

Verpanding, hoofdelijkheid en de nieuwe voorrangsregel van Zuidgeest/Furness

Vranken, J.B.M.

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Document version:

Peer reviewed version

Publication date:

1999

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Vranken, J. B. M. (1999). Verpanding, hoofdelijkheid en de nieuwe voorrangsregel van Zuidgeest/Furness.

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie, 6353, 267-271.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

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.

VERPANDING, HOOFDELIJKHEID EN DE NIEUWE VOORRANGSREGEL VAN ZUIDGEEST/FURNESS¹

CASUS

1. Onlangs werd ik geconfronteerd met het volgende geval. Bleak House BV had een vordering op twee hoofdelijk verbonden debiteuren, Charles BV en Dickens BV. De vordering van Charles was verpand aan de bank, die van Dickens niet. Waarom dit niet was gebeurd, was onduidelijk. Op zeker ogenblik ging Bleak House failliet. Dickens betaalde aan de curator. De bank was het daarmee niet eens. Zij betoogde dat het bedrag van de vordering aan haar toekwam en vorderde deswege het door Dickens aan de curator betaalde op. Wat is rechtens²?
2. Hoofdelijkheid en zekerheidsrechten is in Nederland geen issue. In Duitsland is dit anders en behoort het geschetste geval, toegespitst op cessie, zelfs tot de klassieken van de privaatrechtelijke dogmatiek. Na aanvankelijke onzekerheid heeft het RG in 1908 de mogelijkheid erkend dat slechts één van de hoofdelijke vorderingen wordt gecedeerd en dat de andere bij de cedent blijft. Sedertdien is dit heersende leer, zij het dat de eenstemmigheid niet echt ver reikt. Er bestaan nog steeds grote verschillen van mening omtrent de betekenis en consequenties van een 'SeparatzeSSION'³.
3. De kwestie is in Duitsland toegespitst op de cessie omdat voor de rechtsgeldigheid ervan geen mededeling behoeft te worden gedaan aan de debiteur. Daar waar zo'n mededeling wel vereist is, zoals bij verpanding van vorderingen (art. 1280 BGB), verliest de problematiek naar gangbare Duitse opvatting veel van haar scherpte. Trekt men deze gedachte door naar Nederland, dan zou de problematiek

¹HR 19 december 1997, NJ 1998, 690 m.o. Kleijn

²Ik dank collega Vriesendorp voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

³Zie onder meer Palandt-Heinrichs, BGB 1997, ad art. 401 en 425; Larenz-Wolf, Schuldrecht Bd 1, Allgemeiner Teil, 1998, par. 37; Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd 1, Teilbd. 2, 1995, par. 39; Derleder, Zession und Gesamtschuld, in: Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag, 1998, p. 155-179.

zich in Nederland vooral moeten manifesteren bij stil pandrecht en (veel) minder bij de aan een constitutief mededelingsvereiste onderworpen cessie en openbaar pandrecht. Of dat zo is, staat nog te bezien.

UITLEG

4. Ik begin met de situatie van een stille verpanding, waarbij slechts de vordering van Bleak House op Charles is verpand. In beginsel is het een kwestie van uitleg van de akte of de vordering op Dickens niet ook onder de verpanding is begrepen. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (Rivierenland/ Gispenn qq) heeft overwogen moet een vordering op naam ten tijde van de verpanding in de akte voldoende bepaald zijn (art. 3:239 lid 1 BW). Dit betekent echter niet

'dat de vordering *in* de akte zelf moet worden gespecificeerd door vermelding van bijzonderheden zoals de naam van de debiteur, het nummer van een factuur of een aan de debiteur toegekend cliëntnummer. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.'

