

MR. H.J.E. VEERBEEK

# Fox in the henhouse?

## Interpretatie van zekerheidsinstrumenten

Voor de financieringspraktijk zijn de goederenrechtelijke zekerheden pand en hypotheek van groot belang. Ook obligatoire zekerheden, zoals de *negative pledge*, de kwaliteitsrekening, de bankgarantie, de achterstelling van vorderingen en borgtocht, spelen bij financieringen een belangrijke rol. De inhoud van deze instrumenten raakt vaak direct of indirect de rechtspositie van derden. Als door een debiteur een vermogensobject wordt bezwaard met een zekerheidsrecht ten gunste van een van zijn crediteuren, is dat object daarmee onttrokken aan verhaal door de overige crediteuren. Die overige crediteuren hebben er belang bij te weten welk object precies is bezwaard en voor welke vordering dat object tot dekking strekt. Bij verpanding van vorderingen zal de debiteur als derde willen weten of de vordering op hem rechtsgeldig is verpand. Hij moet dit weten om bevrijdend te kunnen betalen.

De precieze inhoud van een zekerheidsinstrument is niet altijd duidelijk of volledig. De tekst van de akte hoeft niet de bedoeling van partijen uit te drukken, kan ambigu zijn of voorziet niet in een bepaald geval. Bij geschillen over interpretatie zal de rechter moeten beslissen. In de Anglo-Amerikaanse rechtsleer wordt de taak van de rechter om juridische geschriften uit te leggen in twee stappen ingedeeld: *interpretation*, de feitelijke vaststelling van wat partijen met elkaar zijn overeengekomen (*the process by which a court determines the meaning that the parties themselves attached to their language*), en *construction*, de inbedding van dat wat is

overeengekomen in het recht (*the process by which a court determines the meaning that will be given to the language of a contract in giving it legal effect*).<sup>1</sup> Na het Fox-arrest (2004) kan gezegd worden dat de Nederlandse rechter voor wat betreft uitleg van juridische geschriften minder gebonden is aan strakke voorschriften dan voorheen werd gedacht.<sup>2</sup> Voor het proces van interpretation en van construction geldt een open norm.<sup>3</sup> De Hoge Raad onderscheidt bepaalde 'typen' geschriften en heeft voor sommige typen een nadere invulling van de open norm gegeven. Zekerheidsinstrumenten als zodanig worden door de Hoge Raad niet tot één bepaald type gerekend.

In deze bijdrage staat de vraag centraal hoe zekerheidsinstrumenten moeten worden uitgelegd. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de vraag of bij de *interpretation* of *construction* van de afspraken die partijen hebben gemaakt het van belang is dat een zekerheidsrecht de positie van een derde raakt. Met een open interpretatienorm lijkt de rechter alle kanten op te kunnen en is de uitkomst vooraf niet goed te voorspellen. Een open norm geeft onzekerheid en onzekerheid hoort niet bij zekerhedenrecht. Dit geldt in het bijzonder voor goederenrechtelijke zekerheden: open normen zijn in het huis van het traditionele goederenrecht niet welkom.<sup>4</sup> Maar ook diverse obligatoire zekerheden hebben goederenrechtelijk effect en beïnvloeden de positie van derden. Het verpandingsverbod, de achterstelling, de kwaliteitsrekening, maar ook bijvoorbeeld de wederzijdse zekerhe-

1 Zie in dit verband: S.C. Conway, 'Contract interpretation in the USA: a practical overview', *NTHR* 2005, pp. 119-122 (in een themanummer met titel: 'Uitleg contractuele bepalingen in het (internationale) handelsrecht'), p. 121.

2 HR 20 februari 2004, *JOR* 2004, 157, m.nt. SCJJK (Stichting Pensioenfonds DSM-Chemie/Fox).

3 De Hoge Raad spreekt over een door haar ontwikkelde 'vage norm'. Kortmann stelt in zijn noot terecht dat gezien de pejorative lading van deze kwalificatie, de aanduiding 'open norm' de voorkeur verdient.

4 Zie over open normen in het goederenrecht: Fesevur, 'Redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht; de rechter reeds lang op het goede spoor', *WPNR*, 2002, pp. 29-39, en Bartels en Milo, red., *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag, 2000.

denregeling of de 'behoud-van-voorrang'-overeenkomst, hebben goederenrechtelijke gevolgen. Met zekerheden zijn grote financiële belangen gemoeid. Moet nu gesteld worden dat door vrije rechterlijke interpretatie van de inhoud van zekerheidsinstrumenten op basis van het Fox-arrest, de deur van het kippenhok op een kier staat? Kan een listige debiteur, separatist of curator, door een 'feiten en omstandigheden'-uitleg onverhoeds het hok binnenglippen en een kippetje verschalken? In de zaak Thomassen Metaalbouw/Vos (2005) deed de verweerder in casu wat dat betreft zijn familienaam eer aan.<sup>5</sup>

Hierna wordt eerst de rechtsontwikkeling van normen voor interpretatie van juridische geschriften beschreven. Dan komt aan de orde hoe de Hoge Raad tot dusver met interpretatiegeschillen die specifiek zekerheden betroffen, is omgegaan. De positie van derden speelde in die rechtspraak steeds, al dan niet zijdelings, een rol. Een onderscheid wordt gemaakt tussen uitleg van hypotheekrechten, pandrechten en enkele obligatoire zekerheidsrechten. Na een samenvatting wordt afgesloten door stil te staan bij het gevaar van een open norm voor interpretatie van zekerheidsrechten.

### Uitleg van juridische geschriften

#### *Haviltex: een subjectieve norm voor uitleg van overeenkomsten*

In Haviltex (1981) neemt de Hoge Raad voor wat betreft de uitleg van een schriftelijke overeenkomst tussen partijen, afscheid van een zuiver taalkundige benadering.<sup>6</sup> Deze zuiver taalkundige uitleg was gebaseerd op artikel 1378 BW oud en houdt in dat de woorden van een contract op zichzelf duidelijk kunnen zijn en geen uitleg behoeven. Met Haviltex werd duidelijk dat het tijdperk van de 'ijzeren woorden' tot het verleden behoorde. Brunner citeert in zijn noot Opzoomer die als representant van dat tijdperk meende dat wij de wetgever 'den meesten dank verschuldigd zijn' omdat die ons het 'voortreffelijk beginsel' heeft meegegeven dat als de woorden van een contract duidelijk zijn, de rechter zich daaraan onvoorwaardelijk dient te houden, zelfs al zou de uitkomst daarvan afwijken van wat partijen hebben bedoeld. Die uitkomst 'is alleen hun schuld, die zich

van woorden bedienden waardoor niet hun wil, maar iets geheel anders werd uitgedrukt'. Na Haviltex wordt, naast de bewoordingen, gekeken naar de bedoelingen en de verwachtingen van beide partijen. De Hoge Raad stelt dat voor de beantwoording van de vraag of het contract een leemte laat die moet worden aangevuld, het aankomt op 'de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'. Bij deze uitleg moet volgens de Hoge Raad rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval. De Hoge Raad geeft aan dat daarbij onder meer van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

#### *De CAO-arresten: een objectieve norm voor uitleg van collectieve overeenkomsten en andere regelingen met rechtsgevolgen voor derden*

