 929, Rn. 16; Serick II 1965, p. 139. Overigens is de titel tot het in zekerheid overdragen van de zaak (*Sicherungsvertrag*) ook vormvrij. Zie MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936, Rn. 25; Palandt/Bassenge 2012, § 930, Rn. 15.

24 Staudinger/Wiegand 2011, § 930, Rn 7.

25 Palandt/Bassenge 2012, § 930, Rn. 1.

26 BGH NJW 1991, 353, Rn. 3; Bülow 2012, Rn 1330, p. 475; Palandt/Bassenge 2012, § 930, Rn. 1.

27 MüKoBGB/Oechsler 2013, § 930, Rn. 35; Soergel/Henssler 2002, Anh § 930, Rn. 122; Soergel/Henssler 2002, § 930, Rn. 25.

genomen van de daaraan ten grondslag liggende titel moet worden onderscheiden, maakt men tussen beide geen scherp onderscheid.[28] Vaak wordt met het overeenkomen van de titel tot overdracht van de vordering tegelijkertijd de (stilzwijgende) *Abtretung* overeengekomen.[29] Het *Abtretungsvertrag* is in beginsel vormvrij.[30] De vormvrijheid geldt zelfs indien de wet voor de aan de cessie ten grondslag liggende titel wél een vormvoorschrift voorschrijft, zoals bijvoorbeeld bij schenking (§ 518 BGB).[31] Voor de totstandkoming gelden de algemene voorschriften die voor de totstandkoming van een overeenkomst gelden.[32] Het is aldus mogelijk dat de voor cessie benodigde overeenkomst stilzwijgend tot stand komt.[33] De (zekerheids)cessionaris draagt de bewijslast voor de cessie.[34]

9.5 Vestigingsvereiste en bewijs

De in de vorige paragraaf besproken vormen van goederenrechtelijke zekerheidsrechten laten zien dat het vormloos vestigen van zekerheidsrechten goed mogelijk is. Met name de zekerheidsnemer, die zijn pandrecht aan derden wil kunnen tegenwerpen, zal de rechtsgeldige vestiging van zijn zekerheidsrecht in een voorkomend geval wel moeten kunnen bewijzen.

Er bestaat een nauwe band tussen het vestigingsvereiste voor verpanding en het bewijs daarvan. Eén van de functies van de thans door de wet vereiste cessie- en pandakte is dat het een bewijsmiddel van de verpanding is.[35] In hoofdstuk 3 kwam naar voren dat er geen overtuigende reden is waarom de wet voor cessie en verpanding een specifiek bewijsmiddel voorschrijft. Voorts is daar verdedigd dat de cessie- en pandakte als constitutief vereiste geen ander doel dan bewijs dient en daarom kan worden afgeschaft.

28 BGB-RGRK/Weber 1976, § 398, Rn. 7.

29 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 26; BGB-RGRK/Weber 1976, § 398, Rn. 7; BGH WM 1957, 1574, 1575; BGH NJW 1969, 40.

30 Lwowski in: Lwowski, Fischer & Langenbucher 2011, § 13, Rn. 54; Palandt/Grüneberg 2012 § 398 Rn 6; Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 19; MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 34; Soergel/Schreiber 2009, § 398, Rz 2. Zie ook Mugdan 1899 (Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse), p. 66, waar onder verwijzing naar de figuur van kwijtschelding wordt opgemerkt dat de vormvrijheid strookt met de in het ontwerp voor het BGB aangenomen regel voor het *Veräußerungsvertrag.* Op p. 63 wordt opgemerkt dat de kwijtschelding vormvrij is, omdat de wil van de schuldeiser tot afstand van zijn recht nooit twijfelachtig is en er geen bijzondere gevaren van de erkenning van een mondelinge overeenkomst zijn te vrezen.

31 Zie BGH NJW 1984, 973; Palandt/Grüneberg 2012 § 398 Rn 6; Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 19. Voor bepaalde vormen van *Abtretung* is wel een vorm voorgeschreven. Zie Baur/Baur & Stürner 2009, § 58 Rn. 17.

32 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 13; Bülow 2012, Rn. 1368, p. 492, voetnoot 481, die er ook op wijst dat men die voorschriften vindt in § 145 e.v. BGB. Zie ook BGH NJW-RR 2001, 422.

33 MüKoBGB/Roth & Kieninger 2016, § 398, Rn. 14; Soergel/Schreiber 2009, § 398, Rz 1 verwijzend naar RG JW 1907, 329 Nr 5; Palandt/Grüneberg 2012 § 398 Rn 5; Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 4. Zie ook BGH NJW 1969, 40; BGH NJW 1997, 729.

34 Palandt/Grüneberg 2012, § 398, Rn 46; Serick II 1965, p. 285. Zie ook BGH NJW 1983, 2018.

35 Zie hierboven hoofdstuk 3, par. 3.2.

De uitkomst dat het voorschrijven van een bewijsmiddel zonder goede reden ongegrond is en de pandakte als verplicht bewijsmiddel geschrapt kan worden, is ook in overeenstemming met het in 1988 in werking getreden (nieuw) bewijsrecht. Het bewijsrecht heeft met art. 152 Rv, dat bepaalt dat bewijs met *alle* middelen kan worden geleverd, de vrije bewijsleer omarmd. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat bewijsbelemmerende voorschriften het bereiken van het doel van het proces – het vinden van de materiële waarheid – bemoeilijkt.[36] Het bewijsrecht kent dan ook geen hiërarchie van bewijsmiddelen.[37] Het toepassen van deze gedachte op cessie en verpanding levert geen andere uitkomst op: als de cessie of verpanding daadwerkelijk is overeengekomen zie ik niet in waarom partijen dat dan niet zouden mogen bewijzen met *alle* middelen. Men denke bijvoorbeeld aan een geluidsopname waarmee de tijdens de onderhandelingen over kredietverlening overeengekomen verpanding bewezen kan worden.

Ondanks het uitgangspunt van de vrije bewijsleer is de wetgever tevens tegemoetgekomen aan het belang "dat partijen hebben zich bij het aangaan van rechtshandelingen te kunnen verzekeren van een bewijsmiddel met een bepaalde door de wet vastgestelde kracht, waardoor zowel de kans op het ontstaan van rechtsgeschillen als ook het risico van een desalniettemin te voeren procedure in zoverre zoveel mogelijk wordt beperkt." Dit ziet men terug in de voorschriften omtrent schriftelijke bewijsmiddelen.[38] Art. 157 lid 2 bepaalt dan ook dat een (authentieke of onderhandse) akte tussen partijen dwingend bewijs oplevert van de waarheid van een verklaring in de akte.[39] Dat betekent dat pandnemer en pandgever ervoor kunnen kiezen een pandakte op te maken. Dat kan een noodzakelijk bewijsmiddel zijn indien de pandnemer zijn pandrecht tegen de curator van de pandgever of andere derden wil tegenwerpen. De vuistloos pandhouder die overeenkomstig art. 3:237 lid 3 BW afgifte van de zaak vordert en zijn pandrecht niet heeft gevestigd bij authentieke akte, heeft verlof van de voorzieningenrechter nodig. Art. 496 lid 2 Rv bepaalt dat het verlof wordt verzocht bij een verzoekschrift waarbij de pandakte wordt overgelegd. In de door mij voorgestane wijziging van het vestigingsvereiste zou art. 496 lid 2 Rv dan zo moeten luiden dat het verlof vergezeld wordt van een ander bewijsmiddel.

Ondanks de door mij bepleite afschaffing van het aktevereiste valt te verwachten dat partijen alsnog een pandakte zullen opstellen.[40] Die verwachting wordt gestaafd door het feit dat men in Duitsland de vormloze zekerheidscessie vrijwel altijd schriftelijk vastlegt, zodat deze zekerheidsverlening bewezen kan worden.[41] Om dezelfde reden verdient het aanbeveling de zekerheidsoverdracht door middel van een levering c.p.

36 MvT, *Parl. Gesch. nieuw bewijsrecht*, p. 59.

37 Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 53.

38 MvA, *Parl. Gesch. nieuw bewijsrecht*, p. 62.

39 Ook tegen dwingend bewijs staat tegenbewijs vrij, aldus art. 151 lid 2 Rv.

40 In gelijke zin: Rongen 2012, nr. 535, p. 644-645. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/79: "Bijna steeds worden transacties van enig belang schriftelijk vastgelegd, ook wanneer de wet dat niet eist […]." De in de vorige paragraaf besproken vormloze vestigingsovereenkomst voor een pandrecht op een aandeel in een verzameldepot (art. 21 lid 1 Wge) zal ook schriftelijk worden aangegaan gezien "potentiële bewijsproblemen", aldus Schim 2006, p. 182.

41 Zie Meyer & Von Varel 2004, p. 193 (onder III.1.b); Serick II 1965, p. 285. Vgl. ook Staudinger/Busche 2012, § 398, Rn 21.

schriftelijk vast te leggen.[42] Hetzelfde geldt voor de Franse vormvrije *gage commercial*.[43]

9.6 Is een vormloze vestiging te belastend voor de rechtspraak?

Tegen het voorstel om de pandakte te vervangen door een tot een vestiging bestemde overeenkomst kan worden aangevoerd dat dit te belastend voor de rechtspraak zal zijn. In het geval van een geschil zal zij immers moeten beoordelen of er aan het vestigingsvereiste is voldaan.

Het komt mij voor dat het zo'n vaart niet zal lopen. Daarvoor heb ik als eerste aanwijzing de ontwikkeling van het bepaaldheidsvereiste. De Toelichting-Meijers geeft aan dat de vraag in welke mate bepaaldheid aanwezig dient te zijn, door de rechter beoordeeld moet worden.[44] Zoals uit hoofdstuk 4 opgemaakt kan worden, gaat de Hoge Raad 'soepel' om met het bepaaldheidsvereiste. Als gevolg van die soepele bepaaldheidsvereiste wordt er tot op de dag van vandaag geprocedeerd over de vraag wanneer een goed voldoende bepaald is. Toch wordt deze belasting voor de rechtspraak niet als bezwaarlijk aangemerkt. Men zou dan kunnen zeggen dat als een soepel bepaaldheidsvereiste niet te belastend voor de rechterlijke macht is, een soepel vestigingsvereiste dat ook niet is. Een mogelijke verklaring voor het feit dat een soepel bepaaldheidsvereiste als niet belastend wordt aangemerkt, zou kunnen zijn dat het voordeel van een soepel bepaaldheidsvereiste voor de maatschappij groter is dan het nadeel van een soepel vereiste, in dit geval de daarmee gepaard gaande belasting voor de rechtspraak.[45] Iets soortgelijks zou kunnen gelden voor een soepel vestigingsvereiste. Als een soepel bepaaldheidsvereiste niet te belastend voor de rechterlijke macht is, dan is een soepel vestigingsvereiste dat ook niet.

Ten tweede kan worden gezegd dat de rechtspraak ook nu ter beantwoording van de vraag of een pandrecht tot stand is gekomen, moet vaststellen of aan de overige vereisten van art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW is voldaan. Dat betekent bijvoorbeeld dat het bestaan van een voor een verpanding noodzakelijke geldige titel met alle middelen kan worden bewezen. Die titel dient te worden uitgelegd aan de hand van de Haviltexmaatstaf.[46] Die maatstaf kan voor de rechter ook vrij arbeidsintensief zijn. Toch is dat tot op heden geen reden geweest om afscheid te nemen van de Haviltexmaatstaf. Ook hier zou het mogelijk kunnen zijn dat de voordelen – te weten bescherming van partijen doordat zij

42 Aldus Serick II 1965, p. 141 en zijn verwijzingen in voetnoot 121.

43 Simler & Delebecque 2012, nr. 637, p. 569: "[L]a pratique avait conservé la bonne habitude d'établir un écrit chaque fois qu'un gage était constitué."; Aynès & Crocq 2013, nr. 503, p. 229 voetnoot 23: "[E]n pratique, un écrit sous seing privé est toujours dressé."

44 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 402.

45 Vgl. hoofdstuk 4, par. 4.3.5, waar ik schreef dat het achteraf vaststellen om welke vordering het gaat (tijdens de incidenteel voorkomende executie/faillissement) goedkoper is dan het vooraf vaststellen om welke vordering het gaat.

46 Steneker 2012, nr. 8, p. 19; HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 (*ING/Muller q.q.*), rov. 4.2.

gebonden zijn aan hetgeen zij daadwerkelijk hebben afgesproken en kostenbesparing[47] – van de Haviltexmaatstaf groter zijn dan het nadeel (arbeidsintensief) daarvan.[48]

Tot slot kan erop gewezen worden dat pandgever en pandnemer in het hier verdedigde voorstel weliswaar materieel kunnen volstaan met het afspreken van een verpanding, maar dat zij dat ook moeten kunnen bewijzen.[49] Dat geldt te meer nu zij de verpanding aan derden, waaronder de faillissementscurator en overige (posterieure) pandhouders, willen kunnen tegenwerpen. Partijen en met name de pandnemer zullen daarom zelf goed moeten zorgdragen voor hun bewijs. In geval van geschil omtrent een verpanding moet een partij of diens advocaat een inschatting maken van de kansen op succes in die procedure. Als het onmogelijk blijkt het vervulde vestigingsvereiste te bewijzen, dan zal er ook geen procedure gevoerd worden en de rechtspraak ook niet belast worden.[50]

9.7 De vormvrije pandovereenkomst als vestigingsvereiste

De voorgaande paragrafen overziend, kan het volgende voorstel tot een vormloos vestigingsvereiste worden gedaan. Het Ontwerp-Meijers voorzag in een vestiging van een pandrecht op vorderingen "door de enkele pandovereenkomst". Zoals wij hierboven hebben gezien, werd hier hoogstwaarschijnlijk mee gedoeld op de enkele titel tot verpanding en eventueel op de goederenrechtelijke overeenkomst.

Art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW vereist voor de vestiging een aparte handeling. Ook zijn er situaties denkbaar dat partijen tussen de overeengekomen verplichting tot verpanding en de daadwerkelijke vestiging een periode willen inlassen. Het lijkt mij daarom het beste voor de vestiging een aparte tot vestiging bestemde overeenkomst te vereisen. Gelijkelijk aan het hierboven besproken[51] onderscheid tussen de titel tot zekerheidscessie en het *Abtretungsvertrag* zelf, dient dogmatisch gezien ook bij het door mij bepleite systeem van vormloze vestiging door een pandovereenkomst de titel tot verpanding en de pandovereenkomst onderscheiden te worden. Net als bij de *Abtretung* zal dat onderscheid in de praktijk soms lastig te maken zijn. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat men in het gros van de gevallen tegelijk met de titel voor verpanding de voor vestiging vereiste overeenkomst overeenkomt.

Rongen pleit er in zijn proefschrift voor het aktevereiste in te wisselen voor een "*vormvrije* […] pandovereenkomst, gesloten ter uitvoering van de titel van de cessie of verpanding […]."[52] Die omschrijving van de overeenkomst als vestigingsvereiste respecteert het causale stelsel dat geldt voor verpanding (art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW). Met Rongen meen ik dat een vormvrije overeenkomst de beste optie is voor een vestigings-

47 Zie hierboven hoofdstuk 4, par. 4.2.2 en voetnoot 21 aldaar.
48 Vgl. Loth 2009, nr. 15, p. 39, die wijst op het feit dat bij hantering van de Haviltexmaatstaf de transactiekosten laag zijn, maar de kans op rechterlijke fouten aanzienlijk is. Andersom zijn bij het hanteren van een tekstuele uitleg de transactiekosten hoog en is de kans op rechterlijke fouten beperkt.
49 Zie hierboven voetnoten 40, 41 en 43.
50 Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 72, p. 68.
51 Zie hierboven voetnoot 28.
52 Rongen 2012, nr. 535, p. 645. De cursivering is origineel.

vereiste. Nu de wet als uitvloeisel van de contractsvrijheid voor de totstandkoming van overeenkomsten geen vormvereisten kent en vormvrijheid het uitgangspunt is (art. 6:217 lid 1 jo. 3:37 lid 1 BW),[53] kan ook de tot vestiging bestemde pandovereenkomst vormvrij zijn.

9.8 Conclusie

Een uitkomst van het onderzoek uit het eerste deel is dat de pandakte als constitutief vereiste geen ander doel dient dan bewijs en daarom kan worden afgeschaft. Ook de andere doelen die met de functies van de pandakte worden nagestreefd, worden niet bereikt. Daarop voortbouwend zijn in dit hoofdstuk de mogelijkheden voor een wenselijk alternatief voor de pandakte onderzocht.

Vooropgesteld dient te worden dat de te onderzoeken alternatieven slechts een andere invulling van het vestigingsvereiste betreffen. Een alternatief vestigingsvereiste dient te worden gezien als vestigingsvereiste in de zin van art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW.

Het Ontwerp-Meijers kende een verpanding van vorderingen "door de enkele pandovereenkomst". Het is aannemelijk dat daarmee aansluiting is gezocht bij de pandovereenkomst van art. 1197 BW (oud). Dat artikel bepaalde dat de pandovereenkomst vormloos was. Het is tevens aannemelijk dat het vereiste van "de enkele pandovereenkomst" inhield dat het pandrecht gevestigd werd door de enkele titel tot verpanding en eventueel door een goederenrechtelijke overeenkomst.

Nederland, Frankrijk en Duitsland kennen reeds vormloze vestigingsvereisten voor zekerheidsverlening. Het Nederlandse en Franse zekerhedenrecht kent in de marge een aantal vormloze vestigingsvereisten. In Duitsland daarentegen gebruikt men als gangbare zekerheidsrechten op roerende zaken en vorderingen de zekerheidsoverdracht met een levering c.p. en de zekerheidscessie zonder mededeling. Beide rechtsfiguren zijn vormvrij. Het vormloos vestigen van zekerheidsrechten is dus goed mogelijk.

Vormloze vestiging van een pandrecht is ook in overeenstemming met de gedachte die ten grondslag ligt aan het bewijsrecht. In art. 152 Rv komt de zogenaamde vrije bewijsleer tot uiting: bewijs kan met *alle* middelen worden geleverd.

De ontwikkeling naar een soepel bepaaldheidsvereiste, het feit dat de voor de vestiging van een pandrecht noodzakelijke geldige titel ook vormvrij is, en de verwachting dat partijen zonder voldoende bewijs niet snel zullen gaan procederen, ondersteunen de verwachting dat een vormvrij vestigingsvereiste niet te belastend voor de rechtspraak is.

De eindconclusie is dat de thans door de wet voorgeschreven pandakte vervangen dient te worden door een tot vestiging bestemde vormvrije overeenkomst tussen pandgever en pandnemer.

53 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 272. Zie ook TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 876 onder 3; HR 21 december 2001, *NJ* 2002/60 (*Van Beers c.s./Van Daalen*), rov. 3.7. Zie over het beginsel van contractsvrijheid Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 41 e.v.

10 Herstel van het evenwicht

10.1 Inleiding

In hoofdstuk 5 zagen wij dat het door de wetgever gewenste evenwicht tussen schuldeisers niet wordt bereikt. Naar aanleiding van de rechtsontwikkeling die culmineerde in *Dix q.q./ING* wordt in de literatuur vaak gewezen op zogenaamde carve-outregelingen. Kort gezegd zijn dat regelingen die in faillissement tussen schuldeisers een evenwicht trachten te bewerkstelligen door een deel van de executieopbrengst van zekerheidsgerechtigden beschikbaar te stellen voor andere crediteuren. De gevoeligheid van een dergelijke verplichte boedelbijdrage is evident: de een krijgt minder en de ander krijgt meer. Mede in dit licht het volgende. De afgelopen decennia hebben vele voorstellen tot aanpassing van de Faillissementswet het licht gezien. De laatste tijd gaat de aandacht uit naar het recent verschenen voorontwerp Insolventiewet van de commissie-Kortmann. Het is goed te beseffen dat daarvóór reeds andere voorstellen zijn verschenen, zoals die van de commissie-Houwing en commissie-Mijnssen.[1] De reden dat al deze omvangrijke projecten zijn gestrand, is dat het – meer nog dan bij andere onderwerpen – in de kern een verdelingsvraagstuk betreft. Bij de beantwoording daarvan spelen rechtspolitieke belangen een enorme rol. Aan de promovendus in ieder geval de taak te proberen de discussie verder te brengen. Dient er een evenwicht tussen schuldeisers te worden gerealiseerd?

10.2 Het verband tussen pandrechten en lege boedels

Waarom wordt er met de beschuldigende vinger naar het pandrecht gewezen? Allereerst een technisch-juridische reden. In hoofdstuk 2 bleek dat het gebrek aan publiciteit niet de oorzaak is van lege boedels. Het vuistloze respectievelijk stille karakter van het pandrecht is dat deels wel. Het laten vallen van de eis dat de zaak in de macht van de pandhouder of een overeengekomen derde dient te worden gebracht, heeft tot gevolg dat het potentieel te bezwaren vermogen toeneemt: in vuistpand kan men immers slechts zaken geven die niet benodigd zijn voor de bedrijfsvoering, terwijl nu het geheel aan aanwezige roerende zaken kan worden verpand. Daarnaast opent het vuistloze karakter

1 Houwing 1974; Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet (Commissie-Mijnssen), oktober 1989.

ook de weg voor de vestiging bij voorbaat van een pandrecht op toekomstige zaken. Voor de stille verpanding van vorderingen geldt dat het achterwege laten van de mededeling ertoe leidt dat ook hier het te verpanden deel van het vermogen groter wordt. Praktisch gezien kunnen alle vorderingen worden verpand. Door het wegvallen van de eventuele bezwaarlijkheid van het doen van een mededeling schroomt de pandgever niet om al zijn vorderingen bij voorbaat te verpanden. Daarnaast geldt ook hier dat toekomstige vorderingen verpand kunnen worden. Men ziet dat aldus het te verpanden deel van het vermogen groter is dan in een systeem waarin het uit de macht brengen en het doen van een mededeling wel verplicht is. Hiermee heeft de pandhouder een grotere voorsprong op de concurrente crediteur gekregen. Nu zijn niet het vuistloos en stil pandrecht per se inherent aan de ruimere toepassingsmogelijkheden; vóór 1992 gebruikte men daarvoor de zekerheidsoverdracht en -cessie. Thans is het pandrecht het aangewezen zekerheidsrecht voor niet-registergoederen. Daarom zijn de pijlen van de concurrente crediteur gericht op deze rechtsfiguur.

De kiem voor de gedachte dat ook in Nederland de concurrente crediteur er te bekaaid afkomt en dat daar iets aan gedaan moet worden, vindt men in een stuk van Kortmann uit 1991:

> "De kring van separatisten is in de loop van deze eeuw zodanig uitgedijd dat veelal nauwelijks actief in de boedel resteert ten behoeve van de persoonlijke crediteuren, althans de concurrente crediteuren. Een faillissementsrecht dat is gericht op de uitwinning van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van persoonlijke crediteuren, moet onder deze omstandigheden wel disfunctioneren. Het verwezenlijken van de aanspraken van zakelijke crediteuren dient binnen het aandachtsgebied van de Faillissementswet te vallen. Onderzocht zal moeten worden of en in hoeverre de separatistpositie van respectieve zakelijke crediteuren moet worden behouden."[2]

In de afgelopen jaren is de "kring van separatisten" alleen nog maar meer "uitgedijd". De naar een generaal zekerheidsrecht tenderende rechtsontwikkeling culmineerde in de arresten *Dix q.q./ING* en *Van Leuveren q.q./ING*. In het eerste arrest accordeerde de Hoge Raad de verzamelpandakteconstructie maar overwoog tevens dat "[...] deze verpandingsconstructie dus in feite mee[brengt] dat de uitgangspunten waarop de artikelen 3:276 en 3:277 lid 1 BW zijn gebaseerd, wat betreft concurrente schuldeisers verregaand zijn uitgehold."[3] In het kielzog van deze overweging overwoog de Hoge Raad in *Van Leuveren q.q./ING* in een *obiter dictum* dat de wetgever de aangewezen instantie is om dit probleem op te lossen.[4] In het navolgende zal dan ook aandacht worden besteed aan de positie van de pandhouder ten opzichte van de concurrente crediteur.[5]

2 Kortmann 1991, p. 131, onder verwijzing naar Duitse literatuur omtrent de wijziging van de faillissementswetgeving. Het onder zijn voorzitterschap tot stand gekomen voorontwerp Insolventiewet bevatte geen solidariteitsbijdrage.

3 HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*), rov. 4.8.3.

4 HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van Leuveren q.q./ING*), rov. 4.1. Zie uitgebreider hierboven hoofdstuk 5.

5 De legeboedelproblematiek omvat ook het probleem dat het salaris van de curator niet of niet volledig kan worden betaald en is dus breder dan de enkel de slechte positie van de concurrente crediteur. Voor

In herinnering zij gebracht dat het beschermen van de concurrente schuldeiser door middel van meer publiciteit of een streng bepaaldheidsvereiste is afgewezen in hoofdstuk 2 (par. 2.5) respectievelijk hoofdstuk 4 (par. 4.3.4).

10.3 Voorrang en evenwicht

10.3.1 Inleiding

In hoofdstuk 5 kwam aan de orde dat de wetgever een evenwicht wenst tussen crediteuren en dat een evenwicht niet wordt bereikt. In faillissement zijn er veel crediteuren die voorrang hebben boven de concurrente crediteur. Zo wijst Mennens op de ingewikkelde driehoeksverhouding tussen boedelcrediteur, preferente crediteur (met name de fiscus) en concurrente crediteur in het faillissement van de debiteur. Uiteindelijk komt zij tot de conclusie dat het ten laste van de separatist realiseren van extra boedelactief door middel van een carve-out-regeling de concurrente crediteur niet ten goede komt, omdat met dat actief allereerst hoger gerangschikte boedelschulden en preferente schulden zullen worden voldaan.[6] Bepalen dat de bijdrage van de separatist uitsluitend ten goede komt van de concurrente crediteuren lijkt ook problematisch, omdat dat afbreuk zou doen aan de positie van de hoger gerangschikte crediteuren. Dat doet allereerst de vraag rijzen naar de ratio achter het al dan niet toekennen van voorrang.

10.3.2 Paritas creditorum

In beginsel is het gehele vermogen van de schuldenaar vatbaar voor verhaal (art. 3:276 BW). Art. 3:277 lid 1 BW bepaalt dat schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Deze *paritas creditorum* betreft niet de gelijkgerechtigdheid tot het vermogen van de schuldenaar, maar het uitgangspunt dat schuldeisers in een gelijkwaardige positie gelijk worden behandeld.[7]

Deze gelijkheid vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel dat diep in ons recht verankerd is.[8] Tegelijkertijd wordt de *paritas creditorum* vaak gezien als regel van verdelende rechtvaardigheid, waarop in een volgende paragraaf dieper wordt ingegaan.[9]

---

het probleem van het salaris van de curator zij verwezen naar de auteurs genoemd bij A-G Timmerman vóór HR 18 december 2015, *RvdW* 2016/95 (*Hoekstra q.q./R.M. Trade*), onder 3.1-3.5. Zie ook Van Galen 2014, par. 4: "Het is natuurlijk ook onwenselijk dat structureel een situatie bestaat waarin als gevolg van de uitgebreidheid van de zekerheidsrechten de boedel leeg is en de curator niet betaald kan worden."

6 Mennens 2013, p. 222, p. 231.

7 Verstijlen 2006, p. 1171; Van Zanten 2012, p. 12, beiden verwijzend naar HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*). Zie ook Dirix 2009, p. 65.

8 Erasmus 1976, p. 15-16, met verwijzingen. Over het gelijkheidsbeginsel, zie bijv. G. E. Langemeijer, *Ons oordeel over wat recht moet zijn* (rede Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950, p. 6 e.v.

9 Aldus Dirix 2009, p. 65. Zie ook Erasmus 1976, p. 16.

Na het formuleren van het uitgangspunt van gelijkheid, brengt art. 3:277 lid 1 BW daar direct een uitzondering op aan. Die uitzonderingen zijn inmiddels zo talrijk, dat men wel schrijft dat het beginsel in feite niets meer voorstelt.[10] Dit doet de vraag rijzen naar de ratio achter het toekennen van voorrang.

10.3.3 Waarom heeft een crediteur al dan niet voorrang?

Grofweg kan worden gesteld dat in een faillissement vóór de concurrente crediteur worden voldaan achtereenvolgens de zekerheidsgerechtige, de boedelcrediteur en de preferente crediteur.[11] In het kader van de bespreking van de legeboedelproblematiek loont het de individuele posities van deze respectieve crediteuren in het faillissement van de schuldenaar kort te belichten.[12]

Voorrang voor de pandhouder

Voor de ratio achter de voorrang voor de zekerheidsgerechtigde biedt de wet en haar geschiedenis een goed startpunt. De Toelichting-Meijers op art. 3:278 BW, dat bepaalt dat voorrang voortvloeit uit pand, hypotheek en voorrecht en uit de andere in de wet aangegeven gronden, merkt op dat het artikel is samengesteld uit de artikelen 1179 lid 1 en 1180 lid 2 BW (oud) en geen verdere toelichting behoeft.[13] Art. 1180 lid 2 BW (oud) bepaalde dat pand en hypotheek boven privilegie gaan, behalve in de gevallen waarin de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalde. In de parlementaire geschiedenis van dit artikel is expliciet de meermaals gestelde vraag behandeld "waarom pand en hypotheek den voorrang hebben *boven* alle andere geprivilegieerde schulden".[14] De regering heeft toentertijd meerdere argumenten aangedragen ter verdediging van de voorrangspositie van de pand- en hypotheekhouder. Ten eerste gaf zij aan dat verpanding en verhypothekering in het belang van de schuldenaren in nood is, omdat zij zonder deze "hulpmiddelen" genoodzaakt zouden zijn "om zich voor eenen zeer geringen prijs van hunne eigendommen te ontdoen". Daarbij zou het niet ondenkbaar zijn dat baatzuchtige lieden hier misbruik van zouden maken. Ten tweede zag de regering niet in waarom de schuldenaar wel het recht heeft om de volledige eigendom over te dragen, maar niet het mindere recht zou moeten hebben om door verpanding of verhypothekering als het ware zo veel te vervreemden als de schuld bedraagt. Ten derde was er geen aannemelijke reden te vinden waarom concurrente crediteuren "bevoorregt zouden zijn, en als het ware, schadeloos zouden moeten gesteld worden ten koste van dengenen die zijn geld heeft gegeven op een goed, hetwelk hij, in het belang der schuld-

10 R.D. Vriesendorp, 'De toekomst van de Faillissementswet', *TvI* 1996/5, p. 145.

11 De schuldeiser ter zake van de executiekosten heeft altijd 'voorrang', al staat dat in het huidige stelsel niet met zoveel woorden in de wet. De vordering ter zake van de executiekosten is bevoorrecht, nu die kosten worden betaald uit de opbrengst vóór de verdeling onder de belanghebbenden conform art. 480 Rv. Zie MvT Inv., *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3,5 en 6)*, p. 141-142. Zie in het kader van pandrecht art. 3:253 lid 1 BW.

12 Voor de posities van andere crediteuren met (feitelijke) voorrang, zoals de crediteur met een retentierecht, recht van reclame of eigendomsvoorbehoud, zij de lezer verwezen naar Verstijlen 2006.

13 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 857.

14 Voorduin IV 1838, p. 345 onder III. Cursivering is origineel.

eischers, door die geldschieting heeft kunnen behouden, voor zoo verre hetzelve meer dan de hypothekaire schuld of het pand waardig is." Door de kredietverschaffing op het goed blijft het eventueel surplus voor overige schuldeisers dus beschikbaar. Ten vierde merkte de regering op dat degene die geen pand- of hypotheekrecht bedingt de schuldenaar persoonlijk vertrouwt en kan zien aankomen dat andere schuldeisers boven hem bevoorrecht zijn. Degene die tegen een pand- of hypotheekrecht krediet verschaft, vertrouwt echter alleen op de waarde van het goed. Volgens de regering zou het dan onbillijk zijn als de vordering van de pand- of hypotheekhouder door personele schuldeisers geheel of gedeeltelijk "zoude kunnen worden vernietigd". Ten vijfde meende zij, onder verwijzing naar Merlin, Matthaeus en Voet maar zonder verdere motivering, dat men hiermee tot de "voorvaderlijke wetten en regtsbeginselen" terugkomt. Ten slotte wees de regering erop "dat, volgens alle regtsbeginselen, niemand kan geacht worden, een goed te bezitten, dan onder aftrek van hetgeen daarop aan een 'ander' toekomt". Daaruit zou volgen "dat het eigendom van den schuldenaar slechts in diens boedel kan komen, *voor zoo verre de waarde van hetzelve de schuld overtreft, waarvoor het aan een 'ander' verbonden is*".[15] In de moderne Nederlandse literatuur is het tweede argument – wie het meerdere mag (overdracht), mag het mindere (vestiging van een beperkt recht) ook – leidend; het door de pandgever verlenen van voorrang aan de pandhouder wordt gegrond op de partijautonomie.[16]

'Voorrang' voor de boedelschuldeiser

Boedelschulden zijn volgens de Hoge Raad "schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting."[17] Zij hoeven niet ter verificatie te worden ingediend en worden onmiddellijk uit de boedel voldaan.[18] Alhoewel er strikt genomen geen sprake is van 'voorrang' in de zin van art. 3:278 lid 1 BW, heeft de boedelschuldeiser voorrang ten opzichte van de faillissementsschuldeisers. Verstijlen schrijft over de ratio achter de boedelschuld "dat de schulden die de curator ten behoeve van de door hem te behartigen belangen maakt, moeten worden voldaan vóórdat die belangen zelf aan bod komen."[19] Het instituut van de boedelschuld vervult ook een rol bij het voortzetten van de onderneming; door het toekennen van een bevoorrechte positie zullen andere partijen bereid zijn aan de curator te leveren.[20] Boedelschulden uit de wet berusten op een belangenafweging door de wetgever.[21] Zo is bijvoorbeeld met de toekenning van

15 Voorduin IV 1838, p. 345-347. Cursiveringen zijn origineel.
16 Zie bijv. Verstijlen 1998, p. 18; Van den Heuvel 2004, p. 62-64 met vele verwijzingen aldaar; Verstijlen 2006, nr. 24-25, p. 1171-1173; Dirix 2009, p. 67; Verstijlen 2013, nr. 6, p. 8-9.
17 HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), rov. 3.7.1.
18 Van der Feltz I, p. 385.
19 Verstijlen 1998, p. 165.
20 Verstijlen 1998, p. 167.
21 Vriesendorp 2013, nr. 270, p. 297.

een boedelschuld voor de na faillissement ontstane huurtermijnen het belang van de verhuurder gediend (art. 39 Fw).[22]

Voorrang voor een schuldeiser met een voorrecht
Ook het toekennen van voorrechten berust op een afweging van de onderlinge belangen van de schuldeisers door de wetgever.[23] De rechtvaardiging voor de verschillende voorrechten loopt erg uiteen; al geruime tijd lijkt men het erover eens dat de ratio achter voorrechten nogal discutabel is.[24] Toch gelden zij nog steeds, zodat de crediteur met een voorrecht voorrang heeft boven de concurrente crediteur.

Geen voorrang voor de concurrente crediteur
Pand- en hypotheekhouder, boedelcrediteur en preferente crediteur hebben voorrang op vermogensbestanddelen van de failliet. Die voorrang geldt ten opzichte van concurrente crediteuren. Het toekennen van voorrang aan een crediteur leidt tot het verminderen van verhaalsmogelijkheden voor concurrente crediteuren. Daarbij rijst de vraag waarom de concurrente crediteur dan niet probeert tot pandhouder te promoveren. Gezien de partijautonomie staat het immers ook de concurrente crediteur vrij een pandrecht te bedingen. Drie redenen leiden ertoe dat de concurrent geen voorrang bedingt. Ten eerste kan gewezen worden op het 'klassieke' argument zoals door de regering verwoord: de concurrent is concurrent "omdat hij vertrouwt, dat zijn debiteur normaal zijn verplichtingen zal nakomen. Hij schrijft de vordering af, wanneer dat niet het geval is."[25] Ten tweede kan dat te wijten zijn aan onwetendheid; de concurrente crediteur weet niet dat hij een pandrecht met voorrang kan bedingen. Ten derde is het bedingen van voorrang niet altijd mogelijk of zinvol (effectief mogelijk). Men denke naast de crediteur/gelaedeerde van een onrechtmatige daad[26] met name aan de crediteur die een volledig bezwaard vermogen aantreft. Een pandrecht is dan niet altijd zinvol; de hoger gerangschikte pandhouders zullen alsnog vóór de crediteur met een jonger pandrecht gaan.

