

Objectieve novatie of schuldvernieuwing bij aanpassing van een kredietovereenkomst



Mr. D.A. Viëtor*



Mm. mr. B.M. Visser*

1. Inleiding

Het oude burgerlijk wetboek ("OBW") bevatte een bijzondere wettelijke regeling voor schuldvernieuwing of novatie (art. 1449 – art. 1460 OBW). Schuldvernieuwing kon zowel betrekking hebben op de partijen bij de overeenkomst (subjectieve schuldvernieuwing), als op de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen (objectieve schuldvernieuwing). Van objectieve schuldvernieuwing was ingevolge art. 1449(1) OBW sprake indien:

"(...) een schuldenaar ten behoeve van zijn schuld-eischer eene nieuwe schuldverbintenis aangaat, welke in de plaats gesteld wordt van de oude die daardoor vernietigd wordt".

Met de invoering van het nieuw burgerlijk wetboek is de figuur van de objectieve schuldvernieuwing uit het burgerlijk wetboek verdwenen en de figuur van de subjectieve schuldvernieuwing vervangen door de figuren cessie, schuldoverneming en contractoverneming.

Toch duikt in de praktijk nog regelmatig de vraag op of aanpassing van een kredietovereenkomst het risico van objectieve schuldvernieuwing meebrengt. De relevantie van deze vraag is duidelijk: indien sprake is van objectieve schuldvernieuwing zou het risico kunnen bestaan dat gevestigde zekerheden vanwege hun accessoire karakter van rechtswege tenietgaan.

In dit artikel wordt besproken wat onder objectieve schuldvernieuwing moet worden verstaan en in hoeverre een kredietovereenkomst¹ kan worden aangepast voordat sprake is van objectieve schuldvernieuwing.² Ter onderscheiding: indien geen sprake is van schuldvernieuwing is (slechts) sprake van schuldwijziging.³ Bovendien zal aan de orde komen wat de relevantie van dit onderscheid is met het oog op het voortbestaan van reeds gevestigde zekerheden.

2. In welke gevallen was onder het oude recht sprake van objectieve schuldvernieuwing?

Voordat besproken wordt wat de rol is van de figuur van de objectieve schuldvernieuwing in ons huidige recht, is het goed eens te kijken naar de vraag in welke gevallen onder het oude recht sprake was van objectieve schuldver-

nieuwing. Daarbij is een onderscheid tussen enerzijds het begrip "verbintenis" en anderzijds het begrip "prestatie" van belang.

Bij gebreke van een wettelijke omschrijving werd in de literatuur aangenomen dat het begrip verbintenis een tweetal betekenissen heeft. In de eerste betekenis is de verbintenis een vermogensrechtelijke betrekking (dat wil zeggen een door het recht erkende en geregelde verhouding) tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en de ander tot die prestatie verplicht is.⁴ Dit is de "ruime" betekenis van het begrip verbintenis. In de tweede betekenis is verbintenis juist de rechtsplicht (ook wel de "schuld") van de een, de schuldenaar, jegens de ander, de schuldeiser, tot die prestatie.⁵ Dit is de "beperkte" betekenis van het begrip verbintenis.⁶

Echter, van het begrip verbintenis zelf (zowel in de ruime als in de beperkte betekenis) dient de prestatie te worden onderscheiden. De prestatie is datgene waartoe de schuldenaar verplicht en de schuldeiser gerechtigd is. De prestatie wordt ook wel het voorwerp van de verbintenis genoemd.⁷ Uit een kredietovereenkomst vloeit voor de kredietnemer, met name, de verbintenis (in de beperkte betekenis) voort de hoofdsom terug te betalen en, doorgaans, om rente te betalen. De hoogte van de hoofdsom,

* Advocaat te Londen respectievelijk Amsterdam.

1. In dit artikel worden geen kredietovereenkomsten besproken waarbij consumenten partij zijn. Er wordt bovendien vanuit gegaan dat de kredietovereenkomsten door Nederlands recht worden beheerst. Indien dat niet het geval is dienen de gevolgen van schuldvernieuwing naar onze mening naar het toepasselijke buitenlandse recht te worden beoordeeld. Zie art. 10(1)(d) EVO.
2. Prinsen merkt terecht op dat de term "schuldvernieuwing" strikt genomen te eng is omdat de gehele verbintenis teniet gaat en niet alleen de passiefzijde (de schuld). Zie: J.J. Prinsen, *Converteerbare obligaties*, diss., Kluwer, Deventer, 2004, p. 200.
3. Ook hier geldt dat (ook) de term "schuldwijziging" strikt genomen te eng is omdat de wijziging van een verbintenis zowel de passief- als actiefzijde betreft (zie: J.J. Prinsen, a.w., p. 201).
4. Zie: Asser-Hartkamp 4-I (1988), nrs. 6 en 12, *Mon. Nieuw BW A-2* (Scholten), p. 7 en G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1987, p. 98.
5. *Ibid.*
6. In het BW van 1992 wordt het begrip verbintenis in beide betekenissen gebruikt. Zie: Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 12, *Mon. Nieuw BW A-2* (Scholten), p. 7.
7. Zie: Asser-Hartkamp 4-I (1988), nr. 7.

de hoogte van de rente en, bijvoorbeeld, de looptijd van de lening zijn de prestaties.

