

VOORWOORD BIJ DE VIJFTIENDE DRUK

Na het verschijnen van de veertiende druk heeft prof. mr. A.A. van Velten aan de Asser Adviesraad te kennen gegeven zijn werkzaamheden te beëindigen. Van Velten heeft vanaf de elfde druk uit 1986 de bewerking van het hoofdstuk over hypotheekrecht voor zijn rekening genomen. Het besluit van Van Velten heeft ertoe geleid dat ondergetekende thans de bewerking van het gehele werk voor zijn rekening heeft genomen, met dien verstande dat deze druk is tot stand gekomen met medewerking van mr. Kasper Krzemiński, die ik hierbij zeer hartelijk bedank voor de voortreffelijke samenwerking en de vele zekerheidsdiscussies die we gaande de rit hebben gevoerd. Het boek is er in vele opzichten beter op geworden.

De in de vorige druk reeds in gang gezette wijziging in inhoud en structuur van de verschillende hoofdstukken is voortgezet, aldus dat verschillende onderdelen uit hoofdstuk 4 zijn verplaatst naar hoofdstuk 2. Voorts is de opzet van hoofdstuk 4 aanmerkelijk gewijzigd, zeker waar het betreft de hypothecaire bedingen en de wijzigingen die de per 1 januari 2015 in werking getreden Wet Executieveilingen (*Stb.* 2014, 432) heeft teweeggebracht. Soms zijn deels verouderde tekstgedeelten vervallen en is, in voorkomend geval, verwezen naar uiteenzettingen in de veertiende druk van dit werk. Een en ander heeft ertoe geleid dat de randnummering van hoofdstuk 4 aanmerkelijk is gewijzigd. In dat verband is achter in het boek een transponeringstabel opgenomen, waaruit tevens blijkt dat – helaas – in hoofdstuk 3 een aantal randnummers is toegevoegd.

In het bijzonder op het terrein van het pandrecht is de voorbije jaren door de Hoge Raad een groot aantal arresten geweest. Deze arresten hebben tot de nodige aanpassingen en wijzigingen geleid in hoofdstuk 2 en 3. Hetzelfde geldt voor het gedeelte over de herverpanding (nr. 132 e.v.), waarvoor de *cum laude*-dissertatie van mr. Krzemiński een belangrijke informatiebron vormde.

Sinds enige tijd worden de annotatoren in de Nederlandse jurisprudentie niet meer met hun initialen aangeduid, maar wordt hun volledige naam weergegeven. De annotaties worden in dit werk niet meer in de tekst vermeld, maar slechts in het jurisprudentieregister. Hierbij zijn, omwille van de uniformiteit, alle namen van de annotatoren uitgeschreven, dus ook van die bij de oudere arresten. Naast de annotaties in de Nederlandse Jurisprudentie worden in de regel ook die in *Ars Aequi* vermeld. Incidenteel komen verwijzingen naar andere annotaties voor.

De sedert de veertiende druk (2010) verschenen wetgeving, rechtspraak en literatuur zijn op de gebruikelijke wijze verwerkt tot 15 april 2016. Nadien verschenen rechtspraak en literatuur kon in een enkel geval nog worden vermeld

of verwerkt. In dit verband valt in het bijzonder te wijzen op HR 3 juni 2016, NJ 2016/290 over de vraag of een verkrijger onder eigendomsvoorbehoud het aan hem toekomende eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kan vervreemden of bezwaren.

Menigmaal vroegen mijn jongste kinderen van zeven en vijf tijdens de avonden en weekenden dat ik met de bewerking bezig was: “Pap, wanneer is ‘jouw’ boek nu eindelijk af?” Eén week voor onze vakantie kan ik eindelijk *met zekerheid* het antwoord *nu* geven. Voor het vele geduld dat zij en mijn echtgenote Melanie van Mierlo-Dewaerheijt het voorbije jaar hebben moeten betrachten, wil ik hen op deze plaats meer dan hartelijk bedanken. Het thuisfront moet bij klussen als deze echt meewerken, omdat die anders naast het dagelijkse advocatenbestaan niet te volbrengen zijn.

Dank ook aan mijn kantoorgenoten en mijn Amsterdamse en Rotterdamse partners bij NautaDutilh N.V. voor de grote support die Kasper en ik van hen mochten ontvangen. De goede onderlinge band en kameraadschappelijke sfeer op kantoor heeft er al die tijd – naar wij hopen – niet onder geleden.

Ten slotte, dank ook aan de student-assistenten die Kasper en mij veel werk uit handen hebben genomen, in volgorde: (inmiddels mr. en kantoorgenote) Marit Vink en Helena Beemster. Tevens dank aan de student-stagiaires bij NautaDutilh, Jay Sital en Luuk Uilenbroek, voor hun assistentie bij het finaliseren van de registers en de drukproef.

Dit werk is het product van samenwerking met vele anderen. Voor de inhoud hiervan is er slechts één verantwoordelijk. Voor op- of aanmerkingen houd ik mij vanzelfsprekend aanbevolen (toon.vanmierlo@nautadutilh.com).

