

## Over de bevoegdheid van de pandgever om afstand te doen van een verpande vordering

Mr. T.B. de Clerck, datum 31-08-2014

### Datum

31-08-2014

### Auteur

Mr. T.B. de Clerck<sup>[1]</sup>

### Vakgebied(en)

Goederenrecht (V)

Goederenrecht / Zekerheidsrechten

Insolventierecht / Faillissement

Onbekend (V)

*Is de pandgever bevoegd tot afstand van een verpande vordering nadat het pandrecht aan de schuldenaar is meegedeeld? Hoe zullen de banken in hun hoedanigheid van pandhouder hierop reageren en wat zijn de praktische gevolgen daarvan voor bedrijfsjuristen?*

### 1. Inleiding

In dit arrest (HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *Bb* 2014/62.1, *RI* 2014/43) heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag in hoeverre de aan een vordering verbonden schuldeisersbevoegdheden overgaan op een beperkt gerechtigde. Aanleiding hiervoor is de vraag of een pandgever van een vordering – na mededeling van het pandrecht – bevoegd is afstand te doen van de verpande vordering, ook wanneer daarmee het pandrecht van de pandhouder tenietgaat.

### 2. Feiten en procesverloop

De casus is complex en wat merkwaardig. Neo-River Inc. (hierna: Neo-River) fabriceert voedingssupplementen en is met het oog op de distributie van een bepaald voedingssupplement in Europa een distributieovereenkomst met Osata Europe Ltd. (hierna: Osata) overeengekomen. Osata is vervolgens een sub-distributieovereenkomst aangegaan met Immun'Âge Europe Ltd. (hierna: IAE). Neo-River heeft de distributieovereenkomst met Osata voortijdig beëindigd wegens wanprestatie van Osata. Osata betwist de geldigheid van deze beëindiging en stelt Neo-River aansprakelijk voor de schade die zij zou lijden ten gevolge van het niet-nakomen van de overeenkomst. Door de beëindiging kon Osata haar verplichtingen onder de sub-distributieovereenkomst met IAE niet nakomen. Ter verzekering van de vordering die IAE uit dien hoofde op Osata had, heeft Osata ten behoeve van IAE een stil pandrecht gevestigd op de 'claim' die Osata op Neo-River had wegens de vermeende ongeldige beëindiging. Van de verpanding is – na het vonnis in eerste aanleg – mededeling gedaan aan Neo-River.

Osata en IAE enerzijds en Neo-River anderzijds hebben over en weer schadevergoeding gevorderd wegens wanprestatie. De rechtbank heeft de vorderingen van Osata en IAE afgewezen en die van Neo-River gedeeltelijk toegewezen. Osata en IAE hebben hoger beroep ingesteld. Osata heeft echter – na een bestuurswisseling waarbij de enig bestuurder van Osata is vervangen door de advocaat van Neo-River – besloten het hoger beroep in te trekken en te berusten in het vonnis van de rechtbank. Het hof heeft vervolgens in het door IAE ingestelde hoger beroep het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof overwoog dat de beëindiging van de distributieovereenkomst tussen Neo-River en Osata geen wanprestatie opleverde jegens IAE wegens afwezigheid van een contractuele relatie tussen Neo-River en IAE. Dat IAE zich voor haar vordering mede beroepen had op haar pandrecht op de schadevergoedingsvordering van Osata op Neo-River mocht volgens het hof niet baten nu Osata afstand van die vordering had gedaan (art. 6:160 BW) door het intrekken van het hoger beroep en het uitdrukkelijk berusten in het vonnis van de rechtbank. Het betoog van IAE dat deze afstand niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden omdat Osata, door de gedane mededeling van het pandrecht aan Neo-River, ten tijde van de afstand niet meer over de vordering kon beschikken, wordt door het hof ongegrond verklaard. Het hof overweegt dat blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 3:246 BW ook na mededeling van het pandrecht de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke bij de pandgever blijft. Dat geldt dus ook voor het doen van afstand van recht met betrekking tot de vordering, aldus het hof. Tegen deze laatste overweging is door IAE in cassatie opgekomen. Haar middel betoogt dat de mededeling van het

pandrecht aan de schuldenaar tot gevolg heeft dat de pandgever onbevoegd wordt om afstand van de verpande vordering te doen. Het wijst daartoe op het absolute karakter van het pandrecht, waardoor latere beschikkingshandelingen verricht door de pandgever niet aan de pandhouder kunnen worden tegengeworpen, ook niet door derden.

