

# *VSO Contractenrecht* *Zekerheidsbepalingen*



November 2009

Johan Jol

# Programma

- Inleiding
    - Verhaalsmogelijkheden
    - Beperkingen en uitbreidingen
    - Doel Zekerheidsrechten
  - Onderwerpen Zekerheidsrechten
    - Goederenrechtelijke
    - Persoonlijke
    - Restcategorie
    - Oneigenlijke
- 

# Verhaalsmogelijkheden

- Full recourse:
  - Debiteur staat voor verplichtingen in met zijn hele vermogen tenzij uit de wet of uit overeenkomst iets anders voortvloeit (art. 3:276 BW)
- Pari passu:
  - Iedere crediteur heeft bij executie dezelfde rechten ten opzichte van de debiteur tenzij uit de wet of overeenkomst anders voortvloeit (art. 3:277 BW)

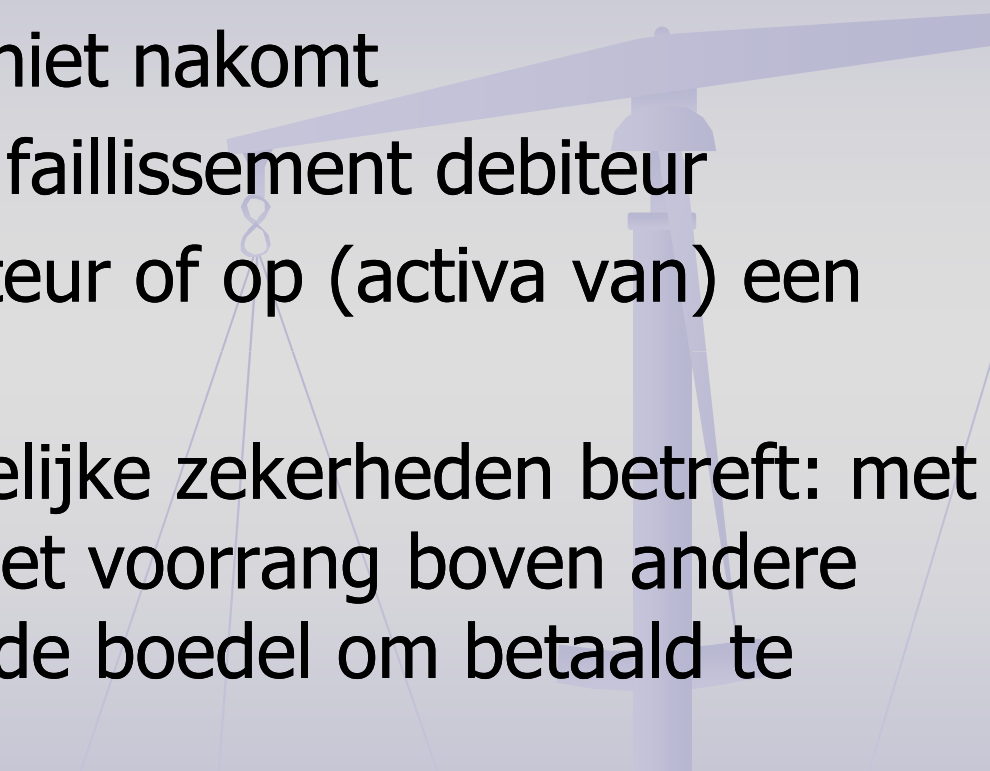
# Beperkingen en uitbreidingen

Legal Houdini


To straighten out  
the legal hitch

- Limited recourse:
  - Contractuele afspraak tussen crediteur en debiteur dat crediteur zich slechts kan verhalen op deel vermogen debiteur
- Subordination:
  - Contractuele afspraak tussen crediteur en debiteur; crediteur stemt in dat zijn vordering op debiteur wordt achtergesteld bij andere vorderingen op de debiteur, vb. HR 18 oktober 2002, JOR 2002, 234 (Haviltex criterium)

# Doel Zekerheidsrechten

- Verbetering positie van crediteur indien debiteur zijn verplichtingen niet nakomt
  - Zowel buiten als in faillissement debiteur
  - Op activa van debiteur of op (activa van) een derde
  - Voor zover het zakelijke zekerheden betreft: met de bedoeling om met voorrang boven andere crediteuren buiten de boedel om betaald te worden
- 

# Onderwerpen zekerheden

- Goederenrechtelijke
    - Pand
    - Hypotheek
  - Persoonlijke
    - Hoofdelijkheid
    - Garanties
    - Borgtocht
  - Restcategorie
    - Retentierecht
    - Recht van reclame
    - Eigendomsvoorbehoud
  - Oneigenlijke
    - Pari passu-clausule
    - Hypotheek- en pandverklaring
    - Patronaatsverklaring
    - Net worth verklaring
    - Covenants en Ratio's
- 

# Eigendomsvoorbehoud I

- Art. 3: 92 BW, overdracht onder de opschortende voorwaarde van betaling
- Art. 3 Wet Conflictenrecht Goederenrecht, gunstiger recht bij levering naar het buitenland toegestaan
- Art. 7:10 BW, risico gaat wel over

# Eigendomsvoorbehoud II

- Vorderingen wegens tegenprestatie voor alle door de verkoper aan de koper krachtens enige overeenkomst geleverde of te leveren zaken
- Vorderingen uit overeenkomsten, waarbij naast de levering van zaken tevens het verrichten van werkzaamheden is bedongen
- Schadevergoeding wegens het niet nakomen van deze overeenkomsten (waaronder rente en kosten)



# Eigendomsvoorbehoud III

- Uitgebreid eigendomsvoorbehoud ruimer dan hiervoor vermeld is nietig
- Kredieteigendomsvoorbehoud? vgl. M.A.J.G. Jansen in Insolad Lustrum bundel 2001, p. 269 e.v., TvI 2002, afl 6. en HR 4 december 1998, NJ 1999, 549, JOR 1999,94, Potharst/Serree Rov 3.5.1 en noot Kleijn; anders Wessels Nieuwsbrief BW december 2001, p. 142

# Eigendomsvoorbehoud IV

- Recent voorbeeld van omschrijving: Hof Arnhem Elmarc / Mr Brandsma q.q. (Megapool) 4 maart 2008, LJN: BD1291, JOR 2008, 176 rov. 4.13 : uitleg eigendomsvoorbehoud
  - “het eigendomsvoorbehoud gold derhalve voor alle door de vervreemder aan de verkrijger krachtens enige overeenkomst geleverde en nog onder deze berustende zaken, ongeacht of een aantal daarvan betaald was. Zolang Megapool een of meer facturen van Elmarc niet heeft betaald, is Elmarc van al die zaken eigenaresse gebleven”.

# Eigendomsvoorbehoud V

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- **Voorbehouden pandrecht:**
  - Aanvulling op eigendomsvoorbehoud (vgl. art. 3:81 BW) (bezitloos pandrecht)
  - Vereisten: vastgelegd in authentieke of onderhands geregistreeerde akte (3:237 BW)
  - Gaat voor het bezitloos pandrecht van de bank, alleen niet voor verkrijger (van vuistpand) te goeder trouw, artt. 3:86 en 3:238 BW
  - Vgl. HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 Potharst/Serree Rov 3.6.4 en noot Kleijn

# Eigendomsvoorbehoud VI

Legal Houdini

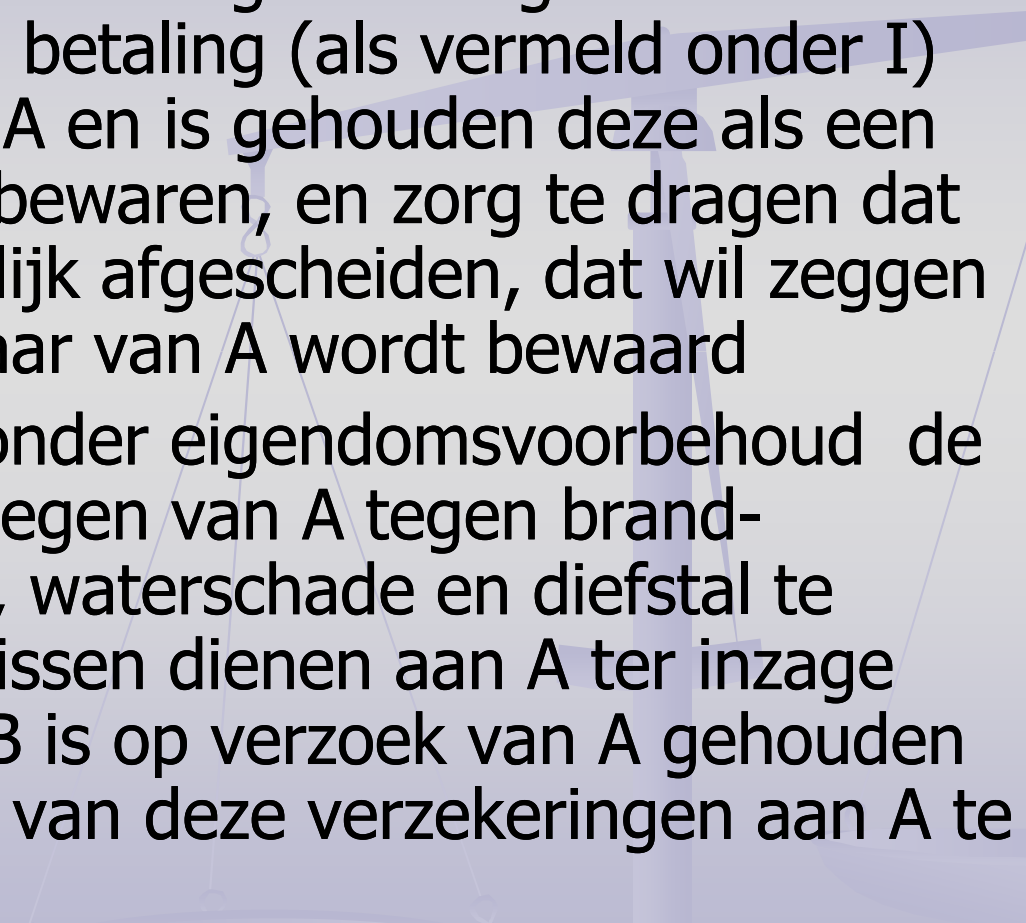
To straighten out  
the legal hitch

- Gevolg voor eigendomsvoorbehoud van:
  - Natrekking (art. 5:3 jo 5:14 BW)  
Roerend > Onroerend
  - (Oneigenlijke) Vermenging (art. 5:15 BW) Roerend
    - zie noot Steneker onder Megapool, verschil in bewijs welke goederen er liggen, alleen die van degenen die een eigendomsvoorbehoud claimen om mogelijkheid ook derden
  - Zaaksvorming (art. 5:16 BW) Roerend
  - Bodembeslag (art. 22 Invorderingswet)
  - Pandrecht (art. 3: 238 BW)
  - Vervreemding (art. 3:86 BW)

# EV Clausule I

- I. A behoudt de eigendom van de door A aan B geleverde goederen tot het moment dat B aan A heeft voldaan al hetgeen B verschuldigd is aan A uit hoofde van
- Enige bestaande of toekomstige leverantie van goederen van A aan B
  - Het verrichten van werkzaamheden door A ten behoeve van B in verband met de geleverde of te leveren goederen
  - Door B aan A te betalen schadevergoeding wegens het niet nakomen van de overeenkomsten met betrekking tot de aankoop van goederen, waaronder rente en kosten

