

University of Groningen

In hoeverre kan de verzamelpand-akteconstructie worden overtroefd door de openbare verpanding van dubbel toekomstige vorderingen?

van der Linden, Teun

Published in:
Maandblad voor Vermogensrecht

DOI:
[10.5553/MvV/157457672022032005002](https://doi.org/10.5553/MvV/157457672022032005002)

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

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

Publication date:
2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van der Linden, T. (2022). In hoeverre kan de verzamelpand-akteconstructie worden overtroefd door de openbare verpanding van dubbel toekomstige vorderingen? *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2022(5), 168-180. <https://doi.org/10.5553/MvV/157457672022032005002>

Copyright

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

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

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

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

In hoeverre kan de verzamelpandakteconstructie worden overtroefd door de openbare verpanding van dubbel toekomstige vorderingen?

*Mr. dr. T. van der Linden**

1 Inleiding

Het is alweer tien jaar geleden dat de Hoge Raad in het Dix q.q./ING-arrest de verzamelpandakteconstructie goedkeurde.¹ Met de constructie lijkt de eerste financier (veelal de bank) een ijzersterke, haast onwankelbare zekerhedenpositie te hebben ten aanzien van vorderingen op naam (hierna ook: vorderingen) die kredietnemers op derden hebben of zullen verkrijgen. In dit artikel wordt bezien in hoeverre andere schuldeisers dan de financier die zich bedient van de verzamelpandakteconstructie, zicht hebben op eersterangs zekerheidsrechten op vorderingen. Betoogd zal worden dat zij dankzij de figuur van de openbare verpanding bij voorbaat – in potentie – eersterangs pandrechten kunnen verkrijgen op één of meer vorderingen.

Waar gaat het om? Voor veel ondernemingen zijn vorderingen belangrijke activa. Voor kredietverschaffers zijn vorderingen dan ook belangrijke zekerheidsobjecten, waarop ze *eersterangs* pandrechten willen verkrijgen. Op grond van het goederenrechtelijke prioriteitsbeginsel, dat onder andere tot uitdrukking komt in art. 3:97 lid 2 BW, is het voor een kredietverstrekker van groot belang dat hij als eerste pandrechten verkrijgt op de vorderingen die de gefinancierde onderneming heeft of zal verkrijgen. Het oudste recht is krachtens het genoemde prioriteitsbeginsel immers het sterkste en dus het hoogste in rang.

De bestaande vorderingen laten zich met één goederenrechtelijke slag *stil* (dus zonder mededeling aan de debiteur van de te verpanden vordering) verpanden op de voet van art. 3:98 jo. art. 3:84 jo. art. 3:239 lid 1 BW door middel van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Met toekomstige vorderingen is dit anders. Toekomstige vorderingen kunnen, krachtens het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW, slechts bij voorbaat *stil* worden verpand voor zover deze rechtstreeks

zullen worden verkregen uit een rechtsverhouding die op het moment van de vestigingshandeling reeds bestaat.² De eerste financier kan dus *niet* alle toekomstige vorderingen in één keer bij voorbaat stil aan zich laten verpanden.

De in de bancaire praktijk ontwikkelde – en door de Hoge Raad gesanctioneerde³ – verzamelpandakteconstructie heeft op een spectaculaire en ingenieuze wijze de scherpe kanten van dit zogenoemde grondslagvereiste afgevlind. Iedere kredietnemer van de bank geeft aan haar een *onherroepelijke* volmacht waarmee zij de bevoegdheid krijgt om – zo vaak zij dit wenst – namens de kredietnemer een pandakte op te maken die strekt tot verpanding van alle op dat moment bestaande vorderingen die de genoemde kredietnemer heeft op derden, alsmede de vorderingen die rechtstreeks door de kredietnemer zullen worden verkregen uit dan bestaande rechtsverhoudingen. Dit stelt de bank, kort gezegd, in staat om *namens alle kredietnemers* die een dergelijke volmacht hebben gegeven dagelijks *één pandakte* op te maken en deze ene pandakte vervolgens te registreren als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW. Met deze dagelijkse registratie wordt de vestigingshandeling steeds op het vroegst mogelijke tijdstip verricht, zodat de bank die zich van de verzamelpandakteconstructie bedient in de regel een (al dan niet bij voorbaat gevestigd) eersterangs pandrecht verkrijgt op de vorderingen van *al* haar kredietnemers. Op deze wijze is de bank

2 Wordt er met succes een vestigingshandeling bij voorbaat verricht op een toekomstige vordering, dan ontstaat het pandrecht, uiteraard, pas op het moment dat de vordering tegenwoordig wordt (als op dat moment de pandgever beschikkingsbevoegd is). Zie art. 3:97 jo. art. 3:98 jo. art. 3:84 jo. art. 3:239 lid 1 BW en de daaruit voortvloeiende vereisten.

3 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Dix q.q./ING). Zie over de verzamelpandakteconstructie bijv. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/224; W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, Pitlo. Deel 3. Goederenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 819; H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 2), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 546; J.A. van der Weide, Waarom de verzamelpandakteconstructie geen 'floating charge' is, in: W. van Boom e.a. (red.), Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat (Snijders-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 456-459.

* Mr. dr. T. van der Linden is universitair docent Goederenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Dix q.q./ING).

in staat haar zekerheidsrechten op vorderingen op naam bij voortdurend te ‘verversen’.⁴ Andere financiers die geïnteresseerd zijn in een eersterangs pandrecht op een vordering hebben door de verzamelpandakteconstructie het nakijken.

Althans, zo *lijkt* het. Reeds een jaar na Dix q.q./ING heeft Verstijlen erop gewezen dat de verzamelpandakteconstructie zó efficiënt is dat andere kredietgevers dan de eerste financier zich eveneens van de constructie kunnen bedienen, inclusief alle doorsneehandelscrediteuren die goederen en diensten op krediet leveren.⁵ Ook zij kunnen immers de hierboven bedoelde volmacht van de kredietnemer bedingen en op dagelijkse basis een pandakte registreren. Het gevolg is, volgens Verstijlen, een soort hernieuwde *paritas creditorum* doordat ‘ieder-een’ dan een eersterangs stil pandrecht heeft.⁶

De verzamelpandakteconstructie is óók op een andere manier kwetsbaar. Die kwetsbaarheid schuilt erin dat de constructie is gebouwd op het *stille* pandrecht. Hoewel in de literatuur wel wordt opgemerkt dat het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW door de verzamelpandakteconstructie tot een dode letter is gemaakt,⁷ moet worden bedacht dat dit grondslagvereiste ervoor zorgt dat er een groep vorderingen bestaat die *niet* vatbaar is voor een bij voorbaat gevestigd stil pandrecht. Het gaat om de zogenoemde *dubbel* toekomstige vorderingen, dat wil zeggen: vorderingen waarvoor nog géén rechtsverhouding bestaat waaruit zij rechtstreeks zullen worden verkregen.⁸ Welnu, voor *openbare* verpanding bij voorbaat van vorderingen op naam – waarbij het pandrecht wordt gevestigd door een akte en een mededeling aan de debiteur op de voet van art. 3:97 jo. art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW – geldt dit grondslagvereiste *niet*. Het grondslagvereiste zorgt er dus voor dat er een groep vorderingen is – te weten: de dubbel toekomstige vorderingen – die alléén vatbaar zijn voor openbare verpanding bij voorbaat.⁹ Slaagt een andere kredietgever dan de eerste financier erin om een dubbel toekomstige vordering bij voorbaat aan zich te laten verpanden, dan is de verzamelpandakteconstructie, wat die specifieke dubbel toekomstige vordering betreft, *overtroefd* doordat de vordering bij voorbaat openbaar is verpand voordat een stil pandrecht bij voorbaat ook maar mo-

gelijk is. De rang van het bij voorbaat gevestigde openbare pandrecht zal daarmee, vanwege het prioriteitsbeginsel neergelegd in art. 3:97 lid 2 BW, hoger zijn dan het pandrecht dat wordt verkregen via de verzamelpandakteconstructie. Het grondslagvereiste zorgt er dus voor dat er een domein is waar het openbare pandrecht exclusief heerst: dat van de dubbel toekomstige vorderingen.¹⁰

In deze bijdrage zal worden verkend in hoeverre de figuur van de openbare verpanding bij voorbaat zicht geeft op een eersterangs pandrecht op één of meer vorderingen op naam aan kredietverschaffers die worden geconfronteerd met de verzamelpandakteconstructie van de eerste financier. Daarbij zal de nu nog wat onderbelichte figuur van de openbare verpanding worden besproken.

Het betoog is als volgt opgebouwd. Om de gedachten te bepalen zal allereerst een tweetal gevalstypen worden geschetst waarin het denkbaar is dat een andere financier dan de gebruiker van de verzamelpandakteconstructie een eersterangs pandrecht weet te verkrijgen op één of meer vorderingen op naam dankzij de figuur van de openbare verpanding bij voorbaat (par. 2). Daarna zullen de vereisten van openbare verpanding bij voorbaat worden besproken (par. 3). De mate waarin het openbare pandrecht de verzamelpandakteconstructie kan overtroeven, hangt niet alléén af van de eisen van openbare verpanding bij voorbaat. Het hangt evenzeer af van de invulling van het grondslagvereiste zoals dat geldt voor stille verpanding op grond van art. 3:239 lid 1 BW. Daarom wordt in paragraaf 4 het grondslagvereiste besproken.

Er geldt één – belangrijke – beperking. In de praktijk zal de eerste financier geregeld bedingen dat de kredietnemer instemt met een *negative pledge*, oftewel de belofte dat de kredietnemer geen zekerheden geeft aan een ander dan de eerste financier.¹¹ Schending van een dergelijke afspraak kan ertoe leiden dat de eerste financier het krediet opzegt, met alle gevolgen van dien. In deze bijdrage wordt niet ingegaan op de juridische consequenties van een dergelijk beding. De bijdrage is dus beperkt tot de goederenrechtelijke kant van de aangesneden problematiek.

