

DE WERKING VAN DERDENBESLAG OP BIJ VOORBAAT STIL VERPANDE TOEKOMSTIGE¹ VORDERINGEN OP NAAM

Wat is rechtens, indien tussen de vestiging van een stil pandrecht en het ontstaan van de vordering een schuldeiser van de pandgever derdenbeslag legt op de bij voorbaat stil verpande vordering? Kan het stille pandrecht aan de beslaglegger worden tegengeworpen? De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744 (Ontvanger/NMB) beslist dat de pandhouder voorgaat.² Meerdere schrijvers daarentegen hebben zowel voor als na dit arrest bepleit dat de beslaglegger voorgaat.³ In enkele publicaties, die na het arrest zijn verschenen, is deze mening in het licht van de jurisprudentie verlaten.⁴

Hoe nu zou deze, kennelijk voor vele schrijvers in eerste instantie

1. Toekomstige vorderingen kan men onderscheiden in objectief en relatief toekomstig. Men spreekt van objectief toekomstig, indien de vordering in het geheel nog niet bestaat. Relatief toekomstig noemt men de vordering die al wel bestaat, maar die (nog) niet tot het vermogen van een ander behoort. In deze beschouwing worden met toekomstige vorderingen de objectief toekomstige vorderingen bedoeld, tenzij uit de tekst anders blijkt.

2. In dit arrest, nog gewezen onder de gelding van het oude BW, ging het evenwel om de vraag of een cessie bij voorbaat aan de latere beslaglegger kon worden tegengeworpen. Het arrest is echter van overeenkomstige toepassing op de vraag of een stil pandrecht bij voorbaat voor een later gelegd beslag gaat. Krachtens de schakelbepaling van art. 3:98 BW is al hetgeen in afdeling 3.4.2. over de overdracht van een goed is bepaald van overeenkomstige toepassing op de vestiging van een stil pandrecht. Tevens wordt in het arrest expliciet aangegeven dat de beslissing eveneens geldt in het geval er sprake is van een vestiging van een stil pandrecht bij voorbaat gevolgd door een derdenbeslag. In deze beschouwing neem ik bij de uiteenzetting over het Nederlandse recht de vestiging van een stil pandrecht op toekomstige vorderingen als uitgangspunt. Om aan de behoefte van kredietgevers te voldoen, het verkrijgen van een zo ruime mate van zekerheid, kunnen in het huidige BW (toekomstige) vorderingen stil worden verpand. Zie voor eenzelfde opvatting van de Hoge Raad: de wetgever in *MvA op Ontw. Inv. wet Boeken 3, 5 en 6 NBW* (vierde gedeelte), kamerstuk 17496, nr. 10, blz. 50-51; M.A. Blom, "Beslag op een cessie van toekomstige (huur)vorderingen; 'vervreemding' ex art. 1612 BW door de eigenaar of hypotheekhouder van het verhuurde", in: *Kwartalbericht NBW* 1991/3, blz. 72, A-G Hartkamp in zijn conclusie onder dit arrest onder punt 3; R. Westrik, "Goederenrechtelijke binding in geval van beslag op en levering bij voorbaat van toekomstige vorderingen", in: *WPNR* 6118 (1993).

3. O.K. Brahn, *Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend recht*, Studiepockets privaatrecht nr. 13, 6e druk, Zwolle 1988, blz. 163; F.H.J. Mijnsen, *Materieel beslagrecht*, Studiepockets privaatrecht nr. 42, (eerste druk) Zwolle 1987, blz. 84; W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW*, Arnhem 1987, blz. 297-298; I. de Waal-van Wessem, "Cessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen, mede naar aanleiding van HR 26-3-1982, RvdW 1982, 69", in: *WPNR* nr. 5645 (1983); J.H.M. van Swaaij, "Levering bij voorbaat van toekomstige vorderingen gevolgd door beslag en faillissement", in: *WPNR* nr. 6065 (1992).