Oegstgeest, 14 juli 2016
A.I.M. van Mierlo

INHOUDSOPGAVE

<i>Uitgebreide inhoudsopgave</i>	XVII
<i>Enige afkortingen</i>	XXXIII
<i>Lijst van verkort aangehaalde werken</i>	XXXVII
Hoofdstuk 1 - Inleiding	1
1.1	1
1.2	3
1.3	6
1.3.I	6
1.3.II	8
1.3.III	11
1.3.IV	12
1.3.V	12
1.4	13
1.5	14
Hoofdstuk 2 - Regels betreffende pand en hypotheek in het algemeen	17
2.1	17
2.2	27
2.3	32
2.4	42
2.5	49
2.6	62
2.7	69
2.8	73
2.9	78
2.10	79
2.11	82
2.12	87
2.12.I	89
2.12.II	97
2.12.III	103
	XI

	2.12.IV	Uitoefening van het zekerheidsrecht (separatisme)	108
	2.12.V	Afkoelingsperiode	120
		Hoofdstuk 3 - Recht van pand	127
3.1		Pandrecht in het algemeen	127
	3.1.I	Aard en strekking van het recht	127
	3.1.II	Object van pandrecht	128
	3.1.III	Vorderingen tot zekerheid waarvoor pandrecht strekt	131
	3.1.IV	Vereisten voor vestiging van pandrecht	136
	3.1.IVA	Geldige titel	137
	3.1.IVB	Beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever	138
	3.1.IVC	Bekrachtiging	144
	3.1.V	Voorbehoud van pandrecht	145
	3.1.VI	Pandrecht op een aandeel in een goed	146
	3.1.VII	Beschikkingshandelingen door de pandgever	147
	3.1.VIII	Meervoudige verpanding	150
	3.1.IX	Herverpanding	157
	3.1.X	Tenietgaan van pandrecht	165
	3.1.XI	Overgangsrecht	176
3.2		Vuistpandrecht op roerende zaken en op rechten aan toonder of order	178
	3.2.I	Vestiging van vuistpandrecht op roerende zaken	178
	3.2.II	Vestiging van pandrecht op rechten aan toonder of order	181
	3.2.III	Rechten en plichten van de pandhouder	183
	3.2.IV	Uitwinning	187
	3.2.V	Verdeling executieopbrengst	197
3.3		Vuistloos pandrecht op roerende zaken en op rechten aan toonder	200
	3.3.I	Inleiding	200
	3.3.II	Vestiging van vuistloos pandrecht; eis van registratie onderhandse akte	202
	3.3.III	Mededeling betreffende de beschikkingsonbevoegdheid	207
	3.3.IV	Gevolgen van beschikkingsonbevoegdheid	208
	3.3.V	Vuistloos pand wordt vuistpand	211
	3.3.VI	Vuistloze verpanding van toekomstige zaken	216
	3.3.VII	Vuistloze verpanding van 'hulpzaken'	217
	3.3.VIII	Collisie van vuistloos pandrecht met rechten van derden	220
	3.3.IX	Recht van reclame	221
	3.3.X	Vervreemding door de pandgever	222
	3.3.XI	Ontbinding van de overeenkomst op grond waarvan de pandgever de zaak verkreeg	223
	3.3.XII	Op de verpande zaak rust een voorrecht	223
	3.3.XIII	Fiscaal voorrecht	227
	3.3.XIV	Retentierecht	228

3.4	Pandrecht op vermogensrechten	230
	3.4.I Algemeen	230
	3.4.II Wijze van vestiging	233
	3.4.III Pandrecht op effecten	234
	3.4.IV Pandrecht op lidmaatschap in coöperatieve flatexploitatieverenigingen	239
	3.4.V Pandrecht op assurantieportefeuilles	242
3.5	Openbaar pandrecht op vorderingen op naam	245
	3.5.I Wijze van vestiging	245
	3.5.II Geen bescherming tegen onbevoegdheid	250
	3.5.III Overgang van nevenrechten, verbonden aan de verpande vordering	252
	3.5.IV Openbare verpanding van toekomstige vorderingen	254
	3.5.V Inningsbevoegdheid en verhaal	256
	3.5.VI Verrekening door de pandhouder	260
3.6	Stil pandrecht op vorderingen op naam	263
	3.6.I Algemeen	263
	3.6.II Wijze en tijdstip van vestiging	265
	3.6.III Beschikkingsonbevoegdheid van de stil pandgever	274
	3.6.IV Vestiging van tweede pandrecht of van vruchtgebruik	275
	3.6.V Vestiging bij voorbaat van stil pandrecht op toekomstige vorderingen	277
	3.6.VI Stil pandrecht op vorderingen en faillissement pandgever	280
	3.6.VII Collisie van stil pandrecht op vorderingen met rechten van derden	291
	3.6.VIII Pandrecht en cessie	292
	3.6.IX Pandrecht en vruchtgebruik	293
	3.6.X Pandrecht en voorrechten	293
	3.6.XI Pandrecht en derdenbeslag	295
	3.6.XII Verrekening door de schuldenaar (art. 6:130 lid 2 BW)	297
	Hoofdstuk 4 - Recht van hypotheek	301
4.1	Hypotheekrecht in het algemeen	301
	4.1.I Historische ontwikkeling	301
	4.1.II Aard en strekking van het hypotheekrecht	310
	4.1.III Object van het hypotheekrecht	340
	4.1.IV Vordering tot zekerheid waarvan hypotheekrecht strekt	358
	4.1.V De hypotheekverlener; beschikkingsbevoegdheid c.a.	362
	4.1.VI De hypotheeknemer	373
	4.1.VII Tenietgaan van hypotheekrecht. Doorhaling van de inschrijving ('royement')	376
4.2	Vestiging van hypotheekrecht	391
	4.2.I De hypotheekakte	391
	4.2.II De inhoud van de hypotheekakte nader beschouwd	396
	4.2.III Inschrijving	403
	4.2.IV Rang	407