10.4 Waarom moet er een evenwicht tussen schuldeisers zijn?

10.4.1 Inleiding

De wet hanteert als uitgangspunt dat crediteuren onderling gelijk zijn. Hierboven is onderzocht waarom een bepaalde crediteur desondanks voor mag gaan op een andere

22 Van der Feltz I, p. 419; Verstijlen 1998, p. 167-168; Van Zanten 2012, p. 114-118; Vriesendorp 2013, nr. 248, p. 274, die ook wijst op de mogelijkheid dat de curator de huur wil voortzetten met het oog op het continueren van de activiteiten. Zie ook HR 9 januari 2015, *NJ* 2015/43 (*Doka/Kalmijn q.q.*), rov. 3.4.1.
23 Verstijlen 1998, p. 19.
24 Zie Houwing 1974, p. 18 e.v.
25 M.H. Bregstein, NJV 1956, II, p. 55, ook kenbaar uit *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 728. Zie ook Van den Heuvel 2004, p. 129-130.
26 Zie R.D. Vriesendorp, 'Voorrang hebben, voorrang krijgen', *TvI* 1999/2, p. 29-30.

crediteur. In hoofdstuk 5 kwam uitgebreid aan de orde *dat* de wetgever een evenwicht tussen pandhouder en concurrente crediteur wenste. Het naar aanleiding van *Dix q.q./ING* en *ING/Van Leuveren q.q.* ontstane debat spitst zich toe op de vraag *hoe* dat evenwicht bereikt kan worden. Minstens zo interessant is de vraag *waarom* er een evenwicht tussen pandhouder en concurrente crediteur moet zijn. Daarbij rijst tevens de vraag hoe het door de wetgever gewenste evenwicht zich verhoudt tot de wens crediteuren al dan niet voorrang toe te kennen.

Een antwoord op de vraag waarom er een evenwicht tussen schuldeisers dient te zijn, is in de literatuur niet voorhanden. A-G Timmerman biedt in zijn (eerder hierboven in hoofdstuk 5 besproken) conclusie voor *Van Leuveren q.q./ING* wel een aanknopingspunt. Hij besluit zijn bespiegelingen over het door de wetgever gewenste machtsevenwicht tussen banken en concurrente crediteuren met de opmerking dat hij niet uitsluit dat het systeem (i) *efficiënter* en (ii) *rechtvaardiger* zou werken als het risico op insolventie (weer) verdeeld wordt tussen de kredietverstrekkers en concurrente schuldeisers.[27]

10.4.2 Ad (i): efficiëntie

10.4.2.1 Economische efficiëntie

Het lijkt erop dat de Hoge Raad in *Dix q.q./ING* de theorie van de economische efficientie omarmt.[28] Volgens de Hoge Raad leidt meer zekerheid tot meer kredietverlening. Hij overweegt immers dat

> "[...] ook concurrente schuldeisers, zij het indirect, in die zin gebaat [zijn] bij aanvaarding van de voormelde constructie, dat de financiering van bedrijven door banken daardoor wordt bevorderd, zodat kredieten ruimer kunnen worden verleend en in kritieke situaties minder snel aanleiding is de verdere financiering te staken dan anders het geval zou zijn. Bovendien worden ook de belangen van anderen die bij het bedrijf zijn betrokken, zoals met name van de werknemers van dat bedrijf, daardoor gediend."[29]

Veder merkt op dat deze aanname van de Hoge Raad niet door (empirisch) onderzoek wordt gestaafd.[30] Onder juristen is dit echter een hardnekkige aanname. Illustratief is Dirix, die schrijft dat het de algemeen geldende opvatting is dat zekerheidsrechten tot een efficiëntere kredietverlening en dus tot economische groei leiden.[31] In Nederland

27 Conclusie A-G Timmerman vóór HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 m.nt. F.M.J. Verstijlen onder 3.49.

28 Aldus ook Mennens 2013, p. 219.

29 HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 4.9.3. Zie ook de conclusie van A-G Hammerstein onder 2.22: "Voor ondernemingen is het van belang om op eenvoudige wijze en tegen zo laag mogelijke kosten krediet te kunnen verkrijgen. Wanneer financiers minder risico lopen zullen zij allicht eerder bereid zijn om krediet te verstrekken. Wanneer het risico kleiner is, zal vermoedelijk ook de prijs voor krediet lager worden. Het is dan ook van belang dat kredietgevers op zoveel mogelijk activa van hun kredietnemers op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten zekerheidsrechten kunnen vestigen."

30 Veder 2012, p. 460.

31 Dirix 2009, p. 68.

heeft Van den Heuvel deze aanname in haar dissertatie aan de hand van Amerikaanse rechtsliteratuur onderzocht.[32] Zij schrijft dat de voordelen van zekerheidstelling worden gezocht in de beschikbaarheid van krediet en het bijdragen aan een efficiënte wijze van kredietverlening doordat zekerheidstelling de monitoringkosten van de kredietverlener/zekerheidsnemer zou verlagen.[33] Wat betreft dat laatste heeft te gelden dat vrijwel elke schuldeiser zijn debiteur monitort teneinde informatie te krijgen over zijn kredietwaardigheid. Zekerheidstelling zou de kosten daarvoor verlagen en ook het gegeven dat de bank bij uitstek geschikt is als monitorende crediteur zou tot efficiëntie leiden.[34] Van den Heuvel schrijft echter dat het "onomstotelijke bewijs dat de voordelen van zekerheidstelling zodanig zijn dat sprake is van efficiëntie, [...] nog niet geleverd [is]" en wijst ook op de mogelijkheden dat zekerheidstelling juist niet leidt tot efficiëntie.[35] De zekerheidstelling zou kunnen leiden tot een afname van monitoring door de bank en een toename van monitoring door overige crediteuren, tot een hoger rentepercentage gehanteerd door handelscrediteuren zonder zekerheidsrecht ter compensatie van een hoger kredietrisico en tot een inefficiënte allocatie van risico's.[36] Het is dus mogelijk dat het bewerkstelligen van een evenwicht ten koste van de pandhouder efficiënter dan de huidige situatie is. Uiteindelijk concludeert Van den Heuvel dat de economische efficiëntie als rechtvaardiging voor de voorrangspositie van de gesecureerde crediteur niet voldoet.[37]

10.4.2.2 De positie van de zekerheidsgerechtigde en de beschikbaarheid en prijs van krediet

Het is echter de vraag of bovenstaande noties enige invloed hebben. Verminderde verhaalsmogelijkheden voor banken en het daarmee samenhangende risico op duurder krediet en de schadelijke gevolgen daarvan voor de economie waren voor zowel de Duitse als de Nederlandse minister van Justitie doorslaggevend om voorgestelde aanpassingen van faillissementswetgeving te verwerpen.[38] Spath en Bartels schrijven treffend dat "[w]etgever noch rechter [...] het risico [lijkt] te willen lopen dat hij met zijn beslissing het kredietverkeer en daarmee het economische verkeer ontwricht."[39] Ook ik zie de gevaren van duurder krediet voor de economie. Dergelijke gevaren mogen niet worden onderschat. Het risico dat de kredietverstrekker een deel van het verschafte krediet niet terugkrijgt, bijvoorbeeld doordat de kredietnemer failleert, wordt verdisconteerd in de rente. Hoe lager dat risico, hoe lager de rente, is het idee.[40] Andersom zou

32 Van den Heuvel 2004, p. 115-131.
33 Van den Heuvel 2004, p. 117.
34 Van den Heuvel 2004, p. 118-122, met vele verwijzingen aldaar.
35 Van den Heuvel 2004, p. 123, met verwijzingen aldaar.
36 Van den Heuvel 2004, p. 124-127, met vele verwijzingen aldaar.
37 Van den Heuvel 2004, p. 131.
38 H.A. Engelhard (Bundesminister der Justiz), 'Politische Akzente einer Insolvenzrechtsreform', *ZIP* 1986, 1287, 1289; *Kamerstukken* II 2010/11, Aanhangsel van de Handelingen nr. 1014, p. 2.
39 J.B. Spath & S.E. Bartels, 'Zekerheden en veronderstellingen: het zekere voor het onzekere', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie*, Den Haag: BJu 2013, p. 642. Gezien potentieel desastreuze gevolgen van een verkeerde inschatting lijken zij zich in een dergelijke behoudende opstelling te kunnen vinden (p. 644).
40 Van den Heuvel 2004, p. 118.

dan een hoger risico tot hogere rente leiden. Het zou ongepast zijn om in deze context het gezegde over de raadgevende kwaliteiten van angst van stal te halen. Wel zou ik het bezwaarlijk vinden als het voorgaande ertoe leidt dat een voorzichtige herverdeling in faillissement ten gunste van de concurrente crediteur onbespreekbaar is. Bij de als wetmatigheid gepresenteerde stelling dat een vermindering van de verhaalspositie van kredietverstrekkers, bijvoorbeeld door een verplichte boedelbijdrage, onherroepelijk leidt tot duurder krediet en schadelijke gevolgen daarvan kan men namelijk vraagtekens plaatsen.

Allereerst rijst de (rechtseconomische) vraag hoe groot het aandeel van de juridische positie van de kredietverstrekker in het faillissement van de kredietnemer is in de prijs van krediet. Het is mogelijk dat de gevolgen van het aanpassen van die positie worden overschat, nu er onderzoek bestaat dat in die richting wijst.[41]

In de literatuur is het met name Verstijlen die zich verzet tegen het argument dat duurder krediet ten koste van alles voorkomen moet worden. Zo wijst hij erop dat het argument geen grenzen kent. Trekt men dit argument door, dan zou de zekerheidsgerechtigde uiteindelijk de gehele boedel moeten krijgen.[42] Voorts verwacht hij niet dat banken en financiële instellingen hun bedrijfsvoering zouden staken als zij geen zekerheid meer kunnen bedingen.[43] Daarbij komt dat het duurdere krediet zou worden veroorzaakt door de hogere rentetarieven die kredietverstrekkers hanteren ter compensatie van de afgenomen *recovery rate*. Als die redenering juist is, zou *a contrario* de prijs van het krediet de afgelopen jaren gedaald moeten zijn doordat in die periode meer boedelactief onder reikwijdte van het pandrecht is gaan vallen.[44] Het is juist die beweging in de richting van de pandhouder die oproept tot *herstel* van het evenwicht.

Ook als men aanneemt dat tussen het aantasten van de positie van de pandhouder en de prijs van krediet een causaal verband bestaat, hoeft de invoering van een verplichte boedelbijdrage uiteindelijk niet tot duurder krediet te leiden. Voor de vraag welke factoren van doorslaggevende betekenis zijn voor de beslissing überhaupt krediet te

41 Zie G. van Dijck, 'Het afzwakken van voorrangsposities van banken', *TvI* 2006, 13, p. 57, die op grond van het feit dat banken in Duitsland, Frankrijk en Engeland ongeveer gelijkwaardige rentepercentages hanteren, terwijl de *recovery rates* substantieel verschillen, schrijft: "Dit is op zijn minst een indicatie voor de conclusie dat voorrangsposities slechts in beperkte mate van invloed zijn op de rentepercentages die banken hanteren. *Recovery rates* zijn immers sterk afhankelijk van de mate waarin een schuldeiser voorrang geniet boven andere crediteuren."

42 Verstijlen/Nieuwstadt 2005, p. 49. Op die plaats schrijft hij voorts dat het argument veronderstelt dat de huidige omvang van financieringen en bevoorschotting ideaal is.

43 Verstijlen 2013, p. 8.

44 Die grotere reikwijdte komt door de uitvoerig in hoofdstuk 5 besproken verzamelpandakteconstructie. Ook meer algemeen slaagt de pandhouder er in zekerheid te krijgen omtrent de rechtsgeldigheid van pandrechten. Men denke bijvoorbeeld aan het oordeel dat showroommodellen onder het pandrecht vallen en niet onder het bodembeslag van de fiscus (HR 9 december 2011, *NJ* 2011/600 (*Quint q.q./ING*)), het geldig achten van het pandrecht op een assurantieportefeuille (Rb. Roermond 1 augustus 2012, *JOR* 2012/309, anders: Rb. Rotterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8495), het sanctioneren van de bodemverhuurconstructie (HR 21 juni 2013, *NJ* 2014/272 (*Eringa q.q./ABN Amro*)) en het geldig achten van het overwaardearrangement (HR 16 oktober 2015, *NJ* 2016/48 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*De Lage Landen/Logtestijn q.q.*))). Het is aannemelijk dat het wegvallen van een risico in enige mate doorwerkt in de prijs van het krediet.

verlenen, wordt in de literatuur gewezen op de rol van vertrouwen.[45] De prijs van krediet komt in beginsel, zoals iedere prijs, tot stand door vraag en aanbod. Daarnaast is hij afhankelijk van een enorm aantal factoren.[46] Natuurlijk is een van die factoren de juridische positie van de kredietverlener in het faillissement van de kredietnemer, maar een verslechtering van die positie hoeft per saldo niet tot duurder krediet te leiden als een van die andere factoren tot een verbetering leidt. Dergelijke andere factoren zijn bijvoorbeeld de toetreding tot de markt van een nieuwe kredietverschaffer of een verlaging van het rentetarief waartegen de kredietverstrekker zelf geld leent. Ook meer arbitraire factoren hebben invloed op de prijs van krediet, zoals het feit dat men wel btw over goederenkrediet en geen btw over geldkrediet betaalt.[47] Het is ook mogelijk dat duurder krediet onschadelijk is voor de onderneming, bijvoorbeeld in het geval dat zij gelijktijdig minder huur hoeft te betalen of ten gevolge van een gestegen vraag naar de door haar geproduceerde producten meer winst maakt. Het hier te maken punt is dat een eventueel in te voeren boedelbijdrage ten laste van de pandhouder kan worden gecompenseerd met een andere maatregel, zodat het krediet niet duurder hoeft te worden.

10.4.3 Ad (ii): rechtvaardigheid

Bij kredietverlening speelt niet alleen economische efficiëntie een rol. Zo wijst Van den Heuvel erop dat efficiëntie in het kader van zekerheidstelling tot een onrechtvaardige verdeling van welvaart kan leiden.[48] Warren schrijft dat het faciliteren van zo veel mogelijk kredietverschaffing niet het enige doel is van een systeem van handelsrecht. Het doel is altijd het bereiken van evenwicht.[49] A-G Timmerman dwingt ons in het slot van zijn conclusie vóór *Van Leuveren q.q./ING* dan ook terecht het glibberige pad van de rechtvaardigheid te bewandelen.

10.4.3.1 Verdelende rechtvaardigheid

In het bijzonder hebben wij hier te maken met *verdelende* of *distributieve rechtvaardigheid*, nu het gaat om de verdeling van goederen naarmate ze iemand toekomen.[50] Het leerstuk van de verdelende rechtvaardigheid verklaart, in de woorden van Brunner, "[d]at ook ongelijke behandeling door het recht als recht wordt ervaren [...]."[51] Traditioneel gezien wordt primair of exclusief de vergeldende rechtvaardigheid als pijler onder

45 Zie Blomkwist 2007, par. 3; W.M.T. Keukens, 'Problemen rond stille verpanding van vorderingen. Beschouwingen naar aanleiding van: diss. A.J. Verdaas', *TvI* 2009/7, par. 2.

46 Zie ook Kaptein 2012a, p. 219-220.

47 Zie <http://www.belastingdienst.nl/>.

48 Van den Heuvel 2004, p. 117, 131.

49 E. Warren, 'Making Policy with Imperfect Information: The Article 9 Full Priority Debates', 82 *Cornell Law Review* 1997, p. 1388.

50 Zie Hübenthal 2007, p. 288, verwijzend naar S. Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 2004, p. 217: "Wer verteilt was an wen auf der Grundlage welcher Kriterien mittels welcher Verfahren und mit welchem (Verteilungs-) Ergebnis?" Het leerstuk is afkomstig uit Aristoteles' *Ethica Nicomachea* (hoofdstuk 5).

51 Brunner 1973, p. 4.

het privaatrecht gezien.[52] De vergeldende rechtvaardigheid vereist "dat tegenover de prestatie van de één een adequate prestatie van de ander staat."[53] Over de vraag of de verdelende rechtvaardigheid een rol speelt in het privaatrecht bestaat debat.[54] Toch kan het leerstuk op meer en meer belangstelling van privatisten rekenen. Zo spreekt Loth over "modernere opvattingen die het privaatrecht tevens in dienst stellen van elementen van verdelende rechtvaardigheid."[55,56]

10.4.3.2 Verdelende rechtvaardigheid en de verhouding tussen schuldeisers onderling

Volgens Erasmus speelt de verdelende rechtvaardigheid een grote rol in titel 3.10 van Boek 3 BW. Hij schrijft dat het mede de gedachte van de verdelende rechtvaardigheid is geweest "die het aanzien heeft gegeven aan de wettelijke regeling welke weliswaar de gelijkheid van schuldeisers voorop stelt, maar de evenredige verdeling doorbreekt in die gevallen waarin [...] tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan."[57] Bij de aanbieding van het rapport van de commissie-Houwing sprak de minister van Justitie in dezelfde zin:

> "In het verhaalsrecht staat, zoals gezegd, het beginsel der gelijkheid voorop. Maar, in cauda venenum, art. 1178 bevat bovendien de laconieke slotwoorden: 'ten ware er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang mochten bestaan.'
>
> En hier begint de problematiek van de verdelende rechtvaardigheid. Als ieder niet "ponds-ponds-gelijke" het "volle pond" kan krijgen, volgens welke maatstaven moet dan de verdeling plaatsvinden? Waarom de een boven de ander bevoorrecht? Om deze uiterst moeilijke vraag te beantwoorden moeten steeds alle relevante belangen van rechthebbenden, in casu dus degenen die een vorderingsrecht hebben, tegen elkaar worden afgewogen."[58]

52 Zie bijv. Snijders 2003, p. 271; Van Boom & Lindenbergh 2013, p. 24.

53 Snijders 2003, p. 271.

54 Zie de auteurs genoemd bij Snijders 2003, p. 269 in voetnoot 2 en 3 aldaar waarvan bijvoorbeeld als tegenstander genoemd kan worden Brunner 1973, 18, die daar tevens schrijft: "Pogingen om door middel van het privaatrecht tot een herverdeling van vermogen en inkomen te komen, hoe wenselijk die ook op zich zelf moge zijn, houd ik voor uit de tijd, immers door de ontwikkeling van het publiekrecht achterhaald." Zie ook Loth 2009, nr. 24, p. 65 e.v.; Van Boom & Lindenbergh 2013, p. 24 met verwijzingen, p. 25.

55 Loth 2009, nr. 24, p. 66. Zie ook Snijders 2003, p. 270-272; Gordley 2006, p. 8 e.v., waaronder p. 12: "[...] concern for justice in private transactions – largely a matter of commutative justice – cannot be divorced from concern for distributive justice."

56 Rechtvaardigheid en economische efficiëntie kunnen overigens overlap vertonen. Zie Gordley 2006, p. 21-25; Snijders 2003, p. 270-271. Zie toegespitst op de problematiek in dit hoofdstuk bijv. Struycken 2010, p. 327, die het gegeven dat in feite bijna alles voor de bank is niet per se *onrechtvaardig* noemt, omdat "zekerheden [...] immers in veel gevallen [corresponderen] met een navenant groot krediet dat de ondernemer in staat heeft gesteld door zijn activiteiten inkomsten te genereren voor allerlei belanghebbenden, waaronder werknemer en leveranciers." Zie daarover voorts Blomkwist 2007 en de reactie daarop van L.J. van Eeghen, *TvI* 2007/20.

57 Erasmus 1976, p. 16. Zie ook Dirix 2009, p. 65.

58 Minister van Justitie mr. Van Agt, kenbaar uit W.P. Erasmus, 'Heden en toekomst van de fiscale privileges', *WFR* 1974/5172, p. 263.

Die afwegingen zijn in het verleden gemaakt; zij vormen uiteindelijk de ratio achter toegekende voorrangsposities.[59] Zoals wij hierboven zagen (par. 10.3.3) is de concurrente crediteur concurrent omdat hij om uiteenlopende redenen geen voorrang heeft. Aan elke hogere rang dan die van de concurrent ligt een (rechts)politieke afweging ten grondslag. Als die grondslag voor valide wordt gehouden,[60] dan moet daarbij de consequentie dat de concurrente crediteur er bekaaid vanaf komt voor lief worden genomen. Zo bezien breekt de evenwichtsgedachte in op de thans geldende individuele rechtvaardiging voor de voorrang van schuldeisers. De wensen om én al dan niet voorrang te verlenen aan individuele schuldeisers én een evenwicht te bewerkstelligen tussen individuele schuldeisers lijken lastig verenigbaar. Daarbij komt dat een wettelijke inperking van bijvoorbeeld het recht van de pandhouder niet de schoonheidsprijs verdient: wat de wetgever met de ene hand geeft (voorrang aan de pandhouder), neemt hij in dat geval met de andere terug (bewerkstelligen van evenwicht door bijvoorbeeld een boedelbijdrage).

Toch is de rol van de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht meeromvattender dan slechts ter verklaring van uitzonderingen op de *paritas creditorum*. De gemaakte keuzen omtrent de individuele rechtvaardiging voor de voorrang van schuldeisers leiden vervolgens tot een bepaalde uitkomst. Die uitkomst moet vervolgens opnieuw beoordeeld worden, maar ditmaal op een metaniveau. W. Snijders schrijft dan ook: "Het bereiken van een redelijk evenwicht is een kwestie van verdelende rechtvaardigheid."[61] De te beantwoorden vraag is nu of het ontbreken van een redelijk evenwicht tussen schuldeisers tot een zodanige onrechtvaardigheid leidt, dat ingrijpen noodzakelijk is.

10.4.3.3 Verdelende rechtvaardigheid, autonomie en solidariteit

Volgens Verstijlen bestaat in faillissement tussen schuldeisers een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding en worden zij verplicht zich over en weer in zekere mate naar elkaars belangen te richten.[62] In lijn met deze idee bespreekt

59 De minister van Justitie zei daar zelf overigens over: "Dat in het langzamerhand scheef uitgedijde heelal van preferenties een dergelijke subtiele balans nog aanwezig is, zou beslist een onverdedigbare stelling zijn, die geen beoefenaar van het recht nog voor zijn rekening zou willen nemen."

60 Vgl. bijv. Erasmus 1976, p. 25, die schrijft dat pand en hypotheek "wat hun voorrang betreft volkomen zijn aanvaard [...]."; Asser/Van Mierlo 3-VI* 2010, nr. 9, p. 8: "De wetgever heeft het mogelijk gemaakt rechten van pand en hypotheek te vestigen omdat de praktijk daaraan behoefte blijkt te hebben. Het economisch verkeer is gebaat bij de mogelijkheid van kredietverlening. Een goed functionerend systeem van kredietverlening lijkt niet mogelijk zonder dat de kredietverlener zich zekerheidsrechten kan bedingen met een hoge rang. Ondernemingen zouden nauwelijks meer bancair kunnen worden gefinancierd [...]."

61 Snijders 2003, p. 272, 287.

62 Verstijlen 1998, p. 69. *In concreto* kan het uitoefenen van een zekerheidsrecht in strijd zijn met een rechtsregel (waarover Van den Heuvel 2004, p. 79 e.v. met verwijzingen), maar voor een structurele oplossing van de legeboedelproblematiek is een afweging *in abstracto* door de wetgever nodig. Vgl. Verstijlen 1998, p. 19. Denk bijvoorbeeld aan de rechtspraak omtrent het in stand houden van een schijn van kredietwaardigheid (HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 m.nt. LEHR (*Erba/Amsterdamse Bank*), een leerstuk dat men overigens ook in Duitsland kent, waar het ertoe kan leiden dat de zekerheid in strijd is met de goede zeden. Zie Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 35; MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 89. Vgl. ook Van den Heuvel 2004, p. 83, voet-

W. Snijders de aan de verdelende rechtvaardigheid verbonden solidariteitsgedachte. Met betrekking tot crediteuren met een zekerheidsrecht onderstreept hij het belang van ruime mogelijkheden om het vermogen van een onderneming aan te wenden als onderpand in rul voor krediet. Hij vervolgt:

> "Dit alles past in het stelsel van een markteconomie, waarin de vrijheid bestaat zich langs contractuele weg in het eigen belang een sterke positie te verwerwen.
>
> Juist omdat dankzij die mogelijkheid die sterke positie daadwerkelijk verworven is, dient daar evenwel tegenover te staan dat men in de situatie van een concursus creditorum verplicht is tot een samenwerking waarbij ook de belangen van die andere betrokkenen worden gerespecteerd. Tegenover de autonomie waardoor zij hun rechten hebben kunnen bedingen, komt zo een zekere solidariteit te staan met allen die in de insolventie betrokken zijn geraakt."[63]

In het verbintenissenrecht is een soortgelijke gedachte al vergaand tot ontwikkeling gekomen. In het contractenrecht geldt het in het verlengde van de partijautonomie liggende beginsel van de contractsvrijheid.[64] Die vrijheid kan evenwel beperkt worden, hetgeen met name het geval is als er een 'zwakkere partij' is die beschermd dient te worden. Daarover schrijft Loth:

> "Wanneer het uitgangspunt van vrijheid en zelfbeschikking niet kan worden gerealiseerd – of niet voor iedereen in dezelfde mate kan worden gerealiseerd – vormt dat een rechtvaardiging voor een beperking van de contractsvrijheid."[65]

Dit komt bijvoorbeeld sterk naar voren in het consumentenrecht, dat zich "[...] in hoofdzaak [richt] op het herstellen van het evenwicht tussen de sterken en de zwakken [...]."[66]

In het verbintenissenrecht wordt een partij beschermd tegen een feitelijk gebrek aan vrijheid bij het sluiten van een contract door de vrijheid van zijn wederpartij ook te beperken. In het goederenrecht werkt deze gedachte anders uit. Zoals wij zagen (par. 10.3.3), speelt de partijautonomie thans de belangrijkste rol bij de rechtvaardiging voor de aan het pandrecht verbonden voorrang. Als gebruikmaking van die partijautonomie verstrekkende gevolgen voor een latere crediteur met zich brengt, zou men kunnen zeggen dat van de pandhouder enige solidariteit wordt verlangd. Het gaat hier dan niet om een bescherming tegen de feitelijke beperking van de partijautonomie,

---

noot 148, die daar opmerkt dat in HR 19 december 2003, *NJ* 2003/293 (*Curatoren Mobell/Interplan*) is geoordeeld dat de curatoren door de verkoop van onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken onrechtmatig handelen jegens de eigenaar, ondanks het feit dat de verkoop in het belang van de doelmatige afwikkeling van het faillissement en dus in het belang van de gezamenlijke schuldeisers was.

63 Snijders 2003, p. 281. In vergelijkbare zin: T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Solidariteit in het privaatrecht', *WPNR* 2012/6939, par. 7. Vgl. echter ook Blomkwist 2007, par. 6: "Wie zich houdt aan de grenzen die door het recht gesteld worden, is verder niet verplicht de belangen van derden te dienen."

64 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 41.

65 Loth 2009, nr. 14, p. 36. Zie ook nr. 20, p. 57: "Die redenering leidt tot de conclusie dat het privaatrecht er niet is om ongelijkheid op te heffen, maar om misbruik van vrijheid te voorkomen."

66 Hartlief 1999, p. 33.

maar om een bescherming van derden tegen de gevolgen van de absolute vrijheid van de pandgever en pandhouder. Daarbij moet worden vermeld dat een dergelijke bescherming van een derde, zoals een concurrente crediteur, niet wezensvreemd is aan het systeem van het privaatrecht. Zo schrijft wederom Loth dat "[e]en andere ratio voor de normering van de contractsvrijheid door middel van dwingend recht [...] de bescherming van de belangen van derden [is]. Het goederenrecht is in beginsel van dwingend recht *omdat* de belangen van derden in het geding zijn [...]."[67]

10.4.3.4 Het ontbreken van een evenwicht tussen schuldeisers als uitvloeisel van de onmogelijkheid effectief zekerheid te bedingen

Thans kan het voorgaande met elkaar in verbinding worden gebracht. Zoals wij zagen, leert de literatuur ons dat het bereiken van een redelijk evenwicht een kwestie van verdelende rechtvaardigheid is. Die stelling leidt tot de vraag of het ontbreken van een redelijk evenwicht tussen schuldeisers tot een zodanige onrechtvaardigheid leidt, dat ingrijpen (door de wetgever of de rechtspraak) noodzakelijk is. Daarbij komt dat als gebruikmaking van de partijautonomie waardoor de pandhouder zijn pandrecht kan bedingen verstrekkende gevolgen voor een latere crediteur met zich brengt, men zou kunnen zeggen dat van de pandhouder enige solidariteit wordt verlangd. In het navolgende zal dus worden bezien of een redelijk evenwicht tussen schuldeisers ontbreekt en zullen de gevolgen van de vrijheid om een pandrecht te bedingen in kaart worden gebracht.

Individuele crediteuren zijn in beginsel gelijk voor de wet. Zoals reeds aangestipt in par. 10.3.3, hebben zij echter geen gelijke kansen als het op het bedingen van zekerheid aankomt. In die richting wijst ook A-G Timmerman, die na zijn voorzet tot efficiëntie en rechtvaardigheid zelf eenmaal op de rechtvaardigheid terugkomt. Hij stelt aan het slot van zijn eigen opmerkingen het volgende:

> "De vraag dringt zich op wat banken zo anders maakt dat zij een bijzondere positie in ons verhaalsrecht innemen in vergelijking met werknemers, leveranciers, afnemers en andere concurrente schuldeisers. Een bevredigende rechtvaardiging voor dat *grote* verschil in benadering heb ik niet kunnen bedenken. Het enkele feit dat banken nodig zijn voor (start) kapitaal, acht ik daarvoor in elk geval niet afdoende."[68]

De sterke positie van de bank is niet alleen het gevolg van het feit dat zij voorrang heeft doordat zij een pand- of hypotheekrecht heeft bedongen. Ook het feit dat zij dit vaak als eerste heeft gedaan, draagt bij aan die sterke positie.[69] Voor bestaande goederen van de debiteur geldt dan dat de bank zich daarop op grond van het prioriteitsbeginsel

67 Loth 2009, nr. 21, p. 57. De cursivering is origineel.

68 Conclusie A-G Timmerman vóór HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van Leuveren q.q./ING*) onder 3.44. De cursivering is origineel, de onderstreping is toegevoegd. Deze en ook andere onder 3.44 en 3.45 ter benadrukking gebruikte cursiveringen zijn helaas niet overgenomen in de (online) NJ- en JOR-publicatie.

69 Hamwijk 2014, p. 108 schrijft dat banken zelden geconfronteerd worden met onbekende oudere pandrechten.

als eerste met voorrang mag verhalen.[70] Bij de eerste vestiging bij voorbaat van een pandrecht heeft op grond van art. 3:97 lid 2 BW te gelden dat de latere vestigingshandeling bij voorbaat niet werkt tegen degene die eerder bij voorbaat een pandrecht heeft gevestigd.[71] De pandhouder heeft dus op twee niveaus voorrang. Bij het nemen van verhaal heeft hij voorrang boven andere schuldeisers. Daarnaast heeft hij voorrang boven jongere gerechtigden op grond van het prioriteitsbeginsel en art. 3:97 lid 2 BW. In de praktijk leidt dit ertoe dat voor opvolgende pandhouders vervolgens weinig tot niets meer overblijft. Naast de rechtvaardiging voor de aan het pandrecht verbonden voorrang rijst dus de vraag naar de rechtvaardiging voor de aan het prioriteitsbeginsel verbonden voorrang tussen schuldeisers binnen een bepaalde klasse.

De oudere gerechtigde gaat vóór de jonger gerechtigde omdat de rechthebbende van een goed na vestiging van een beperkt recht slechts nog over het *bezwaarde* goed kan beschikken.[72] Bij de uitwerking van het prioriteitsbeginsel in het kader van verpanding kunnen echter vraagtekens worden geplaatst. Zodra een eersterangs pandrecht eenmaal tot stand is gekomen, is het mogelijk dat het verpande goed (mede) wordt uitgewonnen voor na de vestiging ontstane vorderingen.[73] Het pandrecht kan immers gevestigd worden voor toekomstige vorderingen, zolang zij maar voldoende bepaalbaar zijn (art. 3:231 BW). Art. 3:260 lid 1 BW bepaalt voor hypotheek dat de hypotheekakte het maximumbedrag waarvoor hypotheekrecht is gevestigd dient te vermelden. Voor het dit bedrag overstijgende deel van de vordering van de hypotheekhouder kan hij slechts als concurrent schuldeiser optreden.[74] De ratio van het vereiste is dat bijvoorbeeld een schuldeiser eenvoudig duidelijkheid kan verkrijgen of er een eventueel surplus te behalen valt en het aldus zinvol is een tweede hypotheekrecht te vestigen.[75] Voor pandrecht geldt dit alles niet. De wet bepaalt slechts dat de pandhouder desgevorderd verplicht is aan de pandgever een schriftelijke verklaring af te geven van de aard en, voor zover mogelijk, het bedrag van de vordering waarvoor het verpande tot zekerheid strekt (art. 3:241 BW). Als het pandrecht tot zekerheid strekt voor een vordering van een nog onbepaalde omvang dan "zal de pandhouder, voor zover hem dit mogelijk is, de nodige gegevens moeten verschaffen over de door het pand gedekte credietverhouding, als b.v. om wat voor een soort toekomstige vorderingen het gaat en welke de laatst bekende

70 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 31, p. 29; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 345, p. 352.

71 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 254, p. 236.

72 TM, *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 3 (met verwijzingen in voetnoot 3 aldaar): "De regel dat, indien twee zakelijke rechten met elkaar in botsing komen, het oudere recht voorrang heeft boven het jongere, wordt – hoewel als algemene regel nergens in het B.W. te vinden – in het bestaande recht erkend en wordt wel gebaseerd op het beginsel, dat niemand meer recht kan verlenen dan hij zelf heeft. Het is niet nodig geoordeeld de bedoelde regel uitdrukkelijk in het ontwerp neer te leggen, aangezien het ontwerp de vestiging van een zakelijk recht ziet als een wijze van overdacht van bepaalde bevoegdheden uit het oorspronkelijke recht [...]. Degene die het oudere recht kreeg, kan derhalve aan de verkrijger van het jongere recht tegenwerpen, dat hij die dit laatste recht vestigde, niet beschikkingsbevoegd was met betrekking tot die bevoegdheden, welke hij bij de vestiging van het eerste recht overdroeg."

73 Vgl. Steneker 2012, nr. 5, p. 10 over het 'kredietpand' en het 'bankpand'.

74 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 842, p. 616.

75 Pitlo/Reehuis 2012, nr. 842, p. 616.

stand van het saldo is."[76] Hetzelfde geldt voor een toekomstige nog onbepaalde (maar bepaalbare) vordering. Het is de vraag wat de waarde van deze informatie voor de (toekomstig) crediteur is die een tweede pandrecht wenst te bedingen.[77] Onder de huidige toepassing van het prioriteitsbeginsel is het immers mogelijk dat een na de vestiging van een tweederangs pandrecht ontstane vordering waarvoor het eersterangs pandrecht (mede) is gevestigd met voorrang kan worden verhaald vóór de gesecureerde vordering van het tweederangs pandrecht.[78] De mogelijkheden voor een crediteur om effectief zekerheid te bedingen na de vestiging van een eersterangs pandrecht zijn aldus onzeker en beperkt. De bezwaarlijkheid daarvan ligt in het hierboven in par. 10.2 beschreven feit dat vrijwel alle activa van de pandgever in zekerheid kunnen en zullen worden gegeven. Door de invoering van het vuistloze pandrecht op roerende zaken en het stil pandrecht op vorderingen is het thans ook mogelijk voor de bedrijfsvoering benodigde roerende zaken en toekomstige goederen (bij voorbaat) te verpanden. Door de rechtsontwikkeling volstaan daarbij generieke omschrijvingen. Het voorgaande geldt niet alleen als er één pandhouder is die een pandrecht op alle goederen heeft bedongen. Het is immers ook mogelijk dat bijvoorbeeld de huisbank een pandrecht heeft op de debiteuren en voorraden en dat de leasemaatschappij een pandrecht op de machines heeft. Waar het om gaat is dat ook deze pandrechten bij het *opstarten* van het bedrijf zullen worden gevestigd. Doordat zij vervolgens een eersterangs pandrecht hebben en houden, is het voor latere crediteuren onmogelijk effectief zekerheid te bedingen op een onbezwaard vermogensbestanddeel.

Het ontbreken van de mogelijkheid voor een crediteur effectief voorrang te bedingen, dient mijns inziens in belangrijke mate mee te wegen bij de beantwoording van de vraag of het ontbreken van een redelijk evenwicht tussen schuldeisers tot een zodanige onrechtvaardigheid leidt dat ingrijpen noodzakelijk is. Ook kan die vaststelling ertoe leiden dat van de pandhouder enige solidariteit met andere schuldeisers mag worden verlangd.