4 De beeldspraak van het ‘verversen’ van het stille pandrecht is ontleend aan: A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012, nr. 49.

5 F.M.J. Verstijlen, *Iedereen pandhouder: door de ‘verzamel-pandakte’ naar paritas creditorum*, WPNR 2013, afl. 6983, p. 563-564.

6 Verstijlen 2013, p. 564.

7 Zie bijv. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/224 in fine; B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 226; F.M.J. Verstijlen, *Het pandrecht op de schop*, NTBR 2011/36; Van der Weide 2016, p. 459; F.J.L. Kaptein, *Pandrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 152-153 en 156.

8 Zie voor de begrippen enkel toekomstige vorderingen en dubbel toekomstige vorderingen Snijders & Rank-Berenschot 2017/63.

9 Terecht wordt in de Groene Serie gezegd dat openbare verpanding van toekomstige vorderingen alleen kan worden begrepen tegen de achtergrond van de beperkingen die aan stille verpanding bij voorbaat zijn gesteld. Zie Stein, in: GS Vermogensrecht, art. 3:236 BW, aant. 3.3.3.2.

10 De vlieger zou echter niet opgaan als moet worden aangenomen dat de onherroepelijke volmacht die de bank krachtens de verzamelpandakteconstructie heeft *privatief* is, d.w.z. dat de bank niet alleen namens de pandgever een pandrecht mag vestigen, maar dat de bank daartoe ook *exclusief* – met uitsluiting van de pandgever – bevoegd is. Heersend is de leer dat een onherroepelijke volmacht geen private werking heeft, al wordt hier (door Kortmann) anders over gedacht. Zie Asser/Kortmann 3-III 2017/68.

11 Zie daarover bijv. V.J.M. van Hoof, *De vergeefse uitholling van allesomvattende zekerheidsrechten*, Groninger Opmerkingen en Mededelingen 2019, p. 68; K.A. Messelink & R. van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen* (Recht en Praktijk nr. InsR10), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 78.

2 Twee gevalstypen

De Hoge Raad heeft in het Dix q.q./ING-arrest overwogen dat aan andere crediteuren dan degene die zich van de verzamelpandakteconstructie bedient, zoals gewone handelscrediteuren, voldoende mogelijkheden ten dienste staan om zekerheden te bedingen voor de voldoening van hun vorderingen.¹² Tot nu toe gaat men ervan uit dat het verkrijgen van eesterangs zekerheidsrechten op vorderingen op naam lastig te realiseren is voor andere schuldeisers dan de eerste financier. Toch biedt de figuur van de openbare verpanding bij voorbaat, zoals hierboven gesuggereerd, aan andere crediteuren dan de eerste financier enig zicht op eesterangs zekerheid op vorderingen op naam. Om de gedachten over de kansen voor de openbare verpanding bij voorbaat te bepalen, zullen hier twee gevalstypen worden gepresenteerd waar de openbare verpanding bij voorbaat mogelijk van betekenis kan zijn. Het gaat om openbare bulkverpanding (par. 2.1) en om de financiering van projecten of transacties waar een langere onderhandelingsfase aan voorafgaat (par. 2.2).

2.1 Gevalstype I: openbare bulkverpanding

Andere kredietverstrekkers dan de eerste financier, zoals handelscrediteuren, kunnen hun heil zoeken in openbare verpanding bij voorbaat van dubbel toekomstige vorderingen door op grote schaal verpandingsmededelingen te versturen aan toekomstige schuldenaren van de kredietnemer/pandgever.¹³

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de problematiek van de verlenging van het eigendomsvoorbehoud tot doorverkoopvorderingen. Een van de vraagpunten binnen het zekerhedenrecht is in hoeverre de verkoper onder eigendomsvoorbehoud eesterangs zekerheid kan behouden, nadat de koper de zaak doorverkoopt.¹⁴ Vaak zal deze doorverkoop de bedoeling zijn en zal de koper onder eigendomsvoorbehoud tot vervreemding bevoegd zijn op grond van een vervreemdingsbevoegdheidsclausule. Probleem is dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud – door de bevoegde vervreemding – zijn eigendomsrecht verliest en dat hij *niet* automatisch een zekerheidsrecht krijgt op de doorverkoopvordering.¹⁵ Daartoe zal een pandrecht moeten worden gevestigd op die vordering uit doorverkoop. In de literatuur lijkt over het algemeen te worden gedacht aan een *stil* pandrecht, zodat de (toekomstige)

schuldenaren niet op de hoogte hoeven te worden gesteld van de verpanding van de doorverkoopvordering. Wordt gekozen voor een *stil* pandrecht, dan zal dit pandrecht in de regel lager in rang zijn dan het pandrecht van een partij die zich van de verzamelpandakteconstructie bedient. In de literatuur neemt men dan ook aan dat eesterangs zekerheid op de doorverkoopvordering in de regel geen haalbare kaart zal zijn.¹⁶

De verkoper onder eigendomsvoorbehoud zou evenwel de op het stille pandrecht gebaseerde verzamelpandakteconstructie van de bank kunnen overtroeven, indien hij erin slaagt een bij voorbaat gevestigd openbaar pandrecht te verkrijgen op de doorverkoopvordering *op het moment dat deze doorverkoopvordering nog dubbel toekomstig is*. Lukt dit, dan is zijn pandrecht hoger in rang dan dat van de partij die zich van de verzamelpandakteconstructie bedient, omdat het openbare pandrecht dan – per definitie – eerder gevestigd is (vgl. art. 3:98 jo. art. 3:97 lid 2 BW).

2.2 Gevalstype II: projectfinanciering en andere kleinschalige transacties

De openbare verpanding van dubbel toekomstige vorderingen op naam kan voorts een interessant instrument zijn bij de financiering van projecten en transacties waar achtereenvolgens (1) een beperkt aantal partijen bij betrokken is en (2) de uiteindelijke overeenkomst tussen de pandgever en de toekomstige schuldenaar is voorafgegaan door een onderhandelingsfase van een zekere duur. Wanneer een ondernemer (de latere pandgever) een dergelijk project of transactie gefinancierd wil zien door een ander dan de eerste financier, dan heeft die ondernemer aan de alternatieve financier een sterk zekerheidsrecht te bieden indien het mogelijk is om ten behoeve van die financier bij voorbaat een openbaar pandrecht te vestigen op de dubbel toekomstige vorderingen die uit het project of de transactie voort zullen vloeien. De onderhandelingsfase geeft daartoe de gelegenheid.

Als, bijvoorbeeld, een bouwonderneming in onderhandeling treedt met een potentiële opdrachtgever, dan zou – bij voorbaat – een openbaar pandrecht gevestigd kunnen worden ten behoeve van een eventuele financier van dit project. Nodig is een pandakte gevolgd door een mededeling aan de opdrachtgever met de strekking dat de vorderingen die uit dit – toekomstige – project zullen worden verkregen bij voorbaat zijn verpand aan de beoogde financier. Wordt de verpandingsmededeling ten behoeve van de projectfinancier op tijd gedaan – dat wil zeggen op een moment dat de vordering nog dubbel toekomstig is –, dan heeft de laatstgenoemde (als de vordering tegenwoordig wordt en het pandrecht tot stand komt) een pandrecht dat *vóór* het stille pandrecht gaat van degene die zich bedient van de verzamelpandakteconstructie.

De figuur van de openbare verpanding bij voorbaat kan ook worden ingezet bij andere transacties waar een zekere onder-

12 Zie HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Dix q.q./ING), r.o. 4.9.4.

13 Of het pandrecht tot stand komt, hangt ervan af of op enig moment voldaan is aan de hierna te bespreken eisen die voortvloeien uit art. 3:97 jo. 3:98 jo. 3:84 jo. 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 1 BW.

14 Zie over deze vraag bijv. E.F. Verheul, Eigendomsvoorbehoud (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 232-244; K.W.C. Geurts, Zekerheid voor leverancierskrediet (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 320-323; S.C.J.J. Kortmann & K.W.C. Geurts, Verlengde zekerheid voor de leverancier met een eigendomsvoorbehoud in een ketenverkoop, in: G.J.L. Bergervoet e.a. (red.), Financiering van de productieketen (Onderneming en Recht nr. 106), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.5.3. Zie laatstelijk: K.W.C. Geurts, De verlengde voorrangpositie van de leverancier bij doorverkoop in het Belgische en Nederlandse recht, NTBR 2021, afl. 7, p. 156-163.

15 Verheul 2018, p. 241; Geurts 2019, p. 321.

16 Verheul 2018, p. 232; Geurts 2019, p. 322-323; Geurts 2021, p. 156-157.

handelingsfase aan voorafgaat. Gedacht kan worden aan de koop van een zaak waarbij de koper niet over één nacht ijs gaat. Na de bezichtiging van een auto in de showroom zou aan een – potentiële – koper alvast een mededeling gedaan kunnen worden met de inhoud dat de eventuele kooprijzenvordering bij voorbaat is verpand aan de leverancier van de autodealer. Dit hoeft niet opzichtig te geschieden. Die mededeling zou kunnen worden gedaan in een informatiefolder onder het kopje ‘Betelingsvoorwaarden’. De verzamelpandakteconstructie is overtroefd als de vordering op het moment van de mededeling nog dubbel toekomstig is en aan de andere eisen voor een rechtsgeldige openbare verpanding bij voorbaat is voldaan.

3 Aspecten van openbare verpanding van vorderingen op naam

Voor het antwoord op de vraag in hoeverre in de hierboven genoemde gevalstypen het openbare pandrecht een geschikt middel is om de verzamelpandakteconstructie te overtroeven, is het van belang om de figuur van de openbare verpanding bij voorbaat nader in ogenschouw te nemen. Allereerst zullen in algemene zin de kernvereisten worden besproken zoals die gelden voor de openbare verpanding van vorderingen (par. 3.1), vervolgens zullen de eisen belicht worden voor de openbare verpanding bij voorbaat (par. 3.2), waarna kort wordt ingegaan op de inningsbevoegdheid (par. 3.3). Tot slot wordt het risico besproken dat een verpandingsmededeling de schijn wekt dat de pandgever in betalingsmoeilijkheden verkeert (par. 3.4).

