

**De positie van de pandhouder bij een goederenrechtelijk werkend verpandingverbod.**

Is dit verbod in strijd met de uitgangspunten van het goederenrecht en bestaan er voor een pandhouder rechtens relevante manieren om dit verbod te omzeilen?

**Scriptie**

**Naam:** Monique Kouwenberg  
**Studentennummer:** 836415757  
**e-mailadres:** kouwenberg.monique@gmail.com

## **INHOUDSOPGAVE**

<b>1.</b>	<b>INLEIDING</b>	<b>6</b>
<b>2.</b>	<b>BEPERKTE RECHTEN</b>	<b>8</b>
2.1	Kenmerken van beperkte rechten	8
2.2	Verschillende typen beperkte rechten	9
2.3	Overdraagbaarheid van eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten	9
<b>3.</b>	<b>BEKNOPTE KARAKTERISTIEK VAN PANDRECHTEN</b>	<b>10</b>
3.1	Kenmerken van pandrechten	10
3.2	Stil pandrecht op een vordering op naam	11
3.3	Pandrecht op bestaande en toekomstige vorderingen	11
<b>4.</b>	<b>KORTE BESCHRIJVING VAN DE ONTWIKKELING VAN HET BEZITLOOS PANDRECHT IN HET BW</b>	<b>14</b>
4.1.	Wijzigingen ten opzichte van de regeling van het pandrecht in het BW (Oud)	14
4.2.	Huidige regeling van het pandrecht	16
4.3	De financiële zekerheidsovereenkomst	17
<b>5.</b>	<b>DE NUMERUS CLAUSUS EN DE VESTIGING VAN BEPERKTE RECHTEN</b>	<b>26</b>
5.1	Kenmerken van het goederenrecht	26

5.2	Het gesloten systeem van het goederenrecht	27
5.3	Typen goederenrechtelijke rechten	27
5.4	Restricties nader bekeken	28
<b>6.</b>	<b>HET CESSIE-/VERPANDINGSVERBOD</b>	<b>29</b>
6.1	Overdraagbaarheid van vorderingen	29
6.2	Wat houdt een cessie-/verpandingsverbod precies in?	30
6.3	Doel van het opnemen van een cessie-/verpandingsverbod	31
6.4	Op welk moment is er sprake van een wisseling van schuldeisers?	31
6.5	Het verpandingsverbod nader bekeken	33
<b>7.</b>	<b>OP WELKE WIJZE KUNNEN VORDERINGEN OP NAAM ONOVERDRAAGBAAR/ONVERPANDBAAR WORDEN GEMAAKT?</b>	<b>36</b>
7.1	Wettelijke regeling	36
7.2	In welke gevallen heeft het onoverdraagbaarheids-/onverpandbaarheidsbeding obligatoire en in welke gevallen goederenrechtelijke werking?	37
<b>8.</b>	<b>HET CESSIE-/VERPANDINGSVERBOD IN DE ONS OMRINGENDE LANDEN EN INTERNATIONALE REGELINGEN</b>	<b>41</b>
8.1	Algemeen	41

8.2	Werking cessie-/verpandingsverbod in Duitsland	42
8.3	Werking cessie-/verpandingsverbod in België en Frankrijk	43
8.4.	Werking cessie-/verpandingsverbod in Spanje, Italië, Portugal en Griekenland	43
8.5.	Werking cessie-/verpandingsverbod in Oostenrijk	43
8.6	Werking cessie-/verpandingsverbod in Engeland en de VS	44
8.7	Internationale regelingen	44
8.7.1	Uniform Commercial Code (UCC)	45
8.7.2	UNICITRAL Verdrag Inzake Cessie Van Vorderingen en UNICITRAL Legislative Guide on Secured Transactions	45
8.7.3	UNIDROIT Verdrag inzake Internationale Factoring	45
8.7.4	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004	45
8.7.5	Principles of European Contract Law (PECL)	46
8.7.6	Draft Common Frame of Reference	46
<b>9.</b>	<b>GEVOLGEN VAN HET CESSIE-/VERPANDINGSVERBOD</b>	<b>46</b>
9.1	Algemene gevolgen	46
9.2	Gevolgen voor de pandhouder in een faillissement van de pandgever	47
9.3	De positie van de curator bij een onverpandbare vordering	49

<b>10.</b>	<b>ZIJN ER RECHTENS MET SUCCES AFDWINGBARE MOGELIJKHEDEN VOOR DE PANDHOUDER OM PREVENTIEF DE NADELIGE GEVOLGEN VAN HET BESTAAN VAN EEN ONVERPANDBARE VORDERING BIJ EEN OPVOLGEND FAILLISSEMENT VAN DE PANDGEVER TE ONDERVANGEN?</b>	<b>50</b>
10.1	Bestaande constructies	50
10.1.1	Privatieve last tot inning	51
10.1.2	Afsplitsing	51
10.1.3	Agency sale financing	52
10.2	Mogelijke alternatieve constructie (I)	53
10.3	Mogelijke alternatieve constructie (II)	59
<b>11.</b>	<b>DE BANK ALS DERDE PARTIJ BIJ DE OVEREENKOMST TUSSEN SCHULDEISER EN SCHULDENAAR</b>	<b>61</b>
11.1	Beginsel van partijautonomie	61
11.2	Theorie van de economische verdichting	62
11.3	Derdenbescherming	63
11.4	Het verpandingsverbod en meerpartijenverhoudingen	63
	<b>CONCLUSIE</b>	<b>64</b>

## 1. INLEIDING

Banken vervullen een aantal belangrijke taken in de economie en maatschappij. Één van deze taken is te zorgen voor een adequate kredietverlening aan ondernemingen. Het aantrekken van vreemd vermogen om investeringen te kunnen doen is niet alleen van groot belang voor ondernemers die vaak niet in staat zijn met eigen middelen hun onderneming te financieren, maar het heeft ook een positief effect op de werkgelegenheid en economische ontwikkeling, die gedijen bij een goed ondernemersklimaat.<sup>1</sup>

Banken eisen zekerheid voor de door hen verstrekte kredieten. Die zekerheid kan onder meer worden gevonden in het vestigen van een openbaar of stil pandrecht op roerende zaken en/of op vorderingen. Voor bedrijven die niet over eigen vermogen beschikken, biedt het vestigen van een pandrecht niet zelden *de* oplossing voor het verkrijgen van een krediet.<sup>2</sup> Daarbij is het van belang dat het vestigen van een pandrecht op eenvoudige wijze kan geschieden. Ook de wetgever heeft dit belang erkend. Met de algemene bepalingen van pand en hypotheek en de bepalingen die gelden voor pandrechten is het mogelijk gemaakt op ruime schaal, op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten pandrechten te vestigen op roerende zaken en op vorderingen.<sup>3</sup>

Ondanks het belang van kredietverlening is het voor veel ondernemingen lastig een krediet te verkrijgen. Banken zijn huiverig kredieten te verstrekken omdat het risico van niet-nakoming groot is, zeker in een tijd van economische recessie. Zij stellen daarom steeds strengere eisen aan kredietverlening, welke voornamelijk bestaan uit het bedingen van meer zekerheden.

Een andere reden voor banken om strengere eisen aan kredietverlening te stellen en waardoor het voor een ondernemer moeilijker is een krediet te verkrijgen, is dat het geldend recht het mogelijk maakt een cessie- of verpandingsverbod op te nemen in een overeenkomst of in de daarbij behorende algemene voorwaarden. Hierbij wordt het de schuldeiser verboden zijn vorderingen op derden te cederen of te verpanden. Voor het opnemen van een dergelijk verbod kunnen aan de zijde van de schuldenaar gegronde redenen bestaan, doch dit verbod brengt ook een aantal nadelige consequenties met zich, zowel voor de cedent/pandgever als voor een bank die optreedt als cessionaris/pandhouder.

---

<sup>1</sup> Brief van het Ministerie van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, d.d. 23 augustus 2013.

<sup>2</sup> Snijders 1970, p.27.

<sup>3</sup> Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 685-732.

Voor de cedent/pandgever doorkruist het verbod de mogelijkheid op eenvoudige wijze en tegen zo laag mogelijke kosten krediet te verkrijgen. Het wordt hem immers onmogelijk gemaakt zijn vorderingen op derden te cederen of verpanden. In dit kader rijst dan ook de vraag of het opnemen van een dergelijk verbod in een overeenkomst onbillijk is of, indien opgenomen in de algemene voorwaarden, onredelijk bezwarend en of dit, gezien het systeem van het goederenrecht, eigenlijk wel toegestaan is.

Voor een bank als pandhouder brengt het verpandingsverbod eveneens vervelende consequenties met zich, onder andere de consequentie dat zij een krediet heeft verschaft waartegenover minder zekerheid blijkt te staan dan aanvankelijk gedacht. Ook in een faillissement van de pandgever vist de bank achter het net als het om inning van haar vordering uit hoofde van de kredietovereenkomst gaat. Door het verpandingsverbod verliest de bank namelijk haar separatisten- en preferente positie en kan zij haar vordering slechts concurrent indienen, wat veelal betekent dat zij nagenoeg niets terugziet van haar vordering op de pandgever. Wenselijk recht op dit punt zou dan ook zo vorm moeten krijgen dat het voor de bank duidelijk kenbaar is dat er een verbod rust op de te verpanden vorderingen van de pandgever; daarnaast zou een oplossing moeten worden gezocht voor het probleem dat de pandhouder bij een verpandingsverbod wordt geconfronteerd met minder zekerheid dan gedacht.

In het kader van deze scriptie wil ik gaan onderzoeken of het, gezien het goederenrechtelijke stelsel van het Burgerlijk Wetboek (hierna: "BW"), wel mogelijk is een verpandingsverbod te vestigen op vorderingen op naam. Daarnaast wil ik bezien of er voor de pandhouder preventief en juridisch houdbare mogelijkheden bestaan om de nadelige gevolgen van een onverpandbaar gemaakte vordering in een later faillissement van een pandgever te ondervangen.

Ter verwezenlijking van deze doelen beschrijf ik eerst in het kort de geschiedenis en de kenmerken van het (stil) pandrecht en het gesloten systeem van het goederenrecht. Vervolgens zal ik uiteenzetten wat een verpandingsverbod precies inhoudt en met welke motieven de schuldenaar een verpandingsverbod doorgaans wenst te bedingen. Daarna zal ik onderzoeken of het, gezien het gesloten stelsel van het goederenrecht, eigenlijk wel mogelijk is een verpandingsverbod te bedingen en hoe in de ons omringende landen met het verpandingsverbod en/of vergelijkbare constructies wordt omgegaan.

Daarnaast zal ik bespreken welke positie een pandhouder normaal gesproken inneemt in een faillissement van de pandgever en zal ik deze positie vergelijken met de positie die de pandhouder inneemt, wanneer de verpande vordering aan een goederenrechtelijk werkend verpandingsverbod is onderworpen. Tenslotte zal ik bezien of er rechtens succesvolle mogelijkheden bestaan om deze nadelige gevolgen te ondervangen.

De bronnen waar ik uit zal putten zijn de Parlementaire Geschiedenis, wetgeving, goederenrechtelijke en faillissementsrechtelijke literatuur en de op deze rechtsgebieden betrekking hebbende rechtspraak (waaronder het arrest ECLI:NL:HR:2003:AF0168, Hoge Raad 17-01-2003 (Oryx/Van Eesteren) en HR 30 juni 1995, NJ 1996, 554 (MeesPierson/Mentink q.q), alsmede het arrest ECLI:NL:HR:2014:682, HR 23-03-2014 Coface/Intergamma). In dit onderzoek zal ik mij beperken tot de positie van de pandhouder. De kwestie wanneer en of een dergelijk verbod goederenrechtelijke werking heeft komt daarbij aan bod, alsmede het faillissementsrechtelijk perspectief. De nadruk ligt hierbij – als gezegd – met name op de positie van de pandhouder, omdat deze positie tot op heden onderbelicht is gebleven.

## **2. BEPERKTE RECHTEN**

### **2.1 Kenmerken van beperkte rechten**

Het BW definieert een beperkt recht als een recht dat uit een meeromvattend recht is afgeleid, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard (artikel 3:8 BW). Een beperkt recht geeft degene die dit recht heeft dezelfde bevoegdheden als degene die een meeromvattend recht op het goed heeft, maar dan slechts voor dat gedeelte waarop het beperkte recht is gevestigd.

Beperkte rechten kunnen zowel zelfstandig als afhankelijk zijn. Een afhankelijk recht is een recht dat zodanig aan een ander recht is verbonden dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan (artikel 3:7 BW). Een voorbeeld van een zelfstandig recht is het recht van vruchtgebruik, een voorbeeld van een afhankelijk recht is het pandrecht. Het gevolg van een afhankelijk recht is dat bij overdracht van het meeromvattende recht, het afhankelijke recht mee overgaat zonder dat hier een aparte handeling voor nodig is (artikel 3:82 BW). Indien het meeromvattende recht teniet gaat, vervalt eveneens het afhankelijke recht.



## **2.2 Verschillende typen beperkte rechten**

Beperkte rechten kunnen worden onderscheiden in zekerheidsrechten, genots- en gebruiksrechten. Zekerheidsrechten zijn het recht van pand en hypotheek. Genots- en gebruiksrechten zijn het recht van vruchtgebruik, het recht van gebruik en bewoning, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden. In het kader van deze scriptie zal ik mij beperken tot de zekerheidsrechten en dan met name tot het pandrecht. De genotsrechten en het recht van hypotheek laat ik verder buiten beschouwing omdat zij geen verband houden met het onderwerp van mijn scriptie.

## **2.3 Overdraagbaarheid van eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten**

Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen de overdracht verzet (artikel 3:83 lid1 BW). Een uitzondering op deze regel is te vinden in het tweede lid van dit artikel, dat bepaalt dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten. Op grond van artikel 3:83 lid 2 jo. artikel 3:98 BW kan ook de verpanding van vorderingsrechten worden uitgesloten. Deze bepalingen zijn van belang voor het verpandingsverbod en hierop kom ik later in deze scriptie terug.

Tenslotte bepaalt artikel 3:83 lid 3 BW dat andere rechten slechts overdraagbaar zijn wanneer de wet dit aangeeft. Wat dit precies inhoudt zal ik hieronder uitleggen aan de hand van een voorbeeld, namelijk het recht van erfpacht.

Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken (artikel 5:85 lid 1 BW). Een recht van erfpacht kan uitsluitend worden gevestigd op een onroerende zaak (artikel 5:85 BW). Men verkrijgt een recht van erfpacht door vestiging. Vestiging van een recht van erfpacht geschiedt op dezelfde wijze als waarop een onroerende zaak wordt overgedragen (artikel 3:98 BW), dat wil zeggen via een tussen partijen opgemaakte notariële akte en inschrijving in de openbare registers, op grond van een geldige titel en een daartoe bevoegde eigenaar (artikel 3:89 BW).

Een recht van erfpacht worden overgedragen, tenzij in de akte van vestiging wordt bepaald dat het recht van erfpacht niet zonder toestemming van de eigenaar kan worden overgedragen of toebedeeld (artikel 5:91 BW). Dit beding heeft derdenwerking als het in de akte van vestiging is

opgenomen en de akte in de openbare registers is ingeschreven. Hierbij zij opgemerkt dat een zodanige bepaling aan executie door schuldeisers niet in de weg staat.<sup>4</sup>

### **3. BEKNOPTE KARAKTERISTIEK VAN PANDRECHTEN**

#### **3.1 Kenmerken van pandrechten**

Pandrechten zijn zowel beperkte rechten als afhankelijke rechten, welke ontstaan door vestiging. De vestiging geschiedt doordat de pandgever een bepaald aan hem toebehorend goed in pand geeft aan de pandhouder, welke pandhouder dit goed in pand neemt. Voor het vestigen van een pandrecht gelden dezelfde eisen als die gelden voor de overdracht van een goed. De wetgever heeft de vestiging van een beperkt recht (waaronder het pandrecht) op een goed namelijk benaderd alsof degene met het moederrecht een deel van zijn bevoegdheden overdraagt aan de beperkte gerechtigde.<sup>5</sup> Voor het vestigen van een pandrecht is dan ook vereist, een geldige titel (artikel 3:84 lid 1 BW), beschikkingsbevoegdheid van de pandgever en het verrichten van een vestigingshandeling. Ook dient het te verpanden goed met voldoende bepaalbaarheid te zijn omschreven.

De vestigingshandeling verschilt al naar gelang men een openbaar of een stil pandrecht wil vestigen. Een openbaar pandrecht op een roerende zaak dient in de macht van de pandhouder of een derde te worden gebracht (artikel 3:236 BW). Een stil pandrecht op een roerende zaak geschiedt bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte zonder dat de zaak in de macht van de pandhouder of van een derde wordt gebracht (artikel 3:237 lid 1 BW).

Een openbaar pandrecht op een vordering op naam kan worden gevestigd door een daartoe bestemde akte en mededeling daarvan aan de debiteur van de verpande vordering (artikel 3:94 lid 1 jo. 236 lid 2 BW). Een stil pandrecht op een vordering op naam kan worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte zonder mededeling daarvan aan de debiteur van de verpande 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 (artikel 3:239 lid 1 BW).

---

<sup>4</sup> Slangen 2002.

<sup>5</sup> Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, p. 309. Deze benadering geldt tevens voor het bepaalde in artikel 3:98 BW.

### 3.2 Stil pandrecht op een vordering op naam

Zoals gezegd vestigt men een stil pandrecht op een vordering op naam bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder daarvan mededeling te doen aan de schuldenaar (artikel 3:239 lid 1 BW). In de vestigingsakte verklaart de schuldenaar bevoegd te zijn tot verpanding en dat op het onderpand geen beperkte rechten rusten. Als er wel beperkte rechten op het goed rusten, dient de schuldenaar te verklaren welke rechten dit zijn (artikel 3: 237 lid 2 jo. 3:239 lid 2 BW).

Het vestigen van een pandrecht door middel van een authentieke akte geschiedt bij een notaris. De notaris registreert de authentieke akte om het tijdstip van vestiging van het pandrecht vast te leggen. Een pandrecht kan ook bij onderhandse akte worden gevestigd. Onderhandse akten konden voorheen worden geregistreerd bij de belastingdienst. Sinds 1 januari 2013 heeft de overheid met de voorgenomen wijziging van de Registratiewet 1970 het registreren van onderhandse akten beperkt tot de in de wet verplicht gestelde akten en is het niet meer mogelijk *alle* onderhandse akten bij de belastingdienst te laten registreren.<sup>6</sup> Zij maakt daarbij een uitzondering voor de registratie van onderhandse akten in het kader van (stille en bezitloze) verpanding, nu de wet aan de totstandkoming van zodanige rechten de eis van (authentieke of) geregistreerde onderhandse akte stelt.<sup>7</sup> Registratie van onderhandse akten voor het vestigen van een stil pandrecht op vorderingen dient dus nog steeds bij de belastingdienst te geschieden.

### 3.3 Pandrecht op bestaande en toekomstige vorderingen

Het is mogelijk een pandrecht te vestigen op zowel bestaande als toekomstige vorderingen (artikel 3:97 jo. 3:98 BW).

Toekomstige vorderingen kunnen worden onderscheiden in absoluut en relatief toekomstige vorderingen. Absoluut toekomstige vorderingen zijn vorderingen die op het moment van vestiging nog niet bestaan. Relatief toekomstige vorderingen zijn vorderingen die op het moment van vestiging reeds bestaan maar nog aan een ander toebehoren en waarover de vervreemder nog niet kan beschikken.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> zie [www.bno.nl/nieuws/datumregistratie-bij-de-belastingdienst-afgeschaft](http://www.bno.nl/nieuws/datumregistratie-bij-de-belastingdienst-afgeschaft).

<sup>7</sup> Zie [www.dvdw.nl/nl/actueel/2013/1/10/registratie-van-akten](http://www.dvdw.nl/nl/actueel/2013/1/10/registratie-van-akten).

<sup>8</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 218.

Voor toekomstige vorderingen geldt dat de pandhouder, in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever, alvast alle handelingen kan verrichten die vereist zijn voor het vestigen van het pandrecht. Zodra de pandgever beschikkingsbevoegd is, wordt er automatisch een pandrecht gevestigd op het goed. Er hoeft verder niets meer te gebeuren omdat reeds eerder is voldaan aan alle andere vereisten voor het vestigen van het pandrecht.<sup>9</sup> Ten aanzien van toekomstige vorderingen geldt de beperking dat een stil pandrecht op toekomstige vorderingen alleen kan worden gevestigd op vorderingen die de pandgever rechtstreeks zal verkrijgen uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding, waarin de vordering haar onmiddellijke grondslag vindt (een relatief toekomstige vordering).<sup>10</sup> Een stil pandrecht op een absoluut toekomstige vordering is wettelijk gezien dus niet mogelijk.

Ondanks het feit dat stille verpanding van absoluut toekomstige vorderingen wettelijk gezien niet mogelijk is, heeft de Hoge Raad in arrest Dix q.q./ING voor het eerst bevestigd dat banken, indien zij beschikken over een geldige volmacht, via een verzamelpandakte vorderingen van kredietnemers op derden rechtsgeldig aan zichzelf kunnen verpanden.<sup>11</sup>

De gedachte die achter de verzamelpandakte schuil gaat is dat de kredietnemer (zonder deze verzamelpandakte) bij verpanding van alle absoluut toekomstige vorderingen aan een bank, gehouden is, om bij het ontstaan van elke nieuwe vordering, een nieuw pandrecht te vestigen ten behoeve van diezelfde bank. Dit zou zowel voor de kredietnemer als een bank een enorme administratieve rompslomp met zich meebrengen. De invoering van de verzamelpandakte heeft hieraan een einde gebracht. Hoe de verzamelpandakte tot stand komt, zal ik hieronder kort uiteenzetten.

Indien er een kredietaanvraag wordt gedaan bij een bank wordt tussen bank en kredietnemer een kredietovereenkomst opgesteld (ook wel stampandakte genoemd). In deze kredietovereenkomst verbindt de kredietnemer zich jegens de bank om al zijn (absoluut) toekomstige vorderingen op derden aan de bank te verpanden. Daarnaast geeft de kredietnemer in de kredietovereenkomst en/of in de van toepassing zijnde algemene voorwaarden aan de bank een onherroepelijke volmacht om deze vorderingen namens hem aan de bank te verpanden.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Slangen 2002, p. 141.