Onder het oude recht was van objectieve schuldvernieuwing geen sprake indien slechts de onderliggende prestaties werden gewijzigd, maar de verbintenissen ongewijzigd bleven. Dit volgt ten eerste uit het gebruik van het woord "*schuldverbintenis*" in art. 1449(1) OBW.

Daarnaast is dit bevestigd in een onder het oude recht gewezen arrest van de Hoge Raad van 17 juni 1988.⁸ In die zaak waren de feiten kort gezegd als volgt. Van Beuningen had zich op 19 mei 1982 borg gesteld tot een maximum bedrag van twee miljoen gulden jegens de bank H. Albert de Bary en Co NV voor de schulden van een bepaalde vennootschap. Op dat moment bedroegen de schulden van deze vennootschap jegens de bank ongeveer tweeëneenhalf miljoen gulden. In september van dat jaar kwamen de bank en die vennootschap overeen het krediet te verhogen tot vijf miljoen gulden. Daarnaast werd de looptijd gewijzigd.⁹ Na te zijn aangesproken tot betaling door de bank stelde Van Beuningen zich op het standpunt dat sprake was geweest van objectieve schuldvernieuwing, waardoor de oorspronkelijke kredietverhouding was geëindigd en een nieuwe kredietverhouding in het leven was geroepen. Daarmee zou ook een einde zijn gekomen aan de verplichtingen van Van Beuningen als borg vanwege het accessoire karakter van borgstelling. Volgens het Hof was slechts sprake van schuldwijziging, niet van schuldvernieuwing. De Hoge Raad bekrachtigde het arrest van het Hof. De aanpassing van de hoofdsom, de looptijd en de "*andere voorwaarden*" kwalificeerden niet als objectieve schuldvernieuwing, maar slechts als schuldwijziging omdat slechts prestaties werden gewijzigd en de verbintenissen zelf in stand bleven.¹⁰

Dat aanpassing van de onderliggende prestaties geen objectieve schuldvernieuwing meebracht wordt ten slotte in de literatuur bevestigd. Volgens Rutten was het "*niet de bedoeling van de wetgever en met de eisen van het verkeer in strijd, indien elke wijziging van ondergeschikte betekenis als een schuldvernieuwing wordt gekwalificeerd. Nadere afspraken welke slechts wijzigingen van bijkomstige aard aanbrengen, doch het voorwerp der verbintenis [DV/BV: de prestatie] in hoofdzaak ongerept laten, behoren niet als schuldvernieuwing te worden beschouwd.*"¹¹ Ook Hartkamp steunde die opvatting:

"Steeds zal men moeten onderzoeken of het de bedoeling van partijen is zich geheel los te maken van de bestaande verbintenis, met als gevolg dat de accessoiren daarvan vervallen. (...) Anders dan in de vorige druk zou ik, in het voetspoor van VAN DER GRINTEN, Themis 1986, blz 51, in beginsel niet van schuldvernieuwing willen spreken indien de omvang van de verplichting [DV/BV: de prestatie] wordt gewijzigd."^{12, 13}

Een andere vraag is of alleen bij aanpassing van de verbintenis in de ruime betekenis ("de vermogensrechtelijke rechtsbetrekking") of ook bij aanpassing van de verbintenis in de beperkte betekenis ("de rechtsplicht tot een prestatie"), van objectieve schuldvernieuwing sprake kan zijn. Uit het gebruik van het woord "*schuldverbintenis*" in art. 1449(1) OBW maken wij op dat bij aanpassing van de verbintenis in de beperkte betekenis reeds sprake kon zijn van objectieve schuldvernieuwing.

Overigens "worstelde" de wetgever onder het OBW ook al enigszins met de figuur van de objectieve schuldvernieuwing. Dit blijkt bijvoorbeeld uit art. 1457 OBW, dat bepaalde dat de schuldeiser het voorbehoud kon maken dat zekerheden die tot zekerheid van de "oude" schuldverbintenis waren gevestigd ook tot zekerheid van de "nieuwe", in de plaats gestelde, schuldverbintenis zouden dienen. Dit gaf aan de figuur een tweeslachtig karakter¹⁴, omdat daarmee de effecten van schuldvernieuwing grotendeels geneutraliseerd konden worden.

3. Objectieve schuldvernieuwing naar huidig recht

De figuur van objectieve schuldvernieuwing is niet in het burgerlijk wetboek van 1992 geregeld. Evenmin bestaat jurisprudentie waarin de figuur onder het huidige recht is ingevuld.