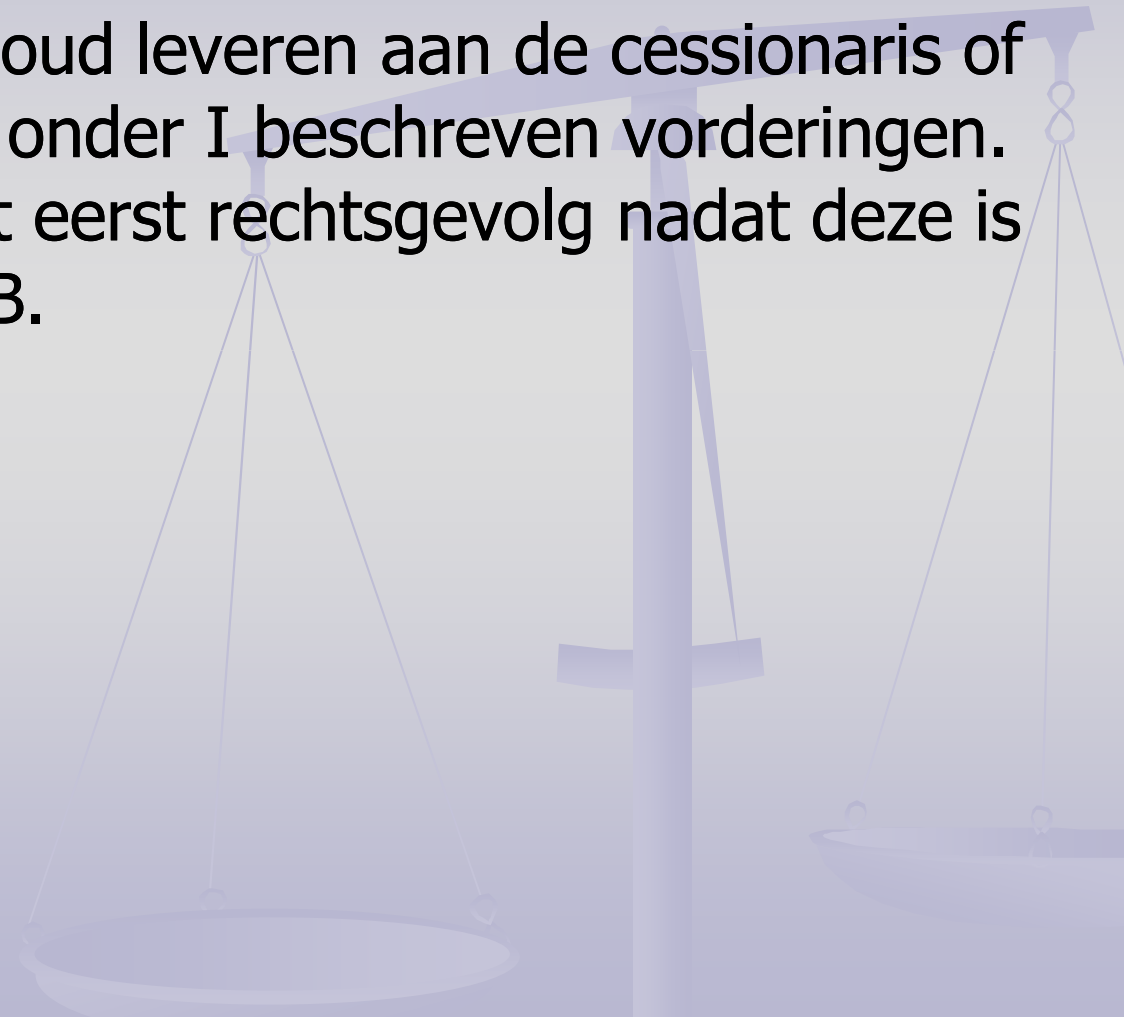
# EV Clausule II

- 
- II. B houdt vanaf de aflevering van de goederen tot de datum van volledig betaling (als vermeld onder I) de goederen voor A en is gehouden deze als een goed huisvader te bewaren, en zorg te dragen dat de goederen duidelijk afgescheiden, dat wil zeggen als zijnde herkenbaar van A wordt bewaard
- III. B is gehouden de onder eigendomsvoorbehoud de goederen ten genoegen van A tegen brand-ontploffingsgevaar, waterschade en diefstal te verzekeren. De polissen dienen aan A ter inzage worden verstrekt. B is op verzoek van A gehouden de rechten terzake van deze verzekeringen aan A te verpanden.

# EV Clausule III

- IV. B is niet gerechtigd op enigerlei wijze zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van A de goederen te bewerken, te vervreemden of te bezwaren, tenzij de bewerking, vervreemding of bezwaring geschiedt nadat B aan haar financiële verplichtingen ten opzichte van A terzake van de betreffende goederen heeft voldaan
- v. Dit eigendomsvoorbehoud is mede bedoeld voor de derde die de vordering(en) als omschreven onder I verkrijgt door cessie (cessionaris) of subrogatie (subrogatus); bij cessie en subrogatie vervalt het eigendomsvoorbehoud niet

# EV Clausule IV

- VI. A kan de rechten uit hoofde uit van dit eigendomsvoorbehoud leveren aan de cessionaris of subrogatus van de onder I beschreven vorderingen. Deze levering heeft eerst rechtsgevolg nadat deze is medegedeeld aan B.
- 



# Hoofdelijkheid art. 6:7 BW I

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Afwijking van hoofdregel bij meer dan een debiteur is gebondenheid voor gelijke delen (art. 6:6 BW)
- Art. 1:88 lid 1 onder c BW (jo art. 1:80b BW) toestemming echtgenoot (geregistreerd partner) bij particuliere hoofdelijkheid
- Hoofdelijke schuldenaren zijn allen primair prestatieplichtig, geen afhankelijk karakter, niet subsidiair, art. 6:7 BW

# Hoofdelijkheid art. 6:7 BW II

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Voor zover iemand wordt uitgewonnen voor meer dan de schuld hem aangaat:
  - Regres, eigen vordering op mede-hoofdelijk schuldenaar, art. 6:10 BW
  - Subrogatie, in de vorderingsrechten van hoofdcrediteur, vgl. art. 6:12 BW (vgl. Ook art. 6:150 BW)

# Regres en Subrogatie

Legal Houdini

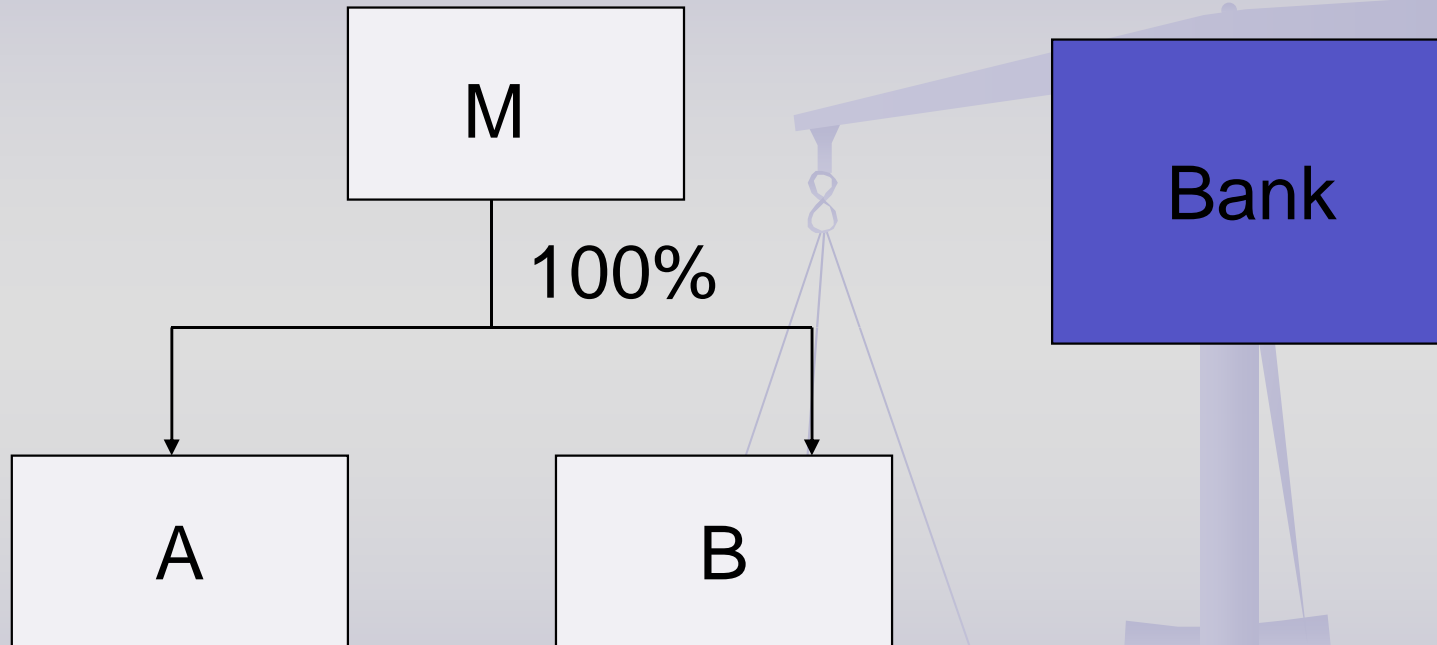
To straighten out  
the legal hitch

- regres: eigen vordering
  - hoofdelijke medeschuldenaren: art. 6:10 BW
  - borgtocht: art. 7:850 lid 3 BW
- subrogatie: in vordering van ander
  - hoofdelijke medeschuldenaren: art. 6:12 BW
  - gevallen art. 6:150 BW