De Hoge Raad overweegt allereerst dat het pandrecht een beperkt recht is dat derhalve in beginsel tenietgaat door het tenietgaan van het recht waarvan het is afgeleid. Dat geldt ook als het pandrecht is gevestigd op een vordering en die vordering tenietgaat door afstand in de zin van art. 6:160 BW. De aan een vordering verbonden schuldeisersbevoegdheden gaan, aldus de Hoge Raad, door het vestigen van een beperkt recht op die vordering niet zonder meer over op de beperkt gerechtigde. Of en in hoeverre dat het geval is, hangt af van de wettelijke regeling van het desbetreffende beperkte recht. Voor het pandrecht geldt art. 3:246 BW, dat bepaalt dat, indien aan de schuldenaar mededeling van het pandrecht gedaan is, de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Bovendien is de pandhouder na mededeling bevoegd tot opzegging wanneer de vordering niet opeisbaar is maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt (art. 3:246 lid 2 BW). Andere schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de vordering kent de wet aan de pandhouder niet toe, zodat moet worden aangenomen dat deze bij de pandgever blijven rusten, aldus de Hoge Raad. De pandgever blijft dus bevoegd handelingen te verrichten zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een schadevergoeding. Ook de bevoegdheid tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspuit blijft bij de pandgever.

De Hoge Raad overweegt (met het hof) dat deze regeling op een bewuste keuze van de wetgever berust. Daaraan ligt – blijkens de parlementaire geschiedenis – ten grondslag dat de genoemde bevoegdheden bij de pandgever behoren te blijven nu deze zijn rechten en belangen diepgaand treffen en de pandhouder slechts in het verpande is geïnteresseerd voor zover dit zijn vordering waarborgt. De pandgever kan immers groot belang hebben om zijn bedoelde bevoegdheden te kunnen uitoefenen in de verhouding tot zijn schuldenaar, zonder daarbij afhankelijk te zijn van de toestemming van de pandhouder of de machtiging van de kantonrechter.

De bescherming van de pandhouder is volgens de wetgever gelegen in de mogelijkheid de betreffende rechtshandeling te vernietigen op grond van de pauliana van art. 3:45 BW, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad overweegt in dat verband nog dat weliswaar de stelplicht en de bewijslast van de op grond van art. 3:45 BW vereiste benadeling op de schuldeiser rusten, maar dat bij verlies van een pandrecht in beginsel kan worden aangenomen dat van een dergelijke benadeling sprake is. Voorts bevatten art. 3:45-47 BW regels en bewijsvermoedens waarmee tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de pandhouder. Onder omstandigheden kan de pandhouder bovendien een onrechtmatige daadsvordering instellen.

### 3. Vragen

In de literatuur bestond, voor dit arrest, enige discussie over de vraag welke bevoegdheden aan de pandhouder toekomen en welke bij de pandgever blijven. Met name ging het daarbij om de vraag of de pandgever bevoegd is en blijft, ook na mededeling van het pandrecht, afstand van het vorderingsrecht te doen en of deze afstand dan aan de pandhouder kan worden tegengeworpen. Verdaas beantwoordde deze vraag ontkennend en verdedigde dat de pandhouder een verdergaande bescherming geniet en dat een afstand aan de pandhouder met een ouder recht op de vordering niet kan worden tegengeworpen, tenzij deze met de afstand heeft ingestemd.<sup>[2]</sup> Bovendien betoogde Verdaas dat de verpanding vanaf het moment van mededeling aan de schuldenaar, evenals een beslag, fixerend werkt. Rongen en Wibier namen een vergelijkbaar standpunt in.<sup>[3]</sup> De meerderheid van de schrijvers echter concludeerde op basis van de parlementaire geschiedenis bij art. 3:246 BW<sup>[4]</sup> dat de pandhouder niet bevoegd is tot het verrichten van beschikkingshandelingen, waaronder mede begrepen het doen van afstand van het verpande vorderingsrecht.<sup>[5]</sup> De Hoge Raad heeft nu deze gedachtegang als juist bestempeld.