4.3	Inhoud en bevoegdheden	414
	4.3.I Werking tegenover eigenaar en derden	414
	4.3.II Huurbeding	421
	4.3.III Andere bijzondere bedingen	441
4.4	Verhaal en executie	451
	4.4.I Recht van verhaal	451
	4.4.II Recht van parate executie	456
	4.4.III Executie; hoofdregel openbare verkoop	458
	4.4.IV Uitzondering: onderhandse executoriale verkoop	475
	4.4.V Vrijwillige onderhandse verkoop	482
	4.4.VI Gevolgen executoriale verkoop	483
	4.4.VII Derdenhypotheek	490
	4.4.VIII Faillissement hypotheekverlener	497
4.5	Overgangsrecht	501
	Hoofdstuk 5 - Voorrechten	505
5.1	Verhaal, voorrecht en voorrang	505
	5.1.I Inleiding	505
	5.1.II Verhaal en voorrang	507
	5.1.III Verhaal op goederen van derden	511
	5.1.IV Vervallen voorrechten uit het oude recht	514
	5.1.V Rangorde	515
	5.1.VI Executiekosten	516
	5.1.VII Substitutie ('zaaksvervanging')	518
	5.1.VIII Tenietgaan van voorrechten	519
	5.1.IX Overgangsrecht	520
5.2	Voorrechten op bepaalde goederen	521
	5.2.I Kosten tot behoud	521
	5.2.II Bearbeiding	524
	5.2.III Vordering gezamenlijke appartementseigenaars of vereniging van eigenaars	527
	5.2.IV Voorrecht benadeelde op de vordering van aansprakelijke op aansprakelijkheidsverzekeraar	528
5.3	Bevoorrechte vorderingen op alle goederen (algemene voorrechten)	531
	5.3.I Algemeen	531
	5.3.II Kosten van de faillissementsaanvraag	531
	5.3.III Kosten van lijkbezorging	532
	5.3.IV Overige algemene voorrechten	533
	5.3.V Fiscaal voorrecht	534
	Hoofdstuk 6 - Retentierecht	541
6.1	Inleiding	541
6.2	Het samenhangvereiste	543
6.3	De vordering van de retentor	544

6.4	Bijzondere gevallen van retentierecht	545
6.5	De zaak moet in de macht van de retentor zijn; kenbaarheid	549
6.6	Geen volledig afhankelijk recht	552
6.7	Werking tegen andere schuldeisers	554
6.8	Derdenwerking	559
6.9	Verhaalsrecht en voorrang	562
6.10	Tenietgaan van retentierecht	564
6.11	Overeengekomen retentierecht	569
	Hoofdstuk 7 - Eigendomsvoorbehoud	573
7.1	Inleiding	573
7.2	Levering en eigendomsverkrijging	577
7.3	Voorbehouden eigendom geen nevenrecht	582
7.4	Beperkt verlengd eigendomsvoorbehoud	583
7.5	De bevoegdheid tot terugname	591
7.6	Overdracht van de zaak door de vervreemder onder eigendomsvoorbehoud	593
7.7	Overdracht of verpanding van de zaak door de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud	596
7.8	Verlies van voorbehouden eigendom	607
7.9	Botsing van voorbehouden eigendom met rechten van derden	613
	<i>Zakenregister</i>	621
	<i>Wetsartikelenregister</i>	631
	<i>Jurisprudentieregister</i>	645
	<i>Transponeringstabel</i>	657

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Introductie

- [1] *Plan van behandeling.* In dit deel van de Asser-serie worden de in Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (Vermogensrecht in het algemeen) geregelde rechten behandeld die een doorbreking van de *paritas creditorum* bewerkstelligen. Achtereenvolgens komen aan de orde de rechten van pand en hypotheek, de voorrechten en het retentierecht. Daarnaast wordt ook het eigendomsvoorbehoud besproken. De verschillende rechten worden gezamenlijk aangeduid met de term 'zekerheidsrechten'.

De delen 3-I tot en met 3-VI van de Asser-serie zijn gewijd aan Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek dat betrekking heeft op het Vermogensrecht in het algemeen. In ASSER/HARTKAMP 3-I 2015 wordt de invloed onderzocht van het Europese recht op het Nederlandse vermogensrecht, in het bijzonder het algemene deel hiervan. Het nog te verschijnen deel 3-II* besteedt aandacht aan algemene begrippen van het vermogensrecht en zal gewijd zijn aan rechtsfiguren die voor het gehele vermogensrecht van belang zijn. De drie daaropvolgende delen behandelen uiteenlopende onderdelen van het algemene vermogensrecht, te weten Volmacht en vertegenwoordiging 3-III* (thans ASSER/VAN DER GRINTEN & KORTMANN 2-I 2004), Algemeen goederenrecht 3-IV en Gemeenschap 3-V. In dit deel 3-VI komen de zekerheidsrechten aan de orde, voor zover die in Boek 3 BW zijn geregeld.

Voor een antwoord op de vraag waarom de zekerheidsrechten niet, zoals de meeste genotsrechten, in Boek 5 BW maar in Boek 3 BW zijn geregeld, zie hierna onder nr. 22. Zie ten aanzien van voorrechten hierna nr. 466 e.v.

Voor het onderscheid tussen zekerheidsrechten- en genotsrechten wordt verwezen naar ASSER/MIJNSEN, VAN VELTEN & BARTELS 5* 2008/8.

- [2] *Zekerheidsrechten.* Zekerheidsrechten kunnen worden omschreven als rechten die ertoe strekken zekerheid te verschaffen aan een schuldeiser voor de voldoening van een of meer vorderingen die hij op zijn schuldenaar heeft. De wijze waarop die zekerheid zich manifesteert, is verschillend. Bij pandrecht, hypotheekrecht en voorrecht geniet de schuldeiser voorrang bij de verdeling van de netto-opbrengst in geval van uitwinning van de vermogensbe-

standdelen van de schuldenaar waarop het pand-, hypotheek- of voorrecht betrekking heeft. Het eigendomsvoorbehoud verschaft de schuldeiser – de verkoper – zekerheid voor de voldoening van zijn vordering op zijn schuldenaar – de koper –, doordat het onder eigendomsvoorbehoud overgedragen goed eerst tot het vermogen van de schuldenaar behoort nadat de vordering in kwestie volledig aan de verkoper is voldaan en de schuldeiser afgifte van het goed kan vorderen indien de schuldenaar in verzuim is met het voldoen aan zijn betalingsverplichtingen. Bij het retentierecht is voor de schuldeiser de zekerheid hierin gelegen dat de schuldeiser zijn verplichting tot teruggave van eens andermans zaak aan de schuldenaar of een derde mag opschorten totdat zijn vordering op de schuldenaar volledig is voldaan.