<sup>10</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo, 3-IV 2013, p. 230-231. Zie in dit verband ook HR 24 oktober 1980, *NJ* 1981.

<sup>11</sup> Arrest ECLI:NL:HR:2012:BT6947 Hoge Raad 03-02-2012 (ING/Dix).

<sup>12</sup> Van Buchem & De Man 2012, p. 6-7.

De bank registreert op basis van alle volmachten die zij van al haar kredietnemers heeft verkregen regelmatig een onderhandse akte (ook wel verzamelpandakte genoemd) waarin zij alle tot dan toe ontstane vorderingen van al haar kredietnemers aan zichzelf verpandt. De bank is er dan vrijwel zeker van dat zij als pandhouder kan beschikken over het overgrote deel van de vorderingen van de kredietnemers. De enige onzekerheid die zij voorheen nog had, was dat de Hoge Raad zich nog niet had uitgelaten over de rechtsgeldigheid van de verzamelpandakte.<sup>13</sup> Aan deze onzekerheid is met het arrest Dix q.q./ING een einde gekomen.<sup>14</sup>

Een toekomstige vordering kan alleen worden verpand als de vordering voldoende bepaalbaar is (artikel 3:231 lid 2 BW). Hierbij is het voldoende dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.<sup>15</sup> Om te kunnen beoordelen of een toekomstige vordering voldoende bepaalbaar is, maakt de Hoge Raad gebruik van de Haviltex-maatstaf.<sup>16</sup> In het Dix q.q./ING-arrest had de curator onder andere aangevoerd dat door het niet vermelden van alle namen van de pandgevers in de verzamelpandakte de verpande vorderingen onvoldoende waren bepaald als gevolg waarvan het pandrecht niet rechtsgeldig was gevestigd. Volgens de Hoge Raad staat die omstandigheid echter niet in de weg aan een rechtsgeldige verpanding van de vorderingen op derden.<sup>17</sup> Volgens haar mag de eis van bepaalbaarheid niet te strikt worden uitgelegd. Zoals gezegd is de Hoge Raad van mening dat het voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.<sup>18</sup>

Volgens Van Buchem & De Man kan worden betoogd dat de beperking in de wet ten aanzien van absoluut toekomstige vorderingen dient te worden geschrapt nu de Hoge Raad de mogelijkheid biedt om binnen de reikwijdte van artikel 3:239 BW absoluut toekomstige vorderingen op relatief eenvoudige wijze te verpanden.<sup>19</sup>

Zoals later in deze scriptie aan de orde komt kan het verpanden van toekomstige vorderingen problemen op leveren indien onder de verpande vorderingen (later, bij de totstandkoming van de

---

<sup>13</sup> Van Buchem & De Man 2012, p. 7.

<sup>14</sup> ECLI:NL:HR:2012:BT6947 Hoge Raad 03-02-2012 (ING/Dix)

<sup>15</sup> HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447, HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 508, HR 20 juni 1997, *NJ* 1998, 362, HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 689, en HR 19 december 1997, *NJ* 1990, 690.

<sup>16</sup> HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635. Zie tevens de arresten ECLI:NL:HR:2003:AF4602, HR 16-05-2003, en ECLI:NL:HR:2002:AE3381 Hoge Raad, 20-09-2002.

<sup>17</sup> Zie in dit kader eveneens de arresten ECLI:NL:HR:2002:AE7842, Hoge Raad 20-09-2002 (Mulder q.q./Rabobank) en ECLI:NL:HR:2005:AR6165, Hoge Raad 04-03-2005 (Thomassen Metaalbouw/Vos)

<sup>18</sup> ECLI:NL:HR:2012:BT6947 Hoge Raad 03-02-2012 (ING/Dix), r.o. 4.6.2.

<sup>19</sup> Van Buchem & De Man 2012, par.6.

verpanding) een vordering blijkt te zijn opgenomen die eerder ‘bezwaard’ is met een verpandingsverbod, met andere woorden: die onverpandbaar blijkt te zijn.

## **4 KORTE BESCHRIJVING VAN DE ONTWIKKELING VAN HET BEZITLOOS PANDRECHT IN HET BW**

### **4.1 Wijzigingen ten opzichte van de regeling van het pandrecht in het BW (Oud)**

Één van de voornaamste wijzigingen met betrekking tot de regeling van het pandrecht betrof de erkenning van het bezitloos pandrecht.<sup>20</sup>

Het vestigen van een bezitloos pandrecht was vóór invoering van het huidige BW niet mogelijk. Het oude recht kende slechts een pandrecht op roerende zaken waarbij ter verkrijging van een krediet, de roerende zaken in handen van de pandhouder dienden te worden gebracht. Omdat dit voor de bedrijfsvoering tot onwerkbaar situaties leidde (men kon bijvoorbeeld geen café uitbaten indien men bij de vestiging van een vuistpand de inventaris in de macht van de pandhouder moest brengen), werd door middel van een fiduciaire eigendomsoverdracht door de schuldeiser een verhaalsmogelijkheid op zaken verkregen die in de macht van de schuldenaar bleven.<sup>21</sup> Hierbij werd het bezit overgedragen, maar bleef de zaak onder de vervreemder. De Hoge Raad heeft in 1929 in een tweetal arresten deze eigendomsoverdracht tot zekerheid geoorloofd verklaard.<sup>22</sup> In het arrest Bos/Heineken<sup>23</sup> overwoog de Hoge Raad:

“dat dus de strekking der overeenkomst, datgene wat partijen beogen door haar te bewerken, hierin bestaat, dat de inventaris van Bos zou strekken tot zekerheid van de door dezen aangegane geldleening en hiermee de oorzaak der gesloten overeenkomst is vastgesteld; dat die oorzaak niet ongeoorloofd is; (...); dat ook eene ongeoorloofde wetsontduiking ten deze niet is aan te nemen; (...); dat voorts strijd met de goede zeden niet aanwezig is; (...); terwijl verder de enige door de wet voorziene overeenkomst beoogende roerend goed als zekerheid van schulden te doen strekken –de pandovereenkomst– om voor de hand liggende redenen van practischen aard in dit geval voor partijen te eenen male ondoeltreffend en dus uitgesloten was.”

<sup>20</sup> Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 743/744.

<sup>21</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 472.

<sup>22</sup> HR 21-06-1929, *NJ* 1929, 1096 (Hakkers/Van Tilburg) en HR 25-01-1929, *NJ* 1929, 616 (De Haan/Heineken).

<sup>23</sup> HR 25-01-1929, *NJ* 1929, 616 (De Haan/Heineken).

Meijers keerde zich met het ontwerp van het BW tegen deze rechtsfiguur van overdracht tot zekerheid. In zijn ogen leidde deze tot een onduidelijke verdeling van goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden over partijen.<sup>24</sup> Ook bood deze rechtsfiguur volgens Meijers geen inzicht in de verhaalsmogelijkheden. Voor degene die zaken deed met een ander moest duidelijk zijn in hoeverre goederen van die ander verhaal zouden bieden indien de ander niet aan zijn verplichtingen zou voldoen. De overdracht tot zekerheid bood deze duidelijkheid niet. Daarom creëerde hij een regeling die een pandrecht op roerende zaken en vorderingen mogelijk maakte, zonder dat de goederen in de macht van de pandhouder behoeften te worden gebracht.

Het voornaamste bezwaar van de regering bij de erkenning van een bezitloos pandrecht was dat crediteuren het bestaan hiervan niet konden achterhalen.<sup>25</sup> Volgens haar bevorderde erkenning van een bezitloos zekerheidsrecht het begaan van misdrijven omdat de verleiding groot zou zijn een goed tweemaal te verpanden. Ook werd vanuit de regering het bezwaar geuit dat men hier een belangrijk zakelijk recht creëerde zonder enige mogelijkheid voor crediteuren om het bestaan daarvan te achterhalen.<sup>26</sup> Om dit probleem te ondervangen zocht Meijers een oplossing in het Belgische en Franse recht die pandrechten in openbare registers publiceerden. In die landen heeft de rechter steeds vastgehouden aan de hoofdregel dat een bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken in strijd is met de wettelijke regeling van het pandrecht. Omdat er in die landen ook een maatschappelijke behoefte bleek te zijn aan de figuur van een bezitloos zekerheidsrecht heeft de wetgever bepaald dat deze zekerheden dienden te worden ingeschreven in een openbaar register.<sup>27</sup>

Anders dan in Nederland bestaat er in België en Frankrijk geen algemeen bezitloos pandrecht. Er zijn wel specifieke registerpanden te onderscheiden, waaronder het pand op een handelszaak dat echter is voorbehouden aan financiële instellingen. In 2006 heeft in Frankrijk een hervorming plaatsgevonden van de persoonlijke en zakelijke zekerheidsrechten. Hierbij is de belangrijkste vernieuwing de invoering van een bezitloos pandrecht dat is onderworpen aan registratie. In België is met invoering van de Wet van 11 juli 2013 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek gekozen voor de invoering van een registerpandrecht en publiciteit van zekerheidsrechten in een nationaal pandregister. Hierbij maakt de nieuwe Pandwet een onderscheid tussen interne rechtsgeldigheid en externe uitwerking tegenover derden. Een pandrecht verkrijgt hierbij slechts derdenwerking indien het is ingeschreven in het nationaal pandregister. De keuze voor het invoeren van een

---

<sup>24</sup> Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 1197.

<sup>25</sup> Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 688.

<sup>26</sup> Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 688.

<sup>27</sup> Snijders 1970, p. 27.

registerpandrecht is mede ingegeven door Europese ontwikkelingen, waar een voorkeur waar te nemen is voor het registerpandrecht en voor publiciteit van zekerheidsrechten.<sup>28</sup>

Tenslotte kan worden opgemerkt dat de hervorming van het Franse en Belgische zekerheidsrecht mede ingegeven is door de kredietcrisis. De wetgever heeft ingrijpen noodzakelijk geacht om ervoor te zorgen dat ondernemingen en gezinnen voldoende krediet kunnen verkrijgen, wat op zijn beurt een positief effect heeft op de economische ontwikkeling.<sup>29</sup>

In Duitsland fungeerde de eigendomsoverdracht tot zekerheid als bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken reeds vóór de invoering van de BGB in 1900. Hierbij gold niet de eis tot publicatie in een openbaar register.<sup>30</sup> Nederland heeft in 1929 het Duitse voorbeeld gevolgd en ook hier is de publicatieplicht nooit ingevoerd.<sup>31</sup> Dit is mede niet geschied vanwege het feit dat een dergelijke publicatieplicht een enorme administratieve rompslomp met zich mee zou brengen en misbruik van het bezitloos zekerheidsrecht hiermee toch niet voor honderd procent kon worden voorkomen.<sup>32</sup> Ook bleek er vanuit de kredietnemers zelf weerstand te bestaan tegen het invoeren van een publicatieplicht in openbare registers, vanwege de mogelijk verkeerde indruk die hierdoor zou worden gewekt met betrekking tot hun kredietwaardigheid en de positie van hun bedrijf.<sup>33</sup> Zoals later in deze scriptie zal blijken, brengt dit gebrek aan kenbaarheid een aantal problemen met zich mee.

#### **4.2 Huidige regeling van het pandrecht**

Op grond van artikel 3:237, eerste lid BW en artikel 3:239, eerste lid BW kunnen pandrechten op roerende zaken en vorderingen worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder dat de zaak of de vordering in de macht van de pandhouder of een derde dient te worden gebracht. Deze pandrechten worden geregistreerd in niet-openbare registers. Registratie dient slechts om het tijdstip van de vestiging van het pandrecht vast te leggen en dus niet om derden op de hoogte te brengen van het bestaan van het pandrecht.<sup>34</sup> Aan registratie van een onderhandse akte worden geen strenge eisen gesteld. Registratie van een (fax) kopie van de akte leidt reeds tot

<sup>28</sup> De nieuwe wet is in grote mate geïnspireerd door de UNICITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, de Model Law on Secured Transactions van de Europese Bank voor Wederopbouw en Ontwikkeling (EBRD), de Unidroit-conventie en de Draft Common Frame Reference, waarover later meer.

<sup>29</sup> Dirix 2014.

<sup>30</sup> Snijders 1970, p.28.

<sup>31</sup> Salomons 2013, p. 319-325.

<sup>32</sup> Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 691 en 703.

<sup>33</sup> Snijders 1970, p.29.

<sup>34</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p.472.



een rechtsgeldige verpanding.<sup>35</sup> Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel in onderling verband en in samenhang met andere akten of feiten, kan worden vastgesteld dat de akte bestemd is tot verpanding van de in de akte genoemde vorderingen.<sup>36</sup>

#### **4.3 De financiële zekerheidsovereenkomst**

Naar aanleiding van de kredietcrisis in 2007 hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie een richtlijn opgesteld die betrekking heeft op financiële zekerheidsovereenkomsten.<sup>37</sup> De regeling van de financiële zekerheidsovereenkomst is ingegeven door de kredietcrisis, die voornamelijk is ontstaan doordat in de Verenigde Staten op grote schaal hypothecaire leningen waren verstrekt aan klanten met een slechte kredietwaardigheid. Dit leidde ertoe dat het onderlinge vertrouwen tussen banken grotendeels verloren ging en banken minder bereid waren aan elkaar en aan het bedrijfsleven geld te lenen. Om dit vertrouwen enigszins te herstellen is de constructie van de financiële zekerheidsovereenkomst bedacht.

Financiële zekerheidsovereenkomsten zijn overeenkomsten op basis waarvan partijen elkaar op tijdelijke basis geld en/of effecten verschaffen. Doel hiervan is de liquiditeit van de Europese geld- en effectenmarkten en de overdraagbaarheid van vorderingen te bevorderen. Dit doel tracht zij te bereiken door een aantal bepalingen van het faillissementsrecht- en goederenrecht (verplicht) te harmoniseren.<sup>38</sup>

De Richtlijn is primair ontworpen voor overeenkomsten tussen grote spelers op de kapitaalmarkt, zoals banken, verzekeringsinstellingen en beleggingsinstellingen, maar biedt ook ruimte voor transacties tussen grote spelers enerzijds, en ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf, anderzijds (artikel 7:52 BW).

De Richtlijn is in Nederland geïmplementeerd door de Wet tot uitvoering van de Richtlijn nr. 2002/47/EG, betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten (hierna: "Uitvoeringswet"). De financiële zekerheidsovereenkomst is opgenomen in Boek 7 BW (bijzondere overeenkomsten), maar valt zelf niet onder de categorie bijzondere overeenkomsten. Een verplichting tot het aangaan van een dergelijke overeenkomst kan in een raamovereenkomst of in de algemene voorwaarden

<sup>35</sup> ECLI:NL:PHR:2001:AB2435 HR 29-06-2001 (Meijs/Bank of Tokyo).

<sup>36</sup> Slangen 2002, p.146.

<sup>37</sup> Richtlijn nr. 2002/47/EG van 6 juni 2002, in Nederland geïmplementeerd door de Wet tot uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten.

<sup>38</sup> Keijser 2004, p. 761.

worden opgelegd.<sup>39</sup> De wetgever heeft ervan afgezien in de Uitvoeringswet op te nemen waarvoor de financiële zekerheidsovereenkomst kan worden gebruikt of wat zij inhoudt. Zij heeft hiervan afgezien omdat de wettelijke regeling toegepast moet kunnen worden op zeer uiteenlopende contracten en omdat zij ervoor wil zorgen dat ook nieuw ontwikkelde soorten financiële transacties onder het bereik van de financiële zekerheidsovereenkomst regeling kunnen vallen.<sup>40</sup>

De werking van de Uitvoeringswet is beperkt tot ondernemingen en niet van toepassing op particulieren. De beperking ten aanzien van particulieren is ingegeven door de overweging dat van een consument/debiteur niet mag worden verwacht dat hij beseft dat hij na mededeling aan hem van de verpanding van de vordering of mededeling aan hem van de cessie van de vordering niet meer bevrijdend kan betalen aan de oorspronkelijke schuldeiser. Volgens Van Vliet overtuigt deze redenering van de wetgever niet omdat de wetgever dit besef bij een normale cessie of verpanding bij de consument/debiteur wel aanwezig veronderstelt.<sup>41</sup> Het Belgische wetsvoorstel tot uitvoering van de richtlijn breidt het wetsvoorstel tot uitvoering van de richtlijn wel zover uit dat naast financiële zekerheidsovereenkomsten met gewone ondernemingen er ook financiële zekerheidsovereenkomsten met particulieren kunnen worden afgesloten.<sup>42</sup> Ten aanzien van ondernemingen dient te worden opgemerkt dat deze geen rechtspersoonlijkheid hoeven te hebben; ook in beroep of bedrijf handelende natuurlijke personen kunnen financiële zekerheidsovereenkomsten aangaan. Op dat punt wijkt de Uitvoeringswet af van de Richtlijn.<sup>43</sup>

Zoals hierboven reeds weergegeven is de financiële zekerheidsovereenkomst primair ontworpen voor grote spelers op de kapitaalmarkt. Zij voeren financiële transacties uit, zoals repurchase agreements, securities lending agreements en valuta swaps, die overeenkomstig hebben dat zekerheid wordt gesteld die zeer gemakkelijk en snel kan worden uitgeoefend en waarmee de risico's van niet-nakoming door de wederpartij worden geminimaliseerd.<sup>44</sup> Om inzicht te krijgen in het belang van deze transacties zal ik nader ingaan op één van deze financiële transacties, namelijk repurchase agreements.

Een repurchase agreement kan worden gezien als een dubbele koopovereenkomst in tegenovergestelde richting. In de eerste koopovereenkomst verkoopt A een pakket effecten,

---

<sup>39</sup> Van Vliet 2013 p. 59.

<sup>40</sup> Van Vliet 2013, p. 59.

<sup>41</sup> Van Vliet 2013, p. 67.

<sup>42</sup> Kamerstuk 2004-2005, 28874, nr.E (uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten).

<sup>43</sup> Keijser 2004, p. 762.

<sup>44</sup> Van Vliet 2013, p. 60

bijvoorbeeld obligaties, aan B. De koopprijs hiervoor wordt meteen betaald en levering van de obligaties vindt ook meteen plaats. Vervolgens wordt een tweede koopovereenkomst gesloten tussen A en B, waarbij de obligaties door B aan A worden teruggekocht. Hierbij vindt betaling en levering niet meteen plaats maar op een overeengekomen later tijdstip. De koopprijs voor de obligaties is iets hoger dan de eerdere koopprijs, omdat er een rentevergoeding moet worden betaald.

Een repurchase agreement kan ook ten doel hebben een lening te verschaffen. Hierbij verschaft bijvoorbeeld B een lening aan A. B ontvangt hiervoor als zekerheid een pakket obligaties van A. Het economisch risico van het pakket obligaties blijft bij A. Als de waarde van de obligaties daalt zal A verplicht zijn extra zekerheid te verschaffen aan B.<sup>45</sup>

Repurchase agreements zijn van belang voor centrale banken omdat zij hiermee de hoeveelheid liquide middelen op de markt kunnen beïnvloeden. Banken kunnen een repurchase agreement afsluiten met de centrale bank. De centrale bank verschaft dan een lening aan de bank, waarvoor de bank zekerheid moet stellen. Op deze wijze wordt de liquiditeit in de markt vergroot. Indien er teveel liquiditeit in de markt aanwezig is, kan de centrale bank besluiten repurchase agreements te onttrekken aan de markt door obligaties te verkopen aan marktpartijen. Ook kan de centrale bank besluiten repurchase agreements na de vervaldatum niet te vernieuwen.<sup>46</sup>

Omdat banken over het algemeen maar een beperkt aantal effecten hebben om hiermee een lening te verkrijgen bij de centrale bank of bij andere banken, is besloten de Richtlijn met betrekking tot financiële zekerheidsovereenkomsten uit te breiden en daaronder eveneens kredietvorderingen te laten vallen. Deze kredietvorderingen kunnen dan als onderpand worden gebruikt voor het verkrijgen van een lening bij de centrale bank of een andere bank.<sup>47</sup> Dit gaat als volgt in zijn werk:

Een ondernemer/kredietnemer kan een krediet verkrijgen bij een bank (voor de duidelijkheid noem ik dit bank A). Dit krediet wordt op de rekening van de kredietnemer gestort en de kredietnemer kan dit geld opnemen ten behoeve van de financiering van zijn of haar onderneming. Bank A kan, ter verkrijging van een lening bij een andere bank, de kredietvordering die zij heeft op de kredietnemer overdragen of verpanden aan een andere bank (voor de duidelijkheid noem ik dit bank B). Indien bank A om de een of andere reden niet aan haar verplichtingen uit hoofde van de

---

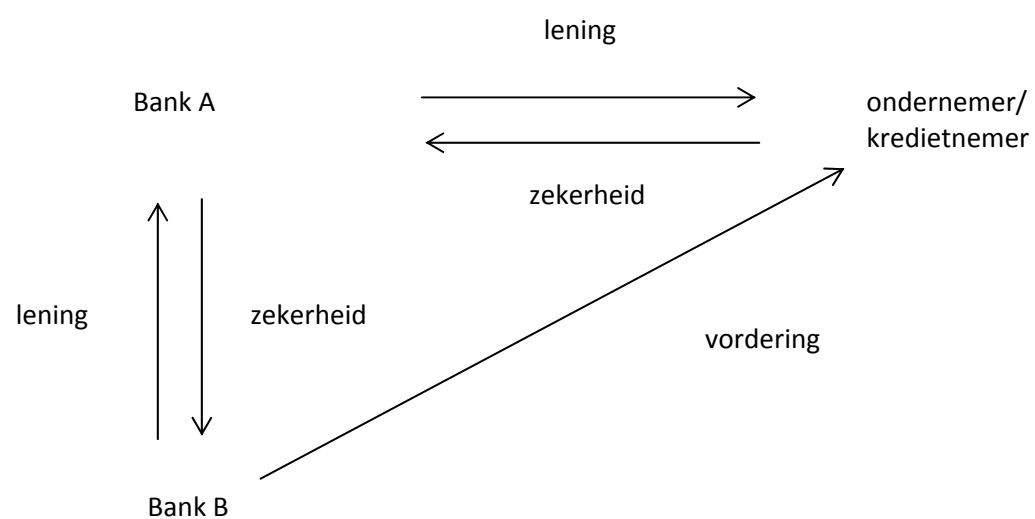
<sup>45</sup> Van Vliet 2013, p. 61-62.