3.1 Algemene vereisten voor openbare verpanding

Op grond van art. 3:98 BW gelden voor de vestiging van een beperkt recht, zoals een pandrecht, dezelfde eisen als voor de overdracht van dat goed, tenzij de wet anders bepaalt. Voor een openbaar pandrecht op vorderingen op naam moet de vordering allereerst overdraagbaar zijn (art. 3:83 jo. art. 3:228 BW). De pandgever moet voorts ingevolge art. 3:84 BW beschikkingsbevoegd zijn en het pandrecht ‘leveren’ – vestigen – op grond van een geldige titel. Die titel zal er gewoonlijk in bestaan dat de pandgever de verplichting op zich heeft genomen om zekerheid te geven voor de voldoening van één of meer bestaande en/of toekomstige verplichtingen tot het betalen van een geldsom (art. 3:227 jo. art. 3:231 BW).

Een openbaar pandrecht wordt op grond van art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW gevestigd door een daartoe bestemde akte en een mededeling van de verpanding aan de schuldenaar.¹⁷ De mededeling kan zowel door de pandgever worden gedaan als door de pandnemer. Het maakt niet uit als er een langere periode (van bijvoorbeeld jaren) verstrijkt tussen het opmaken van de akte en de mededeling.¹⁸ Vereist is dat de akte strekt – of mede strekt – tot openbare verpanding. Of een pandakte strekt tot de vestiging van een stil pandrecht, een openbaar pandrecht of beide is, aldus de Hoge Raad in het arrest HBL

Holding, een kwestie van uitleg.¹⁹ Daarbij geldt, aldus de Hoge Raad, als uitgangspunt dat een pandakte ziet op beide pandvormen, omdat in de regel een zo ruim mogelijke zekerheidsstelling zal zijn beoogd. Dit is alleen anders als er aanwijzingen zijn die duiden op het tegendeel.

Welke vorderingen de pandgever en de pandnemer beogen te verpanden, moet worden uitgemaakt aan de hand van een subjectief criterium; de pandakte moet worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-maatstaf.²⁰ Van de uitlegmaatstaf moet de bepaaldheidsmaatstaf worden onderscheiden.²¹ De openbaar te verpanden vorderingen moeten voldoende bepaald zijn ingevolge art. 3:98 jo. art. 3:84 lid 2 BW. Wat houdt dit in? Bij *stille* cessie en *stille* verpanding moet de vordering voldoende bepaald zijn door de akte. Deze akte moet zodanige gegevens bevatten dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering – of vorderingen – het gaat.²² Bij *openbare* verpanding van vorderingen hebben we echter niet alleen met een akte van doen, maar óók met de mededeling aan de debiteur van de te verpanden vordering(en). Dit doet de vraag rijzen of ten aanzien van het bepaaldheidsvereiste alléén naar de pandakte moet worden gekeken, of dat de te verpanden vorderingen bepaald moeten zijn door de akte én de mededeling.

Er is wel betoogd dat óók bij openbare verpanding afdoende is dat aan de hand van de gegevens van de pandakte, eventueel achteraf, kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat en dat de mededeling dus geen rol speelt bij de vraag of aan het bepaaldheidsvereiste voldaan is.²³

Die visie kan niet worden aanvaard. Wat er zoal is verpand, moet bepaald zijn *bij de algehele vestiging of levering*.²⁴ De te verpanden vorderingen zullen daarom moeten worden be-

19 HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:268, NJ 2019/202 m.nt. F.M.J. Verstijlen (HBL Holding/De maatschap), r.o. 3.6.3.

20 HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4602, NJ 2004/183 m.nt. W.M. Kleijn (De Liser de Morsain/Rabobank), r.o. 4.4. Zie laatstelijk HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1841, NJ 2020/33 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Holding B.V./Heijmans Infra B.V.), r.o. 3.2.

21 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1841, NJ 2020/33 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Holding B.V./Heijmans Infra B.V.), r.o. 3.2.

22 De maatstaf geldt sinds HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488, NJ 1995/446 m.nt. W.M. Kleijn (Spaarbank Rivierenland/Gispen). Zie laatstelijk HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1841, NJ 2020/33 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Holding B.V./Heijmans Infra B.V.). Zie over de maatstaf bijv. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/204. Daarbij heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een generieke omschrijving, waarbij alle bestaande en enkel toekomstige vorderingen als verpandingsobject worden aangewezen, voldoende bepaald is. HR 2 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, NJ 2004/182 m.nt. W.M. Kleijn (Mulder/Rabobank), r.o. 3.5.

23 Schuijling 2016, p. 254 in verbinding met p. 186.

24 Zie in algemene zin over de verhouding tussen het bepaaldheidsvereiste en de levering: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/117; V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 83.

17 Zie daarover bijv. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/203.

18 Zie L.M. de Hoog, Openbare en stille verpanding van toekomstige vorderingen in één pandakte, JBN 2019, afl. 10, p. 5.

paald door de akte én de mededeling.²⁵ Wanneer, bijvoorbeeld, in de pandakte *alle* vorderingen die de pandgever op zijn debiteuren heeft als pandobjecten worden aangewezen en een debiteur van een te verpanden vordering een factuur ontvangt met daarop de mededeling dat de – *gefactureerde* – vordering is verpand, dan is door die mededeling alléén ten aanzien van de – *gefactureerde* – vordering een openbaar pandrecht ontstaan, omdat de mededeling alleen op *die* vordering ziet.²⁶ Dit voorbeeld laat zien dat de akte én de mededeling bepalen wát verpand is en wat (nog) niet.²⁷

Of aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan, hangt dus zowel af van de akte als van de mededeling. In mijn optiek kan wat betreft de pandakte worden vastgehouden aan de eis dat de akte zodanige gegevens moet bevatten dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden bepaald om welke vorderingen het gaat. Daarbij is het, net zoals bij stille verpanding,²⁸ mogelijk om de vorderingen generiek te omschrijven. Wat betreft de verpandingsmededeling kan worden aangesloten bij het onder het oude recht gewezen arrest Eemswater/Curatoren.²⁹ Vereist is dat degene aan wie de verpandingsmededeling is gedaan redelijkerwijze moet begrijpen ‘welk vermogensbestanddeel’ – dat wil zeggen welke vordering of welke vorderingen – ‘pandgever en pandnemer op het oog hebben’.³⁰

3.2 Openbare verpanding bij voorbaat

Het is mogelijk om een openbaar pandrecht bij voorbaat te vestigen. Dit vloeit voort uit art. 3:98 jo. art. 3:97 BW. Hoewel wordt gesproken van een pandrecht dat bij voorbaat gevestigd *is* en ook wel van *een verpanding* bij voorbaat, moet steeds worden bedacht dat het eigenlijke pandrecht pas wordt verkregen zodra de vordering ontstaat (tegenwoordig wordt). Daarbij moet dan nog worden bedacht dat een pandrecht alleen ontstaat als de pandgever op enig moment na het ontstaan van de vordering beschikkingsbevoegd is om over de vordering te beschikken, hetgeen – bijvoorbeeld – niet het geval is als hij

failliet is op de dag van het ontstaan van de vordering (zie art. 20, 23 en 35 lid 2 Fw).

Blijken er op het moment dat de pandgever de vordering verkrijgt meerdere pandrechten bij voorbaat gevestigd te zijn, dan ontstaan die pandrechten technisch-juridisch tegelijkertijd, zodat niet gezegd kan worden dat één van die pandrechten ouder is.³¹ Toch is het eerder gevestigde pandrecht hoger in rang vanwege art. 3:98 jo. art. 3:97 lid 2 BW: de eerdere vestiging bij voorbaat gaat vóór de latere vestiging bij voorbaat.³² De charme van het openbare pandrecht is dat het zich, zoals we hierboven al hebben gezien, laat vestigen op een *dubbel* toekomstige vordering en dat het *éerder* gevestigd kan worden dan een stil pandrecht, zodat het de verzamelpandakteconstructie kan overtroeven. Wel kunnen respectievelijk (1) het bepaaldheidsvereiste en (2) het mededelingsvereiste – mogelijk – beperken met zich brengen.

Het bepaaldheidsvereiste en openbare verpanding bij voorbaat

Op het eerste gezicht lijkt er weinig aanleiding te zijn om apart in te gaan op het bepaaldheidsvereiste als het gaat om de openbare verpanding van dubbel toekomstige vorderingen. Hierboven is immers reeds aan de orde gekomen dat de akte zodanige gegevens moet bevatten dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat, en voorts dat de verpandingsmededeling zodanig moet zijn dat de schuldenaar redelijkerwijs moet begrijpen welke vordering of vorderingen de pandgever en de pandhouder op het oog hebben. Waarom zou er voor openbare verpanding van dubbel toekomstige vorderingen – mogelijk – iets anders gelden?

Reden voor twijfel is de invulling van het bepaaldheidsvereiste onder het oude BW. In Solleveld II heeft de Hoge Raad, ten aanzien van de rechtsgeldigheid van de cessie van toekomstige vorderingen, geoordeeld dat toekomstige vorderingen slechts bij voorbaat gecedeerd kunnen worden als deze voldoende kunnen worden bepaald, hetgeen, zoals de Hoge Raad in Solleveld II overweegt, meebrengt dat de vorderingen ‘hun onmiddellijke grondslag moeten hebben in een rechtsverhouding die op dat moment reeds bestond’.³³

Bedacht moet worden dat de ruime opvatting van het bepaaldheidsvereiste zoals wij die nu kennen tot ontwikkeling ge-

25 Soms wordt de nadruk gelegd op de mededeling, zie Steneker 2012/48. Soms wat meer op de akte, zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2020/204-205. Rongen neemt een tussenpositie in. Zie 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 (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 532-534. Bij hem gaat het er niet zozeer om wat de schuldenaar van de verpande vordering redelijkerwijs moest begrijpen, maar of aan de hand van de akte, de mededeling en objectieve gegevens kan worden vastgesteld om welke vordering(en) het gaat.