Zekerheidsrechten verschaffen de schuldeiser zekerheid voor de voldoening van diens vordering op de schuldenaar. Onder de in Boek 3 BW geregelde zekerheidsrechten zijn in de eerste plaats begrepen de zogeheten *goederenrechtelijke* zekerheden, die met elkaar gemeen hebben dat de schuldeiser zijn zekerheid vindt in de bevoegdheid het object van zijn recht te gelde te maken of te innen en zijn vordering te voldoen uit de opbrengst. In het bijzonder valt in dit verband te denken aan de beperkte rechten van pand en hypotheek, die de schuldeiser de mogelijkheid verschaffen zijn vordering op de schuldenaar tot het betalen van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers, zonder rechterlijke tussenkomst, te verhalen op de aan het recht van pand en hypotheek onderworpen goederen. Voorts kunnen tot deze goederenrechtelijke zekerheden ook worden gerekend het retentierecht en het eigendomsvoorbehoud. Een retentierecht verschaft de schuldeiser de bevoegdheid diens verplichting tot teruggave van andermans zaak op te schorten totdat de vordering op de schuldenaar is voldaan, alsmede – na verwerving van een executoriale titel – een verhaalsrecht met voorrang op de zaak. Het eigendomsvoorbehoud ten slotte verschaft zekerheid aan de schuldeiser, omdat het voorkomt dat het onder eigendomsvoorbehoud afgeleverde goed toebehoort aan de schuldenaar zolang de koopprijs niet volledig is voldaan. De schuldeiser kan de door hem geleverde goederen als zijn eigendom opeisen ingeval de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van zijn prestatie. Het eigendomsvoorbehoud verschaft om die reden zekerheid aan de schuldeiser. Traditioneel worden met de goederenrechtelijke zekerheden tevens in verband gebracht de (door de wet aan bepaalde vorderingen verbonden) voorrechten. Een voorrecht verschaft aan de schuldeiser het recht de vordering op de schuldenaar – na verkrijging van een executoriale titel – bij voorrang te verhalen op een bepaald goed (een bijzonder voorrecht) of op alle tot het vermogen van de schuldenaar behorende goederen (een algemeen voorrecht).

[3] *Persoonlijke zekerheden.* Het Nederlandse recht kent ook op andere plaatsen in het Burgerlijk Wetboek rechten die strekken tot zekerheid. Te denken

valt aan de zogeheten *persoonlijke zekerheden*, zoals de hoofdelijkheid en de borgtocht. De persoonlijke zekerheden zien niet op – voorrang bij – de verdeling van het vermogen van de schuldenaar, maar voegen als verhaalsobject voor de schuldeiser toe, naast het vermogen van de schuldenaar, het vermogen van een ander (te weten: dat van de hoofdelijke medeschuldenaar resp. de borg). In deze gevallen is het een ander die naast of in plaats van de hoofdschuldenaar gehouden is de vordering te voldoen. De persoonlijke zekerheden vallen buiten het bestek van dit boek. De hoofdelijkheid is nader geregeld in art. 6:6 e.v. BW. Zij wordt besproken in ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-I* 2012/91 e.v. De borgtocht is een bijzondere overeenkomst, geregeld in Boek 7 BW (art. 7:850 e.v. BW), en wordt besproken in ASSER/VAN SCHAICK 7-VIII* 2012/58 e.v. Naast borgtocht en hoofdelijkheid bestaan in de praktijk nog talrijke andere voorbeelden van persoonlijke zekerheden. In dit verband kunnen onder meer worden genoemd de zogenaamde 403-verklaring (waarbij een moedermaatschappij zich op de voet van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk verklaart voor de schulden van haar dochtermaatschappij), de bankgarantie en minder vergaande toezeggingen door derden zoals patronaatsverklaringen (*letters of comfort*) en *net-worth-* of vermogensverklaringen. Zie daarover nader WIBIER, in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (Preadvies KNB) 2009, p. 197-203.

Een ander tot zekerheid strekkend recht is het in Boek 7 BW geregelde recht van reclame (art. 7:39 BW). Dit recht is een onderdeel van het kooprecht, dat via de schakelbepaling van art. 7:50 BW van overeenkomstige toepassing is bij ruil. Het komt nader aan de orde in ASSER/HIJMA 7-I* 2013/599 e.v.

1.2 Hoofdregels verhaal; gehele vermogen van de schuldenaar en gelijkheid van schuldeisers

- [4] *Hoofdregel; alle goederen schuldenaar.* Een schuldenaar is gehouden de door hem verschuldigde prestatie te verrichten. Voor de nakoming van deze gehoudenheid staat hij met zijn gehele vermogen in, waarbij als hoofdregels gelden dat alle goederen van de schuldenaar tot verhaal strekken en de schuldeisers bij de verhaalsuitoefening gelijkgerechtigd zijn.

Uitgangspunt is dat een schuldenaar zijn verplichtingen dient na te komen. Indien nodig kan die nakoming in rechte worden afgedwongen (art. 3:296 BW) en kan de schuldeiser zijn vordering verhalen op alle goederen van de schuldenaar, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt (art. 3:276 BW).

Bij de verhaalsuitoefening zijn de schuldeisers gelijkgerechtigd, tenzij de wet anders bepaalt (art. 3:277 BW). Men spreekt in dit verband van gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum*). Zie hierover VERSTIJLEN, *Paritas creditorum, voorrang en preferentie* (Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland) 2006, p. 2 e.v. Zie ook het parallelle preadvies

over de situatie in België: STORME & DE MAREZ, *Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden*.