4. Asser-Mijnsen-De Haan, *Zakenrecht* (Algemeen goederenrecht), 3-I, (13e druk), Zwolle 1992, blz. 199; Asser-Mijnsen-Van Velten, *Zakenrecht* (Zekerheidsrechten), 3-III, (12e druk), Zwolle 1994, blz. 114-115, 124-125; F.H.J. Mijnsen, *Materieel beslagrecht*, (tweede druk), Zwolle 1992, blz. 60.

onverwachte uitspraak, rechtstheoretisch verklaard of onderbouwd kunnen worden.⁵ Daarbij kan een beschouwing van het Romeinse en Duitse recht wellicht verhelderend en verdiepend werken en een ondersteuning geven aan de beslissing van de Hoge Raad.

1 Inleiding

Het arrest van de HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744 (Ontvanger/NMB), dat een antwoord heeft gegeven op hierboven gestelde rechtsvraag, betrof een cessie bij voorbaat maar geldt evenzeer voor stil pandrecht op toekomstige vorderingen.⁶ De casus die aanleiding heeft gegeven tot het arrest luidt als volgt.

Op 12 juni 1987 heeft de NMB van Albert-De Bary & Co een vordering gekocht en overgedragen gekregen die deze laatste op W cs heeft. Daarmee is de bank getreden in alle terzake van deze vordering door Albert-De Bary bedongen zekerheden. Onder deze zekerheden vallen door W cs aan Albert-De Bary gecedeerde toekomstige vorderingen ter zake van de huurpenningen van een aantal aan W cs toebehorend, aan derden verhuurde onroerende zaken. Op 7, 8 en 17 september 1987 heeft de Ontvanger voor belastingschulden van W cs onder de huurders executoriaal derdenbeslag gelegd.

De vraag is: wie van de twee, de cessionaris (NMB), of de beslaglegger (Ontvanger) gaat voor? Voorts: kan de cessie bij voorbaat aan de beslaglegger worden tegengeworpen?

De NMB is van oordeel dat het derdenbeslag geen effect heeft, omdat volgens haar door de cessie van de huurpenningen deze niet meer tot het vermogen van W cs behoren. De Ontvanger is echter van mening dat de cessie, nu zij toekomstige vorderingen betreft, ten aanzien van na de beslagdata verschenen huurtermijnen effect ontbeert, zodat de termijnen aan haar als beslaglegger toekomen. De Hoge Raad heeft beslist dat de cessionaris, in onze rechtsvraag de pandhouder, voorgaat. De Hoge Raad overweegt onder meer:

5. Zie naast de aangehaalde literatuur in noot 3 o.a. ook J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam*, Zwolle 1937, blz. 121, 126 en 418; Ph.A.N. Houwing, *Overdracht van toekomstige rechten* (Praeadviezen Broederschap der candidaat-notarissen), Den-Haag 1940, blz. 22 en 33; M.M. Olthof, "Overdracht van toekomstige vorderingen", in: *Bundel Recht vooruit*, Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW, Deventer 1988, blz. 130; H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe BW* (titel 1 t/m 5, titel 11, Deventer 1986, blz. 333/334; F. Molenaar, in: *Kwartaalbericht NBW* 1990/2, blz. 54-55. H.A.G. Fikkers-M. Ynzonides, "Beslag op/cessie van toekomstige vorderingen", in: *Advocatenblad* 1991-10, blz. 281; R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud*, Deventer 1985, blz. 18-19, 59.

6. Zie Asser-Mijnssen-De Haan, t.a.p., blz. 199. Zie ook noot 2.

‘Wanneer het gaat om een vervreemding van toekomstige vorderingen op een derde onder wie eerst na deze vervreemding derdenbeslag wordt gelegd, moet deze laatste regel (de regel dat de vervreemding van een door het beslag getroffen vordering die tot stand is gekomen nadat het beslag is gelegd niet aan de beslaglegger kan worden tegengeworpen, WAvdV), die uitdrukking heeft gevonden in art. 475 h Rv, zoals dit met ingang van 1 januari 1992 luidt, aldus worden verstaan dat het beslag niet kan worden tegengeworpen aan degene die de vorderingen verkrijgt krachtens de vóór het beslag verrichte levering die voor die vervreemding vereist is.’

En vervolgens:

‘De regel (de regel in artikel 3:97 lid 2 BW, WAvdV) komt bij deze uitleg erop neer dat een overdracht of verpanding bij voorbaat (...) niet kan worden doorkruist door latere beslagen van individuele schuldeisers, doch slechts door het algemene, ten behoeve van alle schuldeisers te zamen strekkende faillissementsbeslag, dit laatste overeenkomstig hetgeen is bepaald in art. 35 lid 2 Fw (...).’