<sup>46</sup> Van Vliet 2013, p. 64.

<sup>47</sup> Van Vliet 2013, p. 65.

leningsovereenkomst voldoet, verkrijgt bank B een vordering op de kredietnemer. Zij is dan in plaats van bank A bevoegd de vordering op de kredietnemer te innen.

Schematisch weergegeven ziet dit er als volgt uit:



Het voordeel van financiële zekerheidsovereenkomsten voor banken is dat zij kredieten kunnen verstrekken tegen een relatief lage rente en dat zij zelf minder kapitaal hoeven aan te houden ter dekking van de lening omdat het risico van niet-nakoming geringer is.<sup>48</sup> Het voordeel van financiële zekerheidsovereenkomsten voor ondernemingen zou kunnen zijn gelegen in het feit dat het voor hen makkelijker is een lening te verkrijgen bij een bank. Daartegenover kan als minpuntje gelden dat ondernemingen die een financiële zekerheidsovereenkomst zijn aangegaan op een bepaald moment kunnen worden geconfronteerd met een andere bank als schuldeiser. Dit kan voor een kredietnemer nadelig zijn, bijvoorbeeld wanneer met bank A gemaakte betalingsafspraken niet door bank B worden nagekomen.

Zoals gezegd worden met financiële zekerheidsovereenkomsten overeenkomsten aangeduid die ten doel hebben partijen op tijdelijke basis geld en/of effecten te verschaffen. Daarbij kunnen twee typen overeenkomsten worden onderscheiden, namelijk de financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht (artikel 7:51 sub a en b BW) en de financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van

<sup>48</sup> Van Vliet 2013, p.60.

een pandrecht (artikel 7:51 sub a en c BW). Bij deze financiële zekerheidsovereenkomsten kunnen de in artikel 7:51 sub d, e, en f BW bedoelde goederen worden verpand of overgedragen. Het gaat daarbij om geld, effecten of bepaalde kredietvorderingen. Kredietvorderingen worden hierbij gedefinieerd als: “een geldvordering voortvloeiend uit een overeenkomst waarbij een bank als bedoeld in artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht krediet verschaft in de vorm van een lening met uitzondering van geldvorderingen waarbij de debiteur een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, tenzij de zekerheidsnemer of zekerheidsverschaffer van een dergelijke kredietvordering één van de instellingen is als genoemd in artikel 52 lid 1 onder b BW” (artikel 7:51 sub f BW). Kredietvorderingen kunnen op twee manieren worden ingeperkt.

De eerste manier om kredietvorderingen in te perken heeft betrekking op de aard van de vordering. Deze soort geldvorderingen moeten voortvloeien uit een overeenkomst waarbij een bank een lening verschaft aan de kredietnemer. Er kan geen financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht of tot overdracht worden gevestigd op vorderingen die de kredietnemer op derden heeft ter verzekering van de terugbetaling van een krediet bij de bank. Deze vorderingen zijn namelijk niet ontstaan uit hoofde van een geldlening door de bank, maar vinden haar oorsprong in het verkopen van producten of het leveren van diensten aan debiteuren van de kredietnemer.<sup>49</sup>

Bij de financiële zekerheidsovereenkomst tot het vestigen van een pandrecht komt aan de pandhouder een gebruiksrecht toe (artikel 7:53 BW). Daarbij kan aan de pandhouder de bevoegdheid worden verleend de goederen waarop hij een pandrecht heeft, te gebruiken of te verkopen. Volgens Keijser is de formulering van dit artikel misleidend en heeft de wetgever bedoeld aan de pandhouder die een gebruiksrecht heeft, beschikkingsbevoegdheid toe te kennen over het in pand gegeven goed, dus de bevoegdheid het goed te vervreemden of te bezwaren. Aan het einde van de overeenkomst is de pandhouder verplicht (indien hij het goed waarop het pandrecht was gevestigd inmiddels heeft verkocht) een gelijkwaardig goed terug over te dragen aan de pandgever. Wat hierbij onder gelijkwaardig wordt verstaan, wordt verwoord in artikel 7:51 sub f BW.

Bij financiële zekerheidsovereenkomsten die strekken tot verpanding van een kredietvordering in de zin van artikel 7:51 sub f BW kan in uitzondering op het hierboven bepaalde niet worden bedongen dat de bank de verpande goederen mag gebruiken of verkopen. In het hierboven genoemde voorbeeld mag bank B het in pand verkregen goed dus niet gebruiken of verkopen. Zij kan slechts

---

<sup>49</sup> Van Vliet 2013, p. 66-67.

tot inning van de kredietvordering overgaan indien bank A niet voldoet aan haar verplichtingen uit hoofde van de geldleningsovereenkomst.

Een tweede beperking van de term kredietvordering is gelegen in de aard van partijen. Wanneer een particuliere bank kredietvorderingen heeft op natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en zij deze vorderingen verpand of cedeert aan een andere particuliere bank is de financiële zekerheidsovereenkomst niet van toepassing. De financiële zekerheidsovereenkomst is alleen van toepassing op kredietvorderingen indien de zekerheidsgever of de zekerheidsnemer een centrale bank is of een andere instelling zoals genoemd in artikel 7: 52 lid 1 onder b BW.<sup>50</sup>

Keijser en Verdaas merken bij deze twee verschillende vormen van financiële zekerheidsovereenkomsten terecht op dat het onderscheid tussen cessie en verpanding vervaagt.<sup>51</sup> Het verschil tussen cessie en verpanding is namelijk altijd geweest dat cessie leidt tot overdracht van het betrokken goed en verpanding niet. Met de komst van de financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht, dat het recht verleent het verpande goed te gebruiken of over te dragen aan een derde, is dit onderscheid tussen cessie en verpanding opgeheven. Dit blijkt onder meer ook uit artikel 7:55 BW dat bepaalt dat de overdracht ter nakoming van een financiële zekerheidsovereenkomst geen door artikel 3:84 lid 3 BW verboden overdracht is, dat wil zeggen een overdracht die als doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Artikel 7:55 BW ziet dus alleen op overeenkomsten die strekken tot een werkelijke overdracht.<sup>52</sup> Of partijen een werkelijke overdracht hebben beoogd is een kwestie van uitleg van de overeenkomst. Daarbij zijn de Haviltexcriteria van belang.<sup>53</sup> Artikel 7:55 tweede zin BW bepaalt verder dat de regels van pand niet van toepassing of van overeenkomstige toepassing zijn. Dit betekent onder andere dat de degene die zekerheid verkrijgt ten volle over de overgedragen goederen mag beschikken.

Ondanks het bepaalde in artikel 7:55 BW stelt Keijser zich de vraag of door het implementeren van de Richtlijn in de Uitvoeringswet de eigendomsoverdracht tot zekerheid herleeft en of de financiële zekerheidsovereenkomst moet worden aangemerkt als een overdracht tot zekerheid. Hij stelt dat de

---

<sup>50</sup> Van Vliet 2013, p. 67.

<sup>51</sup> Keijser en Verdaas 2003.

<sup>52</sup> Zie in dit kader ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119, Hoge Raad 19 mei 1995 (Keereweer q.q./Sogelease);

<sup>53</sup> HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Ermes/Haviltex).

overdracht tot zekerheid slechts beoogt zekerheid te schaffen en niet als doel heeft eigendom over te dragen. De fiduciair eigenaar komt slechts een verhaalsrecht toe, niet meer dan dat. Volgens Keijser voldoet de eigendomsoverdracht tot zekerheid daarom niet aan één belangrijk kenmerk van de financiële zekerheidsovereenkomst, namelijk de verhandelbaarheid.

De Hoge Raad heeft in 2005 in het Sogelease-arrest uitgemaakt dat wat betreft de eigendomsoverdracht tot zekerheid, artikel 3:84 lid 3 BW niet in de weg staat aan een rechtshandeling tussen partijen die ertoe strekt het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan en waarbij er aan de verkrijger dus meer wordt verstrekt dan enkel een recht op een goed dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt.<sup>54</sup> Ook in het arrest BTL Lease heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het fiduciaverbod.<sup>55</sup> Hij overweegt in dit arrest dat bij de vraag of een werkelijke overdracht is beoogd, het Haviltex-criterium moet worden toegepast. Daarbij dient eveneens de waarde van de beweerdelijk overgedragen zaken te worden bekeken om te kunnen bepalen of een werkelijke overdracht is beoogd. Daarbij kan een eventuele wanverhouding tussen de hoogte van de vordering en de waarde van het overgedragen object bijdragen tot het oordeel dat partijen niet een werkelijke overdracht hebben beoogd.<sup>56</sup>

De Eerste Kamer stelt dat een interpretatie van de financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht, waarbij overdracht kan plaatsvinden zonder dat de volle eigendom van geld of effecten wordt verschaft in strijd is met de wet omdat een uitsluitend fiduciaire overdracht onverenigbaar is met artikel 3:84 lid 3 BW. De financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht strekt dan ook tot een volle overdracht van het eigendom en heeft niet slechts als doel zekerheid te verschaffen.<sup>57</sup>

De Uitvoeringswet maakt het eveneens mogelijk dat een aantal wezenlijke kenmerken van zekerheidsrechten buitenspel worden gezet. Art. 7:55 BW maakt immers de analoge toepassing van bepalingen inzake het pandrecht onmogelijk, wat zou betekenen dat er in het geval van een fiduciaire overdracht voor de verkrijger geen verplichting tot executie is. Het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 BW is niet van toepassing en de pandhouder kan het overgedragen goed behouden.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119, Hoge Raad 19-05-1995.

<sup>55</sup> ECLI:NL:PHR:2005:AT8241, NJ 2006/151, Hoge Raad 18-11-2005.

<sup>56</sup> Zie ook Brusik 2014, p. 25.

<sup>57</sup> Kamerstuk 2004-2005, 28874, nr.E (uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten).

<sup>58</sup> Keijser 2004

Een voordeel van de financiële zekerheidsovereenkomst is dat overgegaan kan worden tot een snelle afwikkeling indien er niet wordt nagekomen door de wederpartij. Hierbij is het belangrijk dat de schuldeiser snel tot ontbinding van de overeenkomst over kan gaan, dat de verbintenissen vervroegd opeisbaar worden en dat zij snel met elkaar kunnen worden verrekend, zelfs in faillissement. Het voorkomt dat de pandhouder in het faillissement van de pandgever met een oninbare vordering komt te zitten.

Ontbinding van de financiële zekerheidsovereenkomst kan buitengerechtelijk geschieden. De Richtlijn verplicht EU-lidstaten hieraan mee te werken en ervoor te zorgen dat zelfs in een faillissementssituatie kan worden verrekend.<sup>59</sup> Volgens de toelichting op de Uitvoeringswet is de huidige wetgeving (de artikelen 53 en 234 Fw) toereikend en de uitvoeringswet bevat over deze materie dan ook geen expliciete bepaling.

Indien er sprake is van een financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht en er wordt door de wederpartij niet nagekomen, dan is aan de pandhouder het recht toegekend zich te in pand gegeven goed toe te eigenen (artikel 7:54 BW). Deze regeling wijkt af van het bepaalde in artikel 3:253 BW, dat stelt dat een beding dat aan de zekerheidsnemer de bevoegdheid geeft zich het verbonden goed toe te eigenen, nietig is. De ratio van dit verbod is dat wordt gegarandeerd dat de waarde van het zekerheidsobject en ook de grootte van een eventueel overschot objectief wordt vastgesteld en daarmee wordt voorkomen dat een schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers ongerechtvaardigd wordt verrijkt.<sup>60</sup>

Wanneer het in pand gegeven object een tegoed is in geld wordt dit tegoed door de zekerheidsnemer verrekend met de vordering die hij op de zekerheidsgever heeft. Executie van kredietvordering bestaat uit verkoop en cessie van de kredietvordering en verrekening van de opbrengst met het verschuldigde. Bij dit alles kan worden opgemerkt dat het cessie-/verpandingsverbod gevolgen kan hebben voor de financiële zekerheidsovereenkomst. Door een cessie-/ verpandingsverbod kan de doelstelling van de financiële zekerheidsovereenkomst, de overdraagbaarheid van vorderingsrechten, namelijk worden doorkruist. Dit zal ik uitleggen aan de hand van mijn eerder genoemde voorbeeld.

---

<sup>59</sup> Van Vliet 2013, p. 71.

<sup>60</sup> Van Vliet 2013, p. 78-79.



Bank A sluit een kredietovereenkomst met een ondernemer/kredietnemer. In de algemene voorwaarden behorende bij de kredietovereenkomst wordt een financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van pandrecht bedongen.

Om er zeker van te zijn dat de bank geen risico's loopt indien de ondernemer/kredietnemer niet voldoet aan zijn verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst, bedingt bank A een pandrecht op debiteurenvorderingen van de ondernemer/kredietnemer.

Op een bepaald moment heeft bank A liquide middelen nodig en ter verkrijging van deze liquide middelen sluit bank A een geldleningsovereenkomst met bank B. Ter zekerheid van nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de geldlening, verpand bank B de kredietvordering die zij heeft op de ondernemer/kredietnemer aan bank B. Bank B verkrijgt dan de kredietvordering op de kredietnemer plus het onderliggende pandrecht op debiteurenvorderingen van de ondernemer/kredietnemer.

Indien bank A vervolgens om de een of andere reden niet voldoet aan haar verplichtingen uit hoofde van de geldleningsovereenkomst die zij met bank B heeft gesloten, kan bank B de in zekerheid gegeven kredietvordering aanspreken. De ondernemer/kredietnemer dient dan vervolgens af te lossen aan bank B in plaats van aan bank A.

Zolang de ondernemer/kredietnemer voldoet aan zijn verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst is er niets aan de hand. Indien hij echter niet meer aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen en bank B over wil gaan tot inning van de door de ondernemer in pand gegeven debiteurenvorderingen en er een verpandingsverbod blijkt te zitten op die vorderingen, dan komt bank B in de problemen. Bank B kan de debiteurenvorderingen niet innen en mag de door bank A in pand gegeven kredietvordering niet verkopen aan een derde partij, nu dit op grond van artikel 7:51 sub f BW niet is toegestaan. Bank B blijft dan ook zitten met een oninbare vordering.

Omdat deze situatie erg ongunstig is voor bank B rijst de vraag of zij mogelijk een beroep zou kunnen doen op de goeder trouw in de zin van artikel 3:88 lid 1 BW.

Artikel 3:88 lid 1 BW bepaalt dat, ondanks de onbevoegdheid van de vervreemder, een overdracht van een registergoed, van een recht op naam, of van een ander goed waarop artikel 3:86 BW niet

van toepassing is, geldig is, indien de verkrijger te goeder trouw is en de onbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, niet zijnde onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder.

Indien de derde, ten tijde van het verkrijgen van de onverpandbare vordering te goeder trouw is, dient daarna nog te worden bezien of de onbevoegdheid voortvloeit uit een vroegere overdracht, niet zijnde de onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. Uit het arrest Oryx/Van Eesteren (waarover later meer) volgt dat het beding van onoverdraagbaarheid/onverpandbaarheid niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van de gerechtigde tot de vordering, maar tot niet-overdraagbaarheid van de vordering zelf.<sup>61</sup> Met andere woorden, het cessie-/verpandingsverbod tast de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder/rechthebbende op de vordering niet aan. De derde heeft de onverpandbare vordering dan ook niet verkregen van een beschikkingsonbevoegde eigenaar. Hieruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat een derde verkrijger eigenaar wordt van de vordering, ondanks het feit dat daarop een verpandingsverbod rust.

Tenslotte is van belang te vermelden dat de financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht in beginsel zelf de rechtsgevolgen bepaalt. Het is aan partijen de financiële zekerheidsovereenkomst zo in te richten dat de belangen van beide bij de overeenkomst betrokken partijen in evenwicht zijn. Indien dit achteraf niet blijkt te zijn zouden de regels van de redelijkheid en billijkheid en ongerechtvaardigde verrijking een uitkomst kunnen bieden.<sup>62</sup>

## **5. DE NUMERUS CLAUSUS EN DE VESTIGING VAN BEPERKTE RECHTEN**

### **5.1 Kenmerken van het goederenrecht**

Het systeem van het goederenrecht is gesloten. Dit betekent dat er geen andere goederenrechtelijke rechten in het leven kunnen worden geroepen dan die waarin de wet voorziet, behoudens de ruimte die de wet biedt voor het maken van (aanvullende) partijafspraken. Deze regel wordt ook wel de numerus clausus regel genoemd. Biedt de wet deze ruimte, dan kunnen partijen tot op zekere hoogte bepaalde bevoegdheden en verplichtingen (met derdenwerking) tot inhoud van het beperkte recht maken. Hiervoor gelden een aantal restricties, welke ik later in dit hoofdstuk zal bespreken.

<sup>61</sup> ECLI:NL:HR:2003:AF0168 Hoge Raad, 17-01-2003 (Oryx/Van Eesteren). Zie tevens Tekst & Commentaar bij artikel 3:83 BW.

<sup>62</sup> Zie in dit kader Tekst & Commentaar bij artikel 7:55 BW.

## 5.2 Het gesloten systeem van het goederenrecht

De numerus clausus in het goederenrecht begrenst de vrijheid die partijen hebben om de tussen hen afgesproken rechten en plichten te “verzakelijken” en deze derdenwerking te verlenen.<sup>63</sup> Met derdenwerking wordt bedoeld dat de tussen partijen geldende rechten en plichten niet slechts van toepassing zijn tussen henzelf, maar tevens ten opzichte van “derden” die geen partij zijn bij de overeenkomst. Indien partijen toch (met derdenwerking) wensen af te wijken van de rechtsregels die de inhoud van een goederenrechtelijk recht bepalen, dan dienen deze afwijkende regels binnen de grenzen van de wettelijke omschrijving van het beperkte recht te vallen.<sup>64</sup> Hierbij is het nog van belang op te merken dat het partijen altijd vrijstaat door middel van een obligatoire overeenkomst hun rechtsverhouding anders in te richten. Deze partijafspraken hebben echter geen goederenrechtelijke werking maar gelden slechts tussen partijen bij de overeenkomst.<sup>65</sup>

## 5.3 Typen goederenrechtelijke rechten

De numerus clausus kan worden onderverdeeld in een aantal typen goederenrechtelijke rechten. Daarbij geldt dat het aantal typen goederenrechtelijke rechten beperkt is. Artikel 3:81 lid 1 BW bepaalt:

*“Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen.”*

Er kunnen dus *geen* andere goederenrechtelijke rechten worden gevestigd dan die door de wet zijn omschreven. De wettelijke regels met betrekking tot de inhoud van de verschillende typen goederenrechtelijke rechten zijn dwingendrechtelijk van aard, tenzij de wetgever daar zelf een uitzondering op heeft geformuleerd.<sup>66</sup> Er liggen verschillende redenen ten grondslag aan dit dwingendrechtelijke karakter van het goederenrecht. Als redenen kunnen worden genoemd: de belangen van derden, het streven naar een grotere rechtszekerheid en de behoefte om bij standaardbedingen een zekere bescherming te verlenen aan degenen die bij het bepalen van de inhoud van het standaardcontract geen invloed hebben kunnen uitoefenen.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Struycken 2007, p. 360.

<sup>64</sup> Slangen 2002, p. 79.

<sup>65</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 184.

<sup>66</sup> Struycken 2007, p.383.

<sup>67</sup> Struycken 2007, p.385.

De wet schrijft niet in zijn *algemeenheid* voor wat de inhoud van een goederenrechtelijk recht precies dient te zijn. Wel wordt in de wet voor elk afzonderlijk type goederenrechtelijk recht bepaald wat de inhoud hiervan is en in hoeverre partijen de vrijheid hebben van deze inhoud af te wijken.<sup>68</sup> Partijen kunnen dus tot op zekere hoogte bepaalde bevoegdheden (met derdenwerking) tot inhoud van een beperkt recht maken. Hierbij geldt een tweetal restricties, namelijk dat het beperkte recht nimmer bevoegdheden en verplichtingen kan inhouden die buiten de grenzen van het moederrecht vallen en dat deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband dienen te hebben met het beperkte recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. In de volgende paragraaf zal ik nader op deze restricties ingaan.<sup>69</sup>

#### 5.4 Restricties nader bekeken

De eerste restrictie is, dat het beperkte recht nimmer bevoegdheden en verplichtingen kan bevatten die buiten de grenzen van het moederrecht vallen. Aan deze restrictie liggen twee theorieën ten grondslag met betrekking tot de aard van het beperkte recht. Het betreft de afspiegelingstheorie en de afsplitsingstheorie. Deze theorieën, en hun verschillen ten opzichte van elkaar, zal ik hieronder kort uiteenzetten.

Bij de afspiegelingstheorie wordt de vestiging van een beperkt recht aangemerkt als de toekenning van bevoegdheden door de moedergerechtigde aan de beperkt gerechtigde. Deze bevoegdheden zijn gespiegeld aan de bevoegdheden van de moedergerechtigde en kunnen daarom niet ruimer zijn dan de bevoegdheden van de moedergerechtigde. De moedergerechtigde kan de haar toekomende bevoegdheden na de vestiging van het beperkte recht zelf niet meer uitoefenen zolang het beperkte recht geldt.<sup>70</sup> Gaat het beperkte recht teniet dan kan de moedergerechtigde de haar toekomende bevoegdheden weer uitoefenen.

Bij de afsplitsingstheorie wordt de vestiging van een beperkt recht aangemerkt als de afsplitsing van een aantal bevoegdheden van het moederrecht en overdracht van die bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde. Ondanks de afsplitsing blijft de moedergerechtigde eigenaar, zelfs indien bijna al haar bevoegdheden over zijn gegaan op beperkt gerechtigden.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Struycken 2007, p.14.

<sup>69</sup> Toelichting Meijers (25 mei 1955), Algemene opmerkingen over Boek 5, punt 3, PG 5, p.3 en TM, algemene opmerkingen over boek 5, punt 3, derde alinea, PG 5, p.3. (zie verder Struycken 2007, p.383 en p.387.

<sup>70</sup> Struycken 2007, p.361.

<sup>71</sup> Struycken 2007, p. 362.