Dit arrest roept echter een aantal nieuwe vragen op.<sup>[6]</sup> Ik zal mij hieronder beperken tot drie vragen die mijns inziens voor de rechtspraak het meest van belang zijn in het licht van de verhoudingen tussen de pandgever, pandhouder en de schuldenaar.

#### 3.1. Bescherming pandhouder

De bescherming van de pandhouder is volgens de Hoge Raad, in navolging van de wetgever, gelegen in de actio Pauliana (art. 3:45 BW).<sup>[7]</sup> De in dat kader vereiste benadeling kan in beginsel worden aangenomen in geval van verlies van een pandrecht, aldus de Hoge Raad. Daarnaast wijst de Hoge Raad nog op de regels en bewijsvermoedens van art. 3:45-47 BW die tegemoetkomen aan de belangen van de pandhouder en de mogelijkheid via een onrechtmatige daadsactie (art. 6:162 BW) de schade op de bij de benadeling betrokken partijen te verhalen.

Het is echter maar de vraag of de actio Pauliana voldoende bescherming biedt aan de pandhouder. Het door de Hoge Raad geformuleerde vermoeden van benadeling volstaat niet voor een rechtsgeldig beroep op de actio Pauliana.<sup>[8]</sup> Tegen dit vermoeden is immers tegenbewijs mogelijk en bovendien dient de pandhouder ook de andere onderdelen van de actio Pauliana te stellen en eventueel te bewijzen. Met name bij een afstand om baat (art. 3:45 lid 2 BW) kan het vereiste van wetenschap van benadeling bij de schuldenaar de pandhouder moeilijkheden bezorgen.

A-G Spier lijkt in zijn conclusie te suggereren dat dit probleem kan worden ondervangen door een kans op benadeling voldoende te achten voor wetenschap van benadeling in de zin van art. 3:45 lid 2 BW.<sup>[9]</sup> Hoewel ik betwijfel of de pandhouder op dit moment voldoende bescherming kan ontlenen aan de actio Pauliana denk ik dat de Hoge Raad er goed aan heeft gedaan deze suggestie van de A-G niet te volgen. Dit zou de sluizen voor de Pauliana (te) wijd openzetten, met alle nadelige gevolgen van dien – iets wat Spier, zij het wat voorzichtig, zelf ook lijkt te onderkennen.<sup>[10]</sup>

### 3.2 Rechten pandhouder

De Hoge Raad overweegt dus dat – ook na mededeling – de pandgever bevoegd blijft handelingen te verrichten zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van een vordering tot nakoming in een schadevergoeding. De vraag die opkomt is of dit betekent dat de pandhouder deze bevoegdheden nadrukkelijk *niet* toekomen. Dit zou een bijzonder ongelukkige uitkomst van dit arrest zijn, nu het de pandgever in een machtspositie kan plaatsen ten opzichte van de pandhouder. Immers, na mededeling is de pandhouder dan weliswaar bevoegd tot inning van de verpande vordering, maar zou hij zonder toestemming of medewerking van de pandgever geen afspraken mogen maken over de precieze invulling van die inning. Zeker in de niet ondenkbare situatie waarin er een conflict speelt tussen de pandgever en de pandhouder kan een dergelijke beperking van de bevoegdheden van de pandhouder afdoen aan zijn zekerheidsrecht.