- [5] *Tenzij de wet anders bepaalt*. Hoofdgregel is dat een schuldeiser zijn vordering kan verhalen op alle goederen van zijn schuldenaar. Zowel de wet als een overeenkomst kan anders bepalen (art. 3:276 BW).

Een schuldeiser kan in het gehele vermogen van zijn schuldenaar bevrediging vinden in het geval laatstgenoemde zijn verplichtingen ten opzichte van hem niet nakomt. In art. 3:276 BW is bepaald dat zowel de wet als een overeenkomst anders kan bepalen. Zo verklaart de wet in art. 447 Rv en art. 448 Rv een aantal goederen uitdrukkelijk niet vatbaar voor executie. De strekking van deze bepalingen is te voorkomen dat de schuldenaar door het verhaal onbeperkt ook in zijn eerste materiële en immateriële levensbehoeften of de middelen om die te verwerven, kan worden getroffen. Zie HR 14 juni 1991, *NJ* 1991/631 (Csànký/Staat). Volgens art. 475b Rv is evenmin verhaal mogelijk op de beslagvrije voet in geval van derdenbeslag op periodieke uitkeringen. Voorts valt te wijzen op art. 21 Fw en art. 21a Fw dat enkele uitzonderingen bevat op de in art. 20 Fw – dat kan worden gezien als een uitwerking van art. 3:276 BW – neergelegde regel dat alle activa van de schuldenaar in het faillissement vallen. Soortgelijke beperkende bepalingen bevat de Faillissementswet in het kader van schuldsaneringsregeling natuurlijke personen in art. 295 lid 4 Fw en in – het met art. 21a Fw overeenstemmende – art. 295a Fw. De genoemde bepalingen zijn alle dwingendrechtelijk van aard. Schuldeiser en schuldenaar kunnen hiervan niet bij overeenkomst afwijken.

Het bepaalde in art. 3:276 BW opent wel de mogelijkheid dat schuldeiser en schuldenaar overeenkomen dat de verhaalsmogelijkheid van de schuldeiser op het vermogen van de schuldenaar is uitgesloten of beperkt tot bepaalde vermogensbestanddelen. De overige schuldeisers komen daardoor in een betere positie. Zie ook de TM bij art. 3:276 BW, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 856.

Op het in art. 3:276 BW verankerde uitgangspunt dat een schuldenaar in beginsel met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden tegenover al zijn schuldeisers, kunnen notarissen en deurwaarders op grond van de wet een uitzondering maken door middel van een zogeheten generale kwaliteitsrekening. Zie art. 25 Wna en art. 19 GDW. De door de beroepsoefenaar op een dergelijke rekening in kwaliteit ontvangen bedragen zijn afgescheiden van diens eigen vermogen en staan derhalve niet bloot aan verhaal door diens schuldenaren. Voor advocaten en accountants geldt hetzelfde op de door hen met het oog op het ontvangen van voor derden bestemde gelden aangehouden rekeningen. Zie ook HR 13 juni 2003, *NJ* 2004/196 (Beatrixziekenhuis/Procall), in welk arrest de Hoge Raad tevens oordeelde – r.o. 3.3.4 – dat met verdere uitbreiding van de uitzonderingen op het uitgangspunt van art. 3:276 BW terughoudendheid moet worden betracht gezien de rechtszekerheid en de belangen van het betalingsverkeer

(r.o. 3.3.4). Aannemelijk is dat bedoelde terughoudendheid meebrengt dat voor kwaliteitsrekeningen van andere beroepsbeoefenaren dan notarissen, deurwaarders, advocaten en accountants het uitgangspunt van art. 3:276 BW onverkort van toepassing is. In art. 25 lid 4 Wna is een regeling opgenomen over de vraag aan wie het saldo op de kwaliteitsrekening toebehoort. Zie voor eenzelfde benadering ten aanzien van de zgn. bijzondere kwaliteitsrekening (de kwaliteitsrekening voor één transactie) HR 12 januari 2001, NJ 2002/371 (Koren q.q./Tekstra q.q.), waarover kritisch ASSER/PERRICK 3-V 2015/98 e.v. Zie nader over de kwaliteitsrekening in het algemeen onder meer: Dirix/Vriesendorp (red.), *Inzake Kwaliteit* 1998; AVEZAAT, *De kwaliteitsrekening* (Studiepockets privaatrecht 63) 2002; STENEKER, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen) 2005; WOLFERT, *De kwaliteitsrekening* (diss. VU Amsterdam) 2007; BIERENS, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld* (diss. Tilburg) 2009, p. 73 e.v. Zie verder J.J. VAN HEES, in: *Fiduciaire verhoudingen* (O&R nr. 41) 2007, p. 73 e.v.

- [6] *Gelijkheid van schuldeisers*. Bij de uitoefening van het verhaal geldt voorts als hoofdregel dat de schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de executiekosten, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering. Men spreekt in dit verband van gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum*).

De schuldeisers hebben in beginsel gelijke rang. Zie over dit beginsel WESSELS, in: *Curator en Crediteuren* (Insolad-Jaarboek) 2009, p. 1 e.v. Gelijke rang betekent dat noch het tijdstip waarop de vordering is ontstaan, noch het tijdstip waarop de schuldeiser beslag legt voorrang geeft. Is het vermogen van de schuldenaar toereikend, dan kunnen alle schuldeisers zich volledig verhalen, aldus dat zij allen volledig uit de netto-opbrengst daarvan kunnen worden voldaan. Vragen over voorrang komen dan niet aan de orde. Dit is anders indien het vermogen van de schuldenaar onvoldoende verhaal biedt, hetgeen zich vooral voordoet bij faillissement en daarop gelijkende situaties zoals aanvaarding van een nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving (zie art. 4:190 e.v. BW). In dergelijke gevallen kunnen de uitzonderingen op de algemene regel van gelijkheid van schuldeisers een rol gaan spelen en doen de rechten waardoor die gelijkheid wordt verbroken – pand, hypotheek, voorrecht en retentierecht – zich gelden. Dit geschiedt op grond van hetzij de aard van de vordering (voorrecht), hetzij een tevoren door partijen tot verzekering van de vordering bedongen recht (pand- of hypotheekrecht). Wat die rangorde is, wordt nader door de wet geregeld. Zie nader nr. 8, alsmede nr. 466 e.v.