In de literatuur wordt objectieve schuldvernieuwing in de regel behandeld in het kader van het leerstuk afstand van recht. Dat verbaast niet, omdat de parlementaire geschiedenis bij art. 6:160 BW (afstand van recht) vermeldt dat de figuur van objectieve schuldvernieuwing als wijze van tenietgaan van verbintenissen onder de figuur van afstand van recht valt.¹⁵ Opgemerkt wordt dat het partijen op grond van het beginsel van contractsvrijheid vrijstaat objectieve schuldvernieuwing overeen te komen en een

8. NJ 1988, 958 (Van Beuningen/H. Albert de Bary en Co. NV).

9. De conclusie van A-G Hartkamp vermeldt dat "*de andere voorwaarden*" ook werden gewijzigd.

10. Zie ook: Hof 's-Gravenhage 25 januari 1934, NJ 1934, 767: "*(...) van schuldvernieuwing niet is gebleken daar noch verlenging van den termijn noch verlaging van rente een nieuwe schuld deed ontstaan (...)*". Zie ook: Rb. Dordrecht 6 mei 1914, NJ 1914, p. 1141 en Hof 's-Gravenhage 25 januari 1934, NJ 1934, p. 767 (waarin werd geoordeeld dat het verlenen van uitstel van betaling respectievelijk het toestemmen in een afbetalingsregeling geen schuldvernieuwing inhoudt). Daarnaast Rb. Amsterdam 8 april 1938, NJ 1939, 533 (waarin werd geoordeeld dat de wijziging van een aflossingsregeling geen schuldvernieuwing inhoudt).

11. Asser-Rutten 4-I, (1981), p. 392.

12. Asser-Hartkamp 4-I (1988), nr. 623 (en Van der Grinten in het door Hartkamp geciteerde werk).

13. Ook uit de parlementaire geschiedenis bij art. 6:160 BW volgt dat onder het oude recht algemeen werd aangenomen dat niet iedere aanpassing van de verbintenis als een objectieve schuldvernieuwing moest worden beschouwd. Zie: Parl. Gesch. (Boek 6), p. 482.

14. Parl. Gesch. (Boek 6), p. 482.

15. Ibid.

tussen hen bestaande verbintenis door een ander te vervangen.¹⁶ Daarvoor is dus enerzijds ten aanzien van de oude verbintenis afstand van recht nodig (zie art. 6:160 lid 1 BW), terwijl tegelijkertijd een nieuwe verbintenis tussen schuldeiser en schuldenaar in het leven wordt geroepen, die in de plaats wordt gesteld van de oorspronkelijke (zie art. 6:213 BW e.v.).¹⁷

Art. 6:160 lid 1 BW bepaalt dat een verbintenis tenietgaat door een overeenkomst van de schuldeiser met de schuldenaar, waarbij de schuldeiser van zijn vorderingsrecht afstand doet. Voor afstand is geen vorm voorgeschreven en een uitdrukkelijke verklaring is niet vereist.¹⁸ Het gebruik van het woord “*vorderingsrecht*”, maakt duidelijk dat in dit artikel bedoeld wordt op de verbintenis in de beperkte zin (de “schuld”). Een vorderingsrecht is immers de actiefzijde van de schuld.¹⁹

De vraag of sprake is van afstand moet worden beoordeeld aan de hand van titel 2 van boek 3 BW en afdeling 2 van titel 5 boek 6 BW. Indien de partijbedoeling niet duidelijk is, dient deze te worden vastgesteld aan de hand van het Haviltex-criterium: het gaat om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.²⁰ Dat deze verbintenisrechtelijke vraag ook een goederenrechtelijke dimensie kan hebben (het al dan niet voortbestaan van zekerheden) is niet relevant.²¹ Bovendien geldt naar onze mening dat objectieve schuldvernieuwing niet snel verondersteld mag worden omdat evenmin snel moet worden aangenomen dat partijen afstand hebben willen doen van hun rechten.²² Zeker niet indien de afstand mede tot gevolg heeft dat gevestigde zekerheden teniet gaan.²³ Ook in de rechtspraak is steun te vinden voor onze opvatting: in het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad²⁴ (gewezen onder het oude recht) werden bepaalde voorwaarden van een kredietbrief (o.a. de hoogte van de hoofdsom en de looptijd) aangepast “*onder intrekking van*” de cerdere kredietbrief. Een beroep op schuldvernieuwing werd echter afgewezen. Volgens het Hof en de Hoge Raad kwam aan de woorden “*onder intrekking van*” in redelijkheid niet de betekenis toe dat de oorspronkelijke kredietovereenkomst moest zijn geacht te zijn beëindigd, maar dat slechts door partijen beoogd was aan te geven dat de voorwaarden van de bestaande kredietovereenkomst werden gewijzigd en volledig werden weergegeven in de nieuwe kredietbrief met terzijdestelling van de oude.

Kortom, voor afstand van recht is wilsovereenstemming van de schuldenaar en de schuldeiser nodig. Dit zou logischerwijze met zich brengen dat dus nooit sprake kan zijn van objectieve schuldvernieuwing indien schuldenaar en schuldeiser bij de aanpassing van de tussen hen bestaande kredietovereenkomst duidelijk verklaren geen

afstand te willen doen van de tussen hen bestaande verbintenissen.^{25, 26}

4. Waar komt de onzekerheid vandaan en is deze terecht?

Het is opmerkelijk dat in de praktijk toch onzekerheid is blijven bestaan over de vraag of (“te ingrijpende”) aanpassingen van een kredietovereenkomst, objectieve schuldvernieuwing tot gevolg kan hebben zelfs als partijen verklaren dat zij geen schuldvernieuwing beogen. Dit terwijl het BW geen bepaling over objectieve schuldvernieuwing bevat en afstand van recht wilsovereenstemming vereist.