5. Dezelfde maatstaf is in verschillende andere arresten herhaald, zowel voor de oude cessie tot zekerheid als voor de (stille) verpanding. Vrijwel alle arresten hadden betrekking op de omschrijving van de gecedeerde of verpande vorderingen⁴. Alleen in HR 19 september 1997, NJ 1998, 689 (Verhagen qq/ INB) was niet het object van de cessie of verpanding in geding, maar was de verkeerde debiteur genoemd⁵. De Hoge Raad overwoog evenwel dat in het licht van de rechtsontwikkeling van vóór 1992 tot dan toe moet worden aangenomen dat het voor de geldigheid van de zekerheidsoverdracht of verpanding niet noodzakelijk is dat in de akte de debiteur is vermeld, zolang de overige gegevens diens vaststelling maar mogelijk maken. Voor de betrokken debiteur brengt dit weliswaar onzekerheid mee, maar hij wordt vol-

⁴HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508 (Ontvanger/ Rabo); HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 (Wagemakers qq/ Rabo) en HR 19 december 1997, NJ 1998, 690 (Zuidgeest/ Furness).

⁵Zie ook HR 21 april 1995, NJ 1996, 652 (Eemswater/ Capcan Beheer) over een pandrecht op aandelen waar bedoeld was een pandrecht op certificaten van aandelen. Het belang school onder meer hierin dat de rechtspersoon aan wie mededeling gedaan moest worden in het ene geval niet dezelfde was als in het andere geval.

doende beschermd, enerzijds doordat hij bevrijdend kan betalen aan de pandgever zolang hem de verpanding niet is medegegeeld⁶, anderzijds doordat hij de betaling kan opschorten wanneer hij op redelijke gronden twijfelt aan wie hij moet betalen (art. 6:37 BW).

6. In het geval Bleak House leidt dit ertoe dat ondanks de niet-vermelding van Dickens in de pandakte, de vordering op haar toch mede in de verpanding aan de bank kan zijn begrepen. Daarvan zal geen sprake zijn indien de bank bijvoorbeeld wist dat er meerdere hoofdelijke debiteuren waren of serieus met die mogelijkheid rekening moest houden, maar er geen werk van heeft gemaakt. Anders is dit wanneer de niet-vermelding in de pandakte het gevolg is van een kennelijke vergissing of wanneer de hoofdelijke aansprakelijkheid van Charles en Dickens voortvloeit uit eenzelfde oorzaak, bijvoorbeeld wanprestatie, en de omschrijving van de vordering in de pandakte hierbij aanknoopt. Ook in de situatie dat Dickens zich uitsluitend ter meerdere zekerheid jegens Bleak House hoofdelijk heeft verbonden voor de betaling van de schuld van Charles, acht ik de kans groot dat de verpanding mede de vordering op Dickens omvat. Er zijn nog meer voorbeelden te noemen, maar waar het om gaat is dat indien het antwoord bevestigend luidt en de vordering op Dickens door uitleg mede onder de verpanding begrepen kan worden, de bank hiervan alsnog aan Dickens mededeling kan doen, ook als Bleak House inmiddels failliet is. Dit is beslist in HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder qq/ Credit Lyonnais), waarin tevens is uitgesproken dat wanneer, zoals in casu, Dickens voordien al aan de curator betaald heeft, de bank geen separatist meer is, maar wel haar voorrang (geen pandrecht!) op de opbrengst behoudt. Nadeel is alleen dat ze moet wachten op het verbindend worden van de uitdelingslijst én dat ze in de algemene faillissementskosten moet delen.

7. Het bovenstaande acht ik in beginsel ook van toepassing bij een openbaar pandrecht. Wanneer na uitleg van de pandakte c.a. wordt vastgesteld dat de vordering van Bleak House op Dickens, ondanks de niet-vermelding van de naam van Dickens, toch mede onder de verpanding is begrepen, kan de bank dit alsnog aan Dickens berichten, ook na een eventueel faillissement van Bleak House. Mits voldaan is aan de eis van een authentieke of geregistreerde pandakte (art. 3:239 BW), staat de

⁶Hetzelfde gold naar oud recht bij de cessie tot zekerheid tot aan de betekening, aanneming of erkenning.

ongeldigheid als openbaar pandrecht niet in de weg aan de geldigheid als stil pandrecht⁷. Anders is dit bij cessie en faillissement van de crediteur. Zodra het faillissement is uitgesproken, is het naar huidig recht niet meer mogelijk om door mededeling te doen van de cessie de vordering buiten het faillissement te houden c.q. voor de cessionaris een met Mulder qq/ Credit Lyonnais vergelijkbaar resultaat te bewerkstelligen.