In de CAO-arresten (1993) wijst de Hoge Raad deze subjectieve benadering af voor de uitleg van CAO's.<sup>7</sup> Voor de uitleg van bepalingen van een dergelijke regeling zijn juist in beginsel de bewoordingen, zij het gelezen in het licht van de gehele tekst van die (collectieve) overeenkomst, van doorslaggevende betekenis. Deze norm is nadien ook gehanteerd bij de uitleg van andere geschriften waarin een overeenkomst of andere regeling is vastgelegd die naar haar aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden zonder dat deze derden de inhoud of de formulering hebben kunnen bepalen. Daarbij moet worden gedacht aan een sociaal plan, een trustakte behorende bij een obligatielening, een pensioenreglement en dergelijke. Deze instrumenten hebben gemeen dat zij derden (kunnen) raken of binden en dat zij eenzijdig door één partij zijn vastgesteld (zoals door de NVM-makelaars of, bij obligaties, door de partij die het schuldpapier uitgeeft), of door twee partijen zijn uitonderhandeld en vastgelegd (mede) met het oog op de belangen van bepaalde derden (zoals werknemers die vallen onder een CAO). Volgens de Hoge Raad kan hier hetgeen de oorspronkelijke partijen over en weer van elkaar mochten begrijpen en verwachten juist geen maatstaf zijn. Voor het kijken door de subjectieve bril is bij

5 HR 4 maart 2005, *JOR* 2005, 160 (Thomassen Metaalbouw/Vos II).

6 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, m.nt. CJHB (Haviltex).

7 HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 en HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174. Zie ook HR 23 maart 2001, *JOR* 2001, 116 (Stichting Ofasec/Nederlandse Trustmaatschappij). Deze laatste zaak heeft na het Fox-arrest inmiddels een vervolg gekregen in Hof 's-Gravenhage 29 juni 2004, *JOR* 2005, 298, m.nt. Th.A.L. Kliebisch (NTM/Stichting Ofasec).

deze geschriften geen plaats. Dit geldt volgens de Hoge Raad ook als de oorspronkelijke partijen met elkaar een conflict zouden hebben over de interpretatie van hetgeen tussen hen is overeengekomen. Het toelaten van een ruimere (dus vagere en flexibelere) maatstaf bij dit type geschriften zou leiden tot rechtsonzekerheid. Dit zou zelfs tot het ongewenste resultaat kunnen leiden dat de inhoud van de rechten en verplichtingen tussen de oorspronkelijke partijen een andere is dan die in de rechtsverhouding met derden op basis van een identieke bepaling.

Bij deze benadering zijn de gekozen bewoordingen weliswaar zeer relevant maar toch ook niet allesbepalend. De klok is dus niet teruggezet naar de tijd van de 'ijzeren woorden'. Ook hier is de partijbedoeling relevant, zij het dat de partijbedoeling moet worden vastgesteld aan de hand van gegevens zoals:

- de andere in de collectieve overeenkomst of regeling gebruikte formuleringen;
- de bewoordingen van een bij de regeling behorende schriftelijke toelichting;
- de gebruikte bewoordingen in andere documenten, zoals in een al vervallen overgangsregeling of een niet toepasselijke maar vergelijkbare regeling;
- de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen die de bewoordingen met zich brengen.

De bedoeling van partijen bij de totstandkoming van de regeling dient volgens de Hoge Raad uitsluitend uit objectieve gegevens afgeleid te worden.<sup>8</sup> Louter subjectieve omstandigheden, zoals wat door onderhandelaars over en weer zou zijn gezegd, mogen niet in beschouwing worden genomen. De Hoge Raad noemt dat uitleg van bedoeling van partijen 'naar objectieve maatstaven'.<sup>9</sup> Deze objectieve maatstaven dienen bovendien voor de betrokken derden kenbaar te zijn.<sup>10</sup> Door te putten uit niet alleen de tekst en samenhang, maar ook uit andere objectieve en kenbare bronnen, kan het eindresultaat afwijken van de letterlijke bewoordingen.<sup>11</sup> Aanvullen op en afwijken van de bewoordingen met een beroep op

de partijbedoeling kan daarom, mits deze bedoeling kan worden vastgesteld aan de hand van objectieve bronnen die in een zekere mate kenbaar waren voor de betrokken derde.

#### *Fox: een open norm voor uitleg voor alle juridische geschriften*

In het Fox-arrest overweegt de Hoge Raad dat geen sprake is van een tegenstelling tussen twee interpretatienormen, maar van een vloeiende overgang.<sup>12</sup> De Hoge Raad stelt dat haar eerdere rechtspraak over interpretatie een gemeenschappelijke grondslag heeft, namelijk dat bij de uitleg van een juridisch geschrift 'telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen'. De dualistische interpretatieleer is hiermee achterhaald: er is een open norm voor rechterlijke interpretatie van elk juridisch geschrift. De eerder geformuleerde normen waren in de rechtspraak al gerelativeerd en deze leken meer naar elkaar toe te groeien. De subjectieve benadering van Haviltex was al objectiever geworden doordat nadruk werd gelegd op de redelijke bedoeling van partijen, terwijl de strikt grammaticale uitleg van de CAO-norm al was verlaten doordat naast de bewoordingen ook andere bronnen (mits objectief en kenbaar) mochten en moesten worden meegewogen. Kortmann meent in zijn noot onder het Fox-arrest dan ook dat degenen die bekend zijn met de eerdere rechtspraak over interpretatie ook 'weinig nieuws' in het Fox-arrest tegenkomen. Het Fox-arrest brengt in ieder geval een heldere synthese van Haviltex en de CAO-arresten.

De Hoge Raad stelt verder in het Fox-arrest dat zijn eerdere jurisprudentie moet worden gezien als een uitwerking van deze open norm. Er wordt stap voor stap een 'typologie' van gevallen ontwikkeld. Voor bepaalde in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende 'typen van gevallen' is de open norm in de rechtspraak al nader ingevuld ten behoeve van (i)

8 Een voorbeeld van een geval waarin voor de uitleg van een CAO naar dergelijke overige objectieve omstandigheden werd gekeken: HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 110.

9 HR in het Fox-arrest, r.o. 4.4.

10 Een voorbeeld van een geval waarin naar het kenbaarheidsvereiste werd gekeken: HR 28 juni 2002, *NJ* 2003, 111.

11 Een voorbeeld van een van de bewoordingen afwijkende uitleg gesteund op de overige omstandigheden van het geval: HR 8 juli 2005, *LJN* AT3512 (CFA Administratieve Ondersteuning).

12 Zie voor enige recente publicaties: T. Hartlief, 'De uitleg van contracten, Haviltex revisited', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2004, p.p. 1065-1084, R.J. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *Themis* 2005, pp. 2-29, en B.A. Boersma, 'Pensioenfonds DSM-Chemie/Fox: een andere kijk op uitleg van pandakte, hypotheekakte en bankgarantie?', *V&O* 2005, pp. 92-95.

de werkbaarheid in de praktijk en (ii) de toetsbaarheid in cassatie. Eén type geschrift waarvan de open norm nader is ingevuld, is de CAO. Van dit type brengt de aard mee dat bij de uitleg objectieve gegevens centraal moeten staan.