16. Zie ook: Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 613: “*Het moderne recht staat voorts op het standpunt – in afwijking van het Romeins-rechtelijke systeem – dat overeenkomsten tot stand kunnen komen door wilsovereenstemming alléén, en erkent het beginsel van contractsvrijheid. Ook om deze reden kan een regeling van schuldvernieuwing in het nieuwe BW achterwege blijven.*”

17. Voorts is voor schuldvernieuwing onder het huidige recht – net als onder het oude recht – een onverbrekelijk verband vereist tussen het tenietgaan van de oorspronkelijke verbintenis en het aangaan van de nieuwe verbintenis. De oorspronkelijk verbintenis gaat teniet door en bij het aangaan van de nieuwe verbintenis, die de oorspronkelijk overeenkomst beoogt te vervangen (zie: Parl. Gesch. (Boek 6), p. 482 en 483).

18. Parl. Gesch. (Boek 6), p. 588.

19. Zie: Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 33.

20. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635. De benadering die Prinsen in deze situatie kiest spreekt ons minder aan. Volgens hem zou de vraag of in deze situatie sprake is van schuldvernieuwing of schuldwijziging moeten worden beoordeeld naar de verkeersopvattingen, op grond van uiterlijke feiten, waarbij de innerlijke wil niet bepalend is, behalve voorzover deze wil ondubbelzinnig blijkt. Prinsen komt voor deze situatie tot de (“*voorzichtige*”) conclusie dat, hoewel dit van geval tot geval moet worden beoordeeld, naar verkeersopvattingen van schuldvernieuwing sprake kan zijn, indien bij verandering van een geldverbintenis twee of meer van haar essentialia worden gewijzigd. Hij beschouwt in ieder geval de rechtsgrond, de looptijd, de hoofdsom en de hoogte en vorm van eventueel bedongen rente als essentialia. Zie: J.J. Prinsen, a.w., p. 202.

21. Zie: HR 20 september 2002, NJ 2002, 610, waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat bij de uitleg van de overeenkomst tussen de pandgever en de pandhouder, en specifiek voor de vraag tot zekerheid van welke voorrechten het pandrecht strekt, het Haviltex-criterium moet worden toegepast.

22. De opname in het BW van een bepaling in de geest van art. 1474 OBW (“*De kwijtschelding eener schuld wordt niet verondersteld, maar moet bewezen worden.*”) werd overbodig bevonden. Zie ook: Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 622. Zie ook de conclusie van A-G Hartkamp voor het in noot 8 genoemde arrest, waarin hij te kennen geeft dat “*de bedoeling tot novatie niet te snel mag worden aangenomen*”. A-G Leijten merkte in dit verband in zijn conclusie voor HR 18 april 1986, NJ 1987, 480 treffend op dat een “*recht prijsgeven niet tot de normale menselijke manieren van doen behoort. De meeste mensen staan op hun recht en dan loopt het niet makkelijk weg*”. Ook art. 1451 OBW benadrukte dat schuldvernieuwing niet verondersteld mocht worden en dat de wil tot schuldvernieuwing duidelijk uit de akte moest blijken. Aangenomen werd dat in plaats van “akte” het woord “rechtshandeling” moest worden gelezen. Het gebruik van het woord “akte” om rechtshandeling aan te duiden stamt uit een vrij letterlijke vertaling van de Franse Code Civil, waar het woord “acte” (rechtshandeling) werd gebruikt. Zie: Asser-Rutten 4-I (1981), p. 390 en J.J. Verhoeven, Schuldoverneming, diss., Groningen, 2002, p. 111. De bepaling bracht tot uitdrukking dat voor schuldvernieuwing de partijwil, de zogenaamde *animus novandi*, ondubbelzinnig moest blijken. Zie: Asser-Rutten 4-I (1981), p. 390.

23. Ook Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 623 legt dit verband: “*Steeds zal men moeten onderzoeken of het de bedoeling van partijen is zich geheel los te maken van de bestaande verbintenis, met als gevolg dat de accessoiren daarvan vervallen.*”

24. Zie: noot 8. Zie ook: Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 616.

25. In gelijke zin: J.J. Prinsen, a.w., p. 203-204.

26. Overwogen zou kunnen worden in de oorspronkelijke kredietovereenkomst reeds te bepalen dat, tenzij uitdrukkelijk anders overeengekomen, iedere latere aanpassing van de overeenkomst als schuldwijziging en nimmer als objectieve schuldvernieuwing zal kwalificeren.