SLECHTS ÉÉN VORDERINGSRECHT IS VERPAND

8. Dan nu de - juridisch interessantere - situatie dat de vordering van Bleak House op Dickens, ook na uitleg van de akte, **niet** begrepen kan worden in de verpanding aan de bank. Wat dan? Hoofregel bij hoofdelijkheid is dat betaling door de ene debiteur de andere bevrijdt (art. 6:7 lid 2 BW; idem art. 422 lid 1 BGB). In casu is derhalve door de betaling van Dickens ook de schuld van Charles tenietgegaan en tegelijk daarmee het pandrecht van de bank (art. 3:81 lid 2 onder a BW). De weg van Mulder qq/ Credit Lyonnais - aan Dickens de verpanding meedelen teneinde op die manier hetzij een positie als separatist af te dwingen, hetzij een voorrang op de opbrengst te bewerkstelligen - is uitgesloten: de vordering van Bleak House op Dickens valt immers niet onder het pandrecht en daarom **is** er niets mee te delen.

9. Het lijkt erop dat de bank achter het net vist. Of toch niet? Op dit punt wil ik het arrest HR 19 december 1997, NJ 1998, 690 (Zuidgeest/ Furness) invoegen. Zuidgeest BV en Furness hebben van 1975 tot 1981 een samenwerkingsovereenkomst gehad. Zuidgeest BV claimt uit hoofde van deze overeenkomst nog verschillende vorderingen te hebben op Furness. De verschillende vorderingen worden door hof en Hoge Raad aangemerkt als deelvorderingen. Ze bestaan met name uit onbetaald gebleven facturen, uit nog niet gefactureerde werkzaamheden en uit het niet indexeren van de tarieven. In totaal bedragen de deelvorderingen ruim f 726.000. Hiervan heeft Zuidgeest BV in 1983 een deel, te weten f 600.000, gecedeerd aan ICA. De cessie is niet in de vorm gegoten van een overdracht van een of meer van de genoemde deelvorderingen tot een waarde van f 600.000, maar omvat alle deelvorderingen, zij het slechts tot het genoemde bedrag van zes ton.

10. In 1990 heeft ICA op haar beurt deze vordering gecedeerd aan Zuidgeest privé.

⁷Zie ook de noot van Kleijn onder HR 21 april 1995, NJ 1996, 652 (Eemswater/ Capcan Beheer).

Furness weigert te betalen. In de door Zuidgeest privé aanhangig gemaakte procedure verweert Furness zich onder meer met de stelling dat de cessies van 1983 en 1990 ongeldig zijn, omdat ze niet voldoen aan de eis van bepaaldheid. De Hoge Raad verwerpt dit betoog. Hij herhaalt de in Rivierenland/ Gispén qq geformuleerde maatstaf en oordeelt dat het hof terecht heeft beslist dat in casu hieraan is voldaan, omdat het gaat om het totaal van de deelvorderingen die alle hun grond vinden in de inmiddels beëindigde overeenkomst tussen Zuidgeest BV en Furness.

11. Tot zover is het arrest niet bijzonder. Bijzonder wordt het pas in de daarop volgende overweging. Hierin geeft de Hoge Raad als het oordeel van het hof weer dat aan de rechtsgeldigheid van de cessies evenmin in de weg staat dat de gepretendeerde vordering van Zuidgeest BV op Furness niet in haar geheel is overgedragen, maar slechts voor f 600.000. De Hoge Raad leest dit oordeel aldus dat Zuidgeest privé als cessionaris Furness uit iedere deelvordering voor het geheel kan aanspreken totdat het bedrag van f 600.000 is bereikt. Onder verwijzing naar de omschrijving van de verschillende deelvorderingen hierboven in 9, komt dit er in concreto op neer dat Zuidgeest privé Furness tot betaling kan aanspreken uit hoofde van elk van de drie genoemde deelvorderingen en dat Furness niet kan tegenwerpen dat Zuidgeest privé daarin slecht voor 600/ 726e deel gerechtigd is. Hij moet integendeel Zuidgeest privé alles betalen wat hij verschuldigd is totdat de f 600.000 zijn bereikt.