Uit de afsplitsingstheorie vloeit het subtractieprincipe voort. Dit principe houdt in dat beperkte rechten slechts dat deel van de bevoegdheden kunnen bevatten die daarvoor volledig toekwamen aan de moedergerechtigde. De gedachte hierachter is dat het beperkte recht zelf nooit mede kan bestaan uit een verplichting, aangezien de moedergerechtigde nooit tot iets verplicht is en deze verplichting dan ook niet kan overgaan op de beperkt gerechtigde. Voor zover er dan toch verplichtingen zouden komen te rusten op de beperkt gerechtigde, kunnen deze verplichtingen nooit goederenrechtelijke werking hebben, maar gelden zij slechts tussen partijen.<sup>72</sup> Uit beide theorieën komt naar voren dat het moederrecht bepaalt welke bevoegdheden en verplichtingen wel en welke niet kunnen worden overeengekomen.

De tweede restrictie bepaalt dat de bevoegdheden en verplichtingen van een beperkt gerechtigde een zodanig verband dienen te hebben met het moederrecht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Het is niet geheel duidelijk wat de wetgever precies heeft bedoeld met deze restrictie. Volgens Struycken is het denkbaar dat deze aanvullende bevoegdheden en verplichtingen gespiegeld dienen te worden aan het moederrecht en dat zij de kerneigenschappen van dit moederrecht dienen te ondersteunen. Zij mogen daarvan niet losstaan of ermee in strijd zijn.<sup>73</sup>

Bovengenoemde goederenrechtelijke theorieën zijn van belang voor de beantwoording van de vraag of een verpandingsverbod eigenlijk wel is toegestaan. In het volgende hoofdstuk zal ik hier nader op ingaan.

## **6 HET CESSIE-/ VERPANDINGSVERBOD**

### **6.1 Overdraagbaarheid van vorderingen**

Het is de vraag of men eigendom kan hebben van een vorderingsrecht. Mollema stelt dat de constructie van de “eigendom van vorderingsrechten” is gebruikt om ervoor te zorgen dat vorderingen op naam vrij kunnen worden overgedragen.<sup>74</sup> Volgens hem betekent dit niet dat “eigendom” van een vorderingsrecht ook echt bestaat of zou moeten bestaan.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Struycken 2007, p. 401-402.

<sup>73</sup> Asser/Mijnssen & De Haan 3-1, 2001, nr. 31.

<sup>74</sup> Mollema 2013, p. 150.

<sup>75</sup> Mollema 2013, p. 151.

Vroeger werd een vorderingsrecht gezien als een hoogst persoonlijk recht dat niet aan een derde kon worden overgedragen of worden verpand. Met de groei van de economie en het economisch handelsverkeer is deze visie verlaten en vereist de praktijk dat vorderingen gemakkelijk verhandelbaar zijn en dat daarop eveneens gemakkelijk zekerheidsrechten kunnen worden gevestigd. Medewerking van de schuldenaar is daarbij niet vereist.<sup>76</sup> Artikel 3:83 lid 1 BW bepaalt dan ook dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet.

Om de levering van vorderingsrechten eenvoudiger te maken is de stille cessie (artikel 3:94 lid 3 BW) geïntroduceerd. Artikel 3:94 lid 1 BW bepaalt dat tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen rechten geleverd worden door een daartoe bestemde akte en mededeling daarvan aan die personen door de vervreemder of verkrijger. Artikel 3:93 lid 3 BW bepaalt dat deze rechten ook kunnen worden geleverd door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling daarvan aan die personen tegen wie die rechten moeten worden uitgeoefend, mits deze rechten ten tijde van de levering reeds bestaan of zullen worden verkregen uit een reeds dan bestaande rechtsverhouding. Dit laatste artikellid behandelt de zogenaamde stille cessie.

Het voordeel van stille cessie is gelegen in het feit dat er geen mededeling van de overdracht van de vordering meer hoefde te worden gedaan aan de schuldenaar, wat makkelijker was bij moderne financieringsvormen zoals factoring, securitisatie en covered bonds.<sup>77</sup> Deze ingreep van de wetgever, om te zorgen voor een goede en makkelijke overdracht en verpanding van vorderingen, wordt echter steeds meer ondermijnd door de komst van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen in overeenkomsten en algemene voorwaarden.<sup>78</sup> In de volgende paragraaf zal ik nader ingaan op deze onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen.

## **6.2 Wat houdt een cessie-/verpandingsverbod precies in?**

Een cessie-/verpandingsverbod kan worden bedongen in een overeenkomst tussen partijen of in de bij de overeenkomst behorende algemene voorwaarden. Indien er sprake is van een cessieverbod wordt het de schuldeiser verboden zijn vordering(en) op de schuldenaar over te dragen aan een derde. Bij een verpandingsverbod mag de schuldeiser zijn vordering(en) op de schuldenaar niet

---

<sup>76</sup> Beekhoven van den Boezem 2003, hfst. 2, par.2.

<sup>77</sup> Zie in dit verband ook Ruys & Van Raay 2005, p. 12-17, Brusik 2014, p. 23-28, Salomons 2008/6758 en Wibier 2008/6769.

<sup>78</sup> Beekhoven Van den Boezem & Verdaas 2010, p. 34.

verpanden aan een derde. In beide gevallen mag er geen wisseling van schuldeisers plaatsvinden en mag alleen de oorspronkelijke schuldeiser tot inning van de vordering op de schuldenaar overgaan.

### **6.3 Doel van het opnemen van een cessie-/verpandingsverbod**

Er kunnen aan de zijde van de schuldenaar verschillende redenen bestaan om een cessie-/verpandingsverbod te bedingen, waaronder de reden dat een nieuwe schuldeiser geen rekening houdt met eerdere tussen de schuldenaar en de oude schuldeiser gemaakte afspraken. Maar er kunnen ook andere redenen bestaan voor het opnemen van een dergelijk verbod. In de bouwsector bijvoorbeeld wordt een dergelijk verbod vaak bedongen om de reden dat de opdrachtgever bij een cessie of verpanding niet voor het dilemma wil komen te staan, dat zij het G-gedeelte van de openstaande factuur niet op de G-rekening van de aannemer zou mogen betalen, maar aan de pandhouder zou moeten voldoen.<sup>79</sup> Deze situatie zou voor een opdrachtgever tot gevolg kunnen hebben dat zij door de fiscus en bedrijfsvereniging hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld voor het betalen van loonheffingen.<sup>80</sup> Andere redenen die kunnen worden genoemd zijn: het veiligstellen van verweermiddelen, van verrekenmogelijkheden of van een persoonlijke verhouding die men met de schuldeiser heeft.<sup>81</sup>

### **6.4 Op welk moment is er sprake van een wisseling van schuldeisers?**

Bij een cessie van vorderingen vindt er een wisseling van schuldeisers plaats op het moment dat de vordering wordt overgedragen aan de cessionaris. Bij verpanding van de vordering vindt de wisseling van schuldeisers op een ander moment plaats. Ik zal dit aan de hand van het volgende voorbeeld verduidelijken.

Een ondernemer die kredietbehoefstig is kan een kredietaanvraag doen bij een bank. De bank zal aan de kredietverschaffing voorwaarden verbinden, waaronder de voorwaarde dat de ondernemer (kredietnemer) zekerheid stelt voor de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst. Die zekerheid zou kunnen worden gevonden in het vestigen van een stil pandrecht op vorderingen op naam. Bij een stil pandrecht op vorderingen op naam blijft de vordering in de macht van de kredietnemer (pandgever). Ook de bevoegdheid de vordering te innen

---

<sup>79</sup> Een g-rekening is een geblokkeerde rekening die aannemers kunnen gebruiken om loonheffingen (al dan niet met btw) van door hen ingehuurd personeel aan de belastingdienst of aan onderaannemers te voldoen. Van een g-rekening kunnen geen andere betalingen gedaan worden. De rekening beschermt partijen tegen wanbetalingen van loonheffingen.

<sup>80</sup> Zie conclusie P-G Hartkamp bij ECLI:NL:HR:2003:AF0168 Hoge Raad, 17-01-2003 (Oryx/Van Eesteren).

<sup>81</sup> Rongen 2012, p. 683.

blijft bij de kredietnemer, zelfs na de stille verpanding. Er doet zich op dat moment dan ook nog geen wisseling van schuldeisers voor. Pas op het moment dat de kredietnemer niet meer in staat is aan zijn verplichtingen jegens de kredietgever te voldoen, gaat de bevoegdheid de vordering te innen over van de kredietnemer op de kredietgever. De kredietgever gaat daarbij over tot mededeling van de verpanding aan de debiteur van de verpande vordering. Heeft deze mededeling plaats gevonden dan is het stil pandrecht een openbaar pandrecht geworden en kan de debiteur van de verpande vordering alleen nog bevrijdend betalen aan de pandhouder. De debiteur van de verpande vordering wordt op dat moment dan ook geconfronteerd met een andere schuldeiser, maar deze schuldeiser is geen rechthebbende van de vordering geworden. De pandhouder is slechts bevoegd de vordering te *innen*, maar mag het geïnde zelf niet als het zijne beschouwen.<sup>82</sup> Dit volgt uit artikel 3:235 BW dat bepaalt dat elk beding waarbij de pandhouder (of hypotheekhouder) de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen, nietig is.

De wetgever heeft bepaald dat wanneer een vordering op grond van artikel 3:83 lid 2 BW onoverdraagbaar is, deze vordering op grond van artikel 3:83 lid 2 jo. 3:98 BW tevens onverpandbaar is. Reden voor deze gelijkstelling is dat de wetgever de vestiging van een beperkt recht, zoals een pandrecht, als de overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het vorderingsrecht beschouwt. Op welke bevoegdheden uit het vorderingsrecht de wetgever doelt, is niet geheel duidelijk maar hieronder mag - naar ik aanneem - de inning van de vordering worden begrepen. Echter ook buiten een cessie of verpanding van de vordering kan het voorkomen dat de schuldenaar met een andere inningsbevoegde persoon wordt geconfronteerd. De schuldeiser kan, bij wanbetaling door de schuldenaar, zelf proberen zijn vordering bij de schuldenaar te innen of deze bevoegdheid uitbesteden aan bijvoorbeeld een incassobureau, die dat voor hem doet. Zo wordt, feitelijk gezien, de schuldeiser ook geconfronteerd met een andere inningsgerechtigde, aan wie hij geen cessie- of verpandingsverbod kan tegenwerpen.

Een andere situatie waarin de schuldenaar ondanks het cessie- of onverpandbaarheidsbeding met een andere inningsgerechtigde wordt geconfronteerd, is wanneer de schuldeiser failliet gaat. Ook dan wordt de schuldenaar geconfronteerd met een andere inningsgerechtigde, namelijk de curator, die in het belang van de gezamenlijke schuldeisers tot inning van de vordering op de schuldenaar zal willen overgaan.

---

<sup>82</sup> Reehuis 1994, p. 316.



Tenslotte is er nog het derdenbeslag. Het staat de schuldeiser vrij beslag te leggen op alle bij de beslagene voor beslag vatbare goederen. Dit omvat eveneens vorderingen die de schuldenaar heeft op derde personen (artikel 435 lid 1 Rv). Bij dit derdenbeslag wordt een proces-verbaal betekend aan de derde. De derde wordt hierbij verplicht het beslagen goed onder zich te houden. Binnen acht dagen na betekening aan de derde moet de schuldenaar op de hoogte worden gesteld van het beslag (artikel 435 lid 2 Rv). Hoe verhoudt het derdenbeslag zich nu ten opzichte van het verpandingsverbod?

Zoals gezegd dient de mogelijkheid een vordering onoverdraagbaar te maken slechts het belang van de schuldenaar die, om hem moverende redenen, niet wenst te worden geconfronteerd met een andere schuldeiser. Dit verlet echter niet de mogelijkheid voor een derde de schuldenaar aan te spreken tot nakoming uit hoofde van een derdenbeslag.<sup>83</sup> Een bank, die bijvoorbeeld een krediet heeft verstrekt aan een onderneming, die haar verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst niet nakomt, kan beslag leggen op goederen van de ondernemer, maar zij kan tevens derdenbeslag leggen onder de schuldenaar op wie de ondernemer nog één of meer vorderingen heeft. Een verpandingsverbod doet hier niets aan af en kan dus ook niet verhinderen dat een ander dan de oorspronkelijke schuldeiser tot inning van de vordering overgaat.

Bovengenoemde voorbeelden verduidelijken het feit dat, ondanks het verpandingsverbod, de schuldenaar nog steeds kan worden geconfronteerd met een andere inningsgerechtigde dan de schuldeiser.

#### **6.5 Het verpandingsverbod nader bekeken**

Een verpandingsverbod heeft rechtens iets weg van een kwalitatieve verplichting zoals genoemd in artikel 6:252 BW, waarbij de eigenaar de verplichting op zich neemt om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een aan haar toebehorende onroerende zaak. Het verschil met een verpandingsverbod is echter dat het bij een verpandingsverbod gaat om vorderingsrechten en dat - in tegenstelling tot de kwalitatieve verplichting - er aan een verpandingsverbod goederenrechtelijke werking kan worden toegekend.<sup>84</sup> Het is de vraag of het gesloten systeem van het goederenrecht het toelaat dat er een verpandingsverbod (met derdenwerking) wordt gevestigd.

---

<sup>83</sup> Noot Schuijling bij ECLI:NL:RBROT:2013:8758, Rechtbank Rotterdam, 6 november 2013 (ABN AMRO/Borsboom q.q).

<sup>84</sup> Zie in dit kader Tekst & Commentaar bij artikel 3:83 BW.

Zoals gezegd is de juridische basis voor het bedingen van een verpandingsverbod te vinden in artikel 3:83 lid 2 jo. artikel 3:98 BW. Artikel 3:83 lid BW bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten in beginsel overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich hiertegen verzet. Voor vorderingsrechten is een apart artikellid (artikel 3:83 lid 2) opgenomen, waarin wordt bepaald dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten ook (met derdenwerking) door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten. Op grond van artikel 3:83 lid 2 jo. 3:98 BW kan eveneens de verpanding van vorderingen (met derdenwerking) worden uitgesloten.

De vraag rijst welk doel de wetgever met bovengenoemde bepalingen voor ogen heeft gehad. Uit de Parlementaire Geschiedenis kan men immers opmaken dat zakelijke rechten in de handel dienen te blijven en dat zij daarom zowel voor overdracht als voor verpanding vatbaar dienen te zijn.<sup>85</sup> Ook de beschouwing in Tekst & Commentaar bij artikel 3:83 en 3:98 BW levert geen duidelijke verklaring op voor het feit dat de overdraagbaarheid (tevens verpanding) van vorderingsrechten (met derdenwerking) door partijen kan worden uitgesloten, anders dan de door haar genoemde reden dat partijen in beginsel de vrijheid moeten hebben om bij overeenkomst de inhoud en de grenzen van het vorderingsrecht te bepalen, dus ook de overdraagbaarheid daarvan. Dit uitgangspunt is echter een algemeen uitgangspunt in het Nederlandse contractenrecht (de partijautonomie) en verklaart niet waarom juist *vorderingsrechten* van overdraagbaarheid kunnen worden uitgesloten. Ook wordt deze door de wetgever gegeven verklaring niet duidelijk wanneer we kijken naar de praktijk van alledag.

Zoals gezegd kunnen aan de zijde van de schuldenaar gegronde redenen bestaan om een verpandingsverbod te bedingen. Voor de schuldeiser liggen deze redenen wat minder voor de hand. Het is moeilijk in te zien welk belang een schuldeiser heeft bij het hebben van een onoverdraagbare of onverpandbare vordering. Wellicht gaat de schuldeiser akkoord met het beding omdat hij bang is in de toekomst opdrachten van de schuldenaar mis te lopen. Als men echter kijkt naar de nadelige gevolgen die een dergelijk beding met zich meebrengen, dan is het niet aannemelijk dat een schuldeiser hiervoor zal kiezen. De schuldeiser heeft er een groot belang bij dat hij te allen tijde liquide middelen kan aantrekken voor het doen van investeringen in zijn onderneming.

Ook als men de belangen van de schuldenaar en schuldeiser tegen elkaar afweegt, is het zeer de vraag of aan de belangen van de schuldenaar voorrang dient te worden gegeven. Afgezien van het

---

<sup>85</sup> Zie MvA II, Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p.315.

feit dat het in het maatschappelijk verkeer niet gebruikelijk is dat de schuldenaar gaat dicteren wat de schuldeiser met zijn vordering op de schuldenaar gaat doen, is een dergelijke gang van zaken ook tegen het systeem van het privaatrecht in, waar de belangen van de schuldeiser voorop staan en niet die van de schuldenaar.<sup>86</sup> Dit blijkt onder meer uit de regel dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van de schuldenaar kan verhalen (artikel 3:276 BW), uit het paritas creditorum-beginsel (artikel 3:277 lid 1 BW), dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voorop stelt en niet die van de schuldenaar, uit de Faillissementswet, die eveneens voornamelijk als doel heeft de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen boven die van de failliet, uit de wanprestatie-regeling (artikel 6:74 BW), die een schuldeiser de mogelijkheid geeft zijn contractspartij (de schuldenaar) aansprakelijk te stellen bij niet, niet-behoorlijke of niet tijdige nakoming van de verbintenis.

Mochten partijen toch een cessie-/verpandingsbeding overeenkomen dan is het nog curieuzer dat de wetgever daar derdenwerking aan toekent. Uitgangspunt is immers dat het eigendomsrecht het meest omvattende recht is op een goed en dat dit recht niet door anderen kan worden beperkt. Hoe is het dan mogelijk dat de schuldenaar het eigendomsrecht van de schuldeiser kan beperken, in dier voege dat hij niet vrijelijk meer over zijn eigendomsrecht kan *beschikken*? En past deze visie van de wetgever eigenlijk wel in het systeem van het goederenrecht?

Ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldeiser heeft de wetgever het volgende opgemerkt. Volgens Tekst & Commentaar bij artikel 3:83 BW en het arrest Oryx/Van Eesteren leidt het onoverdraagbaarheids-/onverpandingsbeding niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de gerechtigde tot de vordering, maar tot niet-overdraagbaarheid van het vorderingsrecht zelf.<sup>87</sup> Ik kan mij niet vinden in deze opvatting van wetgever en Hoge Raad. In het geval dat een onoverdraagbaarheids-/onverpandingsbeding wordt opgenomen in de algemene voorwaarden en aldus doorgaans eenzijdig wordt opgelegd aan de schuldeiser, wordt de eigenaar van het vorderingsrecht immers de mogelijkheid ontnomen over het vorderingsrecht te beschikken. Hij kan zijn vorderingsrecht dan niet meer verpanden om zo een krediet bij de bank te verkrijgen.

Beziet men het verpandingsverbod en de eigenschappen die dit verbod heeft, dan zou kunnen (moeten) worden verdedigd dat er met een verpandingsverbod in feite een beperkt recht wordt gevestigd op het vorderingsrecht van de schuldeiser. Hierbij kan de schuldeiser worden gezien als

<sup>86</sup> Zie in dit kader bijvoorbeeld artikel 3:276 BW.

<sup>87</sup> ECLI:NL:HR:2003:AF0168 Hoge Raad, 17-01-2003 (Oryx/Van Eesteren). Zie tevens Tekst & Commentaar bij artikel 3:83 BW.

moedergerechtigde en de schuldenaar, die een beperkt recht verkrijgt, als beperkt gerechtigde. De eigenaar van het vorderingsrecht wordt door de vestiging van het verpandingsverbod beperkt in zijn recht volledig over zijn vorderingsrecht te beschikken. Met beschikken bedoel ik, het recht om zijn vorderingsrecht te vervreemden of te bezwaren. En aangezien dit – naast het innen van de vordering- toch één van de kerneigenschappen is van een vorderingsrecht, legt deze beperking een zware last op de schouders van de moedergerechtigde. De vraag rijst dan ook of dit in verhouding tot het belang van de schuldenaar/beperkt gerechtigde wel billijk is.

Ook gezien het systeem van het goederenrecht, is het de vraag of het - binnen het systeem van het goederenrecht – überhaupt wel mogelijk is een dergelijk beperkt recht te vestigen op een vorderingsrecht. Zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 3.3 beschreven is het aantal typen goederenrechtelijke rechten beperkt en kunnen er geen andere goederenrechtelijke rechten worden gevestigd dan welke de wet heeft bepaald. De wetgever heeft het pandrecht als beperkt recht gecreëerd, maar geen beperkt recht willen creëren dat een verpanding van vorderingsrechten verbiedt. Het is dan ook maar zeer de vraag of, gezien het goederenrechtelijke systeem, aan een verpandingsverbod goederenrechtelijke werking kan worden toegekend.

Rest de vraag of partijen de wettelijke regeling omtrent pandrechten zo mogen aanvullen dat hieronder tevens een verpandingsverbod valt. Zoals hierboven reeds weergegeven wordt aan partijen de mogelijkheid geboden de inhoud van een beperkt recht nader vorm te geven. Dit kunnen zij onder bepaalde omstandigheden zelfs met derdenwerking doen. Voorwaarde is dat deze afwijkende regels binnen de grenzen van de wettelijke omschrijving van het beperkte recht vallen.<sup>88</sup> Ook aan deze voorwaarde voldoet een verpandingsverbod niet, nu het beding van onoverdraagbaarheid het tegengestelde beoogt te bereiken dan de vestiging van een pandrecht.

## **7. OP WELKE WIJZE KUNNEN VORDERINGEN OP NAAM ONOVERDRAAGBAAR/ONVERPANDBAAR WORDEN GEMAAKT**

### **7.1. Wettelijke regeling**

Zoals reeds eerder besproken, bepaalt artikel 3:83, tweede lid BW dat vorderingsrechten bij beding tussen schuldeiser en schuldenaar onoverdraagbaar kunnen worden gemaakt (de overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan dus rechtens worden uitgesloten). Krachtens artikel 3:98 BW geldt een

---

<sup>88</sup> Slangen 2002, p. 79.

en ander ook voor de vestiging, de overdracht en de afstand van een beperkt recht op een zodanig goed. Op grond van dit artikel kan ook de vestiging van een *pandrecht* op een vordering worden uitgesloten. Indien de rechthebbende op de vordering de vordering in weerwil van een verpandingsverbod aan een derde verpand, handelt deze in strijd met het beding dat op grond van artikel 3:83 lid 2 jo. 3:98 BW rechtsgeldig kan worden gemaakt. Dit levert wanprestatie tussen partijen op maar leidt – indien het beding moet worden uitgelegd als een rechtens geldig *verbod* tot verpanding (zie het arrest Oryx-Van Eesteren, waarover later meer) eveneens tot ongeldigheid van de verpanding van de vordering.<sup>89</sup>

## **7.2 In welke gevallen heeft het onoverdraagbaarheids-/onverpandbaarheidsbeding obligatoire en in welke gevallen goederenrechtelijke werking?**

Het verbod kan, afhankelijk van de bewoordingen van de overeenkomst en/of algemene voorwaarden, tweërlei werking hebben. Ten eerste kan het obligatoire werking hebben. Dit houdt in dat de afspraak om de vordering onoverdraagbaar en/of onverpandbaar te maken slechts werking heeft tussen partijen. Draagt één der partijen de vordering desondanks over aan een derde, dan pleegt men wanprestatie.