De onzekerheid lijkt te worden veroorzaakt door de parlementaire geschiedenis bij art. 6:160 BW. Het gaat om de volgende passage uit die parlementaire geschiedenis (en dan met name het tweede criterium), die vaak geciteerd wordt:²⁷

“De vraag rijst, naar welk criterium moet worden beoordeeld of een nadere overeenkomst, door partijen gesloten, een schuldwijziging inhoudt dan wel een schuldvernieuwing. Dit is van belang omdat bij schuldvernieuwing de accessoiren van de vordering (voorrechten, pand, hypotheek, borgtocht e.d.) komen te vervallen, terwijl dit bij schuldwijziging niet het geval behoeft te zijn. De gestelde vraag kan aldus worden beantwoord, dat in twee gevallen schuldvernieuwing moet worden aangenomen, nl.:

- 1e. wanneer partijen ondubbelzinnig uitspreken dat zij zich van de bestaande verbintenis losmaken en hun rechtsverhouding uitsluitend door de nieuwe overeenkomst bepaald willen zien,
- 2e. wanneer de nieuwe overeenkomst aan de verbintenis een zo afwijkende inhoud of strekking geeft, dat deze naar de verkeersopvatting niet meer als “dezelfde” kan worden beschouwd; zo bijvoorbeeld als een huurovereenkomst door een koopovereenkomst wordt vervangen of een dienstbetrekking door een maatschapsverhouding”²⁸

De passage is niet erg fraai geformuleerd. Het verwijst zowel naar verbintenis in beperkte zin (de “*de accessoiren van de vordering*”) als in ruime zin (“*hun rechtsverhouding*”) en de genoemde voorbeelden). Daarnaast zou de verwijzing naar “*inhoud en strekking*” van de verbintenis de lezer op het verkeerde been kunnen zetten en uitnodigen om de vraag of sprake is van objectieve schuldvernieuwing te beoordelen op grond van de (aanpassing van de) onderliggende prestaties waartoe de verbintenis verplicht in plaats van de (aanpassing van de) verbintenis zelf.

Hoewel de passage niet van de hand van Meijers afkomstig is²⁹, ligt het voor de hand bij de uitleg van bovengenoemde passage uit de parlementaire geschiedenis in eerste instantie aansluiting te zoeken bij de opvatting van Meijers omtrent deze figuur.³⁰ In zijn boek “De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht”³¹ (de “Algemene Begrippen”) maakt Meijers duidelijk wat hij van de figuur van de objectieve novatie vindt; hij noemt de figuur ondoelmatig en hinderlijk omdat partijen die hun overeenkomst aanpassen slechts hoogst zelden schuldvernieuwing beogen.³² Meijers was van mening dat de partijwil doorslaggevend moet zijn voor de vraag of sprake is van schuldwijziging of schuldvernieuwing, omdat de identiteit van een verbintenis (in tegenstelling tot de identiteit van een zaak) in hoge mate door partijen zelf wordt bepaald.³³ Volgens Meijers kan als gevolg een verbintenis (in tegen-

stelling tot een zaak) veel ingrijpender gewijzigd worden, zonder dat de verbintenis ophoudt dezelfde te zijn.

Indien de passage wordt gelezen in het licht van Meijers’ Algemene Begrippen en de toepassing van de figuur onder het oude recht (zie § 2), dan is duidelijk dat niet bedoeld kan zijn dat onder het huidige recht van objectieve schuldvernieuwing sprake is indien slechts prestaties wijzigen. In dat geval zou immers in gevallen waarin dat onder het oude recht niet zo was, onder het huidige recht wel sprake kunnen zijn van objectieve schuldvernieuwing, terwijl de wettelijke basis daarvoor ontbreekt. Bij een figuur die is afgeschaft (en waartegen bij Meijers en anderen zo’n weerstand bestond) ligt dat niet voor de hand.

Het ligt zelfs niet voor de hand dat met het begrip verbintenis, verbintenis in de beperkte betekenis wordt bedoeld (“de rechtsplicht tot een prestatie”). In dat geval zou namelijk onder het huidige recht even snel sprake zijn van objectieve schuldvernieuwing als onder het oude recht. Ook dat ligt bij een afgeschafte figuur niet voor de hand. Integendeel: voor deze situatie kent ons huidige recht de figuur van afstand van recht (zie § 3).

Meest waarschijnlijk is dat de wetgever duidelijk heeft willen maken dat het moet gaan om een aanpassing van de

27. Bijvoorbeeld: Asser-Hartkamp 4-1 (2004), nr. 631, Mon. Nieuw BW B-44 (Van Achterberg), p. 90 en 92, Verbintenissenrecht, (Mellema-Kranenburg), aant. 35 e.v. bij art. 6:160 BW, J.J. Prins, a.w., p. 202 en J.C. Westermann, Kan pandrecht worden gesauveerd bij novatie in de internationale financieringspraktijk?, TvI, 2003 – 2, p. 41 en 43.