26 Het zou anders liggen als op de factuur vermeld zou zijn dat *alle* vorderingen die de pandgever op de debiteur heeft of zal hebben voorwerp zijn van een openbaar pandrecht.

27 Zou bijv. in de pandakte zijn bepaald dat vordering x is verpand, terwijl aan de schuldenaar wordt meegedeeld dat vordering x of y is verpand – zonder dat duidelijk is welke van de twee –, dan is niet aan het bepaaldheidsvereiste voldaan.

28 Zie bijv. HR 2 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, NJ 2004/182 m.nt. W.M. Kleijn (Mulder/Rabobank), r.o. 3.5.

29 In gelijke zin: Steneker 2012/48; Tweehuysen 2016/83, p. 116, noot 158.

30 HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1704, NJ 1996/652 m.nt. W.M. Kleijn (Eemswater/Curatoren), r.o. 3.4. Zie Steneker 2012/48 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2020/205.

31 Vgl. L.M. de Hoog, De prioriteitsregel in het vermogensrecht (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 183.

32 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/253; De Hoog 2018, p. 184; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/782; Snijders & Rank-Berenschot 2017/545.

33 HR 24 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC7018, NJ 1981/265 m.nt. W.M. Kleijn (Solleveld II), r.o. 2.

bracht is in rechtspraak over *stille* cessie en *stille* verpanding.³⁴ Omdat daarvoor op grond van art. 3:94 lid 3 en 3:239 lid 1 BW het grondslagvereiste geldt, is voor stille cessie en stille verpanding per definitie voldaan aan de bepaaldheidseis zoals die tot uitdrukking komt in Solleveld II. De vraag kan evenwel worden gesteld of Solleveld II als het ware ‘herleeft’ voor de openbare verpanding van dubbel toekomstige vorderingen, omdat het grondslagvereiste *niet* in de wet is neergelegd voor openbare verpanding.³⁵ Heeft, met andere woorden, het bepaaldheidsvereiste als het gaat om cessie en verpanding van toekomstige vorderingen een *inhoudelijke* component in navolging van het arrest Solleveld II?

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Het bepaaldheidsvereiste staat in nauw verband met de aard van het goederenrechtelijke recht als een recht van een persoon op een specifiek – individualiseerbaar – goed.³⁶ De bijbehorende ‘test’ van bepaaldheid wordt, in mijn optiek, treffend omschreven door Kaptein, waar hij stelt dat het bepaaldheidsvereiste eist dat het te leveren of te bezwaren goed *aanwijsbaar* moet zijn.³⁷ Welnu, de rechtspraak over het bepaaldheidsvereiste staat sinds Spaarbank Rivierenland/Gispén³⁸ in de sleutel van die aanwijsbaarheid.³⁹ Of: er wordt niet zozeer bepaaldheid vereist, maar *bepaalbaarheid*. Een herleving van het inhoudelijk ingekleurde bepaaldheidsvereiste van Solleveld II voor openbare verpanding zou niet goed passen bij het goederenrechtelijke wezen van het bepaaldheidsvereiste en de rechtspraak die inzet op feitelijke aanwijsbaarheid/bepaalbaarheid.⁴⁰

De vraag of een vordering aanwijsbaar/bepaalbaar is, is een feitelijke vraag en voor die aanwijsbaarheid is het niet noodzakelijk dat de vordering rechtstreeks zal worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Het dubbel toekomstige karakter van een vordering zal er lang niet altijd aan in de weg staan dat de vordering zodanig omschreven kan worden dat deze aangewezen kan worden.⁴¹ Ook de minister merkt rondom art. 3:97 BW op dat Solleveld II geen rol meer speelt bij de

invulling van het bepaaldheidsvereiste en dat het er ‘slechts’ om gaat dat de vordering ‘identificeerbaar’ is.⁴²

In de in paragraaf 2 aangestipte gevalstypen zal het bepaaldheidsvereiste géén sta-in-de-weg zijn. In het geval van, bijvoorbeeld, het door het openbare pandrecht te verlengen eigendomsvoorbehoud zijn de doorverkoopvorderingen heel wel aan te wijzen in de akte en de mededeling; het dubbel toekomstige karakter van de bij voorbaat te verpanden vorderingen zal daaraan niet in de weg staan. Ook in het geval waarbij de openbare verpanding bij voorbaat wordt ingezet bij projectfinanciering of kleinschalige transactie zal het bepaaldheidsvereiste geen belemmering zijn. Integendeel, in dat soort gevallen zal het vaak heel wel mogelijk zijn om, indien men dat wenst, de vorderingen precies te omschrijven.

Het mededelingsvereiste bij openbare verpanding bij voorbaat

Voor openbare verpanding bij voorbaat van een toekomstige vordering is vereist dat mededeling wordt gedaan aan de toekomstige schuldenaar.⁴³ Voor de openbare verpanding van een vordering is dus ten minste nodig dat de toekomstige schuldenaar bekend is, zodat aan hem een verpandingsmededeling kan worden gedaan. Het mededelingsvereiste werpt daarmee een praktische grens op aan de openbare verpanding van toekomstige vorderingen.⁴⁴ Het mededelingsvereiste roept bovendien een meer principiële vraag op. De toekomstige schuldenaar van een toekomstige vordering *is* nog *geen* schuldenaar van de pandgever en het is onzeker of hij dit ooit zal worden, nu ook de rechtsverhouding nog niet bestaat. Dit doet de vraag rijzen of de ‘toekomstige’ schuldenaar van een bij voorbaat openbaar te verpanden – dubbel – toekomstige vordering zomaar mag worden lastiggevallen met een verpandingsmededeling. Kwalificeert, bijvoorbeeld, een mededeling aan een toekomstige schuldenaar als een *geldige*, bij voorbaat verrichte verpandingsmededeling wanneer de ontvanger van het bericht de pandgever en/of de pandnemer niet kent?

Reehuis beantwoordt deze vraag, schrijvend over het verwante leerstuk van de openbare cessie, ontkennend. Hij laat zich daarbij inspireren door het bepaaldheidsvereiste.⁴⁵ Hij beoogt:

‘Het rechtsverkeer eist dat men geen rekening behoeft te houden met een mededeling van een cessie bij voorbaat van een nog volstrekt ongebooren vordering van iemand met wie hij niet in een rechtens relevante verhouding staat. Een

34 Daarbij denk ik met name aan HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488, NJ 1995/446 m.nt. W.M. Kleijn (Spaarbank Rivierenland/Gispén) en HR 2 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, NJ 2004/182 m.nt. W.M. Kleijn (Mulder/Rabobank), r.o. 3.5. Zie laatstelijk HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1841, NJ 2020/33 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Holding B.V./Heijmans Infra B.V.).

35 Vlak voor de invoering van het huidige BW heeft Reehuis deze vraag, schrijvend over de cessie, bevestigend beantwoord. Zie W.H.M. Reehuis, Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht, Groninger Opmerkingen en Mededelingen 1989, p. 82-84.

36 Zie bijv. Snijders & Rank-Berenschot 2017/80 in verbinding met 316; Rongen 2012/782.

37 Kaptein 2016, p. 125-126. Er wordt ook wel gezegd dat het erom gaat dat de objecten te identificeren zijn, zie bijv. Tweehuysen 2016/83.

38 HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488, NJ 1995/446 m.nt. W.M. Kleijn (Spaarbank Rivierenland/Gispén).

39 Zie Kaptein 2016, p. 128.

40 In deze zin: Steneker 2012/48.

41 Steneker 2012/48.

42 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1248. Zie in deze termen bijv. ook Tweehuysen 2016/83.

43 Dit op grond van art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW.

44 Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/212; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/813 in samenhang met 319a; Snijders & Rank-Berenschot 2017/545.

45 W.H.M. Reehuis, Levering (Mon. Nieuw BW B6b), Deventer: Kluwer 2004, nr. 99; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/813 in samenhang met 319a.

dergelijke mededeling is loos, omdat de toekomstige vorde-
ring te onbepaald is.⁷

Volgens Reehuis is ten minste vereist dat er op het moment van de openbare cessie bij voorbaat ten minste een rechtsver-
houding bestaat tussen de cedent en de toekomstige schulde-
naar, waarmee de toekomstige vordering in verband te bren-
gen is. Het is een opvatting die teruggaat op Meijers, al verwees
deze (mijns inziens terecht)⁴⁶ niet naar het bepaaldheidsvereis-
te.⁴⁷

Hoewel deze opvatting door een aantal auteurs wordt ge-
steund,⁴⁸ lijkt de heersende leer te zijn dat er géén principiële
beperkingen zijn. De eis dat er al enigerlei rechtsverhouding
moet zijn tussen de pandgever en de toekomstige schuldenaar
wordt doorgaans niet gesteld, zodat de enige beperking is dat
de schuldenaar van de te verpanden vordering kan worden be-
reikt.⁴⁹ Welke zienswijze verdient de voorkeur? De visie van
Meijers en Reehuis of de leer die zich aftekent als de heersen-
de?

Opgemerkt moet worden dat de leer Meijers-Reehuis aantrek-
kelijke kanten heeft. De vraag of een toekomstige schuldenaar
iedere cessie- of verpandingsmededeling steeds serieus moet
nemen, is een vraag die beantwoord moet worden tegen de
achtergrond van het feit dat spam en phishingmails aan de
orde van de dag zijn. De opvatting dat het niet belangrijk is
hoe de schuldenaar de mededeling interpreteert, omdat hij in
bepaalde omstandigheden beschermd wordt door art. 6:34
BW wanneer hij aan de verkeerde betaalt, is niet erg overtuig-
end.⁵⁰ Bedacht moet namelijk worden dat de verpandingsme-
dedeling ten minste twee goederenrechtelijk relevante functies
vervult.⁵¹ Enerzijds dient de mededeling de publiciteit; de *de-
bitor cessus* is – hoe onvolkomen ook – informatiepunt; der-
den kunnen bij de debiteur informeren of de vordering be-
zwaard is. Anderzijds bepaalt de mededeling gewoonlijk het
tijdstip waarop het pandrecht gevestigd is. Als de mededeling

zodanig is dat de schuldenaar deze niet als mededeling herkent
of behoort te herkennen, dan gaat dit ten koste van deze goe-
derenrechtelijke functies.