12. Zo opgevat geeft volgens de Hoge Raad het oordeel van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hij voegt eraan toe dat de belangen van Furness als debiteur niet in het gedrang komen, omdat

- a. Zuidgeest privé als cessionaris in geval van betwisting door Furness het bestaan van de (deel)vorderingen tot f 600.000,- moet aantonen;
- b. indien Zuidgeest privé de (deel)vorderingen tot dat bedrag heeft geïnd, Zuidgeest BV als cedent moet aantonen welke deelvorderingen haar nog geacht moeten worden toe te komen en tot welk bedrag.

13. Met deze beslissing heeft de Hoge Raad volgens mij een tot nu toe niet bestaande, maar uiterst belangrijke voorrangregel geformuleerd. De regel houdt in dat bij een deelcessie van het type dat in Zuidgeest/ Furness aan de orde was, de cessionaris in de onderlinge verhouding tot de cedent voorgaat totdat hij is voldaan. Dit heeft vérgaande consequenties. De eerste is dat in zodanig geval de debiteur in beginsel aan de cessionaris moet betalen. De tweede is dat wanneer de cedent vóór

zijn beurt betaling ontvangt of afdwingt, de cessionaris het ontvangene van de cedent kan opeisen⁸. Pas als de cessionaris het bedrag van de hem gecedeerde vordering heeft geïnd, komt de cedent aan de beurt.

14. De Hoge Raad motiveert de voorrangsregel niet. De argumentatie lijkt mij in het concrete geval echter niet ver te zoeken⁹. Zuidgeest BV is al betaald tot het bedrag van het overgedragen deel van de vordering. Misschien heeft er een zekere aftrek plaatsgevonden voor dubieuze debiteuren, mogelijk is de aftrek zelfs gelegen in de beperking tot het overgedragen deel van de vordering, maar in het algemeen mag men ervan uitgaan dat Zuidgeest BV een tegenprestatie heeft ontvangen die overeenkomt met de geschatte waarde van de vordering op dat moment. Dit betekent dat men er, normaal gesproken, van mag uitgaan dat tot het deel van de overgedragen vordering het insolventierisico is overgegaan van de cedent op de cessionaris. Daarmee strookt mijns inziens niet dat de cedent dan ook nog eens een keer de cessionaris de loef zou mogen afsteken door snel vóór deze het restant van de vordering te innen. Dat zou het insolventierisico voor de cessionaris alleen maar vergroten en, behalve wanneer dit in de berekening van de tegenwaarde is verdisconteerd of door de cessionaris anderszins is geaccepteerd, lijkt mij dit niet de bedoeling. Concreet: van een vordering van in totaal f 726.000 zal meestal zonder al te veel moeite wel een bedrag van f 126.000 geïncasseerd kunnen worden. De moeite begint meestal pas zodra het laatste deel van de te innen som in zicht komt. Dat geldt ook bij andere getalsverhoudingen, bijvoorbeeld als slechts f 100.000 is gecedeerd. In abstracto lijkt dan het risico voor de cessionaris geringer, maar dit wordt anders zodra de cedent vóór of in concurrentie met de cessionaris mag innen. Doet hij dit en slaagt hij erin zijn f 627.000 voldaan te krijgen, dan zal in het algemeen hierdoor de kans dat voor de cessionaris met name de harde noten overblijven, aanmerkelijk zijn toegenomen.

15. De voorrangsregel van de Hoge Raad in Zuidgeest/ Furness met de daaraan verbonden consequenties heeft betrekking op een specifieke situatie van deelcessie.