De hierboven geschetste situatie van de mogelijke nadelen van een dergelijke verdeling van de bevoegdheden tussen pandgever en pandhouder speelt *a fortiori* in een faillissementssituatie. Immers, een lezing van het arrest zoals hierboven uiteengezet zou dan betekenen dat de pandhouder als separatist, zelfs in geval van evidente overdekking, toestemming van de curator nodig zou hebben voor een schikking of afbetalingsregeling met de schuldenaar van de verpande vordering.<sup>[11]</sup> Wanneer een pandhouder om welke reden dan ook gebaat is bij een snelle afhandeling verkrijgt ook hier de curator een machtspositie ten opzichte van de pandhouder. Immers, wanneer een curator toestemming weigert, staat de pandhouder slechts de weg naar de rechter open teneinde deze toestemming alsnog af te dwingen, en dat brengt onnodige vertraging en kosten mee.

### 3.3 Afwijkende verdeling

De hiervoor geschetste nadelige gevolgen van dit arrest zouden voor een groot deel ondervangen kunnen worden wanneer de pandgever en de pandhouder bij vestiging van het pandrecht een afwijkende verdeling van bevoegdheden overeen kunnen komen met goederenrechtelijke werking. Schuijling werpt echter terecht de vraag op of een dergelijke afwijkende verdeling mogelijk is. Struycken<sup>[12]</sup> betoogt op grond van de Toelichting Meijers<sup>[13]</sup> dat een dergelijke partijautonomie kan bestaan indien de wet zich van een (dwingendrechtelijke) regeling onthoudt.

Anders dan Schuijling lijkt te suggereren staat niet ter discussie dat art. 3:246 BW dwingend recht is. Het uitgangspunt is immers dat de wettelijke regeling in beginsel dwingend recht is, tenzij de wet zelf anders bepaalt.<sup>[14]</sup> Vraag is echter of de verdeling van bevoegdheden dwingendrechtelijk geregeld wordt in art. 3:246 BW of dat de wetgever zich op dit specifieke punt van een regeling onthoudt, en er dus sprake kan zijn van partijautonomie.

“Vooreerst zijn er tal van punten, die de inhoud van het zakelijk recht nader bepalen, waarvoor de wet zelf een regeling geeft. In het Boek Zakelijke rechten nu is het systeem gekozen, dat de wettelijke bepalingen niet toelaten dat aan het zakelijk recht een andere inhoud wordt gegeven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben, voor zover uit de wet niet het tegendeel blijkt. Dientengevolge wordt de vrijheid van partijen om binnen de grenzen van de wettelijke definitie de inhoud van het recht zelf te bepalen, teruggebracht tot het gebied, waaromtrent de wet zich van een regeling onthoudt (...), en tot de, overigens talrijke, gevallen waarin de wet zelf een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat.”<sup>[15]</sup>

De verdeling van een aantal bevoegdheden (nakoming eisen, inning) wordt in lid 1 van art. 3:246 BW geregeld, wat inhoudt dat ten aanzien van die bevoegdheden geen partijautonomie kan bestaan. Over de verdeling van de in onderhavig arrest ter discussie staande bevoegdheden wordt in art. 3:246 BW echter niets bepaald. In lijn met de Toelichting Meijers valt dan te verdedigen dat er op dit gebied partijautonomie bestaat en dat partijen dus bij vestiging een afwijkende verdeling tot inhoud van het pandrecht kunnen maken.

Daaraan doet niet af dat de wetgever zich in de parlementaire geschiedenis wel heeft uitgelaten over de verdeling van die bevoegdheden. De wetgever heeft het blijkbaar niet opportuun geacht dit onderdeel van de wet te maken. Dat volgt tevens uit de parlementaire geschiedenis, waarin immers staat dat de betreffende bevoegdheden *in het algemeen* bij de pandgever dienen te blijven.<sup>[16]</sup> De wetgever lijkt hier zelf al te onderkennen dat er situaties moeten kunnen bestaan waarin de verdeling van de betreffende bevoegdheden anders wordt geregeld.

Wanneer men tot de conclusie komt dat er op dit gebied partijautonomie bestaat gelden er wel enkele restricties: het in de Toelichting Meijers geformuleerde ‘voldoende verbandvereiste’<sup>[17]</sup> en de later door de Hoge Raad in zijn arrest van 16 maart 1977, *NJ* 1977/399 ontwikkelde ‘wezensvraag’. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest met betrekking tot een erfpachtsverhouding dat partijen vrij zijn deze naar eigen goeddunken te regelen, maar “dat zij daarbij weliswaar niet in strijd mogen komen met het wezen van het erfpachtsrecht”, waarvan overigens in die casus volgens de Hoge Raad geen sprake

was.