*Het positieve recht na Fox: rechterlijke vrijheid ter invulling van de open norm*

Interpretatie na Fox betekent dat per geval gezocht moet worden naar een passende norm om een bepaald geschrift uit te leggen. Deze norm moet worden gevonden ergens op een lijn waarvan het ene uiterste wordt gevormd door de puur subjectieve benadering van Haviltex (de partijbedoeling en -verwachting) en het andere uiterste door de puur grammaticale benadering van de oorspronkelijke CAO-norm (de bewoordingen). Welke interpretatiemethode in een concreet geval moet worden gebruikt om te komen tot *interpretation* van de partijbedoeling en de *construction* van rechten en plichten over en weer, hangt af van tal van elementen zoals de redelijke verwachtingen, verhoudingen tussen partijen, enzovoort. Het positieve recht op dit punt kan als volgt worden samengevat: bij alle typen juridische geschriften is voor het bepalen van rechten en verplichtingen van zowel partijen als derden, de bedoeling van partijen (en daarbij hun redelijke verwachtingen) doorslaggevend. Die partijbedoeling dient door de rechter gereconstrueerd te worden. De bedoeling moet primair worden vastgesteld aan de hand van de bewoordingen van het geschrift, gelezen binnen de context van het geschrift als geheel. De bewoordingen en context zijn echter niet bepalend voor het vaststellen van de bedoeling van de oorspronkelijk contracterende partijen. De taalkundige bewoordingen van de uit te leggen bepaling en de context, zullen in de praktijk wel vaak van groot belang zijn. Maar als de bewoordingen ambigu of niet toereikend zijn, of gesteld wordt dat deze zouden afwijken van hetgeen werd bedoeld, moet de partijbedoeling op een andere wijze achterhaald worden. Daarbij geldt dat de rechter in beginsel vrij is in het toelaten en wege van factoren om de partijbedoeling in een concreet geval vast te stellen. De rechter dient daarbij acht te slaan op de aard en doel van het te duiden geschrift (het 'type'). Als het geschrift naar zijn aard en strekking beoogt of tot gevolg heeft dat de rechtspositie van derden wordt beïnvloed, dienen de mee te wegen omstandigheden zo objectief mogelijk te worden vastgesteld. Afhankelijk van de vraag in

hoeverre de belangen van derden zijn betrokken, is een strikter objectieve benadering vereist. De bedoeling van degenen die een geschrift hebben geredigeerd dat beoogt of tot effect heeft de rechtspositie van derden te bepalen, mag niet doorslaggevend zijn voor de positie van die derden, indien en voorzover deze bedoeling voor deze derden niet objectief kenbaar was of kon zijn. Anders gezegd: bij bepaalde typen juridische geschriften mag geen acht geslagen worden op de voor een betrokken derde niet-kenbare bedoeling van partijen. Dit mes snijdt aan twee kanten. Enerzijds zal een derde die zich ten opzichte van een partij bij de regeling beroept op de voor hem als derde kenbare bedoeling van de opstellers, moeten slagen in zijn beroep. De rechter kan en moet dan een eventueel verweer daartegen dat enkel steunt op de bewoordingen naast zich neerleggen. Anderzijds kan de derde zich niet beroepen op de bedoeling van de opstellers indien deze voor hem als derde niet kenbaar was.<sup>13</sup> De rechter hoeft daar niet op in te gaan omdat deze stelling gebaseerd is op giswerk naar de partijbedoeling.

*Open vragen na Fox*

Na het Fox-arrest drijven vervolgvragen boven. Welk soort geschrift hoort bij welk interpretatietype? Behoren de goederenrechtelijke zekerheden pand en hypotheek tot een en hetzelfde type? Moeten deze aan de hand van de CAO-norm uitgelegd worden? Behoren obligatoire zekerheidsinstrumenten met goederenrechtelijk effect naar hun aard tot een ander type? Is voor de uitleg van dergelijke afspraken een meer objectieve benadering op zijn plaats omdat de belangen van derden kunnen worden geraakt? Welke bronnen zijn objectief genoeg ter bepaling van de partijbedoeling? Wanneer is een objectieve bron voor de derde kenbaar? Op welk moment moet dit kenbaar zijn, bij het aangaan van de rechtsverhouding door partijen of pas als in rechte een beroep op de partijbedoeling wordt gedaan? In welke mate dient de derde daadwerkelijk de werkelijke bedoeling geweten te hebben? Is het kenbaarheidvereiste zelf subjectief of louter objectief?

Voor financier en derden kan het antwoord op deze vragen het verschil tussen dag en nacht betekenen. Dit is het geval bijvoorbeeld indien na faillissement van de pandgever onduidelijk is welke goederen pandgever en pandnemer beoogden te verpanden. Door Fox ligt het speelveld open: er is een open

13 De Hoge Raad heeft toepassing van deze regel gesanctioneerd in HR 27 februari 2004, *JOR* 2004, 158 (Royal Nederland/Klaver) over interpretatie van een artikel uit het Bindend Besluit Regres 1984: met de bedoeling van de opstellers mag rekening worden gehouden zij het uitsluitend voor zover deze voor de derde kenbaar is.

norm aanvaard, ook voor de interpretatie van instrumenten die derden (kunnen) binden of raken.

### Uitleg van hypotheekrechten

Om een hypotheekrecht te vestigen op een onroerende zaak is een akte vereist (artikelen 3:89 en 94 BW). De rechtshandeling die ertoe strekt om dit beperkte recht op een goed te vestigen en die is uitgewerkt in de akte, wordt de goederenrechtelijke overeenkomst genoemd.<sup>14</sup> Elke belanghebbende kan een borderel van de hypotheekakte in het kadaster opvragen en daarmee is deze kenbaar voor derden. Daarmee is niet de gehele rechtsverhouding tussen hypotheekgever en hypotheekhouder kenbaar. Een vereiste voor het door partijen beoogde goederenrechtelijk effect is immers dat er aan de rechtshandeling een geldige titel ten grondslag ligt, dit is een overeenkomst die tot het bezwaren van het desbetreffende goed verplicht. De rechtsverhouding tussen partijen betrokken bij een hypotheekstelling wordt dus niet alleen bepaald door de inhoud van de akte maar ook door de inhoud van de obligatoire (mogelijk mondelinge) overeenkomst tussen partijen.

In Doyer/Kalff (1953) stelde de Hoge Raad zich op het standpunt dat de vraag voor welke vordering in een concreet geval een hypotheekrecht is gevestigd op het moment van executie kan worden vastgesteld aan de hand van de financieringsovereenkomst en zo nodig de 'goede trouw'.<sup>15</sup> Dit kan worden gezien als een Haviltex-benadering avant la lettre. Niet alleen de hypotheekakte zelf, maar ook de financieringsovereenkomst mag als bron gebruikt worden en de goede trouw bepaalt de interpretatie daarvan.

In MeesPierson/Onderdrecht (1988) bepaalde de Hoge Raad dat de vraag of het hypotheekrecht in geval van cessie van de verzekerde vordering mee overgaat op de verkrijger, in beginsel een kwestie is van uitleg van de omschrijving van de bestaande en toekomstige vorderingen waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt zoals die is opgenomen in de hypotheekakte.<sup>16</sup> Daarmee lijkt de Hoge Raad aan te geven dat de bewoordingen van de akte van groot, wellicht doorslaggevend, belang zijn. Mede naar aan-

leiding van dit arrest wordt er in de literatuur gespeculeerd over de vraag of hypotheekgever en hypotheekhouder kunnen afspreken dat als de vordering waarvoor de hypotheek is verstrekt wordt overgedragen, het hypotheekrecht niet of niet pro rata of slechts tot een bepaald maximumbedrag, mee overgaat. Daarmee zou de hypotheek als het ware een hoogstpersoonlijk karakter krijgen, namelijk verbonden aan de persoon van de oorspronkelijke hypotheekhouder. Beekhoven van den Boezem meent om dogmatische redenen dat hoogstpersoonlijke hypotheekrechten niet bestaan.<sup>17</sup> Hij baseert zich op de dwingendrechtelijke regel dat het hypotheekrecht als afhankelijk recht steeds de vordering volgt waaraan het is verbonden (artikel 3:82 BW). Hij stelt dat het mogelijk is dat de hypotheek onder de ontbindende voorwaarde van overdracht van de vordering wordt gevestigd, maar geeft terecht aan dat een dergelijke verbintenisrechtelijke clause niet de inhoud maar het bestaan van het hypotheekrecht raakt. Beekhoven van den Boezem maakt daarbij geen onderscheid tussen een vaste hypotheek of een bankhypotheek. Rongen en Verhagen menen dat op basis van de algemeen gestelde formulering van de Hoge Raad in MeesPierson/Onderdrecht het goederenrechtelijke zekerheidsrecht een min of meer persoonlijke inhoud gegeven kan worden.<sup>18</sup> Dit moet dan in de akte zijn uitgewerkt. Wellicht gaat het hun te ver om dit effect te verbinden aan een partijbedoeling die blijkt uit subjectieve bronnen buiten de akte om.