⁸Dit steunt op art. 6:36 BW. Naar oud recht was de ongerechtvaardigde verrijking de grondslag. Zie Van Schilfgaarde in nr. 4 van zijn noot onder HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 (Van Schaik/ ABN Amro).

⁹Al blijft de juridisch-dogmatische inbedding allerminst eenvoudig. Zie hierna onder 17 e.v.

Zie onder 9. De vraag is of men de regel ook mag toepassen in het geval dat ik in dit artikel aan de orde heb gesteld: dat van twee hoofdelijke vorderingen waarvan er slechts één is verpand. Ik meen van wel. Mijn gedachtengang is als volgt. Kenmerkend voor hoofdelijkheid is dat één prestatie verschuldigd is en dat de crediteur in beginsel het recht heeft de schuld in te vorderen bij de debiteur die hij verkiest. De crediteur geeft evenwel veel van zijn keuzevrijheid prijs zodra hij de aanspraak op één van beide debiteuren verpandt aan een derde (de pandhouder). Hij zal dat net als bij cessie niet voor niets doen, maar van de pandhouder een tegenprestatie ontvangen in de vorm van bijvoorbeeld een verlenging, verhoging of continuering van het krediet dat hem in staat stelt zaken te (blijven) doen. Zou de crediteur nu met voorbijgaan aan de pandhouder c.q. op basis van: wie het eerst komt, het eerst maalt, bevoegd blijven de vordering op de andere hoofdelijke debiteur te innen, dan ontstaat een grote ongelijkheid. De crediteur/ pandgever ontvangt als dat gebeurt het bedrag van de vordering voor de tweede keer, de pandhouder daarentegen niets. Weliswaar moet de pandgever het krediet bij de pandhouder aflossen, maar die moet maar afwachten of dat lukt. In ieder geval is hij zijn zekerheid kwijt. Ik meen dat voor deze consequentie in alle redelijkheid geen rechtvaardiging is te vinden. Mijs inziens spreekt dit bij verpanding van slechts één hoofdelijke vordering zelfs nog sterker dan bij het geval van gedeeltelijke cessie waar Zuidgeest/ Furness op betrekking had.

16. Dezelfde redenering kan worden gevolgd indien in plaats van verpanding sprake is van cessie van slechts één hoofdelijke vordering. Ook in dat geval heeft de oorspronkelijk crediteur in het algemeen zijn keuzebevoegdheid prijsgegeven tegen betaling van de waarde van de vordering. Ook in dat geval valt niet in te zien waarom de oorspronkelijke crediteur/ cedent twee keer mag ontvangen en de cessionaris in het geheel niets. De cessionaris zou er dan zelfs nog slechter aan toe zijn dan de pandhouder, omdat, anders dan bij verpanding, er geen krediet is dat de cedent hem moet terugbetalen.

17. In de geschetste gevallen van verpanding of cessie van slechts één van de hoofdelijke vorderingen is de juridisch-dogmatische grondslag van de voorrangregel gelegen in de kenmerken van hoofdelijkheid: identiteit van prestaties, keuzevrijheid bij de vraag welke debiteur men aanspreekt en het tegen betaling prijsgeven van deze vrijheid ten voordele van degene die de crediteur al, in enigerlei vorm, betaald heeft. Juist deze betaling is de reden waarom **in de verhouding tussen crediteur enerzijds en cessionaris en pandhouder anderzijds** deze laatsten in beginsel

moeten voorgaan. De positie van de debiteur wordt door deze verhouding niet benadeeld. Hij wordt beschermd doordat hij, zolang de cessie of verpanding hem niet is medegedeeld, bevrijdend kan betalen aan de crediteur, terwijl hij bij onzekerheid een opschortingsrecht kan inroepen (art. 6:37 BW). Wel geldt in mijn opvatting dat de debiteur alert moet zijn en bijvoorbeeld niet tot betaling mag overgaan c.q. zich op een opschortingsrecht moet beroepen indien hij weet dat de andere hoofdelijke vordering verpand of gecedeerd is en de pandhouder resp. cessionaris heeft kenbaar gemaakt betaling te claimen.