# Voorbeeld regres / subrogatie (I)

Legal Houdini

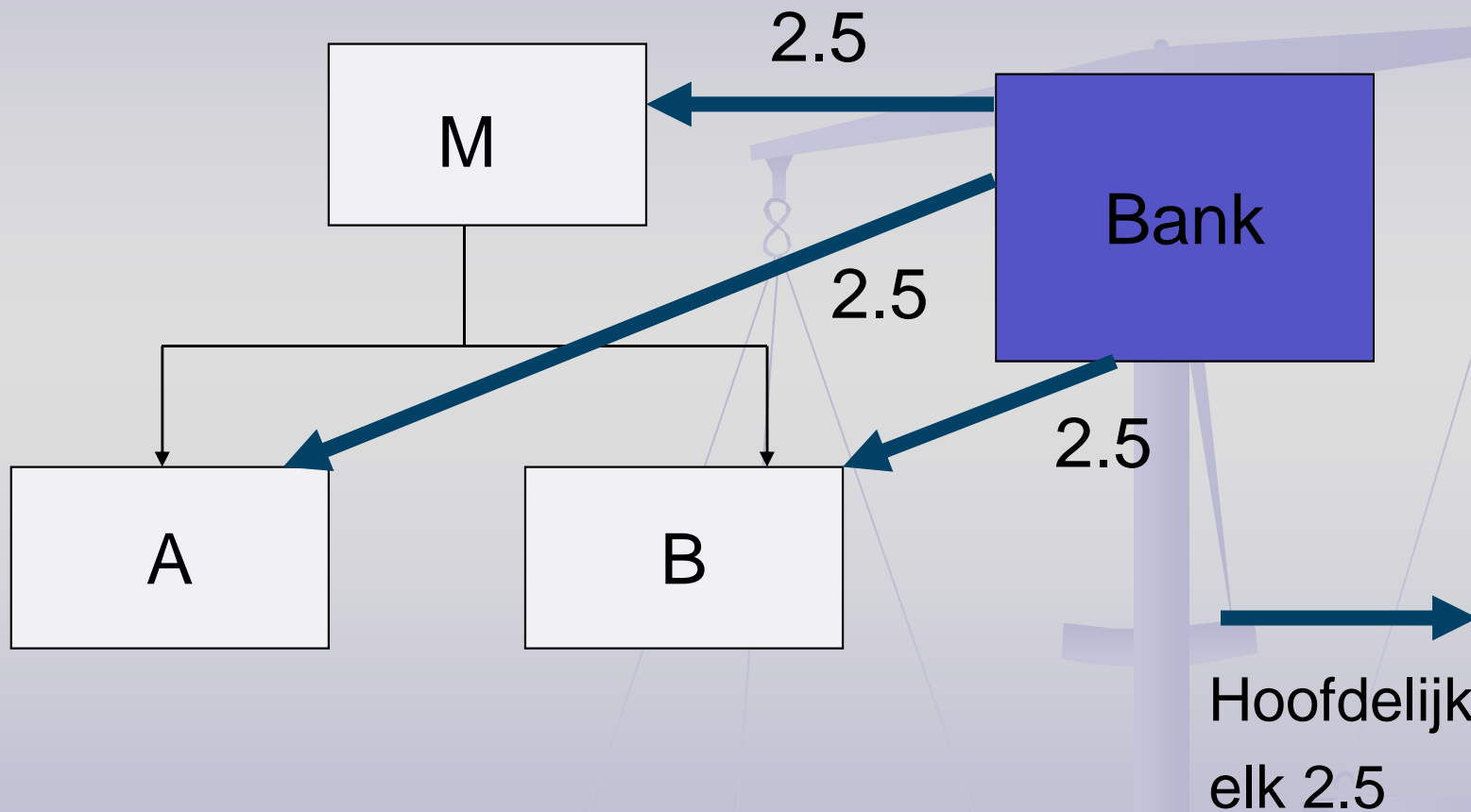
To straighten out  
the legal hitch



# Voorbeeld regres / subrogatie (II)

Legal Houdini

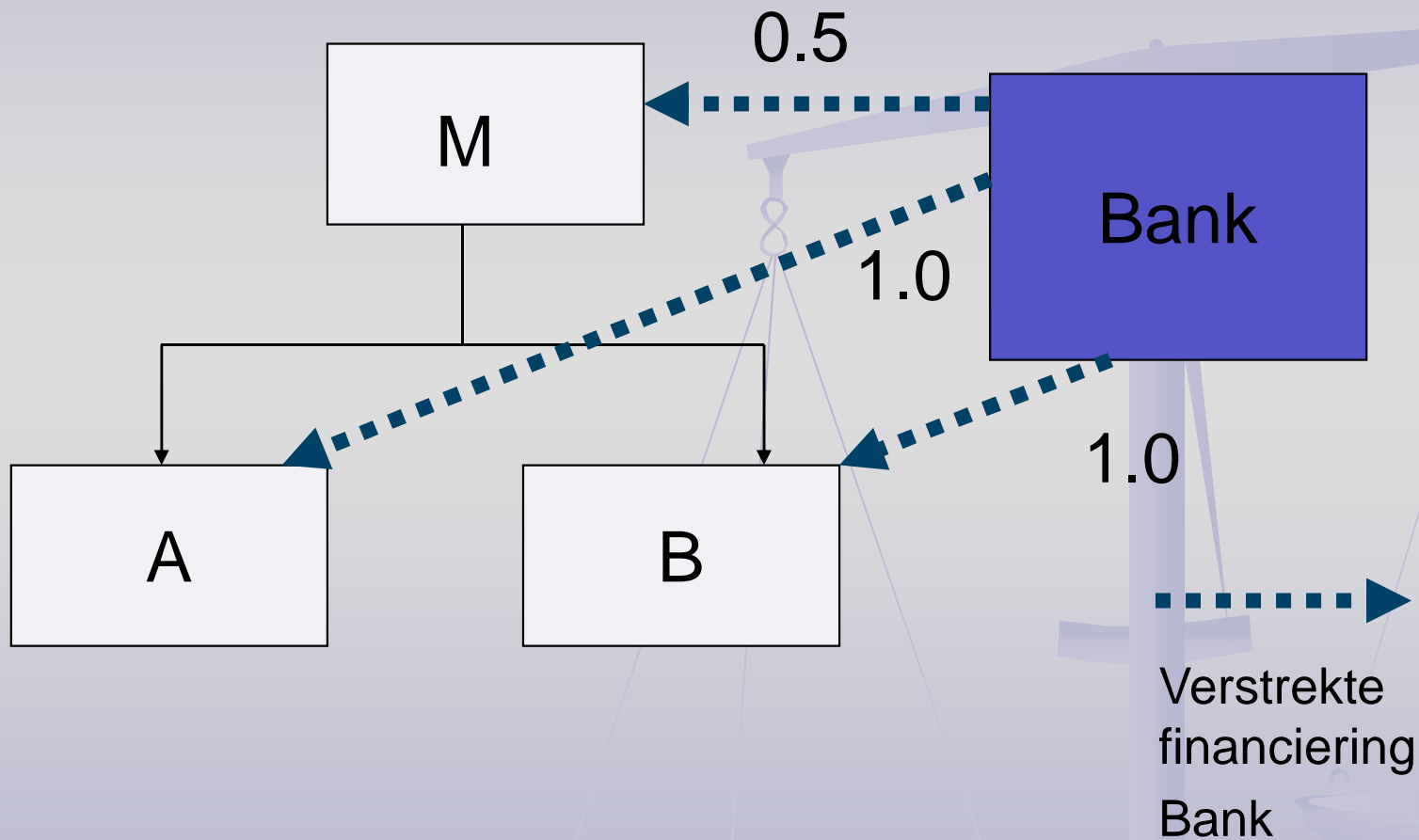
To straighten out  
the legal hitch



# Voorbeeld regres / subrogatie (III)

Legal Houdini

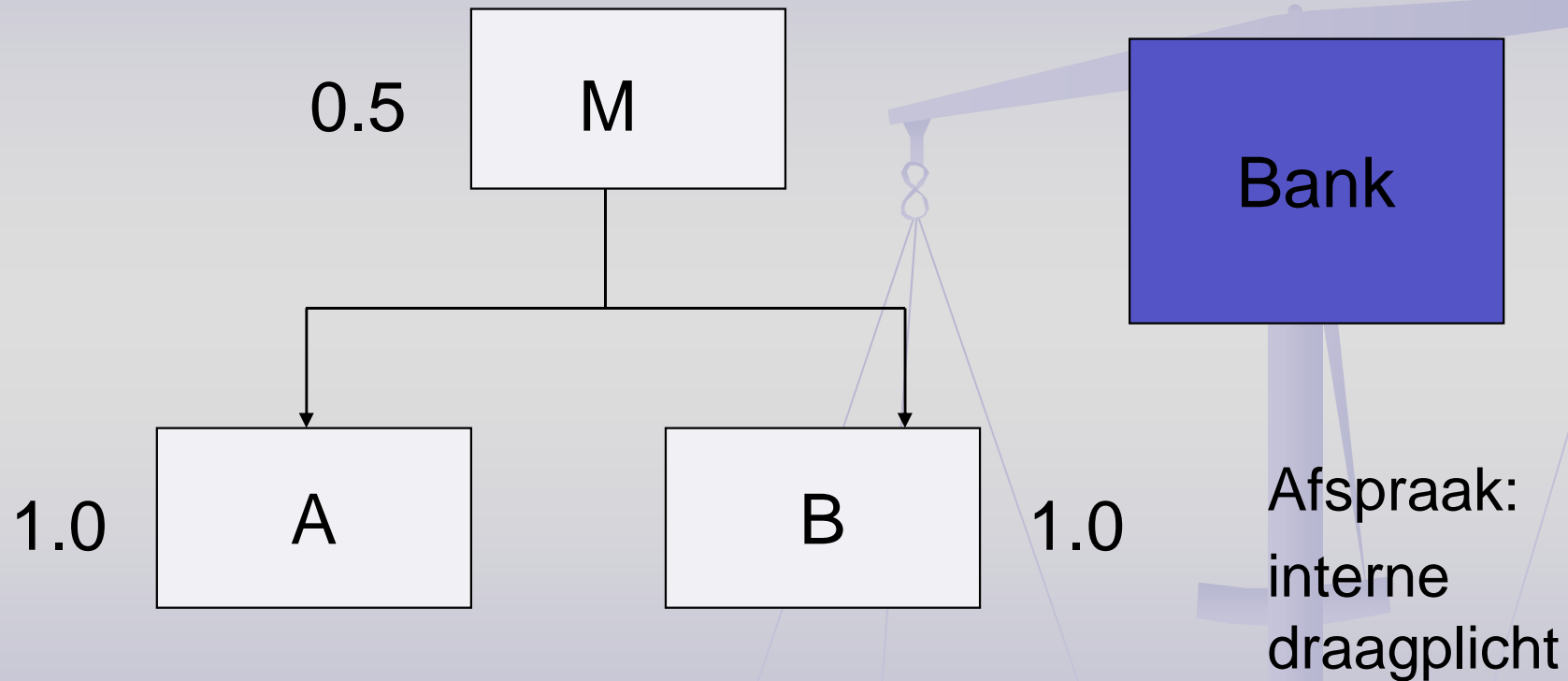
To straighten out the legal hitch



# Voorbeeld regres / subrogatie (IV)

Legal Houdini

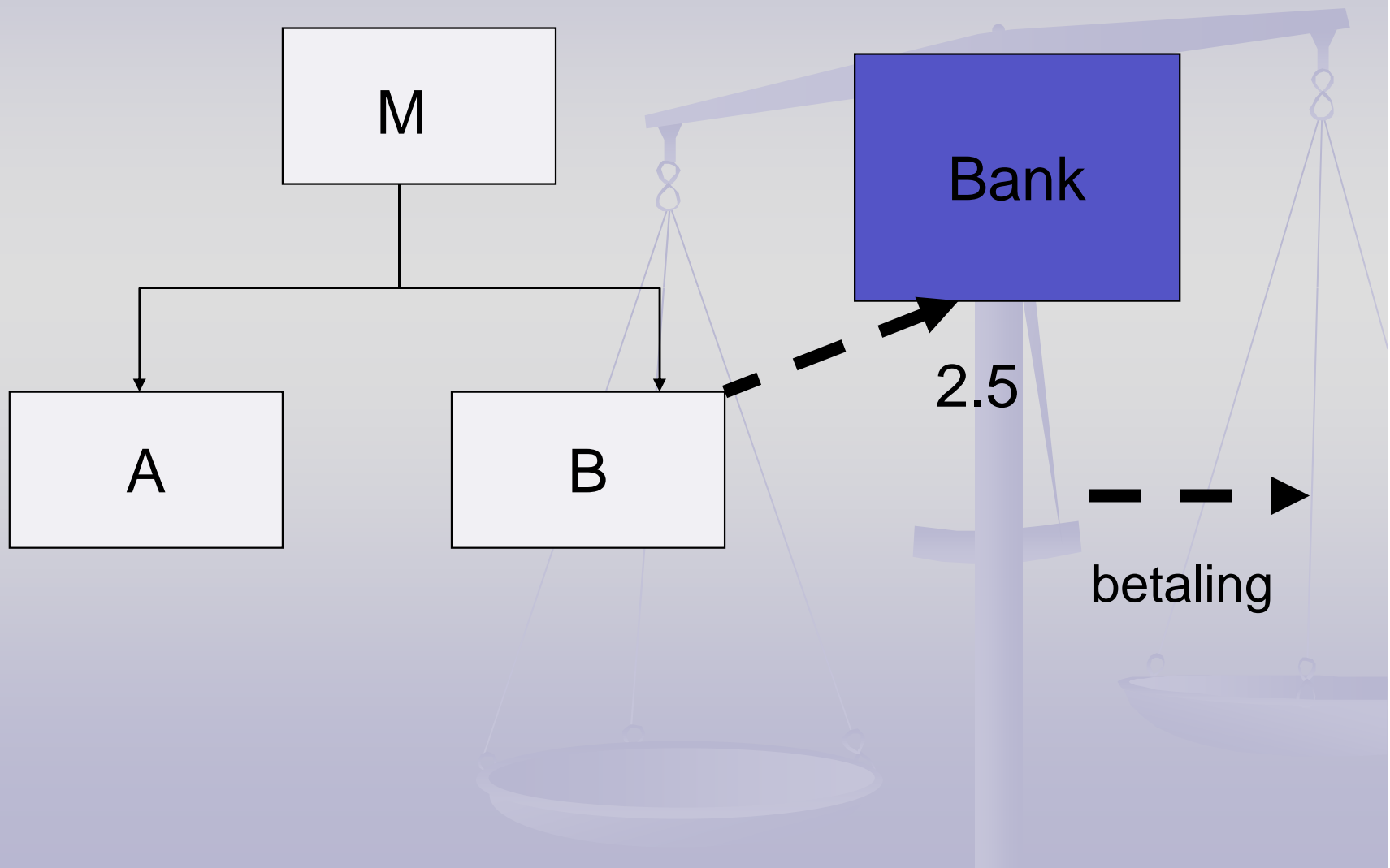
To straighten out  
the legal hitch



# Voorbeeld regres / subrogatie (V)

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

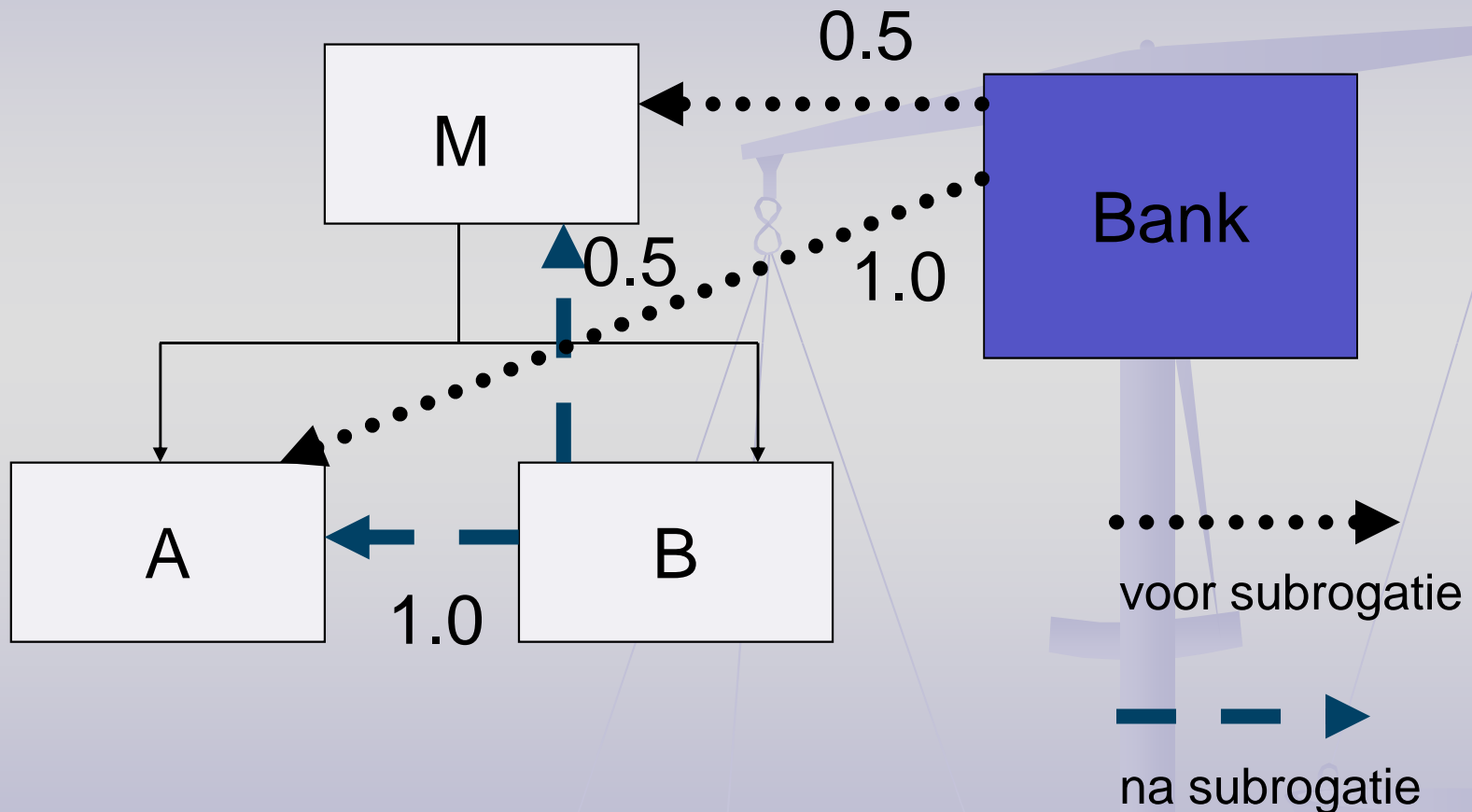




# Voorbeeld regres / subrogatie (VI)

Legal Houdini

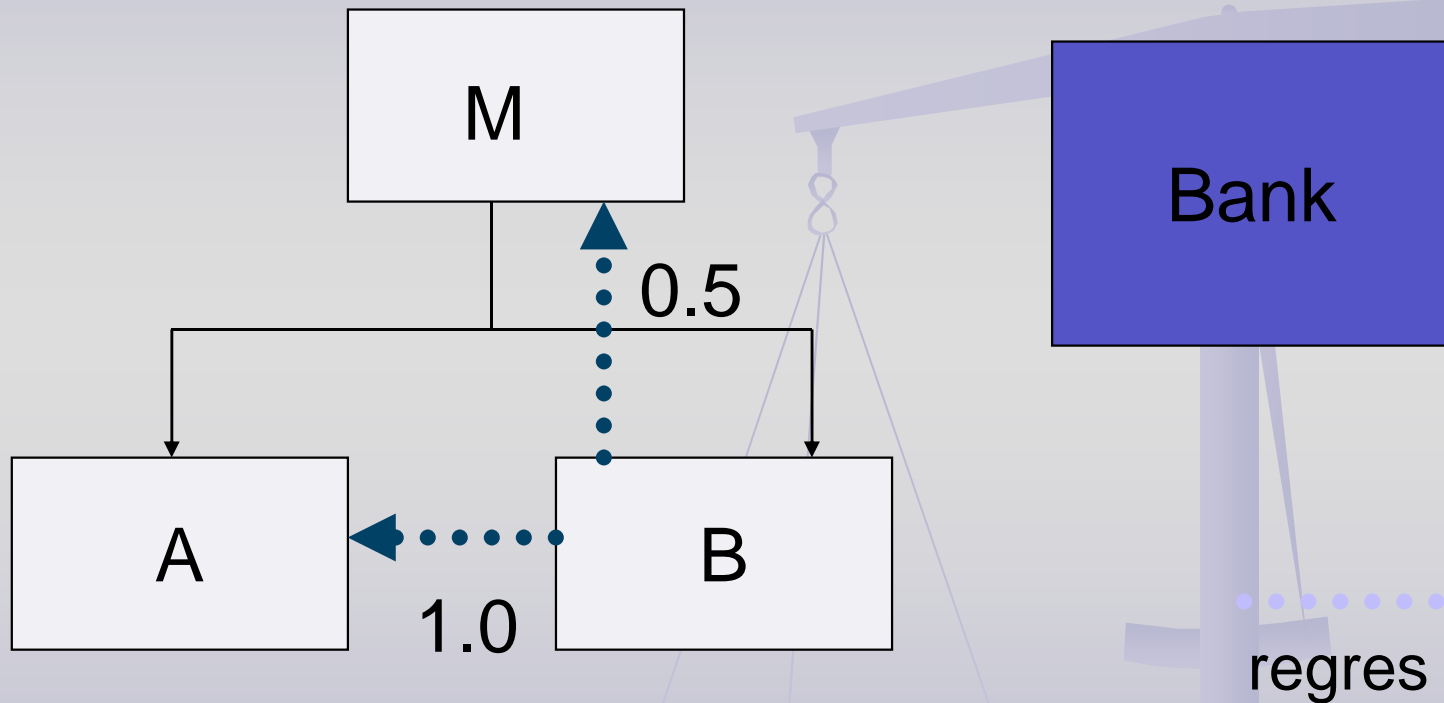
To straighten out the legal hitch



# Voorbeeld regres / subrogatie (VII)

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch



# Concernfinanciering

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- HR 18 april 2003, JOR 2003, 160: Rivier de Lek:
- Interne draagplicht oordeel Hof niet onbegrijpelijk
- Moment van aangaan van de schuld is in beginsel beslissend: als in een concern verhouding bij hoofdelijke aansprakelijke vennootschappen geen andere afspraak wordt gemaakt, is draagplicht in beginsel gelijk
- Degene die is uitgewonnen wordt gesubrogeerd en heeft regres

# Garantie

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Garantie van derde dat de hoofdschuldenaar aan zijn verplichtingen ten opzichte van de schuldeiser zal voldoen
- Art. 1:88 lid 1 onder c BW (jo art. 1:80b BW ) toestemming echtgenoot (geregistreerd partner) bij particuliere garantie
- Onbenoemde overeenkomst
- Vgl. Mr R.I.V.F. Bertrams, De bankgarantie als zekerheidsinstrument bij internationale contracteren, Syllabus IV-59 e.v.

# Voorbeeld I Garantie

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Procesgarantie: garant doet schuldeiser toezegging dat garant aan schuldeiser zal voldoen hetgeen schuldenaar op grond van rechterlijk (of arbitrale) uitspraak (of schikking) aan schuldeiser moet voldoen
