

Verpanding made easy: verpanding van vorderingen door middel van een verzamelpandakte

Prof.mr. P.M. Veder

HR 3 februari 2012, LJN: BT6947 (*Dix q.q. / ING*), (mrs. E.J. Numann, F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser en C.E. Drion; A-G mr. A. Hammerstein)

Stille verpanding van vorderingen op naam door middel van een verzamelpandakte is rechtsgeldig, mits eerdere datering vaststaat van de akte waarin zowel de titel voor de verpanding ligt besloten als, in samenhang met algemene voorwaarden, het voor deze constructie essentiële volmachtbeding.

De casus

Tussen ING Bank N.V. ('ING'), als rechtsopvolgster van Postbank N.V., en Jan Heintze Sport en Media Nuenen B.V. ('JHSM') bestond een kredietovereenkomst, neergelegd in twee door JHSM aanvaarde kredietoffertes van 23 juli 2007 en 5 juni 2008. Deze kredietoffertes zijn, na ondertekening daarvan door beide partijen, geregistreerd bij de belastingdienst op 2 augustus 2007, resp. 16 juni 2008.

Op grond van deze kredietoffertes heeft JHSM zich onder meer verbonden om aan ING al haar toekomstige vorderingen te verpanden die zij op derden uit welken hoofde dan ook zal verkrijgen uit ten tijde van de registratie van deze kredietoffertes nog niet bestaande rechtsverhoudingen.

De kredietoffertes verklaren onder meer de Algemene Bepalingen van Pandrecht (hierna: ABP) van toepassing. De ABP bevatten in artikel 7.11 een onherroepelijke volmacht aan ING om de door ING te bepalen vorderingen aan zichzelf te verpanden.

Op 7 april 2009 heeft ING een zogenoemde verzamelpandakte geregistreerd bij de Belastingdienst. Daarin verpandte een bank aan zichzelf namens alle kredietnemers die haar een daartoe strekkende volmacht hebben gegeven, alle vorderingen die deze kredietnemers hebben of zullen verkrijgen uit reeds bestaande rechtsverhoudingen.

JHSM is op 14 april 2009 in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Dix tot curator.

ING heeft zich jegens de curator op het standpunt gesteld een pandrecht te hebben op de vorderingen van JHSM die bestonden op het moment van de registratie van de verzamelpandakte dan wel rechtstreeks voortvloeiden uit op dat moment reeds bestaande rechtsverhoudingen (zie art. 3:239 lid 1 BW). De curator heeft de geldigheid van het door ING gepretendeerde pandrecht betwist.

Bij vonnis van 15 september 2010 (LJN: BP1006, *JOR* 2011/161, m.nt. Faber) heeft de Rechtbank Amsterdam geoordeeld dat ING met de registratie van de verzamelpandakte van 7 april 2009 een rechtsgeldig pandrecht heeft verkregen op de vorderingen van JHSM op derden.

De Hoge Raad

De curator komt in sprongcassatie op tegen het vonnis. In r.ov. 4.3 formuleert de Hoge Raad de rechtsvraag die centraal staat:

'Het gaat in deze zaak om de vraag of de hiervoor in 4.2 beschreven, door ING gehanteerde constructie voor de verpanding van de vorderingen van haar kredietnemers op derden, rechtsgeldig is. De door het middel aangevoerde klachten houden, samengevat weergegeven, niet alleen in dat de rechtbank heeft miskend dat de afzonderlijke elementen waaruit de onderhavige verpandingsconstructie bestaat, niet aan de wettelijke eisen voldoen, maar ook dat de gevolgen van die constructie voor de verhaalspositie van concurrente schuldeisers van de kredietnemer strijdig zijn met de bedoeling die de wetgever had met de regeling van art. 3:239 lid 1.

De klachten spitsen zich erop toe dat in elk geval de hiervoor beschreven wijze waarop absoluut toekomstige vorderingen vrijwel onmiddellijk na hun ontstaan met een stil pandrecht van de bank worden belast, door de rechtbank ten onrechte rechtsgeldig is geacht.

In art. 3:239 lid 1 is immers, met name met het oog op de verhaalspositie van concurrente schuldeisers, de eis gesteld dat de vestiging

van een stil pandrecht op vorderingen op naam slechts bestaande vorderingen kan betreffen, of vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een ten tijde van de vestiging reeds bestaande rechtsverhouding. Met de onderhavige verpandingsconstructie wordt deze eis, en daarmee dit wetsartikel, onaanvaardbaar ondergraven, al dus nog steeds de samengevat weergegeven klachten van het middel.⁷

De Hoge Raad bespreekt vervolgens in r.ov. 4.4-4.6 de in het cassatieberoep tegen de afzonderlijke elementen van de verpandingsconstructie gerichte klachten, waarin aan de orde werd gesteld: (i) of de (onherroepelijke) volmacht in de algemene voorwaarden (ABP) onredelijk bezwaarend is (r.ov. 4.4), (ii) of bij de uitvoering van de volmacht sprake is van verboden Selbsteintritt (r.ov. 4.5), (iii) of het niet noemen van de naam van de pandgevers in de verzamelpandakte in de weg staat aan een rechtsgeldige verpanding door een gevolmachtigde (de bank) in naam van de volmachtgevers en (iv) of de generieke omschrijving van de pandgevers in de verzamelpandakte voldoet aan het bepaaldheidsvereiste (r.ov. 4.6).

In r.ov. 4.7 komt hij dan tot de conclusie dat verpanding op basis van een verzamelpandakte de toets der kritiek kan doorstaan:

‘Uit het voorgaande volgt dat de hiervoor in 4.4-4.6 besproken afzonderlijke elementen waaruit de onderhavige verpandingsconstructie bestaat, niet in strijd zijn met de wet, meer in het bijzonder met art. 3:239 lid 1.

Dit geldt ook voor de vestiging van een stil pandrecht op vorderingen die op het moment van de verpanding nog niet bestonden en die niet rechtstreeks zijn verkregen uit een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding, voor zover dat pandrecht (op de hiervoor in 4.2 omschreven wijze) door middel van een latere verzamelpandakte is gevestigd op een moment dat deze vorderingen waren ontstaan of rechtstreeks zouden worden verkregen uit een toen reeds bestaande rechtsverhouding.’

Er geldt echter wel een voorwaarde die de Hoge Raad in r.ov. 4.6.4 formuleert:

‘Opmerking verdient nog dat in een geval als het onderhavige, waarin in de verzamelpandakte niet is gespecificeerd op welke vorderingen of stampandakten deze betrekking heeft, niet zonder meer duidelijk is welke vorderingen en stampandakten door de verzamelpandakte worden bestreken. Mede in verband met de mogelijkheid van antedatering is daarom nodig, wil de onderhavige verpandingsconstructie rechtsgevolg hebben, dat de eerdere datering vaststaat van de akte waarin zowel de titel voor de onderhavige verpanding ligt besloten als, in samenhang met de algemene voorwaarden van de bank, het voor de onderhavige verpandingsconstructie essentiële volmachtbeding. In deze zaak is hieraan voldaan door registratie van de kredietofferte (tevens stampandakte) van 23 juli 2007.’

Ook in de door de curator aangevoerde klacht dat door aanvaarding van deze verpandingsconstructie de verhaalsmogelijkheden van concurrente schuldeisers op vorderingen van de pandgever illusoir worden gemaakt en dat daardoor artikel 3:239 lid 1 BW op onaanvaardbare wijze wordt ondergraven, ziet de Hoge Raad onvoldoende grond om het gebruik van verzamelpandaktes ongeldig te achten:

‘4.9.2 Ten eerste heeft de wetgever met art. 3:239 lid 1 tegemoet willen komen aan de in de praktijk bestaande wens vorderingen stil te kunnen verpanden. In dat verband is uitdrukkelijk betekenis toegekend aan het belang van een vlot functionerend kredietverkeer, op grond waarvan het voornemen om de mogelijkheid vorderingen op naam stil te verpanden, te beperken tot kredietinstellingen, alsnog is prijsgegeven (MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 BW, blz. 761 en 764).

4.9.3 Ten tweede zijn ook concurrente schuldeisers, zij het indirect, in die zin gebaat bij aanvaarding van de voormelde constructie, dat de financiering van bedrijven door banken daardoor wordt bevorderd, zodat kredieten ruimer kunnen worden verleend en in kritieke situaties minder snel aanleiding is de verdere financiering te staken dan anders het geval zou zijn. Bovendien worden ook de belangen van anderen die bij het bedrijf zijn betrokken, zoals met name van de werknemers van dat bedrijf, daardoor gediend.

4.9.4 Ten derde moet ervan worden uitgegaan dat schuldeisers bij het aangaan van een contractuele relatie met een bedrijf, zich voor zover mogelijk zullen gaan instellen op hetgeen hiervoor in 4.8.2 is opgemerkt.

Voor zover zij goederen leveren aan, of diensten verrichten ten behoeve van bedrijven, staan hun in het algemeen voldoende mogelijkheden ten dienste zich eigendom voor te behouden of zekerheid te bedingen voor de voldoening of het verhaal van hun vorderingen.’

Noot

1 Stille verpanding van vorderingen op naam

De verpanding van vorderingen op naam is een voor de financieringspraktijk belangrijk zekerheidsinstrument. Een pandrecht verschaft de pandhouder een verhaalsrecht op en voorrang bij de verdeling van de opbrengst van de verpande vorderingen. Bovendien verschaft het de pandhouder onder omstandigheden een verrekeningspositie (zie HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 (*Mulder q.q. / CLBN*)).

Voor de rechtsgeldige vestiging van een pandrecht is vereist dat krachtens een geldige titel een vestigingshandeling wordt verricht door hem die bevoegd is over de vordering te beschikken (zie art. 3:98 jo 3:84 lid 1 BW).

Een pandrecht op vorderingen op naam kan op twee manieren worden gevestigd. Ten eerste kan een pandrecht worden gevestigd door middel van een akte van verpanding en mededeling daarvan aan de debiteur(en) van de verpande vordering(en) (art. 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 1 BW). Er is dan sprake van openbare verpanding. Een pandrecht kan ook worden gevestigd zonder mededeling aan de debiteuren van de verpande vorderingen: stille verpanding. De verpanding dient dan echter te geschieden door middel van een authentieke akte of een geregistreerde onderhandse akte (art. 3:239 lid 1 BW). De registratie van de onderhandse pandakte dient te geschieden op de manier die is voorgeschreven in de Registratiewet.¹ Deze registratie (bij de belastingdienst) heeft tot doel antedatering tegen te gaan. Door registratie komt vast te staan op welk moment het pandrecht tot stand is gekomen (mits aan de overige voorwaarden voor verpanding is voldaan uiteraard).

¹ Zie over registratie nader T.H.D. Struycken, ‘Zekerheidsrechten en registratie’, in:

R.W. Clumpkens e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling, preadvies voor het wetenschappelijk*

congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Sdu 2009.

Niet slechts op bestaande vorderingen kan een pandrecht worden gevestigd. Ook toekomstige vorderingen kunnen bij voorbaat worden verpand (art. 3:98 jo 3:97 BW). Indien de vestigingsformaliteiten zijn vervuld, komt het pandrecht op een toekomstige vordering van rechtswege zonder nadere formaliteiten of handelingen tot stand zodra de vordering ontstaat, mits de pandgever niet failiet is verklaard op of voor de dag dat de vordering van de pandgever op de derde ontstaat (zie art. 35 lid 2 Fw). Voor de openbare verpanding van toekomstige vorderingen gelden geen verdere beperkingen dan dat de toekomstige debiteur bekend is. Aan hem moet immers mededeling worden gedaan. Ten aanzien van stille verpanding van toekomstige vorderingen op naam heeft de wetgever in artikel 3:239 lid 1 BW echter een beperking aangebracht. Toekomstige vorderingen kunnen slechts bij voorbaat stil worden verpand voor zover deze rechtstreeks voortvloeien uit een ten tijde van de vestiging reeds bestaande rechtsverhouding. Op vorderingen die voortvloeien uit rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden die ten tijde van de registratie van de laatste pandakte nog niet bestonden, komt geen pandrecht tot stand. Deze beperking maakt het noodzakelijk om op regelmatige basis vervolgpandakten op te maken en te registreren. Banken hebben op dit punt een praktijk ontwikkeld waarbij dagelijkse bulkverpanding plaatsvindt door middel van een verzamelpandakte. Een bank vestigt op die manier op een door haar te bepalen moment (veelal dagelijks) een pandrecht op alle vorderingen die haar kredietnemers op derden hebben of zullen verkrijgen uit de op het moment van registratie bestaande rechtsverhoudingen. Daarbij vestigt de bank het pandrecht ten behoeve van zichzelf terwijl de bank ook als pandgever tekent namens alle kredietnemers op basis van haar daartoe verstrekte volmachten.

2 De verzamelpandakte

In r.ov. 4.2 zet de Hoge Raad uiteen uit welke elementen de verpanding door middel van een verzamelpandakte bestaat. Deze verpandingsconstructie komt op het volgende neer.

De op 2 augustus 2007 resp. 16 juni 2008 geregistreerde kredietoffertes vervullen enerzijds de functie van onderhandse pandakte als bedoeld in artikel 3:239 lid 1 BW, in die zin dat door de registratie van de kredietoffertes een stil pandrecht tot stand komt op de vorderingen die JHSM op dat moment had op haar debiteuren. Voor zover vorderingen nadien zijn ontstaan uit ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhoudingen tussen JHSM en haar debiteuren, komt het stille pandrecht op basis van diezelfde pandakte van rechtswege tot stand op het moment waarop de desbetreffende vorderingen ontstaan.

Daarnaast fungeren deze kredietoffertes als titel voor de verpanding van toekomstige vorderingen die JHSM op haar debiteuren zal verkrijgen uit ten tijde van de registratie van de betreffende offertes nog niet bestaande rechtsverhoudingen (zie art. 3:84 lid 1 jo. 3:98 BW). De voor de totstandkoming van het pandrecht noodzakelijke vestigingshandeling vindt plaats doordat de bank op basis van de verstrekte volmacht overgaat tot registratie van een verzamelpandakte.

De verzamelpandakte is dus een door de bank als gevolmachtigde van meer kredietnemers (cliënten van de bank) opgemaakte en ondertekende akte die ertoe strekt op het tijdstip waarop deze akte wordt geregistreerd, een stil pandrecht te vestigen op alle op dat moment bestaande vorderingen van deze kredietnemers op hun debiteuren, dus ook op vorderingen die, op het moment van de registratie van de kredietofferte (stampandakte), nog absoluut toekomstig waren, alsmede (bij voorbaat) op alle toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding. De kredietnemers worden bij de vestiging van het pandrecht vertegenwoordigd door de bank op de voet van de eerder (op grond van art. 7.11 ABP) door hen aan de bank verleende (onherroepelijke) volmacht. Met deze volmachtconstructie beoogt de bank een pandrecht te verwerven op bestaande vorderingen van haar kredietnemers op derden en op toekomstige vorderingen zodra deze zijn ontstaan, zonder verdere medewerking van de afzonderlijke kredietnemers/pandgevers. De volmachten worden niet nader in de verzamelpandakte omschreven. De verzamelpandakte vermeldt slechts in algemene zin dat de bank zowel voor zichzelf handelt als in naam van iedere pandgever die zich jegens haar tot verpanding van bestaande en toekomstige vorderingen heeft verbonden, en dat deze pandgevers de bank een volmacht hebben gegeven die verpanding 'eigenhandig en eenzijdig tot stand te brengen'. De verzamelpandakte vermeldt niet de namen van de pandgevers en bevat evenmin een specificatie van de vorderingen waarop een pandrecht wordt gevestigd.

3 Volmachtverlening in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend?

In eerste aanleg had de curator betoogd dat het in artikel 7.11 ABP opgenomen volmachtbeding een onredelijk bezwarende algemene voorwaarde is in de zin van artikel 6:233, aanhef en onder a, BW, en daarom niet van toepassing zou zijn op de rechtsverhouding tussen JHSM en ING.² De rechtbank verwierp dit betoog van de curator en de Hoge Raad acht het oordeel van de rechtbank juist.³

Het antwoord op de vraag of het door ING in haar algemene voorwaarden gehanteerde volmachtbeding onredelijk bewarend is, hangt ingevolge artikel 6:233, aanhef en

2 De curator had ook betoogd dat het volmachtbeding niet kon worden aangemerkt als een algemene voorwaarde maar had te gelden als een kernbeding (zie art. 6:231 sub a BW). Dit betoog werd door de rechtbank verworpen (zie r.ov. 4.12 van het vonnis, *JOR* 2011/161) en speelt in cassatie geen rol meer.

3 De curator had zich ook beroepen op reflexwerking van art. 6:237 onder n BW. Op grond van art. 6:237 sub n BW wordt een beding dat bepaalt dat een door de wederpartij verstrekte volmacht onherroepelijk is, vermoed onredelijk bezwarend te zijn, tenzij de volmacht strekt tot levering van een registergoed. De rechtbank volgde ING

in haar betoog dat JHSM te veel verschilt van een consument, zodat voor reflexwerking van art. 6:237 sub n BW geen plaats is. Dit oordeel van de rechtbank was in cassatie niet gemotiveerd bestreden.

onder a, BW, af van de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Daarbij kan onder meer betekenis toekomen aan de economische of maatschappelijke positie van partijen en hun onderlinge verhouding, en aan de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest (vgl. HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261).

In r.ov. 4.4.3 wijst de Hoge Raad erop dat de onderhavige verpandingsconstructie deel uitmaakt van de – door JHSM aanvaarde – kredietofferte en de algemene voorwaarden van de bank, waarnaar in de kredietofferte uitdrukkelijk wordt verwezen. Volgens de Hoge Raad brengt een zodanige overeenkomst naar haar aard mee dat de bank een voor haar wederpartij kenbaar belang heeft zich zekerheid te verschaffen voor terugbetaling van het verstrekte krediet. Het belang van de kredietnemer wordt door het verschaffen van die zekerheid op zichzelf niet ernstig geschaad. Dat de bank in het algemeen de economisch of maatschappelijk sterkere partij is, draagt er volgens de Hoge Raad op zichzelf niet toe bij de verpandingsconstructie onredelijk bezwarend te achten omdat de bank als gevolg van deze constructie over het algemeen bereid zal zijn onder ruimere voorwaarden tot kredietverlening over te gaan, en deze voort te zetten, dan anders het geval zou zijn geweest. Het belang van de kredietnemer is daarmee juist gediend.

Ook de omstandigheid dat de volmacht onherroepelijk is verleend, maakt dat niet anders, aldus de Hoge Raad in r.ov. 4.4.4. De onherroepelijke volmacht strekt ertoe dat een rechtshandeling wordt verricht waartoe JHSM zich als kredietnemer jegens ING had verplicht en is aan ING verleend in haar belang. Daardoor wordt immers de voor de (omvang van de) kredietverlening essentiële zekerheid verhoogd dat de overeengekomen verpanding daadwerkelijk zal plaatsvinden. Daarmee voldoet de onherroepelijk volmacht ook aan de eisen die daaraan in artikel 3:74 lid 1 BW worden gesteld. De Hoge Raad wijst er nog op dat de omstandigheid dat het als gevolg van de onherroepelijke volmacht niet langer de kredietnemer (JHSM) is maar de bank die het moment bepaalt waarop de verpanding plaatsvindt, niet leidt tot ongeldigheid van de volmachtverlening.

4 Verboden Selbsteintritt?

Bij de verpanding trad ING in twee hoedanigheden op: enerzijds was zij gevolmachtigde van JHSM (de pand- en volmachtgever) en anderzijds trad zij op als wederpartij van JHSM. De situatie waarbij de vertegenwoordiger ook als wederpartij van de vertegenwoordigde optreedt, staat bekend als 'Selbsteintritt'.

Artikel 3:68 BW bepaalt dat een gevolmachtigde in beginsel slechts dan als wederpartij van de volmachtgever kan handelen wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten. Deze bepaling strekt ertoe te voorkomen dat de gevolmachtigde op de inhoud van de desbetreffende rechtshandeling invloed ten eigen bate kan uitoefenen. De volmachtgever en de gevolmachtigde kunnen overigens afspreken dat Selbsteintritt ook is toegestaan buiten de in artikel 3:68 BW geregelde gevallen.⁴

Volgens de Hoge Raad is van verboden Selbsteintritt in dit geval geen sprake. De volmacht is immers gericht op het verrichten van een specifiek omschreven rechtshandeling, namelijk het vestigen ten behoeve van de bank van een pandrecht op vorderingen van de kredietnemer op derden, waartoe de volmachtgever zich ten opzichte van de gevolmachtigde heeft verbonden. Strijd tussen de belangen van de volmachtgever en de gevolmachtigde en beïnvloeding van de desbetreffende rechtshandeling ten eigen bate door de gevolmachtigde, is uitgesloten in een dergelijke geval.

5 Bepaaldheid van de verpande vorderingen

Voor de rechtsgeldige verpanding van vorderingen op naam is vereist dat de verpande vorderingen ten tijde van de verpanding in voldoende mate door de pandakte worden bepaald (zie art. 3:98 jo 3:84 lid 2 BW). Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat deze eis niet strikt mag worden uitgelegd (zie HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 182, *JOR* 2002/211 (*Mulder q.q. / Rabobank*)). In feite is sprake van een bepaalbaarheidsvereiste.⁵ Noodzakelijk, maar ook voldoende, is dat de pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat. Een generieke omschrijving van de te verpanden vorderingen kan tot een geldige verpanding leiden, aldus de Hoge Raad, indien aan de hand van de gegeven omschrijving (bijv. na raadpleging van de administratie van de pandgever en de bank) kan worden bepaald welke vorderingen zijn verpand en wie de pandgevers zijn. Het is ook niet vereist dat de tot verpanding strekkende verklaring van de pandgever en de titel van de verpanding in de akte zijn opgenomen. Voldoende is dat de verkrijger van het pandrecht redelijkerwijs uit de akte heeft mogen begrijpen dat zij tot vestiging van het pandrecht was bedoeld (vgl. HR 29 juni 2011, *NJ* 2001, 662 (*Meijs q.q. / Bank of Tokyo*)).

Tegen deze achtergrond buigt de Hoge Raad zich in r.ov. 4.6.1-4.6.3 over het betoog van de curator dat de omstandigheid dat de namen van de pandgevers niet in de verzamelpandakte worden genoemd maar dat de pandgevers alleen generiek zijn omschreven ertoe leidt dat geen

4 De volmacht strekte er in het onderhavige geval juist toe een pandrecht ten gunste van ING te vestigen. Volgens de rechtbank impliceerde dit dat Selbsteintritt contractueel was toegestaan. Zie ook de conclusie van A-G Hammerstein, par.

2.30 en T.H.D. Struycken, 'Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid, Liber Amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans* (Serie Onderneming en Recht, deel 58), Deventer: Kluwer

2010, p. 315.

5 Zie T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, deel 37), Deventer: Kluwer 2007, p. 790.

rechtsgeldige verpanding heeft plaatsgevonden omdat de verpande vorderingen aldus in de verzamelpandakte niet voldoende zijn bepaald. Het is niet verrassend dat de Hoge Raad de curator niet volgt in dit betoog en oordeelt dat deze omstandigheden niet aan een rechtsgeldige verpanding in de weg staan (r.ov. 4.6.3).⁶ A an de hand van de administratie van de bank en de pandgevers zal immers kunnen worden vastgesteld welke pandgevers worden bedoeld in de verzamelpandakte en welke vorderingen het betreft.

6 Registratie titel en volmacht?

In r.ov. 4.6.4 merkt de Hoge Raad op dat het mede in verband met de mogelijkheid van antedatering nodig is dat, wil de verpanding door middel van een verzamelpandakte het beoogde rechtsgevolg hebben, de eerdere datering vaststaat van de akte waarin zowel de titel voor de verpanding ligt besloten als, in samenhang met de algemene voorwaarden van de bank, de voor deze verpandingsconstructie essentiële volmacht. De Hoge Raad is er kennelijk beducht voor dat de bank zich op een verzamelpandakte zou kunnen beroepen terwijl er nog geen verplichting tot zekerheidsstelling bestaat en nog geen volmacht is verstrekt.⁷ De vraag lijkt echter gerechtvaardigd of het door de Hoge Raad gesignaleerde risico praktische betekenis heeft.⁸ Zoals Van Hees terecht opmerkt, zal de pandhouder zich wensen te beroepen op de laatste, veelal de dag voor de faillietverklaring, geregistreerde verzamelpandakte voor het krediet dat zij voordien heeft verleend. Het is onwaarschijnlijk dat de verplichting tot verpanding en de in dat kader aan de bank verstrekte volmacht niet zullen blijken uit de kredietdocumentatie waarover de curator zal beschikken. Hoe waarschijnlijk is het dat de pandhouder de pandgever bereid zal (willen) vinden om tijdens diens faillissement onder antedatering aanvullende documenten te ondertekenen waaruit de vervulling van deze vereisten zou moeten blijken?⁹

Van Hees lijkt uit deze overweging van de Hoge Raad overigens af te leiden dat de titel voor de verpanding en de volmacht moeten zijn geregistreerd, wil de registratie van een verzamelpandakte leiden tot een rechtsgeldige verpanding.¹⁰ Ik vraag me af of dat zo is en of de Hoge Raad inderdaad een nieuw vormvereiste heeft willen introduceren (de wet stelt het vereiste van registratie immers alleen voor de pandakte zelf). De Hoge Raad overweegt slechts dat moet vaststaan dat de titel en de volmacht bestonden op het moment van de registratie van de verzamelpandakte. In dit geval stond dat vast omdat beide besloten lagen in de geregistreerde kredietoffertes. Daarmee is echter niet gezegd dat de Hoge Raad een verplichting tot registratie van de titel en de volmacht heeft willen introduceren. Met Struycken zou ik menen

dat, in geval twijfel rijst over het bestaan van de titel of de volmacht op een bepaalde datum, de normale regels van stelplicht en bewijslast gelden en dat ook op basis van andere objectieve gegevens kan komen vast te staan dat een kredietnemer vanaf een bepaalde datum als pand- en volmachtgever is aan te merken.¹¹ Het arrest biedt er ruimte voor dat de datum van de volmachtverlening op een andere wijze dan registratie komt vast te staan.

7 De verhaalspositie van de overige schuldeisers

De aanvaarding van de rechtsgeldigheid van de verzamelpandakte leidt tot een verslechtering van de verhaalspositie van de overige schuldeisers van de pandgever en tot een verdere uitholling van de faillissementsboedel. Door gebruik van een verzamelpandakte toe te staan wordt verpanding aanzienlijk vereenvoudigd en kunnen ook de op het moment van het aangaan van de verplichting tot verpanding nog absoluut toekomstige vorderingen na hun ontstaan (vrijwel) direct en zonder tussenkomst van de pandgever aan de bank worden verpand door middel van dagelijkse registratie van een verzamelpandakte. De overige schuldeisers van met bancaire krediet gefinancierde bedrijven zullen in feite niet of nauwelijks meer verhaal kunnen nemen op de vorderingen die deze bedrijven verkrijgen op derden, een belang dat de wetgever juist beoogde te beschermen met de in artikel 3:239 lid 1 BW opgenomen beperking. Dit wordt door de Hoge Raad ook onder ogen gezien, waar hij in r.ov. 4.8.3 overweegt:

‘Mede in aanmerking genomen dat in de regel ook op de overige activa van bedrijven, zoals met name gebouwen en handelsvoorraden, ten behoeve van financiers of leveranciers zekerheidsrechten zijn gevestigd of voorbehouden, brengt deze verpandingsconstructie dus in feite mee dat de uitgangspunten waarop de artikelen 3:276 en 3:277 lid 1 BW zijn gebaseerd, wat betreft concurrente schuldeisers verregaand zijn uitgehold.’

Desondanks ziet de Hoge Raad geen reden om op grond daarvan de verpanding door middel van een verzamelpandakte ongeldig te achten. Hij laat de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer met bijbehorende zekerheidsverstrekking prevaleren. En volgens de Hoge Raad is dat ook in het belang van de concurrente schuldeisers:

‘Ten tweede zijn ook concurrente schuldeisers, zij het indirect, in die zin gebaat bij aanvaarding van de voormelde constructie, dat de financiering van bedrijven door banken daardoor wordt bevorderd, zodat kredieten ruimer kunnen worden verleend en in kritieke situaties minder snel aanleiding is de verdere financiering te staken dan anders het geval zou zijn. Bovendien worden ook de belangen van anderen die bij het bedrijf zijn betrokken, zoals met name van de werknemers van dat bedrijf, daardoor gediend.’

6 Vgl. T.H.D. Struycken, ‘Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid, Liber Amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans* (Serie Onderneming en Recht, deel 58), Deventer: Kluwer 2010, p. 321/322.

7 Zie hierover ook de conclusie voor het arrest van A-G Hammerstein, par. 2.20.

8 Zie J.J. van Hees, ‘Kroniek van het insolventierecht’, *NJB* 2012/15, p. 1083.

9 Zie J.J. van Hees, ‘Kroniek van het insolventierecht’, *NJB* 2012/15, p. 1083.

10 Zie J.J. van Hees, ‘Kroniek van het insolventierecht’, *NJB* 2012/15, p. 1083. Zie in deze zin ook G.G. Boeve, ‘Pandrecht op vorderingen op naam: verzamelde ontwikkelingen’, *FIP* 2012/3, p. 85.

Vgl. ook conclusie A-G Hammerstein, par. 2.20.

11 T.H.D. Struycken, ‘Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid, Liber Amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans* (Serie Onderneming en Recht, deel 58), Deventer: Kluwer 2010, p. 323. Zie ook zijn preadvies KNB 2009, p. 140.

De Hoge Raad gaat hier uit van de aanname dat de grotere zekerheid die kan worden verkregen door de vestiging en uitwinning van zekerheidsrechten zo eenvoudig en efficiënt mogelijk te maken, leidt tot meer of goedkoper krediet, hetgeen ook de belangen van de overige schuldeisers en andere bij de onderneming van de pandgever betrokkenen dient. Opmerking verdient wel dat (empirisch) onderzoek ter staving van deze aanname zo goed als ontbreekt.

In ieder geval lijkt de vraag gerechtvaardigd of de beperking die in artikel 3:239 lid 1 BW is opgenomen met betrekking tot de stille verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen niet gewoon moet worden geschrapd. De rechtspolitieke keuze om het belang van een vlot functionerend kredietverkeer te laten prevaleren boven de verhaalsbelangen van de concurrente schuld-

eisers (en het tegengaan van de uitholling van de faillissementsboedel) brengt mijns inziens mee dat de praktijk niet moet worden opgezaagd met de administratieve rompslomp waartoe artikel 3:239 lid 1 BW aanleiding geeft door de noodzaak periodiek een verzamelpandakte te registreren. Het is ook zeer de vraag of het belangenconflict tussen de pandhouder en de overige schuldeisers moet worden opgelost door beperkingen te verbinden aan de vestiging van zekerheidsrechten. Dient niet veeleer te worden gezocht naar instrumenten voor een passende verdeling van de opbrengst van met zekerheidsrechten belaste goederen in de fase van de uitwinning (tijdens faillissement)?¹² Daarbij kan gedacht worden aan een wettelijke verplichting voor zekerheidsgerechtigden om een percentage van de opbrengst van uitwinning af te staan aan de boedel.¹³

¹² Vgl. T.H.D. Struycken, 'Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid, Liber Amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans* (Serie On-

derneming en Recht, deel 58), Deventer: Kluwer 2010, p. 327; conclusie A-G Hammerstein, par. 2.7.

¹³ Een voorstel op dat punt is opgenomen in de tijdens een INSOLAD workshop van 17 april

2012 besproken voorstellen tot wijziging van de Faillissementswet.