In de praktijk wordt bij het aangaan van een financiering het beginsel van de *paritas creditorum* soms vastgelegd in een zogeheten ‘*pari passu*-clausule’, waarin de schuldenaar verklaart dat de door hem met de schuldeiser aangegane verplichtingen dezelfde rang hebben als de andere door hem aangegane verplichtingen. In wezen komt een dergelijke verklaring in de meest eenvoudige vorm

neer op een herhaling van art. 3:277 BW. In de regel kent een *pari passu*-verklaring een wijdere strekking en ziet zij niet alleen op 'reeds aangegane' verplichtingen maar ook op 'toekomstige' verplichtingen. In zo'n geval houdt de *pari passu*-clausule voor de schuldenaar tevens de verplichting in aan de wederpartij dezelfde zekerheden – dat wil zeggen: in gelijke mate en in gelijke rang – te verstrekken als hij aan andere kredietverschaffers zal verschaffen. Een *pari passu*-clausule wordt ook wel aangeduid als een oneigenlijke zekerheid. Zie daarover nader VERMEULEN, *Financiering van overnames, deel II* 2006, p. 69 e.v.

Zie over de wijze van uitleg van een *pari passu*-beding opgenomen in een trustakte voor een voor inschrijving opengestelde obligatielening, waarbij ter beurze verhandelbare obligaties aan toonder werden uitgegeven HR 23 maart 2001, NJ 2003/715 (Ofasec/NTM), waarover TANJA-VAN DEN BROEK, *WPNR* 2001/6493, p. 433 e.v. In zo'n geval, waarin later obligatiehouders toetreden tot de aanvankelijk tussen twee partijen opgemaakte trustakte zijn de bewoordingen van het beding, gelezen in het licht van de gehele tekst van de akte en mede gelet op de aard en strekking van de overeenkomsten van geldlening, in beginsel van beslissende betekenis, zodat geen plaats is voor – kort gezegd – de maatstaf uit HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (Haviltex).

1.3 Doorbreking gelijkheid van schuldeisers; voorrang

1.3.1 Inleidende opmerkingen

[7] *Alleen voorrang in de door de wet erkende gevallen.* De gelijkheid van schuldeisers wordt alleen in de door de wet erkende gevallen doorbroken. Alleen in de door de wet erkende gevallen heeft een schuldeiser voorrang boven andere schuldeisers (art. 3:277 lid 1 BW).

De vraag naar voorrang komt aan de orde indien het vermogen van de schuldenaar ontoereikend is om alle schuldeisers volledig te voldoen. In een dergelijk geval gaan de uitzonderingen op de hoofdregel dat schuldeisers een gelijk recht van verhaal hebben een rol spelen en kunnen sommige schuldeisers hun vordering bij voorrang boven andere schuldeisers verhalen. Voorrang bestaat alleen in door de wet erkende gevallen (art. 3:277 BW). Schuldeiser en schuldenaar kunnen niet bij overeenkomst bepalen dat een bepaalde vordering boven andere bij voorrang kan worden verhaald.

Behoudens enkele uitzonderingen geldt dat aan de schuldeiser wiens schuldvordering is verzekerd door een recht van pand of hypotheek een hogere rang wordt toegekend dan aan de schuldeiser wiens voorrecht uit de wet zelf voortvloeit (art. 3:279 BW).

Terstond moet worden opgemerkt dat de werking van de rechten van pand en hypotheek niet is beperkt tot het uitoefenen van een voorrang bij de verdeling van een vermogen dat ontoereikend is om alle schuldeisers te voldoen, de insolvente boedel. De pand- of hypotheekhouder is tevens bevoegd het goed te

verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen, indien de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het zekerheidsrecht tot waarborg strekt (art. 3:248 BW resp. art. 3:268 BW). Dit speelt niet alleen bij een insolvente boedel. Een voorrecht geeft daarentegen niet meer dan een rang aan een schuldeiser boven een andere. Aldus wordt een uitzondering gemaakt op het hoofdbeginsel van gelijkheid van schuldeisers. Juist omdat het hier een uitzondering betreft, is strikte toepassing geboden; geen voorrang zal mogen worden toegekend dan voor zover de wet klaarblijkelijk aanleiding daartoe geeft. Vgl. HR 19 december 1958, *NJ* 1959/113. Zie in dit verband ook HR 24 maart 1995, *NJ* 1996/158, *AA* 1995, p. 705 (Hollander's Kuikenbroederij/Rabobank Domburg) waar de Hoge Raad uitgaat van een beperkte uitleg van het voorrecht wegens kosten tot behoud in art. 1185 aanhef en onder 4° BW (oud) en art. 3:284 lid 1 BW. Zie voorts HR 14 december 2001, *NJ* 2002/45 (Van den Wildenberg/Van Leeuwen), waarin de Hoge Raad oordeelt dat het verlenen van een bankgarantie naar zijn aard de strekking heeft de gelijkheid van schuldeisers te doorbreken en dat art. 6:2 BW geen grondslag kan bieden voor een plicht tot het stellen van zekerheid door middel van een bankgarantie. Uit het arrest komt naar voren dat terughoudendheid moet worden betracht bij het aanvaarden van een voorrang. Zie over de verschillende vragen die spelen in verband met een bankgarantie VAN EMDEN-VAN EMDEN, *Bankgarantie* (R&P nr. FR4) 2014. Zie voorts BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade* 2004.