28. Parl. Gesch. (Boek 6), p. 482.

29. Toen Meijers in 1954 overleed was slechts de toelichting bij boeken 1 tot en met 4 BW gereed. Voor titel 2 van boek 6 BW bestond ten tijde van het overlijden van Meijers geen concept, de toelichting bij deze titel is van de hand van J. Drion. Zie: V.J.A. Süt?, Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947–1961), Boom Juridische uitgevers, 2004. Schoordijk voorzag al deze passage na invoering van het nieuw burgerlijk wetboek tot “*niet geringe problemen*” aanleiding zou geven (zie: H.F.C. Schoordijk, Het Algemene Gedeelte van het Verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Kluwer, Deventer, 1979, p. 331). Volgens hem was het beter geweest indien de toelichting de figuur van objectieve schuldvernieuwing volledig had geëcarteerd, omdat daar in het moderne recht geen behoefte meer aan zou zijn. Schoordijk stelt: “*Naar Romeins recht had de stipulatie automatisch naverende werking. Dit gold zowel voor de objectieve novatie als voor de actieve of passieve novatie. De woorden, waarin de stipulatie naar vraag en antwoord gezet was, hadden zulk een magische werking, dat al het oude kwam te vervallen (...). Dergelijke magische handelingen kennen wij niet meer. Dat partijen zich ondubbelzinnig uitspreken, dat zij zich van de bestaande verbintenis losmaken, zal zich in de praktijk nauwelijks voordoen.*”

30. De geciteerde passage verwijst zelf ook naar Meijers’ Algemene Begrippen.

31. E.M. Meijers, Algemene Leer van het Burgerlijk Recht, Deel I: De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Universitaire Pers Leiden, Leiden, 1948.

32. E.M. Meijers, a.w., p. 116. Zie ook bijvoorbeeld: Asser-Rutten 4-1 (1981), p. 388: “*Het nut van de wettelijke regeling moet zelfs betwijfeld worden. Sommige der wettelijke bepalingen worden een belemmering genoemd voor het verkeer en de meeste artikelen leveren vele twistpunten op waarbij echter opvalt dat daarover vrijwel geen jurisprudentie bestaat.*” Zie ook: Schoordijk, a.w., p. 331.

33. E.M. Meijers, a.w., p. 103-104.

verbintenis in de ruime betekenis ("de vermogensrechtelijke rechtsbetrekking"). De in de passage genoemde voorbeelden, een huurovereenkomst die door een koopovereenkomst en een dienstbetrekking die door een maatschapsverhouding wordt vervangen, bevestigen dat ook. Dit kan ook uit Meijers' Algemene Begrippen worden afgeleid³⁴ en past logisch in het systeem van de (huidige) wet.

Overigens komt volgens Meijers de vraag, objectieve schuldvernieuwing of (slechts) schuldwijziging, slechts aan bod "voor zover het gevolgen betreft, die niet in de vrije macht van partijen staan of die het in acht nemen van bepaalde vormen verlangen".³⁵ Hij voegt daar aan toe:

"Dit wordt in de rechtspraktijk herhaaldelijk over het hoofd gezien, vooral in de leer der verbintenissen, waarschijnlijk omdat daar voorschriften van dwingend recht of die een partijverklaring aan bepaalde vormen binden, betrekkelijk zeldzaam zijn."³⁶

Volgens Meijers geeft in de praktijk met name aanpassing van de inhoud van arbeidscontracten, huur- of pachtovereenkomsten aanleiding tot twijfel of moeilijkheden. Gezien het feit dat op deze overeenkomsten grotendeels dwingend recht van toepassing is, verbaast dat niet. Het is niet duidelijk of in de literatuur de opvatting van Meijers in dit kader wordt gesteund.³⁷

Kortom, indien prestaties worden aangepast, is in het huidige recht (net als onder het oude recht) nooit sprake van objectieve schuldvernieuwing. Slechts bij aanpassing van verbintenissen in de ruime betekenis kan in het huidige recht sprake zijn van objectieve schuldvernieuwing.

5. Wat zijn de gevolgen van een aanpassing van een kredietovereenkomst voor gevestigde zekerheden?

Bovenstaande beschouwingen zijn tamelijk theoretisch. De praktische relevantie is echter groot: indien aanpassing van een kredietovereenkomst het risico in zich draagt dat gevestigde zekerheden vanwege hun accessoire karakter tenietgaan, zal de betrokken kredietgever in de regel eisen dat hetzij reeds gevestigde zekerheden opnieuw worden gevestigd, hetzij dat zijn advocaten of de advocaten van de kredietnemer in een *legal opinion* bevestigen dat gevestigde zekerheden niet worden aangetast door de aanpassingen. Het is onze ervaring dat advocaten op dit punt terughoudend zijn en dat vaak wordt gekozen voor het opnieuw vestigen van zekerheden.³⁸

Wij zijn echter om twee redenen van mening dat in geval van aanpassing van een kredietovereenkomst niet snel hoeft te worden gevreesd voor het voortbestaan van de gevestigde zekerheden. De eerste reden is dat bij aanpas-

sing van een kredietovereenkomst in de regel sprake zal zijn van aanpassing van prestaties, onder bijzondere omstandigheden van de verbintenissen in de beperkte betekenis ("de rechtsplicht tot de prestatie"), maar zelden van de verbintenis in de ruime betekenis ("de vermogensrechtelijke rechtsbetrekking").³⁹ In het (theoretische) geval dat na aanpassing van een kredietovereenkomst de aard en strekking van de vermogensrechtelijke rechtsbetrekking zo is gewijzigd dat deze niet meer kan worden geacht "dezelfde" te zijn, hoeft dat bovendien niet zonder meer fatale gevolgen te hebben voor de gevestigde zekerheden.⁴⁰