- Garantor bedingt regres en subrogatie in vordering schuldeiser, vgl. art. 6:150 onder d BW: de schuldeiser moet van de subrogatie op de hoogte worden gesteld voor het moment dat onder de garantie betaald wordt (vgl. Hof Adam 10 augustus 2000, JOR 2000, 205 )

# Voorbeeld II Garantie

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Afroepgarantie, First demand guarantee: garantor verplicht zich op eerste verzoek te betalen aan hoofdschuldeiser
- Conformiteitsbeginsel, het afroepverzoek moet exact voldoen aan garantie
- Garantor bedingt regres, subrogatie mogelijk niet indien hoofdschuldenaar geen eigen schuld heeft, vb: huurgarantie verstrekt door Bank terwijl betreft periode huur na faillissement waar curator overeenkomst rechtsgeldig beëindigd heeft

# Afhankelijk karakter

Legal Houdini


To straighten out  
the legal hitch

- Vgl. HR 25 september 1998, NJ 1998, 893, JOR 1999, 22 (Haefner/ABN): het Haviltex criterium:
- “ Of een bankgarantie voor de uitgevende bank beroep op de achterliggende overeenkomst al dan niet uitsluit, moet van geval tot geval worden beslist door na te gaan welke zin betrokkenen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bewoordingen van de garantie mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.”

# Varia Garantie

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Syllabus IV-12 Voorbeeldclausules
  - Zie issues genoemd door Croiset van Uchelen:
    - Strict Compliance
    - Misbruik van garanties
    - Overgang/overdracht garanties
    - Ten onrechte uitbetaald
    - Procesgaranties
- 



# Borg art. 7:850 e.v. BW

Legal Houdini

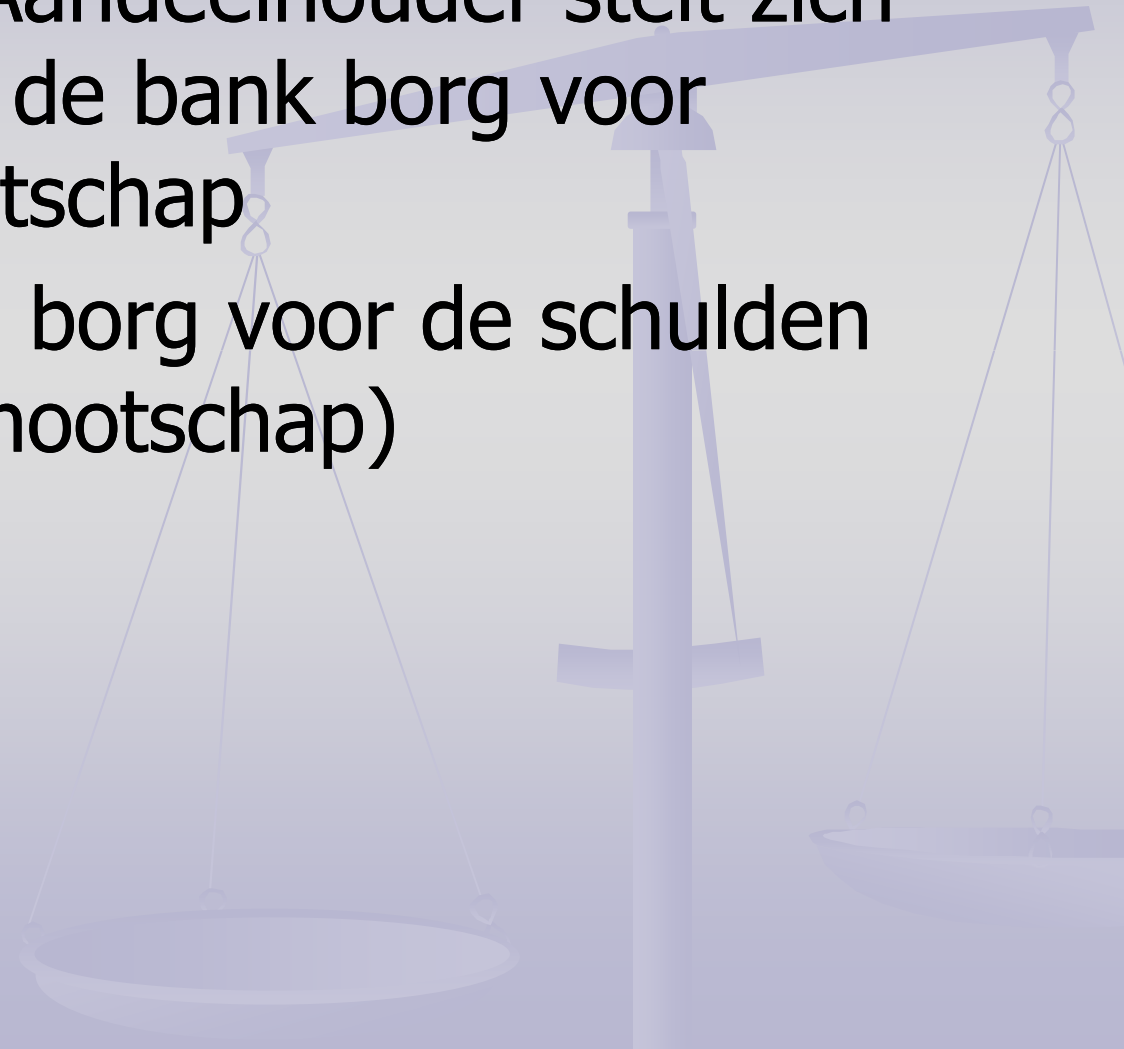
To straighten out  
the legal hitch

- Overeenkomst waarbij de borg zich jegens de schuldeiser verbindt om een schuld die de hoofdschuldenaar heeft te voldoen
- Alleen voor voldoende bepaalde schulden van hoofdschuldenaar, art. 7:851 lid 2 BW
- Afhankelijk karakter, art. 7:851 lid 1 BW
- Subsidiair karakter, art. 7:855 lid 1 BW
- Regres op hoofdschuldenaar, art. 7:866 BW en subrogatie, art. 6:12 BW, mits art. 6:150 BW is voldaan

# Voorbeelden Borgtocht

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Directeur Groot Aandeelhouder stelt zich ten opzichte van de bank borg voor schulden vennootschap
  - Moeder stelt zich borg voor de schulden van dochter(vennootschap)
- 

# Particulier – Professioneel

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Particulier, art. 7:857 BW

**natuurlijke** persoon die noch handelde **in** de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch **ten behoeve** van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap, waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen heeft

- Professionele, de rest

# Uitzondering Particuliere borg

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Of: Particuliere borg heeft eigen bedrijf en handelt in de uitoefening van zijn bedrijf
- Of: Particuliere borg is borg voor onderneming waarvan hij bestuurder is hij heeft direkt of indirekt tezamen met zijn medebestuurders meerderheid van de aandelen en de borg wordt gesteld in de normale uitoefening van het bedrijf van die onderneming

# Uitzondering Particuliere borg

## II

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Vgl. HR 26 januari 2007, NJ 2007, 74, JOR 2007, 80 ING/ Steins: uitzondering voor bestuurder / aandeelhouder geldt ook indien de bestuurder aandelen indirect houdt (Steins was bestuurder van alle relevante vennootschappen en hield indirect zelf meerderheid)
- Vgl. Hof Arnhem 13 mei 2008, LJN BF3284: daaronder kan mede worden verstaan certificering

# Uitzondering Particuliere borg

## III

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Normale uitoefening van het bedrijf van de onderneming?
- HR 14 april 2000, JOR 2000,113, Omzetting huurschuld van vennootschap in achtergestelde lening met borg enig aandeelhouder (koopsom NLG 1), niet in normale uitoefening bedrijf van de onderneming (casus is voor art. 1:88 BW uitzondering doch dat kent zelfde soort uitzondering)
- HR 8 juli 2005, JOR 2005, 233 Rabobank Maastricht: Omzetting van debetstand van onderneming in herfinanciering met borgstelling in verband met verhoogd kredietrisico is niet in normale uitoefening van de onderneming (Noot Verdaas)
- Aangaan van financieringsovereenkomst: in beginsel wel

# Extra eisen Particuliere borg

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- dwingend recht, art. 7:862 BW
- aangaan bij geschrift, art. 7:859 lid 1 BW
- voorts art. 185 Rv uitsluitend dwingend bewijs voor akte met goedschrift voor geldsom, tenzij aangegaan in de uitoefening van **zijn** beroep en bedrijf
- vermelding van maximumbedrag , art. 7:858 lid 1 BW
  - HR 19 september 2008, JOR 2008, 323 als wel bedrag benoemt maar overigens onbepaald, alleen borg voor bedrag
- borg voor onbepaalde tijd kan te allen tijde worden opgezegd; en een borg voor bepaalde tijd in ieder geval na vijf jaar

art. 7:861 lid 1 BW

# Extra eisen Particuliere borg

## II

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- niet voor toekomstige verbintenissen tot vergoeding van schade voor zover schuldeiser de schade had kunnen voorkomen door een toezicht dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, art. 7:861 lid 3 BW
- niet voor toekomstige schulden uit door schuldenaar onverplicht aangegane rechtshandelingen, tenzij art. 7:861 lid 4 BW
- Vb ING akte Syllbus IV-21 e.v.



# Art. 1: 88 BW, toestemming echtgenoot

Legal Houdini

To straighten out the legal hitch

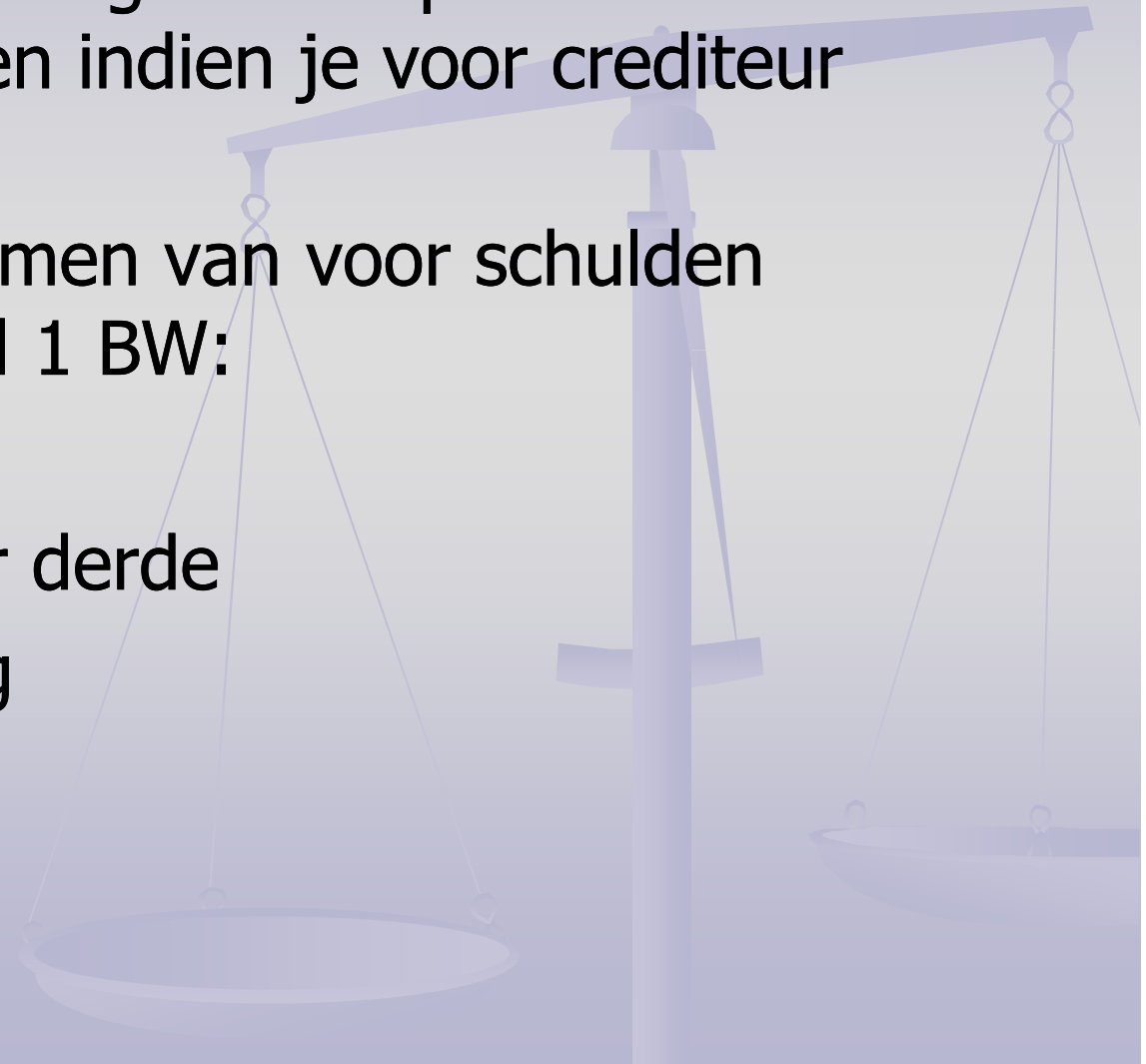
- Lid 1 onder c: Echtgenoot heeft toestemming van andere echtgenoot nodig voor overeenkomsten die ertoe strekken, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg, of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidsstelling voor de schuld van de derde verbindt
- Lid 5: Uitzondering indien verricht door een bestuurder van een vennootschap, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en geschiedt ten behoeve van normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap
- Vgl. Discussie bij al dan niet particuliere borg

# Advies Borg

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Laat echtgenoot / geregistreerd partner zoveel mogelijk meetekenen indien je voor crediteur optreedt
- Vgl. ook andere vormen van voor schulden derden, art. 1:88 lid 1 BW:
  - hoofdelijkheid
  - sterk maken voor derde
  - zekerheidsstelling

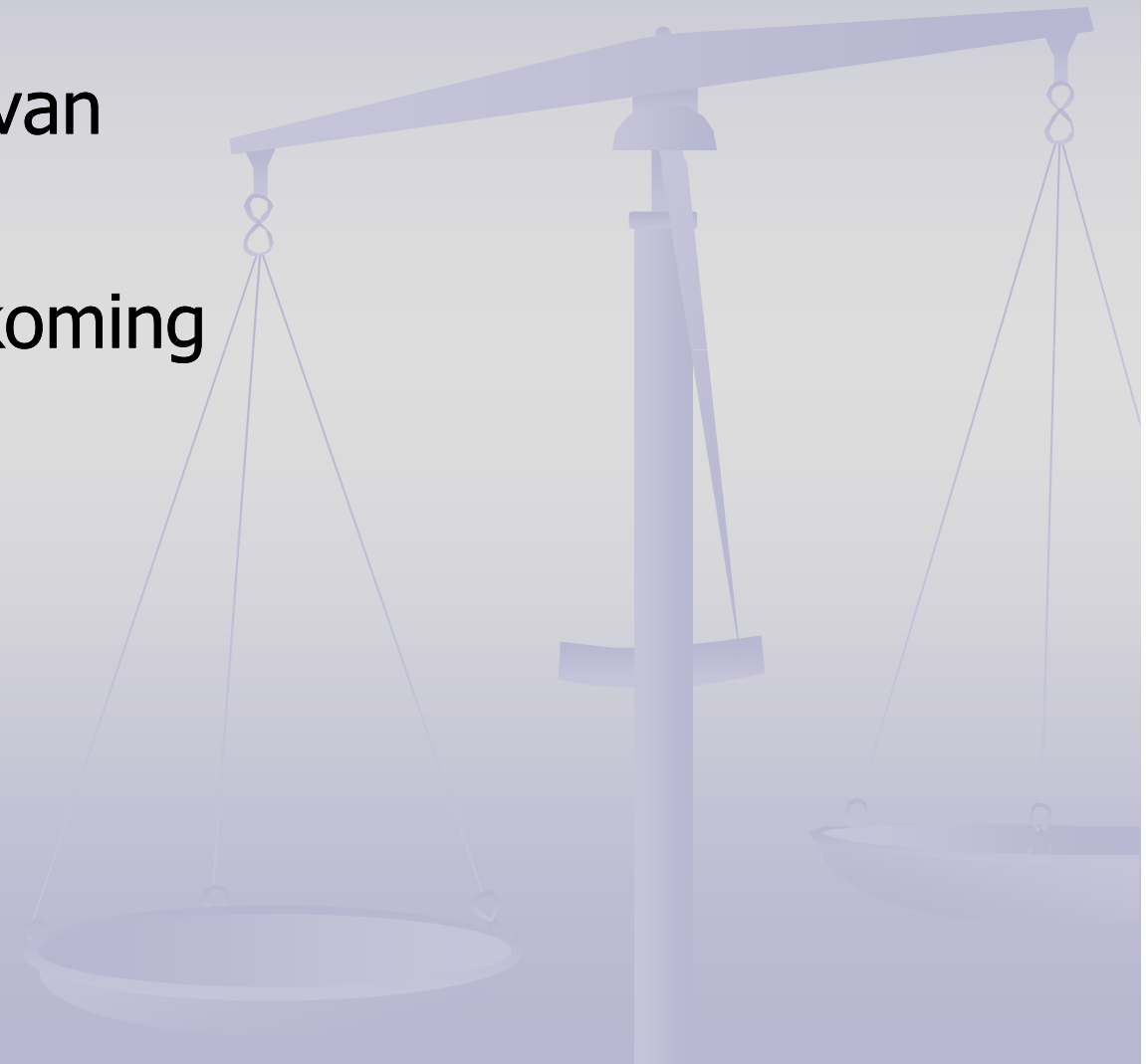


# Goederenrechtelijke

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Waarop te vestigen
- Tot zekerheid waarvan
- Welke vormen
- Wijze van totstandkoming



# Waarop te vestigen

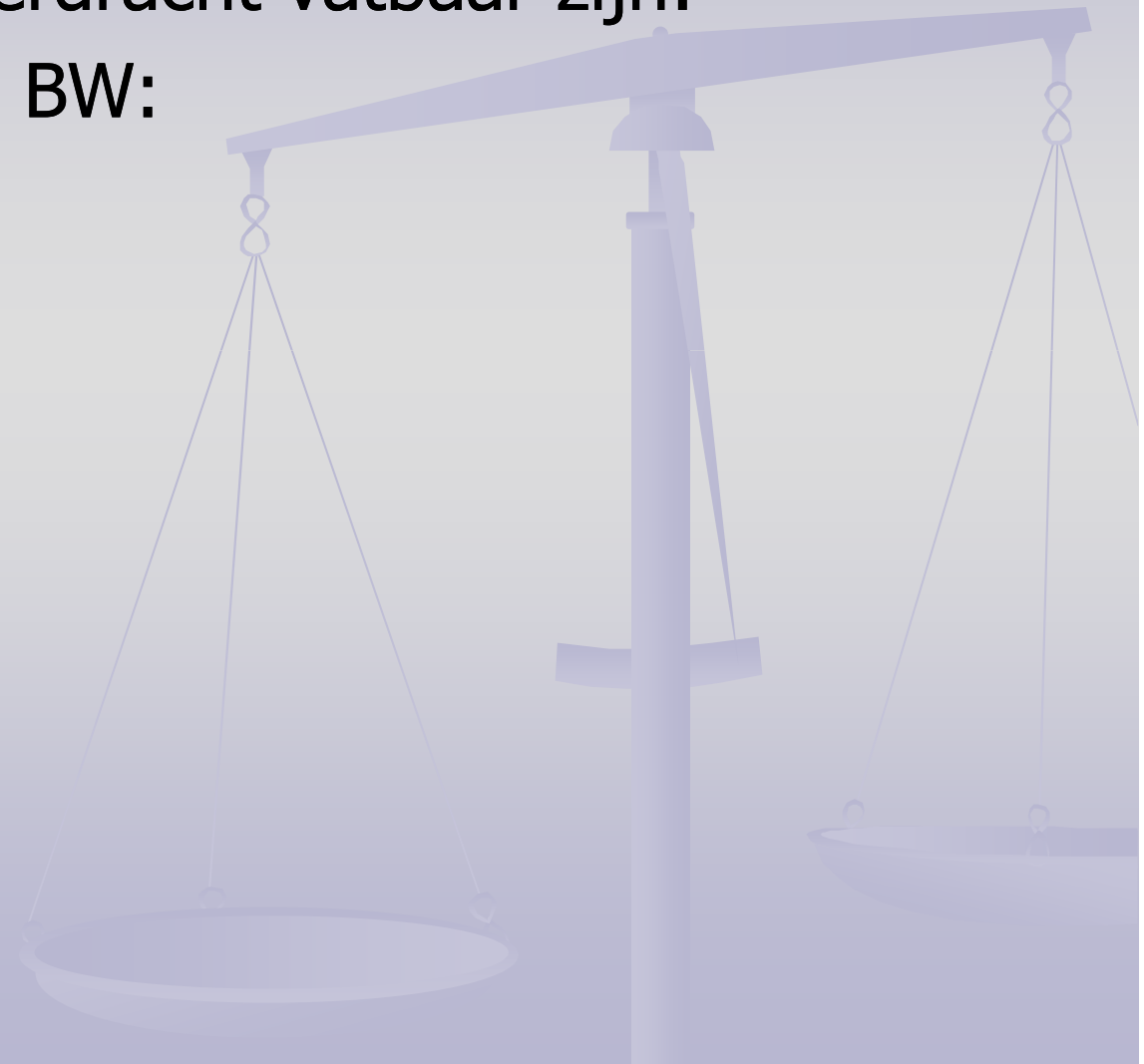
Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

Goederen die voor overdracht vatbaar zijn:

Art. 3:228 BW jo 3:83 BW:

- Eigendom
- Beperkte rechten
- Vorderingsrechten
- Alle andere rechten



# Voor overdracht vatbaar

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

Tenzij uit de wet of de aard van het recht iets anders voortvloeit:

- Eigendom
- Beperkte rechten
- Vorderingsrechten



# Aard verzet zich

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Staat als crediteur bij overheidskrediet, HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766 Staat / Appel
- Vorderingen door de curator ingesteld:
  - Uit hoofde van kennelijk onbehoorlijk bestuur, HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 Den Toom / De Kreek q.q., art. 2:138 BW en art. 2:248 BW
  - Onrechtmatige Daad ten opzichte van crediteuren, de Peeters Gatzen vordering, HR 24 april 2009, RvdW 2009, 579
  - Pauliana vordering (Faber proefschrift)

# Bedingen van onoverdraagbaarheid

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Uitsluitend bij vorderingsrechten
- Op basis van art. 3:83 lid 2 BW, werking tegen derden
- HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 Castricum / ABN
- Tip: in de overeenkomsten de overdracht van rechten door wederpartij uitsluiten indien wenselijk, vgl. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding

# Onoverdraagbaarheid

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Onoverdraagbaar is onverpandbaar?
- Afwijkende leer, ook bij onoverdraagbare, Verhagen, Rongen (Cessie, 2000) en Vriesendorp WPNR 6211 is toch verpanding mogelijk
- HR 17 januari 2003, LJN nummer AF0168, Zaaknr C01/162, JOR 2003, 52: als de verpanding ook expliciet is uitgesloten, kan er niet verpand worden (Noot Rongen)
- Vraag die nog open staat: wat als er uitsluitend staat onoverdraagbaar? (vgl. Bartels, Bb 9 mei 2003, nr. 9, Vriesendorp in Ars Aequi 2003, nr 3, p. 191 e.v., Beekhoven van den Boezem, p. 97 e.v.)



# Andere rechten

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

Overdraagbaar indien de wet dat bepaalt:

Vb: intellectuele eigendomsrechten vgl. ook TvI

November 2002, p. 265 e.v. Le Poole:

- Octrooi, ja, art. 67 Octrooiwet
- Auteursrecht, ja, art. 2 Auteurswet jo art. 3:236 lid 2 BW
- Merkenrecht, ja, , art. 2:33 Benelux Verdrag inzake Intellectuele Eigendom jo art. 3:236 lid 2 BW
- Handelsnaam, misschien, art. 2 HNW
- Software: pandrecht auteursrecht en pandrecht op gegevens drager HR 20 september 2002, JOL 2002, 478, JOR 2002, 210 ING / Muller q.q., WPNR 2002, 6511, p. 791 Verdaas

# Tot zekerheid waarvan

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Geldvordering die bepaalbaar is (art. 3:231 lid 1 en 2 BW):
  - Bestaande vordering
  - Toekomstige vordering uit bestaande rechtsverhouding
  - Toekomstige vordering uit toekomstige rechtsverhouding
- Zekerheidsrecht ontstaat om moment van vestiging, ook al betreft het een toekomstige vordering tot zekerheid waarvan het gevestigd wordt, vgl. impliciet HR 16 juni 2000, JOL 2000, 350, bevestiging van NJ 1955, 711

# Bepaaldheid van vordering

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Vaste hypotheek
- Krediethypotheek
- Bankhypotheek



# Vaste hypotheek

- “De schuldenaar verklaart tot meerdere zekerheid voor de terugbetaling van een **lening, groot Euro 100.000** aan de schuldeiser een recht van hypotheek te verlenen”



# Krediethypothek

- “De schuldenaar verklaart tot meerdere zekerheid voor de betaling van al hetgeen de schuldeiser te vorderen heeft of mocht hebben uit hoofde van een tussen de schuldeiser en schuldenaar bestaande **rekening courant krediet, groot 100.000** aan de schuldeiser een recht van eerste hypotheek te verlenen”

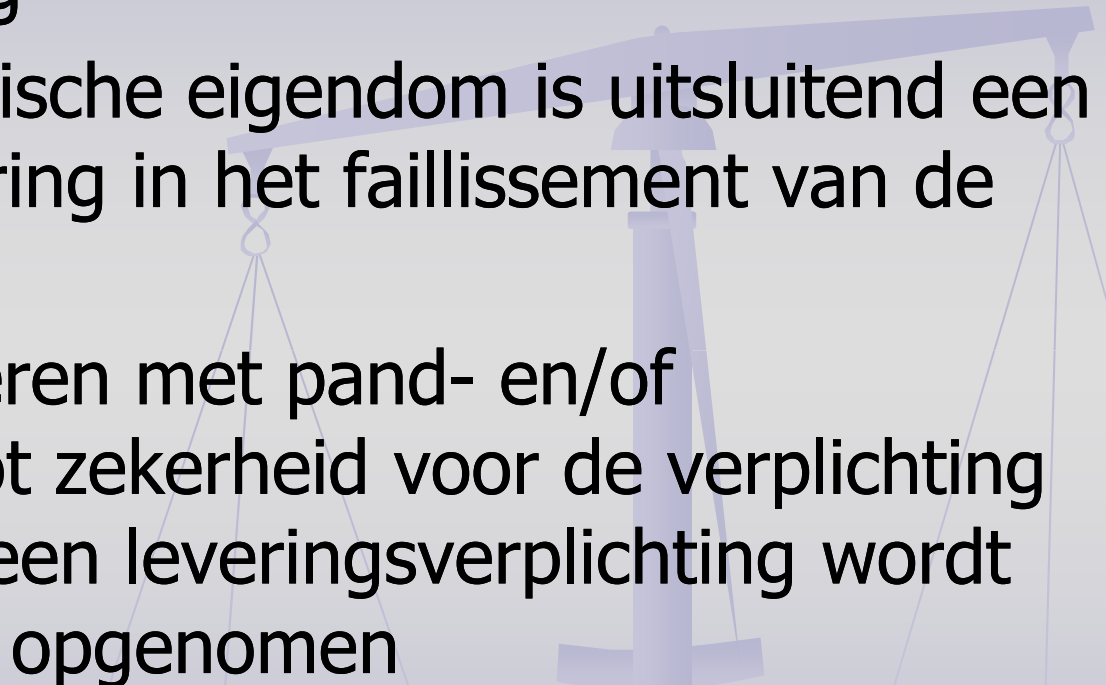
# Bankhypotheek

- “De schuldenaar verklaart tot meerder zekerheid voor de betaling van al hetgeen de schuldeiser nu of in de toekomst van schuldenaar te vorderen heeft of mocht hebben uit hoofde van door schuldeiser verstrekte of te verstrekken geldleningen, al dan niet in rekening courant, of **uit welke andere hoofde dan ook**, aan schuldeiser een recht van eerste hypotheek te verlenen”

# Leveringsverplichting?

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- economische overdracht van een goed, met uitgestelde levering
  - probleem: economische eigendom is uitsluitend een concurrente vordering in het faillissement van de failliet
  - dus indirect secureren met pand- en/of hypotheekrecht: tot zekerheid voor de verplichting tot nakoming van een leveringsverplichting wordt een boetebepaling opgenomen
- 

# Overdracht schuld (I)

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Zekerheidsrecht is een afhankelijk recht, dat wil zeggen, volgt bij overdracht van de schuld tot zekerheid waarvan deze verstrekt is, de schuld. Maar bij bankpand of bankhypotheek is de schuld niet altijd duidelijk, vgl. HR 16 september 1988, NJ 1989,10 (Balkema-arrest)



# Overdracht schuld (II)

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Oplossing: gedeeltelijke opzeggen van het pand-hypotheekrecht
- Literatuur lijkt om te gaan en wel overgang aan te nemen: Cessie, Verhagen en Rongen (2000), p. 142 e.v., Vranken in Bunder Yin-Yang, p. 429 e.v., Bos, NTBR 2002/2, p. 56 e.v., Timmerman, Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht, p. 409 e.v., zeer recent Thiele in Zekerhedenrecht in ontwikkeling, preadvies KNB 2009, p. 71 e.v.

# Pandrecht

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

Alle overige goederen (voor zover deze overdraagbaar zijn)

Art. 3:236 e.v. BW, voorbeelden Pandrecht:

- Roerende zaken
- Vorderingsrechten
- Aandelen in een vennootschap
- Intellectuele eigendomsrechten, zoals octrooi, auteursrecht, merkrecht, recht op tekening of model of recht op handelaar

# Hypotheek

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Uitsluitend te vestigen op een registergoed, goederen voor welke overdracht of vestiging inschrijving in de daartoe bestemde registers is vereist, art. 3: 260 BW
  - Onroerende zaken
  - Teboekgestelde schepen
  - Teboekgestelde luchtvaartuigen
  - Beperkte zakelijke rechten die op deze goederen kunnen worden gevestigd (erfpachtrecht, vruchtgebruik en opstal)
  - Appartementsrecht

# Wijze van Totstandkoming

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

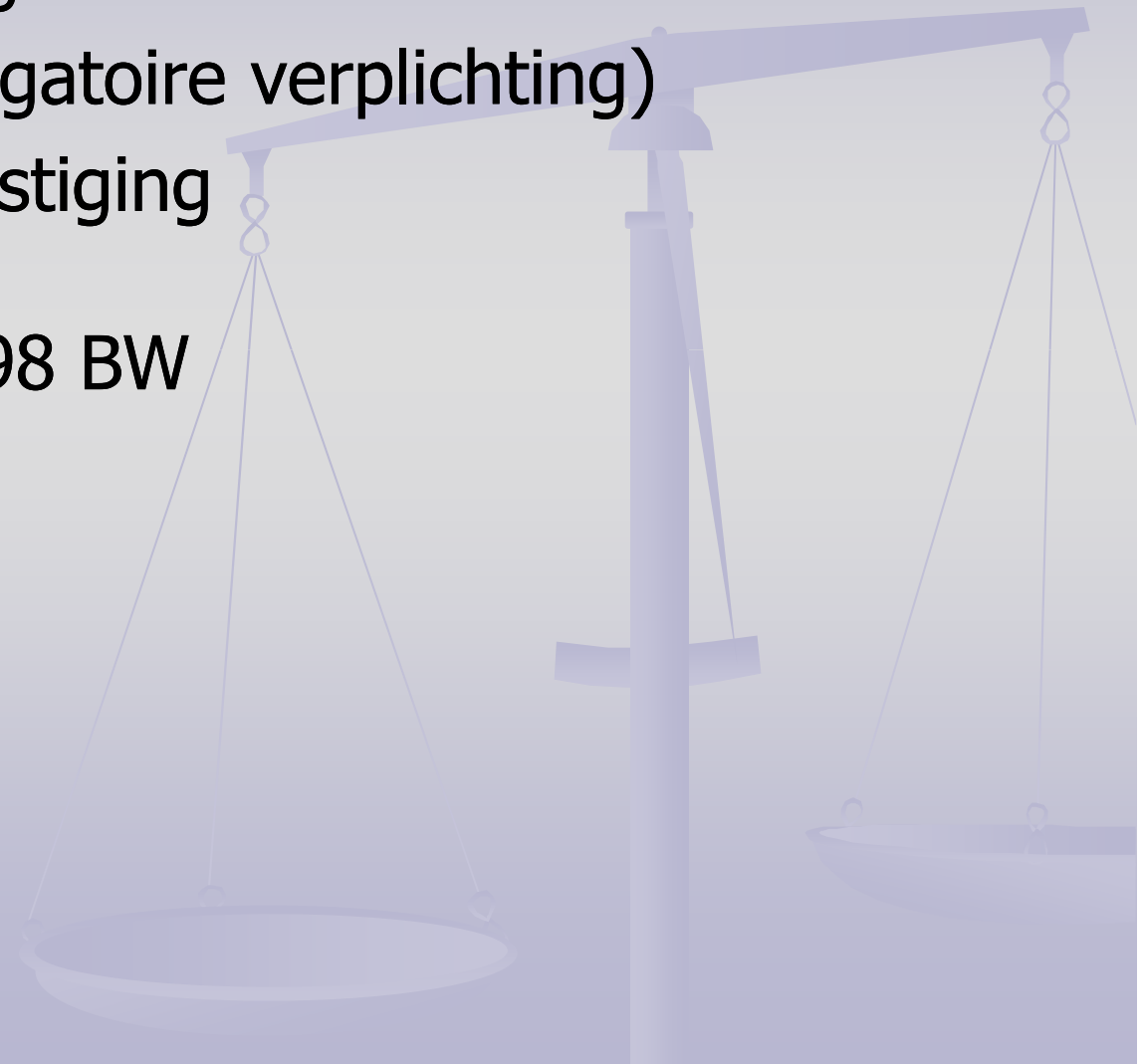
Obligatoire deel:

- Verplicht de schuldenaar tot het verstrekken van de zekerheid
- Vormvrij
- Art. 20 Algemene Bankvoorwaarden, straks art. 26
- Illustratie: Concernfinanciering, Rb Middelburg 13 januari 1999, JOR 1999, 99; in casu vlak voor faillissement alsnog hoofdelijkheid verbonden

# Goederenrechtelijke

- Beschikkingsbevoegdheid
- Geldige titel (is obligatoire verplichting)
- Formaliteiten bij vestiging

Vgl. art. 3:84 jo 3:98 BW

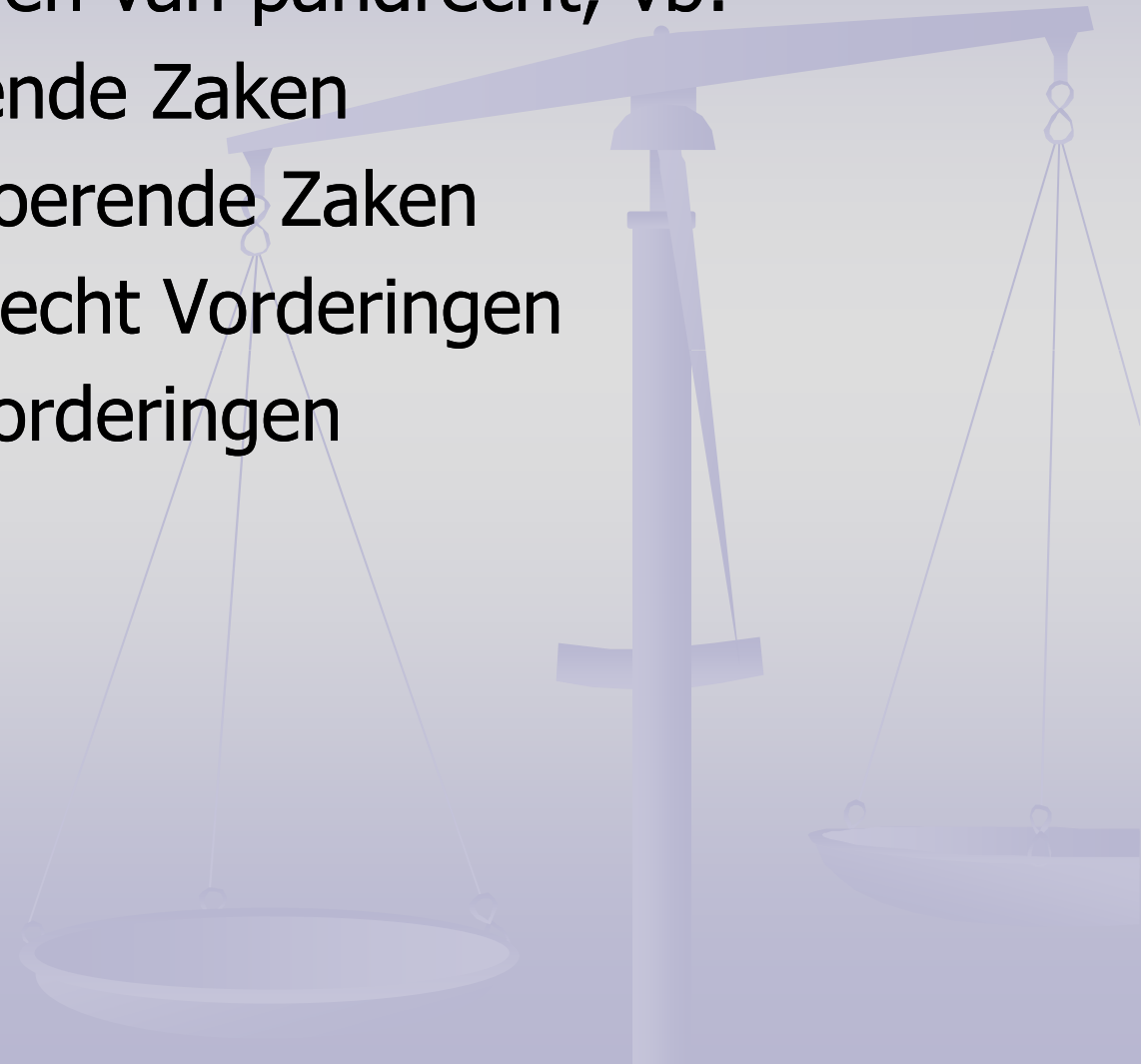


# Formaliteiten pandrecht

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Verschillende vormen van pandrecht, vb:
  - Vuistpand Roerende Zaken
  - Stil Pandrecht Roerende Zaken
  - Openbaar Pandrecht Vorderingen
  - Stil Pandrecht Vorderingen

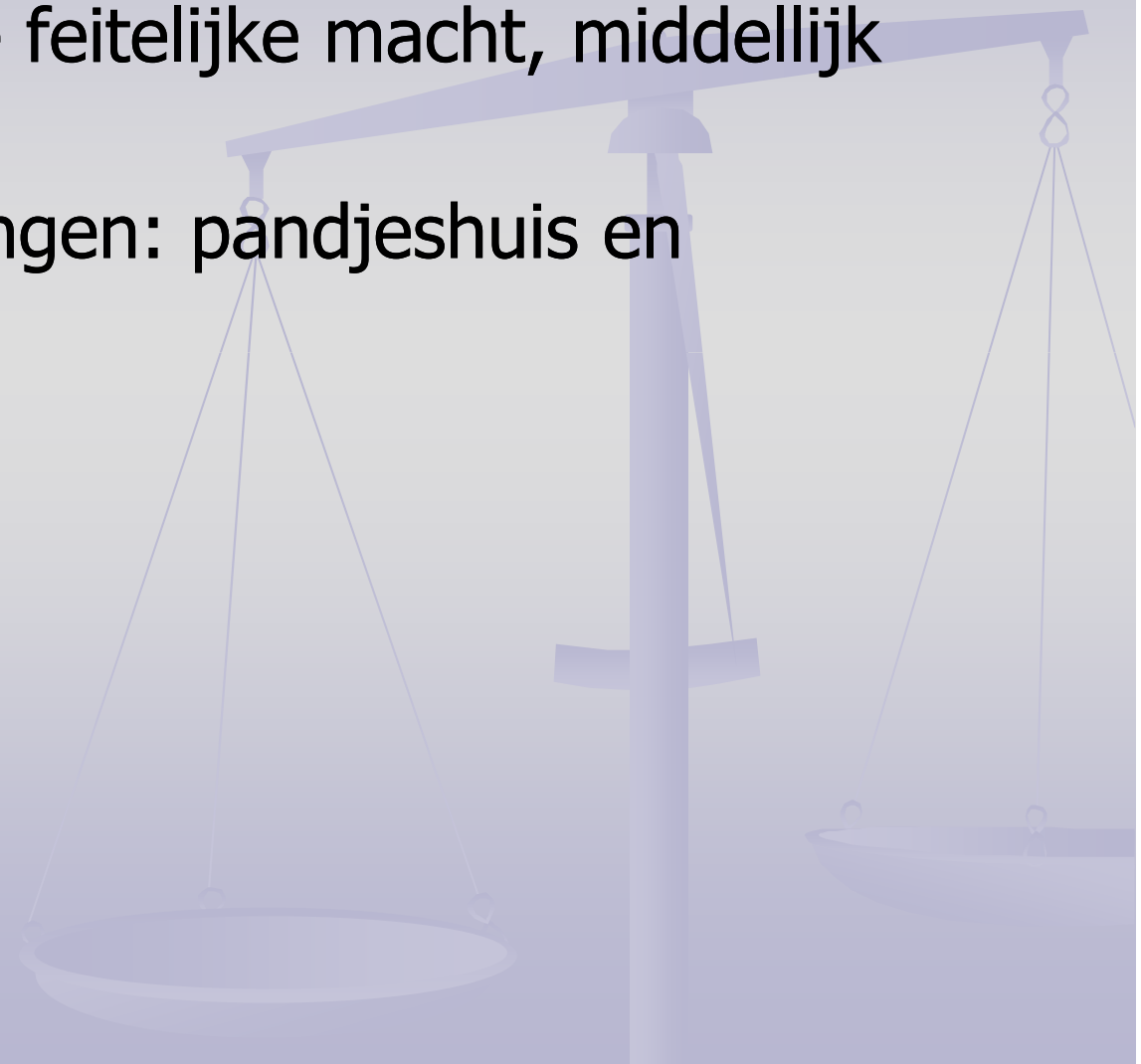


# Vuistpand roerende zaken

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Art. 3:226 BW
- Verschaffing van de feitelijke macht, middellijk of onmiddellijk
- Praktische toepassingen: pandjeshuis en warrantage