Het verbod kan ook goederenrechtelijke werking hebben. Indien een vordering ondanks het verbod wordt overgedragen of verpand, dan pleegt men niet slechts wanprestatie, maar heeft dit eveneens gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de cessie- of verpanding zelf. Het brengt nietigheid van de rechtshandeling teweeg.<sup>90</sup>

Ter beantwoording van de vraag of met het beding slechts verbintenisrechtelijke werking is beoogd of dat men de bedoeling heeft gehad hieraan goederenrechtelijke werking toe te kennen, wordt in de rechtspraak gebruik gemaakt van het zogenoemde Haviltex-criterium voor de uitleg van overeenkomsten. Hierbij wordt niet alleen gekeken naar de letterlijke tekst van het beding, maar gaat het eveneens om hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en over hetgeen zij over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten afleiden. Daarbij kan ondermeer een rol spelen de maatschappelijke positie van partijen en het antwoord op de vraag welke rechtskennis bij hen mag worden verwacht.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> ECLI:NL:HR:2003:AF0168, Hoge Raad, 17-01-2003 (Oryx/Van Eesteren).

<sup>90</sup> Zie noot bij ECLI:NL:HR:2003:AF0168, Hoge Raad, 17-01-2003 (Oryx/Van Eesteren).

<sup>91</sup> HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Ermes/Haviltex).

In de rechtspraak en literatuur bestaat er verdeeldheid over de vraag in welke gevallen het onoverdraagbaarheidsbeding verbintenisrechtelijke werking heeft en in welke gevallen goederenrechtelijke werking.<sup>92</sup>

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat, als een vordering daadwerkelijk onoverdraagbaar is gemaakt door een uitdrukkelijk verbod daartoe, daaruit eveneens volgt dat de vordering onverpandbaar is (artikel 3:81 lid 1 eerste zin jo 3:228 BW). Dit oordeel is vastgelegd in arrest Oryx-Van Eesteren. Het is dan aan de wederpartij om het tegendeel te bewijzen. Uit dit arrest kan worden opgemaakt dat bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding aldus moet worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd.<sup>93</sup> In het arrest Summertime-Portaal was het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van mening dat het doel van het verbod, namelijk het voorkomen van een wisseling van schuldeisers, het beste kan worden verwezenlijkt indien de overdracht van de vordering/vestiging van een pandrecht niet slechts wanprestatie oplevert tussen partijen, maar van meet af aan ongeldig is.<sup>94</sup>

Een andere zienswijze is dat partijen bij beding een vordering onoverdraagbaar (artikel 3:83 lid 2 BW) en/of onverpandbaar *kunnen* maken (artikel 3:83 lid 2 BW jo. Artikel 3:98 BW).<sup>95</sup> Hierbij dient het beding eigenlijk twee keer uitgelegd te worden: eerst moet worden bekeken of partijen de vordering onoverdraagbaar hebben gemaakt. Daarna moet nog eens worden vastgesteld of partijen met de onoverdraagbaarheid van de vordering eveneens hebben beoogd de vordering onverpandbaar te maken. Deze zienswijze vindt men in het vonnis PMTG/Plusenergy.<sup>96</sup>

De Hoge Raad heeft onlangs in de zaak Coface/Intergamma<sup>97</sup> besloten dat hij onvoldoende aanleiding ziet tot heroverweging van haar eerdere arrest van 17 januari 2003 (Oryx/Van Eesteren), dat naar het oordeel van de Hoge Raad aansluit bij de wettekst en de wetsgeschiedenis. Kort weergegeven ging het in die zaak om het volgende.

---

<sup>92</sup> Zie de arresten: ECLI:NL:HR:2003:AF0168, Hoge Raad 17-01-2003 (Oryx/Van Eesteren), ECLI:NL:GHAMS:2012:BX4596, Rechtbank Utrecht 02-03-2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR3743, Hof Amsterdam 17-07-2012 Coface/Intergamma), ECLI:NL:GHARL:2013:BY8884, Hof Arnhem-Leeuwarden 08-01-2013,(Summertime/Portaal), ECLI:NL:RBARN:2012:BY9349, Rechtbank Arnhem, 19-12-2012 (PMTG/Plusenergy).). Zie tevens: Orval 2013 en Beekhoven & Bergervoet 2013.

<sup>93</sup> ECLI:NL:HR:2003:AF0168, Hoge Raad 17-01-2003 (Oryx/Van Eesteren).

<sup>94</sup> ECLI:NL:GHARL:2013:BY8884, Hof Arnhem-Leeuwarden, 08-01-2013 (Summertime/Portaal).

<sup>95</sup> ECLI:NL:RBARN:2012:BY9349, Rechtbank Arnhem, 19-12-2012 (PMTG/Plusenergy).

<sup>96</sup> Noot Steneker onder ECLI:NL:RBARN:2012:BY9349, Rechtbank Arnhem 19-12-2012 (PMTG/Plusenergy).

<sup>97</sup> ECLI:NL:HR:2014:682, Hoge Raad 21-03-2014 (Coface/Intergamma);

Intergamma sloot een overeenkomst met AFK Holland, waarbij de algemene voorwaarden van Intergamma van toepassing werden verklaard. AFK Duitsland neemt op een gegeven moment alle afspraken, leveringen en condities over van AFK Holland. Vervolgens draagt AFK Duitsland op enig moment haar vorderingen op Intergamma over aan factormaatschappij Coface. Intergamma laat hierop weten niet in te stemmen met de overdracht van de vorderingen aan Coface op grond van het feit dat de vorderingen volgens haar ex artikel 3:83 lid 2 onoverdraagbaar waren gemaakt. Hierop vordert Coface voor de rechtbank betaling van Intergamma. De rechtbank wijst de vordering van Coface toe.

Intergamma gaat tegen deze uitspraak in hoger beroep. Het Hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vordering van Coface af. Zij stelt dat, gelet op de bewoordingen in artikel 21 lid 3 van de van toepassing zijnde algemene voorwaarden, is beoogd het cessieverbod goederenrechtelijke werking te verlenen. Verder zou Coface geen feiten en omstandigheden hebben aangevoerd waaruit blijkt dat AFK Holland en AFK Duitsland redelijkerwijs niet hoefde te begrijpen dat Intergamma met het beding een contractueel verbod tot overdracht beoogde. Hierbij werd tevens van het belang geacht dat het hier ging om professionele partijen.

Coface gaat tegen deze uitspraak van het Hof in cassatie. De HR vernietigt het arrest van het Hof en geeft daarbij aan dat:

*“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 Haviltexmaatstaf (zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493). 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.”<sup>98</sup>* Volgens de HR heeft het Hof dit miskend.

In haar conclusie vóór bovengenoemd arrest van de Hoge Raad merkt Rank-Berenschot op dat de Hoge Raad tot op heden terughoudend is gebleken met het aanvaarden van uitlegregels en dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een bepaalde uitleg in het algemeen meer voor de hand kan liggen, maar dat het uiteindelijk afhangt van alle omstandigheden van het geval, welke uitleg

---

<sup>98</sup> ECLI:NL:HR:2014:682, Hoge Raad 21-03-2014, r.o. 3.4.2.(Coface/Intergamma).

gerechtvaardigd is.<sup>99</sup> Zij stelt tevens dat het Hof ten onrechte een vergelijking heeft getrokken met een professioneel uitonderhandeld contract, waarbij de uitleg van het beding reeds vaststaat en waarbij de partij meent dat het contract anders moet worden uitgelegd, dit moet bewijzen.<sup>100</sup>

Een dergelijke benadering door het Hof doet ook mijns inziens onvoldoende recht aan de belangen van beide bij de overeenkomst betrokken partijen. Maar zelfs indien er wordt gekeken naar de concrete omstandigheden van het geval en naar de belangen van beide bij de overeenkomst betrokken partijen dan zijn we er nog niet. De derde die de vordering heeft verkregen was immers geen partij bij de overeenkomst en zal dan ook moeilijk kunnen bewijzen onder welke concrete omstandigheden de overeenkomst tot stand is gekomen. Die derde partij zal hooguit een vordering op grond van wanprestatie kunnen instellen tegen degene van wie zij de onoverdraagbare of onverpandbare vordering heeft overgekregen, maar niet kunnen ageren tegen degene die het cessie-/verpandingsverbod heeft bedongen, omdat zij ten tijde van het tot stand komen van die overeenkomst geen partij was bij de overeenkomst.

Verder merkt Rank-Berenschot in haar conclusie nog op dat een cessie-/verpandingsverbod vaak wordt bedongen door machtige schuldenaren, die in staat zijn een dergelijk verbod bij de schuldeiser af te dwingen en dat er in de literatuur regelmatig het standpunt wordt ingenomen, dat cessie-/verpandingsverboden de mogelijkheid van de rechthebbende om de vordering door overdracht of verpanding liquide te maken, bemoeilijken.<sup>101</sup> Zoals reeds eerder in mijn inleiding besproken is dit voor veel bedrijven problematisch omdat zij (soms zelfs geheel) op financiering zijn aangewezen. Kaptein vraagt zich, naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad in het Coface/Intergamma arrest af, of een objectieve uitleg van de overeenkomst dan ook wel als wenselijk moet worden gezien en of er niet beter gekozen kan worden voor een meer subjectieve uitleg van de overeenkomst waarin een cessie-/verpandingsverbod is opgenomen.<sup>102</sup>

Hierbij zij nog van belang op te merken dat de debiteur van de vordering er uiteindelijk zelf ook geen belang bij heeft dat kredietverlening aan zijn schuldeiser wordt bemoeilijkt. In de praktijk zal immers een (groot) deel van het door een bank aan de schuldeiser verschaft krediet worden aangewend ten behoeve van uitvoering van de overeenkomst tussen partijen. Geldgebrek bij, of een

---

<sup>99</sup> Zie in dit kader tevens ECLI:NL:HR:2004:AO1427, Hoge Raad 20-02-2004 (DSM/Fox).

<sup>100</sup> Zie in dit kader tevens ECLI:NL:HR:2007:BA4909, Hoge Raad 29-06-2007 en ECLI:NL:HR:2013:BY8101, Hoge Raad 05-04-2013.

<sup>101</sup> Zie in dit kader ook Beekhoven van den Boezem 2010, p. 35, die opteert voor opheffing van het onoverdraagbaar of onverpandbaar maken van bedrijfsvorderingen dan wel dat daaraan derdenwerking wordt ontnomen.

<sup>102</sup> Kaptein 2014.



faillissement van de schuldeiser zal tot gevolg hebben dat de uitvoering van de overeenkomst wordt gestaakt, wat voor beide bij de overeenkomst betrokken partijen niet wenselijk is. Zoals uit de conclusie van Rank-Berenschot blijkt, meent een aantal auteurs, waaronder Rongen en Verhagen dan ook terecht dat er moet worden gekeken naar de belangen van beide partijen bij de overeenkomst. Dit zou er dan toe kunnen leiden dat aan een beding van niet overdraagbaarheid een beperktere strekking toekomt dan het naar zijn bewoordingen heeft (zie punt 2.14). Dit lijkt mij een goed uitgangspunt.

Tenslotte oordeelt de Hoge Raad dat de praktijk zich reeds op de huidige rechtspraak met betrekking tot cessie-/verpandingsverboden heeft ingesteld en dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om een keuze te maken uit alternatieven die, zoals de rechtsvergelijking ons leert, kunnen worden overwogen met betrekking tot de regeling van niet-overdraagbaarheidsclausules.<sup>103</sup> Het behoort volgens de Hoge Raad dus tot de taak van de wetgever dergelijke alternatieven te bedenken en uit te werken. In de ons omringende landen en in verdragen zijn er reeds wel een aantal alternatieven bedacht.<sup>104</sup> Deze alternatieven zal ik in mijn volgende hoofdstuk bespreken.

## **8. HET CESSIE-/VERPANDINGSVERBOD IN ONS OMRINGENDE LANDEN EN INTERNATIONALE REGELINGEN**

### **8.1 Algemeen**

Bij een beknopte analyse van de werking van een cessie-/verpandingsverbod in de ons omringende landen blijkt al snel dat dit afwijkt van het Nederlandse recht. Internationaal gezien wordt er slechts een beperkte betekenis toegekend aan cessie-/verpandingsverboden en wordt er aan een dergelijk verbod slechts obligatoire werking toegekend of wordt het als ongeldig aangemerkt.<sup>105</sup> In dit hoofdstuk zal ik kort weergeven hoe er in de ons omringende landen met het cessie-/verpandingsverbod wordt omgegaan.

---

<sup>103</sup> ECLI:NL:HR:2014:682, Hoge Raad 21-03-2014 (Coface/Intergamma); r.o. 3.3.2.

<sup>104</sup> Zie eveneens punt 2.11. van de conclusie bij het arrest ECLI:NL:HR:2014:682, Hoge Raad 21-03-2014 (Coface/Intergamma), waarin wordt gewezen op het feit dat in vele buitenlandse rechtsstelsel de gevolgen van een overdrachtsverbod (of verpandingsverbod) wordt afgezwakt, ook indien partijen meer dan slechts obligatoire werking hebben beoogd.

<sup>105</sup> Rongen 2012, p.685, par. 563.

## 8.2 Werking cessie-/verpandingsverbod in Duitsland

Vergelijkbaar met het Nederlandse rechtstelsel heeft in het Duitse rechtstelsel een cessie-/verpandingsverbod goederenrechtelijke werking. De Duitse wetgever bepaalt hierbij in § 399 2 Fall Bürgerliches Gesetzbuch (BGB):

*“Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.”*

De rechtspraak en heersende leer kent aan deze bepaling goederenrechtelijke werking toe. Verschil tussen beide rechtstelsels is, dat in het Handelsgesetzbuch (HGB) een bepaling is opgenomen die de goederenrechtelijke werking verhindert als het om cessie van bepaalde geldvorderingen gaat.<sup>106</sup> In een dergelijk geval kan een cessie-/verpandingsverbod de overdracht van een geldvordering niet verhinderen, maar blijft de schuldenaar, ondanks de cessie, bevoegd bevrijdend te betalen aan de cedent. Voor andere soorten vorderingen geldt dit niet en heeft overdracht in strijd met een cessieverbod goederenrechtelijke werking.<sup>107</sup>

Ook is het naar Duits recht in sommige gevallen mogelijk aan een cessieverbod zijn werking te ontzeggen. Dit doet zich met name voor indien de schuldenaar er geen belang bij heeft dat er een cessieverbod op de vordering rust.<sup>108</sup> Deze benadering van het cessieverbod verdient naar mijn mening de voorkeur, omdat er dan een rechtvaardigere afweging wordt gemaakt tussen de belangen van beide bij de overeenkomst betrokken partijen. Deze regeling zou mijns inziens zelfs nog wat verder mogen worden doorgetrokken in die zin dat, ook al heeft de schuldenaar er belang bij dat er een cessie-/verpandingsverbod wordt bedongen, dit belang *altijd* afgewogen dient te worden tegen de belangen van de schuldeiser. Ik denk dat er op die manier meer recht wordt gedaan aan de belangen van alle bij de overeenkomst betrokken partijen en niet alleen aan de belangen van de schuldenaar. Zoals eerder gezegd, is de schuldenaar vaak geen kleine contractspartij en is hij vaak in staat op andere manieren zijn rechten veilig stellen.

---

<sup>106</sup> Zie § 354a I 1 HGB en § 354a I 2 HGB.

<sup>107</sup> Armgardt 2009.

<sup>108</sup> Armgardt 2009.

### **8.3 Werking cessie-/verpandingsverbod in België en Frankrijk**

In Frankrijk heeft het Cour de Cassation in een arrest van 21 november 2000 bepaald, dat een cessieverbod niet aan de cessionaris kan worden tegengeworpen, indien die er niet mee ingestemd heeft. In een later arrest neemt de Cour de Cassation een ander standpunt in, namelijk dat een onoverdraagbaarheidsbeding voor de schuldenaar een verweermiddel op kan leveren, dat hij kan tegenwerpen aan de cessionaris.<sup>109</sup> De Franse wetgever heeft inmiddels een einde gemaakt aan cessieverboden, daar waar het vorderingen tussen commerciële partijen betreft. De reden voor dit ingrijpen van de Franse wetgever is dat dergelijke verboden de concurrentie teveel beperken.<sup>110</sup>

In België bestaat er geen overeenstemming over de werking die aan een cessieverbod moet worden toegekend, maar men neigt daar aan een cessieverbod slechts obligatoire werking toe te kennen. Volgens Storme zou men kunnen betogen dat de werking van een cessieverbod ook naar Belgisch recht – waar het in beginsel ook derdenwerking heeft - maar zover kan reiken als het belang van de schuldenaar reikt, en dus de cessie niet kan verbieden, zolang de cedent inningsbevoegd blijft en de schuldenaar aan hem kan blijven betalen en jegens hem kan blijven verrekenen.<sup>111</sup>

### **8.4 Werking cessieverbod in Spanje, Italië, Portugal en Griekenland**

In het Spaanse recht en literatuur bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of een cessie in strijd met een beding van onoverdraagbaarheid door de schuldenaar aan de schuldeiser kan worden tegengeworpen. Volgens het Italiaanse recht kan een onoverdraagbaarheidsbeding niet door de schuldenaar aan de cessionaris worden tegengeworpen, tenzij de cessionaris ten tijde van de cessie bekend was met dit beding.<sup>112</sup> Deze zienswijze wordt ook in het Portugese en Griekse recht gehandhaafd.<sup>113</sup>

### **8.5 Werking cessieverbod in Oostenrijk**

Het Oostenrijkse ABGB bevat geen expliciete regeling met betrekking tot het onoverdraagbaarheidsbeding. In de Oostenrijkse rechtspraak worden wel

<sup>109</sup> Cass. Fr. 22 oktober 2002, R.T.D. Civ. 2003, 129.

<sup>110</sup> Zie artikel L. 442-6-II Code de commerce.

<sup>111</sup> Zie <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Insolventierecht2013oudrecht.pdf>.

<sup>112</sup> Artikel 1260 lid 2 Italiaanse Code Civile.

<sup>113</sup> Artikel 577 lid 2 Portugees BW en artikel 466 lid 2 Grieks BW).

onoverdraagbaarheidsbedingen met derdenwerking erkend.<sup>114</sup> Met betrekking tot het handelsrecht heeft de Oostenrijkse wetgever in 2005 in § 1396a I 2 ABGB een regeling opgenomen die bepaalt, dat onoverdraagbaarheidsbedingen die zien op zakelijke geldvorderingen nietig zijn, indien deze in de algemene voorwaarden van één der partijen zijn opgenomen en partijen hier niet over hebben kunnen onderhandelen. Dergelijke in algemene voorwaarden opgenomen bedingen hebben niet alleen geen derdenwerking maar ook geen obligatoire werking. Slechts indien partijen over het onoverdraagbaarheidsbeding hebben onderhandeld is het geldig. Echter ook dan ontbeert het beding derdenwerking en heeft het slechts obligatoire werking.<sup>115</sup>

## 8.6 Werking cessieverbod in Engeland en de VS

In het Engelse recht verhindert een beding van onoverdraagbaarheid niet dat de cessionaris de vordering verkrijgt, maar deze vordering kan niet door de cessionaris jegens de schuldenaar worden afgedwongen.<sup>116</sup> Alleen de cedent heeft deze bevoegdheid. De schuldenaar mag de cessie negeren en alsnog bevrijdend blijven betalen aan de cedent. Na betaling van de schuldenaar aan de cedent wordt in het Engelse recht van rechtswege een *constructive trust* gevormd, waarbij de cedent het van de schuldenaar ontvangen bedrag van rechtswege gaat houden voor de cessionaris.<sup>117</sup>

In de VS heerst in een aantal gevallen de opvatting dat een beding van onoverdraagbaarheid ongeldig is. Het gaat hierbij voornamelijk om vorderingen uit hoofde van “commercial transactions”.<sup>118</sup>

## 8.7 Internationale regelingen

Ook in internationaal opzicht is er een aantal regelingen die zien op het cessie (verpandings-) verbod. Deze zal ik hieronder kort bespreken.

---

<sup>114</sup> Armgardt 2009

<sup>115</sup> Beekhoven Van den Boezem & Verdaas 2010, p. 43 e.v.

<sup>116</sup> Allcock 1983.

<sup>117</sup> Orval 2013, p. 993.

<sup>118</sup> Verschillende bepalingen van de Uniform Commercial Code zien hierop.

#### 8.7.1 Uniform Commercial Code (UCC)

In deze uniforme regeling is een aantal gevallen opgenomen waarin een beding van onoverdraagbaarheid als ongeldig wordt aangemerkt.<sup>119</sup> Het gaat daarbij om vorderingen die zijn ontstaan uit zakelijke transacties.<sup>120</sup>

#### 8.7.2 UNICITRAL Verdrag Inzake Cessie Van Vorderingen en UNICITRAL Legislative Guide on Secured Transactions

In artikel 9 van het UNICITRAL verdrag wordt bepaald dat, ondanks het feit dat er een beding van onoverdraagbaarheid is overeengekomen, dit toch niet aan een geldige overdracht van de vordering in de weg staat. Omdat deze bepaling niet in de weg staat aan de obligatoire werking van het beding, kan de cedent wel aansprakelijk worden gesteld indien hij de vordering in weerwil van het onoverdraagbaarheidsbeding overdraagt.<sup>121</sup> Eenzelfde regeling treft men aan in de Legislative Guide on Secured Transactions.<sup>122</sup>

#### 8.7.3 UNIDROIT Verdrag inzake Internationale Factoring

In dit verdrag wordt bepaald dat een cessie in weerwil van een onoverdraagbaarheidsbeding toch geldig is (artikel 6 (1) van het verdrag). Het beding blijft, net zoals bij het UNICITRAL Verdrag zijn obligatoire werking behouden (artikel 6(3) van het verdrag).