Ten tweede omdat het mogelijk is verval van zekerheden te voorkomen door het juist redigeren van de hypotheek- of pandakte, meer in het bijzonder de omschrijving van de "verzekerde vorderingen" (*de secured obligations*). Of het risico van verval van zekerheden bestaat, hangt immers (mede) af van de vraag voor welke vorderingen de zekerheid is gevestigd.⁴¹ De vereisten die de wet stelt aan de formulering van de *secured obligations* zijn beperkt. Art. 3:227 lid 1 BW vereist dat het in ieder geval vorderingen tot betaling van een geldsom moet betreffen. Uit art. 3:231 lid 1

34. Zie: noot 35.

35. E.M. Meijers, a.w., p. 103: "Er zij verder op gewezen, dat, voor zover de wijziging door een rechtshandeling plaats grijpt, de vraag: voortbestaan met verandering of een tenietgaan met een vervanging door een nieuwe rechtsbetrekking van geen belang is, voorzover het rechtsgevolgen betreft, die partijen door een vormloze verklaring zelf in het leven kunnen roepen; of zodanige rechtsgevolgen na de rechtshandeling intreden, kan immers, overschillig of men een tenietgaan of slechts wijziging der rechtsbetrekking zal aannemen, als een vraag van interpretatie der partijverklaring beschouwd worden (...)"

36. E.M. Meijers, a.w., p. 103-104. Zie ook: p. 109.

37. Volgens Schoordijk, a.w., p. 331, wordt een verbintenis, naar oud en naar nieuw recht, slechts vernieuwd indien partijen de verbintenis in een nieuw kleed hullen (bijvoorbeeld indien zij een koopschuld omzetten in een leenschuld) of door wijziging in een rechtsbetrekking die incompatibel is met het voortduren van een eerdere.

38. Naast extra kosten is een nadeel van het opnieuw vestigen van zekerheden dat deze mogelijk kwetsbaar(der) zijn op grond van een beroep op de *Actio Pauliana*.

39. Zie ook een, niet-gepubliceerde, uitspraak van de rechtbank te Den Haag van 5 december 2001 (rolnummer 99.1495). In die uitspraak was sprake van aanpassing van de looptijd, het rentepercentage, de aflossingsregeling en van nog enige andere aanpassingen van een kredietovereenkomst. Desalniettemin was volgens de rechtbank geen sprake van schuldvernieuwing.

40. Zie: E.M. Meijers, a.w., p. 103-104.

41. Naar onze mening maakt het op zich niet uit of het om zekerheden gaat die in naam van een security agent zijn gevestigd op grond van een zogenaamde parallel debt-structuur. Deze structuur wordt vaak gebruikt indien er meerdere kredietgevers zijn en ervoor gekozen is alle zekerheden te vestigen in de naam van één van hen (de security agent). Omdat wordt aangenomen dat alleen zekerheid gevestigd kan worden voor een eigen schuld, wordt daartoe een schuld aan de security agent gecreëerd (de parallel debt) die even groot is als het totaal van alle schulden aan elk van de individuele kredietgevers (de *corresponding obligations*). De zekerheden worden dan gevestigd tot zekerheid van de nakoming door de kredietnemer van deze vordering. Tussen de individuele kredietgevers worden afspraken gemaakt ten aanzien van de opbrengsten van de zekerheden bij uitwinning. Indien de *corresponding obligations* door objectieve schuldvernieuwing teniet zijn gegaan (indien deze niet goed is geformuleerd), bestaat het risico dat als gevolg daarvan de parallel debt ook is geëindigd; de *corresponding obligations* en de parallel debt zijn namelijk communicerende vaten.

BW volgt dat een recht van pand of hypotheek zowel voor een bestaande als een toekomstige vordering tot betaling van een geldsom kan worden gevestigd.⁴² De enige eis die aan toekomstige vorderingen tot betaling van een geldsom wordt gesteld is dat deze voldoende bepaalbaar moeten zijn (art. 3:231 lid 1 BW). Daar wordt onder verstaan een zodanige omschrijving in de akte dat te zijner tijd (dat wil zeggen op het moment van executie)⁴³ aan de hand van de akte en de wet moet kunnen worden vastgesteld om welke vorderingen tot betaling van een geldsom het gaat.⁴⁴ Welke omschrijving in concreto aan de eis van voldoende bepaaldheid voldoet is aan de rechter overgelaten.⁴⁵ In de praktijk wordt het criterium ruim opgevat.⁴⁶ Een voorbeeld van die ruime opvatting is dat algemeen wordt aangenomen dat het mogelijk is bankzekerheden en kredietzekerheden te vestigen.⁴⁷ Dit zijn zekerheden die dienen tot zekerheid van al hetgeen de zekerheidsnemer (de bank) op enig moment van de zekerheidsgever uit welke hoofde dan ook te vorderen mocht hebben, respectievelijk zekerheden die dienen tot zekerheid van hetgeen de zekerheidsnemer uit hoofde van haar kredietrelatie met de zekerheidsgever te vorderen mocht hebben.