Ten aanzien van uitleg van de leveringsakte van een onroerende zaak volgde de Hoge Raad in Eelder Woningbouw (2000) een duidelijk geobjectiveerde methode.<sup>19</sup> Gesteld wordt dat voor de vraag wat precies is geleverd het aankomt 'op de in de akte van levering tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid van de in de akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van de over te dragen onroerende zaak'. De in de akte objectief omschreven perceelomschrijving prevaleert boven de niet in de akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling. Dit geldt ook als het interpretatiegeschil bestaat tussen de oorspronkelijke partijen bij de

14 Asser-Mijnssen, *Goederenrecht III*, 2003, pp.15-16.

15 HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578 (Doyer/Kalff).

16 HR 16 september 1988, *NJ* 1989, 10 (MeesPierson/Onderdrecht).

17 F.J. Beekhoven van den Boezem, 'Hoogstpersoonlijke hypotheekrechten bestaan niet!', *WPNR* 2005, p. 929. Zie ook de door hem aangehaalde literatuur over deze discussie.

18 H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, 'Cessie: de overdracht van vorderingen op naam', *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging van Burgerlijk Recht*, 2000, pp. 137-147.

19 HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350 m.nt. WMK.

koop. Als deze wijze van uitleg toegepast zou mogen worden bij hypotheekrechten, dan moet geoordeeld worden dat voor een pure Haviltex-benadering bij uitleg van hypotheekrechten geen plaats is.

### Conclusie

De tot dusver ten aanzien van uitleg van hypotheekrechten gevolgde lijn van de Hoge Raad lijkt niet consistent en is niet helder. De meest recente jurisprudentie wijst naar een objectieve aanpak maar een uitdrukkelijke keuze voor CAO-interpretatie lijkt nooit te zijn gemaakt. Hoewel aangenomen wordt dat voor interpretatie van een obligatoire overeenkomst die verplicht tot het vestigen van goederenrechtelijke zekerheden de subjectieve benadering past, lijkt de langs de Haviltex-lijn vastgestelde inhoud van deze overeenkomst geen directe doorwerking te hebben voor wat betreft uitleg van de akte.<sup>20</sup> Kleijn verklaart dat in zijn noot onder Eelder Woningbouw door de derdenwerking van hetgeen in de registers is ingeschreven en waarvoor de akte de basis vormt. Omdat derden moeten kunnen vertrouwen op de registers, is geen plaats voor een uitleg naar subjectieve maatstaven gebaseerd op de niet uit de akte blijkende partijbedoeling. In de genoemde uitspraken wordt niet expliciet aandacht besteed aan de bijzondere belangen van derden. Ook wordt niet uitdrukkelijk gesteld dat bronnen buiten de akte, zo die al mogen worden gebruikt, objectief en voor derden kenbaar moeten zijn. Zolang een richtinggevend arrest uitblijft, is het laatste woord over onderwerpen zoals de gevolgen van overgang van dit zekerheidsrecht, nog niet gesproken.

### Uitleg van pandrechten

Om een stil pandrecht te vestigen op een roerende zaak of op vorderingen, is eveneens een akte vereist (artikelen 3:237 en 239 lid 1 juncto 98 BW). Net als bij het recht van hypotheek wordt de rechtsverhouding tussen pandgever en pandhouder niet alleen bepaald door de inhoud van die akte maar ook door de inhoud van de obligatoire (mogelijk mondelinge) overeenkomst die tot verpanding verplicht. De akte wordt niet openbaar geregistreerd. Als het een stil pandrecht op een vordering betreft heeft de debiteur slechts na een daartoe strekkend verzoek recht op een 'gewaarmerkt uittreksel van de akte en haar titel' (artikelen 3:94 lid 3 juncto 98 BW). Interpretatiege-

schillen over panddocumentatie tussen voornamelijk de ervvijanden pandhouder (als separatist) en curator (optredend ten behoeve van het collectief van concurrente crediteuren) hebben tot heden een baaierd van uitspraken opgeleverd. Een aantal in de jurisprudentie aan de orde gekomen onderwerpen wordt hieronder gegroepeerd.

### Interpretatie ten behoeve van de vraag wat een pandakte in de zin der wet is

In Meijs q.q./Bank ofTokyo (2001) heeft de Hoge Raad gesteld dat 'voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel in onderling verband en samenhang met andere akten of andere feiten, kan worden vastgesteld dat de akte is bestemd tot verpanding van de erin bedoelde vorderingen'.<sup>21</sup> Zo meent de Hoge Raad dat door registratie van faxbrieven van pandgever waarin openstaande vorderingen zijn opgegeven, een rechtsgeldig pandrecht op die vorderingen is gevestigd. De Hoge Raad overweegt dat voor vestiging van een pandrecht op vorderingen, naast wilsovereenstemming tussen partijen, een akte is vereist die doet blijken dat zij tot verpanding van de daarin bedoelde vorderingen is bestemd. Deze akte hoeft niet tweezijdig te zijn en zij hoeft niet te doen blijken van een verklaring van de pandhouder dat hij het pandrecht aanvaardt omdat deze aanvaarding vormvrij kan geschieden. Deze liberale visie over wat een geldige pandakte is, is begrensd. In Bannenberg/Rosenboom Polak q.q. (2004) weigerde de Hoge Raad de twee wettelijke alternatieven voor rechtsgeldige stille verpanding met een derde uit te breiden.<sup>22</sup> Een stil pandrecht komt tot stand door een geregistreerde onderhandse dan wel een notariële akte (artikel 3:239 lid 1 BW). Een notariële akte van depot van een onderhandse akte is een alternatief dat de wetgever niet heeft voorzien en dat door de Hoge Raad niet wordt geaccepteerd. Ook als duidelijk is dat partijen (dus pandgever en pandnemer) de bedoeling en de verwachting hadden dat het goederenrechtelijke effect van verpanding gerealiseerd werd, wordt dit in rechte niet erkend. Hier wordt het onderscheid tussen *interpretation* en *construction* zichtbaar.

### Interpretatie ten behoeve van de vraag welke verplichting partijen willen verzekeren

Dat de vordering waarvoor een zekerheidsrecht wordt gevestigd voldoende bepaald moet zijn staat in

20 Zie AG Keus in zijn conclusie bij HR 16 mei 2003, NJ 2004, 183, m.nt. WMK en JOR 2003, 184 (De Liser de Morsain/Rabo), onder 2.5.