#### 8.7.4 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004

In deze Principles wordt in artikel 9.1.9 bepaald dat een cessie inzake geldvorderingen ondanks een beding van onoverdraagbaarheid geldig is. Wederom kan de cedent aansprakelijk worden gehouden voor het overdragen van de vordering in strijd met een beding van onoverdraagbaarheid. De cessie is ongeldig indien er sprake is van andersoortige vorderingen.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> Zie par. 2-210 (2) en par. 9-318 (4) in samenhang met par. 9-106 UCC.

<sup>120</sup> Rongen 2012, p. 687.

<sup>121</sup> Rongen 2012, p. 687.

<sup>122</sup> Zie Recommendations 24 en 120 van dit verdrag.

<sup>123</sup> Rongen 2012, p.690.

### 8.7.5 Principles of European Contract Law (PECL)

Volgens deze Principles is een tussen partijen overeengekomen beding van onoverdraagbaarheid geldig en wordt hieraan eveneens derdenwerking toegekend. Hierop worden wel een aantal uitzonderingen geformuleerd.<sup>124</sup> Indien er sprake is van één van de uitzonderingen heeft een cessie in strijd met het onoverdraagbaarheidsbeding slechts werking tussen cedent en cessionaris. Hierbij wordt de cessionaris wel eigenaar van de vordering maar deze overdracht werkt niet ten opzichte van de debitor cessus. Inning van de vordering zal dan nog steeds moeten plaatsvinden door de cedent.<sup>125</sup> De cessionaris is dan gerechtigd tot het bedrag dat de cedent van de schuldenaar heeft ontvangen.<sup>126</sup> Zelfs in een faillissement van de cedent heeft de cedent voorrang op het geïnde boven de schuldeisers in faillissement.<sup>127</sup> Tenslotte is nog van belang op te merken dat ook hier de cedent door de schuldenaar kan worden aangesproken wegens schending van het onoverdraagbaarheidsbeding.

### 8.7.6 Draft Common Frame of Reference

De Draft Common Frame of Reference (DCFR) is ontworpen door academici in opdracht van de Europese Commissie. Doel van deze draft is een basis te bieden voor (toekomstig) Europees zekerheidsrecht. In het Europese zekerheidsrecht geldt in tegenstelling tot het Nederlandse recht een publiciteitseis in een Europees openbaar register.<sup>128</sup> Ten aanzien van cessieverboden bepaalt de DCFR dat de vordering ondanks het onoverdraagbaarheidsbeding overdraagbaar is. De schuldenaar kan ook hier bevrijdend betalen aan de cedent. De cessionaris is dan gerechtigd tot het door de cedent geïnde. De mogelijke aansprakelijkheid van de cedent jegens de schuldenaar wegens overtreding van het onoverdraagbaarheidsbeding blijft wederom overeind.

## 9. GEVOLGEN VAN HET CESSIE-/VERPANDINGSVERBOD

### 9.1 Algemene gevolgen

Een rechtsgeldig bedongen cessie-/verpandingsverbod heeft een aantal gevolgen. Één van die gevolgen is dat de eigenaar van het vorderingsrecht zijn vorderingen op de schuldenaar niet mag

---

<sup>124</sup> zie artikel 11:301 (1) PECL.

<sup>125</sup> Rongen 2012, p.688 en Orval 2013, p. 994.

<sup>126</sup> Zie artikel 11:203 PECL.

<sup>127</sup> Zie artikel 11:401 (3) en (4) PECL.

<sup>128</sup> De Groot & Salomons 2011, p. 389.

overdragen aan een derde. Door het cessieverbod wordt het vorderingsrecht van de schuldeiser voor een deel “bevroren” en is het de schuldeiser niet meer toegestaan te doen met het vorderingsrecht wat hij wil. Het enige wat hij met zijn vorderingsrecht mag doen is de vordering bij de schuldenaar innen. Dit kan zeer bezwaarlijk zijn voor een ondernemer die niet kapitaalkrchtig is en zijn vordering wil overdragen of verpanden aan een derde om zo een bedrag vrij te maken voor het doen van investeringen in zijn onderneming.

Verpandt de schuldeiser ondanks het verpandingsverbod toch zijn vordering op de schuldenaar dan loopt de bank het risico dat zij minder zekerheid verkrijgt dan gedacht voor een door hem aan de pandgever verstrekt krediet. Vooral in een faillissement van de pandgever kan dit nadelige gevolgen met zich meebrengen. Deze gevolgen zal ik in de volgende paragraaf bespreken.

## **9.2 Gevolgen voor de pandhouder in een faillissement van de pandgever**

Een verpandingsverbod kan ook nadelige gevolgen met zich brengen voor de pandhouder in een later faillissement van de pandgever. Alvorens deze gevolgen te bespreken, zal ik eerst uitleggen welke positie een pandhouder normaal gesproken inneemt in een faillissement van de pandgever. Daarna zal ik de positie van de pandhouder met een onverpandbare vordering in een later faillissement van de pandgever bespreken.

Wanneer een onderneming failliet gaat zijn er meerdere schuldeisers. Deze schuldeisers zijn niet allemaal gelijk in rang. Sommige schuldeisers, zoals fiscus en UWV staan hoger in rang dan andere schuldeisers (zij hebben ook een wettelijk voorrecht). Deze rang komt tot uiting in de verschillende soorten vorderingen die er zijn. Er is het bodemvoorrecht van de fiscus (artikel 21 lid 2 Invorderingswet), en er zijn boedel-, preferente-, en concurrente vorderingen. De boedel- en preferente vorderingen zijn hoger in rang dan de concurrente vorderingen.

Er zijn ook schuldeisers die buiten faillissement om hun vordering op de failliet kunnen innen. Deze schuldeisers worden separatisten genoemd. Voorbeelden van separatisten zijn pandhouders en hypotheekhouders. Separatisten kunnen hun recht uitoefenen alsof er geen faillissement is (artikel 57 Fw).<sup>129</sup> Zij hoeven hun vordering dan ook niet in te dienen bij de curator. Wel kan de curator aan een separatist een redelijke termijn stellen waarbinnen deze tot uitoefening van haar recht dient over

---

<sup>129</sup> Van Buchem-Spapens & Pouw 2008, hfst. 6, paragraaf 3.

te gaan (artikel 58 Fw). Deze redelijke termijn bedraagt over het algemeen veertien dagen.<sup>130</sup> Gaat de separatist niet binnen een redelijke termijn ertoe over de vordering te innen, dan doet de curator dit. Uit artikel 58 lid 1 Fw blijkt dat de separatist dan voorrang behoudt op de opbrengst van een door een curator verkocht onderpand.<sup>131</sup> Zij heeft dan de positie van preferent crediteur, maar moet meebetalen aan de algemene faillissementskosten. Deze kosten kunnen hoog oplopen.<sup>132</sup>

Een bank heeft bij het aangaan van een kredietovereenkomst een onderzoeksplicht en de kredietnemer een mededelingsplicht. Die plichten zijn opgenomen in respectievelijk de Wet op het financieel toezicht en – voor consumenten – de wettelijke regeling consumentenkrediet BW Titel 7.2A en de WCK. Voor inpandgeving geldt ter zake met name artikel 3:237 lid 2 BW.

Een bank kan relatief eenvoudig onderzoeken of er sprake is van een verpandingsverbod door de onderliggende overeenkomsten van de te verpanden vorderingen bij de pandgever op te vragen (als gezegd: er is geen openbaar register voor verpanding van vorderingen). Omdat een bank een sterke positie in het maatschappelijk verkeer heeft, rijst de vraag of de gevolgen van het nalaten van deze onderzoeksplicht niet voor rekening van de bank dienen te blijven.

Wanneer een pandgever bij het afsluiten van de kredietovereenkomst, niet aan haar onderzoeksplicht heeft voldaan en er achteraf sprake blijkt te zijn van een verpandingsverbod, heeft de pandhouder een krediet verstrekt zonder daartegenover voldoende zekerheid te verkrijgen. De pandhouder heeft dan geen separatistenpositie en zelfs geen preferente vordering in faillissement. Hij heeft slechts een concurrente vordering. De pandhouder gaat dus van zijn positie als separatist (waarbij hij buiten faillissement om kan innen) naar een situatie waarin hij zijn vordering concurrent moet indienen.

Het is evenwel mogelijk dat een pandhouder wordt geconfronteerd met een verpandingsverbod, zonder dat hem nalatigheid te verwijten valt. Deze situatie doet zich voor, indien een pandgever zijn huidige en toekomstige vorderingen verpand aan een bank en de pandgever op enig moment een vordering verkrijgt waar een verpandingsverbod op rust. Welke gevolgen hebben beide situaties?

Een pandhouder die niet op de hoogte was en ook niet kon zijn van een verpandingsverbod, kan een beroep doen op derdenbescherming ex artikel 3:36 BW. Artikel 3:36 BW beschermt de pandhouder

<sup>130</sup> Verdaas 2008, hfst. 9, par. 9.2.2., pag. 189. Zie eveneens ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, Hoge Raad 22-06-2007 (ING/Verdonk q.q.).

<sup>131</sup> Verdaas 2008, hfst. 9, par. 9.2.2., pag. 192.

<sup>132</sup> HR 30 juni 1995, NJ 1996, 554 (Mees Pierson/Mentink q.q.).



tegen onverpandbaarheid van de vordering indien hij in redelijk vertrouwen is afgegaan op verklaringen of gedragingen (van degene tegenover wie hij zich op derdenbescherming beroept), waaruit hij mocht afleiden dat de vordering wel verpandbaar was. Een dergelijk beroep op derdenbescherming heeft over het algemeen weinig kans van slagen, nu de pandhouder er op bedacht had kunnen zijn dat er bij nieuwe overeenkomsten tussen pandgever en debiteur wel eens een verpandingsverbod zou zijn bedongen.<sup>133</sup> Er zou wellicht wel sprake kunnen zijn van gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de bank, indien zij is afgegaan op een schriftelijk bewijsstuk van de vordering, waarin geen verpandingsverbod is opgenomen. Indien een beroep op derdenbescherming slaagt, blijft de verpanding in stand en kan de pandhouder de vordering innen.<sup>134</sup> Zij behoudt dan ook haar separatistenpositie in faillissement. Slaagt een beroep op derdenbescherming niet, dan heeft dit dezelfde consequenties als wanneer de bank niet aan haar onderzoeksplicht heeft voldaan.

Nu bedingt een bank naast een stil pandrecht op vorderingen doorgaans ook nog andere zekerheden ter nakoming van haar vordering op de pandgever, zoals een stil pandrecht op roerende zaken. In de praktijk blijken deze roerende zaken echter vaak niet te kunnen worden uitgewonnen omdat zij plotseling zijn verdwenen, of er zelfs bodembeslag is gelegd door de fiscus. Het stil pandrecht op vorderingen is voor een bank dan ook het meest interessante zekerheidsrecht dat kan worden bedongen en het is voor de bank van groot belang dat vorderingen op basis van dit zekerheidsrecht kunnen worden geïnd.

### **9.3. Positie van de curator bij een onverpandbare vordering**

Zoals reeds eerder uiteengezet, mag een vordering die is bezwaard met een cessie-/ of verpandingsverbod (en die derdenwerking heeft) niet worden overgedragen aan een derde of met een pandrecht worden bezwaard. Deze situatie blijft hetzelfde na een faillissement van de pandgever. De vraag rijst welke mogelijkheden de curator ter beschikking staan, indien hij wordt geconfronteerd met een onoverdraagbare/onverpandbare vordering in een faillissement van de schuldeiser. Hierbij mag men ervan uitgaan dat de curator de vordering wil innen om het vrijgekomen bedrag ten goede te laten komen aan de gezamenlijke schuldeisers. Dit zal echter niet altijd mogelijk zijn, zeker niet wanneer tussen schuldeiser en schuldenaar betalingsafspraken zijn gemaakt en de vordering nog niet rechtens opeisbaar is.

<sup>133</sup> Zie in dit verband ook Beekhoven van den Boezem 2010/6860.

<sup>134</sup> Verdaas 2008, hfst.6, par. 6.4.4.2., pag. 120-123.

Een andere optie waarvan de curator mogelijkwerwijs gebruik zal willen maken, is overdracht van de vordering aan een derde partij. Het is de vraag of de curator dit – na verkregen toestemming van de rechter commissaris – wel mag nu aan het onoverdraagbaarheids-/onverpandbaarheidsbeding derdenwerking is toegekend en deze derdenwerking – naar ik aanneem – niet ophoudt bij de curator.

Kortom, mijns inziens zijn de mogelijkheden om vordering ten gelde te maken ook voor een curator beperkt. Hij kan niet veel meer doen dan de vordering te innen op het moment dat dit is toegestaan.

## **10. ZIJN ER RECHTENS MET SUCCES AFDWINGBARE MOGELIJKHEDEN VOOR DEPANDHOUDER OM PREVENTIEF DE NADELIGE GEVOLGEN VAN HET BESTAAN VAN EEN ONVERPANDBARE VORDERING BIJ EEN OPVOLGEND FAILLISEMENT VAN DE PANDGEVER TE ONDERVANGEN?**

### **10.1 Bestaande constructies**

Er zijn in de doctrine diverse constructies bedacht om een onoverdraagbaarheidsbeding (en daarmee een verpandingsverbod) te omzeilen of haar kracht te ontnemen.

Van Beekhoven van den Boezem is van mening dat er – binnen het thans geldende recht - geen oplossing voor de gevolgen van het beding van onoverdraagbaarheid kan worden gevonden, maar dat wettelijk ingrijpen is geboden. Dit wettelijk ingrijpen moet ervoor zorgen dat door het verpandingsverbod onverpandbaar gemaakte vorderingen toch kunnen worden verpand. Naar de mening van Van Beekhoven van den Boezem dient er aan artikel 3:228 BW een bepaling te worden toegevoegd die het mogelijk maakt dat een recht van pand kan worden gevestigd op vorderingen op naam, waarvan de overdraagbaarheid krachtens partijbeding is uitgesloten. Daarnaast dienen volgens hem de belangen van de schuldenaar ten aanzien van het beding van onoverdraagbaarheid te worden beschermd.<sup>135</sup>

Verdaas stelt voor om door middel van een wetwijziging de werking van het cessie-/verpandingsverbod te beperken, in die zin dat aan dergelijke bedingen tussen partijen - die beiden

---

<sup>135</sup> Beekhoven van den Boezem 2003, p. 240 e.v.

geen natuurlijke personen zijn en die niet handelen in de uitoefening van beroep op bedrijf - , geen goederenrechtelijke werking dient te worden toegekend als het gaat om geldvorderingen.<sup>136</sup> Ook Rongen pleit voor een wettelijk ingrijpen om de financieringsblokkade die een cessie-/verpandingsverbod met zich meebrengt, op te heffen.<sup>137</sup>

Orval heeft een aantal manieren bedacht om het verpandingsverbod te omzeilen, zoals de privatieve last tot inning, vennootschapsrechtelijke afsplitsing en agency sale financing.<sup>138</sup> Deze zal ik hierna kort bespreken.

#### 10.1.1 Privatieve last tot inning

De privatieve last tot inning (artikel 7:423 lid 1 BW) heeft ten doel te voorkomen dat de schuldenaar betaalt aan de schuldeiser. Om dit te bewerkstelligen wordt de schuldenaar op de hoogte gebracht van de privatieve last tot inning. Na deze kennisgeving dient de schuldenaar voortaan te betalen aan de lasthebber, zonder dat dit in strijd komt met het cessieverbod.<sup>139</sup> Zoals Orval terecht betoogt, kan een onoverdraagbaarheidsbeding niet voorkomen dat een ander dan de oorspronkelijke schuldeiser de vordering bij de schuldenaar int. Probleem is echter dat de oorspronkelijke schuldeiser de vordering niet kan overdragen om zo geld vrij te kunnen maken voor, bijvoorbeeld, het doen van investeringen in zijn onderneming.

#### 10.1.2 Afsplitsing

Orval stelt dat vorderingen niet slechts onder bijzondere titel over kunnen gaan, maar ook onder algemene titel. Één van de wijzen waarop vorderingen onder algemene titel kunnen overgaan, is door middel van vennootschapsrechtelijke afsplitsing (artikel 2:334a lid 3 BW). Hierbij verkrijgt de na de afsplitsing nieuw ontstane rechtspersoon, onder algemene titel, een deel van het vermogen van de splitsende rechtspersoon.<sup>140</sup> Op deze wijze kunnen vordering dus ook worden overgedragen, zonder dat in strijd met het cessieverbod wordt gehandeld. Nadeel van deze methode is, zoals Orval zelf reeds opmerkte, dat deze methode vrij omslachtig en weinig dynamisch is. Vóór de splitsing dienen immers gegevens te worden verstrekt aan het handelsregister en aan de rechtspersoon (artikel 2:334h lid 1 en 2 BW), de splitsing dient te worden aangekondigd in een landelijk verspreid

---

<sup>136</sup> Verdaas 2008, hoofdstuk 6, p. 127.

<sup>137</sup> Rongen 2012, p. 724.

<sup>138</sup> Orval 2013, par. 5, p.996.

<sup>139</sup> Orval 2013, par. 5.1, p. 996.

<sup>140</sup> Orval 2013, par. 5.2, p. 996.

dagblad (artikel 2:334h lid 3 BV), een eventuele ondernemingsraad dient te worden ingelicht omtrent de voorgenomen splitsing (artikel 2:334h lid 4 BV) en pas na één maand na de openbaarmaking van de splitsing en onder de voorwaarde dat geen der schuldeisers hiertegen in verzet is gekomen, kan door de algemene vergadering (of door het bestuur bij een stichting) het besluit tot splitsing worden genomen (artikel 2:334l en 2:334m BW). Tenslotte dient de splitsing te geschieden bij notariële akte en ingeschreven te worden in het handelsregister (artikel 2:334n BW). Een enorme klus dus! Daarbij kan de vraag worden gesteld of met deze methode het cessie-/verpandingsverbod eigenlijk wel kan worden omzeild. Artikel 2:334j lid 1 BW bepaalt immers dat een rechtsverhouding, waarbij de splitsende rechtspersoon partij is, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in artikel 2:334l BW, slechts in haar geheel kan overgaan.

De schuldenaar van de splitsende rechtspersoon is tevens schuldeiser van diezelfde rechtspersoon. Hij is immers met de splitsende rechtspersoon een overeenkomst aangegaan, die aan zijn zijde bepaalde verplichtingen met zich meebrengt, maar waarbij hij tevens recht heeft op een tegenprestatie. Indien door de splitsing de juridische verhouding tussen partijen op een voor hem nadelige wijze verandert, kan hij hiertegen op grond van artikel 2:334j lid 1 BW in verzet komen. Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen doordat de verkrijgende rechtspersoon, de in de overeenkomst tussen de splitsende rechtspersoon en schuldenaar gemaakte afspraken, niet nakomt. Mijns inziens zou in een dergelijk geval de splitsingsmethode geen alternatief zijn voor het omzeilen van het cessie-/verpandingsverbod.

#### 10.1.3 Agency sale financing

Zoals reeds eerder opgemerkt kan een cessie-/verpandingsverbod tot liquiditeitsproblemen bij de schuldeiser leiden omdat de vordering niet kan worden overgedragen of verpand. Volgens Orval kunnen deze problemen zich eveneens voordoen indien een leverancier van goederen enige tijd moet wachten voordat de afnemer de koopsom betaalt. Indien er tussen de leverancier en afnemer een overeenkomst bestaat waarin een cessieverbod is opgenomen, kan de leverancier deze vorderingen niet te gelde maken door deze aan een derde over te dragen. Om voor deze situatie een oplossing te bedenken is in Engeland de *agency sale financing* constructie bedacht. Deze constructie houdt het volgende in. De leverancier verkoopt de goederen eerst aan een financier die direct de koopsom voldoet. De leverancier houdt hierbij de goederen onder zich. Vervolgens verkoopt de leverancier de goederen in eigen naam, maar als *agent* van de lasthebber voor de

financier aan de afnemer. Op deze wijze kan het cessieverbod worden omzeild. Naar Nederlands recht is een dergelijk constructie eveneens mogelijk.<sup>141</sup>

Naar mijn mening is ook deze methode tamelijk omslachtig te noemen en ook hier vraag ik mij af of deze methode effectief is bij het omzeilen van het cessie-/verpandingsverbod. Er is namelijk - alvorens de leverancier zijn producten verkoopt aan een financier - een overeenkomst gesloten tussen leverancier en afnemer, waarin een cessie-/verpandingsverbod is bedongen, met als strekking dat de afnemer geen andere schuldeisers duldt dan de leverancier, waarmee hij op dat moment zaken doet. Doordat de leverancier, na de verkoop van de producten aan de financier, in eigen naam als lasthebber van de financier op gaat treden, wordt er mijns inziens wel inbreuk gemaakt op het cessie-/verpandingsverbod. De lasthebber treedt weliswaar in eigen naam op en de lastgever kan weliswaar niet direct rechten uitoefenen tegen de afnemer, maar dit kan op den duur veranderen. Indien de lasthebber namelijk niet voldoet aan zijn verplichtingen jegens de lastgever, 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 (artikel 7:420 BW). Op deze wijze bestaat er dus alsnog de kans dat de afnemer wordt geconfronteerd met een andere schuldeiser en dat in strijd met het cessie-/verpandingsverbod wordt gehandeld.

Hoewel van waarde, geven de door Orval genoemde constructies geen oplossing voor het feit dat een pandhouder door een verpandingsverbod haar preferente of andere voorrangspositie kwijtraakt in het faillissement van de pandgever. Ik stel daarom het volgende voor.

## 10.2 Mogelijke alternatieve constructie (I)

Een eerste constructie die wellicht een oplossing zou kunnen bieden is de volgende. Een kredietgever zou afspraken die in het kader van de kredietverlening met een kredietnemer zijn gemaakt, kunnen laten vastleggen in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:900 BW.<sup>142</sup> Bij deze vaststellingsovereenkomst kunnen partijen, ter beëindiging *of ter voorkoming* [*curs. MEAMK*] van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar binden aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mochten afwijken.

---

<sup>141</sup> Orval 2013, par. 5.3, p.996.

<sup>142</sup> Waarover ondermeer Asser-Van Schaick 2012, 7-VIII.