Bij de visie van Reehuis moet nog worden bedacht dat óók in
deze leer de openbare verpanding van dubbel toekomstige vor-
deringen mogelijk is. Hij eist namelijk *niet* dat de vordering op
het moment van de vestigingshandelingen bij voorbaat recht-
streeks zal worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsver-
houding. In zijn optiek moet er een rechtsverhouding bestaan
waarmee de vordering in verband te brengen is, hetgeen min-
der strikt is dan het voor stille cessie en stille verpanding gel-
dende grondslagvereiste.

Hoewel ik veel zie in de leer Reehuis, is zijn criterium in mijn
optiek niet verkieslijk. Het zou mijns inziens moeten draaien
om de vraag wat van de schuldenaar van een te verpanden
– dubbel – toekomstige vordering verwacht mag worden.
Daarom zou het erop aan moeten komen of een redelijk han-
delende schuldenaar moet begrijpen dat het om een *serieuze*,
bij voorbaat verrichte verpandingsmededeling gaat.⁵² Dat de
vordering in verband kan worden gebracht met een rechtens
relevante verhouding tussen de pandgever en de schuldenaar
kan een *aanwijzing* zijn dat de schuldenaar de mededeling au
sérieux moet nemen. Vereist is het evenwel niet.

In het geval waarbij het openbare pandrecht wordt ingezet bij
de financiering van een project, waarbij slechts een beperkt
aantal opdrachtgevers betrokken is, levert het mededelingsve-
reiste geen juridisch obstakel op. De toekomstige schuldenaren
(de toekomstige opdrachtgevers) zullen bekend zijn zodra de
plannen van het project er zijn; in de aanloopfase naar het pro-
ject kunnen alvast de verpandingsmededelingen worden ge-
daan. Hetzelfde geldt voor transacties die voorafgegaan wor-
den door een onderhandelingsfase.

Het mededelingsvereiste levert mogelijk meer problemen op
wanneer de openbare verpanding wordt ingezet om, bijvoor-
beeld, een eigendomsvoorbehoud te verlengen door *dubbel*
toekomstige doorverkoopvorderingen bij voorbaat te verpan-
den. Lang niet alle toekomstige afnemers (de toekomstige
schuldenaren) zullen immers op voorhand bekend zijn. Wel
kan de verkoper op ruime schaal verpandingsmededelingen
versturen naar – *potentiële* – afnemers, door de mededeling op
te nemen in promotiemateriaal of een mailing naar vaste klan-
ten. Op deze wijze kan de verkoper onder eigendomsvoorbe-
houd eersterangs zekerheid verkrijgen op een deel van de door-
verkoopvorderingen. Wel moet ervoor worden gezorgd dat de
mededeling zodanig is, dat de ontvanger ervan (de toekomstige

46 Zie par. 3.2 onder het kopje 'Het bepaaldheidsvereiste en openbare ver-
panding bij voorbaat'.

47 E.M. Meijers, in: Rechtspraak, WPNR 1920, afl. 2619, p. 159. Hij
schrijft: 'In pand te geven of te cedeeren al hetgeen iemand te eeniger tijd
vaneen derde mag te vorderen krijgen en dit dien derde te betekenen,
kan geen gevolg hebben. Men kan niet verlangen, dat iemand rekening
houdt met ontvangen beteekenningen van cessies, in pandgeving of besla-
gen, die geschied zijn, voordat hij vaneen schuld iets wist, ja misschien
voordat hij zijn toekomstigen schuldeischer kende.'

48 Zie N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den
Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 28-29. J.H.M. van Swaaij, *Beschikken en rechtsovergang. De temporele dimensie van de overdracht: levering van toekomstige goederen, levering onder eigendomsvoorbehoud en levering onder voorbehoud van eigendomsverrijking*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 112 en de aldaar aangehaalde – oudere – literatuur. T.H.D. Struycken, *Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 129.

49 Zie bijv. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/212; Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:236 BW, aant. 3.3.3.4; Steneker 2012/46; Rongen 2012/460; Schuijling 2016/200.

50 Rongen 2012/460; Schuijling 2016/200.

51 Op deze gedachte ben ik gekomen door Van Swaaij 2000/112.

52 Voor de maatstaf van wat een schuldenaar redelijkerwijs moet begrijpen, ben ik geïnspireerd door HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995: ZC1704, NJ 1996/652 m.nt. W.M. Kleijn (Eemswater/Curatoren). Struycken lost de hier opgevoerde problematiek op een vergelijkbare manier op, al denkt hij – net als Reehuis – in termen van bepaaldheid. Zie Struycken 1997, p. 130.

ge schuldenaar) de mededeling als verpandingsmededeling behoort te begrijpen.

3.3 Inningsbevoegdheid

De consequentie van het gebruik van een *openbaar* pandrecht is dat, anders dan het geval is bij een stil pandrecht, de pandhouder *inningsbevoegd* is op grond van art. 3:246 lid 1 BW. In beginsel kan de schuldenaar van de te verpanden vordering slechts bevrijdend betalen aan de pandhouder. Betaalt hij aan de pandgever, dan is dit, behoudens uitzonderingen, *niet* bevrijdend. De verschuiving van de inningsbevoegdheid naar de pandgever zou, afhankelijk van de wensen daaromtrent van de pandgever en de pandnemer, als ongewenst kunnen worden ervaren. Deze consequentie van het openbare pandrecht kan evenwel in zoverre worden gemitigeerd, dat de pandhouder aan de pandgever de toestemming geeft de vorderingen te blijven innen als bedoeld in art. 3:246 lid 4 BW.⁵³ Deze toestemming zou, in mijn optiek, al op voorhand kunnen worden gegeven.

3.4 Het risico van het doen van verpandingsmededelingen

Verpandingsmededelingen hebben een slechte pers. Als een belangrijk bezwaar van een verpandingsmededeling wordt gezien dat men kan gaan twijfelen aan de kredietwaardigheid van de pandgever.⁵⁴ Steneker beschrijft het probleem als volgt:⁵⁵

‘Omdat mededeling in de praktijk meestal plaatsvindt in de aanloop naar executie, wekt het doen van mededeling door een bank als pandhouder van een bepaalde onderneming al snel argwaan bij de betreffende schuldenaren en bij andere schuldeisers van de onderneming. Die schuldenaren zullen indien mogelijk eerder een beroep doen op verrekening of opschorting (bijvoorbeeld op art. 6:263 BW) en schuldeisers zullen hun posities proberen veilig te stellen door zekerheden uit te winnen, beslagen te leggen, of over te gaan tot verrekening of opschorting. Als die sneeuwbal eenmaal gaat rollen, kan die in ernstige gevallen aangroeien tot een faillissement.’

Het beeld is indringend. Het risico dat kleeft aan een verpandingsmededeling geldt zo mogelijk nog sterker voor een mededeling ter zake van een dubbel toekomstige vordering. Immers, in het geval van een dubbel toekomstige vordering bestaat de rechtsverhouding waaruit de pandgever de vordering rechtstreeks hoopt te verkrijgen nog niet en een verpandingsmededeling kan ertoe leiden dat die rechtsverhouding *nooit* zal ontstaan, omdat de ontvanger van de mededeling niet in zee wil gaan met een partij die haar financiële zaken – kennelijk – niet op orde heeft.

Hoewel het risico dat verbonden is aan het doen van een verpandingsmededeling dus serieus moet worden genomen, is het de vraag of dit risico zo onbeheersbaar is als veelal wordt aangenomen. Het zal, dunkt mij, in het zakelijke verkeer bekend zijn dat een onderneming voor een belangrijk deel gefinancierd is met vreemd vermogen, en het laat zich goed uitleggen dat de verschaffer van vreemd vermogen – of dit nu een bank is of een partij die goederen of diensten levert op krediet – de zekerheid wil dat zijn vorderingen op de pandgever worden voldaan. Dat een onderneming gefinancierd is met vreemd vermogen en dat de kredietverstrekker zekerheid wil, kan nauwelijks een verrassing zijn. Het komt er, in mijn optiek, vooral op aan dat de pandgever en de pandhouder niet de indruk wekken dat de verpandingsmededeling een inleiding is tot een executie.

Bij het voorbeeld van de projectfinanciering, waarbij in een vroeg stadium de financier betrokken wordt, zal dit duidelijk zijn. In het voorbeeld waarbij de openbare verpanding bij voorbaat wordt ingezet om eersterangs pandrechten te vestigen op doorverkoopvorderingen is, mogelijk, meer waakzaamheid vereist. Er zijn evenwel, in mijn optiek, ten minste twee manieren om te voorkomen dat de ontvanger van de mededeling denkt dat de executie aanstaande is. Allereerst kan de verpandingsmededeling subtiel worden gegeven. Gedacht kan worden aan een mededeling via offertes, algemene voorwaarden, promotiemateriaal, nieuwsbrieven, enzovoort. Daarnaast kan de door de pandhouder aan de pandgever gegeven toestemming (in de zin van art. 3:246 lid 4 BW) om de vordering na de verpanding te blijven innen, in de verpandingsmededeling worden opgenomen, zodat de klanten van de pandgever – als de vordering in de toekomst ontstaat – gewoon aan de laatstgenoemde kunnen betalen.