- [8] *De wettelijke voorrangrechten.* Voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek en voorrecht en uit de andere in de wet aangegeven gronden (art. 3:278 lid 1 BW).

Het Burgerlijk Wetboek kent een gesloten systeem van voorrangrechten. De uitzonderingen op de hoofdregel van de *paritas creditorum* worden beperkt tot de door de wet erkende redenen van voorrang, te weten: pand, hypotheek, voorrecht en andere in de wet aangegeven gronden van voorrang.

Wat betreft de onderlinge rangorde tussen de verschillende voorrangrechten geldt, behoudens enkele later te behandelen wettelijke uitzonderingen het volgende: pand en hypotheek gaan boven voorrecht (art. 3:279 BW), terwijl een voorrecht op zekere en bepaalde goederen boven een voorrecht op alle goederen gaat (art. 3:280 BW).

Pand en hypotheek kunnen niet met elkaar in botsing komen. Hypotheek kan slechts gevestigd worden op een registergoed (een goed voor overdracht of vestiging waarvan inschrijving in daartoe bestemde openbare registers noodzakelijk is). Is het recht gevestigd op een ander goed, dan is het een recht van pand (aldus art. 3:227 lid 1 BW). Botsing doet zich ook niet voor wanneer een roerende zaak, niet-registergoed is verpand en die zaak – bijvoorbeeld een schip of luchtvaartuig – vervolgens wordt te boek gesteld in de openbare registers. In dit geval gaat het pandrecht teniet. Op de te boek gestelde zaak kan dan een recht

van hypotheek worden gevestigd. Zie over de vraag of het pandrecht mogelijk van rechtswege is geconverteerd in een hypotheekrecht hierna nr. 24.

Over samenloop van voorrechten op hetzelfde goed bevat de wet een aantal nadere regels. Zie hierna nr. 473. Degenen die in dezelfde rang bevoorrecht zijn, delen gelijk op, tenzij de wet anders bepaalt (art. 3:281 lid 1 BW). Wat na voldoening van de bevoorrechte schuldeisers mocht overblijven, komt ten goede aan de niet-bevoorrechte (i.e. concurrente) schuldeisers.

1.3.II De rechten van pand en hypotheek

[9] *Ontstaan rechten van pand en hypotheek.* De rechten van pand en hypotheek zijn de twee belangrijkste uitzonderingen op regel van de *paritas creditorum*. In beginsel komen zij tot stand door vestiging. In sommige gevallen kan pandrecht ook van rechtswege ontstaan.

Vestiging van een recht van pand of hypotheek is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij uitvoering wordt gegeven aan een tussen de schuldeiser en de schuldenaar gesloten overeenkomst. De wetgever heeft het mogelijk gemaakt rechten van pand en hypotheek te vestigen omdat de praktijk daaraan behoefte blijkt te hebben. Het economisch verkeer is gebaat bij de mogelijkheid van kredietverlening. Een goed functionerend systeem van kredietverlening lijkt niet mogelijk zonder dat de kredietverlener zich zekerheidsrechten kan bedingen met een hoge rang. Ondernemingen zouden nauwelijks meer bancair kunnen worden gefinancierd, terwijl de meeste particulieren zich geen eigen woonhuis zouden kunnen permitteren. Zie voor de maatschappelijke betekenis van zekerheidsrechten VERSTIJLEN, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW nr. B11) 2013/6 en HUIJGEN, *Hypotheek* (Mon. BW nr. B12b) 2014/3.

Pandrecht kan in sommige gevallen ook van rechtswege ontstaan. Zo kan op grond van het bepaalde in art. 3:229 BW door substitutie (zaaksvervanging) van rechtswege een pandrecht ontstaan indien een met een recht van pand of hypotheek bezwaard goed wordt beschadigd of tenietgaat. Zie hierna nr. 58 e.v. Voorts kent art. 3:259 BW aan certificaathouders een wettelijk pandrecht toe. Zie over certificering van aandelen en het pandrecht van art. 3:259 BW HAMERS, *Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen* (diss. Maastricht) 1996, p. 69 e.v.; ASSER/MAEIJER, VAN SOLINGE & NIEUWE WEME 2-II* 2009/658 e.v., meer in het bijzonder nr. 667 en 668. Over de vraag of deze bepaling ook geldt voor participaties in beleggingsfondsen lopen de meningen uiteen. Zie nader – en in positieve zin – VAN DER VELDEN, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht* (diss. Nijmegen) 2008, p. 163, met verdere literatuurverwijzingen.

Het recht van hypotheek moet nadrukkelijk worden overeengekomen (het *conventionaliteits*-beginsel). Gevallen waarin ingevolge een wettelijke bepaling een recht van hypotheek ontstaat, kent de huidige wet niet. Zie hierna nr. 246.

De wet kent in een aantal gevallen wel een verplichting tot het stellen van zekerheid. Dit is bijvoorbeeld het geval bij voogdij (art. 1:363 BW), curatele

(art. 1:386 BW), meerderjarigenbewind (art. 1:436 BW) en vruchtgebruik (art. 3:206 BW). Zie voor een geval waarin de rechter de verplichting tot zekerheidstelling kan opleggen, art. 6:105 lid 1 BW. Deze verplichting kwam aan de orde in HR 14 december 2001, NJ 2002/45 (Van den Wildenberg/Van Leeuwen). Zie verder de opsomming in VERSTIJLEN, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW nr. B11) 2013/5 en STENEKER, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/5. Gewezen zij ook op de algemene regel van art. 6:51 BW, waarin wordt bepaald dat wanneer iemand verplicht is tot het stellen van zekerheid of dat het stellen van zekerheid voorwaarde is voor het intreden van enig rechtsgevolg (zie bijvoorbeeld art. 6:55 BW), hij die daartoe dient over te gaan de keuze heeft tussen persoonlijke of zakelijke zekerheid. Deze bepaling wordt besproken in ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-I* 2012/269.