10.4.3.5 De aanvaardbaarheid van een beroep op de verdelende rechtvaardigheid in de context van kredietverlening

Een ander belangrijk element bij de beantwoording van de vraag of het ontbreken van een redelijk evenwicht tussen schuldeisers tot een zodanige onrechtvaardigheid leidt dat ingrijpen noodzakelijk is, is de vraag wat men onder een evenwicht verstaat. Concreter rijst de vraag of de rol van de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht ruimte laat om over te gaan tot het bewerkstelligen van een evenwicht tussen schuldeisers.

76 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 766.

77 Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 3-VI*, nr. 108, p. 115-116: "De consequentie van dit een en ander is dat een tweede of latere pandhouder niet weet tot welk bedrag de eerste pandhouder zich uit de executieopbrengst kan voldoen. Mocht een verpand goed overwaarde hebben en wil de pandgever het nogmaals verpanden, dan zal hij een tweede, of volgende pandhouder, daartoe slechts bereid vinden indien zekerheid bestaat over de vraag tot welk bedrag de eerste pandhouder verhaal op het verpande goed kan nemen."

78 Iets soortgelijks geldt bij beslag, nu een verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen niet kan worden doorkruist door latere beslagen van individuele schuldeisers. Zie HR 10 januari 1992, *NJ* 1992/744 m.nt. H.J. Snijders (*Ontvanger/NMB Postbank*).

Zoals gezegd bestaat debat over de rol van de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht. Opnieuw kan inspiratie worden geput uit de reeds bestaande rol van de verdelende rechtvaardigheid in het verbintenissenrecht. Loth stelt "de vraag naar de grenzen van de beschermingsgedachte in relatie tot de taak en functie van het privaatrecht; wanneer zijn de grenzen van de bescherming bereikt?" Uiteindelijk beantwoordt hij die vraag als volgt:

> "Verdergaande slachtofferbescherming [...] kan niet worden gerechtvaardigd volgens de gangbare legitimaties in het privaatrecht, maar vereist een een beroep op elementen van de verdelende rechtvaardigheid. Of en in hoeverre men zodanig beroep aanvaardbaar acht, is uiteindelijk ten dele een rechtspolitieke keuze."[79]

Deze opmerking is evengoed toepasbaar op de vraag of de concurrente crediteur al dan niet ten koste van de zekerheidsgerechtigde een betere positie verdient. Voordat die vraag beantwoord kan worden, moet dus beoordeeld worden of een beroep op elementen van de verdelende rechtvaardigheid aanvaardbaar is. Benadrukt zij dat dat een (uiterst) rechtspolitieke keuze is.[80]

Concurrente crediteuren van failliete ondernemingen zijn vrijwel altijd ondernemers die hun diensten of goederen op krediet hebben geleverd. Dat maakt hen de 'de sterkeren in het recht'. Dat zou een reden kunnen zijn hun niet tegemoet te komen.[81] De literatuur omtrent de verdelende rechtvaardigheid biedt aanknopingspunten voor deze opvatting. In de ethiek bestaat een stroming die stelt dat de eisen van de rechtvaardigheid niet relationeel maar absoluut bepaald dienen te worden.[82] Ook literatuur over de rol van de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht zijn aanwijzingen te vinden voor deze gedachte dat de verdelende rechtvaardigheid slechts een rol speelt in 'schrijnende' situaties.[83]

---

79 Loth 2009, nr. 24, p. 67.

80 Zoals ook blijkt uit de hierna in par. 10.6.3.1 en voetnoot 145 te bespreken Duitse ontwikkelingen. Dát een beroep op de elementen van de verdelende rechtvaardigheid ook in het goederenrecht mogelijk is, lijdt mijns inziens weinig twijfel. Zie bijv. Gordley 2006, p. 11: "It is not helpful to consider property rights without considering fairness and distributive justice."

81 In die zin bijv. Struycken 2010, p. 326, die schrijft dat partijen in het handelsverkeer in beginsel geen bescherming behoeven bij hun keuzes, op voorwaarde dat de hun beschikbare informatie juist en compleet is.

82 Zie Hübenthal 2007, p. 289, hetgeen voorafgegaan wordt door de opmerking dat het '*equality-of-what*-debat' is gevolgd door een '*why-equality*-debat'.

83 Gordley 2006, p. 8 e.v., die onder meer schrijft (p. 8) dat het uiteindelijke doel van de verdelende rechtbvaardigheid "is to provide people with what they need to live well [...]." J. Gordley, 'The Moral Foundations of Private Law', *American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, 2002, p. 6 e.v. wijst op de invloed van (verdelende en ruil)rechtvaardigheid in het goederenrecht, hetgeen bijvoorbeeld tot uiting komt in rechtsregels omtrent beperking van eigendomsrechten. Gordley schrijft (onder verwijzing naar § 904 BGB) dat het gebruik van andermans eigendom is toegestaan wanneer de behoefte daaraan groot genoeg is en dat toepassing van dergelijke rechtsregels slechts zijn voorbehouden aan uitzonderlijke gevallen, zoals het geval dat iemand dreigt te verdrinken en zichzelf aan andermans boot ophijst. Zie daarover naar Nederlands recht bijvoorbeeld A.F. Salomons, 'Exclusiviteit van eigendom: hoeveel solidariteit kan van een eigenaar verwacht worden?', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 241-259.

Anderzijds moet erop gewezen worden dat de ene concurrente crediteur de andere niet is. Niet alle concurrente crediteuren kwalificeren als een 'sterkere in het recht'. Een concurrente crediteur kan net zo goed een particulier zijn die vrijwel al zijn spaargeld heeft aanbetaald aan een aannemer die nadien failleert.[84] Daarnaast is verdedigbaar de opvatting dat de verdelende rechtvaardigheid wel degelijk een rol kan spelen in relaties tussen 'sterkeren in het recht', zoals de draagkrachtige concurrente crediteur en de pandhouder. Zo schrijft Hübenthal dat tegen de in de vorige alinea genoemde stroming kan worden ingebracht "dat rechtvaardig handelen zich nooit tot de verzachting van acute nood beperkt."[85] In zekere zin is dat wat consumentenbescherming in onze welvarende maatschappij doet. Ook tussen welvarende partijen kan dus een zeker evenwicht verlangd worden.

10.4.3.6 De aanvaardbaarheid van het beschermen van de concurrente crediteur tegen zichzelf

Aan het in het voorgaande geformuleerde bezwaar dat de concurrente crediteur niet in staat is om effectief voorrang te bedingen, kan tevens worden tegengeworpen dat dat hem er niet van weerhoudt een rechtsverhouding met de debiteur aan te gaan. Ook de concurrente crediteur die weet dat hij in faillissement niets zal krijgen, zal zakendoen met zijn debiteur. Het leveren van goederen of het verrichten van diensten is nu eenmaal noodzakelijk voor zijn bestaan. Daarbij gaat de optimist ervan uit dat de debiteur niet zal failleren. Het ontbreken van in ieder geval een poging tot het bedingen van zekerheid kan dan ook een reden zijn om de concurrente crediteur niet te beschermen.[86] De slotvraag rijst dan of het recht en in het bijzonder de verdelende rechtvaardigheid ook een zekere mate van paternalisme behelst en/of toelaat, in die zin dat de wetgever de concurrente crediteur tegen zichzelf beschermt. Het consumentenrecht beschermt consumenten onder omstandigheden tegen zichzelf. Daarbij moet wel worden gewezen op het feit dat de gedachte dat de consument de 'zwakkere partij' is en dus bescherming behoeft terrein verliest aan de gedachte van de 'eigen verantwoordelijkheid'.[87]

84 Het zou interessant zijn onderzoek te doen naar de aard van concurrente vorderingen in een groot aantal faillissementen en dan met name naar de hoedanigheid en draagkracht van de concurrente crediteur.

85 Vgl. Hübenthal 2007, p. 289: "Tegen het anti-egalitarisme kan men inbrengen, dat rechtvaardig handelen zich nooit tot de verzachting van acute nood beperkt."

86 In die zin bijv. Van Hoof 2015, p. 383, die overigens voorbij gaat aan de onmogelijkheid om effectief voorrang te bedingen. Vgl. voorts P. van Schilfgaarde, 'Ius vigilantibus scriptum', *WPNR* 2001/6428, p. 25: "Het recht is er om de burgers van dienst te zijn maar de burgers blijven zelf verantwoordelijk. Zij moeten zelf hun belangen in het oog houden. Wie geld uitleent moet op de gegoedheid van zijn debiteur letten." Zie ook A-G Spier vóór HR 18 december 2015, *RvdW* 2016/114 (*Proximedia/X*) onder 3.7.1: "Ten slotte: volgens de cassatiebezorger is het recht er voor de waakzamen [...]. Dat is een opvatting die al decennia geleden is verlaten en dat is maar goed ook. Het recht is er met name (maar zeker niet alleen) ook voor om zwakkeren te beschermen tegen nietsontziende personen of bedrijven die op listige wijze proberen munt te slaan uit de zwakte, onkunde of in voorkomende gevallen zelfs kenbare lichtzinnigheid van anderen. Dat betekent niet dat zwakkeren altijd en zonder meer (moeten) worden beschermd, maar nog minder dat zij altijd in de kou moeten blijven staan omdat het recht er alleen maar voor de sterkeren ("waakzamen") zou zijn."

87 Zie bijv. Hartlief 1999, i.h.b. p. 46-47, 76-77, met vele verwijzingen.

10.5 Hoe stelt men een evenwicht vast?

Mochten bovenstaande bespiegelingen leiden tot de conclusie dat het bewerkstelligen van een evenwicht tussen schuldeisers gewenst is, dan loopt men tegen een volgend probleem aan. Hoe wordt een evenwicht vastgesteld? Hoe zou dat evenwicht eruit moeten zien? Metaforen als "de weegschaal is doorgeslagen" geven helaas geen antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een evenwicht. Is dat als de concurrent in faillissement gemiddeld 10% van zijn vordering uitgekeerd krijgt?[88] Zwalve schrijft dat het bestaan van feitelijk generale zekerheidsrechten een ongewenste onevenwichtigheid creëert. Hij bepleit daarom de invoering van een carve-out-regeling, maar onderkent tegelijkertijd dat de quota arbitrair zijn.[89] Ook bij de in de volgende paragraaf te bespreken voorgestelde Duitse carve-out-regeling bestond onenigheid over het te hanteren percentage.[90] Mocht men een evenwicht willen bewerkstelligen, dan moet men genoegen nemen met onzekere noties over met welke percentages een evenwicht kan worden bereikt.

10.6 Een evenwicht in de vestigings- of in de executiefase

10.6.1 Inleiding

Als men aanneemt dat een evenwicht tussen schuldeisers gewenst is en als men genoegen neemt met de constatering dat het vaststellen van een evenwicht nagenoeg onmogelijk lijkt, dan is er een laatste horde te nemen. Hoe moet dat evenwicht bereikt worden? Het bereiken van een evenwicht tussen zekerheidsgerechtigden enerzijds en andere crediteuren anderzijds kan plaatsvinden in de vestigings- of executiefase. Zoals in hoofdstuk 5 aan de orde kwam, trachtte de wetgever met de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzin BW een evenwicht te bereiken in de vestigingsfase, door absoluut toekomstige vorderingen uit te sluiten van een vestigingshandeling bij voorbaat. In de discussie omtrent de verzamelpandakte, welke de genoemde wens van de wetgever doorkruist, merkt Struycken op dat de bescherming van de gezamenlijke schuldeisers en de faillissementscurator niet gezocht moet worden in een "rem in vestigingsfase, maar in een correctie in de fase van uitwinning tijdens faillissement"[91]; een suggestie die expliciet wordt onderschreven door A-G Hammerstein in zijn conclusie vóór *Dix q.q./ING*.[92] Nadien wordt in de literatuur de nadruk gelegd op instrumenten die een

88 In 1966 kregen concurrente crediteuren gemiddeld tussen de 9 en 10% van hun vordering uitgekeerd (Erasmus 1976, p. 19), in 2004 was dat gedaald naar 2,73% (A.P.K. Luttikhuis, "Begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' gedateerd", *TvI* 2004/20, par. 3.2).

89 Zwalve 2006b, p. 358, die er voorts op wijst dat de gekozen quota op enige wijze zullen worden doorberekend, "maar dat lijkt mij irrelevant: iedere geneeskundige kent de heilzame werking van het placebo."

90 Zie Erster Bericht Insolvenzrechtskommission 1985, p. 313-314 e.v.

91 Struycken 2010, p. 327.

92 Conclusie A-G Hammerstein vóór HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*) onder 2.7. Ook instemmend met Struycken is B.A. Schuijling onder *JOR* 2012/200 onder 8.

evenwicht bewerkstelligen in de executiefase.[93] Het alsnog bereiken van een evenwicht in de vestigingsfase via een andere route dan art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW is echter niet ondenkbaar. Weliswaar heeft de Hoge Raad in *Van Leuveren q.q./ING* overwogen dat de wetgever aan zet is, maar dat wil niet zeggen dat andere wegen niet het bewandelen waard zijn.

10.6.2 Een evenwicht in de vestigingsfase

In zekere zin kent het Duitse recht een systeem waarin een evenwicht tussen schuldeisers wordt bereikt in de vestigingsfase. Het betreft drie in de rechtspraak ontwikkelde leerstukken, die leiden tot nietigheid van het zekerheidsrecht of tot een van het prioriteitsbeginsel afwijkende rang.

10.6.2.1 Nietigheid van het zekerheidsrecht

Knebelung
Indien een rechtshandeling een dermate vergaande beperking van de economische vrijheid van de betrokkene met zich brengt dat hij zijn zakelijke zelfstandigheid verliest, is naar Duits recht sprake van *Knebelung.* De rechtshandeling is dan in strijd met de goede zeden.[94] De sanctie daarop is volgens § 138 BGB nietigheid. Een veelgebruikt voorbeeld is de verplichting van de auteur om al zijn toekomstige manuscripten aan een bepaalde uitgeverij aan te bieden.[95] Ook in het zekerhedenrecht is het leerstuk tot ontwikkeling gekomen. Daar is sprake van *Knebelung* als de zekerheidsnemer door gebruikmaking van zijn zekerheden de zekerheidsgever in zijn economische bewegingsvrijheid overmatig beknelt.[96] Van een in strijd met de goede zeden zijnde *Knebelung* is ook sprake als de kredietnemer door de zekerheidsoverdacht in substantiële mate economisch afhankelijk is van de kredietgever.[97] Dat de zekerheidsgever zijn laatste onbezwaarde vermogensbestanddeel overdraagt of bezwaart is op zich nog geen *Knebelung.*[98] Daarvan kan wel sprake zijn als de zekerheidsgever niet meer vrij over zijn actief kan beschikken en hij bij gebrek aan onbezwaarde vermogensbestanddelen geen ander krediet kan krijgen.[99] Normaal gesproken ziet de onzedelijkheid bij *Knebelung* op de verhouding tussen contractspartijen en leidt het tot bescherming van een partij. Bij *Knebelung* bij zekerheidstransacties is dat beschermingsdoel in hoge mate buiten beeld geraakt.[100] In de gevallen dat er sprake was van nietigheid wegens *Knebelung,*

93 Zie bijv. Wibier 2012, par. 5; Mennens 2013.
94 MüKoBGB/Armbrüster 2015, § 138, Rn. 71. Zie ook bijv. BGH NJW 1993, 1587.
95 Zie BGH NJW 1957, 711.
96 BGH NJW 1998, 2592, 2595; MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 80, verwijzend naar BGH NJW 1956, 337.
97 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 152.
98 BGH NJW 1956, 706, 707; MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 81; Bülow 2012, nr. 1130, p. 404.
99 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 152; MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 81; Bülow 2012, nr. 1131, p. 404.
100 Brinkmann 2011, p. 281.

kwamen de consequenties daarvan niet ten goede aan een partij (de zekerheidsgever) maar aan derden (diens overige crediteuren).[101] Bij de toepassing van *Knebelung* in het zekerhedenrecht draait het eigenlijk om de bescherming van de overige crediteuren van de schuldenaar.[102] Is er sprake van *Knebelung*, dan is de zekerheid nietig en is het goed (onbezwaard) in het vermogen van de (beoogd) zekerheidsgever gebleven.[103] Het goed is dan beschikbaar voor verhaal door andere crediteuren dan de (beoogd) zekerheidsnemer. Brinkmann wijst er echter op dat het leerstuk niet het juiste beginpunt is om de onevenwichtigheid in het zekerhedenrecht te corrigeren en dat de rechtspraak het instrument daarom terecht slechts in *Einzelfällen* gebruikt.[104]

Gezien de voortschrijdende rechtsontwikkeling waarin de zekerheidsgerechtigde er steeds beter in slaagt boedelactief naar zich toe te trekken, de huidige toepassing van het bepaaldheidsvereiste – een aanwijsbaar goed is voldoende bepaald – en de roep om de beperking van art. 3:94 lid 3/239 lid 1 slotzinsnede BW af te schaffen,[105] acht ik het niet onaannemelijk dat art. 3:40 BW op enig moment ook in Nederland een rol gaat spelen bij de vestiging van zekerheden.[106] Ik zie niet in waarom de open norm van die bepaling geen rol zou kunnen spelen bij het beteugelen van een mogelijk toekomstig probleem in de sfeer van het zekerhedenrecht als gevolg van bijvoorbeeld het volledig bezwaren van een geheel toekomstig vermogen ten gunste van één crediteur.[107]

Übersicherung

Van *Übersicherung* is sprake als de waarde van de in zekerheid overgedragen goederen de gesecureerde vordering substantieel overstijgt.[108] Door meer goederen in zekerheidseigendom te hebben dan noodzakelijk is tot zekerheid van zijn vorderingen, blokkeert

101 Brinkmann 2011, p. 281-281 met verwijzingen in voetnoot 51 aldaar.

102 Brinkmann 2011, p. 282 met vele verwijzingen aldaar, waaronder in voetnoot 55 naar Barkhausen, *NJW* 1953, 1412, 1415, die schrijft dat de *Knebelung* in strijd met de goede zeden een "Scheinbegründung im Kampf gegen die Sicherungsübereignung war und ist."

103 Brinkmann 2011, p. 283, waar hij erop wijst dat volgens de heersende leer de nietigheid zich niet alleen uitstrekt tot de titel, maar ook tot de goederenrechtelijke rechtshandeling. Zie ook Bülow 2012, nr. 1143, p. 411; Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 17.

104 Brinkmann 2011, p. 284.

105 Zie hoofdstuk 4 (par. 4.3.4) respectievelijk 5 (par. 5.7).

106 Vgl. bijv. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 402, die een levering van alle vorderingen, die men later uit welke hoofde ook zal verkrijgen, te onbepaald achtte. Mijns inziens heeft te gelden dat een dergelijke levering wel degelijk voldoende bepaald is, maar onder omstandigheden in strijd met de goede zeden zou kunnen zijn. Zie wat betreft dat laatste reeds in vergelijkbare zin: J. Wiarda, *Praeadviezen over overdracht van toekomstige rechten*, Den Haag: Belinfante 1940, p. 83.

107 Met de betrekking tot toekomstige zaken vindt de wetgever dat in het kader van beslag al bezwaarlijk, nu beslag op toekomstige zaken onmogelijk is. Zie hierboven hoofdstuk 5, par. 5.2.3. Overigens moet erop gewezen worden dat de eiser tot cassatie in HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*), in het eerste cassatiemiddel, onder 1.1 en 1.4 als ratio van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW aanmerkt het voorkomen dat de pandgever alle huidige en toekomstige vorderingen in pand geeft "en zo zijn onderneming te zwaar zou belasten (ten opzichte van zijn eigen economische vrijheid en van zijn (andere) concurrente crediteuren)."

108 MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 82; Bülow 2012, nr. 1106, p. 392. Eerstgenoemde merkt in Rn. 81 op dat elementen van *Knebelung* en *Übersicherung* elkaar overlappen. De leerstukken dienen echter te worden onderscheiden; zo is *Übersicherung* ook mogelijk als er nog genoeg vrij vermogensactief beschikbaar is (Rn. 83).

de zekerheidsnemer het vermogen van de zekerheidsgever.[109] De in zekerheidseigendom overgedragen vermogensbestanddelen zijn immers niet meer beschikbaar voor de zekerheidsgever en/of diens crediteuren. Door het gebrek aan accessoriteit vallen de verpande goederen na het tenietgaan van de gesecureerde vordering/terugbetalen van het krediet bovendien niet als vanzelf (onbezwaard) in het vermogen van de zekerheidsgever.[110]

Übersicherung bij de vestiging van zekerheden kan zich van meet af aan voordoen (*anfänglich*) en kan ook nadien optreden (*nachträglich*). Van *anfängliche Übersicherung* is sprake "wenn bereits bei Vertragsschluß gewiß ist, daß im noch ungewissen Verwertungsfall ein auffälliges Mißverhältnis zwischen dem realisierbaren Wert der Sicherheit und der gesicherten Forderung bestehen wird."[111] Deze vorm van *Übersicherung* wordt in strijd met de goede zeden geacht en is dus nietig.[112] Wiegand schrijft dat er grote onduidelijkheid bestaat over de vraag hoe vastgesteld moet worden of er sprake is van een *auffälliges Missverhältnis*.[113] Zo kan de waarde van bijvoorbeeld een tot zekerheid overgedragen voorraad in de toekomst dalen; ook kunnen partijen die waarde verschillend inschatten.[114] In de rechtspraak zijn gevallen met een dekking van 200% en meer toelaatbaar geoordeeld; in de literatuur worden zelfs gevallen besproken waarin een dekking van 350% toelaatbaar wordt geacht.[115] Wiegand komt dan ook tot de conclusie dat ten aanzien van de *anfängliche Übersicherung* "eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht, die Anlass zu Besorgnis gibt."[116]

Nachträgliche Übersicherung kan zich voordoen als de gesecureerde vordering afneemt of de waarde van de tot zekerheid overgedragen goederen toeneemt.[117] In de rechtspraak is een omvangrijk systeem ontwikkeld, dat ziet op de vragen hoe de waarde van de gesecureerde vorderingen en de in zekerheid overgedragen goederen moet worden vastgesteld, in welke verhouding zij tot elkaar mogen staan wil er al dan niet sprake zijn van *nachträgliche Übersicherung* en de rechtsgevolgen daarvan.[118] Op deze plaats is van belang dat *nachträgliche Übersicherung* tot nietigheid kan leiden van het deel van de zekerheidsoverdracht dat als 'te veel' wordt aangemerkt.[119] Ook mogelijk is dat

109 Bülow 2012, nr. 1106, p. 392.

110 Bülow 2012, nr. 1107, p. 392. In Nederland was het argument van overbedeling een van de redenen tot invoering van het fiducia-verbod (art. 3:84 lid 3 BW). Zie Meijers 1958, p. 89-90; TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 317.

111 BGH NJW 1998, 2047.

112 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 157; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 33.

113 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 157. Zie ook Brinkmann 2011, p. 285.

114 MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 33.

115 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 157; MüKoBGB/Oechsler 2013, Anhang zu §§ 929–936 Rn. 33, beide met verwijzingen.

116 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 157.

117 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 154.

118 Culminerend in BGH GS NJW 1998, 671. Het geldende systeem wordt in detail besproken door: Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 154-156b; MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 84-88; Bülow 2012, nrs. 1108-1128, p. 393-403.

119 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 154a; Baur/Baur & Stürner 2009, § 57 Rn. 29a.

nachträgliche Übersicherung tot een vrijgaveverplichting leidt.[120] Op deze wijzen blijft een deel van het vermogensactief van de zekerheidsgever onbezwaard beschikbaar. Door het leerstuk van *nachträgliche Übersicherung* wordt de werking van generale zekerheden beperkt; concurrente crediteuren in faillissement van de zekerheidsgever profiteren hiervan.[121] Over de *nachträgliche Übersicherung* schrijft Wiegand dat de praktijk zich naar het in de rechtspraak ontwikkelde systeem heeft geschikt.[122]

De *Übersicherung* moet vooral worden gezien als een correctie op het gebrek aan accessoriteit bij de zekerheidsoverdracht.[123] Als een schuldenaar alles tot zekerheid heeft overgdragen, biedt zijn vermogen voor andere schuldeisers geen enkel verhaalsobject meer. In dit licht lijkt de waarde van het leerstuk voor het Nederlandse recht, waar het pandrecht wél accessoir is en het verpande goed na voldoening van de gesecureerde vordering van rechtswege vrij van dat pandrecht in het vermogen van de pandgever valt, beperkt. Toch biedt het mogelijkheden. Naar Nederlands recht zou het leerstuk van *Übersicherung* het mogelijk kunnen maken vermogensbestanddelen van de zekerheidsgever onbezwaard te laten.[124] Het voordeel daarvan is dat andere schuldeisers vervolgens effectief voorrang kunnen bedingen doordat zij een eersterangs pandrecht kunnen verkrijgen. De Algemene Bankvoorwaarden bieden hiertoe enige ruimte: art. 24 lid 3 bepaalt dat "de bank [...] de verpande goederen, als de cliënt daarover wil beschikken, [zal] vrijgeven indien de waarde van de daarna resterende verpande goederen voldoende dekking biedt voor al hetgeen zij, uit welken hoofde ook, van de cliënt te vorderen heeft of zal krijgen."[125] Het is de vraag of er ooit wordt voldaan aan de voorwaarde dat de zekerheden voldoende dekking bieden. Bij bankpandrechten, die tevens gevestigd zijn voor wat de bank in de toekomst uit welke hoofde dan ook te vorderen heeft, zal dat lastig zijn vast te stellen.[126] De Duitse ervaringen met de *anfängliche Übersicherung* zijn in dit kader weinig hoopvol. Voorts zou de introductie van een leerstuk als dat van de *Übersicherung* afbreuk kunnen doen aan de bestaande praktijk van bankpandrechten. Het is de vraag of dat wenselijk is.[127] Tot slot moet erop gewezen worden dat het systeem slechts mogelijkheden biedt voor het geval dat het verleende krediet/de gesecureerde vordering (veel) lager is dan de verpande goederen.[128]

120 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 154b.
121 Aldus Brinkmann 2011, p. 288.
122 Staudinger/Wiegand 2011, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 156b.
123 Zie bijv. Van den Heuvel 2001, p. 925. Overigens kunnen ook accessoire zekerheidsrechten het vermogen van de zekerheidsgever blokkeren. Zie Bülow 2012, nr. 1106, p. 392 met voorbeelden.
124 J. Beuving & R.P.J.L. Tjittes, 'Het tegengaan van een overmaat aan zekerheden', *NJB* 1998, afl. 34, p. 1547-1552 komen op grond van de redelijkheid en billijkheid tot een op de Duitse *Übersicherung* gebaseerde vrijgaveverplichting. Zie ook Van den Heuvel 2001, p. 922 e.v. Rb. Gelderland 4 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8276, rov. 4.9 lijkt de leverancier onder eigendomsvoorbehoud uitoefening daarvan niet toe te staan, mede omdat sprake is van een wanverhouding tussen de (beweerdelijke) vordering en de waarde van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken.
125 J. Beuving & R.P.J.L. Tjittes, 'Het tegengaan van een overmaat aan zekerheden', *NJB* 1998, afl. 34, p. 1550.
126 Van den Heuvel 2001, p. 920-922, p. 925.
127 Vgl. Van den Heuvel 2001, p. 925: "Ik ben echter wel van mening dat er geen ontkomen is aan een zekere begrenzing van het verschijnsel van de bankzekerheden, en dan met name het bankpandrecht."
128 Vgl. Van Hoof 2015, p. 399.

Het komt mij voor dat daar zelden sprake van zal zijn. Gezien het voorgaande is de *Übersicherung* als instrument om onbezwaard vermogen beschikbaar te stellen voor andere schuldeisers minder veelbelovend dan zij lijkt.

10.6.2.2 Doorbreking van het prioriteitsbeginsel

Naast de *Knebelung* en de *Übersicherung,* die tot gevolg hebben dat in voorkomend geval de te vestigen zekerheden niet tot stand komen wegens nietigheid en de te bezwaren vermogensbestanddelen aldus voor overige crediteuren beschikbaar blijven, kan nog gewezen worden op de in de Duitse rechtspraak aanvaarde doorbrekingen van het prioriteitsbeginsel.[129] Naar Duits recht is het mogelijk dat de scherpe kantjes van een rigide toepassing van het prioriteitsbeginsel worden afgehaald. Hierboven (par. 10.4.3.4) schreef ik dat het naar Nederlands recht onder de huidige toepassing van het prioriteitsbeginsel en art. 3:97 lid 2 BW mogelijk is dat een na de vestiging (bij voorbaat) van een tweederangs pandrecht ontstane vordering waarvoor het eersterangs pandrecht (mede) (bij voorbaat) is gevestigd met voorrang kan worden verhaald vóór de gesecureerde vordering van het tweederangs (bij voorbaat gevestigde) pandrecht. Ook in Duitsland kan deze situatie zich voordoen. Daar heeft de bank/kredietgever op grond van de algemene bankvoorwaarden een pandrecht op het door de kredietnemer bij de bank aangehouden saldo. Naar Duits recht kan een schuldeiser beslag op het saldo leggen, waarna hij een beslagpandrecht krijgt. Nu de bank het pandrecht op het saldo bij het aangaan van de kredietrelatie in de algemene bankvoorwaarden zal hebben bedongen, heeft zij een eersterangs pandrecht. Dit oudste pandrecht botst dan met het andere, jongere pandrecht.[130] In de Duitse literatuur werd voor dit geval een beperking van het prioriteitsbeginsel bepleit.[131] Ten aanzien van nieuwe, ná totstandkoming van het beslagpandrecht ontstane gesecureerde vorderingen moet de beslagpandhouder voorrang hebben; een strikte toepassing van het prioriteitsbeginsel zou in dit geval ertoe leiden dat banksaldi in belangrijke mate niet meer voor beslag vatbaar zouden zijn.[132] Inmiddels heeft het *Bundesgerichtshof* zich bij de literatuur aangesloten.[133]

Ook het laten prevaleren van een jonger recht boven een bepaald ouder recht zou in bepaalde situaties kunnen bijdragen aan een zeker evenwicht tussen schuldeisers. Wel vereist is dat de (concurrente) crediteur dan een zekerheidsrecht bedingt. Wellicht is in de toekomst ruimte voor een andere toepassing van het prioriteitsbeginsel bij zekerheidsrechten.[134] Ons recht biedt hier reeds een aanknopingspunt voor. Art. 3:298 BW

129 Zie MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 77-78b. Van Hoof 2015, p. 19-20 wijst op doorbrekingen in de prioriteitsregel in het Romeinse recht.

130 MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 78.

131 Zie de auteurs genoemd bij MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 78, voetnoot 182.

132 MünchKommInsO/Ganter 2013, Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52, Rn. 78.

133 BGH NJW 1997, 2322, 2323.

134 Vgl. Verheul 2014, die naar Duits voorbeeld (zie hierboven hoofdstuk 2, voetnoot 218) bepleit dat ingeval van botsing van het latere bij voorbaat gevestigd pandrecht van de leverancier onder eigendomsvoorbehoud op de vordering uit doorverkoop met het eerdere bij voorbaat gevestigd pandrecht van de bank op dezelfde vordering, de leverancier een al dan niet door de rechtspraak aangenomen eersterangs pandrecht zou moeten krijgen.

bepaalt voor het geval dat twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering vervolgen, in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voorgaat, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit. Het klassieke voorbeeld is de eerste koper die een woonhuis koopt als belegging versus de tweede koper die de woonruimte dringend nodig heeft voor zich en zijn gezin.[135] De parlementaire geschiedenis merkt op dat het artikel zich soms voor analogische toepassing leent voor "andersoortige vorderingsrechten ten aanzien van één goed die bij samenlopende vervolging van het recht op nakoming met elkaar zouden botsen."[136]

10.6.3 Een evenwicht in de executiefase

In de vorige paragraaf is beschreven dat ook in de vestigingsfase een zeker evenwicht valt te realiseren. De Duitse instrumenten zijn alle in de rechtspraak ontwikkeld, zodat het mede in het licht van de terughoudende opstelling van de Hoge Raad de vraag is of via de rechtspraak op korte termijn een evenwicht kan worden bewerkstelligd. Het door middel van een wettelijke regeling bewerkstelligen van een evenwicht tussen schuldeisers behoort ook tot de mogelijkheden. Hier springen voorgestelde regelingen die een evenwicht proberen te bewerkstelligen in de executiefase het meest in het oog.

10.6.3.1 Carve-out-regelingen

Om een evenwicht in de executiefase te bewerkstelligen kan gedacht worden aan een zogenoemde carve-out-regeling.[137] Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk aan de orde kwam, houdt een dergelijke regeling in dat een deel van de executieopbrengst van zekerheidsgerechtigden beschikbaar wordt gesteld voor andere crediteuren. In het navolgende zal aandacht worden besteed aan de techniek om een evenwicht te bewerkstelligen, en niet zozeer aan de vraag hoe de regeling eruit moet zien om concurrente crediteuren daadwerkelijk tegemoet te komen.[138]

In Duitsland zijn bij de herziening van de insolventiewet voorstellen gedaan tot het invoeren van een verplichte afdracht door zekerheidsgerechtigden ten behoeve van concurrente crediteuren. In 1975 kaartten gezaghebbende auteurs onder meer de zeer lage uitkeringspercentages in faillissement aan.[139] Onder meer invloedrijke congressen leidden tot een momentum waarin de toenmalige minister van Justitie in 1978 een com-

135 W. Snijders, 'Botsende rechten op levering van éénzelfde goed', in: *Recht door zee* (liber amicorum H. Schadee), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 190, met andere voorbeelden zoals de eerste koper die handelaar in tweedehands machines is versus de tweede koper die de machine nodig heeft als vitaal bedrijfsmiddel.

136 MvT Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1397 waar tevens wordt opgemerkt dat het artikel kan worden opgevat als een afwijking van de paritas creditorum.

137 Voor een uitvoerige bespreking van (voorgestelde) carve-out-regelingen in Nederland, de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland, zie Mennens 2013.

138 Voor die vraag zij verwezen naar Mennens 2013, p. 222 en 231, die concludeert dat het realiseren van extra boedelactief ten gunste van hoger gerangschikte crediteuren is en dus niet van concurrente crediteuren.

139 Zie J. Kilger, 'Der Konkurs des Konkurses', *KTS* 1975/3, p. 142; W. Uhlenbruck, 'Zur Krise des Insolvenzrechts', *NJW* 1975, p. 897.

missie voor herziening van het insolventierecht instelde.[140] Een belangrijke wens was lege boedels te bestrijden.[141] In 1985 verscheen een eerste concept waarin onder meer een bijdrage van 25% van de executieopbrengst van de met een zekerheidsrecht belaste goederen zou worden opgelegd aan zekerheidsnemers met een vuistloos en stil zekerheidsrecht.[142] Dit voorstel ontving veel kritiek, inhoudende dat het ongunstige gevolgen voor kredietverlening mee zou brengen.[143] Nadat bleek dat er vanuit de politiek geen draagvlak bestond voor een verplichte boedelbijdrage, is dit onderdeel definitief uit de voorstellen geschrapt.[144] Van het ontwerp resteert, zoals wij in hoofdstuk 6 zagen, slechts een bijdrage in de door de curator gemaakte executiekosten. Interessant is dat de hedendaagse literatuur de toenmalige ontwikkelingen expliciet koppelt aan het toenmalige politieke landschap.[145] Hieruit blijkt eens te meer dat een verplichte boedelbijdrage uiteindelijk een (rechts)politieke aangelegenheid is.

In Nederland springt het meest in het oog een voorstel van een commissie van de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD). Het voorstel komt erop neer dat pand- en hypotheekhouders na executie 20% van de netto-opbrengst aan de boedel moeten afdragen (15% bij onroerende zaken). Ter onderbouwing van dit voorstel wordt er onder meer op gewezen dat "[...] de curator zich als gevolg van de uitbreiding van het bereik van de pandrechten geconfronteerd [ziet] met vele lege boedels."[146] De belangrijkste kritiek op het voorstel is dat het waarschijnlijk tot minder of duurder krediet leidt.[147] Andere kritiek is dat het gevaar bestaat dat zekerheidsgerechtigden te snel vóór faillissement executeren om zodoende onder een verplichte boedelbijdrage uit te komen en dat concurrente crediteuren te snel een faillissement aanvragen om zo kunnen profiteren van een verplichte boedelbijdrage. Ter voorkoming van deze gevaren is wel een 'claw-back'-bepaling voorgesteld: executie door de zekerheidsgerechtigde in een bepaalde periode vóór het faillissement leidt alsnog tot de verplichting een boedelbijdrage af te dragen aan de curator.[148]

140 Zie Pape, Uhlenbruck & Voigt-Salus 2010, Kap. 8, Rn. 2-3.

141 MünchKommInsO/Tetzlaff 2013, Vorbemerkungen vor §§ 166–173 System der Regelungen in den §§ 166–173, Rn. 12.

142 Erster Bericht Insolvenzrechtskommission 1985, p. 312 e.v.

143 Zie MünchKommInsO/Tetzlaff 2013, Vorbemerkungen vor §§ 166–173 System der Regelungen in den §§ 166–173, Rn. 15 en de auteurs genoemd aldaar. Zie ook: Mennens 2013, par. 6.3, p. 228-229.