18. De Duitse ervaring leert dat de door mij verdedigde juridisch-dogmatische grondslag zeker niet voor iedereen aanvaardbaar is. Er is een stroming die betoogt dat de cessie of verpanding van slechts één hoofdelijke vordering een gemeenschap van een vorderingsrecht in het leven roept, waarin iedere deelgenoot een aandeel heeft ter grootte van zijn aanspraak. Het is evenwel de vraag of dit juist is. De cessie of verpanding van slechts één hoofdelijke vordering leidt niet tot een situatie waarin dezelfde vordering aan meerdere creditoren toebehoort, maar tot een situatie van twee vorderingen met telkens een andere gerechtigde: de oorspronkelijk crediteur voor de niet overgedragen of verpande vordering, de cessionaris en de pandhouder¹⁰ voor de andere vordering. Mijns inziens is dit, in ieder geval naar Nederlands recht, geen gemeenschap als bedoeld in art. 3:166 e.v. BW. Alleen voor het type geval Zuidgeest/ Furness, waarin de voorrangregel niet op de kenmerken van hoofdelijkheid gebaseerd kán worden, omdat er geen sprake is van hoofdelijkheid, zou na de beslissing van de Hoge Raad wellicht anders geoordeeld kunnen worden. Ik herinner met name aan de overweging van de Hoge Raad die de cessionaris gerechtigd achtte voor het geheel van de vordering totdat hij het bedrag van f 600.000 heeft geïnd. Wanneer hiermee bedoeld is dat ook de oorspronkelijk crediteur voor het geheel gerechtigd blijft zijn restantvordering te innen, kan dit wijzen op een gemeenschap van een vorderingsrecht. Ingevolge art. 3:166 e.v. BW zouden Zuidgeest privé en Zuidgeest BV dan echter gezamenlijk tot inning gerechtigd zijn en zou voorts het geïnde naar evenredigheid tussen hen moeten worden verdeeld. De Hoge Raad heeft noch het een noch het ander aanvaard. Op zichzelf is dit met de gemeenschapsgedachte niet onverenigbaar. Partijen kunnen immers afwijken van de wettelijke regeling. Alleen: als de rechter dit doet in een procedure waarin de kwestie

¹⁰Althans: na mededeling en behoudens art. 3:246 lid 4 BW. Uit de laatste bepaling blijkt dat soms ook de pandgever tot inning bevoegd blijft.

niet echt aan de orde is, vind ik het argument niet zo sterk meer. Ik houd het er daarom maar op dat de Hoge Raad de juridisch-dogmatische grondslag in het midden heeft gelaten.

BESLAG EN FAILLISSEMENT

19. Blijft over de vraag of de voorrangsregel ook de lakmoesproef van beslag en faillissement kan doorstaan. Wat het type geval betreft dat in Zuidgeest/ Furness aan de orde was, moet volgens mij het antwoord zonder aarzelen bevestigend luiden. Ook al heeft de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden uitgesproken, het oordeel dat Zuidgeest privé als cessionaris Furness uit alle deelvorderingen voor het geheel kan aanspreken (zij het slechts tot f 600.000), betekent dat die vordering tot dat bedrag is overgedragen uit het vermogen van de cedent Zuidgeest BV en deel uitmaakt van het vermogen van Zuidgeest privé. Een eventueel faillissement van Zuidgeest BV omvat de vordering van Zuidgeest privé niet¹¹. Tot het faillissement van Zuidgeest BV behoort slechts de vordering die zij vóór het faillissement op Furness had, te weten een vordering van nog slechts ruim f 126.000 die pas geldend gemaakt kan worden nadat de cessionaris is voldaan¹². Wordt desondanks voordien aan de curator betaald dan moet deze het ontvangene afdragen¹³. Mutatis mutandis geldt hetzelfde in geval van beslag. Op de aan Zuidgeest privé gecedeerde vordering kan niet ten laste van Zuidgeest BV beslag worden gelegd.