4 Het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW

4.1 Inleiding

Een bij voorbaat gevestigd openbaar pandrecht overtroeft de verzamelpandakteconstructie alléén indien het openbare pandrecht bij voorbaat is gevestigd op een dubbel toekomstige vordering. Het openbare pandrecht zal, in de regel, aan het kortste eind trekken als het pandrecht pas gevestigd is op een moment dat de vordering tegenwoordig is of als er al een rechtsverhouding is waaruit die vordering rechtstreeks door de pandgever zal worden verkregen als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW. Wordt ‘snel’ aangenomen dat er een rechtsverhouding is waaruit de pandgever rechtstreeks vorderingen zal verkrijgen, dan zullen vorderingen eerder worden ‘gegrepen’ door de verzamelpandakteconstructie en is er minder gelegenheid voor een alternatieve financier om – voor die tijd – bij voorbaat een openbaar pandrecht te vestigen.

Het antwoord op de vraag in hoeverre een bij voorbaat gevestigd openbaar pandrecht op een vordering op naam de verzamelpandakteconstructie kan overtroeven, is daarmee niet alleen afhankelijk van de uitdagingen verbonden aan de openba-

53 Zie voor vragen die naar aanleiding daarvan kunnen rijzen Stein, in: GS Vermogensrecht, art. 3:246 BW, aant. 3.2.2 (online geraadpleegd).

54 Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/218; Snijders & Rank-Berenschot 2017/543.

55 Steneker 2012/47.

re verpanding bij voorbaat, maar ook van de invulling van het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW. In deze paragraaf wordt daarom het grondslagvereiste besproken. Bij de analyse van het grondslagvereiste zal met name worden ingegaan op de *voorfase* van de overeenkomst. In de gevalstypen die aan het begin van deze bijdrage zijn gepresenteerd (par. 2), is met name deze fase van belang. Ten aanzien van het geval van de verpanding van doorverkoopvorderingen kan, bijvoorbeeld, de vraag worden gesteld of een aanbod van de pandgever aan een klant al een rechtsverhouding doet ontstaan als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW. En in het geval van de projectfinanciering zou de vraag kunnen rijzen op welk punt van de onderhandelingen er sprake is van een dergelijke rechtsverhouding.

4.2 De ratio van het grondslagvereiste

Voordat we kijken naar de invulling van het grondslagvereiste is het van belang om de ratio van het in art. 3:239 lid 1 BW neergelegde grondslagvereiste in ogenschouw te nemen. Welnu, de ratio daarvan is gelegen in de bescherming van de concurrente schuldeisers van de stille pandgever.⁵⁶ Concurrente schuldeisers zijn, zo is de gedachte, vooral aangewezen op derdenbeslag. Doordat de ‘rangorde’ tussen pandrecht en beslag wordt bepaald door prioriteit,⁵⁷ is het voor een concurrente schuldeiser van belang dat hij beslag legt op een nog niet (al dan niet bij voorbaat) bezwaarde vordering. Om concurrente schuldeisers enige kans op verhaal te bieden, heeft de wetgever de vorderingen die vatbaar zijn voor beslag en die vatbaar zijn voor verpanding gelijkgetrokken. Dit heeft de wetgever gedaan door het grondslagvereiste, zoals dat geldt voor derdenbeslag (art. 475 lid 1 Rv), ook te stellen voor de stille verpanding van – toekomstige – vorderingen.

Er wordt in de literatuur wel betoogd dat het grondslagvereiste tot een dode letter is geworden.⁵⁸ Immers, door de praktijk van de verzamelpandakteconstructie is de kans klein dat een schuldeiser van de pandgever met succes een vordering weet te beslaan die nog niet (al dan niet bij voorbaat) is bezwaard met een stil pandrecht. Volgens verschillende auteurs kan het

grondslagvereiste om deze en andere redenen het beste worden geschrapt.⁵⁹

Het mag duidelijk zijn dat het grondslagvereiste, in mijn optiek, allerminst een dode letter is.⁶⁰ Het is waar dat degene die beslag wil leggen op een toekomstige vordering het in de regel af zal leggen tegen de verzamelpandakteconstructie. Er is echter, zoals in dit artikel reeds duidelijk zal zijn geworden, een andere manier waarop het grondslagvereiste andere schuldeisers dan de eerste financier uitzicht op verhaal biedt. Het grondslagvereiste geeft aan die andere schuldeisers een kans om een vordering bij voorbaat openbaar aan zich te laten verpanden vóórdat de vordering vatbaar is voor stille verpanding bij voorbaat.

Damkot en Verdaas menen dat er geen rechtvaardiging is voor het feit dat de wet voor de stille verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen het grondslagvereiste stelt, maar voor openbare verpanding bij voorbaat van die vorderingen niet.⁶¹ Ik ben het oneens met de genoemde auteurs. De ratio van het grondslagvereiste is om andere schuldeisers dan de eerste financier enig zicht op verhaal op vorderingen op naam te bieden. De gedachte was dat schuldeisers dankzij het grondslagvereiste de kans hadden op beslag van een nog niet verpande vordering. Het grondslagvereiste is in dit opzicht door de praktijk ingehaald door de introductie van de verzamelpandakteconstructie. Het grondslagvereiste komt echter *feitelijk*, zonder dat dit mechanisme de wetgever voor ogen zal hebben gestaan, op een andere manier tegemoet aan de belangen van de genoemde schuldeisers, doordat zij de mogelijkheid hebben om, via openbare verpanding bij voorbaat, eersterangs zekerheidsrechten op vorderingen te verkrijgen.

4.3 Uitleg van het grondslagvereiste

Hoe moet het grondslagvereiste worden uitgelegd? Sinds Rabobank/Kézér staat vast dat het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW op dezelfde manier moet worden uitgelegd als het grondslagvereiste zoals dat geldt voor beslag op de voet van art. 475 Rv.⁶² Voor het overige is de uitleg van het grond-

56 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1337 (nr. 2) (online geraadpleegd).

57 Is vóór de verpanding reeds beslag gelegd, dan kan het pandrecht niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen (art. 475h lid 1 Rv). Is een bestaande vordering voor het beslag al verpand, dan moet de beslaglegger het pandrecht respecteren. Zie bijv. F.H.J. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, *Materieel beslagrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 10), Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 3.15. Is voor de verpanding bij voorbaat al beslag gelegd op de desbetreffende toekomstige vordering, dan kan de verpanding niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen; is vóór het beslag een toekomstige vordering bij voorbaat verpand, dan gaat dit bij voorbaat gevestigde pandrecht vóór het beslag. Zie HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0467, NJ 1992/744 m.nt. H.J. Sniijders (Ontvanger/NMB-Postbankgroep), r.o. 4.2.

58 Zie bijv. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/224 in fine; Schuijling 2016/226; Verstijlen 2011/36; Van der Weide 2016, p. 459; Kaptein 2016, p. 152-153 en 156. Ook het hoogste rechtcollege zelf heeft zich in soortgelijke zin uitgelaten. Zie bijv. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.8.2.

59 Zie bijv. V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrecht in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 381; Schuijling 2016/227; P.M. Veder, *Verpanding made easy: verpanding van vorderingen door middel van een verzamelpandakte*, AA 2012, p. 460; Verstijlen 2011/36; Van der Weide 2016, p. 459. Kaptein wil het grondslagvereiste alleen schrappen als er op een andere manier voor evenwicht tussen schuldeisers wordt gezorgd. Zie Kaptein 2016, p. 156. Ook los van de discussie rondom de verzamelpandakteconstructie is voor schrapping gepleit. Zie bijv. A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 199-204; Rongen 2012/953.

60 Ook de opmerking van Van Hoof dat allesomvattende zekerheidsrechten op vorderingen met de praktijk van de verzamelpandakteconstructie een feit is, is – gelet op de mogelijkheid van de openbare verpanding van dubbel toekomstige vorderingen – te kort door de bocht. De opmerking wordt gemaakt in: Van Hoof 2019, p. 70.

61 H.J. Damkot & A.J. Verdaas, *Verpanding van toekomstige vorderingen beperkt mogelijk; verruiming gewenst?*, TvI 2003, afl. 1, par. 4.2.4.

62 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552, NJ 2012/605 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Kézér), r.o. 3.6. Daarmee is de andersluidende opvatting van Verdaas verworpen. Zie Verdaas 2008, p. 161-163.

slagvereiste in debat.⁶³ Het is tevens een vraag die deels feitelijk van aard is en afhankelijk kan zijn van de *uitleg* van de tussen de pandgever en de toekomstige schuldenaar bestaande rechtsverhouding.⁶⁴

De vraag hoe het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW moet worden uitgelegd, is mede een rechtspolitieke vraag. Bevoegd zou kunnen worden dat omwille van het belang van de bank van zekere zekerheid (nodig om het bedrijfsleven op een verantwoorde wijze te financieren) het grondslagvereiste soepel moet worden uitgelegd.⁶⁵ In mijn optiek zijn er evenwel twee argumenten die meebrengen dat niet te snel mag worden aangenomen dat er op enig moment een rechtsverhouding is waaruit rechtstreeks vorderingen zullen worden verkregen als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW.

Een eerste reden om het grondslagvereiste niet te soepel uit te leggen, is dat, gelet op de hiervoor aangestipte gelijkshakeling van de invulling van het grondslagvereiste, een soepele uitleg van art. 3:239 lid 1 BW doorwerkt in de uitleg van art. 475 lid 1 Rv. Een ruime mogelijkheid om een stil pandrecht op een toekomstige vordering te verkrijgen, leidt tot een ruime mogelijkheid om dergelijke vorderingen te beslaan. Een te ruime mogelijkheid om op toekomstige vorderingen derdenbeslag te leggen, kan voor de geëxecuteerde problematisch zijn omdat dit diens bedrijf kan verlammen.⁶⁶ Het kan een reden zijn om het grondslagvereiste niet te rekkelijk uit te leggen.