In die vaststellingsovereenkomst dient de kredietnemer dan te verklaren aansprakelijk te zijn voor schade die de kredietgever lijdt indien de verpande vorderingen om de een of andere reden niet kunnen worden geïnd. Als mogelijke redenen voor het oninbaar zijn van de verpande vorderingen kunnen worden genoemd, financiële problemen bij de debitor cessus (die - tijdelijk - niet in staat is aan zijn betalingsverplichtingen jegens de pandgever te voldoen) of problemen die zich voordoen aan de zijde van de pandgever.

Indien het voor een kredietgevende bank onmogelijk kan blijken te zijn de verpande vorderingen te innen, is het goed denkbaar dat de bank zich wil indekken tegen deze risico's. Er kan – zo is in het voorgaande gebleken – sprake zijn van onwetendheid of onkunde van de pandgever inzake het voorkomen van een verpandingsverbod in zijn handelstransacties met derden. In algemene zin zou een bank dit risico daarmee kunnen afdekken. Een andere vraag is of een ondernemer – indachtig artikel 6:234 BW<sup>143</sup> – deze kwestie zou moeten benaderen vanuit zijn informatieplicht aan de bank. Voor de bank is het echter zaak zich tegen dergelijke onkunde of onachtzaamheid van de pandgever in te dekken, hetgeen door een vaststellingsovereenkomst als voorgesteld een standaard praktijk zou kunnen worden. Vervolgens is het is de vraag of een aansprakelijkheidsverzekering zijdens de pandgever het risico dekt dat een ondernemer een dergelijke vaststellingsovereenkomst sluit, terwijl hij onwetend of onkundig is van een mogelijk verpandingsverbod en de strekking daarvan. Deze vraag zal ik hierna bespreken.

Een aansprakelijkheidsverzekering heeft als doel te voorkomen dat er inkomens- of vermogensschade ontstaat aan de zijde van de verzekerde door de risico's van alledag.<sup>144</sup> Wansink<sup>145</sup> heeft in zijn boek “De algemene aansprakelijkheidsverzekering” de grenzen geschetst voor de aansprakelijkheidsverzekering.<sup>146</sup> Deze grenzen zijn, kort weergegeven:

1. aansprakelijkheidsrisico's bedreigen een ieder elk ogenblik;
2. tegen de mogelijke financiële gevolgen ervan is bijna niemand opgewassen;
3. dit (sociale aspect) schept extra verplichtingen voor verzekeraars, die bij schaderegeling en redactie van de polis de belangen van de derden-gelaedeerden niet buiten beschouwing mogen laten;

---

<sup>143</sup> Terhandstellingsplicht voor algemene voorwaarden, met het doel kennis te kunnen nemen van de inhoud ook nadat de overeenkomst met toepasselijk verklaarde algemene voorwaarden is gesloten. Deze verplichting rust op alle typen partijen (voor dienstverleners geldt een afwijkende regeling, art. 6:230b onder 6 BW).

<sup>144</sup> Zie voor een afwijkende visie Rinkes 2011.

<sup>145</sup> Wansink 2006.

<sup>146</sup> Wansink 2006.

4. dekking wordt verleend *voor de aansprakelijkheid uit welke hoofde ook*, hetgeen impliceert,
5. dat de verzekeringstechnische begrenzing van de dekking elders in de polis moet worden gevonden.

De afgelopen jaren is er, mede onder invloed van maatschappelijke veranderingen, een herwaardering geweest van de omvang van de dekking. Dit heeft onder andere geleid tot het formuleren van het claims made-beginsel en de grenzen waarbinnen dekking mag worden verleend voor opzettelijk veroorzaakte schade.<sup>147</sup>

Ondanks dit alles moet bij een aansprakelijkheidsverzekering worden gekozen voor een ruime risicodekking.<sup>148</sup> Dit houdt in dekking van het financiële nadeel dat voor de verzekerde ontstaat indien hij aansprakelijk is of wordt gesteld voor materiële en/of immateriële schade, voortvloeiend uit of verband houdend met alle activiteiten, zonder onderscheid te maken tussen wettelijke aansprakelijkheid en contractuele aansprakelijkheid, zonder beperking tot schade door onrechtmatige daden, zonder uitsluiting van zogenaamde negatieve wanprestatie, en zonder uitsluiting van milieuaansprakelijkheid. Deze dekking is zo ruim dat zij het risico van aansprakelijkstelling omvat, ongeacht de grondslag van de aansprakelijkheid. Hierbij volstaat dan de vaststelling dat er een aansprakelijkstelling is, zonder dat de grondslag daarvan vastgesteld hoeft te worden.<sup>149</sup> Bij deze hele ruime dekkingsomschrijving rijst de vraag waar de dekking dan wel haar grenzen vindt.

Ten eerste worden opzettelijke handelingen en handelingen die te wijten zijn aan grove schuld, niet door een verzekeraar gedekt. Dat lijkt ook logisch, want waarom zou een verzekeraar schade moeten vergoeden voor door de verzekerde opzettelijk toegebrachte schade.<sup>150</sup>

Ten tweede kan, voor de beantwoording van de vraag wat wel en wat niet onder de standaard dekking valt, worden gekeken naar de standaard Voorwaarden Aansprakelijkheid Bedrijven 2008 (hierna: "AVB 2008"). In punt 2.2. van de AVB staat vermeld:

---

<sup>147</sup> Dekking op basis van claims made houdt in dat de verzekerde tijdens de looptijd van de verzekering daadwerkelijk door de benadeelde aansprakelijk wordt gesteld. Hierbij speelt niet langer de vraag, zoals voorheen wel het geval was, wanneer de schade is veroorzaakt of ontstaan. Nadeel voor de verzekerde hierbij is dat er geen enkele uitloopdekking is. Een verzekerde die na afloop van de polis wordt aangesproken voor schade die tijdens de polis is ontstaan, heeft dan geen dekking meer. Zie voor meer informatie Stadermann 2010.

<sup>148</sup> Zie in dit verband arrest HR 3 september 1993, S&S 1994, 14.

<sup>149</sup> Wansink 2006, p. 24-25.

<sup>150</sup> HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 (Bierglasarrest) .

*“2.2 □ Deze overeenkomst beantwoordt aan het vereiste van onzekerheid als bedoeld in artikel 7:925 BW, indien en voor zover de door een derde geleden schade op vergoeding waarvan jegens verzekeraar resp. een verzekerde aanspraak wordt gemaakt, het gevolg is van een gebeurtenis waarvan voor partijen ten tijde van het sluiten van de verzekering onzeker was dat daaruit schade voor de derde was ontstaan, dan wel naar de normale loop van omstandigheden zou ontstaan.”*

Uit deze formulering blijkt dat de verzekeringsovereenkomst - als uitgangspunt - moet zijn gebaseerd op een gebeurtenis die ten tijde van het sluiten van de verzekering onzeker was en waaruit schade voor een derde is ontstaan.

In de AVB 2008 zijn verder een aantal standaardgevallen beschreven die niet onder de verzekeringsdekking vallen. Toegespitst op het hierboven genoemde voorbeeld, verwijs ik hierbij naar punt 4.7, dat bepaalt dat schade die voortvloeit uit een boete-, schadevergoedings-garantie-, vrijwarings- of ander beding van soortgelijke strekking van dekking is uitgesloten, mits de verzekerde ook zonder dat beding aansprakelijk zou zijn geweest.

Ik ben van mening dat die laatste zinsnede in het geval van schade, voortvloeiende uit een verpandingsverbod, van toepassing is. Ook zonder de in de vaststellingsovereenkomst vastgelegde aansprakelijkheid voor een dergelijke schade is de verzekerde aansprakelijk. De bank zou namelijk – in geval van niet nakoming van de uit de kredietovereenkomst/pandovereenkomst voortvloeiende verplichtingen – de pandgever aansprakelijk kunnen stellen. Vraag hierbij blijft wel of het specifieke risico van niet nakoming wegens de aanwezigheid van een mogelijk verpandingsverbod dient te worden gemeld bij de verzekeraar. Mogelijk wenst de verzekeraar dan een hogere premie te bedingen voor dit extra risico dat zij loopt.

Ter onderbouwing van het bovenstaande voeg ik aan deze scriptie toe een kopie van de algemene voorwaarden behorende bij de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven en beroepen van Meeùs (**bijlage 1**), waaruit blijkt dat verzekerd is:

*“1.3 Aanspraak:*

*Een door een derde ingestelde aanspraak tegen verzekerde tot vergoeding van schade voortvloeiend uit een handelen of een nalaten [...]”.*



Onder een handelen of een nalaten wordt hierbij verstaan:

*“1.5 Handelen of nalaten:*

*Een gedraging van een verzekerde waaruit een aanspraak voortvloeit.*

*Met een gedraging van verzekerde wordt gelijkgesteld: een schadeval dat uitsluitend vanwege een aan verzekerde toebehorende hoedanigheid krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van verzekerde komt.”*

Uit voorgaande begripsomschrijving kan worden opgemaakt dat het schadeval moet zijn ontstaan door een handelen of nalaten van verzekerde. Hierbij wordt vermeld dat dit handelen of nalaten voor rekening van verzekerde dient te komen.

Artikel 3 (uitsluitingen en bijzondere insluitingen) van de algemene voorwaarden behorende bij de polis bepaalt dat niet is gedekt, aansprakelijkheid voor schade die gevolg is van opzettelijk handelen (artikel 3.6). Schade die het gevolg is van wanprestatie door de verzekeringsnemer wordt echter niet uitgesloten van dekking.

Tenslotte is bepaald in artikel 7 (wijziging van het risico) van de algemene verzekeringsvoorwaarden:

*7.1. De premie en voorwaarden gelden voor de activiteiten van verzekerde(n) zoals omschreven op het polisblad. Indien deze activiteiten in belangrijke mate worden gewijzigd, zijn verzekeraars bevoegd een wijziging van premie of voorwaarden te stellen [...]*

Op grond van deze bepaling kan een verzekeraar, indien het risico voor hem te groot wordt, de polisvoorwaarden wijzigen of meer premie bedingen.

Zoals hierboven weergegeven dekt de aansprakelijkheidsverzekering ook gevallen waarin sprake is van wanprestatie. Deze dekking zou tevens moeten worden gegeven indien er sprake is van een verpandingsverbod. In een dergelijk geval wanpresteert de pandgever ten opzichte van de pandhouder door niet te vermelden dat er sprake is van een verpandingsverbod. Deze omissie kan hem worden toegerekend op grond van artikel 6:74 BW nu hij (theoretisch gezien) had moeten en

kunnen weten dat er sprake was van een verpandingsverbod.<sup>151</sup> Dit neemt echter niet weg dat een verzekeraar ook hiervoor dekking behoort te verlenen behoudens het geval dat sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van de verzekerde.

Indien de pandgever, nadat hij door de pandhouder is aangesproken op grond van wanprestatie, failliet gaat, is mogelijk artikel 3:287 BW van toepassing. Zoals gezegd, is op grond van dit artikel de vordering van de *benadeelde* (lees: de pandhouder) bevoorrecht op de eventuele vordering die de aansprakelijke (lees: pandgever) heeft op zijn verzekeraar uit hoofde van een aansprakelijkheidsverzekering.<sup>152</sup> Dit voorrecht gaat boven een eventueel pandrecht van een derde op de vordering jegens de verzekeraar en is eveneens van een hogere rangorde dan het voorrecht van de fiscus.<sup>153</sup>

Nadeel is wel dat de bevoorrechte pandhouder mee dient te betalen in de faillissementskosten.<sup>154</sup> Ook bestaat er een risico dat de verzekeraar om de een of andere reden niet uitkeert of de uitkering blijft steken bij de curator van de failliet, nu dergelijke uitkeringen niet rechtstreeks aan de benadeelde plegen te worden uitgekeerd maar aan de verzekerde.<sup>155</sup> Het laatstgenoemde probleem zou wellicht kunnen worden ondervangen door bij het sluiten van de overeenkomst een pandrecht te vestigen op de eventuele uitkering door de (bedrijfs-)aansprakelijkheidsverzekeraar van de pandgever.

Ook zou de bank als extra zekerheid kunnen eisen, dat een kredietnemer een kredietverzekering op haar vorderingen afsluit.<sup>156</sup> Op de eventuele uitkering zou de bank dan ook een pandrecht kunnen vestigen. Dit zou de bank als benadeelde partij een separatistenpositie geven in het geval dat de debiteur van de verpande vordering failliet gaat of om een andere reden niet aan haar betalingsverplichtingen voldoet.

---

<sup>151</sup> Ook al is hij hier feitelijk vaak niet van op de hoogte omdat deze bedingen zijn opgenomen in de algemene voorwaarden.

<sup>152</sup> Zie in dit kader ook Boom 2000. Boom is hierbij van mening dat een dergelijk voorrecht niet ten goede zou moeten komen aan gesubrogeerde mede-aansprakelijken en (aansprakelijkheids)verzekeraars en volgens hem zou het beschermingsbereik beperkt moeten worden tot direct benadeelden.

<sup>153</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo, 3-IV 2013.

<sup>154</sup> Van Buchem-Spapens & Pouw 2008, hfst. 6, paragraaf 4.

<sup>155</sup> Wansink & Van Tiggele-van der Velde, 7-IX 2012.

<sup>156</sup> <https://www.verzekeraars.nl/actueel/nieuwsberichten/Paginas/Betere-bescherming-tegen-wanbetaling-noodzaak>.

### 10.3 Mogelijke alternatieve constructie (II)

Zoals in paragraaf 6.3 reeds besproken, kan een verpandingsverbod niet verhinderen dat een andere persoon namens de schuldeiser tot inning van de vordering op de schuldenaar overgaat. Dit is ook besproken door Orval.<sup>157</sup> Het recht de vordering te innen is dus niet exclusief voorbehouden aan de rechthebbende op de vordering. Een voorbeeld ter verduidelijking. Een schuldeiser heeft een vordering op de schuldenaar. Voor de financiering van zijn onderneming doet hij op een bepaald moment een kredietaanvraag bij een bank. De bank verstrekt dit krediet aan de schuldeiser/kredietnemer, maar stelt hieraan de voorwaarde dat zij de vordering die de kredietnemer heeft op een derde, voor de kredietnemer mag innen. De geïnde bedragen zullen op een aparte rekening (derdengeldenrekening) worden gestort. Vanzelfsprekend heeft de bank een vordering op de kredietnemer uit hoofde van de kredietovereenkomst. De bank stelt aan kredietverlening tevens de voorwaarde dat zij deze vordering mag verrekenen met het bedrag dat zij bij de derde heeft geïnd. Kan dit?

Voor verrekening buiten faillissement (artikel 6:127 BW) geldt een aantal voorwaarden. Deze zijn:

- a. partijen moeten over een weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn;
- b. de schuld en de vordering moeten aan elkaar beantwoorden (gelijksoortig zijn);
- c. degene die zich op verrekening beroept moet bevoegd zijn de schuld af te betalen;
- d. de vordering van degene die zich op verrekening beroept, moet opeisbaar zijn.<sup>158</sup>

Als we deze voorwaarden toepassen op het hierboven genoemde voorbeeld, dan kunnen we het volgende constateren. Partijen zijn elkaars schuldeiser en schuldenaar. De bank neemt de verplichting op zich een krediet te verschaffen, de kredietnemer gaat de verplichting aan dit krediet in termijnen (met rente) terug te betalen. De schuld en de vordering beantwoorden aan elkaar omdat het in beide gevallen om een geldschuld gaat. De schuldeiser die zijn schuld wil verrekenen is bevoegd zijn schuld af te betalen. Ook is de vordering, voor wat betreft de maandelijks af te lossen termijnen, opeisbaar. Verrekening zou dus mogelijk moeten zijn.

Ook binnen een faillissement is verrekening mogelijk. Hiervoor gelden deels andere voorwaarden dan buiten faillissement. De laatste twee voor verrekening genoemde vereisten gelden binnen

---

<sup>157</sup> Orval 2013, par. 5.1, p.996.

<sup>158</sup> Buchem-Spapens & Pouw 2008, p. 65-66.

faillissement niet (artikel 53 Fw). In plaats daarvan geldt de voorwaarde dat vordering en schuld beiden dienen te zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of dienen voort te vloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring met gefailleerde zijn verricht (artikel 53 lid 1 Fw). Is in casu aan deze voorwaarde voldaan? Ook aan deze voorwaarde is voldaan: vordering en schuld zijn namelijk beide ontstaan ten tijde van het sluiten van de kredietovereenkomst en dus buiten faillissement.

Tenslotte bepaalt artikel 54 Fw (en artikel 235 Fw voor surséance) dat degene die vóór de faillietverklaring een schuld aan of een vordering op gefailleerde van een derde heeft overgenomen, zich niet op verrekening kan beroepen als hij ten tijde van de overneming niet te goeder trouw was. Hierbij wordt onder niet te goeder trouw handelen verstaan, dat de bankgiro instelling<sup>159</sup> op het ogenblik van de verkrijging van de schuld wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement te verwachten was. Vorderingen en schulden die na de faillietverklaring zijn overgenomen kunnen in het geheel niet worden verrekend (artikel 54 lid 2 Fw).<sup>160</sup>

De regel van artikel 54 Fw geldt niet wanneer de girale betalingen zijn gedaan ter voldoening van een vordering waarop de bank een stil pandrecht had gevestigd en waarvan zij nog geen mededeling had gedaan aan de debiteur van die verpande vordering. Verrekening door een bank is dan wel mogelijk.<sup>161</sup>

Als deze regels worden toegepast op het eerder door mij genoemde voorbeeld, kan het volgende worden geconstateerd.

Er geen sprake van een overname van een schuld of vordering door een derde, omdat er geen overdracht of verpanding van de vordering plaatsvindt, maar de vordering slechts door de bank voor de schuldeiser wordt geïnd. Ook worden er geen girale betalingen ter voldoening van de vordering gedaan op de rekening van schuldeiser omdat de bank de vordering voor de schuldeiser int en deze betalingen op een andere rekening dan die van de schuldeiser zullen plaatsvinden. Dit is van belang omdat de bank anders verweten kan worden zich bedragen die op de (zakelijke) rekening van kredietnemer/gefailleerde binnen zijn gekomen toe te eigenen door deze bedragen te verrekenen

---

<sup>159</sup> Van Buchem-Spapens & Pouw 2008, p. 70.

<sup>160</sup> Zie in dit kader de arresten HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578 (Doyer en Kalff) en HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 449 (Amro/Tilburgse Hypotheekbank)

<sup>161</sup> HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN). Zie eveneens Wibier 2012/6931.

met de schuld die kredietnemer op de bank heeft. Zo worden de overige schuldeisers, die zich niet in een dergelijke voordelige positie bevinden, mogelijkwijs benadeeld.

Na de faillietverklaring zal de bank feitelijk de vordering die de failliet had op de derde voor de curator gaan innen. De onderliggende verrekeningsovereenkomst (zoals eerder gemaakt met de kredietnemer voor diens faillietverklaring) blijft echter in stand en de curator zal dan ook akkoord moeten gaan met de verrekening.

## **11. DE BANK ALS DERDE PARTIJ BIJ DE OVEREENKOMST TUSSEN SCHULDEISER EN SCHULDENAAR**

### **11.1 Beginsel van partijautonomie**

Het Nederlandse contractenrecht is gebaseerd op het beginsel van partijautonomie en het contracteren met niet meer dan twee partijen (A sluit een overeenkomst met B).<sup>162</sup> De partijautonomie, dat wil zeggen de bevoegdheid van partijen vrijelijk de inhoud van de overeenkomst te bepalen, brengt tevens met zich mee dat men in een tweepartijenverhouding slechts gebonden is aan de inhoud van de overeenkomst indien men dit door een wilsverklaring heeft geuit.

Tegen dit beginsel van partijautonomie kan worden aangevoerd dat de relativiteit van het contractenrecht er niet aan in de weg staat dat een overeenkomst rechtsgevolgen voor derden in het leven kan roepen en evenmin dat derden eraan voorbij kunnen gaan.<sup>163</sup> Een ander argument tegen de relativiteit van het contractenrecht kan worden gevonden in het feit dat een rechtssubject wel autonoom en in vrije wil een overeenkomst kan sluiten maar dat daaruit niet volgt dat wat hij wil ook rechtens bindt.<sup>164</sup> Partijen kunnen bijvoorbeeld niet contracteren in weerwil van dwingende rechtsregels.

---

<sup>162</sup> Ernes & Lamers 2012, p.1.

<sup>163</sup> Vrancken 2002, p.42.

<sup>164</sup> Vrancken 2002, p.43.

## 11.2 Theorie van de economische verdichting

In de huidige maatschappij worden regelmatig complexe projecten tot stand gebracht waarbij meerdere specialisten zijn betrokken. Deze specialisten werken samen (door middel van het sluiten van contracten) om een gemeenschappelijk doel te bereiken (denk bijvoorbeeld aan een bouwproject). Ernes en Lamers noemen dit verschijnsel 'economische verdichting'.<sup>165</sup>

Ernes en Lamers zijn van mening dat bij meerpartijenverhoudingen de groep als uitgangspunt moet worden genomen en dat er een spil moet worden aangewezen die fungeert als organisator van het contractencomplex.<sup>166</sup> Deze dient de feitelijke en/of juridische regie te voeren over het contractencomplex. Volgens Ernes en Lamers dient de overeenkomst een gemeenschappelijke oorzaak te kennen, wat verwijst naar de strekking van hetgeen partijen met de overeenkomst wensen te bereiken.<sup>167</sup> Hierbij is vaak sprake van een beginovereenkomst, waarin het doel is opgenomen en die ertoe leidt dat daarna één of meerdere contractanten tot de overeenkomst toetreden door het sluiten van afzonderlijke overeenkomsten. Ernes en Lamers stellen dat de afbakening van de contractengroep kan worden gevonden in het feit dat alle contractanten hetzelfde doel willen realiseren.<sup>168</sup> Hierbij dient wel een onderscheid te worden gemaakt tussen hoofd- en nevenovereenkomsten. Indien men slechts een klein aandeel in het te realiseren doel heeft kan niet worden gesteld dat die contractant de realisatie van het gehele doel voor ogen heeft gehad en kan hij ook niet tot de contractengroep worden gerekend. Volgens Ernes en Lamers weten de contractspartijen die deelnemen in een contractengroep dat er andere betrokkenen zijn. Partijen dienen op grond van die wetenschap rekening te houden met elkaars belangen.