[10] *Uitoefening rechten van pand en hypotheek.* De rechten van pand en hypotheek maken onderdeel uit van het executierecht.

Uitoefening van het recht van pand en hypotheek vindt plaats door executie van het verpande of verhypothekeerde goed. Pand en hypotheek maken dan ook, gelijk de voorrechten en het retentierecht, deel uit van de uitwinning. Hiermee hangt samen dat zij op grond van art. 3:227 lid 1 BW slechts kunnen worden gevestigd voor de voldoening van een geldsom. In sommige gevallen betreft de geldsom een door de schuldenaar te betalen boete indien een bepaalde verplichting niet wordt nagekomen. Te denken valt aan de verplichting tot juridische levering in het kader van een economische overdracht van een onroerende zaak die kracht wordt bij gezet door middel van een te verbeuren boete ter hoogte van enige malen de koopsom en voor welke – toekomstige – schuld een zekerheidsrecht wordt gevestigd op de te leveren zaak. In zo'n geval strekt het zekerheidsrecht indirect tot zekerheid voor de nakoming van de desbetreffende verplichting. Zie in dit verband onder meer VAN VELTEN, *diss.* 1982, p. 89 e.v., alsmede HUIJGEN, *Economische eigendom* (Studiepockets privaatrecht 50) 1995/10.2. Zie ook hierna nr. 291.

Zie over pand en hypotheek voor toekomstige vorderingen hierna nr. 46 e.v.

De regeling van pand en hypotheek is slechts gedeeltelijk in het BW opgenomen. Zodra het op uitoefening van het recht van pand of hypotheek aankomt (zie daarvoor art. 3:248 BW resp. art. 3:268 BW) en de zekerheidsgerechtigde zijn verhaalsrecht uitoefent door middel van uitwinning van het tot zekerheid strekkende goed (executie), is mede de regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing. In dit verband valt onder meer te wijzen op de regeling voor hypothecaire executie (art. 544 e.v. Rv), waarvan art. 546 Rv een groot aantal bepalingen betreffende executoriale verkoop door een beslaglegger van overeenkomstige toepassing verklaart. Zie hierna nr. 400 e.v.

- [11] *De enige door de wet toegestane zekerheidsrechten.* Pand en hypotheek zijn blijkens de wet de enige op grond van overeenkomst te vestigen zekerheidsrechten die de wet toestaat (art. 3:227 BW).

Het tot 1992 geldende recht kende de figuur van de eigendomsoverdracht tot zekerheid van roerende zaken en vorderingen, waarmee werd tegemoetgekomen aan de toentertijd bestaande behoefte aan nieuwe mogelijkheden tot zekerheidsverschaffing. Zie VAN MIERLO, *diss.* 1988, nr. 1.1.

In 1992 is de eigendomsoverdracht tot zekerheid in de ban gedaan. In art. 3:84 lid 3 BW wordt onder meer de rechtshandeling 'die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid' aangemerkt als een ongeldige titel van overdracht van dat goed. In samenhang met het in art. 3:84 lid 1 BW verankerde causale stelsel van overdracht is het gevolg van deze bepaling dat een overdracht tot zekerheid nietig is. Zie hierover ook ASSER/BARTELS & VAN MIERLO 3-IV 2013/276-277. De reikwijdte van het zojuist geciteerde onderdeel van art. 3:84 lid 3 BW is nader afgebakend in HR 19 mei 1995, *NJ* 1996/119, *AA* 1995, p. 872 e.v. (Sogelease). De Hoge Raad zet in dit arrest uiteen dat de zojuist geciteerde woorden in art. 3:84 lid 3 BW het oog hebben op als schuldeiser verhaal kunnen nemen boven andere schuldeisers. Dientengevolge, aldus de Hoge Raad, levert een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij, beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken teneinde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen, als gevolg van art. 3:84 lid 3 BW niet een geldige titel voor overdracht op. De Hoge Raad overwoog voorts dat art. 3:84 lid 3 BW niet in de weg staat aan overdracht op grond van een rechtshandeling waarmee partijen 'werkelijke overdracht' beogen en die derhalve de strekking heeft het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan en dus om de verkrijger meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed dat hem, in zijn belang als schuldeiser, beschermt. Zie nader ASSER/BARTELS & VAN MIERLO 3-IV 2013/568, met verdere literatuurverwijzingen. In HR 18 november 2005, *NJ* 2006/151 (BTL Lease/Van Summeren) heeft de Hoge Raad zich opnieuw over het bepaalde in art. 3:84 lid 3 BW uitgelaten, meer in het bijzonder over de vraag of door partijen een werkelijke overdracht dan wel een overdracht tot zekerheid was beoogd. Een wanverhouding tussen de hoogte van de vordering en de waarde van het overgedragen object, aldus de Hoge Raad, kan bijdragen tot het oordeel dat partijen niet een 'werkelijke overdracht' hebben beoogd. Aannemelijk is dat een disproportionele verhouding van de waarde van de overgedragen goederen en de hoogte van de vordering van de verkrijger op de vervreemder in veel gevallen een belangrijke indicatie zal zijn voor het zekerheidskarakter – en daarmee de nietigheid – van de overdracht. In dezelfde zin STRUYCKEN, *diss.* 2007, nr. 7.4.3.3.

Afbakening van de reikwijdte van art. 3:84 lid 3 BW heeft ook in wetgevende zin haar beslag gekregen bij de implementatie van de zogeheten Collateral-Richtlijn van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten