

NEVENRECHTEN

Tom Booms*

Wanneer kwalificeert een recht als ‘nevenrecht’ bij een vordering, zodat het automatisch overgaat naar de verkrijger van die vordering? Op die vraag bestaat in de heersende leer nog geen eenduidig antwoord. In dit artikel wordt een voorstel voor een antwoord gedaan, dat als bijkomend voordeel heeft de verschillende rechtsgevolgen van de kwalificatie ‘nevenrecht’ nauwkeuriger te kunnen bepalen.



Tom Booms
Aanvullen van
subjectieve rechten
Diss. Nijmegen, Serie Onderneming
& Recht 109, Deventer: Wolters
Kluwer 2019, 616 p., € 84,50

Op 10 april 2019 promoveerde Tom Booms aan de Radboud Universiteit Nijmegen op zijn proefschrift *Aanvullen van subjectieve rechten*. Promotoren waren prof. mr. S.E. Bartels en prof. mr. P.M. Veder.

1 Inleiding

Niet iedereen die in een auto rijdt, hoeft te weten hoe een verbrandingsmotor werkt: gewoon instappen, contactsleutel tje omdraaien en gaan. In 99,9% van de gevallen is dat prima. Pas als er een probleem is (de auto start niet meer) of als de gebruiker extra mogelijkheden wil benutten (tanken met een zuiniger soort brandstof), is het nodig om te weten hoe de techniek precies functioneert. Gelukkig zijn daar technici voor, die daarvoor hebben doorgeleerd en de benodigde kennis in huis hebben.

Op dezelfde wijze hoef je als jurist niet altijd de precieze betekenis te kennen van de begrippen die je gebruikt. Meestal werkt het prima om gewoon op te schrijven wat je ongeveer bedoelt. Een voorbeeld daarvan vormt de werking van de begrippen ‘afhankelijke rechten’, ‘kwalitatieve rechten’ en ‘nevenrechten’. Deze gaan op basis van de wet automatisch over op degene die een ermee samenhangend recht – ook wel ‘hoofdrecht’ genoemd – verkrijgt (art. 3:82, 6:251 respectievelijk 6:142 BW). Een voorbeeld van

een afhankelijk recht is het recht van erfdiensbaarheid om over het perceel van je buurman te lopen, dat automatisch mee overgaat als je je perceel overdraagt. Een voorbeeld van een kwalitatief recht is het recht om een reparatiegarantie in te roepen jegens de fabrikant van je combimagnetron, dat automatisch mee overgaat als je de magnetron overdraagt. Als voorbeelden van nevenrechten noemt de wet onder meer het pandrecht en hypotheekrecht, die automatisch mee overgaan als de vordering *waarvoor* het zekerheidsrecht is gevestigd wordt overgedragen.¹ Steeds gaat het dus om een ‘extraatje’, dat de verkrijger van het hoofdrecht er automatisch bij krijgt.

Als jurist hoef je niet altijd de precieze betekenis te kennen van de begrippen die je gebruikt. Meestal werkt het prima om gewoon op te schrijven wat je ongeveer bedoelt

In 99,9% van de gevallen kunnen juristen prima met deze begrippen overweg, zonder te weten hoe ze precies werken. Vaak zie je bijvoorbeeld in overeenkomsten staan dat partijen afhankelijke rechten, kwalitatieve rechten en/of nevenrechten afzonderlijk mee overdragen of verpanden.² Voor de verkrijger van het hoofdrecht is het echter niet nodig een dergelijke afspraak te maken, omdat hij deze rechten automatisch al verkrijgt op basis van de genoemde wettelijke bepalingen. Voor de pandhouder van een vordering waarvoor bijvoorbeeld een pandrecht of hypotheekrecht is gevestigd, is een dergelijke afspraak ook niet nodig. Een pandhouder is namelijk bevoegd

* Mr. drs. T.E. Booms is advocaat te Amsterdam en als fellow verbonden aan het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

¹ Deze twee nevenrechten zijn daarmee ook afhankelijke rechten. Later in dit artikel ga ik in op de verhouding tussen beide begrippen. Een veelgemaakte fout bij pandrechten op vorderingen is overigens het verwarren van het hoofdrecht *waarvoor* het pandrecht is gevestigd (de geseceureerde vordering) en het moederrecht *waarop* het pandrecht is gevestigd (de verpande vordering). Zie T.E. Booms, ‘Afhankelijkheid’, in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 121-159, nr. 2 voor een drietal ezelsbruggetjes om de twee uit elkaar te houden.

² Zie bij overdracht bijvoorbeeld art. 6.1 van de NVM Model Koopovereenkomst, waarin wordt bepaald dat de koper van de woning ook de ten gunste van het erf bestaande erfdiensbaarheden en kwalitatieve rechten verkrijgt. Vergelijk ook de standaardclausules die in de internationale financieringspraktijk worden gebruikt bij het cederen van Nederlandse vorderingen, waarbij steevast de afhankelijke en nevenrechten afzonderlijk genoemd worden als object van de cessie (zie bijvoorbeeld de Assignment of Receivables Sample Clauses op www.lawinsider.com/clause/assignment-of-receivables, laatst geraadpleegd op 1 septem-

ber 2019). Zie bij verpanding bijvoorbeeld de Algemene Voorwaarden voor Verpanding van Deutsche Bank (www.deutschebank.nl/nl/docs/Algemene_Voorwaarden_voor_Verpanding_zakelijk.pdf, laatst geraadpleegd op 1 september 2019), waarbij wordt bepaald dat de afhankelijke rechten en nevenrechten die behoren bij vorderingen (en bij roerende zaken!) worden meeoverpand. Géén van deze bepalingen heeft enig goederenrechtelijk effect.

- 3 Zie Hoge Raad 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619 (ABN AMRO/Marelli).
- 4 Zie over het uitoefenen van afhankelijke rechten, kwalitatieve rechten en nevenrechten door zulke derden de paragrafen 14.4, 15.4, respectievelijk 16.4 van het proefschrift.
- 5 Zie bijvoorbeeld de pogingen gedaan door M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012/964 en F.M.J. Verstijlen, 'De directe actie in het vermogensrecht', *NJB* 2009, p. 1634, welke laatste is overgenomen in Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/345.
- 6 Asser/Sieburgh 6-II 2017/257.
- 7 Vergelijk Asser/Sieburgh 6-II 2017/258 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/345.
- 8 Zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2017/258. Discussie bestaat over de vraag of persoonlijk gemaakte nevenrechten bij overgang van de vordering die als hoofdrecht dient tenietgaan, of dat zij achterblijven bij de voormalig rechthebbende van de vordering. Het eerstelijkt de heersende opvatting te zijn; zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/258; Asser Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/345. Anders: A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW), Deventer: Kluwer 2012/6.
- 9 Zie bijvoorbeeld R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Mon. BW), Deventer: Kluwer 2009/14.
- 10 Vóór het aanmerken van het recht uit een 403-verklaring als nevenrecht bijvoorbeeld A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008/419; tegen N.E.D. Faber, annotatie bij Gerechtshof 's-Gravenhage 6 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7997, *JOR* 2007/103. Vóór het aanmerken van rechten

de rechten die met een aan hem verpande vordering samenhangen uit te oefenen.³ Ook al zijn zulke afspraken feitelijk dus overbodig, echt kwaad kan het niet: de verkrijger en de pandhouder krijgen wat ze willen, ook zonder dat de betrokken partijen helemaal doorhebben hoe het juridisch precies werkt.

Toch kan het ook bij afhankelijke rechten, kwalitatieve rechten en nevenrechten nuttig zijn om te weten hoe de techniek precies functioneert. Om te beginnen voorkom je daarmee dat je onnodig extra werk verricht: als een recht automatisch met een hoofdrecht mee overgaat, hoef je er in beginsel niets over af te spreken bij het onderhandelen over de (ver)koop van het hoofdrecht. Daarnaast is het van belang om te weten of een recht automatisch overgaat in gevallen waarin er juist géén onderhandelingen plaatsvinden over de overgang van het hoofdrecht. Wanneer je als schuldeiser een vordering verkrijgt of kunt uitoefenen als gevolg van subrogatie (art. 6:150 BW), omdat je beslag legt op de vordering, of omdat de vordering aan je verpand is, zul je veelal niet van tevoren met de debiteur van de vordering hebben gesproken. Toch zul je heel graag willen weten of – bijvoorbeeld – een tot zekerheid van terugbetaling van die vordering gevestigd hypotheekrecht op jou overgaat, omdat de kans dat je vordering voldaan zal worden daarmee een stuk groter wordt.⁴ Duidelijkheid over hoe afhankelijke rechten, kwalitatieve rechten en nevenrechten precies werken zorgt ervoor dat partijen beter kunnen voorspellen welke rechten zij in welke gevallen kunnen uitoefenen, zodat zij hun handelen daarop kunnen afstemmen.

Duidelijkheid over hoe afhankelijke rechten, kwalitatieve rechten en nevenrechten precies werken zorgt ervoor dat partijen beter kunnen voorspellen welke rechten zij in welke gevallen kunnen uitoefenen, zodat zij hun handelen daarop kunnen afstemmen

Het proefschrift dat ik heb geschreven biedt een rechtseconomische analyse van afhankelijke rechten, kwalitatieve rechten, nevenrechten en rechten die daarop lijken. Vanwege de beperkte omvang van dit artikel beperk ik me hier tot een (niet-rechtseconomische) bespreking van de nevenrechten, omdat die in de literatuur wat mij betreft niet altijd juist worden begrepen. Om dat te laten zien, geef ik in paragraaf 2 een kort overzicht van de heersende leer over nevenrechten, die in twee belangrijke vragen uiteenvalt. De eerste daarvan behandel ik in paragraaf 3: welke rechten dienen als nevenrechten te worden aangemerkt? De tweede komt aan de orde in paragraaf 4: wat zijn de rechtsgevolgen van de kwalificatie 'nevenrecht'? De conclusie in paragraaf 5 is dat het begrip 'nevenrecht' een verzamelbegrip is zonder vaste inhoud; de kwalificatie 'nevenrecht' zegt op zichzelf dus nog niets zoveel. Volgens mij is het daarom zinnvoller om steeds voor ogen te houden *waarom* een bepaald recht bij een vordering hoort en wat daarvan de gevolgen zijn.

2 Heersende leer over nevenrechten

Om te weten wat de heersende leer over nevenrechten inhoudt, is het handig om het wetsartikel over nevenrechten er even bij te pakken:

'Artikel 6:142 BW

1. Bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser verkrijgt deze de daarbij behorende nevenrechten, zoals rechten van pand en hypotheek en uit borgtocht, voorrechten en de bevoegdheid om de ter zake van de vordering en de nevenrechten bestaande executoriale titels ten uitvoer te leggen.
2. Onder de nevenrechten zijn tevens begrepen het recht van de vorige schuldeiser op bedongen rente of boete of op een dwangsom, behalve voor zover de rente opeisbaar of de boete of dwangsom reeds verbeurd was op het tijdstip van de overgang.'

Uit het artikel volgt dat sommige rechten nevenrechten zijn en dat deze rechten bij overgang van de vordering waar ze bij horen toe gaan komen aan de verkrijger van die vordering. Tot zover geen problemen. Lastig wordt het pas, wanneer je probeert de twee voor de hand liggende vervolgvragen te beantwoorden: hoe weten we welke rechten nevenrechten zijn? En wat betekent het precies dat ze toe gaan komen aan de verkrijger van de vordering waar ze bij horen?

De heersende leer over nevenrechten is grofweg samen te vatten als antwoord op deze twee vragen. Als antwoord op de eerste vraag worden in de literatuur suggesties gedaan voor één criterium aan de hand waarvan bepaald kan worden of een recht als nevenrecht dient te worden aangemerkt.⁵ In paragraaf 3 leg ik uit dat het naar mijn mening niet mogelijk is om één zo'n criterium te vinden, omdat het begrip nevenrechten zich niet leent voor een eenduidige definitie. Het antwoord dat in de literatuur op de tweede vraag gegeven wordt is dat de kwalificatie 'nevenrecht' automatisch verschillende rechtsgevolgen in het leven roept, die voor alle nevenrechten gelden. Het belangrijkste rechtsgevolg dat wordt genoemd, is dat op basis van artikel 6:142 BW de bij een vordering behorende nevenrechten overgaan op de verkrijger van de vordering.⁶ Partijen kunnen niet zelf bepalen welke rechten al dan niet als nevenrecht overgaan naar de verkrijger van de vordering; wat een nevenrecht is, volgt uit de wet en/of het wettelijk systeem.⁷ Wel kunnen partijen de overgang van nevenrechten uitsluiten door ze 'persoonlijk' te maken, in de zin dat ze slechts kunnen toekomen aan de oorspronkelijke rechthebbende.⁸ Gaat slechts een gedeelte van een vordering over op een nieuwe rechthebbende, dan gaat het nevenrecht voor hetzelfde breukdeel mee over.⁹ In paragraaf 4 leg ik uit dat deze rechtsgevolgen naar mijn mening niet steeds voor alle nevenrechten onverkort gelden.

3 Welke rechten zijn nevenrechten?

Een goede samenvatting van de heersende leer over de vraag welke rechten als nevenrechten moeten worden aangemerkt, is lastig te geven. Daarover bestaat namelijk behoorlijk wat discussie. Is bijvoorbeeld een recht om een moedervennootschap onder een 403-verklaring aan te spreken een nevenrecht? Of een recht op uitkering onder een kredietverzekering? Of het recht om een bankgarantie in te roepen? Voor elk van deze opvattingen zijn voor- en tegenstanders te vinden in de literatuur.¹⁰ Dat maakt de uitkomst van een juridische procedure over (vermeende) nevenrechten onzeker.

De onzekerheid over wat nu wel of niet een nevenrecht is, is mijns inziens terug te voeren op het feit dat de wet geen vastomlijnde definitie van het begrip geeft.¹¹ De groep met rechten die in artikel 6:142 BW als nevenrechten worden aangemerkt, is aanzienlijk: zekerheidsrechten, voorrechten, executiebevoegdheden, alsook rechten uit rente, boete en dwangsom. Uit de tekst van artikel 6:142 BW blijkt daarnaast nog eens dat de wettelijke definitie van 'nevenrechten' niet uitputtend is ('nevenrechten, zoals...').¹² Dat maakt de groep met nevenrechten potentieel wel heel groot. Zo worden in de wetgeschiedenis, naast de in het artikel genoemde rechten, ook het keuzerecht bij een alternatieve verbintenis en de bevoegdheid om een vordering opeisbaar te maken als nevenrechten bestempeld.¹³ In de literatuur worden daar onder meer aan toegevoegd (rechten uit) bewijsbedingen, bedingen die een bevoegde rechter, arbitrage of bindend advies voorschrijven, bedingen die een rechtskeuze inhouden,¹⁴ bedingen die betrekking hebben op fatale termijnen, het intreden van verzuim, de plaats van aflevering en de plaats van betaling.¹⁵

Het begrip 'nevenrechten' is tot een soort vergaarbak geworden voor alle rechten en bevoegdheden die op de één of andere manier samenhangen met een vordering

Het is interessant om de huidige tekst van artikel 6:142 BW eens te vergelijken met het oorspronkelijke ontwerp dat Meijers van het artikel maakte:

'Artikel 6.2.1.1

1. Bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser verkrijgt deze [...] tevens de rechten van pand en hypotheek, de rechten uit borgtocht en andere aan de vordering verbonden nevenrechten, alsmede de voorrechten.
2. Bij overgang onder bijzondere titel van een vordering verkrijgt de nieuwe schuldeiser het recht op bedongen rente of boete [...].'¹⁶

Wat opvalt is dat het begrip 'nevenrechten' in eerste instantie alleen pandrechten, hypotheekrechten, rechten uit borgtocht en enkele niet omschreven nevenrechten omvatte. Buiten het begrip vielen de voorrechten, het recht op rente en het recht op boete. De keuze van de wetgever om deze rechten (en de later aan de tekst toegevoegde bevoegdheid om executoriale titels ten uitvoer te leggen) in de uiteindelijke versie van artikel 6:142 BW óók 'nevenrechten' te noemen, is geen dogmatische geweest, maar een praktische. Het is volgens de wetgever namelijk handig om in één keer naar al deze rechten te kunnen verwijzen.¹⁷ Het gevolg is echter geweest dat het begrip 'nevenrechten' tot een soort vergaarbak is geworden voor alle rechten en bevoegdheden die op de één of andere manier samenhangen met een vordering.

Door de grote hoeveelheid uiteenlopende rechten die onder de noemer 'nevenrecht' gebracht worden, heeft dat begrip aan onderscheidend vermogen ingeboet. Het is niet meer mogelijk om één kenmerk

aan te wijzen waaraan alle nevenrechten voldoen (en andere rechten niet). In de literatuur geopperde definities van nevenrechten worden daarom snel nietszeggend. Nevenrechten zouden 'zo nauw verbonden zijn met de vordering dat het gerechtvaardigd is om aan te nemen dat ze bij overgang van de vordering van rechtswege mee overgaan'¹⁸ of 'een zodanige samenhang met een vordering vertonen dat het gerechtvaardigd is dat ze, behoudens een andersluidende afspraak, mee overgaan; bijvoorbeeld omdat dat in de regel de bedoeling van de partijen zal zijn of anderszins efficiënt is, ook met het oog op de belangen die cedent en cessionaris bij die rechten hebben'.¹⁹ Alhoewel zulke definities inderdaad van toepassing lijken te zijn op allerlei mogelijke typen nevenrechten, zijn ze dusdanig breed, dat ze ook van toepassing zijn op rechten die volgens de heersende leer géén nevenrechten zijn. Probeer bijvoorbeeld aan de hand van deze definities maar eens te verklaren waarom het pandrecht wél een nevenrecht is en bijvoorbeeld de tot zekerheid van betaling van de koopprijs voorbehouden eigendom (art. 3:92 BW) niet ...²⁰

Beter is het volgens mij om te accepteren dat er niet één criterium te bedenken is waarmee alle nevenrechten kunnen worden onderscheiden van niet-nevenrechten. De reden daarvoor is dat de in de literatuur als 'nevenrechten' aangeduide rechten op minstens vijf verschillende manieren kunnen toekomen aan de nieuwe rechthebbende van de vordering die als hoofdrecht dient.²¹ Ik bespreek elk van deze vijf manieren korthieronder.²²

- 1 Een recht kan afhankelijk zijn van een vorderingsrecht in de zin van artikel 3:7 BW en daarom overgaan op de verkrijger van het vorderingsrecht op basis van artikel 3:82 BW. Afhankelijke rechten die horen bij een vordering zijn het pandrecht, het hypotheekrecht en rechten uit borgtocht.
- 2 Een recht kan door de wetgever worden toebedeeld aan eenieder die een (specifiek type) vordering heeft. Voldoet het vorderingsrecht aan de door de wetgever gestelde vereisten, dan kan het erbij behorende recht worden ingeroepen door de nieuwe rechthebbende van de vordering. Een voorbeeld hiervan is een voorrecht (art. 3:283 e.v. BW).
- 3 Een recht kan door partijen worden toebedeeld aan eenieder die een (specifiek type) vordering heeft. Voldoet het vorderingsrecht aan de door de verschaffer van het recht gestelde vereisten, dan kan het recht worden ingeroepen door de nieuwe rechthebbende van de vordering. Voorbeelden hiervan zijn het recht om een moedervennootschap aan te spreken onder een 403-verklaring (dat toekomt aan eenieder die een vorderingsrecht heeft op de dochtervennootschap) en het recht om een bankgarantie in te roepen die is gesteld ter zekerheid van een specifieke vordering (dat toekomt aan eenieder die dat vorderingsrecht heeft).
- 4 Een recht kan tot de inhoud van het vorderingsrecht behoren. Als dat het geval is, komt het automatisch toe aan degene die de vordering heeft. Voorbeelden hiervan zijn afspraken die gemaakt zijn over de plaats van betaling of de valuta-eenheid waarin betaald zal worden.

uit kredietverzekering als nevenrechten: F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Mon. BW nr. B88), Deventer: Kluwer 2012, par. 17.4; tegen: J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011/454. Vóór het aanmerken van rechten uit bankgarantie als nevenrechten Rongen 2012/988; tegen E.L.A. van Emden & E.A.L. van Emden, *Bankgarantie*, Deventer: Kluwer 2014, par. 7.1.

11 Zie in dezelfde zin Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/345.

12 Zie ook Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 531.

13 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 527.

14 Wibier 2009/14.

15 Biemans 2011/735, die nog veel meer voorbeelden van nevenrechten geeft.

16 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 527.

17 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 531.

18 Rongen 2012/964.

19 Verstijlen 2009, p. 1634, overgenomen in Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/345.

20 Voorbehouden eigendom wordt niet als afhankelijk recht of nevenrecht aangemerkt, omdat er bij voorbehouden eigendom geen sprake zou zijn van een 'echt' verhaalsrecht. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/348; Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/533; Asser/Sieburgh 6-II 2017/257.

21 Daarnaast kan een recht ook toekomen aan de rechthebbende van een vorderingsrecht omdat het als kwalitatief recht op deze rechthebbende overgaat; zie het proefschrift, hoofdstuk 15. Kwalitatieve rechten worden in de literatuur doorgaans niet tot de nevenrechten gerekend, omdat ze niet verbonden zijn aan de vordering, maar aan de hoedanigheid van rechthebbende van de vordering.

22 Zie meer uitgebreid het proefschrift, nr. 733 e.v. met verwijzingen naar andere delen van het proefschrift.

- 5 Een recht kan voortvloeien uit een beding dat de inhoud van het vorderingsrecht nader bepaalt. Als dat het geval is, komt het automatisch toe aan (en werkt het tegen) degene die de vordering heeft. Voorbeelden hiervan zijn bedingen die bepalen dat bij geschillen over de vordering een bepaald rechtsstelsel van toepassing is, een bepaalde rechter bevoegd is, arbitrage of bindend advies zal plaatsvinden of bepaalde bewijsmiddelen als dwingend bewijs gelden.

Of het terecht is dat alle hierboven genoemde rechten in de literatuur als 'nevenrecht' worden aangeduid, kan wat mij betreft in het midden blijven. Belangrijker is dat het hierboven gemaakte onderscheid inzichtelijk maakt of een specifiek recht dat samenhangt met een vordering toekomt aan de nieuwe rechthebbende van die vordering. Valt een recht onder een van de bovengenoemde categorieën, dan is dat het geval. Goedbeschouwd is artikel 6:142 BW niet nodig om dat te verklaren, omdat elk van de genoemde vijf categorieën met rechten al een eigen manier bevat (een wettelijke bepaling, een juridische constructie) waarop de verkrijger van de vordering de tot die categorie behorende rechten kan uitoefenen. Valt het recht niet onder één van de bovengenoemde categorieën, dan kan de verkrijger van de vordering het in beginsel niet uitoefenen.²³

4 Wat zijn de rechtsgevolgen van het aanmerken van een recht als een nebenrecht?

Het hierboven uiteengezette onderscheid tussen verschillende manieren waarop nebenrechten kunnen toekomen aan de verkrijger van een vordering zorgt er mijns inziens ook voor dat de andere rechtsgevolgen die worden verbonden aan de kwalificatie 'nevenrecht' niet voor al deze rechten hetzelfde zijn. Eerder stipte ik al aan dat volgens de heersende leer partijen niet kunnen bepalen dat een nebenrecht géén nebenrecht is, maar dat ze de overgang van een nebenrecht wel kunnen uitsluiten door er een 'persoonlijk' recht van te maken. Verder gaat de heersende leer ervan uit dat bij gedeeltelijke overgang van de vordering het nebenrecht voor eenzelfde breukdeel mee overgaat. Hieronder bespreek ik in hoeverre deze rechtsgevolgen voor alle verschillende categorieën nebenrechten van toepassing zijn.

Mogelijkheid om een recht bij partijafpraak al dan niet tot een nebenrecht te maken

Partijen die een recht in het leven roepen dat als nebenrecht kwalificeert, kunnen niet bepalen dat het géén nebenrecht is. Zo is het bijvoorbeeld niet mogelijk om een pandrecht in het leven te roepen dat geen afhankelijk recht (en daarmee geen nebenrecht) is.²⁴ Sommige rechten kwalificeren echter slechts als nebenrecht omdat partijen ze zo vormgeven (categorie 3 hierboven), waardoor partijen toch invloed kunnen uitoefenen op de vraag of het recht een nebenrecht is. Zo kan een bankgarantie zijn gesteld ten gunste van 'eenieder die rechthebbende is van de hierna omschreven vordering', maar ook ten gunste van 'partij A'. In het eerste geval kan ook een opvolgend rechthebbende van de vordering de bankgarantie inroepen; in het tweede geval is dat niet mogelijk.²⁵ Dit laat zien dat je niet in algemene zin kan

zeggen of het recht om een bankgarantie in te roepen een nebenrecht is, omdat dat maar net afhangt van wat er in de bankgarantie staat.²⁶

Het uitsluiten van de overgang van nebenrechten door ze 'persoonlijk' te maken

In de literatuur wordt van sommige nebenrechten aangenomen dat het mogelijk is om ze 'persoonlijk' te maken, waardoor ze enkel kunnen worden uitgeoefend door de oorspronkelijke rechthebbende van de vordering. Daarbij worden steevast de afhankelijke zekerheidsrechten als voorbeeld genoemd.²⁷ Of andere nebenrechten ook persoonlijk gemaakt kunnen worden, wordt niet vermeld. Wat mij betreft kunnen alle nebenrechten 'persoonlijk' gemaakt worden die door de oorspronkelijke rechthebbende van de vordering zelf kunnen worden bedongen van de verschaffer van het nebenrecht.²⁸ Bij nebenrechten die niet bedongen zijn, maar uit de wet volgen (categorie 2), is het dus niet mogelijk om de overgang te beperken. De verkrijger van een vordering die bijvoorbeeld recht geeft op het inroepen van een voorrecht, zal zich immers zelf op de wettelijke bepaling die hem het voorrecht verleent kunnen beroepen.

Wat mij betreft kunnen alle nebenrechten 'persoonlijk' gemaakt worden die door de oorspronkelijke rechthebbende van de vordering zelf kunnen worden bedongen van de verschaffer van het nebenrecht

Gedeeltelijke overgang van het vorderingsrecht

In de literatuur over nebenrechten wordt standaard verwezen naar de opvatting van de wetgever dat bij gedeeltelijke overgang van een vordering de aan die vordering verbonden nebenrechten 'voor hetzelfde breukdeel' mee overgaan.²⁹ Daarbij wordt niet uitgewerkt wat er precies wordt bedoeld met 'voor hetzelfde breukdeel'. De suggestie kan daarom bestaan, dat bij een vordering waarvan de helft wordt gecedeerd, de helft van het nebenrecht overgaat. Dat is echter te kort door de bocht. Ik zal dat verduidelijken aan de hand van een aantal nebenrechten die in artikel 6:142 BW genoemd worden: het hypotheekrecht, het voorrecht en het recht op rente. Alleen vordering die is geseceerd met een hypotheekrecht voor de helft wordt gecedeerd, dan verkrijgt de cessionaris niet een 'half' hypotheekrecht. Hij verkrijgt het gehele hypotheekrecht in gemeenschap met de cedent en is uit dien hoofde gerechtigd tot de helft van de opbrengst.³⁰ Niet het nebenrecht wordt dus gesplitst, maar de opbrengst die ermee wordt gegeneerd. Als een vordering die het recht geeft op een voorrecht om als eerste uit de opbrengst van een bepaald goed te worden voldaan voor de helft wordt gecedeerd, verkrijgt de cessionaris niet een voorrecht om uit de helft van de opbrengst van het goed als eerste voldaan te worden. Hij heeft het voorrecht om - op gelijke voet met de cedent - als eerste uit de gehele opbrengst van het goed te worden voldaan. Als van

23 Tenzij het recht als kwalitatief recht kan worden bestempeld, of - indien mogelijk - zelfstandig wordt overgedragen aan de verkrijger van de vordering.

24 Asser/Sieburgh 6-II 2017/258.

25 Er zijn veel tussenvarianten denkbaar, waarbij minder duidelijk is of bedoeld is de bankgarantie ten gunste van de rechthebbende van een specifieke vordering, of ten gunste van een specifieke partij te laten strekken. Het antwoord op die vraag zal gevonden moeten worden door de bankgarantie uit te leggen.

26 Anders bijvoorbeeld Biemans 2011/738; Rongen 2012/988.

27 Zie bijvoorbeeld Rongen 2012/969; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/345; Asser/Sieburgh 6-II 2017/258.

28 Zie daarover uitgebreid paragraaf 16.6 en 14.6.2 van het proefschrift.

29 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 528, waarnaar bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2017/260 zonder onderscheid te maken tussen de verschillende nebenrechten verwijst.

30 Zie bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW), Deventer: Kluwer 2013, par. 19.2.

een vordering tegen 4% rente voor de helft wordt gecedeerd, dan splitst deze zich in twee vorderingen tegen 4% rente en niet tegen 2%. Het voorrecht en het recht op rente worden dus niet gesplitst, maar ze kunnen slechts worden uitgeoefend voor zover de verkregen vordering daar recht op geeft. Enkel de nevenrechten die een vordering tot betaling van een geldsom inhouden (de vordering uit hoofde van een borgtocht en, voor zover ze als nevenrecht zijn vormgegeven, de vordering uit hoofde van een bankgarantie, 403-verklaring of kredietverzekering) gaan daadwerkelijk voor eenzelfde breukdeel over op de cessionaris.

Ik vind dat de heersende leer over nevenrechten op onderdelen tekortschiet

5 Conclusie

In deze bijdrage heb ik uiteengezet waarom ik vind dat de heersende leer over nevenrechten op onderdelen tekortschiet. De belangrijkste reden daarvoor is dat alle nevenrechten over één kam worden geschoren, waardoor er één criterium te bedenken zou moeten zijn om te bepalen welke rechten als nevenrecht kwalificeren en deze kwalificatie voor alle nevenrechten dezelfde rechtsgevolgen met zich brengt. Hierboven heb ik uitgewerkt dat er volgens mij vijf verschillende categorieën nevenrechten zijn. Die opvatting heeft als voordeel dat beter te verklaren is welke rechten wel en welke rechten niet als nevenrecht moeten worden aangemerkt. Ook wordt het eenvoudiger om te verklaren dat de kwalificatie als nevenrecht niet steeds exact dezelfde rechtsgevolgen met zich brengt, omdat deze rechtsgevolgen kunnen verschillen al naar gelang de reden waarom een nevenrecht bij een vordering hoort.

ArsAequi Libri

Prinsengrachtreeks



De lotgevallen en dilemma's van het Hof Amsterdam tijdens de bezetting

Waarom gingen de rechters, in het bijzonder de raadsheren in de Hoge Raad, door met rechtspreken tijdens de bezetting? Een belangrijke verklaring schuilt in de toenmalige rechtsstatelijke opvatting over de verhouding tussen rechtspraak en politiek. En wat gebeurde er bij het Hof Amsterdam tijdens de oorlog? Een belangrijke plaats is ingeruimd voor het overleg van de Amsterdamse raadsheren over het bepalen van hun houding na de aanslag op de Amsterdamse procureur-generaal Feitsma, een NSB'er.

ISBN: 978-90-6916-624-7 | Auteur: C.J.H. Jansen | Druk: 1e druk 2014 | Prijs: € 12,50



Slachtoffers van het Duitse geweld

In dit boek wordt een beeld gegeven van de leden van de rechterlijke macht die vielen als slachtoffers van het Duitse geweld in de Tweede Wereldoorlog: de in de Duitse vernietigingskampen vermoorde Joodse leden, de omgekomen verzetsmensen en de in het kader van de represaille naar aanleiding van de liquidatie van de foute procureur-generaal Feitsma gefusilleerden. De geschiedschrijving van de rechterlijke macht in die oorlogstijd dient daartoe als kader, evenals het beeld van de rechterlijke macht in die benarde tijd dat in de illegale pers wordt geschetst.

ISBN: 978-90-6916-281-2 | Auteur: P.C. Kop | Druk: 2e druk 2014 | Prijs: € 19,50