144 Zie de hierboven in voetnoot 38 genoemde rede van de minister van Justitie en in zijn kielzog O. Graf Lambsdorff (wirtschaftspolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion), 'Wirtschaftspolitische Aspekte einer Insolvenzrechtsreform', *ZIP* 1987, p. 813: "Wenn die Sicherheiten im Konkurs eines Viertels ihres Wertes beraubt wären, hätte dies unabsehbare Folgen auf Umfang und Preis der Kredite."

145 Pape, Uhlenbruck & Voigt-Salus 2010, Kap. 8, Rn. 3, die erop wijzen dat de herzieningscommissie is ingesteld door een sociaaldemocratische minister van Justitie, en Rn. 4 met verwijzingen in voetnoot 16 en 17: "Der politische Wechsel von einer sozial-liberalen zur christlich-liberalen Koalition hatte zu einer Rückbesinnung auf die markt- und ordnungspolitischen Dimensionen des Insolvenzverfahrens geführt."

146 Commissie INSOLAD: *Voorstellen wijziging Faillissementswet*, 13 december 2012, p. 6. Zie voor voorbeelden van deze uitbreiding hierboven voetnoot 44.

147 Mennens 2013, par. 3.3, p. 222. Voor wat betreft dit argument zij verwezen naar par. 10.4.2 hierboven.

148 Mennens 2013, par. 3.3, p. 222 met verwijzing. Wat betreft het gevaar dat partijen die de pandhouder voor zich hebben te dulden een faillissement uitlokken, kan ook nog worden gewezen op het leerstuk

Een carve-out-regeling zoals voorgesteld in Duitsland en Nederland leidt tot een altijd toe te passen correctie in de executiefase. Daarmee is dit instrument geschikt als structurele oplossing voor de legeboedelproblematiek.

10.7 Conclusie

De conclusie is dat het al dan niet bewerkstelligen van een zeker evenwicht tussen schuldeisers dient te berusten op overwegingen omtrent efficiëntie en rechtvaardigheid. Een realistische beoordeling van de efficiëntie-argumenten moet tot de conclusie leiden dat de kans klein is op basis daarvan de verhaalspositie van de zekerheidsgerechtigde aan te passen ten behoeve van de concurrente crediteur. Bij kredietverlening speelt echter meer mee dan alleen economische efficiëntie. Het bereiken van een redelijk evenwicht is een kwestie van verdelende rechtvaardigheid. Met name de rechtvaardigheid als ratio achter een evenwicht tussen schuldeisers biedt mogelijkheden de concurrente crediteur tegemoet te komen. Uiteindelijk komt het neer op de vraag of het ontbreken van een redelijk evenwicht tussen schuldeisers tot een zodanige onrechtvaardigheid leidt, dat ingrijpen noodzakelijk is. Het ontbreken van de mogelijkheid om effectief voorrang te bedingen kan leiden tot een onrechtvaardigheid die ertoe dwingt de positie van de zekerheidsgerechtigde en de concurrente crediteur te herzien. Voor het bewerkstelligen van een evenwicht kan worden gedacht aan een rechterlijke rem in de vestigingsfase bij zekerheidsrechten, die totstandkoming van zekerheden in bepaalde onwenselijke gevallen voorkomt, en een wettelijke regeling in de executiefase, die bijvoorbeeld een verplichte boedelbijdrage van de zekerheidsgerechtigde in het leven roept.

van misbruik van bevoegdheid met betrekking tot de faillissementsaanvraag.

11 Een substitutiepandrecht op de executie-opbrengst

11.1 Inleiding

In deel II drong zich de noodzaak van een solide recht voor de pandhouder op de executieopbrengst op. Van een afschaffing van de executiebevoegdheid van de pandhouder kan geen sprake zijn zonder recht op de door een ander gerealiseerde executieopbrengst, zoals in hoofdstuk 6 duidelijk werd. Ook de recente rechtsontwikkeling dwingt tot het ontwikkelen van een regel die verzekert dat de executerende pandhouder zich uiteindelijk op de gehele opbrengst kan verhalen. Een onderhandse verkoop leidt tot een hogere opbrengst. Zoals wij in hoofdstuk 7 zagen, heeft de Hoge Raad de onderhandse verkoop door de pandgever of diens curator met de arresten *ING/Hielkema q.q.* en *Feenstra q.q./ING* geïnstitutionaliseerd. Ook dan kan sprake zijn van uitoefening van het pandrecht. Nu de wenselijkheid van en mogelijkheid tot de onderhandse verkoop door de pandgever vaststaan, dient het recht de pandhouder volledig te faciliteren in de effectuering van zijn pandrecht. In hoofdstuk 7 bleek echter dat het recht omtrent de executieopbrengst niet geheel duidelijk is. Om te voorkomen dat de executerende pandhouder ter vermijding van risico's voor een openbare pandexecutie (art. 3:250 BW) kiest en zodoende waarde vernietigt, moet hij in staat worden gesteld zich op de volledige opbrengst kunnen verhalen.

De aanschouwing van het bouwwerk dat de Hoge Raad vanaf het tevens in hoofdstuk 7 besproken arrest *Mulder q.q./CLBN* heeft opgetrokken, doet de vraag rijzen of het huidige systeem ten aanzien van het stil pandrecht op vorderingen niet enige aanpassing behoeft. Ook hier bestaan goede redenen om de pandhouder een goederenrechtelijk recht op het actief dan wel passief geïnde toe te kennen.

11.2 Een goederenrechtelijke aanspraak door zaaksvervanging

Bij de vormgeving van een aanspraak op de executieopbrengst voor de pandhouder rijst allereerst de vraag naar het wenselijke karakter van een dergelijke aanspraak. Een goederenrechtelijk karakter heeft de voorkeur, omdat een goederenrechtelijk absoluut recht op de opbrengst de sterkst mogelijke aanspraak is. Een dergelijke aanspraak biedt de (voormalig) pandhouder de meeste zekerheid.

Een kandidaat-rechtsfiguur om deze goederenrechtelijke aanspraak te doen ontstaan is zaaksvervanging. Bij zaaksvervanging wordt het object van een goederenrechtelijk

recht van rechtswege vervangen door een ander object.[1] Volgens Spath beoogt zaaksvervanging "ongewenste aantasting van goederenrechtelijke posities te voorkomen en daarmee bescherming te bieden aan rechthebbenden van absolute rechten."[2] Voor de toepassing van zaaksvervanging moet er sprake zijn van een vermogensverschuiving en mag er geen alternatieve rechtsfiguur voorhanden zijn die hetzelfde resultaat bereikt.[3] In het geval dat de pandhouder zich na executie niet op de opbrengst van het pandobject kan verhalen, is er sprake van een vermogensverschuiving. Als bijvoorbeeld de curator een stil verpande vordering int, valt het geïnde in de boedel en niet in het vermogen van de pandhouder. Ook is er thans geen rechtsfiguur beschikbaar die de (voormalig) pandhouder een absolute aanspraak op de hem toekomende executieopbrengst toekent. Spath schrijft vervolgens

> "Om daadwerkelijk zaaksvervanging toe te passen, moet een aanvullende rechtvaardiging worden gezocht. Daarvoor is het ten eerste noodzakelijk dat de verarming en de verrijking direct met elkaar samenhangen. Beide moeten zijn terug te voeren op dezelfde gebeurtenis en daaraan causaal zijn verbonden. Ten tweede moet het voorkomen van de vermogensverschuiving meer algemeen worden gerechtvaardigd."[4]

Het in dit hoofdstuk te onderzoeken geval omtrent de door een ander gerealiseerde executieopbrengst van een verpand goed voldoet aan beide vereisten. De verarming (verlies van het pandrecht) en de verrijking (executieopbrengst valt in het vermogen) vloeien voort uit de executie van het verpande goed. Wat betreft het tweede vereiste draagt Spath als belangrijke rechtvaardiging aan "[h]et niet kunnen opkomen voor de eigen belangen, waarvan vaak sprake is als een recht wordt aangetast als gevolg van het systeem van het goederenrecht […]."[5] Daar is bij uitstek sprake van in het hier aan de orde zijnde geval dat de pandhouder zijn recht op de opbrengst verliest door een (pand) executie. In hoofdstuk 7 (par. 7.5.5.2) schreef ik dat de pandhouder beschermd dient te worden als hij zijn pandrecht niet prijsgeeft. Als de pandhouder zich ondanks het niet prijsgeven van zijn pandrecht niet kan verhalen op de executieopbrengst, dient hij beschermd te worden in de zin dat hij zich wel kan verhalen.

Deze gedachte wordt ondersteund door het feit dat de wet reeds een regel van zaaksvervanging voor een soortgelijke situatie kent. Art. 3:246 lid 5 BW bepaalt dat bij inning van een verpande vordering door de pandhouder of met machtiging van de kantonrechter door de pandgever de pandrechten waarmee de vordering bezwaard was, op het geïnde komen te rusten. De ratio achter deze bepaling is onder meer dat de pandgever, rechthebbende van de openbaar verpande vordering, zijn rechten op het

1 Zie voor een overzicht van de vele definities: Spath 2010, nr. 10, p. 12-14, nr. 191, p. 330. De vraag of de door zaaksvervanging ontstane aanspraak een voortzetting van de oorspronkelijke aanspraak dan wel het ontstaan van een nieuw recht is, laat ik hier rusten. Hetzelfde geldt voor de vraag welke terminologie ('zaaksvervanging', 'substitutie', 'goedsvervanging' of 'zakelijke subrogatie') de betere is. Zie over deze vragen Spath 2010, nr. 11, p. 15 e.v. respectievelijk nr. 8, p. 10-11.

2 Spath 2010, nr. 94, p. 153.

3 Spath 2010, nr. 94, p. 154 en de verwijzingen aldaar.

4 Spath 2010, nr. 94, p. 154.

5 Spath 2010, nr. 94, p. 154.

geïnde behoudt in het geval de (opeisbare) vordering aan de pandhouder voldaan wordt vóórdat de pandhouder tot inning bevoegd is. Ook als de pandgever de vordering met machtiging van de kantonrechter int, behoudt de pandhouder zijn rechten – ondanks het feit dat zijn pandrecht tenietgaat doordat de vordering door inning teniet is gegaan.[6]

De rechtsfiguur van zaaksvervanging lijkt gezien het voorgaande geknipt voor een faillissementsbestendige bescherming van de pandhouder in het geval waarin hij zijn pandrecht in het kader van executie verliest. Spath schrijft voorts dat nu zaaksvervanging plaatsvindt ter bescherming van goederenrechtelijke aanspraken, het behoud van de aanspraak centraal staat. Volgens haar moet de door vervanging te beschermen rechthebbende "dus een in zoveel mogelijk aspecten vergelijkbare aanspraak krijgen op het vervangende goed."[7] Het ligt aldus voor de hand de mogelijkheden te onderzoeken voor de pandhouder om een substitutiepandrecht op de executieopbrengst toe te kennen.

11.3 De mogelijkheid van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst

Door de rechtsontwikkeling is de weg naar zaaksvervanging met betrekking tot de feitelijk door een ander dan de pandhouder gerealiseerde executieopbrengst geopend. In *ING/Hielkema q.q.* en *Feenstra q.q./ING* oordeelde de Hoge Raad immers dat bij een overeengekomen verkoop in de zin van art. 3:251 lid 2 BW door de pandgever of diens curator de pandhouder zijn recht van parate executie en dus zijn pandrecht uitoefent. Deze arresten hebben tot gevolg dat zaaksvervanging op de opbrengst technisch-juridisch mogelijk is: er is geen 'onderbreking' tussen het pandrecht en de executieopbrengst. Voor zaaksvervanging is immers vereist dat het zekerheidsrecht blijft bestaan tot het moment dat er een goed voor het (voormalige) zekerheidsobject in de plaats komt.[8]

De technisch-juridische mogelijkheid tot zaaksvervanging laat onverlet dat er geen regel voor zaaksvervanging op de executieopbrengst bestaat. De heersende leer lijkt te zijn dat voor zaaksvervanging een wettelijke grondslag vereist is.[9] Het gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten zou dat vereisen (art. 3:80 lid 3 BW).[10] Ook bestaat de opvatting dat voor zaaksvervanging geen uitdrukkelijke wettelijke bepaling nodig is.[11] De mogelijkheid van analoge toepassing van een zaaksvervangingsregel

6 Zie uitgebreider Verdaas 2008, nr. 313, p. 240-241.
7 Spath 2010, nr. 162, p. 286.
8 Spath 2010, nr. 20, p. 32. Zie hierboven reeds hoofdstuk 7, par. 7.5.7.
9 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*), rov. 3.3.3; Pitlo/Reehuis 2012, nr. 756, p. 551; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 294, p. 247; Spath 2010, nr. 94, p. 155, nr. 161, p. 284-285.
10 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 294, p. 247. Genuanceerder: Spath 2010, nr. 161, p. 284-285 en voetnoot 249 aldaar.
11 S. Perrick, 'Zaaksvervanging en de regels van het goederenrecht', *WPNR* 2008/6753, p. 345.

lijkt aan een opmars bezig.[12] Gezien de in hoofdstuk 7 besproken rechtspraak van de Hoge Raad is het niet aannemelijk dat art. 3:246 lid 5 BW analoog kan worden toegepast op het in dit hoofdstuk te onderzoeken geval dat het pandrecht van de pandhouder zich op de executieopbrengst voort moet zetten.[13] Een dergelijke regel zal dus door de wetgever moeten worden aangenomen.

11.4 De wenselijkheid van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst nader beschouwd

11.4.1 Algemeen

Behoud van het pandrecht op de executieopbrengst kan zich voordoen bij de inning van een stil verpande vordering door de pandgever of diens curator en bij de executie van een vuistloos verpande roerende zaak waarbij een ander dan de pandhouder feitelijk als verkoper optreedt. Binnen de discussie over de invoering van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst loont het allereerst de wenselijkheid daarvan nader te onderzoeken.

11.4.2 Zaaksvervanging bij de inning van stil verpande vorderingen door de curator

In faillissement
Zoals in hoofdstuk 7 reeds aan de orde kwam, was het voorkomen van een vroegtijdige mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering en de schadelijke gevolgen daarvan een belangrijke pijler onder de beslissing van de Hoge Raad in *Mulder q.q./CLBN*. Het arrest heeft het gevaar van een vroegtijdige mededeling niet helemaal weggenomen, omdat de (voormalig) pandhouder een bijdrage in de algemene faillissementskosten verschuldigd is.[14] In hetzelfde hoofstuk bleek ook dat de Hoge Raad geen zaaksvervanging zonder een daartoe aanwezige wettelijke grondslag wilde aannemen voor het geval de curator een stil verpande vordering int. Vriesendorp spreekt van een “haast niet te missen vingerwijzing” en “een schot voor open doel” voor de zich stilhoudende wetgever en bepleit onder meer de invoering van

12 Zie HR 1 mei 2015, *NJ* 2015/378 m.nt. L.C.A. Verstappen, (waarin de Hoge Raad de analoge toepassing van het Hof van art. 1:124 lid 2 (oud) BW niet casseert) en de conclusie van A-G Rank-Berenschot (ECLI:NL:PHR:2015:146) onder 2.23-2.37 en haar verwijzingen aldaar.

13 Daaraan kan in dit hoofdstuk worden toegevoegd A-G Rank-Berenschot vóór HR 5 februari 2016, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), onder 2.20: “Op grond van art. 3:246 lid 5 BW komt het pandrecht *slechts* op het geïnde te rusten bij inning door de (openbaar) pandhouder of met machtiging door de kantonrechter door de pandgever. (curs. FJLK)”

14 G.D. Hoekstra, ‘Het arrest Mulder q.q. (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q.)) en de creditors’ bargain: een rechtseconomische toets’, Ondernemingsrecht 2006/ 55, par. 5; Verstijlen 2011, laatste paragraaf.

> "een wettelijke zaaksvervangingsregel (bijv. in art. 3:246 lid 5 BW) in die zin dat na inning van de stil verpande vordering door de pandgever/curator het pandrecht op dat geïnde komt te rusten, waarop de pandhouder zich in geval van verzuim kan verhalen".[15]

De roep om een regel voor zaaksvervanging is gehoord door de Commissie insolventierecht. Het voorontwerp Insolventiewet voorzag in een regel van zaaksvervanging voor het geval waarin de curator een verpande vordering bevoegdelijk int. Art. 3.6.8 lid 1 bepaalde voor die situatie dat de pandrechten waarmee de vordering bezwaard was, op het geïnde komen te rusten. Voorts bepaalde het eerste lid onder meer dat als het geïnde uit geld bestaat, de curator gehouden is het geïnde af te dragen aan de hoogst gerangschikte pandhouder met een opeisbare vordering. Het voorgestelde artikel wordt als volgt gemotiveerd:

> "Deze bepaling houdt een uitbreiding in ten opzichte van artikel 3:246, vijfde lid, BW. Het gaat hier om de regel waarvan het ontbreken van de Hoge Raad aanleiding gaf tot zijn beslissing in HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN). Dat arrest leidt tot een niet gerechtvaardigde ongelijkheid tussen pandhouders die tevens een verrekeningsmogelijkheid hebben en pandhouders zonder die mogelijkheid."

Ook na het verschijnen van het voorontwerp Insolventiewet is de rechtsontwikkeling doorgegaan. In *ING/Verdonk q.q.* en *Hamm q.q./ABN AMRO* gaf de Hoge Raad regels voor de curator die tot inning van een stil verpande vordering wenst over te gaan.[16] De curator dient zich gedurende een redelijke termijn én in het geval de stille pandhouder de curator heeft medegedeeld tot inning over te willen gaan van op inning van de stil verpande vorderingen gerichte activiteiten te onthouden. Als de stil verpande vordering in strijd met die regels als gevolg van 'verboden' actieve inningsactiviteiten door de curator toch betaald wordt, dan heeft de pandhouder voor afdracht van het geïnde een boedelvordering met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang. De Hoge Raad overwoog tevens dat dergelijk handelen van de curator als onrechtmatig moet worden beschouwd jegens de pandhouder en een concurrente boedelvordering uit onrechtmatige daad oplevert voor de (voormalig) stil pandhouder. Tot slot kan er, indien daarvoor gronden zijn, sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, aldus de Hoge Raad.[17]

Dit door de Hoge Raad ontwikkelde systeem van aanspraken op het geïnde – waaronder de 'voorrang op het geïnde' en de 'boedelvordering met voorrang'[18] – heeft in

15 R.D. Vriesendorp, 'Mulder q.q./CLBN (Connection) tien jaren later', *AA* 54 (2005) 9, p. 750, die voorts de mogelijkheden noemt dat de wetgever (i) bepaalt dat een pandgever of diens curator de stil verpande vordering niet voor zichzelf/de boedel maar ten behoeve van de pandhouder int, zo nodig met de verplichting tot afscheiding van het geïnde en (ii) de zekerheidscessie herinvoert door afschaffing van art. 3:84 lid 3 BW.

16 HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/520 (*ING/Verdonk q.q.*) m.nt. PvS en HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*). Zie ook hierboven hoofdstuk 7 par. 7.5.5.1.

17 HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96 (*Hamm q.q./ABN AMRO*), rov. 4.3.3.

18 Voortvloeiende uit HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*) respectievelijk HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96 (*Hamm q.q./ABN AMRO*).

de literatuur veel kritiek ontvangen. Met name de boedelvordering met voorrang is met weinig enthousiasme ontvangen. Zo wijst Verstijlen op de discrepantie tussen de voorrang op het geïnde zonder recht op afdracht en de boedelvordering met voorrang mét recht op afdracht. Ook zou de boedelvordering met rang van pand niet het huidige systeem passen, omdat onduidelijk is waarop die rang betrekking heeft. Een boedelvordering kan immers op de gehele boedel verhaald worden.[19] Ook Van Mierlo constateert dat een boedelvordering normaal gesproken op de gehele boedel kan worden verhaald, "terwijl toch voor de hand ligt om aan te nemen dat de Hoge Raad in dit geval de pandhouder voorrang op – de verdeling van – het geïnde boven de faillissementsschuldeisers heeft willen verlenen."[20] Volgens Struycken en Van Zanten "had de Hoge Raad kunnen volstaan met de toekenning van een boedelvordering uit onrechtmatige daad."[21] Steneker hekelt het ontbreken van een door art. 3:278 lid 1 BW vereiste wettelijke grondslag voor de boedelvordering met de aan het pandrecht verbonden voorrang.[22]

Tegen het door de Hoge Raad ontwikkelde systeem is voorts door een groot aantal auteurs het volgende ingebracht. Het is niet zeker dat een boedelvordering met de rang van pand (volledig) wordt voldaan, omdat de kosten van executie en vereffening, inclusief het salaris van de curator, daarvóór uit de failliete boedel moeten worden betaald.[23] Immers, bij onvoldoende boedelactief geldt dat boedelschulden "in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld moeten worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang."[24] Het is aldus mogelijk dat de curator profiteert van zijn eigen onrechtmatig handelen (een 'verboden' actieve inning) doordat hij zijn salaris betaald krijgt uit ten onrechte in de boedel gevloeid geld.[25] Het ontbrekende deel van de vordering kan eventueel via een vordering tot schadevergoeding worden verkregen. In de literatuur durft men echter niet met zekerheid te zeggen of dergelijk handelen van de curator altijd tot aansprakelijkheid *pro se* leidt.[26]

---

19 Verstijlen 2009, p. 199-200; F.M.J. Verstijlen onder HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96 (*Hamm q.q./ABN AMRO*) onder 9.

20 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 231, p. 233.

21 Struycken & Van Zanten 2010, par. 5, waarover Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 231, p. 233: "Opgemerkt zij dat in deze benadering de pandhouder in de poule van boedelschuldeisers slechts een concurrente positie inneemt, terwijl dit in de benadering van de Hoge Raad juist niet het geval is en ook als niet wenselijk moet worden geacht."

22 Steneker 2012, nr. 57, p. 143.

23 W.J.M. van Andel onder HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009/341 (*Hamm q.q./ABN AMRO*) onder 9; Verstijlen 2009, p. 200-201; Struycken & Van Zanten 2010, par. 5; N.E.D. Faber onder Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, *JOR* 2015/51 onder 3.1; N.E.D. Faber onder Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, *JOR* 2015/51 onder 3.1. R.D. Vriesendorp, 'Curatoren onder vuur; you can't always get what you want', *TvI* 2015/19, p. 123.

24 HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305, m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

25 W.J.M. van Andel onder HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009/341 (*Hamm q.q./ABN AMRO*) onder 12; Struycken & Van Zanten 2010, par. 5; N.E.D. Faber onder Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, *JOR* 2015/51 onder 3.1; R.D. Vriesendorp, *TvI* 2015/19, p. 124; G.A.J. Boekraad onder HR 31 oktober 2014, *JOR* 2015/55 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*) onder 4.

26 Zie bijv. Struycken & Van Zanten 2010, par. 5; M.L. Tuil, 'Hamm q.q./ABN AMRO: inning van stil verpande vorderingen tijdens faillissement', *MvV* 2010/2, p. 25; A.J. Verdaas, 'Verpande vorderingen in het faillissement van de pandgever. Een trilogie in arresten', *MvV* 2010/13, nr. 26; Steneker 2012, nr. 57, p. 143.

In *Rabobank/Verdonk q.q.* boog de Hoge Raad zich over de vraag hoe voorkomen moet worden "[...] dat in het geval van een negatieve boedel de curator voor wat betreft de voldoening van zijn salarisvordering profiteert van eigen onrechtmatig handelen, zulks ten nadele van de voldoening van de preferente boedelvordering van de (ex) pandhouder [...]."[27] Hij overwoog dat de (voormalig) pandhouder geen 'superboedelvordering' ten aanzien van het onrechtmatig geïnde toekomt.[28] Vervolgens herhaalde de Hoge Raad zijn regel dat bij onvoldoende boedelactief geldt dat boedelschulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld moeten worden voldaan.

> "Anders dan het onderdeel betoogt, dient deze regel ook toepassing te vinden in een geval waarin het boedelactief mede bestaat in de opbrengst van verpande vorderingen die door de curator onrechtmatig zijn geïncasseerd. Weliswaar kan dit tot het onwenselijke resultaat leiden dat de curator de door hem gemaakte kosten van executie en vereffening – waaronder zijn salaris – kan verhalen ten koste van de pandhouder wiens rechten en verhaalsmogelijkheden hij heeft gefrustreerd en die zonder die handelwijze van de curator niet ten laste van de pandhouder zouden zijn gekomen, maar daarin is geen grond gelegen om het wettelijk preferentiestelsel opzij te zetten."[29]

Volgens de Hoge Raad moet onrechtmatige inning van stil verpande vorderingen door de curator worden aangepakt via persoonlijke aansprakelijkheid.[30]

De conclusie van het voorgaande moet zijn dat het huidige systeem van aanspraken op het geïnde onoverzichtelijk is, vele vragen oproept en tot onverdedigbare uitkomsten leidt. De invoering van een substitutiepandrecht op het geïnde zou deze problemen oplossen en de structuur in het systeem terugbrengen.

Buiten faillissement

In de vorige alinea is de wenselijkheid van een regel van zaaksvervanging aangetoond voor het geval waarin de curator een stil verpande vordering (passief dan wel actief) int. De vraag of een dergelijke regel ook dient te worden aangenomen buiten faillissement moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. Inning in faillissement door de curator komt gezien het karakter van het faillissement altijd op executie neer, terwijl inning van een stil verpande vordering buiten faillissement hoogstzelden als (pand) executie van die vordering is aan te merken en van verhaalsuitoefening dus geen sprake is. Gezien de in de aanloop naar het arrest *Rabobank/Knol q.q.* te berde gebrachte argumenten – kort gezegd wendt de pandgever het geïnde aan ter voortzetting van zijn

27 A-G Rank-Berenschot vóór HR 5 februari 2016, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), onder 2.14.

28 HR 5 februari 2016, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), rov. 3.3.2. Een dergelijke vordering zou ertoe leiden dat het onrechtmatig geïnde direct uit de boedel zou moeten worden voldaan. In HR 5 september 1997, *NJ* 1998/437 m.nt. PvS (*Ontvanger/Hamm q.q.*) oordeelde de Hoge Raad dat de onverschuldigde betaling als gevolg van een onmiskenbare vergissing direct uit de boedel dient te worden terugbetaald.

29 HR 5 februari 2016, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), rov. 3.3.3.

30 HR 5 februari 2016, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk q.q.*), rov. 3.3.5-3.3.6.

bedrijfsactiviteiten en zodoende ontstaan nieuwe te verpanden vorderingen[31] – is een zaaksvervangingsregel buiten faillissement onwenselijk en daarom onnodig. Als de pandgever de vordering int op een bij de pandhouder aangehouden rekening-courant, kan de pandhouder een eventueel negatief saldo met het geïnde verrekenen op grond van art. 6:140 BW, zodat in die situatie een zaaksvervangingsregel ook overbodig is.[32]

11.4.3 Zaaksvervanging bij de executoriale verkoop van vuistloos verpande zaken door een ander dan de pandhouder

In hoofdstuk 7 bleek dat het recht van de pandhouder op de zich niet in zijn handen bevindende executieopbrengst niet altijd even sterk is en/of onduidelijkheden kent. Indien de pandhouder ter vermijding van risico's voor een openbare pandexecutie (art. 3:250 BW) kiest, vernietigt hij onnodig waarde. Om dit te voorkomen dient de executerende pandhouder de volledige opbrengst toe te komen. De invoering van een regel van zaaksvervanging, inhoudende dat het pandrecht van de pandhouder zich na executie van een vuistloos verpande zaak op de opbrengst voortzet, kan dit probleem oplossen. Dit dient zowel in als buiten faillissement te gelden. Buiten faillissement is het immers ook mogelijk dat de pandgever de verpande zaak feitelijk verkoopt ter uitvoering van een overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW. Ook dan oefent de pandhouder zijn recht van parate executie uit.

Een ander (verdergaand) voorstel zou zijn om ook een substitutiepandrecht te laten ontstaan als een ander dan de pandhouder executeert. In hoofdstuk 7 par. 7.5.5.3 schreef ik dat het wenselijk zou zijn dat de pandhouder zijn voorrang behoudt indien een ander dan hijzelf het pandobject executeert. In dit hoofdstuk wordt verdedigd dat de vuistloos en stil pandhouder op de door de curator gerealiseerde executieopbrengst niet slechts hun voorrang moeten behouden, maar een substitutiepandrecht zouden moeten krijgen. Hetzelfde zou dan gelden voor het geval waarin bijvoorbeeld de curator met gebruikmaking van zijn eigen executiebevoegdheid een vuistloos verpande roerende zaak executeert. Bij dit alles is van belang dat het substitutiepandrecht pas kan worden uitgewonnen als de (substitutie)pandhouder daadwerkelijk executiebevoegd is.[33]

11.4.4 Tussenconclusie

Het toepassingsbereik van een in te voeren substitutiepandrecht op de executieopbrengst dient zowel de executie van een stil verpande vordering als de executie van een vuistloos verpande zaak te omvatten. Daarbij is van belang dat het substitutiepandrecht slechts dient te ontstaan indien er sprake is van executie. Concreet betekent dat dat het pandrecht zich niet voortzet op het geïnde als de pandgever een stil verpande vordering buiten faillissement int en er dus geen sprake is van executie.

31 Zie uitgebreider hierboven hoofdstuk 7, par. 7.5.5.1.

32 Spath 2010, nr. 22, p. 35.

33 Vgl. Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 170 Rn. 10: "Der Erlös muss dann nicht unverzüglich an den Gläubiger ausgekehrt werden, wenn der Insolvenzschuldner für die gesicherte Forderung nicht persönlich haftete und die Sicherheit ohne die Insolvenz nicht verwertungsreif gewesen wäre."

11.5 Zaaksvervanging en geld als surrogaat

11.5.1 Zaaksvervanging en de uit geld bestaande executieopbrengst

Nederlands recht

Voor het onderzoek naar de invoering van een substitutiepandrecht moet allereerst het geldende recht omtrent zaaksvervanging en geld worden behandeld. Bij (executoriale) koop wordt de koopprijs immers in geld betaald (art. 7:1 BW). De executieopbrengst bestaat dus uit geld. Op deze plaats is van belang vast te stellen dat in de literatuur wordt aangenomen dat de wetgever het uitgangspunt hanteert dat geld als surrogaat kan dienen.[34] Dat surrogaat kan bestaan uit chartaal geld of giraal geld.[35]

Frans recht

In deel II van dit proefschrift kwam aan de orde dat in de Franse op vereffening gerichte insolventieprocedure *liquidation judiciaire* de curator bevoegd is de verpande zaak te verkopen. Doet hij dat, dan heeft naar Frans recht te gelden dat de (voormalig) pandhouder zijn retentierecht behoudt op de door de curator gerealiseerde opbrengst (art. L. 642-20-1 al. 3 C. com.). Zoals in hoofdstuk 7 bleek, behelst dit artikel een regel van zaaksvervanging.[36]

Het doel van de regel van zaaksvervanging op de executieopbrengst is dat de (voormalig) pandhouder zich kan onttrekken aan de samenloop van schuldeisers.[37] De (voormalig) pandhouder wordt door zijn op de executieopbrengst voortgezette retentierecht vóór *alle* andere schuldeisers betaald.[38] Over de wijze van vervanging van art. L. 642-20-1 al. 3 C. com. is de volgende opmerking verhelderend: "Cette règle […] dissimule, en réalité, la substitution d'un véritable privilège de premier rang au droit de rétention."[39] Volgens Le Corre moet de pandhouder kunnen worden betaald vóór toelating van zijn gesecureerde vordering en is de toelating geen voorwaarde voor het plaatsvinden van zaaksvervanging.[40] Nu de Franse handboeken verder geen aandacht besteden aan de effectuering van het retentierecht van de (voormalig) pandhouder op de door de curator gerealiseerde executieopbrengst en volstaan met de oplossing dat de (voormalig) pandhouder vóór alle andere schuldeisers wordt betaald, zal hier in het navolgende niet verder op worden ingegaan. Van belang is vast te stellen dat naar Frans recht een regel van zaaksvervanging garandeert dat de (voormalig) pandhouder zijn

34 Spath 2010, p. 369 e.v., die zich onder meer baseert op de parlementaire geschiedenis van art. 3:246 lid 5 BW.

35 Spath 2010, p. 370, met vele verwijzingen aldaar.

36 Zie hierboven hoofdstuk 7, par. 7.4.3 en voetnoot 180.

37 A. Martin-Serf onder Cass. com. 15 octobre 1991, *RTD com.* 1992, p. 464, p. 465.

38 Pérochon 2014, nr. 1207, p. 541. Zie ook Saint-Alary-Houin 2013, nr. 1331, p. 879; Cabrillac e.a. 2010, nr. 1030, p. 768: "Grâce à cette règle, le gagiste bénéficie de la priorité absolue, ceci quand bien même il y aurait des créances de la procédure ou des créances garanties par le superprivilège."; A. Martin-Serf onder Cass. Com. 15 octobre 1991, *RTD com.* 1992, p. 464, p. 465: "Il n'est plus alors question du rang de son privilège mais d'une situation particulière réservée à un créancier a qui est conféré un pouvoir particulièrement fort – le droit de rétention – […]."

39 Cabrillac e.a. 2010, nr. 628, p. 467.

40 Le Corre 2013, nr. 583.73, p. 1499.

recht op de executieopbrengst kan doen gelden in het geval waarin die opbrengst door de curator is gerealiseerd.

Duits recht

Zoals wij in hoofdstuk 6 zagen, ligt het primaat van de executie van het zekerheidsrecht op roerende zaken (en overigens ook vorderingen) in het faillissement van de zekerheidsgever bij de curator. Volgens § 166 InsO is de curator in beginsel tot executie bevoegd. § 170 Abs. 1 InsO bepaalt dat de curator van de door hem gerealiseerde executieopbrengst een boedelbijdrage afhoudt ter bestrijding van de vaststellings- en executiekosten. De tweede zin bepaalt vervolgens dat *der absonderungsberechtigte Gläubiger* onverwijld uit het restant van de executieopbrengst voldaan dient te worden. Zoals in hoofdstuk 7 (par. 7.4.3) reeds is opgemerkt, volgt daaruit een regel van zaaksvervanging.

Als de Duitse faillissementscurator executeert, zet het *Absonderungsrecht* van de zekerheidsnemer zich voort op de door de curator gerealiseerde opbrengst.[41] Toegepast op de zekerheidsoverdracht zal dit in de meeste gevallen betekenen dat de voormalige zekerheidseigenaar (zekerheids)schuldeiser wordt van de aanspraak voortvloeiende uit de tegenprestatie dan wel rechthebbende wordt van de vordering op de bank tot uitbetaling van het girale geld.[42] Hoe effectueert de zekerheidseigenaar zijn zekerheid(seigendom) op de zich in handen van de curator bevindende executieopbrengst, indien de curator het aan de zekerheidseigenaar toekomende deel van de executieopbrengst niet afdraagt?

In de literatuur schrijft men dat de zekerheidsnemer het hem toekomende deel van de opbrengst uit de boedel kan separeren.[43] Het separeren is mogelijk nu de zekerheidseigenaar op grond van zaaksvervanging een goederenrechtelijk recht op de opbrengst heeft.[44] Het is dan wel vereist dat de executieopbrengst *unterscheidbar* is.[45] Die zogenaamde *Unterscheidbarkeit* moet op dezelfde wijze beoordeeld worden als de *Unterscheidbarkeit* uit § 48 Satz 2 InsO.[46] Dat artikel ziet kort gezegd op het geval dat de curator een goed vervreemdt zonder daartoe bevoegd te zijn, bijvoorbeeld omdat het goed niet (onbezwaard) tot de boedel behoort. Degene die het goed bijvoorbeeld uit de boedel had kunnen separeren, kan dan eisen dat de tegenprestatie aan hem wordt gecedeerd. Als de tegenprestatie reeds geïnd is, kan hij afgifte eisen van de nageko-

41 Berger 2007, p. 443-444; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 170 Rn. 10; MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 170 Rn. 38; HK InsO/Landfermann 2014, § 170, Rn. 9; HambKomm InsO/Büchler 2015, § 170 InsO, Rn. 6. Zie ook BGH NJW 2007, 1588, 1591; BGH NJW 2008, 3142, 3143; BGH NJW-RR 2009, 340, 342: "Das Absonderungsrecht der Kl. setzt sich an dem eingezogenen Forderungsbetrag fort, soweit er noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist." Ganter & Bitter 2005, p. 98 verdedigen dat de regel van § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO een "gesetzlichen Specialfalls des Erstazabsonderungsrechts" (§ 48 InsO) is. Daaraan voorafgaand merken zij op: "Das Ergebnis […] soll hier nicht infrage gestellt werden, wohl aber die Begründung." Zie ook Ganter 2008, p. 588.