20. Moeilijker ligt het in de type gevallen die in dit artikel aan de orde zijn, waarin

¹¹Ik ga er hierbij natuurlijk van uit dat de cessie vóór het faillissement is medegedeeld. Is dit niet gebeurd, dan geldt wat ik schreef in nr. 7 slot.

¹²Zie voor een vergelijkbare problematiek de discussies omtrent de kwaliteitsrekening: wie kan aanspraak maken op het saldo van de rekening in geval van beslag onder resp. faillissement van hetzij de rekeninghouder hetzij één van de belanghebbenden? Korthedshalve verwijs ik naar de bijdragen van T.H.D. Struycken in WPNR 6241 (1996); Kortmann en Faber in WPNR 6303 (1998); A. Krol in WPNR 6320 (1998); J.J. van Hees in preadvies KNB 1998 en mijn bijdrage in Dirix en Vriesendorp, Inzake kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederland recht, 1998, p. 81 e.v.

¹³Zie noot 8.

sprake is van cessie of verpanding van slechts één hoofdelijke vordering zonder dat de andere vordering door middel van uitleg onder de cessie resp. het pandrecht gebracht kan worden. De niet-gecedeerde of niet-verpande vordering behoort dan nog onverkort en onbelast tot het vermogen van de oorspronkelijk crediteur: Zuidgeest BV in het geval Zuidgeest/ Furness en Bleak House in de in dit artikel tot voorbeeld genomen casus. De cessionaris Zuidgeest privé resp. de pandhoudende bank kunnen geen enkele goederen- of zekerheidsrechtelijke voorrangspositie in de strijd werpen.

21. Is dit 'dodelijk'? Niet zonder meer. Ik noem in de eerste plaats het arrest *Ontvanger/ Hamm qq*¹⁴. De Ontvanger had bij onmiskenbare vergissing een bedrag overgemaakt op de rekening van de belastingplichtige nadat deze failliet was verklaard. Hij vorderde onmiddellijke teruggave. De curator weigerde dit omdat de Ontvanger, kort gezegd, noch een zekerheidsrecht had, noch separatist was noch anderszins een voorrangspositie kon geldend maken¹⁵. Desondanks veroordeelde de Hoge Raad de curator tot onmiddellijke teruggave van het ontvangene onder aftrek van administratiekosten. Zijn argument was dat anders de boedelcrediteuren ongerechtvaardigd zouden worden verrijkt. De juridisch-dogmatische inbedding van deze beslissing is uiterst omstreden. Met name richt de kritiek zich op de inbreuk die het arrest zou maken op het zorgvuldig opgebouwde systeem van goederen- en zekerheidsrechtelijke voorrangsposities. Ik ga daar op deze plaats niet op in. Voor mijn betoog is van belang de constatering dat de hierboven in nr. 15-17 geschetste ratio van de voorrangregel in de typen gevallen die ik hier op het oog heb, eveneens gelegen is in het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking en zich zeer wel verdraagt met een gelijksoortige benadering als in *Ontvanger/ Hamm qq* is gevolgd.

22. Een tweede observatie is dat in een casus als die van *Bleak House* de

¹⁴HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 m.o. PvS, die verwijst naar andere commentaren op het arrest. Hieraan is toe te voegen de rede van Nieskens-Isphoring, *De Ontvanger/ Hamm* en het scheermes van Occam. De muur tussen verbintenissen- en goederenrecht verder geslecht, 1998.