Een tweede reden om het grondslagvereiste niet te soepel op te vatten, is dat dit niet past bij de *geest* van het voor stille verpanding geldende grondslagvereiste. Het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW strekt ertoe om de andere schuldeisers dan de eerste stille pandhouder kans op verhaal te geven.⁶⁷ Dat het grondslagvereiste weinig behulpzaam is voor de schuldeiser die derdenbeslag wil leggen, neemt niet weg dat het grondslagvereiste aan andere schuldeisers dan de eerste stille pandhouder de kans geeft om *zelf* een eersterangs zekerheidsrecht te verkrijgen in de vorm van een eersterangs openbaar pandrecht. Om deze kans niet volstrekt illusoir te maken, past het om het

grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW niet al te soepel uit te leggen. Een extra argument om rekening te houden met de genoemde *geest* van het grondslagvereiste is dat de omwerking van het grondslagvereiste door de praktijk van de verzamel-pandakteconstructie niet door de wetgever zal zijn voorzien.

4.4 Enkele toepassingen van het grondslagvereiste

Een bekende toepassing van het in art. 3:239 lid 1 BW neergelegde grondslagvereiste is te vinden in het eerdergenoemde arrest Rabobank/Kézér.⁶⁸ Uit het arrest volgt dat vorderingen die een rekeninghouder zal verkrijgen op de bank ter zake van – toekomstige – betalingen op de bankrekening van de rekeninghouder, niet kwalificeren als vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit de rekening-courantverhouding.⁶⁹ De uitspraak was geen verrassing, omdat hetzelfde was beslist voor beslag.⁷⁰ Beslissend lijkt te zijn dat het ontstaan van een dergelijke vordering afhankelijk is van een rechtshandeling – dat wil zeggen de betaling – van een derde, zodat de verkrijging niet ‘rechtstreeks’ is.⁷¹

Er zijn gevallen waarin zonder twijfel aan het grondslagvereiste is voldaan. Hieraan wordt voldaan als de toekomstige vordering ten tijde van de stille verpanding bij voorbaat rechtstreeks zal worden verkregen uit een reeds bestaande overeenkomst tussen de pandgever en de schuldenaar.⁷² Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan huurtermijnen die de pandgever als verhuurder zal verkrijgen. Deze in beginsel toekomstige⁷³ vorderingen kunnen bij voorbaat stil worden verpand, omdat deze rechtstreeks zullen worden verkregen uit de huurovereenkomst.⁷⁴

Iets soortgelijks geldt als de overeenkomst strekt tot het verrichten van deelprestaties. Gedacht kan worden aan een geneeskundige behandelingsovereenkomst of een overeenkomst van aanneming van werk.⁷⁵ Als partijen niet anders hebben afgesproken, zijn de geldvorderingen die tegenover de deelprestaties staan toekomstig, in die zin dat de vordering die tegenover een bepaalde deelprestatie staat, pas ontstaat zodra de deelprestatie is verricht.⁷⁶ De – toekomstige – vorderingen die tegenover de nog niet verrichte deelprestaties staan, laten zich bij voorbaat stil verpanden, omdat de vorderingen dan rechtstreeks uit die overeenkomst worden verkregen.

63 Zie bijv. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/265; L.P. Broekveldt, Derdenbeslag (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 1) (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, par. 3.7.5.2. Ook in de parlementaire geschiedenis bij art. 475 Rv komt naar voren dat slechts in beperkte mate duidelijkheid kan worden verkregen over de wijze waarop het grondslagvereiste moet worden ingevuld. Zie Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw 1992, p. 156 e.v. (nr. 2) (online geraadpleegd).

64 Aldus laatstelijk HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:640, JOR 2021/195 m.nt. Schuijling, r.o. 3.2.3.

65 Zie over het belang van zekere zekerheid F.E.J. Beekhoven van den Boezem & R. van den Bosch, Zekere zekerheid. Het belang van zekere zekerheid voor de financiering van het bedrijfsleven, MvV 2015, afl. 7-8, p. 200-207.

66 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw 1992, p. 156 e.v. (nr. 2) (online geraadpleegd); Broekveldt 2003, par. 3.7.5.2. Dit argument speelt een grote rol bij het oordeel van de Hoge Raad dat beslag op kredietruimte niet mogelijk is. Zie HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203 m.nt. H.J. Snijders (Van den Berg/Van der Walle), r.o. 3.7.

67 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1337 (nr. 2).

68 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552, NJ 2012/605 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Kézér).

69 Zie HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552, NJ 2012/605 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Kézér), r.o. 3.6.

70 Dit geldt sinds HR 7 juni 1929, ECLI:NL:HR:1929:358, NJ 1929/1285 m.nt. P. Scholten (Postgiro-arrest).

71 In deze zin: Broekveldt 2003, par. 3.7.5.4.

72 Zie bijv. Rongen 2012/938; Schuijling 2016/213.

73 HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten (WUH/Emmerig), r.o. 3.2.

74 Schuijling 2016/213; Snijders & Rank-Berenschot 2017/63.

75 Wat betreft aanneming van werk: Broekveldt 2003, par. 3.7.5.6.

76 Vgl. HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2901, NJ 2018/316 m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 3.5.5.

In een interessant – tamelijk recent – beslagarrest ging het om een geval waarin de vennoten van een vof ‘periodiek voor privégebruik een in onderling overleg te bepalen bedrag uit de kas der vennootschap’ mochten opnemen.⁷⁷ De Hoge Raad hield het oordeel van het hof in stand, dat de vorderingen die – mogelijk – in de toekomst zullen ontstaan door de uitoefening van dit wilsrecht rechtstreeks worden verkregen uit de door de vof in het leven geroepen rechtsverhouding. De Hoge Raad overweegt daarbij dat ‘niet [is] uitgesloten dat een vordering rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding in de zin van art. 475 Rv indien de vordering pas ontstaat door de uitoefening van een daartoe strekkend wilsrecht’.⁷⁸

4.5 Het grondslagvereiste rondom de totstandkoming van overeenkomsten

Als het gaat om de taxatie van het ‘tegenspel’ dat het openbare pandrecht kan bieden aan de verzamelpandakteconstructie, draait het, zoals aan het begin van deze paragraaf gezegd, met name om de voorfase van de overeenkomst. Om het potentiële tegenspel dat het openbare pandrecht kan bieden aan de verzamelpandakteconstructie te peilen, komen drie situaties aan bod waarbij de vraag kan worden gesteld of er een rechtsverhouding is als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW. Er wordt ingegaan op het aanbod, de precontractuele fase en voor- en raamovereenkomsten.

Het aanbod

Kan de rechtsverhouding die in het leven wordt geroepen door een aanbod tot het sluiten van een overeenkomst kwalificeren als een rechtsverhouding waaruit rechtstreeks vorderingen zullen worden verkregen als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW?

In de literatuur is er van verschillende zijden betoogd dat een aanbod tot een dergelijke overeenkomst inderdaad een dergelijke rechtsverhouding kan zijn.⁷⁹ Daartoe wordt over het algemeen als eis gesteld dat, in de woorden van Spierings, de overeenkomst met een ‘simpel “ja”’ tot stand kan worden gebracht: de verbintenis moet voldoende uit het aanbod voortvloeien.⁸⁰

Op het eerste gezicht zou de rechtsverhouding die het gevolg is van een aanbod inderdaad kunnen kwalificeren als een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW. Dit geldt temeer omdat de Hoge Raad, zoals we zojuist hebben gezien, heeft overwogen dat het ‘niet uitgesloten is’ dat een vordering rechtstreeks wordt verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding, als deze wordt verkregen door de uitoefening van een

‘daartoe strekkend wilsrecht’.⁸¹ Toch is met dit arrest niet zeker of een aanbod tot het sluiten van een overeenkomst reeds kwalificeert als een rechtsverhouding in de zin van art. 3:239 lid 1 BW. De Hoge Raad formuleert het immers voorzichtig, in die zin dat *niet is uitgesloten* dat er een dergelijke rechtsverhouding bestaat als de vordering afhankelijk is van de uitoefening van een daartoe strekkend wilsrecht.

In mijn optiek moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin de pandgever het aanbod heeft gedaan en de situatie waarin de toekomstige schuldenaar dat heeft gedaan.

Heeft de pandgever het aanbod tot het sluiten van een overeenkomst gedaan, dan is er – mijns inziens – in de periode tussen het aanbod en de aanvaarding géén rechtsverhouding waaruit de pandgever rechtstreeks vorderingen zal verkrijgen. Anders gezegd, als ná het aanbod maar vóór de aanvaarding een vestigingshandeling bij voorbaat wordt verricht ter zake van een *stil* pandrecht, dan treft die vestigingshandeling geen doel vanwege het grondslagvereiste. Reden is dat hangende het aanbod het ontstaan van de overeenkomst niet afhankelijk is van de uitoefening van een wilsrecht door de *pandgever*, maar van de – volstrekt onzekere – uitoefening van het wilsrecht door de toekomstige schuldenaar om het aanbod te aanvaarden. Daarom kan niet worden gezegd dat tussen het aanbod en de aanvaarding er al een rechtsverhouding is waaruit de pandgever vorderingen zal verkrijgen, laat staan dat die verkrijging ‘rechtstreeks’ is.⁸² Wanneer, bijvoorbeeld, in het kader van een verlengd eigendomsvoorbehoud openbare verpandingsmededelingen worden gedaan via mailings waarin producten worden aangeboden, dan is er met de genoemde aanbieding (als het al een aanbod is in de zin van art. 6:217 lid 1 BW) nog geen rechtsverhouding in het leven geroepen als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW.

Doet de toekomstige schuldenaar een aanbod tot het sluiten van een overeenkomst, dan zou er – wellicht – eerder gesproken kunnen worden van een rechtsverhouding waaruit de pandgever rechtstreeks vorderingen zal verkrijgen, omdat de pandgever dan, door de uitoefening van het wilsrecht, vorderingen kan verkrijgen. In mijn optiek is het ook dan niet helemaal zeker dat met het aanbod een rechtsverhouding bestaat waaruit rechtstreeks vorderingen zullen worden verkregen, ook niet als het aanbod zodanig is dat een enkele aanvaarding tot een volwaardige – voldoende bepaalde – overeenkomst leidt.⁸³ Het enkele bestaan van een aanbod tussen partijen is niet zonder meer een en dezelfde rechtsverhouding als de overeenkomst die op de aanvaarding zou volgen.