Beide restricties lijken aan het afspreken van een afwijkende verdeling van bevoegdheden niet in de weg te staan. Concluderend meen ik dat het weliswaar niet vaststaat dat partijen bij de vestiging van het pandrecht een afwijkende verdeling tot inhoud van het beperkte recht kunnen maken zodat deze goederenrechtelijke werking heeft, maar dat op basis van de Toelichting Meijers en de gebruikte formulering in de parlementaire geschiedenis voldoende (sterke) argumenten te formuleren zijn om dergelijke partijautonomie hier aan te nemen. Dit zou ook wenselijk zijn, omdat het de nadelige gevolgen van het onderhavige arrest, als geschetst in deze noot, voor een groot deel zou kunnen ondervangen.

In de praktijk zullen bedrijfsjuristen zich geconfronteerd zien met banken die een afwijkende verdeling van de bevoegdheden overeen willen komen bij de vestiging van het pandrecht. De banken willen immers een zo sterk mogelijke zekerheid, en het voorkomen van het tenietgaan van de vordering door afstand van de pandgever alsook het zelfstandig kunnen onderhandelen over een afbetalingsregeling dragen hier evident aan bij. Ook voor kredietnemers is een zo sterk mogelijke zekerheid van belang; hoe sterker immers de zekerheid voor de bank, des te meer krediet de bank bereid zal zijn te geven. Het verdient dan ook overweging voor bedrijfsjuristen om de wens van de banken een afwijkende bevoegdheidsverdeling overeen te komen te accorderen, teneinde een zo gunstig mogelijke kredietpositie voor de kredietnemers te bewerkstelligen. Dat er enige onzekerheid bestaat over de goederenrechtelijke werking hiervan en/of het standpunt van curatoren hierover mag daaraan niet afdoen nu er tevens voldoende (sterke) argumenten te formuleren zijn om partijautonomie (en daarmee goederenrechtelijke werking) wel aan te nemen.

Voetnoten

[1]

Mr. T.B. de Clerck is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam.

[2]

A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer 2008, p. 265.

[3]

M.H.E. Rongen, "Vorderingen als verhandelbare goederen: wijzigingen van de overeenkomst na cessie of verpanding", in S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 2002, p. 282-284 en R.M. Wibier "Schuldoverneming: alleen met toestemming van de inningsbevoegde pandhouder en vruchtgebruiker?", *WPNR* 6767 (2008), p. 672-677.

[4]

MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 772-773.

[5]

Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, A. Steneker, *Pandrecht (Mon. BW nr. B12a)*, 2012, p. 138-139, J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, 2011, p. 446-449.

[6]

Zie ook *JOR* 2014/118, m.nt. Schuijling.

[7]

R.o. 3.5.2. en MvA II, Parl. Gesch. Boek BW 3, p. 773.

[8]

Zie ook *TvI* 2014/24, m.nt. G.G. Boeve en S. Jansen.

[9]

Conclusie A-G Spier, sub 4.17.2 en 4.17.3.

[10]

Conclusie A-G- Spier, sub 4.17.3, laatste zin.

[11]

Vgl. noot van G.G. Boeve en S. Jansen bij dit arrest in *TvI* 2014/24.

[12]

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 382-386.

[13]

Toelichting Meijers (25 mei 1955), Algemene opmerkingen over boek 5.

[14]

Vgl. bijvoorbeeld art. 3:210 BW, dat steeds begint met "Tenzij bij de vestiging anders is bepaald".

[15]

Toelichting Meijers (25 mei 1955), Algemene opmerkingen over boek 5, punt 3, PG 5, p.3.

[\[16\]](#)

Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 772-773.

[\[17\]](#)

Toelichting Meijers (25 mei 1955), Algemene opmerkingen over boek 5, punt 3, PG 5, p. 3.