42 Ganter & Bitter 2005, p. 98.

43 Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 170 Rn. 10; MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 170 Rn. 38.

44 Vgl. Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 170 Rn. 10.

45 HambKomm InsO/Büchler 2015, § 170 InsO, Rn. 6; HK InsO/Landfermann 2014, § 170, Rn. 9; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 170 Rn. 10.

46 Ganter & Bitter 2005, p. 102.

men tegenprestatie.[47] Dit kan blijkens § 48 InsO voor zover die tegenprestatie "in der Masse unterscheidbar vorhanden ist." Deze mogelijkheid berust op de *Surrogationsgedanken*.[48] Er is dus sprake van zaaksvervanging. Daarvoor is vereist dat het surrogaat (de tegenprestatie), net als het goed waarop het oorspronkelijke zekerheidsrecht rustte, een individueel bepaald object is.[49] De tegenprestatie zal vaak uit geld bestaan. Toegepast op de door de curator gerealiseerde executieopbrengst zijn er nu twee situaties denkbaar: een contante betaling in chartaal geld en een girale betaling in giraal geld.

11.5.2 Chartaal geld

Nederlands recht

Vooropgesteld dient te worden dat de behoefte in de praktijk aan een vervangend pandrecht op de uit chartaal geld bestaande executieopbrengst klein zal zijn. De executieopbrengst zal hoogst zelden uit chartaal geld bestaan. Is dat toch het geval, dan geldt het volgende. Kort gezegd bestaat chartaal geld uit naar de soort bepaalde zaken.[50] Bij dergelijke zaken bestaat het gevaar dat zij oneigenlijk vermengen en daardoor niet meer individualiseerbaar zijn. Bezit of eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken is immers niet mogelijk.[51] Voor zaaksvervanging bij chartaal geld is vereist dat het surrogaat niet (oneigenlijk) vermengt, hetgeen mogelijk is door dat geld feitelijk afgescheiden van ander geld te bewaren of bij de ontvangst van bankbiljetten de daarop gedrukte unieke nummers te registreren.[52] Het afgescheiden bewaren kan praktisch gezien lastig zijn en het noteren van de nummers pleegt men in de praktijk niet te doen.[53] Spath komt dan ook tot de slotsom dat chartaal geld "praktisch veelal ongeschikt is om duurzaam te fungeren als surrogaat bij zaaksvervanging."[54]

Duits recht

Ook in Duitsland heeft te gelden dat contante betalingen in handen van de curator leiden tot vermenging, waardoor die opbrengst niet *unterscheidbar* voorhanden is.[55] Over het rechtsgevolg daarvan bestaat debat. Enerzijds verdedigt men dat de eigenaar van het contant betaalde bedrag onder omstandigheden de mede-eigendom van het nieuwe kassaldo kan opeisen.[56] (Oneigenlijke) vermenging van roerende zaken leidt naar Duits recht tot een aandeel in mede-eigendom (§ 947-948 BGB).[57] Anderzijds bestaat

47 MüKoInsO/Ganter 2013, § 48 Rn. 44.
48 BT-Drucks. 12/7302, p. 160.
49 MüKoInsO/Ganter 2013, § 48 Rn. 5.
50 Zie uitgebreider: Spath 2010, nr. 211, p. 371; Mijnssen 1984, p. 8 e.v.
51 HR 10 februari 1978, *NJ* 1979/338 m.nt. W.M. Kleijn (*Nieuwe Matex*).
52 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 124, p. 110; Spath 2010, nr. 211, p. 372.
53 Voor het eerste, zie Spath 2010, nr. 211, p. 372. Voor het laatste, zie Mijnssen 1984, p. 8.
54 Spath 2010, nr. 211, p. 372-373.
55 Vgl. HambKomm InsO/Büchler 2015, § 48 InsO, Rn. 25.
56 MüKoInsO/Ganter 2013, § 48 Rn. 57. Zie ook Gundlach 1998, p. 12 e.v.; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 48 Rn. 35.
57 Zie uitgebreid over de vermenging van contant geld: M. Gehrlein, 'Eigentumsrechte nach einer Geldvermengung', NJW 2010, 3543.

de opvatting dat een substitutierecht in dit geval niet mogelijk is. Voor dat standpunt wordt (zonder verdere motivering) aangedragen dat bij een contante betaling aan de schuldenaar of diens curator zelden eigendom van de door zaaksvervanging te beschermen derde op de overgegane bankbiljetten of munten zal ontstaan, zodat ook van medeeigendom geen sprake kan zijn.[58]

11.5.3 Giraal geld

Nederlands recht

In de literatuur wordt giraal geld omschreven als een bij een financiële instelling aangehouden tegoed waarover de rechthebbende in beginsel terstond kan beschikken.[59] De Nederlandse wet spreekt in het kader van de financiëlezekerheidsovereenkomst in art. 7:51 aanhef en onder d BW van "op een rekening of deposito gecrediteerd tegoed in geld". Voor een giraal tegoed geldt juridisch gezien het volgende. Volgens de heersende leer is er bij giraal geld (uitgedrukt in een positief saldo) sprake van een vordering van de rekeninghouder op de bank tot uitbetaling van chartaal geld.[60]

Een betaalrekening is een rekening-courantverhouding tussen de bank en zijn cliënt, waarbij de bank optreedt als partij die de rekening bijhoudt.[61] Bregstein omschrijft het doel van de rekening-courantverhouding als "het vereffenen van verschillende, tusschen partijen te verrichten transacties […], zonder dat deze elk afzonderlijk worden afgerekend."[62] Het vereenvoudigde vereffenen uit zich in de afspraak van partijen dat telkens slechts het saldo verschuldigd zal zijn.[63] Het in rekening-courant boeken van

58 HK InsO/Lohmann 2014, § 48, Rn. 12. Zie ook: OLG Köln NZI 2005, 37; HambKomm InsO/Büchler 2015, § 48 InsO, Rn. 25 en 28.

59 W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996, p. 10; V. Sagaert, *Zakelijke subrogatie* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2003, nr. 363, p. 333.

60 Zie o.a.: Bierens 2009, p. 28-29 en zijn verwijzingen aldaar. Zoals gezegd betreft dit de heersende leer. In de literatuur wordt ook verdedigd dat er géén sprake is van een vordering op de bank. Zie bijv.: Wibier 2007, p. 22-25. Daarbij moet gewezen worden op HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/421 m.nt. PvS (*Manning q.q./ING*), rov. 3.5, waarin de Hoge Raad overwoog: "Het verschuldigd zijn van het creditsaldo houdt slechts in dat de bank dat saldo ter beschikking van de rekeninghouder dient te houden, zodat deze daarover desgewenst en op een door hem te bepalen wijze en tijdstip kan beschikken. Een verbintenis tot uitbetaling van het saldo (of een deel daarvan) bestaat echter nog niet. Deze 'verbintenis' is immers onvoldoende bepaald, omdat het beschikken over het creditsaldo op velerlei wijzen kan geschieden." Hierover schrijft N.E.D. Faber onder *JOR* 2012/236 onder 4: "Met deze overweging geeft de Hoge Raad een volstrekt onjuiste voorstelling van zaken. […] Het lijdt geen twijfel dat het creditsaldo van een bankrekening een of meer bestaande vorderingen van de rekeninghouder op de bank belichaamt. Mocht de Hoge Raad met r.o. 3.5 iets anders hebben bedoeld, dan is dat niet alleen in strijd met de tussen de rekeninghouder en de bank gesloten rekeningovereenkomst, maar ook in strijd met de wet, de parlementaire geschiedenis en eerdere (vaste) jurisprudentie van de Hoge Raad, in het bijzonder zijn arresten inzake verrekening in rekening-courant."

61 Vgl. Mijnssen 2010, p. 1; art. 6:140 lid 2 BW. Over de verhouding tussen de al dan niet synonieme begrippen 'betaalrekening' en 'rekening-courant', zie Bierens 2009, p. 31.

62 M.H. Bregstein, 'Het rechtskarakter van de saldo-erkenning bij rekening-courant', in: *Verzameld werk van Prof. Mr M.H. Bregstein*, Zwolle: N.V. Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 481. Faber 2005, nr. 187, p. 182 spreekt van "een afwikkelingsmechanisme voor tussen partijen bestaande vorderingen en schulden."

63 Mijnssen 2010, p. 1; art. 6:140 lid 1 BW.

schulden (debiteringen) en vorderingen (crediteringen) heeft geen noverende werking tot gevolg.[64] Het bezwaar tegen noverende werking is onder meer dat de afzonderlijke vorderingen en schulden en eventueel daaraan verbonden nevenrechten, zoals een pandrecht, tenietgaan.[65] Vorderingen voortvloeiende uit crediteringen – bijvoorbeeld door de bijboeking van de executieopbrengst – worden en blijven dus afzonderlijk in de rekening geboekt. Afzonderlijke betaling van de in de rekening opgenomen vordering kan echter niet worden afgedwongen en alleen het (positieve) saldo is verschuldigd aan de rekeninghouder.[66] Ondanks de onafdwingbaarheid van de afzonderlijke vordering heeft te gelden dat de als gevolg van crediteringen ontstane individuele vorderingen niet hun individualiteit verliezen.[67] Dat is ook verklaarbaar door het feit dat een "girale betaling administratieve sporen nalaat en de solvent kenbaar is uit het rekeningoverzicht."[68] Giraal geld kan dus niet vermengen.[69] Het voortbestaan van de individuele vordering in het saldo heeft tot gevolg dat tevens alle daaraan verbonden nevenrechten, waaronder zekerheidsrechten, en verweermiddelen blijven voortbestaan.[70] Andersom heeft te gelden dat het tenietgaan van de vordering tot het tenietgaan van het pandrecht leidt (art. 3:81 lid 2 aanhef en onder a BW). Individuele vorderingen in rekening-courant gaan teniet door verrekening. In een rekening-courantverhouding vindt verrekening doorlopend en van rechtswege plaats (art. 6:140 lid 1 BW).[71] Daarbij is het van belang dat die verrekening plaatsvindt naar anciënniteit: een debitering wordt verrekend met de oudste nog niet verrekende creditering.[72]

Nu er bij een girale betaling of storting die tot een positief saldo leidt een vordering op de bank ontstaat, kan die vordering als surrogaat dienen. Spath komt dan ook tot de conclusie dat "[z]aaksvervanging en girale betaling [...] dus in beginsel met elkaar verenigbaar [lijken]."[73] Zij signaleert echter als probleem dat bij een bankrekening te

64 Mijnssen 2010, p. 13-15; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 252, p. 228. Zie ook TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 518; Faber 2005, nr. 185, p. 180-181 en de vele verwijzingen in voetnoot 6 aldaar. Opgemerkt zij dat de in de literatuur gehanteerde woorden 'schulden' en 'vorderingen' dat zijn vanuit het perspectief van de rekeninghouder. Vanuit het perspectief van de bank is de 'schuld' een vordering op de rekeninghouder en de 'vordering' een schuld aan de rekeninghouder.

65 Mijnssen 2010, p. 14.

66 Art. 6:140 lid 1 BW; Mijnssen 2010, p. 17, die met verwijzingen schrijft dat "[d]it […] voort[vloeit] uit de strekking van de rekening-courantovereenkomst om een vereenvoudigde afwikkeling te bewerkstelligen van de transacties die tussen partijen tot stand zullen komen." Zie ook Mijnssen 1984, nr. 20, p. 48.

67 Mijnssen 2010, p. 18; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 252, p. 228. Overigens verliezen ook de als gevolg van debiteringen ontstane schulden hun individualiteit niet.

68 Bierens 2009, p. 69.

69 Zo ook bijv. Steneker 2012, nr. 60, p. 149.

70 Mijnssen 2010, p. 28; Faber 2005, nr. 184, p. 179-180; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 252, p. 228. Zie ook TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 518.

71 Mijnssen 2010, p. 23; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 252, p. 228. Zie ook Bierens 2009, p. 31, die onder meer schrijft dat het algemeen wordt aanvaard dat art. 6:140 BW van toepassing is op de betaalrekening.

72 Mijnssen 1984, p. 51-52; Mijnssen 2010, p. 35. In art. 25 ABV 2009 is onder meer bepaald dat de bank van haar verrekeningsbevoegdheid gebruikmaakt als op de vordering van de rekeninghouder op de bank een pandrecht wordt gevestigd.

73 Spath 2010, nr. 212, p. 374.

gelden heeft dat de rekeninghouder als rechthebbende van de vordering wordt aangemerkt en komt tot de slotsom dat die tenaamstelling prevaleert boven een gevolg van een zaaksvervangingsregel.[74] Die problematiek doet zich bij het in dit hoofdstuk te onderzoeken geval van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst niet voor, nu het de bedoeling is dat de pandhouder geen rechthebbende wordt van de met de executieopbrengst overeenkomende vordering tot uitbetaling van de executieopbrengst maar slechts een pandrecht op die vordering verkrijgt. De rechthebbende van de vordering op de bank blijft de (voormalig) pandgever, die in de meeste gevallen ook rekeninghouder zal zijn. Het voorgaande komt dan ook niet in strijd met de regel dat degene op wiens naam de rekening staat rechthebbende van vordering op de bank is. Dat voor de bank en derden niet kenbaar is dat de vordering bezwaard is met een (stil) pandrecht, doet hier niets aan af. Dat weten de debiteur van een verpande vordering en derden immers nooit bij een stil pandrecht op een vordering.

Duits recht

Interessanter dan het Duitse recht omtrent de contante betaling van de opbrengst is het recht betreffende de girale betaling. Hier is van belang op wat voor soort rekening het geld wordt gestort.[75] Zoals gezegd gaat het in deze paragraaf om het geval waarin de curator van zijn (exclusieve) executiebevoegdheid gebruikmaakt en zodoende een executieopbrengst realiseert. Die opbrengst zal dan op een faillissementsrekening worden gestort. Naar Duits recht kan de faillissementsrekening op twee verschillende wijzen worden ingericht. Er kan sprake zijn van een *Anderkonto* of een *Sonderkonto*.

De *Anderkonto* is een ondersoort van de zogenaamde *offenes Treuhandkonto*.[76] Dit houdt in dat door de aanduiding van de rekening jegens de bank duidelijk wordt gemaakt dat de gelden slechts aan de rekeninghouder in zijn hoedanigheid als *Treuhänder* (bewindvoerder van de 'trust') toekomen.[77] Bij een *Anderkonto* is sprake van een echte *Vollrechtstreuhand* ('trust').[78] Een *Anderkonto* kan slechts worden geopend door leden van bepaalde beroepsgroepen, zoals advocaten, wier eigen tuchtrecht de waarborg biedt dat de fiduciaire rekening niet wordt misbruikt.[79] De curator die tevens bijvoorbeeld advocaat is, kan dus een zogenoemde *Insolvenzverwalteranderkonto* openen. Voor betalingen die op een *Anderkonto* zijn gedaan, geldt dat die *unterscheidbar* zijn.[80] Dat betekent dus dat de zekerheidseigenaar de op de *Insolvenzverwalterander-*

74 Spath 2010, nr. 212-213, p. 374-376 met verwijzingen.

75 Zie Canaris 1973, p. 825-833 voor een bespreking van de naar Duits recht mogelijke soorten bankrekeningen.

76 Canaris 1973, p. 833; Uhlenbruck/Uhlenbruck InsO 2015, § 149 Rn. 13; MüKoInsO/Füchsl, Weishäupl & Jaffé 2013, § 149 Rn. 13.

77 Schulte-Kaubrügger 2011, p. 1401.

78 MüKoInsO/Ganter 2013, § 47 Rn. 395; MüKoInsO/Füchsl, Weishäupl & Jaffé 2013, § 149 Rn. 14. Zie ook BGH NJW 1954, 190.

79 MüKoInsO/Füchsl, Weishäupl & Jaffé 2013, § 149 Rn. 13, die ook wijzen op het gevaar dat de kwaliteitsrekening wordt gebruikt om privévermogen van de *Treuhänder* te bewaren. Zie ook HambKomm InsO/Jarchow 2015, § 149, Rn. 10; Uhlenbruck/Uhlenbruck InsO 2015, § 149, Rn. 13-14; Schulte-Kaubrügger 2011, p. 1401.

80 HambKomm InsO/Büchler 2015, § 48 InsO, Rn. 29, onder verwijzing naar het verderop in de hoofdtekst te behandelen BGH NJW 1999, 1709.

konto geïnde executieopbrengst van die rekening kan separeren.[81] Er moet dan wel aan een aantal, in de volgende alinea te behandelen, aanvullende voorwaarden zijn voldaan, waaronder het vereiste dat er van een positief saldo sprake is.[82]

Het was gebruikelijk dat de curator voor het door hem te vereffenen faillissement een *Anderkonto* opende.[83] De laatste jaren tendeert de Duitse insolventiepraktijk echter meer naar een *Sonderkonto*. Een *Sonderkonto* is een rekening die voor een bepaald doel is ingericht.[84] De reden daarvoor is dat het *Bundesgerichtshof* heeft beslist dat het geld op een (*Insolvenz)anderkonto* niet in de boedel, maar in het vermogen van de rekeninghouder/*Treuhänder* – in dit geval dus de curator – valt. Indien iemand bij vergissing zonder rechtsgrond geld naar een dergelijke rekening overmaakt, dan richt de vordering tot onverschuldigde betaling zich volgens het *Bundesgerichtshof* dus niet jegens boedel, maar jegens de curator persoonlijk.[85] In de literatuur schrijft men dat als gevolg van deze rechtspraak de curator voortaan geen *Anderkonto*, maar een *Sonderkonto* zal openen.[86] Ook bij een *Sonderkonto* is vaak sprake van *Unterscheidbarkeit*, benodigd voor het separeren door de zekerheidsgerechtigde van de door de curator gerealiseerde executieopbrengst.[87]

Met betrekking tot de *Unterscheidbarkeit* verwijzen literatuur en rechtspraak eensluidend naar een standaardarrest van het *Bundesgerichtshof* uit 1999.[88] Naar aanleiding van de vraag of de opbrengst, gerealiseerd door de verkoop door de curator van een niet aan de boedel maar aan de eiser toebehorende verrijdbare torenkraan, nog *unterscheidbar* in de boedel voorhanden was, heeft de hoogste Duitse rechter een systeem voor *Unterscheidbarkeit* op bankrekeningen uiteengezet. Hij herhaalt daartoe allereerst de regel dat door de curator geïnd geld in principe ook van een (in rekening-courant aangehouden) algemene bankrekening van de curator gesepareerd kan worden, omdat het op basis van de boekingen en de daarbij behorende bewijsstukken kan worden onder-

81 Vgl. HambKomm InsO/Büchler 2015, § 170 InsO, Rn. 6.

82 HambKomm InsO/Büchler 2015, § 48 InsO, Rn. 29.

83 Aldus Stahlschmidt 2011, p. 272.

84 MüKoInsO/Ganter 2013, § 47 Rn. 401. Afhankelijk van de gehanteerde tenaamstelling van de rekening, is de *Sonderkonto* één van de volgende drie typen: de *Eigen-, Fremd-* en de *Treuhandkonto*. Bij de *Eigenkonto* is degene die de bankrekening opent ook rekeninghouder en beschikkingsbevoegd. Zie Canaris 1973, p. 828. Het geld op een *Eigenkonto* valt in de failliete boedel. Zie MüKoInsO/Ganter 2013, § 47 Rn. 401. Het *Fremdkonto* is een rekening die geopend wordt voor iemand anders, maar waarover de beschikkingsbevoegdheid wordt behouden. Zie Canaris 1973, p. 828. Het gebruik van een *Fremdkonto* door een curator komt zelden voor. Het op een dergelijke rekening gestorte valt in de boedel. Zie Stahlschmidt 2011, p. 275; E. Kießling, 'Die Kontenführung im Insolvenzverfahren, vor allem durch Rechtsanwälte', *NZI* 2006, 440, p. 442. Het *Treuhandkonto* kan op zijn beurt weer onderverdeeld worden in een *offenes Treuhandkonto* of een *verdecktes Treuhandkonto*. Ook dit hangt hoofdzakelijk af van de tenaamstelling. Voor de openbare *Treuhandkonto* geldt dat het tegoed in het vermogen van de *Treuhänder* valt. Bij de stille variant is het de vraag of een dergelijke rekening als een *Eigenkonto* of als de openbare variant behandeld dient te worden. Zie MüKoInsO/Ganter 2013, § 47 Rn. 401.

85 BGH NZI 2009, 245, 246; Schulte-Kaubrügger 2011, p. 1404. Zie ook BGH NJW-RR 2008, 295.

86 Stahlschmidt 2011, p. 273 e.v. Genuanceerder: Schulte-Kaubrügger 2011, p. 1401 e.v.

87 MüKoInsO/Ganter 2013, § 48 Rn. 59; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2010, § 48, Rn. 28.

88 BGH NJW 1999, 1709.

scheiden van het overige tegoed.[89] Die regel wordt vervolgens doorgetrokken naar de op de faillissementsrekening betaalde tegenprestatie (en dus ook de door de curator gerealiseerde executieopbrengst): voor die situatie moet dan hetzelfde gelden. Andersluidende rechtspraak veronachtzaamt de "Surrogationsgedanken des § 46 KO [thans § 48 InsO; FJLK]."[90] Voor het aannemen van een goederenrechtelijke aanspraak op zich in rekening-courant bevindend giraal geld draagt het *Bundesgerichtshof* het volgende aan:

> "Ist ein bestimmter Geldbetrag auf ein Bankkonto eingezahlt worden, so kann das Ersatzaussonderungsrecht desjenigen, dem dieser Betrag zusteht, nicht davon abhängig gemacht werden, nach welchen Regeln sich im Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden – hier also dem Konkursverwalter – unter anderem Geltendmachung, Verzinsung und Verjährung von Ansprüchen aus dem Bankvertrag richten. Nur zur Lösung solcher Probleme sind die Denkmodelle der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung und der Novation entwickelt worden. Für die Frage der Ersatzaussonderung ist kein wirtschaftlich vernünftiger Grund erkennbar, warum das auf das Konto gelangte Geld, solange ein entsprechend hohes Guthaben vorhanden ist, nicht dem Ersatzaussonderungsberechtigten überlassen werden sollte (*Jaeger–Lent*, KO, 8. Aufl., § 46 Rdnr. 17 a)."[91]

Men ziet dat de hoogste Duitse rechter tot een afzonderlijke en te individualiseren vordering komt. Slechts een geïndividualiseerde vordering kan immers voorwerp zijn van een goederenrechtelijke aanspraak. De aanspraak kan slechts geldend worden gemaakt ter hoogte van het laagste tussentijdse (tussen de bijboeking van het bedrag waar het om gaat en het indienen van de aanspraak) positieve saldo (de zgn. *Bodensatz*-theorie).[92] Als het tegoed op de bankrekening onder de geïnde tegenprestatie/opbrengst zakt, kan de aanspraak dus slechts op dat overgebleven tegoed worden geëffectueerd.[93] Nadien op de rekening gestorte gelden doen de verminderde aanspraak niet herleven tot de oorspronkelijke hoogte.[94] Het is mogelijk dat er meerdere aanspraken op het tegoed bestaan. Een ontoereikend overgebleven tegoed wordt niet op volgorde van het ontstaan van de aanspraken, maar naar evenredigheid verdeeld.[95] Van belang is vast te stellen dat het naar Duits recht mogelijk is dat op een niet-afgescheiden rekening

89 Zie naar Nederlands recht hierboven voetnoot 68.

90 BGH NJW 1999, 1709, 1710 onder a). Het oordeel van het *Bundesgerichtshof* is onverkort toe te passen op het recht van de zekerheidsgerechtigde op de executieopbrengst, omdat daarvoor dezelfde maatstaf geldt als voor § 48 Satz 2 InsO. Zie hierboven voetnoot 46.

91 BGH NJW 1999, 1709, 1710 onder 2bb). Het ging in deze zaak om een *Anderkonto*. Vgl. ook MüKoInsO/Ganter 2013 § 48 Rn. 63. Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 48 Rn. 36 schrijft dat de regel overeenkomt met de in het Anglo-Amerikaanse systeem gebruikte *lowest intermediate balance rule*, waarover bijvoorbeeld *Re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch D 696 en *James Roscoe (Bolton) Ltd v Winder* [1915] 1 Ch 62. Naar Duits recht heeft overigens te gelden dat een onoverdraagbare vordering niet vatbaar is voor een substitutierecht. Zie MüKoInsO/Ganter 2013, § 48 Rn. 50.

92 BGH NJW 1999, 1709, 1710 onder 2bb) en 1711 onder 2c), verwijzend naar Gundlach 1998, p. 18.

93 HambKomm InsO/Büchler 2015, § 48 InsO, Rn. 29.

94 BGH NJW 1999, 1709, 1711 onder 2c).

95 OLG Köln ZIP 2002, 947; HambKomm InsO/Büchler 2015, § 48 InsO, Rn. 29. De vraag werd door het BGH uitdrukkelijk opengelaten in BGH NJW 1999, 1709, 1711, onder 3.

gecrediteerd giraal geld het object kan zijn van een goederenrechtelijke aanspraak. Dit geldt zowel buiten als in faillissement.[96]

Ondanks het voorgaande is het mogelijk dat de goederenrechtelijke aanspraak niet geëffectueerd kan worden. Zo kan de op de rekening ontvangen opbrengst bijvoorbeeld al dan niet bewust zijn aangewend voor andere betalingen. Tetzlaff schrijft in dit verband dat de curator met het aan de zekerheidsgerechtigde toekomende geld geen verdere transacties voor de boedel mag aangaan, omdat anders het gevaar bestaat dat in het geval van een ontoereikende boedel de zekerheidsgerechtigde het hem toekomende niet krijgt.[97] Indien het de zekerheidseigenaar toekomende deel van de executieopbrengst niet meer *unterscheidbar* in de boedel voorhanden is, dan verliest de zekerheidsgerechtigde zijn aanspraak op de opbrengst.[98] In dat geval heeft de voormalige zekerheidseigenaar een boedelvordering op grond van "§ 55 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 InsO".[99] Ook kan de curator aansprakelijk zijn op grond van § 60 InsO.[100] De curator heeft namelijk de plicht voor *Unterscheidbarkeit* van de executieopbrengst zorg te dragen.[101] Een manier om dat te doen is door de gelden op een zogenaamd *Unterkonto* te bewaren.[102] Het *Unterkonto* is een aparte rekening en heeft in deze context tot doel de zekerheidsgerechtigde tegen verlies van zijn recht op de opbrengst te beschermen.[103]

11.6 Een substitutiepandrecht op de executieopbrengst

11.6.1 Algemeen

Het doel van de invoering van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst is om de pandhouder meer zekerheid te bieden dat hij zich kan verhalen op de volledige executieopbrengst. Dat is met name van belang in het geval dat die opbrengst door een ander wordt gerealiseerd dan de pandhouder. Voor de invoering van een regel van zaaksvervanging kan worden volstaan met de bepaling dat in het geval van *executie* van het verpande goed een substitutiepandrecht ontstaat. Een in die zin luidende regel is voor alle gevallen toepasbaar.

Als er geen sprake is van 'executie', zoals bij inning van een stil verpande vordering door de pandgever buiten faillissement of de verkoop in de normale bedrijfsuitoefening van een vuistloos verpande roerende zaak door de pandgever buiten faillissement, bestaat er geen behoefte aan een substitutiepandrecht. Genoemde handelingen kwa-

96 Zie HambKomm InsO/Büchler 2015, § 48 InsO, Rn. 27 en 29.
97 MüKoInsO/Tetzlaff 2013, § 170 Rn. 38.
98 Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 170 Rn. 10.
99 BGH NJW-RR 2009, 340, 342. Zie ook BGH NJW 2007, 1588, 1591. § 55 InsO Abs. 1 Nr. 1 ziet op schulden die zijn aangegaan door de curator, Nr. 3 ziet op een ongerechtvaardigde verrijking van de boedel.
100 HambKomm InsO/Büchler 2015, § 48 InsO, Rn. 29, § 170 InsO, Rn. 6; HK InsO/Landfermann 2014, § 170, Rn. 9; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 2015, § 170 Rn. 10.
101 MüKoInsO/Ganter 2013, § 48 Rn. 64.
102 HambKomm InsO/Büchler 2015, § 48 InsO, Rn. 29.
103 HambKomm InsO/Büchler 2015, § 47 InsO, Rn. 58a.

lificeren niet als 'executie' en de pandhouder is in die gevallen ook niet tot executie bevoegd.

In het standaard-geval dat de pandhouder het verpande goed zelf executeert en de executieopbrengst onder zich krijgt, kan de pandhouder zich op de opbrengst verhalen door afhouding (art. 3:253 BW). Voor zowel bij zich in handen van de executerende pandhouder bevindend chartaal geld als bij zich in handen van de executerende pandhouder bevindend giraal geld heeft te gelden dat er geen substitutiepandrecht op dat geld kan komen te rusten. Het geld bevindt zich dan in het vermogen van die pandhouder en een pandrecht op iets dat tot het eigen vermogen behoort is niet mogelijk (art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e BW).[104] Aan een substitutiepandrecht bestaat hier geen behoefte. De tot executie bevoegde (voormalig) pandhouder kan immers verhaal nemen op het geld, nu het zich in zijn handen bevindt.

Als de executieopbrengst zich niet in het vermogen van de pandhouder bevindt, ontstaat er wel substitutiepandrecht.[105] Als de substitutiepandhouder zelf ook tot executie bevoegd is, kan hij zijn substitutiepandrecht uitoefenen. Is hij dat niet, dan blijft het substitutiepandrecht op de executieopbrengst rusten. Het ontstane substitutiepandrecht kan vervolgens rusten op chartaal geld of op giraal geld.

Tot slot heeft een bepaling dat in het geval van 'executie' van het verpande goed een substitutiepandrecht ontstaat tot gevolg dat ook eventuele andere pandhouders een substitutiepandrecht krijgen. Als een goed meerdere malen is bezwaard, krijgen de desbetreffende pandhouder een substitutiepandrecht overeenkomstig de rang van het oorspronkelijke pandrecht op het verpande goed.

11.6.2 Een substitutiepandrecht op de executieopbrengst bestaand uit chartaal geld

11.6.2.1 Ontstaan van het substitutiepandrecht op chartaal geld

In de in dit hoofdstuk te onderzoeken situatie dat de pandgever of diens curator de executieopbrengst onder zich krijgt en die opbrengst uit chartaal geld bestaat, zal hij verplicht (moeten) zijn dat geld afgescheiden van ander geld te bewaren teneinde daar door zaaksvervanging een pandrecht op te doen ontstaan. Ook voor een (substitutie) pandrecht heeft immers te gelden dat het slechts kan rusten op niet oneigenlijk vermengd chartaal geld.[106] Een andere mogelijkheid om oneigenlijke vermenging te voorkomen is degene in wiens handen de chartale executieopbrengst zich bevindt te verplichten dat chartale geld af te storten bij de bank.[107]

Is aan voorgaande vereisten voldaan, dan kan het pandrecht zich voortzetten op de uit chartaal geld bestaande opbrengst. Zoals hiervoor bleek, bestaat chartaal geld uit roerende zaken. Het substitutiepandrecht op de executieopbrengst is dan een pandrecht op roerende zaken. Nu de zaaksvervangingsregel wordt ingevoerd voor het geval dat

104 Vgl. A. Steneker, 'Girale substitutie', *NTBR* 2004/66, p. 348-349.

105 Dit is dus een andere situatie dan die waarop art. 3:246 lid 5 BW beoogt te zien. In dat geval is de innende pandhouder nog *niet* tot executie bevoegd.

106 Zie Steneker 2012, nr. 60, p. 148.

107 Van der Beek & Messelink 2014, p. 122.

de pandhouder zich niet op de executieopbrengst kan verhalen omdat die opbrengst zich *niet* in zijn handen bevindt, kan het voort te zetten pandrecht niet kwalificeren als vuistpand (art. 3:236 lid 1 BW). Aangenomen moet worden dat er sprake zou zijn van een vuistloos pandrecht op roerende zaken (art. 3:237 lid 1 BW).

11.6.2.2 Executie van het chartale geld waarop het substitutiepandrecht rust

De pandexecutie van de verpande executieopbrengst vindt plaats door (onmiddellijk) afgifte van het chartale geld te vorderen (art. 3:237 lid 3 BW). Door die afgifte wordt het pandrecht omgezet in een vuistpandrecht, waarna de (vuist)pandhouder zich uit het chartale geld mag voldoen (art. 3:255 BW).

11.6.3 Een substitutiepandrecht op de executieopbrengst bestaand uit giraal geld

11.6.3.1 Ontstaan van het substitutiepandrecht op giraal geld

Algemeen aangenomen wordt dat een saldo op een bankrekening verpand kan worden.[108] Kort gezegd vindt deze verpanding plaats door verpanding van de opeisbare en afdwingbare vordering op de bank tot uitbetaling van het saldo.[109] Voor een afzonderlijk geboekte vordering in rekening-courant liggen de zaken ingewikkelder. Hierboven zagen wij dat een creditering een afzonderlijke vordering in het saldo doet ontstaan die tevens geïndividualiseerd blijft. Dat betekent dat een door een creditering ontstane afzonderlijke vordering voldoende bepaald is om verpand te kunnen worden. Volgens Mijnssen is het mogelijk om een pandrecht te vestigen op een individuele in de rekening opgenomen vordering.[110] Daarmee is ook de mogelijkheid gegeven voor een substitutiepandrecht op de met de executieopbrengst overeenkomende gecrediteerde vordering.

Wat betreft het karakter en de gevolgen van dit substitutiepandrecht op de executieopbrengst kan aansluiting worden gezocht bij art. 3:229 BW. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat het recht van pand of hypotheek van rechtswege een recht van pand meebrengt op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed. Het substitutiepandrecht van art. 3:229 lid 1 BW is een stil pandrecht op een vordering op naam.[111] Na mededeling van dat pandrecht kan de pandhouder de vordering als bedoeld in art. 3:229 BW op bijvoorbeeld de verzekeraar innen (art. 3:246 lid

108 Aldus Mijnssen 2010, p. 47. Zo ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 254, p. 230.

109 Zie o.a.: J.E. Drinkhill, 'De verpanding van rekening-courant saldi', *MvV* 2009, p. 167-174 met vele verwijzingen.

110 Mijnssen 2010, p. 53-54. Waarschijnlijk ook: Steneker 2012, nr. 60, p. 149. Zie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 254, p. 230, die een voorbeeld geven waarin zij onderscheid maken tussen een hypotheekrecht gegeven voor een *individuele schuld* en een hypotheekrecht gegeven voor het verschuldigde *saldo*. Mijnssen 2010, p. 53-54 schrijft daar voorts dat het pandrecht niet gevestigd kan worden op een door een beding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW onoverdraagbaar gemaakte vordering. De rechtsvraag of een (in goederenrechtelijke zin) onoverdraagbare vordering tevens onverpandbaar is, is op het moment van schrijven nog niet beantwoord.

111 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 59, p. 64; Verdaas 2008, nr. 332, p. 253; Spath 2010, nr. 23, p. 38 met verwijzingen; A-G Rank-Berenschot vóór HR 28 november 2014, *RvdW* 2015/4 (*Heijloo/Delta Lloyd*), onder 2.5.

1 BW). Aangenomen wordt dat mededeling aan de verzekeraar van het verpande of verhypothekeerde dat het verzekerde goed bezwaard is, leidt tot een mededeling (bij voorbaat) van het substitutiepandrecht.[112] Een in te voeren substitutiepandrecht op de executieopbrengst zou ook kwalificeren als een stil pandrecht in de zin van art. 3:239 lid 1 BW. Na mededeling (eventueel bij voorbaat) van dat substitutiepandrecht aan de bank waar het girale geld wordt aangehouden, is er sprake van een openbaar pandrecht. Ook wat betreft de rangorde biedt art. 3:229 BW handvatten. Volgens het tweede lid gaat het substitutiepandrecht boven *ieder* op de vordering gevestigd ander pandrecht, hetgeen inhoudt dat het ook voorgaat op een (zelfs vóór het ontstaan van het oorspronkelijke pandrecht) bij voorbaat gevestigd stil pandrecht op het surrogaat. De reden daarvoor is dat de pandhouder met een pandrecht op alle toekomstige vorderingen "[…] niet daardoor ook het onverwachte voordeel van een pandrecht op een vordering tot schadevergoeding [behoort] te verwerven, wanneer dit zou gaan ten koste van hem wiens zekerheidsrecht rustte op de zaak waarvoor die vordering in de plaats treedt."[113] De onderlinge rangorde van de substitutiepandrechten is gelijk aan de rangorde van de oorspronkelijke pandrechten op de oorspronkelijk verpande (of verhypothekeerde) zaak.[114] Het voorgaande is mijns inziens één op één toepasbaar op een in te voeren substitutiepandrecht op de executieopbrengst. Het substitutiepandrecht dient boven een bij voorbaat gevestigd pandrecht op de executieopbrengst te gaan en de rang van het substitutiepandrecht is gelijk aan de rang van het oorspronkelijke pandrecht op het verpande goed.[115]

11.6.3.2 Executie van het girale geld waarop het substitutiepandrecht rust

Het is mogelijk om een pandrecht te vestigen op een individuele in de rekening opgenomen vordering. Problematisch is echter dat een afzonderlijk geboekte vordering, zoals wij reeds zagen, niet afdwingbaar is. De vestiging van een pandrecht is slechts mogelijk als het goed waarop dat pandrecht rust ook uitgewonnen kan worden (art. 3:228 BW), zodat de vraag rijst hoe de pandhouder zijn substitutiepandrecht op de met de executieopbrengst corresponderende vordering effectueert. Volgens Mijnssen zal een openbaar verpande individuele vordering niet meer in de verrekening kunnen worden betrokken en vervolgens "door een tegengestelde boeking uit de rekening-courant moeten worden genomen."[116] Nu die vordering niet meer in de rekening-courantverhouding kan worden verrekend, blijft de vordering bestaan en een eventueel daarop rustend pandrecht dus ook. Voor een stil verpande individuele vordering geldt dat die in de verrekening kan worden betrokken en aldus teniet kan gaan.[117] Het daarop rustende pandrecht gaat dan ook teniet (art. 3:81 lid 2 aanhef en onder a BW). Nu de bank geen mededeling van het pandrecht heeft ontvangen, heeft zij daar immers geen weet van en kan de verrekening haar niet kwalijk worden genomen. Als de vordering door verrekening tenietgaat, gaat

112 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 58, p. 63-64. Zie ook A-G Rank-Berenschot vóór HR 28 november 2014, *RvdW* 2015/4 (*Heijloo/Delta Lloyd*), onder 2.5.

113 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 735-736.

114 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 736.

115 Het is wellicht ook noodzakelijk een bepaling op te nemen inhoudende dat een onverpandbaarheidsbeding niet werkt ten aanzien van de vordering ter zake van de executieopbrengst.

116 Mijnssen 2010, p. 55.

117 Mijnssen 2010, p. 56.

het daarop rustende pandrecht ook teniet. Voor de pandhouder die zijn pandrecht op een pandobject ziet veranderen in een substitutiepandrecht op de executieopbrengst, is het volgende van belang.

Het effectueren van een in te voeren substitutiepandrecht op de executieopbrengst zou als volgt toegestaan en begrensd zijn. Het in te voeren substitutiepandrecht op de executieopbrengst zou vóór de mededeling aan de bank aan te merken zijn als stil pandrecht. Dat stille pandrecht blijft bestaan totdat de verpande vordering en daarmee het substitutiepandrecht tenietgaan door verrekening in rekening-courant. Verrekening in rekening-courant vindt plaats naar anciënniteit. Het stil pandrecht blijft dus bestaan totdat de met de executieopbrengst overeenkomende creditering is verrekend. Het volgende voorbeeld dient ter verduidelijking. Op de faillissementsrekening staat 0. Vervolgens wordt op de rekening 200 gecrediteerd uit hoofde van een executie van een verpand goed, waar voormalig pandhouder A een substitutieopbrengst op krijgt. Hierna wordt 100 afgeschreven en dan 200 bijgeschreven. Tot slot wordt 100 afgeschreven. Ondanks dat er nog een creditsaldo van 200 is, heeft A geen substitutiepandrecht meer. Doordat twee keer 100 is afgeschreven, is de met de executieopbrengst overeenkomende creditering van 200 volgens het anciënniteitsbeginsel verrekend.

Een niet volledig verrekende creditering zou mijns inziens in het geval van meerdere uit hetzelfde pandobject voortvloeiende substitutiepandrechten overeenkomstig de rangorde daarvan moeten worden verdeeld.[118] Ook nu een voorbeeld. Twee pandhouders met beiden een gesecureerde vordering van 100 hebben een vuistloos pandrecht op dezelfde roerende zaak. De verkoop door de curator levert een executieopbrengst van 200 op, die vervolgens op de faillissementsrekening wordt gestort. Beide pandhouders krijgen overeenkomstig hun rang een substitutiepandrecht op de executieopbrengst. Bij een niet verrekende creditering van 200 kunnen beide substitutiepandhouders zich, ongeacht hun rang, op de toereikende opbrengst verhalen. Stel nu dat na de creditering van 200 100 verrekend wordt met een debitering. Als de substitutiepandhouders gelijk zijn in rang, krijgen zij beide 50. Als hun pandrechten geen gelijke rang hebben, dan krijgt de oudste (substitutie)pandhouder 100 en de jongste niets.

De substitutiepandhouder kan zijn aanspraak op het girale geld verzekeren door zo snel mogelijk mededeling te doen van zijn substitutiepandrecht. Zoals wij zagen kan de met de executieopbrengst overeenkomende vordering dan in beginsel niet meer worden verrekend, zodat de vordering en een eventueel daarop rustend pandrecht niet meer teniet kan gaan door verrekening.[119] Teneinde de pandhouder in staat te stellen mededeling van zijn substitutiepandrecht te doen, zal de rechthebbende van de vordering op de bank of diens curator overeenkomstig de in die zin luidende regel uit *ABN AMRO/ Hamm q.q.* verplicht zijn de substitutiepandhouder te informeren bij welke bank de

118 Anders naar Duits recht: zie hierboven voetnoot 95.

119 Het substitutiepandrecht op giraal geld wordt wel bedreigd in gevallen waarin de bank een vordering op de rekeninghouder heeft; hierboven in voetnoot 72 werd reeds gewezen op art. 25 ABV 2009 waarin onder meer is bepaald dat de bank van haar verrekeningsbevoegdheid gebruikmaakt als op de vordering van de rekeninghouder op de bank een pandrecht wordt gevestigd.

executieopbrengst is gestort. Ook dient te worden aangenomen dat de curator verplicht is informatie te verschaffen over de gerealiseerde executieopbrengst.[120]

In faillissement is het overigens nog maar de vraag of de met het substitutiepandrecht bezwaarde met de executieopbrengst overeenkomende vordering daadwerkelijk uitgewonnen zou hoeven te worden. De pandhouder zou een substitutiepandrecht op een tot de boedel behorend goed hebben. Als de curator weet dat de executieopbrengst gerealiseerd is door de verkoop van een verpand goed, welke kennis bij tussen curator en pandhouder overeengekomen oneigenlijke lossing altijd aanwezig is, rust op hem de verplichting het substitutiepandrecht niet te frustreren.[121] Doet hij dat toch, dan biedt het hierboven behandelde Duitse recht inspiratie. Als de curator het girale geld bijvoorbeeld aanwendt voor andere betalingen, dan wordt de boedel ongerechtvaardigd verrijkt. Nu die vordering uit ongerechtvaardigde verrijking zou voortvloeien uit een op de curator in zijn hoedanigheid rustende verplichting, zou die vordering als boedelschuld kwalificeren.[122] Ook op grond van art. 24 Fw zou in dit geval een boedelvordering ontstaan. Voorts lijkt het aannemelijk dat de curator onder dreiging van aansprakelijkheid *q.q.* of *pro se* ervoor zorg zal dragen dat de met de executieopbrengst overeenkomende gecrediteerde vordering en dus ook het pandrecht daarop niet tenietgaat. De curator zou daartoe de executieopbrengst naar een aparte rekening kunnen overboeken; het voortgezette pandrecht blijft dan als een op de met de executieopbrengst corresponderende vordering rustend beperkt recht bestaan. Als de curator zeker weet dat er een substitutiepandrecht op de executieopbrengst rust, dan kan hij dat bedrag ook direct aan de pandhouder overmaken, zodat die zich er vervolgens op kan verhalen.

11.7 Conclusie

De invoering van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst is de ontbrekende schakel in de bepalingen omtrent pandexecutie. Zowel bij de executie van stil verpande vorderingen, zoals inning door de curator, als bij de executie van vuistloos verpande zaken bestaat de noodzaak tot de invoering van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst. Bij stil verpande vorderingen prefereert men inning door de curator boven inning door de pandhouder. De inningsbevoegdheid van laatstgenoemde ontstaat pas na mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de stil verpande vordering. Aangenomen wordt dat die mededeling schadelijke gevolgen heeft. Ter voorkoming

120 Vgl. naar Duits recht: hierboven hoofdstuk 7, par. 7.4.3, voetnoot 187, over § 167 InsO.

121 Vgl. Rb. Haarlem (pres.) 19 oktober 1990, *KG* 1990/373, rov. 3.5 (over de gekweekte rente over de verkoopopbrengst van de door de curator te gelde gemaakte in fiduciaire eigendom aan ABN overgedragen goederen en rechten): "Tot de taak van de curator moet gerekend worden het gescheiden van de faillissementsboedel beheren van gelden waarover conflict is ontstaan of deze al dan niet buiten het faillissement blijven." De toelichting op de zaaksvervangingsregel in het voorontwerp Insolventiewet vermeldt dat de curator bij de actieve inning van een geldvordering de opbrengst afgescheiden dient te houden van de overige gelden. Als dat niet gebeurt, zoals in het geval van passieve inning op de boedelrekening, zal de curator het geïnde moeten afdragen aan de pandhouder. Zie Kortmann & Faber 2007, p. 265.

122 Zie HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), rov. 3.8.

daarvan dient de pandhouder te allen tijde recht te hebben op de executieopbrengst van de vordering. Een onderhandse verkoop van een vuistloos verpande roerende zaak uitgevoerd door de pandgever of diens curator leidt in de regel tot een hogere opbrengst. Om het bereiken van een zo hoog mogelijk opbrengst te bevorderen en dus het onnodig vernietigen van waarde te voorkomen, moet de pandhouder ook hier verzekerd zijn van een recht op de executieopbrengst van de zaak waarop hij een vuistloos pandrecht had.

De executieopbrengst bestaat uit geld en dat kan als surrogaat bij zaaksvervanging dienen. Chartaal geld kan slechts als surrogaat functioneren als het niet oneigenlijk vermengd is. Giraal geld kan niet vermengen. Binnen de geldende rekening-courant-verhouding geldt dat het boeken van schulden (debiteringen) en vorderingen (crediteringen) geen noverende werking tot gevolg heeft, zodat bijvoorbeeld afzonderlijke vorderingen en daarop rustende pandrechten blijven bestaan. De individuele vordering en een eventueel daarop gevestigd pandrecht gaat teniet door verrekening, hetgeen in een rekening-courantverhouding doorlopend, van rechtswege en naar anciënniteit plaatsvindt.

De regel dat het substitutiepandrecht op de executieopbrengst ontstaat in geval van 'executie' van het verpande goed voorziet in alle denkbare gevallen. Een in te voeren substitutiepandrecht op chartaal geld heeft te gelden als vuistloos pandrecht op een roerende zaak. Na een succesvolle vordering tot afgifte kan de substitutiepandhouder zich uit het chartale geld voldoen. Een in te voeren substitutiepandrecht op de met de executieopbrengst overeenkomende gecrediteerde vordering in rekening-courant is ook mogelijk. Dat pandrecht zou hebben te gelden als een stil pandrecht op een vordering op naam. Na mededeling, eventueel bij voorbaat, is er sprake van een openbaar pandrecht. Na mededeling kan de met de executieopbrengst overeenkomende gecrediteerde vordering niet meer worden verrekend in de rekening-courantverhouding en heeft de substitutiepandhouder zijn aanspraak veiliggesteld. Of nog mededeling kan worden gedaan, hangt af van de hoogte van het saldo en de vraag of de met de executieopbrengst corresponderene creditering al verrekend is. In faillissement is het overigens aannemelijk dat de curator zijn plicht om het voortbestaan van het substitutiepandrecht te bewaken, zal naleven.

De eindconclusie is kort maar krachtig. Aan art. 3:248 BW dient een vierde lid te worden toegevoegd, luidende dat bij executie van een verpand goed de pandrechten waarmee het goed bezwaard was, op de opbrengst komen te rusten.

Samenvatting

Hoofdstuk 1 – Inleiding

Dit proefschrift is een rechtsvergelijkende studie naar mogelijkheden tot verbetering van het pandrecht. Ter afbakening van het onderwerp is onderzoek gedaan naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht op roerende zaken respectievelijk vorderingen op naam. Door dat karakter kunnen derden niet zelf vaststellen of een goed is verpand. Ondanks die niet-kenbaarheid heeft een pandrecht in beginsel wel absolute werking; het is jegens eenieder in te roepen. Dat garandeert dat het pandrecht zijn doel bereikt: de zekerheid dat de gesecureerde vordering indien nodig voldaan kan worden door verhaal bij voorrang op het verpande goed. Direct na de invoering van het vuistloze en stille pandrecht in 1992 heeft de Hoge Raad moeten beginnen het pandrecht om te vormen tot een werkbare rechtsfiguur. Een onafgebroken reeks standaardarresten is tot op de dag van vandaag onvoldoende gebleken bestaande problemen op te lossen.

Na de introductie van het onderwerp wordt de structuur van het proefschrift beschreven. In de eerste twee delen van dit proefschrift worden deze problemen geanalyseerd, waarna in het derde deel voorstellen tot verbetering zijn gedaan. Dit geschiedt aan de hand van het Nederlandse, Franse en Duitse recht.

Het eerste hoofdstuk wordt afgesloten met een korte introductie tot goederenrechtelijke zekerheden op roerende zaken en vorderingen.

Deel I – Vestiging

Hoofdstuk 2 – Publiciteit

In hoofdstuk 2 wordt onderzocht of het vuistloze en stille karakter van het pandrecht een onaanvaardbare inbreuk maakt op het publiciteitsbeginsel. Het uitgangspunt is dat absolute rechten kenbaar moeten zijn voor derden, zodat zij hun gedragingen op dat absolute recht kunnen afstemmen. Het vuistloze en stille pandrecht is niet kenbaar voor derden. Om de gevolgen voor derden te kunnen onderzoeken, is onderscheid gemaakt tussen (i) derden die een verbintenisrechtelijke relatie aangaan met de (veronderstelde) rechthebbende van een goed (ook wel eventuele toekomstige crediteuren) en (ii) derden die tevens een goederenrechtelijke relatie aangaan met de (veronderstelde) rechthebbende van een goed (ook wel derde-verkrijgers).

Voor de eerste categorie derden (eventuele toekomstige crediteuren) is de conclusie dat zij niet dienen te worden beschermd tegen een schijn van kredietwaardigheid die uitgaat van een zaak die zich onder zijn schuldenaar bevindt. Bij zijn beslissing om al

dan niet een rechtsbetrekking aan te gaan met iemand dient hij zich te laten leiden door andere omstandigheden dan een schijn van kredietwaardigheid die van zaken uitgaat. Een roerende zaak kan immers altijd aan een ander toebehoren, zoals bij onder meer bruikleen het geval is.

Het gevolg van ontbrekende publiciteit voor (ii) derde-verkrijgers is dat het vermijden van publiciteit in bepaalde gevallen tot verlies van het (eersterangs) pandrecht leidt. De pandhouder kan zijn niet-kenbare recht verliezen aan een derde te goeder trouw die de zaak om baat heeft verkregen. Het belang van de derde-verkrijger loopt hier parallel met het maatschappelijk belang, te weten een soepel handelsverkeer. De derde-verkrijger (te goeder trouw) van een vordering wordt niet beschermd tegen een voor hem verborgen gehouden pandrecht. Anders dan een roerende zaak is een vordering niet zichtbaar. Zodoende dient men te vertrouwen op de (veronderstelde) cedent/pandgever. Daarbij komt dat het belang van de derde-verkrijger hier niet parallel loopt met het maatschappelijk belang. Vorderingen dienen veelvuldig als zekerheidsobject en worden zelden verhandeld. Het belang van het individu dient hier voor het maatschappelijk belang te wijken, te weten het stimuleren van kredietverlening. De consequentie van een systeem van stille verpanding is dat men het prior-temporebeginsel strikt dient te handhaven.

De conclusie van hoofdstuk 2 is dat publiciteit achterwege kan blijven bij de verpanding van roerende zaken en vorderingen, mits bij roerende zaken tegen een schijn van beschikkingsbevoegdheid wordt beschermd. Ook is in het hoofdstuk aan het licht gekomen dat een bij derden(-verkrijgers) kenbaar pandrecht op roerende zaken waarbij de pandgever zijn zaak kan blijven gebruiken, niet bestaat.

Hoofdstuk 3 – De pandakte

In hoofdstuk 3 wordt de vraag behandeld of het vuistloze en stille karakter van het pandrecht dwingt tot het voorschrijven van een pandakte. De onderhandse pandakte zoals die vereist wordt door art. 2:237 en art. 3:239 BW heeft vijf functies. Ten eerste is het (i) een bewijsmiddel *van* de verpanding en ten tweede (ii) een vormvereiste *voor* de verpanding. Ten derde kan men aan de hand van de pandakte nagaan of aan (iii) het bepaaldheidsvereiste is voldaan. Ten vierde dient de pandakte (iv) geregistreerd te worden teneinde een zekere dagtekening te verkrijgen. Ten slotte dient de pandgever in de pandakte (v) te verklaren dat hij bevoegd is tot verpanding en of het goed al dan niet reeds bezwaard is, teneinde aan de in art. 3:237 lid 2 en art. 3:239 lid 2 BW gestelde eis te voldoen.

Het doel dat met de eerste functie wordt nagestreefd, te weten (i) bewijs van de verpanding, kan ook op andere wijzen worden bereikt. Het feit dat de pandakte ziet op de vestiging van een pandrecht, noopt niet tot het voorschrijven van een schriftelijk bewijsmiddel. Het (ii) aktevereiste als wettelijk vormvereiste kent geen doel, anders dan (wets)systematische consistentie. Het (iii) bepaaldheidsvereiste dwingt niet tot het voorschrijven van een pandakte. Om uiteenlopende redenen bereikt het (iv) registratievereiste zijn doel niet. Dat is niet bezwaarlijk; ook op andere wijzen kan men een zekere dagtekening verkrijgen. De (v) verklaring in de pandakte van de pandgever dat hij bevoegd is tot verpanding en of het goed al dan niet reeds bezwaard is, heeft weinig tot geen toegevoegde waarde. Ook dit vereiste kan worden geschrapt.

Nu geen van de functies een gelegitimeerd doel dient, is de conclusie dat het aktevereiste bij verpanding geschrapt kan worden.

Hoofdstuk 4 – Uitleg en het bepaaldheidsvereiste

In hoofdstuk 4 wordt de vraag onderzocht welke maatstaf er voor het bepaaldheidsvereiste geldt. Het te verpanden goed dient door de pandakte voldoende bepaald te zijn. De vraag of een te verpanden goed door de pandakte voldoende is bepaald, is een kwestie van uitleg van de pandakte.

De heersende leer in zowel Nederland als Duitsland is dat verklaringen en woorden nooit duidelijk zijn. Hun betekenis door uitleg dient te worden vastgesteld. Een (overwegend) subjectieve uitlegmaatstaf beschermt partijen doordat zij gebonden zijn aan hetgeen zij daadwerkelijk hebben afgesproken en niet aan een onjuiste of onnauwkeurige neerslag daarvan. Nu cessie- en pandakten voor derden vrijwel nooit duidelijkheid scheppen, geldt voor de uitleg van cessie- en pandakten de overwegend subjectieve Haviltexmaatstaf. Een objectieve uitleg van cessie- en pandakte zou moeten bewerkstelligen dat derden zelf kunnen vaststellen welke goederen verpand zijn. Ook door een objectieve uitleg zijn derden echter niet in staat dat te doen. Het belang van een subjectieve uitleg van een cessie- of pandakte dient daarom te prevaleren boven het belang dat een objectieve uitleg daarvan zou dienen.

De pandakte dient het te verpande goed voldoende te bepalen. Aan dit vereiste is voldaan als de pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand van die pandakte kan worden vastgesteld om welk pandobject het gaat. Het hanteren van het begrip bepaalbaarheid bij de levering van en vestiging van een pandrecht op roerende zaken en vorderingen is onzuiver. Altijd zal sprake moeten zijn van een zekere mate van bepaaldheid. Het bepaaldheidsvereiste heeft in ieder geval een identificatiefunctie en in zekere mate een beschermingsfunctie. Een andere conclusie is dat het bepaaldheidsvereiste niet door de Hoge Raad is afgeschaft en dat een soepel bepaaldheidsvereiste niet bezwaarlijk is. De heersende leer lijkt te zijn dat voor het bepaaldheidsvereiste een objectieve maatstaf geldt. Literatuur en jurisprudentie waaruit dit zou blijken, zijn echter weinig overtuigend.

Een synthese van de leerstukken uitleg en bepaaldheid leidt tot de eindconclusie dat de opvatting dat voor het bepaaldheidsvereiste een objectieve maatstaf geldt onjuist is. De vraag of er aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan is een vraag van uitleg. Dientengevolge kan een subjectieve uitleg leiden tot een subjectief ingekleurde bepaaldheid. Aangetoond is dat dat niet bezwaarlijk is voor derden. Naar huidig recht geldt voor het bepaaldheidsvereiste bij de vuistloze verpanding van roerende zaken (art. 3:237 BW) en stille verpanding van vorderingen (art. 3:239 BW) een subjectieve maatstaf.

Hoofdstuk 5 – Evenwicht tussen schuldeisers en de beperking van art. 3:239 lid 1 BW

Art. 3:239 lid 1 BW biedt de mogelijkheid tot het vestigen van een stil pandrecht op een vordering, “mits dit recht op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding.” In hoofdstuk 5 wordt de vraag gesteld of dit zogenoemde grondslagvereiste geschrapt dient te worden.

De wetgever beoogde met het grondslagvereiste een evenwicht tussen concurrente schuldeisers en pandhouder te bereiken. Door de rechtsontwikkeling wordt dit doel niet bereikt. De conclusie om de slotzinsnede te schrappen is dan ook verleidelijk. Van enkele afschaffing van de slotzinsnede, zonder dat daar een correctie ter bereiking van een evenwicht tegenover staat, kan mijns inziens geen sprake zijn. Nu de verzamelpandakteconstructie uitblinkt in efficiëntie en eenvoud, is de te behalen winst door afschaffing minimaal. Enkele afschaffing zou dus geen ander doel dienen dan het onder het pandrecht brengen van het allerlaatste restje vorderingen. Hiermee zou men dus nog verder van het door de wetgever gewenste evenwicht – waar toch al geen of nauwelijks sprake van is – komen af te staan.

Toch verdient het aanbeveling om de beperking van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW te schrappen. Hiermee worden eventuele problemen in de toekomst vermeden. Zo kan gewezen worden op het feit dat art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW aanleiding geeft tot discussies wanneer een vordering als reeds bestaand moet worden aangemerkt en aldus verpand kan worden. Ook kan de verzamelpandakteconstructie er in de toekomst toe leiden dat alle pandgevers een pandrecht gelijk in rang hebben. Tegenover de afschaffing van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW dient een (poging tot) herstel van het evenwicht te staan.

Deel II – Executie

Hoofdstuk 6 – De executiebevoegdheid

In hoofdstuk 6 wordt de zelfstandige executiebevoegdheid van de pandhouder buiten en in faillissement van de pandgever onderzocht. Het doel van het recht van parate executie (artikel 3:248 lid 1 BW) is het verhalen van de gesecureerde vordering op de opbrengst die door middel van de (executoriale) verkoop is gerealiseerd.

In Nederland kan de pandhouder in beginsel altijd zelfstandig executeren buiten en in faillissement. Deze executiebevoegdheid in faillissement, de zogenoemde separatistpositie, wordt noodzakelijk geacht. In Frankrijk en Duitsland is in faillissement de curator in faillissement vaak exclusief tot executie bevoegd, omdat dat de kansen vergroot op het bijeenhouden van de onderneming. Bij het sleutelen aan de separatistpositie wordt het volgende uitgangspunt gehanteerd. Gezocht dient te worden naar een oplossing waarin de onderneming bijeen wordt gehouden zonder dat dat tot verminderde verhaalsmogelijkheden voor de separatist leidt.

De huidige separatistpositie bestaat uit drie aspecten: (i) uitoefening van het recht van parate executie, (ii) niet hoeven meedelen in de algemene faillissementskosten en (iii) snellere afwikkeling. De rechtsvergelijking in dit hoofdstuk toont aan dat het goed mogelijk is een juridisch kader te ontwikkelen waarin het verlies van de executiebevoegdheid aan de curator niet tot een verslechtering ten opzichte van de huidige separatistpositie hoeft te leiden.

Vóór afschaffing van de separatistpositie pleit dat het de curator in staat stelt de onderneming bijeen te houden en zodoende als geheel over te dragen. Dat bevordert de kansen op voortzetting en behoud van de onderneming en kan tot opbrengstmaximalisatie leiden. Tegen afschaffing pleit dat de huidige positie van de zekerheidshouder, waarin hij de regie heeft en daarbij gebruikmaakt van zijn kennis over de failliete onderneming en haar activa, tot een hogere opbrengst zou kunnen leiden dan executie door

de curator. Het afwegen van deze standpunten is moeilijk nu nader rechtseconomisch onderzoek ontbreekt. De eindconclusie is dan ook dat de vraag of de separatistpositie van de pandhouder moet worden afgeschaft, nog niet beantwoord kan worden. Wel kan worden geconcludeerd dat zonder een solide recht voor de pandhouder op de door de curator gerealiseerde opbrengst van het pandobject in ieder geval geen sprake kan zijn van afschaffing van de separatistpositie.

Hoofdstuk 7 – De executieopbrengst

In hoofdstuk 7 is de vraag behandeld of de pandhouder te allen tijde in staat wordt gesteld om zich op de executieopbrengst van het pandobject te verhalen. Het doel van verpanding is immers de pandhouder de zekerheid te verschaffen dat zijn gesecureerde vordering indien nodig voldaan kan worden door verhaal bij voorrang op het verpande goed. De pandhouder dient dus over de opbrengst te kunnen beschikken.

Alhoewel de openbare verkoop de wettelijke 'hoofdroute' is, gaat men er in de literatuur echter unaniem vanuit dat door middel van een onderhandse verkoop een hogere opbrengst wordt gerealiseerd. Die onderhandse verkoop is inmiddels door de Hoge Raad geïnstitutionaliseerd. Hij besliste dat de pandhouder bij een op grond van art. 3:251 lid 2 BW overeengekomen onderhandse verkoop zijn recht van parate executie uitoefent (art. 3:248 lid 1 BW). Dat geldt ook als de onderhandse verkoop wordt uitgevoerd door de pandgever of diens curator. In de meeste gevallen zal de overeenkomst in de zin van art. 3:251 lid 2 BW tevens als een (al dan niet stilzwijgend tot stand gekomen) overeenkomst tot lastgeving kwalificeren.

De Nederlandse wettelijke regeling voor de opbrengst (art. 3:253 BW) gaat ervan uit dat de pandhouder na executie de daadwerkelijke beschikking over de opbrengst heeft. Als de opbrengst door een ander dan de pandhouder wordt gerealiseerd, dan is dat niet het geval. In dit hoofdstuk wordt een aantal oplossingen onderzocht om de executerende pandhouder een versterkt recht op de door een ander gerealiseerde opbrengst te geven. Geen van die oplossingen – behoud van voorrang op de executieopbrengst, het afscheiden van de executieopbrengst in het vermogen van degene die de opbrengst onder zich heeft en een goederenrechtelijke aanspraak op de executieopbrengst – voldoet. Het risico bestaat dat de pandhouder de onderhandse verkoop vermijdt, omdat daarbij de kans bestaat dat hij zich niet kan verhalen op de opbrengst. Bij een openbare verkoop gaat de niet-gerealiseerde waarde verloren voor de zekerheidsgever en diens overige crediteuren. Om dat te voorkomen dient een wettelijke aanspraak te verzekeren dat de pandhouder zich te allen tijde op de executieopbrengst kan verhalen.

Deel III – Herziening van het pandrecht

Hoofdstuk 8 – Een facultatief registerpandrecht

Voortbouwend op hoofdstuk 2, wordt in hoofdstuk 8 een voorstel gedaan tot invoering van een registerpandrecht op roerende zaken ten behoeve van de pandhouder. Een registerpandrecht zou de absolute werking van een pandrecht op een roerende zaak, waarbij de zaak zich onder de pandgever blijft bevinden, kunnen 'versterken'. Een registerpandrecht op roerende zaken vervult de behoefte van de pandnemer aan een zekerheidsrecht dat qua zekerheid zo veel mogelijk in de buurt komt van het vuistpand en dat tevens de mogelijkheid biedt het pandobject bij de pandgever te laten.

Sinds lange tijd bestaat debat over de vraag of een openbaar registerpandrecht schadelijke gevolgen heeft. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de wijze waarop deze openbaarheid zich manifesteert en de wijze waarop partijen zelf in staat zijn om de schadelijke gevolgen van publieke informatie te neutraliseren. Voor het functioneren van een registerpandrecht is minimaal in een openbaar register ingeschreven informatie nodig ter identificatie van de pandgever en ter individualisatie/identificatie van het pandobject. Ook die gegevens kunnen schadelijke gevolgen hebben. De oplossing daarvoor is dat het registerpand facultatief moet zijn, zodat slechts partijen die de schadelijke gevolgen van openbare informatie omtrent een verpanding kunnen of willen dragen hiervan gebruik kunnen maken.

In het vervolg van het hoofdstuk wordt een aantal vragen behandeld die verband houden met een facultatief registerpandrecht op roerende zaken. De belangrijkste conclusies zijn als volgt. De derde-verkrijger die te goeder trouw en anders dan om niet een met een registerpandrecht bezwaard goed verkrijgt, moet beschermd worden tegen het registerpandrecht. De jongere registerpandhouder dient pas beschermd te worden tegen een eerder gevestigd vuistloos pandrecht op een roerende zaak of tegen gehele beschikkingsonbevoegdheid van de (pretense) pandgever op het moment dat hij de zaak daadwerkelijk in zijn macht heeft. In geval van collisie van registerpandrechten dient een ouder registerpandrecht altijd voor een jonger (register)pandrecht te gaan. Een registerpandrecht zou ook bij voorbaat op toekomstige zaken moeten kunnen worden gevestigd. Een periodieke verversing van de inschrijving van het registerpandrecht moet niet verplicht zijn.

Hoofdstuk 9 – Een vormvrije overeenkomst als vestigingsvereiste

De conclusie van hoofdstuk 3 is dat de pandakte kan worden afgeschaft als constitutief vereiste. Daarop voortbouwend worden in hoofdstuk 9 wenselijke alternatieven onderzocht. Een alternatief vestigingsvereiste dient te worden gezien als vestigingsvereiste in de zin van art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW. De in Duitsland gangbare vuistloze respectievelijk stille zekerheidsrechten op roerende zaken en vorderingen worden vormvrij gevestigd. Dit wordt niet als bezwaarlijk ervaren. Vormloze vestiging van een pandrecht is ook in overeenstemming met de gedachte die ten grondslag ligt aan het bewijsrecht. In art. 152 Rv komt de zogenaamde vrije bewijsleer tot uiting: bewijs kan met *alle* middelen worden geleverd. De ontwikkeling naar een soepel bepaaldheidsvereiste, het feit dat de voor de vestiging van een pandrecht noodzakelijke geldige titel ook vormvrij is, en de verwachting dat partijen zonder voldoende bewijs niet snel zullen gaan procederen, ondersteunen de verwachting dat een vormvrij vestigingsvereiste niet te belastend voor de rechtspraak is. De conclusie van hoofdstuk 9 is dat de thans door de wet voorgeschreven pandakte vervangen dient te worden door een tot vestiging bestemde vormvrije overeenkomst tussen pandgever en pandnemer.

Hoofdstuk 10 – Herstel van het evenwicht

In hoofdstuk 5 wordt geconcludeerd dat het door de wetgever gewenste evenwicht tussen schuldeisers niet wordt bereikt. In hoofdstuk 10 wordt de vraag onderzocht of er een evenwicht tussen schuldeisers dient te worden gerealiseerd. Het al dan niet bewerkstelligen van een zeker evenwicht tussen schuldeisers dient te berusten op overwegingen omtrent efficiëntie en rechtvaardigheid. Een realistische beoordeling van de

efficiëntie-argumenten moet tot de conclusie leiden dat de kans klein is op basis daarvan de verhaalspositie van de zekerheidsgerechtigde aan te passen ten behoeve van de concurrente crediteur. Bij kredietverlening speelt echter meer mee dan alleen economische efficiëntie. Het bereiken van een redelijk evenwicht is een kwestie van verdelende rechtvaardigheid. Met name de rechtvaardigheid als ratio achter een evenwicht tussen schuldeisers biedt mogelijkheden de concurrente crediteur tegemoet te komen. Uiteindelijk komt het neer op de vraag of het ontbreken van een redelijk evenwicht tussen schuldeisers tot een zodanige onrechtvaardigheid leidt, dat ingrijpen noodzakelijk is. Het ontbreken van de mogelijkheid om effectief voorrang te bedingen kan leiden tot een onrechtvaardigheid die ertoe dwingt de positie van de zekerheidsgerechtigde en de concurrente crediteur te herzien. Voor het bewerkstelligen van een evenwicht kan worden gedacht aan een rechterlijke rem in de vestigingsfase bij zekerheidsrechten, die totstandkoming van zekerheden in bepaalde onwenselijke gevallen voorkomt. Een andere optie is een wettelijke regeling in de executiefase, die bijvoorbeeld een verplichte boedelbijdrage van de zekerheidsgerechtigde in het leven roept.

Hoofdstuk 11 – Een substitutiepandrecht op de executieopbrengst

De invoering van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst is de ontbrekende schakel in de bepalingen omtrent pandexecutie. Zowel bij de executie van stil verpande vorderingen, zoals inning door de curator, als bij de executie van vuistloos verpande zaken bestaat de noodzaak tot de invoering van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst. Dat voorkomt een (schadelijke) mededeling aan de debiteur van de verpande vordering respectievelijk een onnodig lage opbrengst doordat een verpande roerende zaak openbaar wordt verkocht.

De executieopbrengst bestaat uit geld. Geld kan als surrogaat bij zaaksvervanging dienen. Chartaal geld kan slechts als surrogaat functioneren als het niet oneigenlijk vermengd is. Giraal geld kan niet vermengen. Binnen de geldende rekening-courantverhouding geldt dat het boeken van schulden (debiteringen) en vorderingen (crediteringen) geen noverende werking tot gevolg heeft, zodat bijvoorbeeld afzonderlijke vorderingen en daarop rustende pandrechten blijven bestaan. De individuele vordering en een eventueel daarop gevestigd pandrecht gaat teniet door verrekening, hetgeen in een rekening-courantverhouding doorlopend, van rechtswege en naar anciënniteit plaatsvindt.

De regel dat het substitutiepandrecht op de executieopbrengst ontstaat in geval van ‘executie’ van het verpande goed voldoet in alle denkbare gevallen. Een in te voeren substitutiepandrecht op chartaal geld kwalificeert als vuistloos pandrecht op een roerende zaak. Na een succesvolle vordering tot afgifte kan de substitutiepandhouder zich uit het chartale geld voldoen. Een in te voeren substitutiepandrecht op de met de executieopbrengst overeenkomende gecrediteerde vordering in rekening-courant is ook mogelijk. Dat pandrecht zou hebben te gelden als een stil pandrecht op een vordering op naam. Na mededeling, eventueel bij voorbaat, is er sprake van een openbaar pandrecht. Na mededeling kan de met de executieopbrengst overeenkomende gecrediteerde vordering niet meer worden verrekend in de rekening-courantverhouding en heeft de substitutiepandhouder zijn aanspraak veiliggesteld. Of nog mededeling kan worden gedaan, hangt af van de hoogte van het saldo en de vraag of de met de executieopbrengst corresponderende creditering al verrekend is. In faillissement is het overigens aannemelijk

dat de curator zijn plicht om het voortbestaan van het substitutiepandrecht te bewaken, zal naleven.

De conclusie is dat aan art. 3:248 BW een vierde lid moet worden toegevoegd, luidende dat bij executie van een verpand goed de pandrechten waarmee het goed bezwaard was, op de opbrengst komen te rusten.

Beantwoording onderzoeksvraag

In de inleiding van dit boek werd de vraag gesteld of het huidige pandrecht problemen oplevert en zo ja, op welke wijze de regeling van het pandrecht moet worden herzien. Deze onderzoeksvraag is afgebakend door vragen te behandelen die rijzen in verband met het vuistloze en stille karakter van het pandrecht op roerende zaken en vorderingen op naam.

De grootste problemen bij de huidige regeling van het pandrecht doen zich voor in de executiefase. Ten eerste is het mogelijk dat de separatistpositie van de pandhouder in het faillissement van de pandgever tot waardevernietiging leidt doordat het de kansen op voortzetting en behoud van de onderneming vermindert en waarschijnlijk niet tot opbrengstmaximalisatie leidt. Ten tweede is de pandhouder niet te allen tijde in staat zich op de executieopbrengst van het pandobject te verhalen. Deze problemen kunnen grotendeels worden opgelost door de invoering van een substitutiepandrecht op de executieopbrengst.

Het feit dat een vuistloos of stil pandrecht onzichtbaar is, leidt niet tot onoverkomelijke problemen voor derden. Wel ontbreekt er een pandrecht tussen het vuistpand en het vuistloze pandrecht op roerende zaken, namelijk een voor derden(-verkrijgers) kenbaar pandrecht waarbij de pandgever zijn zaak kan blijven gebruiken. Daarom kan men denken aan de invoering van een facultatief registerpandrecht op roerende zaken.

Bij een vuistloos pandrecht op een roerende zaak wordt de zaak niet meer uit de macht van de pandgever gebracht. Bij een stil pandrecht op een vordering wordt het pandrecht niet meer meegedeeld aan de debiteur van de verpande vordering. In plaats daarvan vereist de wet dat er een pandakte wordt opgemaakt. Het vuistloze en stille karakter brengt tevens mee dat het te verpanden goed op een andere wijze dan het uit de macht brengen van de zaak of de mededeling aan de debiteur van de verpande vordering moet worden bepaald, te weten door de pandakte. Nu geen van de functies van de pandakte een gelegitimeerd doel dient, kan het aktevereiste bij verpanding echter worden geschrapt. Naar huidig recht geldt voor het bepaaldheidsvereiste bij vuistloze en stille verpanding een subjectieve maatstaf. Voortbouwend op deze conclusies wordt gesteld dat de door de wet voorgeschreven pandakte dient te worden vervangen door een tot vestiging bestemde vormvrije overeenkomst tussen pandgever en pandnemer.

Gezien het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW kunnen slechts relatief toekomstige vorderingen worden verpand, hetgeen in de praktijk als problematisch wordt ervaren. Dit grondslagvereiste kan worden geschrapt, omdat het door de wetgever beoogde evenwicht tussen concurrente schuldeisers en pandhouders door de rechtsontwikkeling niet wordt bereikt. Tegenover het schrappen dient een andere correctie te staan zodat alsnog een evenwicht tussen schuldeisers wordt gerealiseerd. Van belang is de vraag of het ontbreken van een redelijk evenwicht tussen schuldeisers tot een zodanige onrechtvaardigheid leidt, dat ingrijpen noodzakelijk is. Het ontbreken van de mogelijkheid om effectief voorrang te bedingen kan leiden tot een

onrechtvaardigheid die ertoe dwingt de positie van de zekerheidsgerechtigde en de concurrente crediteur te herzien.

Het pandrecht is een veelgebruikte en belangwekkende rechtsfiguur. Dit proefschrift heeft aangetoond dat het vuistloze en stille karakter van het pandrecht tot problemen leidt. De problemen kunnen worden opgelost door de invoering van een facultatief registerpandrecht op roerende zaken, een vormvrij vestigingsvereiste en een substitutiepandrecht op de executieopbrengst. Daarnaast is te overwegen het afschaffen van de separatistpositie onder gelijktijdige invoering van een juridisch kader dat de zekerheidsgerechtigde beschermt. Ook te overwegen is de afschaffing van het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 slotzinsnede BW onder gelijktijdige invoering van een correctiemaatregel dat een zeker evenwicht tussen zekerheidsgerechtigden en concurrente schuldeisers brengt.

Summary

Chapter 1 – Introduction

This PhD thesis is a comparative legal study exploring the possibilities to improve the right of pledge under Dutch law. To limit the scope of this research, I focused on the consequences of the non-possessory and undisclosed nature of the right of pledge on corporeal movables and receivables respectively. Due to the undisclosed nature of the right of pledge, third parties cannot determine if a good has been pledged. In spite of this, a right of pledge is in principle an absolute right: it may be invoked against anyone. This guarantees that the right of pledge achieves its objective: the certainty that the secured claim can, if necessary, be satisfied from the proceeds of the pledged good with priority. Immediately after the introduction of the non-possessory and undisclosed right of pledge in 1992, the Dutch Supreme Court began the task of transforming the right of pledge into a workable legal concept. Up to today, however, the continuous series of casebook judgments has not been sufficient to solve the problems.

After the introduction to the research question, I outline the structure of the PhD thesis. In the first two parts of this thesis, I analyse the problems arising from the non-possessory and undisclosed nature of a right of pledge. In the third part, I present recommendations on how to solve these problems. The issues are analysed from a Dutch, French and German law perspective.

The first chapter concludes with a brief introduction to the law of security rights on corporeal movables and receivables.

Part I – Establishing a right of pledge

Chapter 2 – Publicity

In Chapter 2, I analyse whether the non-possessory and undisclosed character of the law of pledge constitutes an unacceptable breach of the principle of publicity. The starting point is that absolute rights have to be apparent to third parties in order to allow them to adapt their behaviour to this absolute right. The non-possessory and undisclosed pledge is inherently not apparent to third parties. To analyse the exact position of third parties, I differentiate between two types of third parties: (i) third parties that enter into a relationship under the law of obligations with the party that is (assumedly) entitled to the good (this includes potential future creditors); and (ii) third parties that enter into a relationship under property law with a party that is (assumedly) entitled to the good (third-party acquirers).

As regards the first category of third parties, I conclude that they do not need to be protected against the appearance of creditworthiness, which arises from the debtor's possession of a good. When entering into a legal relationship with another party, the third party should base its decision on circumstances other than the appearance of creditworthiness arising from goods. The reason for this is that a movable good can always belong to another person, for example, in the case of a loan.

The consequence of this lack of publicity for (ii) third-party acquirers is that the avoidance of publicity can, in certain circumstances, lead to the loss of the (first-ranked) right of pledge. The holder of the pledge can lose the not apparent right to a third party that acquired the good in exchange for consideration and in good faith. The interest of the third-party acquirer runs parallel with the interests of society as a whole; in this case, the public interest in encouraging smooth trading transactions. The third-party acquirer (in good faith) of a receivable is not protected against a right of pledge that he was unaware of. In contrast to a corporeal movable, a receivable is not visible. Due to this, one needs to trust the (assumed) pledgor. Furthermore, the interests of the third-party acquirer do not run parallel with the societal interests. Receivables are often used as security, but are rarely traded. The interest of the individual needs to give way to the interests of society, i.e. the stimulation of lending. The consequence of the system of non-possessory and undisclosed pledging is that the prior-tempore rule needs to be applied strictly.

The conclusion of Chapter 2 is that publicity can be omitted when pledging corporeal movables and receivables. However, this conclusion only holds if third parties are protected against the appearance of power of disposition concerning corporeal movables. Another conclusion that could be drawn is that a right of pledge on corporeal movables, which is apparent to third-party acquirers but where the pledgor can still use the good, does not exist.

Chapter 3 – The deed of pledge

In Chapter 3, I discuss the question of whether the non-possessory and undisclosed nature of the right of pledge leads to the requirement of a deed of pledge. The private deed of pledge, as required by Article 2:237 and Article 3:239 of the Dutch Civil Code (DCC), has five functions. First, it is evidence of the pledging and, second, it is a formal requirement for the pledge. Third, based on the deed of pledge, one can assess whether the requirement of determinability has been fulfilled. Fourth, the deed of pledge needs to be registered with the tax authorities in order to receive an officially recorded date. Finally, in order to fulfil the requirements as set by Article 3:237(2) and 3:239(2) DCC, the pledgor needs to declare in the deed of pledge that he or she is entitled to pledge the good and that the good is not encumbered.

The objective of the first function (the evidence of the pledge), can also be achieved in a different way. The fact that a deed of pledge aims to establish a right of pledge does not require written evidence. The requirement of a deed as a formal requirement does not serve any other objective than providing for legal methodology. The requirement of determinability also does not require a deed of pledge. Due to various reasons, the registration requirement of with the tax authorities does not achieve the desired objective. This is not onerous; the officially recorded date can be accomplished by other means. Finally, the declaration of the pledgor in the deed stating that he is entitled to pledge the

good and that the good is not encumbered has little or no added value. This requirement can be abolished as well.

Given that none of the functions serves a legitimate goal, I conclude that the requirement of a deed of pledge can be abolished.

Chapter 4 – Interpretation and the requirement of determinability

In Chapter 4, I analyse which criterion applies to the requirement of determinability. The good that is to be pledged needs to be sufficiently determined by the deed of pledge. The question of whether a good is sufficiently determined by the deed of pledge needs to be answered by interpreting the deed of pledge.

The prevailing view, in both the Netherlands and Germany, is that declarations and words are never clear. Their meaning needs to be determined by way of interpretation.

An interpretation criterion that is subjective protects parties as it binds them only to what they have agreed on, and not to an incorrect or inaccurate version of their agreement. Given that deeds of pledge or assignment rarely create clarity, their interpretation is subject to the predominantly subjective criterion, the "Haviltexmaatstaf." An objective interpretation of the deed of pledge and assignment would entail that third parties themselves can determine if a good has been pledged. However, even with an objective interpretation, third parties are incapable of doing this. Consequently, a subjective interpretation of a deed of pledge or assignment should prevail over the interest that a more objective interpretation would serve.

The good that is to be pledged needs to be sufficiently determined (*bepaald*) by the deed of pledge. This requirement is fulfilled if the deed of pledge contains sufficient details that allow, in the future, the determination of the object to be pledged. The use of the term determinability (*bepaalbaarheid*) for the delivery and establishment of a right of pledge on corporeal movables and receivables is inconsistent. A certain degree of determination is always required. In any case, the requirement that goods need to be determined allows for identification and, to a certain extent, serves to protect parties. Additionally, the requirement of determination has not been abolished and a flexible requirement of determination is not onerous. The dominant view seems to be that an objective criterion applies to the requirement of determination. However, the literature and case law on which this conclusion is based on does not contain strong arguments.

A synthesis of the concepts of interpretation and determination leads to the final conclusion that the view, according to which an objective criterion applies to the requirement of determination, is not correct. Whether the requirement of determination has been fulfilled is a question of interpretation. A subjective interpretation can consequently lead to a subjective determination. Chapter 4 reveals that this is not onerous for third parties. According to current law, a subjective criterion applies to the requirement of determination for non-possessory pledging of corporeal movables (Article 3:237 DCC) and for undisclosed pledge of receivables (Article 3:239 DCC).

Chapter 5 – Balance between creditors and the limits of Article 3:239(1) DCC

Article 3:239(2) DCC offers the possibility of establishing an undisclosed right of pledge on a future receivable, but only if the right already exists or arises directly from an existing legal relationship at the moment the right of pledge is established. Chapter 5 analyses the question of whether this restriction should be abolished.

With this restriction, the legislature aimed to achieve a balance between ordinary creditors and creditors with a right of pledge. Due to legal developments, this goal has not been achieved. It is therefore tempting to suggest that the restriction be abolished. However, simply abolishing this requirement without ensuring the aforementioned balance would not be reasonable. Given that the construction of the collective deed of pledge excels in efficiency and simplicity, the gains for abolishing the restriction would be minimal at best. This would result in a situation that is even further removed from the balance the legislature envisaged.

Despite this, I still recommend abolishing the limitations as outlined in the final part of the last sentence of Article 3:239(2) DCC. This would prevent possible problems in the future. The final part of the last sentence of Article 3:329(2) DCC gives rise to a discussion about when a claim should be qualified as already existing and when it can thus be pledged. Also, the concept of the collective deed of pledge could lead to all pledgors having an equally ranked pledge. Instead of abolishing the restriction, the balance between creditors needs to be restored.

Part II - Execution

Chapter 6 – The entitlement to execution

This chapter analyses the right of summary execution of the pledgee inside and outside an insolvency procedure of the pledgor. The goal of the right of summary execution (Article 3:248(1) DCC) is to allow the satisfaction of the secured claim from the proceeds that have been realized in a foreclosure sale.

In the Netherlands, the pledgee can, in principle, always execute the right outside and inside an insolvency procedure. The right to execute during an insolvency procedure (*separatistpositie*), is seen as necessary. In France and Germany, the insolvency administrator is, during an insolvency procedure, often exclusively entitled to execute. The reason is that this increases the chances of the business remaining intact. When recommending changes to the right of summary execution during an insolvency procedure, I take as a starting point the aim of keeping the business together, without decreasing the possibilities of the pledgor to satisfy his rights.

The current separatist position includes three aspects: (i) exercising the right of summary execution, (ii) not having to bear in the sharing of the general costs of insolvency, and (iii) a quicker winding-up. The comparative analysis reveals that it is possible to develop a legal framework where the transfer to the insolvency administrator of the right of summary execution does not result in a weaker position than the current position.

One argument to abolish the pledgor's right of summary execution during an insolvency procedure is that the insolvency administrator would be able to keep the business as a whole and, thus, transfer the business going concern. This increases the chances of continuing the business and can lead to the maximisation of proceeds. One argument against the abolishment is that the security holder currently has an active role that enables him to use the knowledge about the insolvent company and its assets, which could lead to a higher yield. Because more detailed legal-economic research does not exist, it is difficult to balance these positions. The final conclusion is that the question of whether the separatist position of the pledgee needs to be abolished cannot be answered

yet. However, it can be concluded that the separatist position cannot be abolished without a solid right of the pledgee on the proceeds that have been realised by the insolvency administrator.

Chapter 7 – Proceeds of execution

Chapter 7 discusses the question of whether the pledgee needs to be enabled at all times to satisfy his right from the proceeds of the execution of the pledged object. The goal of pledging is to provide security to the pledgee, allowing the pledgee to have a priority when seeking recourse for the secured claim at any time. This means that the pledgee needs to be able to dispose the proceeds.

Although a public auction is the default legal route, the literature agrees that higher proceeds can be achieved by way of a private sale. In the meantime, this private sale has been institutionalised by the Dutch Supreme Court. The Court has ruled that a private sale that is based on an agreement as meant by Article 3:251(2) DCC (Article 3:248(2) DCC), qualifies as the exercise of the pledgor's right of summary execution. This holds when the sale is exercised by the pledgor or even by his insolvency administrator. In most cases, the agreement as per Article 3:251(2) DCC will at the same time qualify as a (silent) mandate agreement.

The Dutch legal provision for the proceeds (Article 3:253 DCC) assumes that the pledgee will in fact dispose over the proceeds after the execution. If another party than the pledgee realizes the proceeds, this is not the case. Different solutions have been analysed that strengthen the right of the pledgee in respect of the realised proceeds. None of these solutions – keeping the priority position of the realised proceeds, separating the proceeds from the possession of the person who has the proceeds, a claim under property law on the proceeds – is sufficient. There is a risk that the pledgee will try to avoid a private sale, as he may fear that he will be unable to seek recourse for the secured claim. With a public auction, the unrealised value is lost for the pledgor and the other creditors. To prevent this, a legal claim is needed that assures that the pledgee can seek recourse for his secured claim at all times.

Part III – Reforming the law of pledge

Chapter 8 – An optional registered right of pledge

Building on the analysis made in the second chapter, Chapter 8 suggests introducing a registered right of pledge for corporeal movables for the benefit of the pledgee. A registered right of pledge would strengthen the absolute effect of a right of pledge on corporeal movables, where the pledgor keeps the good in his control. Such a registered right of pledge on corporeal movables would fulfil the need of the pledgee to acquire a security interest that is as close as possible to the possessory pledge and that, at the same time, offers the possibility of leaving the object with the pledgor.

There has been a long debate about the question of whether such a registered right of pledge would have detrimental consequences. The answer to the question whether publicity of pledging has detrimental consequences, is that this depends on the manor the way in which the pledging is made public and on the manor the way in which parties are capable of neutralizing the detrimental consequences of public information. In order to make such a registered right of pledge work, a minimum amount of infor-

mation contained in a public register is needed to identify the pledgor and to identify the object. Even these details can have detrimental consequences. The solution to this is that the registered right of pledge needs to be optional. This would allow parties to choose whether they are willing to accept the potentially detrimental effects when using the register.

Furthermore, this chapter discusses a number of questions that are related to this optional registered right of pledge on corporeal movables. The main conclusions are the following. The third-party that has acquired a good for consideration and in good faith needs to be protected against a registered right of pledge. In addition, the 'younger' pledgee only needs to be protected against a formerly established non-possessory right of pledge on corporeal movables or against a lacking power of disposition from the moment that he is in possession of the good. In case that registered rights of pledge do collide, the 'older' right always needs to prevail over a 'younger' right. A registered right of pledge could also be established in advance on future goods. The periodic refreshing of the registration should not be obligatory.

Chapter 9 – A form-free agreement as requirement for establishment

The conclusion of Chapter 3 is that the deed of pledge can be abolished as a constitutive requirement. Chapter 9 builds on that and explores desirable alternatives. An alternative requirement for establishment needs to be seen as a requirement for establishment of the right of pledge as outlined in Article 3:98 jo. 3:84(1) DCC. In Germany, the non-possessory and undisclosed security interest in corporeal movables and receivables is established without formal requirements. This is not considered problematic. This type of establishment without formal requirements is also in line with the idea that underlies the law of evidence. Article 152 of the Dutch Code of Civil Procedure contains the *vrije bewijsleer*, which states that evidence can be provided by *all* legal means available. I argue that the establishment of a pledge without written requirements is not obstructive in the legal practice. The conclusion of Chapter 9 is that the deed of pledge, which is prescribed by law, needs to be replaced by a form-free agreement between pledgor and pledgee that aims at establishing a right of pledge.

Chapter 10 – Restoring the balance

I concluded in Chapter 5 that the balance between creditors, which was the legislature's goal when enacting this law. In Chapter 10, I examine whether such balance is actually needed. The aim of a balance between creditors needs to be based on the considerations of efficiency and justice. A realistic assessment of the arguments concerning efficiency has to lead to the conclusion that there is only a small chance that the position of the pledgee will change to the benefit of the ordinary creditors. However, in granting loans, economic efficiency is not the only concern. Achieving a reasonable balance is a question of distributive justice. Justice offers the possibility to accommodate the ordinary creditors interests. This eventually comes down to the question of whether the lack of a reasonable balance between creditors results in such an injustice that intervention is necessary. The lack of a possibility to negotiate priority can lead to an unfairness that requires a change of the position of the security holder and the ordinary creditors. In order to reach a balance, one could think of a judicial intervention in the establishment of a security interest, which would prevent the establishment of security rights

in certain, undesired cases. Another option would be a legal provision in the execution phase that would, for example, introduce an obligatory contribution to the insolvency estate.

Chapter 11 – A substitute-right of pledge on the proceeds of execution

The introduction of a substitute-right of pledge on the proceeds of execution is the missing link in the provisions concerning the execution of pledges. Both the execution of undisclosed pledge receivables and the execution of non-possessory pledged movables require the introduction of a substitute-right of pledge on the proceeds of execution. This prevents harmful communication to the creditors of the pledged receivables or unnecessarily low proceeds through the public sale of the pledged good.

The proceeds of execution consist of money. Money can serve as a substitute for the substitution of property. Money in cash can only serve as a substitute if there is no commingling. Non-cash money cannot mix. Within the current account relationship, the booking of debts (debit) and receivables (credit) does not lead to novation. This means that separate claims and the right of pledge that rest on them continue to exist. The individual claims and the right of pledges that rest on them eventually cease to exist by way of offsetting, which takes place in a current account relationship continuously, by operation of law and according to seniority.

The rule that a substitute-right of pledge arises on the proceeds of the execution of the pledged good covers all possible scenarios. A substitute right of pledge on cash money would qualify as a non-possessory right of pledge on corporeal movables. After a successful claim to surrender, the substitute-pledgor can satisfy his claim from the cash money. The suggested substitute-right of pledge on the claim that matches the proceeds in a current account is also possible. This right of pledge would qualify as an undisclosed right of pledge on a receivable registered in the name of the party. After disclosure, possibly in advance, this has to count as a public right of pledge. After disclosure, the claim arising from the proceeds of the execution cannot be offset in the current account relationship. The substitute-pledgor has then secured the claim. Whether this can still be communicated depends on the account balance and the question of whether the crediting of the proceeds of the execution has also been offset. During insolvency, it is likely that the insolvency administrator will comply with his duty to protect the continuity of the substitute-right of pledge.

The conclusion is that a fourth paragraph needs to be added to Article 3:248 BW, which states that the right of pledge that rests on a good comes to rest on the proceeds after execution of the good.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Andreu 2012
L. Andreu, 'Gage avec dépossession contre gage sans dépossession', *D.* 2012, nº 27, p. 1761-1764.

Asser 1838
C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon,* 's Gravenhage en Amsterdam 1838.

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013
S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen, Deel IV. Algemeen goederenrecht,* 16e druk, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte,* 14e druk, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht,* 14e druk, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Kortmann 2-I 2004
S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging,* 8e druk, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Van Mierlo, Mijnssen & Van Velten 3-III 2003
Asser/A.I.M. van Mierlo, F.H.J. Mijnssen & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel III. Zekerheidsrechten,* 13e druk, Deventer: Kluwer 2003.

Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010
A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen, Deel VI. Zekerheidsrechten,* 14e druk, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006
F.H.J. Mijnssen, P. de Haan & C.C. van Dam, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht algemeen, Deel I. Algemeen goederenrecht*, 15e druk, Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Scholten 1933
P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel – Zakenrecht,* 7e druk, Zwolle: N.V. Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1933.

Asser/Scholten 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht – Algemeen Deel *,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst,* 2e druk, Deventer: Kluwer 2014.

Asser Procesrecht/Asser 3 2013
W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.

Aynès & Crocq 2013
L. Aynès & P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière,* 7e édition, Paris: Defrénois 2013.

Bakels 1984
F.B. Bakels, 'Stil pandrecht en het nemo plus-beginsel', *WPNR* 1984/5707, p. 477-482.

Bartels & Tweehuysen 2010
S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Het lossingsrecht', *WPNR* 2010/6864, p. 829-839.

Bauduin 2014
N.V.C.E. Bauduin, *Wilsdelegatie in het erfrecht* (diss. Nijmegen), [s.n.] 2014.

Baur/Baur & Stürner 2009
F. Baur/J.F. Baur & R. Stürner, *Sachenrecht*, 18., neu bearbeitete Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2009.

Van der Beek & Messelink 2014
F.H. van der Beek & K.A. Messelink, noot bij Hoge Raad 14 februari 2014 (Feenstra q.q./ING), *TvI* 2014/23, p. 117-122.

Beekhoven van den Boezem 2008
F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'De faillissementsprocedure wordt maatschappelijk relevant: hoera?', *TvI* 2008/13, p. 71-79.

Beekhoven van den Boezem 2009
F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Uitlegkwesties naar aanleiding van verpanding en cessie van vorderingen', in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 73-88.

Beekhoven van den Boezem & Goosmann 2010a
F.E.J. Beekhoven van den Boezem en C.E. Goosmann, 'Centraal pandregister voor roerende zaken', *WPNR* 2010/6860, p. 751-753.

Beekhoven van den Boezem & Goosmann 2010b
F.E.J. Beekhoven van den Boezem en C.E. Goosmann, 'Centraal pandregister voor roerende zaken schiet zijn doel voorbij!', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid* (Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans), Deventer: Kluwer 2010, p. 43-55.

Beekhoven van den Boezem & Bergervoet 2014
F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet, 'Onderhandse verkoop, executie en verrekening', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G.J.L. Bergervoet & F.M.J. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid* (Liber amicorum Wim Reehuis), Deventer: Kluwer 2014, p. 9-25.

Van Bergen 2014
S.J.L.M. van Bergen, 'Oneigenlijke lossing als vorm van parate executie (?!)', *WPNR* 2014/7033, p. 918-926.

Berger 2007
Ch. Berger, 'Die Verwertung von Absonderungsgut im Spannungsverhältnis von Bürgerlichem Recht, Insolvenzrecht und Europäischem Recht', *KTS* Heft 4/2007, p. 433-450.

BGB-RGRK/[auteur]
Reichsgerichtsräte-Kommentar BGB zum BGB.

Biehl 2010
B. Biehl, 'Grundsätze der Vertragsauslegung', *JuS* 2010, 195, p. 195-200.

Biemans 2015
J.W.A. Biemans, 'DSM/Fox en uitleg van notariële akten – (nog) geen 'vloeiende overgang' van overeenkomst naar notariële akte', *MvV* 2015/6.1, p. 159-168.

Bierens 2009
B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

Blomkwist 2007
J.W.H. Blomkwist, 'De functie van het bankkrediet', *TvI* 2007/19.

Boffa 2007
R. Boffa, 'L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession', *D.* 2007/17.

Van Boom & Lindenbergh 2013
W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, *Politiek privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Van den Bosch & Beekhoven van den Boezem 2009
R. van den Bosch & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Uitoefening van goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de (bank)praktijk', *MvV* 2009/4, p. 85-94.

Bourassin, Bremond & Jobard-Bachellier 2014
M. Bourassin, V. Bremond & M-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e édition, Paris: Dalloz 2014.

Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007
C.G. Breedveld-de Voogd & W.G. Huijgen, 'Uitleg van een akte van levering bij de overdracht van onroerende zaken', *WPNR* 2007/6709, p. 398-407.

Brehm/Berger 2006
W. Brehm & C. Berger, *Sachenrecht*, 2. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Brehm/Berger 2014
W. Brehm & C. Berger, *Sachenrecht*, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

Brinkmann 2011
M. Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen. Eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Entwicklungen* (Habilitationsschrift Universität Köln), Jus Privatum, Band 156, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

Brunner 1973
C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973.

Van Buchem-Spapens & Pouw 2013
A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering* (Mon. Privaatrecht 2), Deventer: Kluwer 2013.

Bülow 2012
P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen*, 8. Auflage, München: C.F. Müller 2012.

Cabrillac e.a. 2010
M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac & Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e édition, Paris: LexisNexis Litec 2010.

Canaris 1973
C.-W. Canaris, 'Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkonten', *NJW* 1973, p. 825-833.

Le Corre 2013
P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, septième édition, Paris: Dalloz 2013.

Van Dam 2013
C.C. van Dam in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Studiereeks Burgerlijk Recht deel 3, 7e druk, Deventer: Kluwer 2013.

Damsteegt-Molier 2009
F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Diephuis
G. Diephuis, *Het Nederlansch burgerlijk regt VI en VII*, Groningen: J.B. Wolters 1880-1882.

Dirix 2009
E. Dirix, 'Fiscale schuldvorderingen in rechtsvergelijkend perspectief', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en Crediteuren* (INSOLAD jaarboek 2009), Deventer: Kluwer 2009.

Erster Bericht Insolvenzrechtskommission 1985
Bundesministerium der Justiz (hrsg.), *Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht*, Köln: Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern 1985.

Faber 1997
N.E.D. Faber, 'Verpanding en cessie van vorderingen; bepaaldheidsvereiste', *NbBW* 1997, p. 126-129.

Faber 2005
N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

Farge 2007
M. Farge, *Les Sûretés*, Grenoble: Presses universitaires de Grenoble 2007.

Van der Feltz I & II
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz, I & II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Fesevur 2005
J.E. Fesevur, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Füller 2006
J.T. Füller, *Eigenständiges Sachenrecht* (Habilitationsschrift Freie Universität Berlin), Jus Privatum, Band 104, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Van Galen 1997
R.J. van Galen, 'Het primaat van de pandhouder', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 587-607.

Van Galen 2014
R.J. van Galen, 'Knelpunten in ons insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2014/84.

Ganter & Bitter 2005
H.G. Ganter & G. Bitter, 'Rechtsfolgen berechtigter und unberechtigter Verwertung von Gegenständen mit Absonderungsrechten durch den Insolvenzverwalter. Eine Analyse des Verhältnisses von § 48 zu § 170 InsO', *ZIP* 2005, p. 93-103.

Ganter 2008
H.G. Ganter, 'Der Surrogationsgedanke bei der Aus- und Absonderung', *NZI* 2008, p. 583-588.

Gaul 1968
H.F. Gaul, 'Lex commissoria und Sicherungsübereignung', *AcP* 168 (1968), p. 354-382.

Gordley 2006
J. Gordley, *Foundations of Private Law*, New York: Oxford University Press 2006.

Van der Grinten 1993
W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving* (Mon. Nieuw BW B81), Deventer: Kluwer 1993.

Gundlach 1998
U. Gundlach, 'Die „Unterscheidbarkeit" im Aussonderungsrecht', *DZWir* 1998, Heft 1, p. 12-19.

HambKomm InsO/[auteur] 2015
Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2015.

Hamwijk 2011a
D.J.Y. Hamwijk, 'Kenbaarmaking en feitelijke macht', *WPNR* 2011/6874, p. 133-140.

Hamwijk 2011b
D.J.Y. Hamwijk, 'Een openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken: in ieder geval niet van belang voor de concurrente (handels)crediteur', *TvI* 2011/2.

Hamwijk 2014
D.J.Y. Hamwijk, *Publicity in Secured Transactions Law* (diss. Amsterdam UvA), Rotterdam: Optima Grafische Communicatie 2014.

Hartlief 1999
T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999.

Van Hees 1997
J.J. van Hees, 'Herziening van het insolventierecht: een kwestie van denken én doen', *TvI* 1997/4, p. 102-107.

Van Hees 2008
J.J. van Hees, 'De separatist apart genomen', *Ondernemingsrecht* 2008/134.

Heilbron 2011
M.A. Heilbron, 'Bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken naar Nederlands, Duits en Amerikaans recht', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2011/2, p. 41-71.

Heyman 1992
H.W. Heyman, 'Logistieke problemen bij de registratie van stille pandrechten', *WPNR* 1992/6070, p. 839-841.

Van den Heuvel 2001
N.W.M. van den Heuvel, 'Zekerheid in een redelijke verhouding', *WPNR* 2001/6463, p. 918-926.

Van den Heuvel 2004
N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

HK InsO/[auteur] 2014
Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: C.F. Müller 2014.

Hoekstra 2007
G.D. Hoekstra, *De positie van de pandhouder in het faillissementsrecht* (diss. Groningen), Boom Juridische uitgevers 2007.

Van Hoof 2013
V.J.M. van Hoof, 'De bescherming van een vuistpandhouder en retentor tegen een eerder gevestigd stil pandrecht', *NTBR* 2013/29.

Van Hoof 2015
V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Houwing 1974
Rapport van de Commissie bevoorrechting van vorderingen, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1974.

Hromadka 1980
W. Hromadka, 'Sicherungsübereignung und Publizität', *JuS* 1980, Heft 2, p. 89-94.

Hübenthal 2007
C. Hübenthal, 'Rechtvaardigheid', in: M.J. Becker e.a. (red.), *Lexicon van de ethiek*, Assen: Van Gorcum 2007, p. 288-290.

Jansen 1990
F.M.J. Jansen, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Janssen 2006
J.F.M. Janssen, 'De levering bij voorbaat van toekomstige goederen', *WPNR* 2006/6685, p. 745-755.

De Jong 1998
Th.F. De Jong, 'Rechtspraak, HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 m.nt. WMK (Wagemakers q.q./Rabobank Roosendaal)', *TvI* 1998/6, p. 136-138.

De Jong 1999
Th.F. de Jong, 'Pandrecht en voorrang, of wat een executoriaal beslaglegger niet vermag', *Dossier over Onderneming, Financiering en Recht* 1999, nr. 39, p. 34-40.

Julienne 2012
M. Julienne, *Le nantissement de créance* (diss. Paris I), Paris: Economica 2012.

Julienne 2015
M. Julienne, 'La nature juridique du nantissement de créance', in: *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, Paris: LGDJ 2015.

Kaptein 2012a
F.J.L. Kaptein, 'Een failliet pandrecht?', *NTBR* 2012/30, p. 214-220.

Kaptein 2012b
F.J.L. Kaptein, 'Naar een elektronische registratie van onderhandse pandakten?', *MvV* 2012/5, p. 139-145.

Kaptein 2013
F.J.L. Kaptein, 'Subjectieve uitleg van cessie- en pandakten: niet bepaald objectief?', *WPNR* 2013/6974, p. 358-366.

Kaptein 2014
F.J.L. Kaptein, 'De betekenis van *Coface/Intergamma* voor de uitleg van cessie- en pandakten', *WPNR* 2014/7025, p. 623-625.

Kieninger 2008
E.-M. Kieninger, 'Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts', *AcP* 2008, 208.

Kortmann 1991
S.C.J.J. Kortmann, 'Faillissementsrecht anno 2000', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 119-136.

Kortmann & Faber 1995
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Kortmann & Faber 1998
S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Bepaaldheidsvereiste bij cessie en verpanding van vorderingen', *WPNR* 6324 (1998), p. 518-520.

Kortmann & Faber 1999
S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Een streng bepaaldheidsvereiste: geldend recht of "wishful thinking"?', *WPNR* 6374 (1999), p. 750-753.

Kortmann & Faber 2007
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, Deventer: Kluwer 2007.

Van der Kwaak 2014
D.J. van der Kwaak, 'Toekomstige vorderingen bestaan niet', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G.J.L. Bergervoet & F.M.J. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid* (Liber amicorum Wim Reehuis), Deventer: Kluwer 2014, p. 247-262.

Larenz 1982
K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1982.

Legeais 1986
D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances* (diss. Poitiers), Paris: Economica 1986.

Legeais 2007
D. Legeais, 'La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives', *Revue des Sociétés* n° 4/2007, p. 687-695.

Legeais 2013
D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9e édition, Paris: LGDJ 2013.

Lévis 1989
M. Lévis, *L'opposabilité du droit réel*, Paris: Economica 1989.

Loth 2009
M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Mon. BW A19), Deventer: Kluwer 2009.

Lwowski, Fischer & Langenbucher 2011
H.-J. Lwowski, G. Fischer & K. Langenbucher (Hrsg.), *Das Recht der Kreditsicherung*, 9., völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2011.

Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck 2013
Ph. Malaurie, L. Aynès & Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations,* 6e édition, Paris: LGDJ 2013.

Medicus 2006
D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil,* 17. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2006.

Meijers 1958
E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht. Algemene Leer van het Burgerlijk Recht – Deel I,* 2e ongewijzigde, druk, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1958.

Van Mierlo 1988
A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988.

Mennens 2013
A.M. Mennens, 'Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen', *TvI* 2013/38, p. 216-231.

Meyer & Von Varel 2004
P. Meyer & H. von Varel, 'Die Sicherungszession', *JuS* 2004, 192.

Mijnssen 1983
F.H.J. Mijnssen, *Algemene aspecten van beslag en executie* (preadvies KNB 1983), Deventer: Kluwer 1983.

Mijnssen 1984
F.H.J. Mijnssen, *Geld in het vermogensrecht* (Mon. Nieuw BW A17), Deventer: Kluwer 1984.

Mijnssen 2010
F.H.J. Mijnssen, *De rekening-courantverhouding* (Mon. Privaatrecht nr. 15), Deventer: Kluwer 2010.

Molenaar 1991
F. Molenaar, *Pandrecht* (Mon. Nieuw BW B12a), Deventer: Kluwer 1991.

Mugdan 1899
B. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 5 Bände*, Berlin: Decker 1899.

MüKoBGB/[auteur] [jaartal]
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München: Verlag C.H. Beck.

MüKoInsO/[auteur] [jaartal]
Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, München: Verlag C.H. Beck.

Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 1981-I
B.W.M. Nieskens-Isphording & A.E.M. van der Putt-Lauwers, 'De derdenbescherming in boek 3 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (I)', *WPNR* 1981/5563.

Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002
B.W.M. Nieskens-Isphording & A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming*, Mon. NBW A22, Deventer: Kluwer 2002.

Van Oers 2000
M.H.M. van Oers, 'Executie van verpande zaken en omzetbelasting', *TvI* 2000/2, p. 49-57.

Ophof 1993
H.P.J. Ophof, 'Een alternatief voor de stille verpanding van vorderingen', *WPNR* 1993/6114, p. 853-857.

Palandt/[auteur] 2012
Palandt, *Beck'sche Kurz-Kommentare: Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2012.

Pape, Uhlenbruck & Voigt-Salus 2010
G. Pape, W. Uhlenbruck & J. Voigt-Salus, *Insolvenzrecht*, 2., vollständig überarbeitete Auflage, München: C.H. Beck 2010.

Parl. Gesch. Boek 3
C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 6
C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, m.m.v. J.B. Rijpkema, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992.

Parl. Gesch. nieuw bewijsrecht
G.R. Rutgers & R.J.C. Flach (red.), G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

Pérochon 2014
F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10e édition, Paris: LGDJ 2014.

Perrot & Théry 2013
R. Perrot & Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, troisième édition, Paris: Dalloz 2013.

Piedelièvre 2004
S. Piedelièvre, *Les sûretés*, 4e édition, Paris: Dalloz/Armand Colin 2004.

Pitlo/[auteur] 2012
W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 3, Goederenrecht*, 13e druk, Deventer: Kluwer 2012.