77 HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:640, JOR 2021/195 m.nt. Schuijling.

78 HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:640, JOR 2021/195 m.nt. Schuijling, r.o. 3.2.3.

79 Zie bijv. Rongen 2012/939; Schuijling 2016/216; C. Spierings, De eenzijdige rechtshandeling (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 242. Anders: C. Spierings, Vragen over het aanbod, RMThemis 2013, p. 113-114.

80 Spierings 2016/242; Schuijling 2016/216.

81 HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:640, JOR 2021/195 m.nt. Schuijling, r.o. 3.2.3.

82 Vgl. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552, NJ 2012/605 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Kézér).

83 In vergelijkbare zin: Broekveldt 2003, par. 3.7.5.5; Spierings 2013, p. 113-114. De laatste (Spierings) is echter van deze mening teruggekomen in haar proefschrift. Zie Spierings 2016/242.

De precontractuele fase

Wanneer partijen in onderhandeling treden, bevinden zij zich, aldus de Hoge Raad in het standaardarrest Baris/Riezenkamp, in een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding.⁸⁴ Dit doet de vraag rijzen wanneer die rechtsverhouding zodanig is, dat zij kwalificeert als een rechtsverhouding waaruit rechtstreeks vorderingen zullen worden verkregen als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW. De vraag op welk punt in de onderhandelingsfase er van een dergelijke rechtsverhouding sprake is, is bijvoorbeeld van belang voor het geval waarin het gaat om de financiering van een bepaald project en de financier van dit project een eersterangs openbaar pandrecht wil verkrijgen. Zodra de rechtsverhouding tussen de onderhandelende partijen zich verdicht tot een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW, zullen de uit die rechtsverhouding voortvloeiende toekomstige vorderingen in een mum van tijd bij voorbaat stil zijn verpand via de verzamelpandakteconstructie. Voor die tijd zal de projectfinancier ervoor moeten zorgen dat de vordering al aan hem, bij voorbaat, openbaar is verpand.

Wanneer heeft de rechtsverhouding waarin de onderhandelende partijen zich bevinden, zich verdicht tot een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW? Volgens Rongen is dit in de eerste plaats het geval als de onderhandelingen zo ver gevorderd zijn dat – ten tijde van de stille verpanding bij voorbaat – een van de partijen bij de onderhandelingen er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat enigerlei overeenkomst tot stand zal komen.⁸⁵ Wanneer de uiteindelijk gesloten overeenkomst beantwoordt aan de hiervoor bedoelde rechtsverhouding, kan volgens Rongen – achteraf – worden gezegd dat de rechtsverhouding al bestond ten tijde van de vestigingshandeling.

Met deze analyse van Rongen kan worden ingestemd. Hierbij moet wel worden bedacht dat niet te snel mag worden aangenomen dat de onderhandelingen zo ver gevorderd zijn dat een van de partijen er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat enigerlei overeenkomst tot stand zal komen. De beroemde derde fase van Plas/Valburg⁸⁶ is niet snel bereikt. Uitgangspunt is de contractsvrijheid: het staat partijen vrij de onderhandelingen af te breken.⁸⁷

Rongen gaat nog een stap verder en betoogt dat er ook al eerder sprake kan zijn van een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW, namelijk als – ten tijde van de vestigingshandeling bij voorbaat – de onderhandelingen zich in een zodanig stadium bevonden dat de ‘contouren’ van de later gesloten overeenkomst al zichtbaar waren.⁸⁸ Deze opvatting kan

niet als juist worden aanvaard. Hier geldt iets soortgelijks als wat is betoogd over het aanbod. Als er nog geen wilsovereenstemming is, kan niet worden staande gehouden dat de rechtsverhouding bestaat waaruit de vorderingen rechtstreeks zullen worden verkregen.

Voor- en raamovereenkomsten

Is een raam- of voorovereenkomst een rechtsverhouding waaruit rechtstreeks vorderingen zullen worden verkregen?

In de literatuur wordt aangenomen dat dit afhangt van de inhoud van de raam- of voorovereenkomst. Is de voorovereenkomst vrijblijvend – roept de overeenkomst geen verplichtingen in het leven –, dan is er níét sprake van een rechtsverhouding waaruit rechtstreeks vorderingen zullen worden verkregen.⁸⁹ Een raam- of voorovereenkomst wordt wél gezien als een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW indien de overeenkomst *de verplichting* in het leven roept goederen of diensten te leveren op basis van nog te sluiten overeenkomsten.⁹⁰ Het komt er mede op aan in hoeverre de raam- of voorovereenkomst de toekomstige vorderingen inhoudelijk voldoende bepaalt.⁹¹

Hoewel de (schaarse) lagere rechtspraak een verdeeld beeld laat zien,⁹² denk ik dat de heersende leer op dit punt juist is: als de raam- of voorovereenkomst een voldoende concrete contracteerplicht inhoudt, zou de raam- of voorovereenkomst als een rechtsverhouding kunnen worden gezien waaruit rechtstreeks vorderingen zullen worden verkregen als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW. Is de raam- of voorovereenkomst onvoldoende verplichtend, dan zou ik niet te snel willen aannemen dat aan het grondslagvereiste voldaan is, mede gelet op de geest van het in art. 3:239 lid 1 BW neergelegde grondslagvereiste.

5 Slot

Een van de vragen binnen het zekerhedenrecht is hoe concurrente schuldeisers aan hun trekken kunnen komen.⁹³ Gaat de schuldenaar failliet, dan zien de concurrente schuldeisers veelal niets tot (zeer) weinig terug van hun tot dan onbetaald gebleven vorderingen.⁹⁴ Een van de manieren om – potentiële –

84 HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 m.nt. L.E.H. Rutten (Baris/Riezenkamp). Zie in deze context ook Schuijling 2016/209; Spierings 2016/242.

85 Rongen 2012/939. Instemmend: Schuijling 2016/216.

86 Zie voor die fase HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723 m.nt. C.J.H. Brunner (Plas/Valburg), r.o. 3.4.

87 Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-III 2018/193; HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

88 Rongen 2012/939. Niet erg expliciet op dit punt is Schuijling 2016/216.

89 Schuijling 2016/216.

90 Rongen 2012/939; Schuijling 2016/216.

91 Zie Schuijling in zijn noot onder Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL3519, JOR 2010/139, nr. 6.

92 Pro: Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL3519, JOR 2010/139 m.nt. Schuijling, r.o. 7.2.5.2. Contra: Hof Arnhem 23 januari 2001, JOR 2001/101.

93 Zie daarover bijv. A. Karapetian, M.L. Lennarts & F.M.J. Verstijlen, De positie van concurrente schuldeisers in faillissement. Een verkennend onderzoek naar de positie van concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement en de mogelijkheden deze te verbeteren (Rapport aan het WODC uitgebracht), Groningen 2021.

94 In een recente steekproef van honderd willekeurig gekozen faillissementen bedroeg het gemiddelde uitkeringspercentage aan concurrente schuldeisers 0,10%; zie Karapetian, Lennarts & Verstijlen 2021, p. 23-24. Zie ook de cijfers genoemd door Kortmann in zijn afscheidsrede: S.C.J.J. Kortmann, Het faillissement, een paradijs voor banken (afscheidsrede Nijmegen), p. 5-6 (online geraadpleegd, zie www.ftm.nl/uploads/media/5b1a9152257a4/afscheidscollegeskortmann.pdf?v431).

concurrente schuldeisers een steun in de rug te geven, is om wegen aan te wijzen waarop zij zichzelf kunnen verheffen van een *concurrente* schuldeiser tot een *gesecureerde* schuldeiser met een eersterangs zekerheidsrecht. De openbare verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen is mogelijk zo'n weg, al is het pad nauw en het plaveisel hier en daar wat hobbelig.

In zekere zin beantwoordt het in dit artikel betoogde – in de verte – aan een suggestie gedaan door Zwolve. Hij betoogt dat een zekerheidsrecht dat is gevestigd op een bijzonder goed – naar wenselijk recht – vóór een generiek zekerheidsrecht behoort te gaan, óók als dit zekerheidsrecht later gevestigd is.⁹⁵ De verzamelpandakteconstructie is de facto een vorm van generieke zekerheid, terwijl het openbare pandrecht wel iets weg heeft van een bijzondere zekerheid, omdat het zich – door het mededelingsvereiste – slechts vordering voor vordering laat vestigen. Een belangrijk verschil met de genoemde suggestie van Zwolve is dat een bij voorbaat gevestigd openbaar pandrecht alléén voorgaat als het *eerder* gevestigd is. Het voor stille verpanding geldende grondslagvereiste geeft *ruimte* voor een eerder gevestigd openbaar pandrecht. Zaak is dan dat dit openbare pandrecht bij voorbaat gevestigd wordt op één of meer vorderingen die nog *dubbel toekomstig* zijn. Het openbare pandrecht kan daarmee, vanuit een goederenrechtelijk perspectief, de verzamelpandakteconstructie ten aanzien van één of meer – specifieke – vorderingen op naam overtroeven.

Eén belangrijke hobbel is buiten beschouwing gelaten. De kredietnemer heeft vaak met de bank afgesproken dat hij géén zekerheden aan derden zal verschaffen (een negative pledge). Doet hij dit toch, dan kan dit voor een bank reden zijn het krediet op te zeggen. Deze verbintenisrechtelijke nuance neemt niet weg dat de verzamelpandakteconstructie vanuit een goederenrechtelijk perspectief niet onaantastbaar is. Zowel het openbare pandrecht als het voor stille verpanding geldende grondslagvereiste verdient aandacht.

⁹⁵ Zie W.J. Zwolve, Too Convenient a Form of Security to Be Lightly Abolished, WPNR 2006, afl. 6665, p. 358.