21 HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662, m.nt. WMK en JOR 2001, 220 (Meijs q.q./Bank ofTokyo).

22 HR 19 november 2004, JOR 2005, 20 m.nt. Kortmann (Bannenberg/Rosenberg Polak q.q.).

artikel 3:231 lid 2 BW. In *ING Bank/Muller* q.q. (2002) stelt de Hoge Raad over de interpretatie van een akte van verpanding van software:

*[...] bij de uitleg van de titel die aan de [...] akte tot vestiging van het pandrecht (op auteursrecht op software) ten grondslag ligt (d.w.z. de rechtsverhouding die tot vestiging van het pandrecht verplichtte), dient de Haviltex-maatstaf te worden toegepast. Daarbij verdient opmerking dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst ook gevolgen heeft voor anderen dan partijen niet rechtvaardigt een andere maatstaf toe te passen, uiteraard met dien verstande dat met de rechten van derden rekening dient te worden gehouden op de voet van art. 3:36 BW. Daarbij is van belang dat m.b.t. de hier aan de orde zijnde vraag – voor welke vordering wordt pand gegeven – de wet niet meer eisen stelt dan dat deze vordering voldoende bepaalbaar is (art. 3:231 lid 2 BW). Indien de verpanding bij akte heeft plaatsgevonden en de vordering in de akte niet nauwkeurig is omschreven, zal voor die bepaalbaarheid dan ook veelal te rade moeten worden gegaan bij de contractuele relatie tussen pandgever en pandhouder’.<sup>23</sup>*

De Hoge Raad rekent de pandakte voor de uitleg van deze vraag dus uitdrukkelijk niet tot het type geschriften à la CAO maar kiest voor Haviltex. In *Udo* q.q./ABN Amro (2002) stelde het Hof Den Bosch dat de pandakte tussen partijen op grond van artikel 157 lid 2 Rv dwingend bewijs levert van de daarin opgenomen verklaring.<sup>24</sup> Het Hof bepaalde dat het pandrecht op inventaris niet teniet is gegaan door de aflossing van een rekening-courantverhouding omdat ‘de pandakte slechts vier korte artikelen (bevat) die in duidelijke bewoordingen zijn gesteld en niet voor tweërlei uitleg vatbaar zijn’ en dat ‘de curator geen feiten (heeft) gesteld die de conclusie kunnen wettigen dat de bank wist of moest begrijpen dat de pandgever ófwel niet de bedoeling had haar inventaris ook voor andere vorderingen dan die uit hoofde van de kredietovereenkomst en de geldlening aan de bank te verpanden, ófwel niet begreep dat de pandakte ook op dergelijke vorderingen betrekking had’. De curator kreeg ruimte voor tegenbewijs hoewel de bewoordingen duidelijk waren.

### *Interpretatie ten behoeve van de vraag welke partijen beoogden te bezwaren*

Veel interpretatiegeschillen tussen pandhouder en curator hadden betrekking op de vraag welke vorderingen partijen hadden willen verpanden en of deze in de akte voldoende zijn bepaald. Indien de vorderingen voldoende zijn bepaald zijn deze met pandrecht bezwaard, maar indien deze onvoldoende zijn bepaald dan vallen deze vorderingen vrij in de boedel en kunnen deze ten gunste van het collectief van concurrente crediteuren door de curator worden geïnd. Het belang van derden (de debiteur en de concurrente crediteuren van pandgever) bij het begrip ‘bepaaldheid’ van de vorderingen in de akte spreekt dus voor zich. Dat vorderingen die worden verpand in voldoende mate in de daarvoor vereiste akte moeten zijn bepaald, volgt uit artikel 3:84 lid 2 juncto 98 BW. In *Gispen* q.q./Rivierenland (1994) heeft de Hoge Raad gesteld dat ‘voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat’.<sup>25</sup> Zo meent de Hoge Raad dat er een rechtsgeldig pandrecht bestaat op vorderingen die niet in de akte zelf worden aangeduid maar waarnaar in de akte wordt verwezen doordat in de akte is opgenomen dat de afzonderlijke vorderingen (met vermelding van de naam van de debiteur, factuurnummer, factuurdatum en bedrag) zijn gespecificeerd in een computerlijst waarvan de datum, het aantal pagina’s, de eerste en de laatste post en het totaalbedrag eveneens in de pandakte zijn vermeld. Hiermee is een praktisch obstakel voor bulkverpanding weggenomen. Onder meer Van Mierlo stelt naar aanleiding van dit arrest dat het niet langer gaat om bepaaldheid van de vorderingen in, maar om de bepaalbaarheid van de vorderingen aan de hand van de akte.<sup>26</sup> In *Wagemakers* q.q./Rabobank (1997) heeft de Hoge Raad bepaald dat:

*‘(E)en onjuiste aanduiding van een vordering op een van de pandgever afkomstige computerlijst [...] staat er niet aan in de weg dat achteraf mag worden vastgesteld om welke vordering het gaat, mits achteraf aan de hand van objectieve gegevens vastgesteld kan worden welke vordering de pandgever met deze aanduiding op het oog moet hebben gehad’.<sup>27</sup>*

23 HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 en JOR 2002, 211 (*ING Bank/Muller* q.q.).

24 Hof ’s-Hertogenbosch 24 oktober 2002, JOR 2003, 23.

25 HR 14 oktober 1994, RvdW 1994, 207 m.nt. WMK (*Gispen* q.q./Rivierenland).

26 A.I.M. van Mierlo, ‘Verpanding bij verkorte akte (bulkregistratie) rechtsgeldig’, *Nieuwsbrief BW* 1994, pp. 114-115.

27 HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 (*Wagemakers* q.q./Rabobank).

Een fout wordt door de vingers gezien. In dit arrest wordt echter een dubbele grens gesteld: de bedoelde vordering moet aan de hand van objectieve gegevens vastgesteld kunnen worden en indien het in de computerlijst vermelde bedrag van de verpande vordering lager blijkt te zijn dan het werkelijke bedrag van de vordering, komt het pandrecht slechts te rusten op het deel van de vordering dat met dit lagere bedrag overeenkomt. In SOBI/Hurks (2001) heeft de Hoge Raad aanvaard dat voor wat betreft de bepaal(baar)heid volstaat dat in de pandakte een aanduiding als 'alle overige tegenwoordige en toekomstige vorderingsrechten van de pandgever' is opgenomen.<sup>28</sup> Door aanvaarding van deze *catch-all* clause heeft de Hoge Raad de generieke verpanding van vorderingen aanvaard. Dit is bevestigd in ING Bank/Muller q.q. (2002).<sup>29</sup> De Hoge Raad meent dat in de pandakte niet meer hoeft te worden verwezen naar enig document waarop de verpande vorderingen zijn gespecificeerd. Een verwijzing naar de administratie van de pandgever zelf volstaat. Gesteld kan worden dat daarmee de Engelse *floating charge* voor vorderingen in het Nederlandse recht ten dele is erkend en dat op dit punt, anders dan lange tijd werd vermoed, geen verschil bestaat tussen verpanding van roerende zaken en van vorderingen. Al lang was algemeen aanvaard dat een geregistreerde verpanding van voorraden tot gevolg had dat jaren later de alsdan aanwezige voorraad rechtsgeldig is verpand. Periodieke verversing van verpanding van vorderingen blijft echter, anders dan bij verpanding van voorraden, nodig en daardoor is de *floating charge* nog niet compleet. Dit komt omdat naar huidig recht naast alle bestaande vorderingen, slechts toekomstige vorderingen uit bestaande rechtsverhoudingen kunnen worden verpand. Om een pandrecht te krijgen op vorderingen uit een later ontstane rechtsverhouding, is een nieuwe *catch-all* verpanding vereist.<sup>30</sup>

In De Liser de Morsain/Rabo (2003) buigt de Hoge Raad zich over een akte van cessie die nader uitgelegd moest worden ter bepaling van de vraag of een bepaalde vordering was overgedragen.<sup>31</sup> De zich tegen incasso verwerende debiteur meende van niet. De Hoge Raad stelt: 'voor de bepaling van de inhoud

van een akte van cessie is niet slechts van belang hetgeen uit de desbetreffende akte zelf blijkt; het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'. Ook hier dus een keuze voor Haviltex, ook al was de debiteur zelf geen partij bij de cessieakte. Mede gezien de schakelbepaling van artikel 3:98 BW mag aangenomen worden dat deze aanwijzing voor de interpretatie van cessieakten ook geldt voor de interpretatie van pandakten.

### Conclusie

Voor een pandakte is vereist dat deze strekt tot verpanden, dat de vordering tot zekerheid waarvoor het pandrecht is gevestigd bepaalbaar is en dat het object van verpanding met behulp van objectieve al dan niet uit de pandakte blijkende gegevens bepaalbaar is. Daarbij wordt de Haviltex-benadering gebruikt: het gaat om de bedoeling en verwachtingen van partijen. Er zijn echter grenzen gesteld. Zo is er de eis van enige objectiviteit van de toelaatbare bronnen. Deze grens is niet knellend omdat de bron waaruit kan worden geput ter beantwoording van de vraag welk goed is verpand, door de aanvaarding van de *catch-all* clause groot is. De kenbaarheid voor partijen en derden van dergelijke objectieve bronnen buiten de akte, is aan de orde gekomen door invulling van het begrip 'bepaaldheid'. Een andere grens is dat de Hoge Raad niet bereid is partijbedoelingen in ogenschouw te nemen voor de vraag of het pandrecht rechtsgeldig is gevestigd. Een pandrecht op grond van partijbedoeling zonder dat de vestigingsvereisten zijn gevolgd of een pandrecht op een vordering uit een toekomstige rechtsverhouding, wordt niet aanvaard. De Hoge Raad lijkt bij interpretatie van pandrechten consistent en duidelijk te hebben gekozen voor een subjectieve benadering waarbij voor interpretatie van bepaalde vragen enige objectivering wordt verlangd.<sup>32</sup> Een verklaring voor deze ten opzichte van hypotheekrechten afwijkende wijze van interpretatie, springt niet direct in het oog. Wellicht houdt dit zoals Kleijn meent verband met het openbare karakter van het hypotheekregister.

28 HR 21 december 2001, JOR 2001, 38, m.nt. Faber (SOBI/Hurks).

29 HR 20 september 2002, JOR 2002, 210 (Mulder q.q./Rabo) m.nt. N.E.D. Faber onder JOR 2002, 211.

30 In Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 15 juli 2004, JOR 2004, 286, oordeelt de rechter over verpanding van dubbel toekomstige vorderingen: 'dat de zekerheidsstelling weliswaar de bedoeling van partijen was, maar dat onduidelijk is of de verpanding ook daadwerkelijk (conform de wettelijke vereisten) heeft plaatsgevonden'.

31 HR 16 mei 2003, NJ 2004, 183, m.nt. WMK en JOR 2003, 184 (De Liser de Morsain/Rabo).

32 Zie ook: A.J. Verdaas, 'Pandperikelen. Het bepaaldheidsvereiste is ingevuld, nieuwe vragen rijzen', JOR Plus 2002, pp. 46-54.

## Uitleg van andere zekerheidsrechten met goederenrechtelijk effect

Er zijn obligatoire zekerheden die rechtstreeks de goederenrechtelijke positie van derden bepalen. Derden zullen de onderhandse (wellicht mondelinge) overeenkomst tussen partijen met goederenrechtelijk effect ook voor hen, moeilijk kunnen kennen. Bij geschillen zullen bepalingen uit deze overeenkomsten al dan niet op verzoek van de betrokken derden uitgelegd te worden. Het is van belang na te gaan welke uitleg te verwachten is indien de gebruiksaanwijzing van de Hoge Raad uit Fox op dergelijke zekerheden wordt toegepast. Hieronder volgen vier voorbeelden uit de jurisprudentie van de laatste vijf jaar.

### *Achterstelling*

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat het recht van verrekening moet worden gezien als een vorm van wettelijk onderpand.<sup>33</sup> Een crediteur die niet alleen een vordering heeft op maar ook een schuld heeft aan een ander, is het middel van schuldverrekening gegeven om zijn vordering met voorrang op dit onderpand te verhalen. Of de mogelijkheid tot verrekening bestaat of niet, is voor derden van groot belang. In *Buter q.q./Besix* (2002) maakte de Hoge Raad duidelijk dat niet snel mag worden aangenomen dat ten behoeve van derden afstand is gedaan van het recht op verrekening.<sup>34</sup> De stelling van curatoren was dat een contractuele achterstelling door een crediteur van een vordering op een debiteur bij de overige vorderingen van derden op dezelfde debiteur zo moet worden uitgelegd dat impliciet tevens afstand van het verrekenrecht is gedaan. De curatoren meenden dat deze uitleg is gerechtvaardigd omdat bij de achterstelling niet alleen de contractpartijen zelf, maar juist ook de niet-contractueel verbonden derden belang hebben bij de naleving en wellicht zelfs op naleving daarvan aanspraak kunnen maken. Deze stelling is verworpen. De Hoge Raad heeft voor de uitleg van de inhoud van de achterstelling uitdrukkelijk gekozen voor de Haviltex-norm: bepalend is de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan de bewoordingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het gevolg is dat wanneer verrekening van de achtergestelde vordering met een tegenvordering door partijen niet

expliciet is uitgesloten, verrekening gewoon mogelijk is. Aan de hand van Haviltex zal moeten worden bepaald of het beding kan worden uitgelegd als een derdenbeding. Ook dan dient aan de hand van Haviltex te worden bepaald of de partijbedoeling was dat ook afstand is gedaan van verrekening.

### *Negative pledge: het verpandingsverbod*

Een debiteur en een crediteur kunnen overeenkomen dat een vordering niet verpandbaar is (artikelen 3:83 lid 2 juncto 98 BW). Een akte is niet vereist. Een verpandingsverbod heeft volgens de Hoge Raad tot gevolg dat de vordering (goederenrechtelijk) niet langer verpandbaar is waardoor een latere door de crediteur en een derde beoogde verpanding niet geldig is.<sup>35</sup> Volgens Rongen is de vraag of een dergelijk beding goederenrechtelijke of uitsluitend obligatoire werking heeft, afhankelijk van de bedoeling die crediteur en debiteur met hun verbod voor ogen stond.<sup>36</sup> In *Oryx/Van Eesteren* (2003) legde de Hoge Raad een verpandingsverbod zo uit dat door partijen goederenrechtelijk effect was beoogd. De bewoordingen van het beding waren duidelijk en verdere uitleg was niet nodig. Het effect is dat geen pandrecht tot stand kan komen. De *would-be* pandhouder vist achter het goederenrechtelijke net en houdt slechts een persoonlijke aanspraak op de vermeende pandgever. Dat de crediteur als pandgever en een derde als pandnemer in een akte de bedoeling om een pandrecht te vestigen uitdrukken en de verwachting hebben dat dit zekerheidsrecht succesvol gevestigd is, blijft in de visie van de Hoge Raad zonder effect. Dat het verpandingsverbod voor de vermeende pandhouder als derde niet uit objectieve bron kenbaar is en dat hij ten tijde van de verpanding geen wetenschap had van het bestaan van het verbod, brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat goederenrechtelijke werking aan dit verbod moet worden onthouden. De goederenrechtelijke derdenbeschermingsbepalingen bieden hem geen soelaas. Artikel 3:239 lid 4 juncto artikel 3:88 BW (bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid) helpt niet omdat geen sprake is van een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever. Het is het goed zelf dat door het partijbeding niet langer verpandbaar is gemaakt; het vorderingsrecht zelf is door het beding beknot. Ook artikel 3:239 lid 4 juncto artikel 3:36 BW (bescherming tegen gewekte rechtsschijn) helpt niet omdat geen

33 Van der Feltz I., *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement*, 1896, p. 462.

34 HR 18 oktober 2002, *JOR* 2002, 234, m.nt. B. Wessels (Besix).

35 HR 17 januari 2003, *JOR* 2003, 52, m.nt. Rongen (Oryx/Van Eesteren).

36 Rongen in zijn noot onder Oryx/Van Eesteren.

sprake is geweest van een door de debiteur ten opzichte van de *would-be* pandhouder gewekte schijn van het bestaan van een bepaalde rechtstoestand. Het was de crediteur die de schijn heeft gewekt dat de vordering verpandbaar was.

Of in een concreet geval sprake is van een verpandingsverbod met goederenrechtelijk effect dient steeds vastgesteld te worden aan de hand van Haviltext. De vraag kan opkomen of een verbod tot overdracht ook als een verbod om te verpanden met goederenrechtelijk effect moet worden uitgelegd. Ook kan de vraag opkomen of na faillissement van pandgever, de curator in redelijkheid een beroep kan doen op het gevolgen van het verpandingsverbod. Deze vragen moeten aan de hand van subjectieve bronnen worden beantwoord. De *negative pledge* die een bank met een cliënt overeenkomt zal in de regel niet dit goederenrechtelijke effect hebben tenzij deze door cliënt is doorgecontracteerd. Op grond van artikel 3:83 lid 2 BW zijn het uitsluitend de debiteur en crediteur die verpanding met dit gevolg kunnen verbieden.

#### *Behoud van voorrang-overeenkomst*

Uit ING/Gunning q.q. (2004) blijkt dat voorrang door verrekening niet zomaar bij overeenkomst te creëren valt.<sup>37</sup> De hypotheekhoudende bank bewilligde in onderhandse executie en was met de hypotheekgever overeengekomen dat afstand van hypotheekrecht gedaan zou worden tegen ontvangst van de koopsom. Doordat de notaris de koopsom stortte op de rekening van de hypotheekgever bij de bank en niet op een rekening van de bank zelf, is volgens de Hoge Raad sprake geweest van verrekening op een moment dat het hypotheekrecht al door afstand tenietgegaan was. Deze verrekening is door de curator met succes op grond van artikel 54 Fw (schuldovername te kwader trouw in het zicht van het faillissement) aangetast: de bank heeft zich niet door uitwinning van haar zekerheidsrecht (haar voorrang was door afstand van dat recht vervallen) maar via (verboden) verrekening verhaald.<sup>38</sup> De bank stelde dat zij afstand van hypotheekrecht had gedaan onder de voorwaarde dat deze separatistenpositie zou worden omgezet in een andere bijzondere voorkeurspositie en wel in die zin dat de afstand van hypotheekrecht

slechts gold onder de voorwaarde dat voor haar verrekening mogelijk zou zijn. Deze aldus contractueel bedongen positie zou 'vergelijkbaar' zijn met het goederenrechtelijke zekerheidsrecht waarvan de bank in het kader van de levering bij onderhandse uitwinning afstand had gedaan. A-G Timmerman noemt dit in zijn conclusie bij het arrest een 'behoud-van-voorrang-afspraken'. Hij meent met enige aarzeling dat een dergelijke afspraak onder bijzondere omstandigheden dit goederenrechtelijk effect kan hebben. Omdat de bank haar separatistenpositie dan omzet in een verrekeningspositie, is van benadeling van de crediteuren geen sprake. In dit geval echter was deze bedoeling van partijen niet helder. Het stond niet zo op papier en was volgens de feitenrechter ook niet vast te stellen aan de hand van andere bronnen. Faber meent, anders dan Timmerman, dat een dergelijke afspraak nooit dit effect kan hebben en meent dat de uitspraak van de Hoge Raad niet verrassend is. Deze uitspraak zou overigens door goederenrechtelijke dogmatici kunnen worden uitgelegd als een voorbeeld dat een hypotheekrecht door partijen nooit verbintenisrechtelijk op maat te knippen is.

#### *Wederzijdse zekerhedenregeling*

Door de Hoge Raad is in Bannenberg q.q./NMB-Heller (2004) een obligatoire wederzijdse zekerhedenregeling zo uitgelegd dat hieraan goederenrechtelijk effect toekomt.<sup>39</sup> Twee crediteuren kunnen met de debiteur overeenkomen dat zij zich over en weer (kruislings) borg stellen. Afsproken mag worden dat het door de ene crediteur onder die borgtocht aan de andere crediteur te betalen bedrag, gelijk zal zijn aan wat door die ene crediteur zal worden ontvangen in geval van uitwinning van zekerheden na aftrek van de alsdan bestaande eigen vordering (en vice versa). Oogmerk is natuurlijk dat dit uiteindelijk aan de andere crediteur te betalen bedrag onder de vooraf bedongen zekerhedenparaplu kan worden verhaald. Dit is gerechtvaardigd, vindt de Hoge Raad, omdat de (pas na uitwinning van verkregen zekerheden in omvang vaststaande) regresvordering op de debiteur geacht wordt een voor het faillissement bestaande (maar dan nog voorwaardelijke) vordering te zijn waarvoor vooraf zekerheden kunnen worden gevestigd.<sup>40</sup> De constructie komt, aldus de Hoge Raad, 'noch naar de inhoud noch naar de

37 HR 19 november 2004, *JOR* 2005, 19 (ING Bank/Gunning q.q.). Zie voor een vergelijkbare beslissing waarbij verrekening met de opbrengst van stil verpande roerende zaken werd afgewezen de Wollie-zaak: HR 23 april 1999, *JOR* 1999, 109 (Van Gorp q.q./Rabo).

38 Zie het commentaar van N.E.D. Faber in *TvI* 2005, pp. 53-56, die evenals Steneker in zijn noot onder dit arrest in *JOR* geen bezwaren ziet tegen deze uitspraak.

39 HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 618, m.nt. PvS (Bannenberg q.q./NMB-Heller).

40 HR 3 juni 1994, *NJ* 1995 340-342, m.nt. HJS (Komdeur/Antillen).

strekking daarvan in strijd met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht' ook al hadden partijen met hetzelfde effect een tweede hypotheek of stil pandrecht op zekerheden kunnen vestigen.

### Conclusie

De Hoge Raad ziet obligatoire zekerheden met goederenrechtelijke effecten voor derden niet als een bijzonder type overeenkomst dat een eigen interpretatieregime kent. Het is alom Haviltex wat de klok slaat.