Rinkes brengt hiertegen in dat bij het contracteren te allen tijde meerdere partijen betrokken zijn, maar dat dit beginsel volgens hem niet leidend kan zijn bij de contractuele gebondenheid.<sup>169</sup> Volgens Rinkes eist de billijkheid dat contractspartijen bij de uitvoering van een overeenkomst rekening houden met het bestaan van de belangen van derden, maar dit gaat niet zo ver dat van een economische verdichtingsfiguur kan worden gesproken of dat er sprake is van een verregaande *zorgplicht*.

---

<sup>165</sup> Ernes & Lamers 2012, p.3.

<sup>166</sup> Ernes & Lamers 2012, p.7.

<sup>167</sup> Ernes & Lamers 2012, p.8.

<sup>168</sup> Ernes & Lamers 2012, p.9.

<sup>169</sup> Rinkes 2013, par 7.

### 11.3 Derdenbescherming

De gebondenheid van partijen bij een overeenkomst steunt niet zozeer op de partijautonomie maar op de gedachte dat partijen, wederpartijen en derden rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Wat gerechtvaardigde belangen zijn kan niet slechts worden afgeleid uit de overeenkomst waaraan zij zijn gebonden maar deze belangen kunnen ook worden gevonden buiten de contractuele sfeer.<sup>170</sup> Dit wordt door Ernes en Lamers ook wel uitgedrukt in de term zorgplichten.<sup>171</sup>

Rinkes vindt het te ver gaan dat partijen bij een contract tevens een buitencontractuele zorgplicht zouden hebben en verwijst in dat kader naar arrest Sporthotel Callantsoog. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat, om te kunnen bepalen of de wederpartij een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, het uitgangspunt geldt dat indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij een behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of een ander nadeel kan leiden als de contractant in die uitvoering tekortschiet, de normen van hetgeen in het maatschappelijk verkeer volgens ongeschreven recht betaamt kunnen meebrengen dat de contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen.<sup>172</sup> Volgens Rinkes eist de billijkheid dat contractspartijen bij de uitvoering van hun overeenkomst rekening houden met het bestaan van deze belangen. Dit gaat echter niet zover dat zij hiertoe een zorgplicht hebben.

Ook geeft Rinkes aan dat contractbinding niet op zichzelf staat, maar tevens kan ontstaan in verbondenheid van contracten.<sup>173</sup> Hierbij kan het voorkomen dat men op grond van billijkheidsoverwegingen bepaalde rechtens relevante regels tegen zich dient te laten werken indien er sprake is van een contract dat niet kan bestaan zonder andere verbonden contracten.<sup>174</sup>

### 11.4 Het verpandingsverbod en meerpartijenverhoudingen

Ook bij een overeenkomst waarin een verpandingsverbod is bedongen, kan er sprake zijn van een meerpartijenverhouding. Deze meerpartijenverhouding kan als volgt ontstaan. Een schuldeiser kan – ter realisering van haar verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst tussen partijen – een

<sup>170</sup> Van Laarhoven 2006, p.29 e.v.

<sup>171</sup> Ernes & Lamers 2012, p.6.

<sup>172</sup> Hof 's-Gravenhage, 18 september 2012, *NJ* 2007, 256.

<sup>173</sup> Rinkes verwijst hierbij naar de zaak *The Satanita II*, [1897] AC 59.

<sup>174</sup> Zie in dit verband de schakeljurisprudentie van de HR waartoe onder andere behoren de arresten ECLI:NL:HR:2012:BT7496 Hoge Raad, 20-01-2012, 10/02540(Wierds/Dakdekkersbedrijf) en ECLI:NL:HR:2012:BU3162 Hoge Raad, 20-01-2012, 10/04069 (Agfaphoto Finance/Foto Noort).

kredietaanvraag doen bij een bank. De bank die dit krediet verschaft draagt op deze wijze indirect bij aan de uitvoering van de overeenkomst tussen partijen. In dat opzicht zou men dan ook kunnen spreken van een contractuele gebondenheid, waarbij de bank evenzeer risico's loopt, indien de contractuele afspraken om de een of andere reden niet of niet goed worden uitgevoerd. Billijkheidsoverwegingen zouden dan ook met zich mee kunnen brengen dat één of beide contractanten bepaalde handelingen/afspraken achterwege dienen te laten indien dit de belangen van andere bij het contract verbonden partijen schaadt.

## **CONCLUSIE**

Overdraagbaarheid van vorderingsrechten is van groot belang voor de financierbaarheid van ondernemingen. Nederland heeft dit belang erkend met de implementatie van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten. Hoewel deze Richtlijn in eerste instantie ontworpen is voor grote ondernemingen op de kapitaalmarkt, kan zij tevens van toepassing worden verklaard op overeenkomsten tussen een bank enerzijds en een ondernemer uit het midden- of kleinbedrijf anderzijds.

De financiële zekerheidsovereenkomst is geen bijzondere overeenkomst in de zin van de wet en wordt veelal van toepassing verklaard in algemene voorwaarden of in een raamovereenkomst. Als voordelen van de financiële zekerheidsovereenkomst kunnen worden genoemd: de mogelijkheid tot het vergroten of verkleinen van de liquiditeit op de markt, vermindering van het risico voor banken dat zij bij niet-nakoming met lege handen komen te staan, de mogelijkheid leningen te verstrekken tegen een lagere rente, het voordeel voor banken minder kapitaal te hoeven aanhouden ter dekking van de lening omdat het risico van niet-nakoming geringer is, de mogelijkheid voor banken over de in pand gegeven goederen te beschikken en het voordeel tot een snelle afwikkeling over te kunnen gaan bij niet-nakoming. Als nadeel kan worden genoemd dat ondernemingen die een financiële zekerheidsovereenkomst hebben afgesloten op een bepaald moment kunnen worden geconfronteerd met een andere schuldeiser.

Daarnaast is het voor de overdraagbaarheid van vorderingsrechten van belang dat ondernemingen hun vorderingen op derden kunnen overdragen of verpanden aan kredietverschaffers, zoals banken, om zo liquide middelen vrij te kunnen maken voor het doen van investeringen. Cessie- en verpandingsverboden, opgenomen in overeenkomsten tussen partijen of in de daarbij behorende algemene voorwaarden, beperken deze overdraagbaarheid.



Er kunnen goede redenen bestaan voor het opnemen van dergelijke verboden, doch deze wegen niet op tegen de nadelige consequenties die zij met zich meebrengen. Voor de ondernemer kan het verbod ertoe leiden dat hij geen krediet bij een bank kan verkrijgen of slechts onder voor hem minder gunstige voorwaarden. Een bank/pandhouder die niet bekend was en kon zijn met het verpandingsverbod en tot kredietverschaffing aan de ondernemer overgaat, heeft een krediet verschaft zonder voldoende zekerheid tot nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst te verkrijgen. Extra nadeel ondervindt de bank hierbij, indien de pandgever nadien failliet gaat. De bank verliest dan haar, uit hoofde van het pandrecht toegekende, separatisten- en preferente positie in faillissement.

In de rechtspraak en literatuur is men verdeeld over de vraag in welke gevallen een onoverdraagbaarheidsbeding verbintenisrechtelijke werking heeft en in welke gevallen goederenrechtelijke werking. Een aantal auteurs, waaronder Rongen en Verhagen, meent dat er moet worden gekeken naar de belangen van beide partijen bij de overeenkomst, waarin een onoverdraagbaarheidsbeding is opgenomen. In de rechtspraak oordeelde het hof in het arrest Summertime-Portaal dat het doel van het cessie-/verpandingsverbod het beste kan worden verwezenlijk indien de overdracht/verpanding in strijd met het verbod niet slechts wanprestatie oplevert tussen partijen, maar de overdracht/verpanding van meet af aan ongeldig is. In het arrest Oryx Van Eesteren en Coface/Intergamma wordt de voorkeur gegeven aan een meer subjectieve uitleg van de overeenkomst, waarbij het van alle concrete omstandigheden van het geval afhangt of aan het verbod verbintenisrechtelijke en/of goederenrechtelijke werking dient te worden toegekend. Probleem hierbij blijft echter dat de derde, die de onoverdraagbare/ onverpandbare vordering heeft verkregen, geen partij was bij de overeenkomst waarin het verbod is opgenomen en deze derde dan ook moeilijk zal kunnen bewijzen onder welke concrete omstandigheden de overeenkomst tot stand is gekomen.

Nederland loopt voor wat het cessie- (verpandings)verbod uit de pas met andere Europese landen, met name voor wat betreft de derdenwerking die in ons land aan een dergelijk verbod kan worden toegekend. In de ons omringende landen wordt aan een cessieverbod vaak slechts obligatoire werking toegekend en in sommige gevallen wordt het verbod zelfs in zijn geheel als ongeldig aangemerkt. Ook in internationale regelingen wordt aan het verbod slechts beperkte werking toegekend en wordt een overdracht in weerwil van het verbod vaak toch als geldig aangemerkt. De cedent blijft daarbij wel aansprakelijk jegens de debiteur cessus wegens het niet-

nakomen van het beding van onoverdraagbaarheid. Er bestaat dan ook aanleiding om aan een onoverdraagbaarheidsbeding haar derdenwerking te ontzeggen.

Om een oplossing te bedenken voor deze problematiek van cessie-/verpandingsverboden zijn door verschillende auteurs voorstellen gedaan. Deze voorstellen bestaan voornamelijk in het wijzigen van de huidige wettelijke regeling. Zij bieden geen oplossing voor het probleem dat de pandhouder in een faillissement van de pandgever met lege handen komt te staan.

Omdat de positie van de pandhouder in de literatuur onderbelicht is gebleven, heb ik een aantal voorstellen gedaan voor alternatieven die de positie van de pandhouder mogelijkerwijs zouden kunnen versterken. Een constructie die hieraan zou kunnen bijdragen, zou kunnen liggen in het aansprakelijk stellen van de pandgever voor de door de pandhouder geleden schade en het door de pandgever neerleggen van deze schadeclaim bij zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. Op de uitkering van deze schadeclaim, die bevoorrecht is in faillissement, kan dan door de pandhouder een pandrecht worden gevestigd, zodat de pandhouder zijn bevoorrechte positie behoudt in faillissement. Een andere mogelijkheid om de positie van de pandhouder te versterken zou kunnen zijn gelegen in het creëren van verrekeningsmogelijkheden in het faillissement van de pandgever.

Tenslotte is de vraag aan de orde gekomen of de huidige regeling van het verpandingsverbod niet in strijd is met het gesloten systeem van het goederenrecht, dat bepaalt dat er geen andere goederenrechtelijke rechten kunnen worden gevestigd dan de wet heeft bepaald. Dit lijkt het geval te zijn nu de wetgever geen beperkt recht heeft willen creëren dat de vestiging van een pandrecht verbiedt en de regeling van het verpandingsverbod ook niet valt te scharen onder de huidige regeling van pandrecht, zijnde een beperkt recht.

\*\*\*\*\*

# LITERATUURLIJST

## Boeken

### **Asser/Bartels & Van Mierlo 2013**

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, *Algemeen Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Asser/Mijnssen & De Haan 2001**

F.H.J. Mijnssen & P. De Haan, *Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001. (Asser serie 3-I).

### **Asser/Wansink & Van Tiggele-van der Velde 2012**

J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde, *Bijzondere overeenkomsten. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012. (Asser serie 7-IX).

### **Asser-Van Schaick 2012**

A.C. van Schaick, *Bijzondere overeenkomsten: bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2012 (Asser-serie, 7-VIII).

### **Beekhoven van den Boezem 2003**

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, hoofdstuk 2, par. 2.

### **Beekhoven van den Boezem & Verdaas 2010**

F.E.J. Beekhoven van den Boezem & A.J. Verdaas, *(On)overdraagbaarheid van vorderingen na de crisis: gluren bij de burens!, in en na de crisis*, NGB 1930-2010, redactie M.J.G.C. Raaijmakers, H.J. Bruisten & A.F. Verdam, Deventer: Kluwer 2010, p.31-45.

### **Mollema 2013**

A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Parlementaire Geschiedenis Boek 3**

C.J. van Zeben en J.W. Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 685-732.

### **Rank**

W.A.K. Rank, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht bij: Burgerlijk Wetboek Boek 7, Artikel 55 [overdracht]*, Deventer: Kluwer 2013.

**Reehuis 1994**

W.H.M. Reehuis, *Inning van en verhaal op verpande vorderingen, in het bijzonder bij derdenbeslag en faillissement* (Brunner-Bundel), Deventer: Kluwer 1994, p.315-324.

**Rinkes & Hendrikse 2011**

J.G.J. Rinkes, *Aansprakelijkheid en aansprakelijkheidsverzekering: alternatieven voor de aansprakelijkheidsverzekering?*, in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (red.), *De aansprakelijkheidsverzekering*, ACIS-Serie Deel 8, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 9-27.

**Rongen 2012**

M.H.E. Rongen, *Cessie. Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale financiële praktijk en securitisation in het bijzonder*, Deventer: Kluwer 2012.

**Slangen 2002**

P.C. Slangen, *Hoofdstukken Goederenrecht*, Lelystad:Vermande 2002, p. 141.

**Snijders 1970**

W. Snijders, *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen – Vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p.27.

**Struycken 2007**

T.H.D. Struycken, *De Numerus Clausus in het Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

**Van Buchem-Spapens&Pouw 2008**

A.M.J. van Buchem-Spapens en Th. A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2013, hfst. 6, paragraaf 3.

**Van Vliet**

L.P.W. van Vliet, "Financiële zekerheidsovereenkomsten", in: B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 59-92.

**Verdaas 2008**

A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer 2008, hfst. 9, par. 9.2.2., pag. 189.

**Wansink 2006**

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006.

## **Tijdschriften**

### **Allcock 1983**

B. Allcock, "Restrictions on the assignment of contractual rights", *Cambridge Law Journal* 42(2), November 1983, p.328-346.

### **Armgardt 2009**

M. Armgardt, "Die wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht, *Rabels Zetschrift für ausländischen und Internationales Privatrecht*", volume 73, Number 2, April 2009, p.p. 314-335 (2).

### **Beekhoven van den Boezem 2010**

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, "Gemakkelijke overdraagbaarheid van vorderingen: oorzaak of oplossing van de kredietcrisis?", *TvI* 2010,6, p.35.

### **Beekhoven van den Boezem 2010**

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, "Centraal pandregister voor roerende zaken", *WPNR* 2010/6860.

### **Beekhoven van den Boezem & Bergervoet 2013**

F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet, "Uitleg van cessie- en verpandingsverboden", *TvL* 2013/13.

### **Boom 2000**

W.H. van Boom, "Wie profiteert van het voorrecht op de vordering uit de WA-polis? Opties voor de wetgever", *WPNR* 2000, p.195-197.

### **Brusik 2014**

N.T. Brusik, "De stand van zaken omtrent de betekenis van het fiduciaverbod voor factoring", *V&O* 2014/2, p. 23-28.

### **De Groot & Salomons 2011**

S. de Groot & A.F. Salomons, "Zekerheidsoverdracht in het Nederlandse BW, de Franse Code civil en de Europese DCFR", *Ars Aequi* 05/2011.

### **Dirix 2014**

E. Dirix, "België kiest voor een centraal pandregister", *TvL* 2014/5.

### **Ernes & Lamers 2012**

A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, "Groepscontracten als antwoord op de economische verdichting van de samenleving", *WPNR* 2012.

### **Kaptein 2014**

F.J.L. Kaptein, " De betekenis van Coface/Intergamma voor de uitleg van cessie- en pandakten", *WPNR* 2014, p. 623-625.

**Keijser 2004**

T.R.M.P. Keijser, "De implementatie van de Europese Richtlijn betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten. Belangen van het midden- en kleinbedrijf bedreigd door wijziging van het Nederlandse goederen- en faillissementsrecht", *WPNR* 2004/6592, p. 761-770.

**Keijser & Verdaas 2003**

T.R.M.P. Keijser & A.J. Verdaas, "Bespreking van het preadvies Zekerheid in roerende zaken en rechten, uitgebracht aan de Vereniging " Handelsrecht" door J.H. Dalhuizen en L.D. van Setten", *Tvl* 2003, p.291 e.v.

**Orval 2013**

M. Orval, "Het cessieverbod nader bezien", *WPNR* 2009/6823

**Rinkes 2013**

J.G.J. Rinkes, "Bij pluraliteit van wilsbinding dienen we niet toe te komen aan de groep als uitgangspunt" (voor het eerst gepubliceerd op [www.mercaturahonesta.nl](http://www.mercaturahonesta.nl) > publicaties d.d. 1 maart 2013).

**Ruys & Van Raay 2005**

W. Ruys & M.H. van Raay, " Securitisation: mogelijke structuren", *O&F* 2005, nr. 67/oktober 2005, p. 12-17.

**Salomons 2008**

A. Salomons, "Covered Bonds en het fiduciaverbod", *WPNR* 2008/6758.

**Salomons 2013**

A. Salomons, "De wetshistorische wortels van ons stille pandrecht. Waardoor verloor Meijers de slag om het registerpand?", *Ars Aequi* 2013, p. 319-325.

**Stadermann 2010**

F. Stadermann, "De omstandighedenmelding onder claims made-verzekeringen, een analyse", *NTHR* 2010-6.

**Van Buchem & De Man 2012**

F. van Buchem & B. De Man, "De verpanding van absoluut toekomstige vorderingen", *O&F* 2012 (20) 2, p. 5-15.

**Van Laarhoven 2006**

M.J. van Laarhoven, "Samenhang in rechtsverhoudingen", diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2006, p.29 e.v.

**Van Vliet 2008**

L.P.W. van Vliet, "De kredietcrisis en de financiële zekerheidsovereenkomst. Repurchase agreements, securities lending en margin accounts", *NTBR* 2008, 53.

**Vrancken 2002**

J.B.M. Vrancken, "Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie", *WPNR* (02/6472) 2002, p.43.

**Wibier 2008**

R.M. Wibier, "Reactie op " Covered Bonds en het fiduciaverbod" van prof. Mr. A.F. Salomons en mw. Mr. M.G. van 't Westeinde in *WPNR* (2008) 6758", *WPNR* 2008/6769.

**Wibier 2012**

R.M. Wibier, "Twintig jaar stil pandrecht op vorderingen in Nederland", *WPNR* 2012/6931.

**Parlementaire stukken**

- Brief van het Ministerie van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, d.d. 23 augustus 2013;
- Kamerstuk 2004-2005, 28874, nr.E (uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten).

**Elektronische bronnen**

- [www.bno.nl/nieuws/datumregistratie-bij-de-belastingdienst-afgeschaft](http://www.bno.nl/nieuws/datumregistratie-bij-de-belastingdienst-afgeschaft);
- zie [www.dvdw.nl/nl/actueel/2013/1/10/registratie-van-akten](http://www.dvdw.nl/nl/actueel/2013/1/10/registratie-van-akten);
- <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Insolventierecht2013oudrecht.pdf>;
- <https://www.verzekeraars.nl/actueel/nieuwsberichten/Paginas/Betere-bescherming-tegen-wanbetaling-noodzaak>.

## **Jurisprudentie**

- HR 25-01-1929, *NJ* 1929, 616 (De Haan/Heineken);
- HR 21-06-1929, *NJ* 1929, 1096 (Hakkers/Van Tilburg);
- HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578 (Doyer en Kalff);
- HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572 (Bierglasarrest)
- HR 24 oktober 1980, *NJ* 1981;
- HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Ermes/Haviltex);
- HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 449 (Amro/Tilburgse Hypotheekbank);
- HR 3 september 1993, *S&S* 1994, 14;
- HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447;
- HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN);
- ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, *NJ* 1996/119, Hoge Raad 19 mei 1995 (Keereweer q.q./Sogelease);
- HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 508;
- HR 30 juni 1995, *NJ* 1996, 554 (Mees Pierson/Mentinkq.q);
- HR 20 juni 1997, *NJ* 1998, 362;
- HR 19 december 1997, *NJ* 1990, 690;
- HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 689;
- ECLI:NL:PHR:2001:AB2435 HR 29-06-2001 (Meijs/Bank of Tokyo);
- Cour de Cassation, France, 22 oktober 2002, R.T.D. Civ. 2003, 129.
- ECLI:NL:HR:2002:AE3381 Hoge Raad, 20-09-2002;
- ECLI:NL:HR:2002:AE7842, Hoge Raad 20-09-2002 (Mulder q.q./Rabobank);
- ECLI:NL:HR:2003:AF0168, Hoge Raad 17-01-2003 (*Oryx/Van Eesteren*);
- ECLI:NL:HR:2003:AF4602, HR 16-05-2003;
- ECLI:NL:HR:2004:AO1427, Hoge Raad 20-02-2004 (DSM/Fox).
- ECLI:NL:HR:2005:AR6165, Hoge Raad 04-03-2005 (Thomassen Metaalbouw/Vos)
- ECLI:NL:PHR:2005:AT8241, *NJ* 2006/151, Hoge Raad 18-11-2005 (BTL Lease);
- ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, HR 22-06-2007 (ING/Verdonk q.q.);
- ECLI:NL:HR:2007:BA4909, HR 29-06- 2007;



- ECLI:NL:RBUTR:2011:BR3743 *Hof Amsterdam 17-07-2012(Coface/Intergamma)*;
- ECLI:NL:HR:2012:BT7496 Hoge Raad, 20-01-2012, 10/02540  
(Wierds/Dakdekkersbedrijf)
- ECLI:NL:HR:2012:BU3162 Hoge Raad, 20-01-2012, 10/04069 (Agfaphoto Finance/Foto  
Noort).
- ECLI:NL:GHAMS:2012:BX4596 *Rechtbank Utrecht 02-03-2011(Coface/Intergamma)*;
- ECLI:NL:HR:2012:BT6947 Hoge Raad 03-02-2012 (ING/Dix)
- Hof 's-Gravenhage, 18-09-2012, *NJ* 2007, 256;
- ECLI:NL:RBARN:2012:BY9349 *Rechtbank Arnhem 19-12-2012, (PMTG/Plusenergy)*;
- ECLI:NL:GHARL:2013:BY8884 *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 08-01-  
2013(Summertime/Portaal)*;
- ECLI:NL:HR:2013:BY8101, HR 05-04-2013, *NJ* 2013/214;
- ECLI:NL:RBROT:2013:8758, *Rechtbank Rotterdam, 6 november 2013 (ABN  
AMRO/Borsboom q.q)*;
- ECLI:NL:HR:2014:682, Hoge Raad 21-03-2014 (*Coface/Intergamma*).