# Stil pandrecht roerende zaken

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Art. 3:227 BW: Onderhandse geregistreeerde of authentieke (doorgaans notariële) (eenzijdige of tweezijdige) akte
- Eenzijdige Akte is voldoende; vgl. HR 29 juni 2001, JOR 2001, 220 Meijs q.q. vs Bank of Tokyo: bovendien: registratie faxcopie akte is voldoende;
- Registratie bij inspectie der registratie en successie, moment waarop ter registratie wordt aangeboden is beslissend, HR NJ 1996, 471 Mulder q.q. / CLBN



# Stil pandrecht roerende zaken

- Voordeel authentiek, vgl. art. 491 e.v. Rv, deurwaarder kan goederen weghalen (alternatief met toestemming President, de DSB kunstcollectie)
- Zowel ten tijde van verpanding bestaande zaken als (in dezelfde akte bij voorbaat) ook
- Ten tijde van verpanding nog niet in het bezit van schuldenaar zijnde zaken, vgl. 3: 97 en 98 BW: pandrecht ontstaat dan op het moment dat schuldenaar zaak verkrijgt (behoudens faillissement, art. 35 lid 2 FW)

# Wetenschappers

- Struycken (Ars Aequi 1998/5, pag. 76 en in noot onder JOR 1999, 45): bepaaldheid vereist specificatie van roerende zaken op lijsten
- Heersende leer is anders, vgl. Hof Leeuwarden 21 juli 2009, LJN: BJ 336 en Rb Middelburg en Rb Den Haag in JOR 1999, 45 en 46 en schrijvers in artikel Struycken

# Openbaar pandrecht vorderingen

Legal Houdini

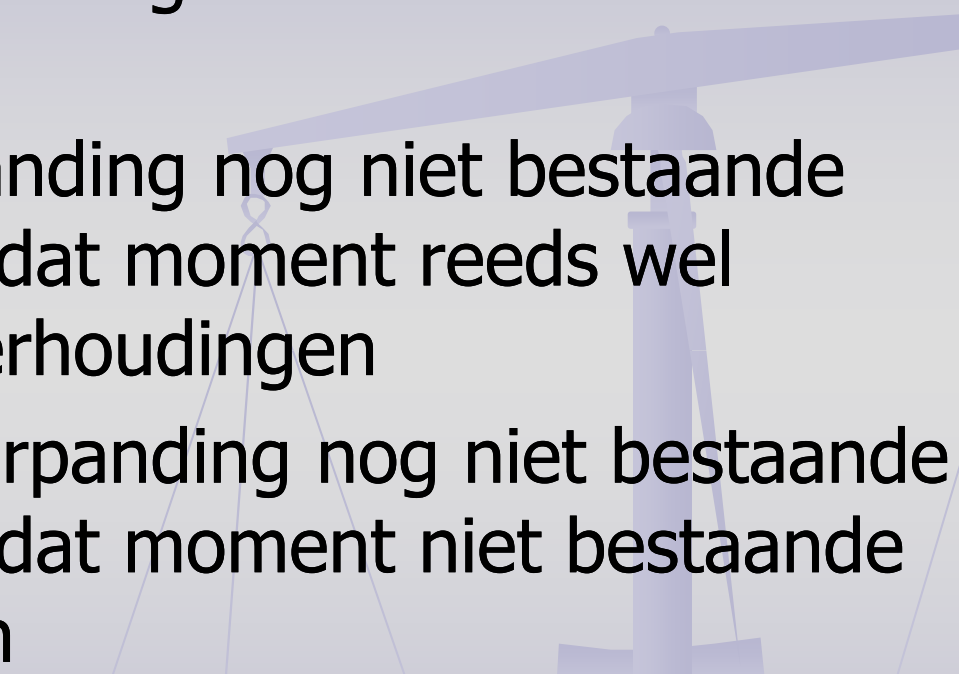
To straighten out  
the legal hitch

- Art. 3:236 jo 3:94 BW
- Onderhandse akte en mededeling aan debiteur
- Voorbeeld: verpanding van debiteuren bij factormaatschappij, op factuur wordt melding gemaakt van verpanding
- Debiteur moet altijd bekend zijn omdat mededeling moet worden gedaan
- Bepaaldheid ingevolge art. 3:84 lid 2 BW

# Welke vorderingen openbaar

Legal Houdini

To straighten out the legal hitch

- Ten tijde van verpanding bestaande vorderingen
  - Ten tijde van verpanding nog niet bestaande vorderingen uit op dat moment reeds wel bestaande rechtsverhoudingen
  - Ten tijde van de verpanding nog niet bestaande vorderingen uit op dat moment niet bestaande rechtsverhoudingen
- 

# Stille verpanding vordering

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Art. 3:239 BW
- Onderhandse geregistreeerde akte of authentieke (eenzijdige of tweezijdige) akte
- Geen mededeling aan debiteur
- Bepaaldheid speelt nog duidelijker: men kan niet aan de debiteur melden dat alle vorderingen op hem zijn verpand
- Beperking: moeten hun grondslag vinden in een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding

# Bepaaldheidvereiste I

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Art. 3:84 lid 2 BW
- HR 21 december 2002, JOR 2002, 38, Sobi / Hurks II en HR 20 september 2002, JOL 2002, 484, Muller q.q. / Rabobank (Vgl. noot Faber in JOR 2002, 348 en Franken in Noot JutD 2002, 6., p. 16 e.v., en Verdaas in WPNR 2002/6511, p. 791 e.v., NJ 2004, 182)
- Vangnetbepaling

# Bepaaldheidvereiste II

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- HR aanvaardt de vangnetbepaling:
  - “alle ten tijde van de ondertekening en/of registratie van deze pandakte bestaande vorderingen en alle vorderingen die op dat moment rechtstreeks uit een bestaande rechtsverhouding zullen voortvloeien”
- Ook al moet aan de hand van de administratie dan bezien worden om welke vorderingen het gaat
- Hoge Raad geeft steeds ruimere invulling aan het begrip bepaaldheid

# Conclusie en advies

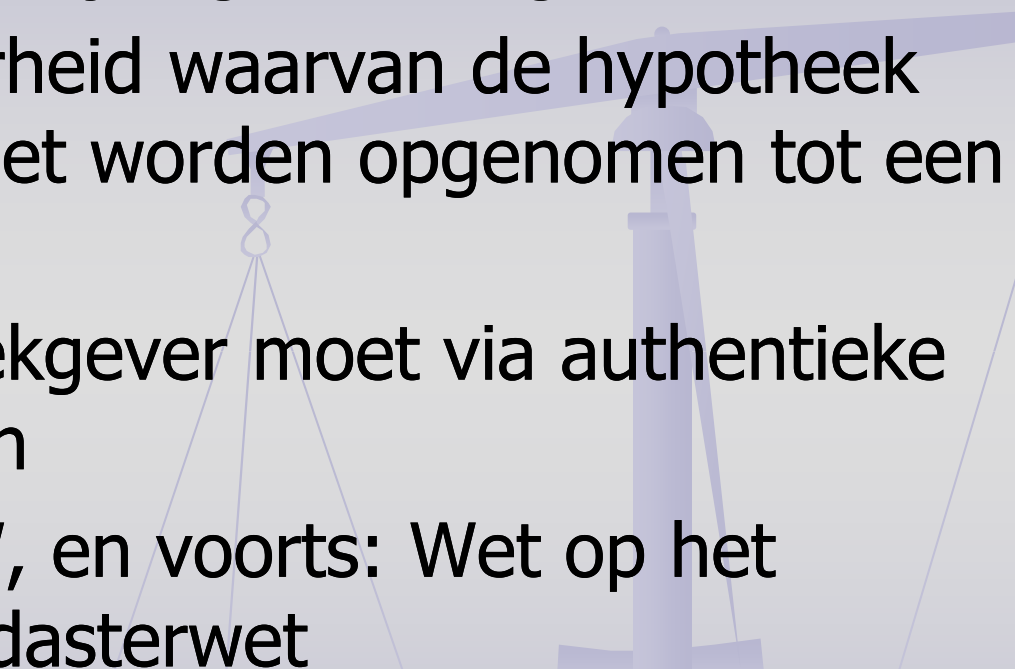
Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Verstandig ook, maar dan alleen aanvullend, met lijsten te werken met verplichting verpandingen toekomstige overeenkomsten via lijsten
- ING/Verdonk q.q. 22 juni 2007, JOR 2007, 22: Curator mag na wachtermijn van 14 dagen zelf gaan innen als pandhouder niets doet
- Hamm q.q./ABN Hof Den Haag 25 september 2007, JOR 2007, 287, art 3:15b BW verplicht de curator om tegen kostprijs aan stille pandhouder gegevens te verschaffen, thans cassatie, HR 30 oktober 2009 : idem



# Formaliteiten hypotheek

- Notariële akte, inschrijving in de registers
  - Vordering tot zekerheid waarvan de hypotheek wordt verstrekt moet worden opgenomen tot een maximumbedrag
  - Volmacht hypotheekgever moet via authentieke akte totstandkomen
  - Vgl. art. 3: 260 BW, en voorts: Wet op het Notarisambt en Kadasterwet
- 

# Oneigenlijke

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Geen goederenrechtelijke zekerheden maar obligatoire afspraken tussen debiteur en crediteur
- Pari passu verklaring: Verklaring van schuldenaar aan schuldeiser dat de schuldeiser op gelijke wijze zal worden behandeld als andere schuldeisers (lees: dat zijn vordering dezelfde heeft als alle overige concurrente crediteuren)
- Zuiver aanvullend op art. 3:277 lid 1 BW waarin dat reeds is opgenomen

# Hypotheek-/Pandverklaring

- Verklaring waarbij schuldenaar zich verplicht om op eerste verzoek van schuldeiser aan deze een recht van hypotheek of pand te verstrekken (positieve)
- Verklaring waarbij schuldenaar zich ten opzichte van schuldeiser verbindt om aan derden geen pand- of hypotheekrecht te verstrekken (negatieve)

# Pari Passu / Hypotheek- /Pandverklaring

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

Hof Adam 22 oktober 1998, JOR 1999, 32 Daf /  
Ofasec:

- Combinatie van pari passu en negatieve - positieve pandverklaring
- In casu vraag naar reikwijdte van deze verplichtingen met betrekking tot groeps-maatschappijen
- HR heeft in voordeel van de banken beslist, dochters niet gebonden aan afspraak moeder (23 maart 2001, JOR 2001, 116, Bb 2001, nr 16 en Ondernemingsrecht 2001, afl. 9), na terugverwijzing heeft Hof Den Haag eveneens in voordeel banken beslist (JOR 2004, 289).

# Patronaatsverklaring

- Verklaring van (doorgaans) moeder van de hoofdschuldenaar jegens de hoofdschuldeiser waarin moeder verklaart dat zij van het aan de dochter verleend krediet op de hoogte is en het beleid van de moeder is ervoor zorg te dragen dat de dochter haar verplichtingen nakomt
- Soms ook in de trant van een Letter of Comfort zie Rb Adam 1 augustus 2007, JOR 2008, 53, in casu geen comfort maar een garantie dat de dochter zou betalen

# Net worth verklaring

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- Verklaring van zekerheidgever aan de hoofdschuldeiser houdende dat eigen (of aansprakelijk) vermogen van schuldenaar op een bepaald niveau zal blijven
- Rb Utrecht 12 februari 2003, JOR 2003, 125 voor geval waar vermogensinstandhoudingsverklaring daadwerkelijkheid zekerheid gaf (vgl. ook B.K. Waals in *Vennootschap & Onderneming*, 2004, 4, p. 69 e.v.)
- Zie in algemene zin Wibier in *Zekerhedenrecht in ontwikkeling*, preadvies KNB 2009, p. 195 e.v.

# Ratio's

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

- In de overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser worden bepaalde bedingen opgenomen (zogenaamde triggers) die de lening opeisbaar maken als aan bepaalde ratio's niet (meer) voldaan wordt, bijvoorbeeld minimum garantievermogen, verhoudingen eigen vermogen: vreemd vermogen, verhouding vlottende activa, vlottende passiva, verhouding tussen winst en te betalen rente
- Balansratios, Verdienratios en Cash flow ratios

# Vragen

- [jtjol@legalhoudini.nl](mailto:jtjol@legalhoudini.nl)
- [www.legalhoudini.nl](http://www.legalhoudini.nl)