Pitlo/Rutgers & Krans 2014
G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 7, Bewijs*, 9e druk, Deventer: Kluwer 2014.

Polak (ongedateerd)
C.H.F. Polak, *Bezitloos pandrecht. Een belangrijke lezing door Prof. Mr. C.H.F. Polak voor de Studiekring voor Landbouw-Economie*, (ongedateerd).

Polak/Pannevis 2014
Polak/Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Prütting 2014
H. Prütting, *Sachenrecht*, 35. Auflage, München: C.H. Beck 2014.

Quantz 2005
T. Quantz, *Besitz und Publizität im Recht der gewerblichen Sachen* (diss. TU Dresden), Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 329, Berlin: Duncker & Humblot 2005.

Rank-Berenschot 1995
E.B. Rank-Berenschot, 'Betaling van stil verpande vorderingen rondom faillietverklaring pandgever', *NTBR* 1995/6, p. 150-154.

Rank-Berenschot 1997a
E.B. Rank-Berenschot, *Verpanding van vorderingen*, NIBE-Bankjuridische Reeks nr. 33, Amsterdam: NIBE 1997.

Rank-Berenschot 1997b
E.B. Rank-Berenschot, 'Substitutie na inning van een openbaar verpande vordering', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 237-252.

Rank-Berenschot 1998
E.B. Rank-Berenschot, noot onder HR 20 juni 1997 (*Wagemakers q.q./Rabobank*), *NTBR* 1998/5, p. 157-161.

Rank-Berenschot 1999
E.B. Rank-Berenschot, 'Stil pandhouder roerende zaken niet tot verrekening koopsom bevoegd', *Bb* 1999/11, p. 114-117.

Reehuis 1987
W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Reehuis 1994
W.H.M. Reehuis, 'Inning van en verhaal op verpande vorderingen, in het bijzonder bij derdenbeslag en faillissement', in T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB* (Brunner-Bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 315-324.

Reehuis 2004
W.H.M. Reehuis, *Levering* (Mon. NBW B6b), Deventer: Kluwer 2004.

Rongen 2012
M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

Saint-Alary-Houin 2013
C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 8e édition, Paris: LGDJ 2013.

Sagaert 2014
V. Sagaert, *Goederenrecht*, Mechelen: Kluwer 2014.

Salomons 1997
A.F. Salomons, *2014 tot 1950* (diss. Amsterdam UvA), 1997.

Salomons 2007
A.F. Salomons, 'Boekbespreking: F.M.J. Verstijlen, Vergissingen in het goederenrecht', *WPNR* 2007/6714, p. 544-548.

Salomons 2013
A.F. Salomons, 'De wetshistorische wortels van ons stille pandrecht', *AA* 2013/4, p. 319-325.

Van Schaick 1998
A.C. van Schaick, 'Uitlegregels', *WPNR* 1998/6311, p. 272-277.

Schim 2006
B.F.L.M. Schim, *Giraal effectenverkeer en goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006.

Scholten 1909
P. Scholten, 'Uitlegging van testamenten', *WPNR* 1909/2058.

Schuijling 2016
B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Schulte-Kaubrügger 2011
Ch. Schulte-Kaubrügger, 'Kontoeinrichtung durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter: Sonderkonto oder Anderkonto?', *ZIP* 2011, p. 1400-1405.

Serick II-III 1965-1970
R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Band III* en *Band III. Die einfache Sicherungsübertragung – Zweiter Teil*, Heidelberg: Verlaggesellschaft „Recht und Wirtschaft" mbH 1965-1970.

Simler & Delebecque 2012
Ph. Simler & Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière,* 6e édition, Paris: Dalloz 2012.

Snijders 1970
W. Snijders, 'Bezitloze zekerheid op roerende zaken', in: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970,* Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 25-39.

Snijders 2003
W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 269-287.

Snijders & Rank-Berenschot 2012
H.J. Snijders & E.F. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht deel 2, 5e druk, Deventer: Kluwer 2012.

Soergel/[auteur] [jaartal]
Soergel BGB-Kommentar, München: Verlag C.H. Beck.

Spath 2010
J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

Stahlschmidt 2011
J. Stahlschmidt, 'Die Schwierigkeiten eines (Ander-)kontos', *NZI* 2011, p. 272-276.

Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972
C.W. Star Busmann/L.E.H. Rutten & W.H. Ariëns, *Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering* (3e druk), Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1972.

Staudinger/[auteur] [jaartal]
J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin: Sellier-de Gruyter.

Stein 1972-I en II
P.A. Stein, 'Bezitloos pandrecht in het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek (I)', *WPNR* 1972/5181 en (II slot), *WPNR* 1972/5182.

Stein/H.A. Stein 2010
H. Stein/H.A. Stein, *Goed beslagen. Vormen en aspecten van het Nederlands privaatrechtelijke executie- en beslagrecht*, 4e druk, Deventer: Kluwer 2010.

Steneker 2004
A. Steneker, 'Voorrangsvragen bij stil pand op vorderingen', *WPNR* 2004/6578, p. 377-384.

Steneker 2012
A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012.

Steneker 2014
A. Steneker, 'Uitbestede executie', *WPNR* 2014/7033, p. 912-918.

Struycken 1998
T.H.D. Struycken, 'De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de *floating charge* en *Article 9 Uniform Commercial Code*: over bepaaldheid en publiciteit', *AA* 1998/5 (47), p. 65-84.

Struycken 1999
T.H.D. Struycken, 'De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste', *WPNR* 1999/6366, p. 577-582.

Struycken 2009
T.H.D. Struycken, 'Zekerheidsrechten en registratie', in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (Preadviezen uitgebracht voor de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag: SDU Uitgevers 2009.

Struycken 2010
T.H.D. Struycken, 'Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid* (Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans), Deventer: Kluwer 2010, p. 305-327.

Struycken & Van Zanten 2010
T.H.D. Struycken & T.T. van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel I en II', *TvI* 2010/9 en *TvI* 2010/13.

Suijling II en V
J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht. 2e stuk, 2e gedeelte* en *5e stuk, Zakenrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1936-1940.

Synvet 2005
H. Synvet, 'Le nantissement des meubles incorporels', *Dr. et patr.* no 140, 2005, p. 64-71.

Terré, Simler & Lequette 2009
F. Terré, P. Simler & Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations.* 10e édition, Paris: Dalloz 2009.

Terré & Simler 2010
F. Terré & P. Simler, *Droit civil. Les biens.* 8e édition, Paris: Dalloz 2010.

Timmermans 2008
J.H.S.G.K. Timmermans, 'De positie van de separatist', in: J.A. van de Hel, M.C.A. Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonschot (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 57-71.

Tjittes 2009
R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Uhlenbruck/[auteur] InsO 2015
W. Uhlenbruck, H. Hirte & H. Vallender (Hrsg.), *Insolvenzordnung. Kommentar*, 14. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen 2015.

Valk 2013
W.L. Valk in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Studiereeks Burgerlijk Recht deel 3, Deventer: Kluwer 2013.

Veder 2012
P.M. Veder, 'Verpanding made easy: verpanding van vorderingen door middel van een verzamelpandakte', *AA* 2012/6 p. 455-460.

Verdaas 2001
A.J. Verdaas, "Invulling van het bepaaldheidsvereiste in het pandrecht: 'Aan de botsing der meningen ontspringt de waarheid'", in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 213-225.

Verdaas 2008
A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008.

Verdaas 2012
A.J. Verdaas, 'Moet een cessie- of pandakte toch meer objectief worden uitgelegd?', *TvI* 2012/2, p. 5-9.

Verhagen 1997
H.L.E. Verhagen, 'Het mededelingsvereiste bij cessie', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Verhagen & Rongen 2000
H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, *Cessie. De overdracht van vorderingen op naam* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2000.

Verheul 2014
E.F. Verheul, 'De wedloop tussen leverancierskrediet en geldkrediet', *NTBR* 2014/16, p. 136-144.

Verstijlen 1994
F.M.J. Verstijlen, 'Een onzeker zekerheidsrecht', *WPNR* 1994/6124, p. 111-113.

Verstijlen 1998
F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), [s.n.] 1998.

Verstijlen 2004
F.M.J. Verstijlen, *Vergissingen in het goederenrecht* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Verstijlen/Van Nieuwstadt 2005
F.M.J. Verstijlen/F.M. van Nieuwstadt, 'Stelling: De separatistenpositie voor zekerheidsgerechtigden moet worden afgeschaft', *TvI* 2005/14, p. 48-52.

Verstijlen 2006
F.M.J. Verstijlen, *Paritas creditorum, voorrang en preferentie*, preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, *TvP* 2006/2, p. 1157-1236.

Verstijlen 2009
F.M.J. Verstijlen, 'Bouwen aan het pandrecht', in: G.T. de Jong e.a., *Markante Analyses*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 187-201.

Verstijlen 2011
F.M.J. Verstijlen, 'Het pandrecht op de schop', *NTBR* 2011/36, p. 272-275.

Verstijlen 2013
F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW nr. B11), Deventer: Kluwer 2013.

Verstijlen 2014
F.M.J. Verstijlen, 'Wie zwijgt, deelt mee', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G.J.L. Bergervoet & F.M.J. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid* (Liber amicorum Wim Reehuis), Deventer: Kluwer 2014, p. 431-441.

Voorduin III-IV 1838
J.C. Voorduin, *Geschiedenis der Nederlandse Wetboeken* III en IV, Utrecht 1838.

Vriesendorp 1992
R.D. Vriesendorp, 'De vereenvoudigde registratie van pandlijsten zoals voorgesteld door de banken: een (on)geldig pandrecht voor banken en andere pandhouders?', *WPNR* 1992/6038, p. 149-152.

Vriesendorp & Barendrecht 1993
R.D. Vriesendorp & J.M. Barendrecht, *Zekerheid door wetenschap* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1993.

Vriesendorp 1995a
R.D. Vriesendorp, 'Stille zeker*heden verleden en toekomst:* een beperkte stille registratie?', *TvI* 1995/1.

Vriesendorp 1995b
R.D. Vriesendorp, 'Connection (Mr Mulder q.q./CLBN)', *AA* 44 (1995) 7/8, p. 604-611.

Vriesendorp 2013
R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht deel 8, Deventer: Kluwer 2013.

Vriesendorp 2014
R.D. Vriesendorp, 'Onderhandse uitwinning van zekerheidsrechten: executoriaal of vrijwillig, that is the question', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G.J.L. Bergervoet & F.M.J. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid* (Liber amicorum Wim Reehuis), Deventer: Kluwer 2014, p. 453-466.

Weber 2013
R. Weber, *Sachenrecht I. Beweglichen Sachen*, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2013.

Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011
H.P. Westermann, K.-H. Gursky & D. Eickmann, *Sachenrecht*, 8., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg: C.F. Müller 2011.

Wiarda 1937
J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.

Wibier 2007
R.M. Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen* (diss. Tilburg), [s.n.] 2007.

Wibier 2012
R.M. Wibier, 'Twintig jaar stil pandrecht op vorderingen in Nederland', *WPNR* 2012/6931, p. 381-388.

Wieling 2006
H.J. Wieling, *Sachenrecht, Band I* (Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen), 2. Aufl., Berlin/Heidelberg: Springer 2006.

Wolf/Wellenhofer 2013
M. Wolf/M. Wellenhofer, *Sachenrecht*, 28., überarbeitete Auflage, München: C.H. Beck 2013.

Van Zanten 2012
T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

Zeranski 2002
D. Zeranski, 'Prinzipien und Systematik des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen', *JuS* 2002, 340.

Zwalve 2004
W.J. Zwalve, *Contextio*, Leiden: Philips van Leyden *b.p.* 2004.

Zwalve 2006a
W.J. Zwalve, *Hoofstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I. Inleiding en zakenrecht,* 3e druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Zwalve 2006b
W.J. Zwalve, "'Too convenient a form of security to be lightly abolished'", *WPNR* 2006/6665, p. 349-358.

Zwalve 2014
W.J. Zwalve, 'Hyperocha', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G.J.L. Bergervoet & F.M.J. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid* (Liber amicorum Wim Reehuis), Deventer: Kluwer 2014, p. 517-534.

Jurisprudentieoverzicht

Verwezen wordt naar paragraafnummers

Nederland

Hoge Raad

HR 13 oktober 1892, W. 6251 | 4.2.7
HR 24 februari 1911, W. 9145 (Numann/NV Staatsspoorwegen) | 3.2.3.3
HR 14 november 1913, NJ 1913/1265 | 3.4.6
HR 3 februari 1922, NJ 1922/388 (Veltman/Kooper) | 2.5.3
HR 1 april 1927, NJ 1927/601 (De Vries/N.V. Bank voor den Diamanthandel) | 7.2.2
HR 9 december 1927, NJ 1928/331 | 3.2.3.4
HR 17 januari 1929, NJ 1929/622 (Schild/Centraal Administratie- en Trustkantoor van 1926) | 7.2.2
HR 25 januari 1929, NJ 1929/616 (Haan q.q./Heineken's Bierbrouwerij Maatschappij) | 2.3.2, 2.5.2
HR 7 juni 1929, NJ 1929/285 (Giro) | 5.2.3
HR 21 juni 1929, NJ 1929/1096 (Hakkers/Van Tilburg) | 2.3.2, 2.5.2
HR 25 februari 1932, NJ 1932/301 | 5.2.2
HR 29 december 1933, NJ 1934/343 (Fijn van Draat q.q./De Nederlanden) | 3.2.3.4, 5.2.2
HR 3 januari 1941, NJ 1941/470 (Hazerswoude/Los) | 6.4.3
HR 5 mei 1950, NJ 1950/1 (Damhof/Staat) | 2.6.4
HR 4 april 1952, NJ 1953/391 (Gemeente Apeldoorn/Slagter q.q.) | 3.4.2
HR 22 mei 1953, NJ 1954/189 (Sio) | 4.3.1, 4.3.2, 4.3.4
HR 30 november 1956, NJ 1957/81 (Lieben ANMVRL) | 4.2.7
HR 28 juni 1957, NJ 1957/514 (Erba/Amsterdamse Bank) | 10.4.3.3
HR 17 juni 1960, NJ 1962/60 (Helmig-Smit) | 2.6.6.2.1
HR 7 maart 1975, NJ 1976/91 (Van Gend & Loos) | 6.4.3
HR 11 maart 1977, NJ 1977/521 (Kribbebijter) | 7.3.2
HR 10 februari 1978, NJ 1979/338 (Nieuwe Matex) | 11.5.2
HR 1 september 1978, NJ 1980/345 (Lijzenga) | 7.3.1
HR 24 oktober 1980, NJ 1981/265, (Solleveld II) | 4.3.2, 5.2.3
HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (Haviltex) | 4.2.2
HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.) | 10.3.2
HR 26 maart 1982, NJ 1982/615 (SOS/ABN en Scheepvaart Krediet) | 4.3.2, 5.4
HR 8 april 1983, NJ 1984/434, (Van Gend & Loos/Lips q.q.) | 6.6.4
HR 22 juni 1984, NJ 1984/651 (Rotterdam 1980) | 8.6.6
HR 13 maart 1987, NJ 1988/556 (Ontvanger/Spruijt q.q. en ABN) | 7.3.1

HR 13 november 1987, NJ 1988/214 (Kager q.q./Westland Utrecht Projectontwikkeling BV) | 4.4.6.4
HR 29 april 1988, NJ 1988/984 (Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank BA/De Bruyn BV) | 7.5.5.2, 7.5.6.1
HR 28 september 1990, NJ 1991/305, (De Ranitz q.q./Ontvanger) | 11.4.2
HR 20 september 1991, NJ 1992/552 (Tripels/Masson) | 4.4.6.1
HR 10 januari 1992, NJ 1992/744 (Ontvanger/NMB Postbank) | 10.4.3.4
HR 16 oktober 1992, NJ 1993/98 (Nagtegaal q.q./WUH) | 4.2.7
HR 29 januari 1993, NJ 1994/171 (Van Schaik q.q./ABN AMRO) | 2.6.6.2.3
HR 5 november 1993, NJ 1994/258 (Dutch Air/De Bary) | 6.6.4, 7.5.5.4
HR 3 december 1993, NJ 1994/176 (Glebbeek/Dijkstra) | 6.6.4, 7.3.1
HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447 (Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.) | 1.1, 2.6.6.2.2, 3.2.2, 3.4.6, 4.3.1, 4.3.5
HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN) | 1.1, 2.6.6.2.2, 6.3.2.2, 7.5.5, 7.5.5.1, 11.3, 11.4.2
HR 21 april 1995, NJ 1996/652 (Eemswater Beheer/Curatoren Capcan Beheer) | 3.3.2, 4.2.7, 4.4.2, 4.4.3
HR 30 juni 1995, NJ 1995/551 (MeesPierson/Mentink q.q.) | 6.6.4
HR 20 juni 1997, NJ 1998/362 (Wagemakers q.q./Rabobank) | 4.3.6.3
HR 19 september 1997, JOR 1997/133 (Verhagen/INB II) | 4.4.5
HR 31 oktober 1997, NJ 1998/97 (Portacabin) | 2.2
HR 23 april 1999, NJ 2000/30 (NBC/Sisal) | 7.5.5.1
HR 23 april 1999, NJ 2000/158 (Wollie) | 7.5.2, 7.5.5.1, 7.5.5.2
HR 8 december 2000, NJ 2001/350 (Stichting Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s.) | 4.2.4
HR 12 januari 2001, NJ 2002/371 (Koren q.q./Tekstra q.q.) | 7.4.2
HR 23 maart 2001, NJ 2003/715 (Ofasec/NTM) | 4.2.2
HR 13 april 2001, NJ 2001/326 (Braat/Ros) | 2.6.4
HR 29 juni 2001, NJ 2001/662 (Meijs q.q./Bank of Tokyo – Mitsubishi) | 3.2.4, 4.2.3, 4.2.7, 4.3.6.3
HR 21 december 2001, NJ 2002/60 (Van Beers c.s./Van Daalen) | 9.7
HR 12 juli 2002, NJ 2003/194 (Rabobank/Knol q.q.) | 7.5.5.1
HR 20 september 2002, NJ 2002/610 (ING/Muller q.q.) | 4.2.4, 4.2.5, 4.3.1, 4.3.6.3, 4.4.6.4
HR 20 september 2002, NJ 2004/182 (Mulder q.q./Rabobank) | 4.3.1, 4.3.6.3, 5.2.3, 9.6
HR 18 oktober 2002, NJ 2003/203 (Curatoren Habo/Besix) | 4.2.5
HR 16 mei 2003, NJ 2004/183 | 3.4.6, 4.2.3, 4.3.1, 4.4.3
HR 13 juni 2003, JOR 2003/209 (ProCall) | 7.5.6.2
HR 13 juni 2003, NJ 2004/251 (Teijsen/Marcus) | 4.2.4
HR 19 december 2003, NJ 2003/293 (Curatoren Mobell/Interplan) | 10.4.3.3
HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (DSM/Fox) | 4.2.2
HR 19 november 2004, NJ 2005/199 (ING/Gunning q.q.) | 7.5.5.2
HR 19 november 2004, NJ 2006/215 (Bannenberg/Rosenberg Polak q.q.) | 3.4.3, 7.5.5.2
HR 4 maart 2005, NJ 2005, 326 (Thomassen Metaalbouw/Vos) | 4.3.1, 4.3.6.3
HR 2 december 2005, NJ 2007/5 (WE Vastgoed/Henselmans) | 4.2.4
HR 22 juni 2007, NJ 2007/520 (ING/Verdonk q.q.) | 1.1, 7.5.5.1, 11.4.2
HR 4 september 2009, NJ 2009/397 (Van Regteren/VGK) | 4.2.2

HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96 (Hamm q.q./ABN AMRO) | 1.1, 7.5.5.1, 11.4.2
HR 20 oktober 2010, NJ 2011/111 (Kamsteeg/Lisser) | 4.2.4
HR 3 december 2010, NJ 2010/653 (ING/Nederend q.q.) | 5.4
HR 17 december 2010, NJ 2011/9 (Genco c.s./Erven De Heer) | 4.2.4
HR 25 februari 2011, NJ 2012/74 (ING/Hielkema q.q.) | 1.1, 7.3.1, 7.3.2, 7.5.3, 7.5.5.4, 7.5.6.2
HR 29 april 2011, NJ 2011/372 (Ontvanger/Eijking q.q.) | 7.4.2
HR 8 juli 2011, RvdW 2011/487 (Stichting Via. Claim/Fortis Bank & Euronext) | 4.2.6, 4.3.6.3, 4.4.6.2
HR 9 december 2011, NJ 2011/600 (Quint q.q./ING) | 8.6.5, 10.4.2.2
HR 3 februari 2012, NJ 2012/261 (Dix q.q./ING) | 1.1, 3.4.6, 4.2.7, 4.3.1, 4.3.6.3, 5.5, 5.7, 10.2, 10.4.2.1, 10.6.1, 10.6.2.1
HR 17 februari 2012, NJ 2012/605 (Rabobank/Kézér q.q.) | 5.2.3
HR 23 maart 2012, NJ 2012/421 (Manning q.q./ING) | 11.5.3
HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 (Van Leuveren q.q./ING) | 1.1, 3.4.6, 5.3, 9.3, 10.2, 10.4.1, 10.4.3.4
HR (belastingkamer) 15 maart 2013, JOR 2014/270 (Staatssecretaris van Financiën/X) | 7.3.2
HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx) | 4.2.2
HR 19 april 2013, NJ 2013/240 (X/Maatschappij van Welstand) | 4.2.4, 10.3.3
HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (Koot Beheer/Tideman q.q.) | 10.3.3, 11.6.3.2
HR 14 juni 2013, JOR 2013/293 (Van Voorst q.q./FA-MED) | 3.2.4
HR 21 juni 2013, NJ 2014/272 (Eringa q.q./ABN Amro) | 10.4.2.2
HR 20 september 2013, NJ 2014/522 (Gemeente Rotterdam/Eneco Beheer) | 4.2.2
HR 1 november 2013, NJ 2013/522 | 4.2.4
HR 7 februari 2014, NJ 2015/274 (Afvalzorg/Slotereind) | 4.2.2
HR 14 februari 2014, NJ 2014/119 (Eisers/Stichting Mitros) | 4.2.4, 4.2.5
HR 14 februari 2014, NJ 2014/264 (Feenstra q.q./ING) | 1.1, 2.6.6.2.2, 4.2.5, 7.3.1, 7.3.2, 7.5.2, 7.5.3, 7.5.5.2, 7.5.5.4, 7.5.6.2
HR 28 februari 2014, NJ 2015/192 (De Jong/KBC) | 7.5.5.2, 7.5.5.3
HR 21 maart 2014, NJ 2015/167 (Coface/Intergamma) | 4.2.5
HR 28 maart 2014, NJ 2015/365 (Norma/NLKabel) | 4.3.1, 4.3.2
HR (strafkamer) 22 april 2014, NJ 2015/184 | 2.6.6.1.3
HR 23 mei 2014, RvdW 2014/753 (ABN AMRO/UBO 35) | 5.4
HR 31 oktober 2014, NJ 2014/484 (CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.) | 11.4.2
HR 28 november 2014, RvdW 2015/4 (Heijloo/Delta Lloyd) | 11.6.3.1
HR 9 januari 2015, NJ 2015/43 (Doka/Kalmijn q.q.) | 10.3.3
HR 20 maart 2015, NJ 2015/361 (SNS) | 4.2.5
HR 1 mei 2015, NJ 2015/378 | 11.3
HR 14 augustus 2015, RvdW 2015/935 (Glencore/Curatoren Zalco) | 1.3
HR 16 oktober 2015, NJ 2016/48 (De Lage Landen/Logtestijn q.q.) | 10.4.2.2
HR 13 november 2015, NJ 2015/469 (Z/V) | 4.2.2
HR 18 december 2015, RvdW 2016/91 (Thesaiveerasingam/Balans) | 4.2.2
HR 18 december 2015, RvdW 2016/95 (Hoekstra q.q./R.M. Trade) | 10.2
HR 18 december 2015, RvdW 2016/114 (Proximedia/X) | 10.4.3.6
HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (Rabobank/Verdonk q.q.) | 1.1, 11.3, 11.4.2

Gerechtshof

Hof Amsterdam 4 januari 1927, W. 11690 | 3.2.3.4, 4.4.7
Hof Leeuwarden, 29 mei 2002, JOR 2002/181 | 7.3.1
Hof ’s-Hertogenbosch 26 augustus 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF0968 | 4.3.6.3
Hof Den Haag 20 november 2011, JOR 2012/330 | 7.3.2
Hof Amsterdam 24 januari 2012, JOR 2012/164 | 3.2.4
Hof Amsterdam 18 december 2012 JOR 2013/124 | 9.3
Hof Amsterdam 2 april 2013, JOR 2103/351 | 9.3
Hof ’s-Hertogenbosch 11 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2995 | 3.2.3.2
Hof ’s-Hertogenbosch 29 april 2014, JOR 2014/149 | 9.3
Hof Den Haag 3 juni 2014, JOR 2014/221 | 5.4
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6338 | 4.3.6.3, 5.4, 11.4.2
Hof Amsterdam 30 september 2014, JOR 2014/345 | 4.2.5
Hof Amsterdam 18 november 2014, JOR 2015/88 | 4.2.5
Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2332 | 4.2.5
Rb. Amsterdam 15 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9653 | 5.4
Hof ’s-Hertogenbosch 28 april 2015, JOR 2015/221 | 4.2.5

Rechtbank

Rb. Haarlem (pres.) 19 oktober 1990, KG 1990/373 | 11.6.3.2
Rb. Middelburg 25 februari 1998, JOR 1999/44 | 4.2.7
Rb. Middelburg 2 november 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AZ5268 | 4.3.6.3
Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG3857 | 4.3.6.3
Rb. Utrecht 3 februari 2010, JOR 2010/140 | 3.2.4
Rb. Amsterdam 15 september 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP1006 | 4.3.6.3
Rb. Haarlem 8 februari 2012, JOR 2012/371 | 9.3
Rb. Amsterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9842 | 3.5.3
Rb. Amsterdam 22 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9769 | 3.4.3
Rb. Den Haag, 16 mei 2012, JOR 2013/120 | 5.4
Rb. Roermond 1 augustus 2012, JOR 2012/309 | 10.4.2.2
Rb. Den Haag 12 september 2012, JOR 2012/377 | 9.3
Rb. Noord-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ0166 | 5.4
Rb. Midden-Nederland, 27 februari 2013, JOR 2013/220 | 5.4
Rb. Noord-Holland 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA2802 | 4.2.7
Rb. Overijssel 25 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2366 | 4.3.4, 4.3.6.3
Rb. Midden-Nederland 8 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1 | 3.4.6
Rb. Amsterdam 16 april 2014, JOR 2014/220 | 5.4
Rb. Limburg 21 mei 2014, NJF 2014/297 | 9.3
Rb. Limburg 28 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4725 | 8.6.2
Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397 |
Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9798 | 4.2.5
Rb. Noord-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2309 | 7.5.5.2
Rb. Rotterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8495 | 10.4.2.2
Rb. Gelderland 4 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8276 | 10.6.2.1

Duitsland

Reichsgericht

RG JW 1907, 329 | 9.4
RG Recht 1909 Nr 3321 | 4.3.4

Bundesgerichtshof

BGH 25.10.1952, NJW 1953, 21 | 4.3.1
BGH 5.11.1953, NJW 1954, 190 | 11.5.3
BGH 9.11.1955, NJW 1956, 337 | 10.6.2.1
BGH 8.2.1956, NJW 1956, 706 | 10.6.2.1
BGH 29.2.1956, NJW 1956, 790 | 4.3.4
BGH 13.6.1956, NJW 1956, 1315 | 4.3.1
BGH 14.7.1956, NJW 1956, 1475 | 4.2.2
BGH 14.12.1956, NJW 1957, 711 | 10.6.2.1
BGH 28.10.1957, WM 1957, 1574 | 9.4
BGH 23.11.1959, WM 1960, 171 | 7.2.2
BGH 9.6.1960, NJW 1960, 1716 | 2.6.6.2.1
BGH 22.9.1965, NJW 1965, 2197 | 4.3.2, 4.4.6.2
BGH 29.10.1967, NJW 1970, 241 | 4.3.4
BGH 18.11.1968, NJW 1969, 40 | 9.4
BGH 23.2.1973, NJW 1973, 846 | 4.2.4
BGH 9.3.1973, NJW 1973, 895 | 4.2.4
BGH 3.4.1974, NJW 1974, 1130 | 4.3.1
BGH 23.11.1977, NJW 1978, 632 | 7.4.3
BGH 22.12.1977, NJW 1978, 634 | 4.4.2
BGH 28.6.1978, NJW 1978, 1859 | 6.3.1.2
BGH 31.1.1979, NJW 1979, 976 | 4.3.1, 4.3.4
BGH 24.10.1979, NJW 1980, 226 | 7.2.2
BGH 18.6.1980, NJW 1980, 2245 | 2.5.6
BGH 13.1.1983, NJW 1983, 2018 | 9.4
BGH 11.11.1983, NJW 1984, 973 | 9.4
BGH 29.3.1990, NJW 1990, 1913 | 4.2.3, 4.4.2
BGH 30.10.1990, NJW 1991, 353 | 9.4
BGH 13.1.1992, NJW 1992, 1161 | 4.3.1
BGH 12.2.1992, NJW 1992, 1156 | 4.3.1
BGH 7.7.1992, NJW 1992, 2626 | 6.3.1.1
BGH 7.1.1993, NJW 1993, 1587 | 10.6.2.1
BGH 4.10.1993, NJW 1994, 133 | 4.3.1
BGH 30.11.1993, NJW 1998, 2047 | 10.6.2.1
BGH 16.3.1995, NJW 1995, 1668 | 4.3.1, 4.4.2
BGH 21.11.1996, NJW 1997, 729 | 9.4
BGH 13.5.1997, NJW 1997, 2322 | 10.6.2.2
BGH GS 27.11.1997, NJW 1998, 671 | 10.6.2.1
BGH 19.3.1998, NJW 1998, 2592 | 10.6.2.1
BGH 11.3.1999, NJW 1999, 1709 | 11.5.3
BGH 5.10.1999, NJW 2000, 352 | 7.2.2

BGH 12.10.1999, NJW 2000, 276 | 4.3.1, 4.3.2, 4.4.2, 4.4.6.2
BGH 2.12.1999, NJW 2000, 957 | 2.6.6.1.3
BGH 15.5.2000, NJW-RR 2001, 422 | 9.4
BGH 3.7.2000, NJW 2000, 2898 | 4.3.1, 4.4.2
BGH 11.7.2002, NJW 2002, 3475 | 6.3.2.2
BGH 14.7.2004, NJW 2005, 1192, 1193 | 2.6.6.2.1
BGH 7.10.2004, NJW 2004, 3413 | 4.2.4
BGH 16.2.2006, NJW 2006, 1873 | 6.6.5
BGH 14.12.2006, NJW 2007, 1588 | 11.5.1, 11.5.3
BGH 9.7.2007, NJW 2007, 2912 | 4.2.4
BGH 20.9.2007, NJW-RR 2008, 295 | 11.5.3
BGH 18.1.2008, NJW 2008, 1658 | 4.2.3
BGH 17.7.2008, NJW 2008, 3064 | 6.6.5
BGH 17.7.2008, NJW 2008, 3142 | 11.5.1
BGH 11.12.2008, NJW-RR 2009, 340 | 7.4.3, 11.5.1, 11.5.3
BGH 18.12.2008, NZI 2009, 245 | 11.5.3
BGH 24.3.2009, ZIP 2009, 768 | 6.3.2.2
BGH 23.4.2009, NJW 2009, 2304 | 6.3.2.2
BGH 24.4.2009, NJW-RR 2009, 1714 | 4.2.2
BGH 27.1.2010, NJW 2010, 2422 | 4.2.2
BGH 5.5.2011, NJW 2011, 2960 | 7.2.2
BGH 7.6.2011, NJW 2011, 2713 | 4.3.1

Bundesarbeitsgericht
BAG 14.12.1966, NJW 1967, 751 | 4.3.4

Oberlandesgericht
OLG Düsseldorf 16.2.1995, WM 1995, 1112 | 4.3.1
OLG Köln 31.5.1996, NJW-RR 1997, 940 | 4.2.3
OLG Dresden 18.2.1997, NJW-RR 1997, 1070 | 4.4.6.2
OLG Hamburg 10.12.1997, NJW-RR 1999, 1316 | 4.4.6.2
OLG Hamm 29.5.1998, BeckRS 1998, 16225 | 7.2.2
OLG Köln 18.4.2002, ZIP 2002, 947 | 11.5.3
OLG Brandenburg 19.9.2002, NJW 2003, 1055 | 2.5.3
OLG Köln 25.8.2004, NZI 2005, 37 | 11.5.2
OLG Frankfurt 5.7.2005, WM 2005, 2134 | 4.4.2
OLG Schleswig 10.11.2005, BeckRS 2006, 13434, LSK 2014, 030163 | 4.2.3
OLG München 21.6.2007, WM 2008, 299 | 4.4.2
OLG Frankfurt 17.6.2009, ZIP 2009, 1521 | 4.4.5
OLG Koblenz 8.12.2011, BeckRS 2012, 02504 | 4.3.1
OLG Nürnberg 11.12.2013, ZIP 2014, 280 | 6.3.1.2, 7.2.3

Landgericht
LG Düsseldorf 13.9.2013, BeckRS 2014, 10586 | 4.2.3, 4.4.2, 4.4.5

Amtsgericht
AG Nürnberg 15.2.2011, openJur 2012, 113985 | 3.4.3

Kammergericht
KG Berlin 22.11.1996, NJW-RR 1997, 1259 | 4.4.5

Frankrijk
Cour de cassation
Cass. civ. 18 février 1858, D. 1858, 1, 125; S. 1858, 1, 365 | 3.4.2
Cass. civ. 15 avril 1872, Bull. civ. N. 72 | 4.2.2
Cass. civ. 18 juin 1950, D. 1951, 125 | 3.4.2
Cass. civ. 4 décembre 1985, Bull. Civ. I, n° 336; RTD civ. 1986 | 3.2.3.1
Cass. com. 15 octobre 1991, RTD com. 1992 | 11.5.1
Cass. com. 4 février 1992, Bull. civ. IV, n° 56 | 7.2.3
Cass. com. 11 mai 1999, n° 96-11280, Bull. civ. 1999 IV, n° 98 | 7.2.3
Cass. com. 8 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 125, RTD com. 1999, 986 | 7.2.3
Cass. com. 19 février 2013, 11-21.763, ECLI:FR:CCASS:2013:CO00119 | 7.2.2
Cass. com. 7 décembre 2015, 14-18.435, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00627 | 7.2.2

Engeland
Court of Appeal
Re Hallett's Estate (1880) 13 Ch D 696 | 11.5.3

High Court
James Roscoe (Bolton) Ltd v Winder [1915] 1 Ch 62 | 11.5.3

Curriculum vitae

Floris Johannes León Kaptein werd op 3 mei 1987 geboren te Leiden. Hij behaalde zijn eindexamen in 2005 aan het Stedelijk Gymnasium te Leiden en begon in hetzelfde jaar met de studie Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. In 2011 voltooide hij de master Nederlands recht (cum laude). In 2010 studeerde hij een semester aan de University of Edinburgh Law School. Tussen 2011 en 2015 was hij als promovendus en docent verbonden aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht van de Groningse rechtenfaculteit. Hij werkte tussen 2011 en 2014 één dag in de week als juridisch medewerker bij het advocatenkantoor NautaDutilh te Amsterdam. Floris Kaptein is auteur van de Groene Serie Faillissementsrecht en redactiemedewerker bij het Tijdschrift voor Insolventierecht. Sinds februari 2016 is hij advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

Dankwoord

Allereerst dank ik mijn promotor prof. mr. F.M.J. Verstijlen voor de geweldige kans die hij mij heeft geboden en voor zijn aansporing het proefschrift te schrijven dat in mijn vingers zat. Ook dank ik prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. A.I.M. van Mierlo en prof. mr. W.H.M. Reehuis voor hun bereidheid zitting te nemen in de beoordelingscommissie. De leden van de vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht van de Groninger rechtenfaculteit en Ben, Hans, Harry, Herman en Piet dank ik voor de leuke tijd in het Harmoniegebouw. Ik dank NautaDutilh te Amsterdam voor de kans één dag in de week te kunnen werken in de praktijk. Egbert Koops, Teun Struycken en Thijs van Zanten dank ik voor hun vrijwillige en bovengemiddelde betrokkenheid bij mijn onderzoek. Veel dank ben ik verschuldigd aan Emil Verheul. Hij was bereid het hele manuscript te lezen en van commentaar te voorzien en ook eerder was het sparren met hem altijd van grote waarde. Verder dank ik mijn familie en vrienden voor hun interesse en geduld. Bovenal dank ik Hannah. Zonder haar was dit boek er vermoedelijk niet geweest.