¹⁵Behalve dan dat sprake was van een concurrente boedelvordering, maar daar schoot de Ontvanger als gevolg van de toestand van de boedel, niet veel mee op.

voorrangsregel mede steunt op een 'pandrechtachtige' positie van de bank in combinatie met hoofdelijkheid. Juist door de werking van de, niet op zekerheidsrechten toegesneden, regels van hoofdelijkheid is de bank haar pandrecht kwijtgeraakt. Bescherming van de pandhouder tegen dit soort gebeurtenissen past in het streven om uitholling van zekerheden door handelingen van derden zoveel mogelijk te voorkomen. Ik verwijs voor een recent voorbeeld naar onder meer HR 26 juni 1998, RvdW 1998, 142 (Aerts qq/ ABN AMRO). In dit arrest is geoordeeld dat de uitwinning van goederen waarop een pandrecht rust pas mag plaatsvinden als er geen voldoende onbelaste goederen zijn. De zekerheid van de pandhouder moet zo lang mogelijk in tact blijven, ook tegenover crediteuren met een sterker recht. De Hoge Raad oordeelde dit in overeenstemming met enkele wettelijke bepalingen waarin deze gedachte, zowel op het terrein van de zekerheidsrechten als op dat van het beslagrecht¹⁶, is neergelegd. Welnu, ik meen dat het in dezelfde lijn ligt aan te nemen dat ware de bank in het geval van Bleak House tijdig van de hoofdelijke vordering op Dickens op de hoogte geweest, zij de curator had kunnen verbieden Dickens tot betaling aan te spreken, omdat daarmee haar pandrecht zou worden tenietgedaan. Dan echter moet het ook mogelijk zijn om wanneer betaling door Dickens niet verhinderd kon worden, achteraf redres plaatsvindt, ook in faillissement. Mutatis mutandis geldt wederom hetzelfde wanneer ten laste van Bleak House beslag wordt gelegd onder Dickens.

23. Wellicht dat men in dit verband ook kan wijzen op het al vaker genoemde arrest Mulder qq/ Credit Lyonnais van 1995. In die zaak was de bank haar pandrecht kwijtgeraakt, ze had geen aanspraak op zaaksvervanging en toch werd ze in het faillissement van de pandgever beschermd¹⁷.

CONCLUSIE

24. De problematiek van hoofdelijkheid en zekerheidsrechten is een mijnenveld. De Duitse literatuur illustreert dit. In Nederland is er weinig over geschreven, maar enkele, betrekkelijk recente arresten bieden goede aanzetten. De casus die ik bespreek betreft het geval waarin slechts één van de hoofdelijke vorderingen is

¹⁶Art. 1:96 lid 1 BW; art. 3:324 lid 1 BW; art. 497 lid 3 Rv en art. 736 lid 3 Rv.

¹⁷Ook op dit arrest is als kritiek geuit dat de bescherming die de bank is toebedeeld niet in het wettelijk systeem past. Zie in deze zin onder meer Vriesendorp in zijn noot onder het arrest in AA 1995, p. 604-611.

verpand. Na faillissement van de crediteur betaalt de debiteur van de andere hoofdelijke vordering zijn schuld aan de curator. De vraag is of de pandhouder op deze betaling aanspraak kan maken of niet. Het antwoord luidt bevestigend als hij erin slaagt door middel van uitleg van de pandakte c.a. aannemelijk te maken dat ook de vordering van de betalende debiteur onder het pandrecht begrepen moet worden. De kans daarop is zeker niet uitgesloten. Moeilijker wordt het wanneer deze uitleg niet lukt. Dan is, net als in Duitsland, onzekerheid troef. In deze bijdrage verdedig ik dat de Hoge Raad in het arrest Zuidgeest/ Furness van eind 1997 een belangrijke én nieuwe voorrangregel heeft geformuleerd. De regel heeft weliswaar op een andere situatie betrekking, maar ik meen dat hij ook de geschetste casus omvat. Neemt men dit aan dan is een redelijke oplossing mogelijk, al kan men over de juridisch-dogmatische verankering van mening blijven verschillen. Ook de situatie bij beslag en in faillissement is nog niet echt duidelijk. Wel lijkt het erop dat minder scherp dan in Duitsland behoeft te worden onderscheiden tussen gevallen waarin wél en gevallen waarin geen constitutief mededelingsvereiste geldt (cessie en openbaar pandrecht resp. stil pandrecht in Nederland).

J.B.M. Vranken