### Samenvatting

Op basis van de rechtsontwikkeling van de interpretatienormen kan verwacht worden dat hypothekakten, pandakten en obligatoire zekerheidsinstrumenten met goederenrechtelijk effect, moeten worden uitgelegd aan de hand van een objectievere maatstaf dan de Haviltex-norm. Dit zijn immers instrumenten die gezien hun aard de belangen van derden raken. Derden (zoals andere crediteuren, de curator die de belangen van de boedel bewaakt of de debiteur van een verpande vordering) hebben geen inzicht in subjectieve gegevens maar moeten zich baseren op voor hen kenbare en objectieve bronnen om de partijbedoeling en -verwachting vast te stellen. Zekerheidsinstrumenten zijn door de Hoge Raad niet ingedeeld bij één en hetzelfde 'type' geschrift waarbij de bedoeling en verwachting van partijen met eenzelfde methode van uitleg moeten worden geduid. Het lijkt erop dat de Hoge Raad alleen hypothekrechten indeelt bij het 'CAO-type', het type waarvoor een interpretatiemethode is voorgeschreven die is gebaseerd op objectieve bronnen die kenbaar moeten zijn voor betrokkenen. Pandrechten en obligatoire zekerheidsrechten behoren in ieder geval niet tot dat type. Deze zekerheden kunnen meer subjectief worden geduid. Na het Fox-arrest zal per geval moeten worden bepaald welke interpretatiemethode passend is. Bij pandrechten wordt soms enige objectivering geëist, bijvoorbeeld bij de eis van bepaalbaarheid van vorderingen die worden verpand. AG Keus en Kleijn staan naar aanleiding van De Liser de Morsain/Rabo uitdrukkelijk stil bij de vraag of voor de uitleg van een cessieakte (en dus wellicht ook een pandakte) in het algemeen een objectievere maatstaf zou moeten gelden dan voor een obligatoire overeenkomst. Zij baseren dit op het feit dat daarbij derden zijn betrokken die uitsluitend op de tekst van de akte kunnen afgaan. Dit geldt ook voor obligatoire

zekerheden met goederenrechtelijk effect, zij het dat bij die zekerheden zelfs niet altijd een akte vereist is. Kleijn stelt dat afgaan op de tekst als voordeel heeft dat derden minder afhankelijk zijn van wat partijen achteraf als hun bedoeling naar voren brengen. Als nadeel geldt daarbij dat een bepaalde rechtsverhouding tussen partijen er dan anders zou uitzien dan tussen een van de partijen en een derdebelanghebbende. Dit zou kunnen leiden tot een rechtsverhouding die van inhoud wijzigt al naar gelang het perspectief anders is. De Hoge Raad gaat hier niet uitdrukkelijk op in maar kiest voor toepassing van een subjectieve norm bij pandakten en obligatoire zekerheden, ook in gevallen waarin een derde om uitleg verzoekt.

### The fox in the henhouse: 'lees maar, er staat niet wat er staat'

Dat zekerheidsrechten mede worden geduid aan de hand van andere bronnen dan de bewoordingen van de akte en objectieve kenbare bronnen alleen, schept een Hof van Eden voor advocaten. Om met Nijhoff te spreken: 'lees maar, er staat niet wat er staat'. Een poging om de partijbedoeling te reconstrueren buiten de akte om, aan de hand van al dan niet objectieve en al dan niet voor derden kenbare bronnen, kan immers achteraf voor partijen of derden lonend zijn. In een zaak voor het Hof Den Bosch gooide de Ontvanger een balletje op.<sup>41</sup> De Ontvanger legde onder Bavaria derdenbeslag op een vordering die een belastingplichtige stelde te hebben op Bavaria. Bavaria had eerder zelf een openbaar pandrecht verkregen op die vordering tot zekerheid voor een vordering van Bavaria op een derde. Bavaria verklaarde niets meer verschuldigd te zijn aan de belastingplichtige omdat was verrekend. De Ontvanger stelde dat Bavaria geen beroep mocht doen op dit pandrecht omdat in een nadere overeenkomst verrekening zou zijn uitgesloten. Het Hof overweegt dat een pandakte op zichzelf zo daartoe aanleiding zou bestaan, kan worden uitgelegd volgens de Haviltex-norm. Het Hof meent echter dat het hier gaat om de verhouding tussen een pandakte en een verrekeningsovereenkomst en dat een verbintenisrechtelijke verrekeningsovereenkomst 'geen inbreuk kan maken op de, op zichzelf duidelijke, pandakte en de goederenrechtelijke gevolgen daarvan'. Tevergeefs stelde de Ontvanger als derde dat voor de goederenrechtelijke verhouding tussen Bavaria en de debiteur ook andere (voor de Ontvanger als derde kennelijk kenbare) partijafspraken van belang zijn. In Thomassen Metaal-

41 Hof 's-Hertogenbosch 3 augustus 2004, JOR 2005, 311 (Bavaria/Ontvanger).

bouw/Vos II (2005) probeerde de heer Vos als debiteur onder een betalingsverplichting uit te komen.<sup>42</sup> Op grond van een akte van oprichting tevens akte van cessie, waren 'alle activa' van een eenmanszaak ingebracht in een besloten vennootschap. De heer Vos stelde dat de vordering op hem niet rechtsgeldig was overgegaan omdat partijen betrokken bij de cessie in andere documentatie deze vordering als dubieus hadden aangemerkt en deze geheel in boekhoudkundige zin was voorzien. Hij wist het Hof Den Bosch van dat standpunt te overtuigen. Het Hof kwam tot de conclusie dat de overdracht van deze vordering niet in rechte was komen vast te staan. De Hoge Raad volgt AG De Vries Lentsch-Kostense en stuurt Vos het bos weer in: onder 'alle activa' moeten alle vorderingen worden begrepen, en het feit dat de debiteur als 'dubieus' is aangemerkt brengt niet mee dat de vordering daardoor tenietgegaan is.

Op het spanningsveld tussen goederen- en verbintenissenrecht zijn nieuwe problemen over zekerheden eenvoudig te verzinnen. Bijvoorbeeld de vraag of partijen die de bedoeling hebben een stil pandrecht op een cognossement te vestigen en dit niet uitdrukkelijk vermelden in het cognossement zelf (wat volgens de Hoge Raad vereist is) wellicht bij wijze van conversie geacht moeten worden een stil pandrecht te hebben gevestigd op de roerende goederen die onder cognossement worden vervoerd of op de vordering tot afgifte van deze goederen (artikel 3:42 BW).<sup>43</sup> In de praktijk laten banken vaak het cognos-

sement aan zich endosseren als zekerheid. Het oogmerk van partijen is daarbij niet gericht op overdracht van de goederen maar slechts op de vestiging van een pandrecht en dit roept de vraag op of daarmee het fiduciaverbod is overtreden (artikel 3:84 lid 3 BW). Dit zijn steeds problemen waarbij de uitleg van het geschrift bepalend kan zijn. Dogmatische vermaningen als die van Beekhoven van den Boezem ten spijt, lijkt het onafwendbaar dat ons goederenrecht persoonlijker wordt.<sup>44</sup> De grenzen tussen het starre goederenrecht en kwikzilverige verbintenissenrecht vervagen. De goederenrechtelijke beschermingsbepalingen zullen de grens aangeven samen met een redelijke interpretatie van partijafspraken. Tot de omstandigheden die bij interpretatie meegewogen kunnen worden behoren de maatschappelijke positie en veronderstelde rechtskennis van elk van de partijen. Langs die weg zal bij twijfel ten aanzien van de inhoud van een zekerheidsakte deze contra proferentem kunnen worden uitgelegd: een uitleg op een wijze die nadelig is voor de partij die de akte heeft opgesteld en deze gebruikt. Dit vraagt om zorgvuldigheid bij het formuleren van zekerheidsdocumentatie.

**Mr. Herman J.E. Veerbeek is advocaat te Utrecht, directeur Juridische Zaken van een financieringsmaatschappij, en docent Ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht.**

42 Zie noot 5.

43 Zie hierover: R. Zwitser, 'Pandrecht en orderpapier', *WPNR* 2005, nr. 6611, p. 166-173 en *WPNR* 2005, nr. 6612, pp. 189-195.

44 Zie hierover: F.M.J. Verstijlen, *Vergissingen in het goederenrecht*, inaug. rede, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003.