Dit betekent dat indien de in het kader van de oorspronkelijke kredietovereenkomst gevestigde zekerheden bank- of kredietzekerheden zijn, deze niet teniet zullen gaan, maar ook tot zekerheid zullen dienen voor vorderingen tot betaling van een geldsom onder een "genoveerde" kredietovereenkomst, indien de oude door objectieve schuldvernieuwing zouden zijn beëindigd.⁴⁸

Evenmin zullen de in het kader van de oorspronkelijke kredietovereenkomst gevestigde zekerheden naar onze mening tenietgaan indien deze (mede) zijn gevestigd tot zekerheid voor vorderingen tot betaling van een geldsom onder de kredietovereenkomst zoals die van tijd tot tijd wordt "genoveerd".⁴⁹ Gezien het feit dat algemeen wordt aangenomen dat het is toegestaan bankzekerheden te vestigen, lijkt geen reden te bestaan aan te nemen dat dergelijke zekerheden, die minder ver gaan dan bank- en kredietzekerheden, niet zouden zijn toegestaan.⁵⁰

6. Conclusie

De vraag of in geval van aanpassing van een kredietovereenkomst sprake is van schuldvernieuwing of schuldwijziging is, in beginsel, afhankelijk van de bedoeling van partijen.

Slechts als partijen onmiskenbaar schuldvernieuwing beogen of sprake is van een aanpassing van de vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen (waarvan niet snel sprake zal zijn), komt de vraag aan de orde of aanpassing van de kredietovereenkomst het risico meebrengt dat reeds gevestigde zekerheden vervallen. Dit kan echter voorkomen worden door in de zekerheidsdocumentatie op te nemen dat deze ook zijn gevestigd tot zekerheid van

verbintenissen die op grond van schuldvernieuwing in de plaats worden gesteld van verbintenissen onder de kredietovereenkomst.

42. Voor hypotheek bepaalt art. 3:260 BW nog dat, indien het bedrag waarvoor hypotheek wordt gevestigd nog niet vaststaat, het maximumbedrag dat uit hoofde van de hypotheek kan worden verhaald in de akte dient te worden vermeld.
43. Parl. Gesch. (Boek 3), p. 737.
44. HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Bank van Doyer & Kalf).
45. Parl. Gesch. (Boek 3), p. 737 en H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, nr. 511. Zie ook het reeds geciteerde arrest HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 (zie noot 20).
46. Mon. Nieuw BW B-11 (Molenaar), p. 39. Een begrenzing van de reikwijdte van art. 3:231 BW wordt door Molenaar aangenomen op grond van art. 6:248 BW. Volgens hem kan door toepassing van de beginselen van de redelijkheid en de billijkheid een dam worden opgeworpen tegen pogingen van de hypotheek- of pandhouder al te buitenissige vorderingen, waaronder mogelijk ook begrepen van derden overgenomen vorderingen, onder de zekerheid te brengen. Wat Molenaar met buitenissige vorderingen bedoelt legt hij verder niet uit. Naar onze mening zou het om vorderingen kunnen gaan die strikt genomen wel onder de zekerheid vallen, maar waarvan onmiskenbaar is dat in redelijkheid niet kan worden gesteld dat partijen hebben bedoeld deze onder de zekerheid te brengen.
47. Dit heeft de wetgever ook uitdrukkelijk overwogen. Zie: Parl. Gesch. (Boek 3), p. 737. Zie: HR 16 juni 2000, NJ 2000, 534 (KFFH) en bijvoorbeeld Asser-Van Velten, Goederenrecht III, nrs. 205 e.v., H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, nr. 511 en Pitlo, Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nrs. 751 e.v.
48. Hartkamp overweegt dat ook uitdrukkelijk in zijn conclusie voor het hierboven beschreven arrest van de Hoge Raad van 17 juni 1988. De borgtocht was verstrekt voor "al hetgeen de hoofdschuldnaar(naren) thans aan de bank verschuldigd is (zijn), onverschillig uit welke hoofde de schuld of schulden van de hoofdschuldnaar(naren) jegens de bank is (zijn) ontstaan". Hartkamp overweegt dat "zelfs indien de verbintenis uit de kredietovereenkomst (...) zou zijn genoveerd, dit met tot tenietgaan van de borgtocht zou hebben geleid, die immers blijkens hofs uitleg ook voor andere schulden jegens de bank bedoeld was te gelden."
49. De omschrijving van "verzekerde vorderingen" in de hypotheek- of pandakte zou indien een bank- of kredietzekerheid niet aanvaardbaar of wenselijk is bijvoorbeeld kunnen luiden: "alle bestaande en toekomstige vorderingen tot betaling van een geldsom uit hoofde van de Kredietovereenkomst, zoals deze overeenkomst van tijd wordt gewijzigd (met inbegrip van een verhoging of verlaging van de verschuldigde hoofdsom), en met inbegrip van bestaande en toekomstige vorderingen tot betaling van een geldsom uit hoofde van verbintenissen die op grond van schuldvernieuwing in de plaats worden gesteld van verbintenissen onder de Kredietovereenkomst".
50. Zie ook J.C. Westermann, a.w., p. 41 en J.J. Verhoeven, a.w., p. 127.