Vele schrijvers daarentegen hebben bepleit dat de individuele beslaglegger, evenals de faillissementsbeslaglegger voorgaat.⁷ Volgens hen brengt het beslag met zich mee dat de beslagene, in onze rechtsvraag de pandgever, beschikkingsonbevoegd is geworden. Deze beschikkingsonbevoegdheid op het moment van het ontstaan van de vordering zou het intreden van het rechtsgevolg, dat door de stille verpanding bij voorbaat wordt beoogd, de bezwaring met het stille pandrecht, verhinderen.

Alvorens de rechtsvraag nu verder uit te werken naar Nederlands recht, zal eerst worden gekeken of er in het Romeinse recht bronnen zijn te vinden die een mogelijke juridische onderbouwing kunnen geven aan de uitspraak van de Hoge Raad. Een dergelijke beschouwing is relevant, omdat deze bronnen het inzicht in de modernrechtelijke vragen kunnen verdiepen. Na de uiteenzetting over het Nederlandse recht zal in het kader van de rechtsvergelijking de rechtsvraag naar Duits recht worden behandeld.

2 De constructie van het stille pandrecht in het Romeinse recht

De vestiging van een stil pandrecht geschiedde in het Romeinse recht bij enkele overeenkomst.⁸ Dat wil zeggen, enkel de op de bezwaring met het stille

7. Zie de schrijvers vermeld in noot 3 onder meer verwijzende naar HR 26 februari 1982, *NJ* 1982, 26 (Viskottier Leon); HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 68 (Kramer q.q./Hogeslag); HR 15 maart 1991, *NJ* 1992, 605 (Veenendaal q.q./Hogeslag). In deze arresten ging het evenwel om een zekerheidscessie bij voorbaat gevolgd door een faillissement van de cedent. Het faillissement verhinderde de door de cessie bij voorbaat beoogde overdracht van de vordering.

8. Zie J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen 1992, blz. 209.

pandrecht gerichte wilsovereenstemming tussen de pandhouder en de pandgever was voldoende voor de vestiging van het stille pandrecht. Stil pandrecht kon ook op een toekomstige vordering worden gevestigd. De overeenkomst werd dan onder een opschortende voorwaarde gesloten. De voorwaarde was het ontstaan van de vordering. Dit betekent dat het intreden van het door de overeenkomst beoogde rechtsgevolg, i.c. de bezwaring met het stille pandrecht, afhankelijk is gesteld van het in vervulling gaan van de voorwaarde. Wanneer nu deze voorwaarde wordt vervuld, treedt het rechtsgevolg in.

3 De situatie hangende de voorwaarde in het Romeinse recht

Het is mogelijk dat de pandgever of derden voor het intreden van de voorwaarde een handeling verrichten ten aanzien van de reeds bij voorbaat stil verpande vordering. Zo kan de pandgever de onder opschortende voorwaarde stil verpande vordering nogmaals verpanden. Ook bestaat de mogelijkheid, zoals zich in de onderhavige rechtsvraag voordoet, dat een derde beslag⁹ legt op een dergelijke vordering. De vraag is dan wat de invloed van een dergelijke handeling is op het onder opschortende voorwaarde gevestigde stille pandrecht.

Windscheid somt in zijn *Lehrbuch des Pandektenrechts* (bewerkt door Kipp) enkele teksten op die voor de beantwoording van deze vraag kunnen worden aangehaald.¹⁰

Wanneer een erfgenaam een slaaf heeft vervreemd die onder een voorwaarde was gelegateerd en vervolgens de voorwaarde in werking is getreden, dan kan de gelegateerde (de onder voorwaarde gelegateerde slaaf, WAvdV) desalniettemin door de legataris gerevindiceerd worden en vervalt het legaat niet.¹¹

Een erfgenaam heeft erfdienstbaarheden gevestigd op een grondstuk dat onder voorwaarde was gelegateerd: zij gaan teniet, als de voorwaarde van het legaat in werking treedt.¹²

Indien de erfgenaam ten aanzien van een onder opschortende voorwaarde gele-

9. Het beslag op één of meer bepaalde vermogensbestanddelen, zoals wij dat kennen, bestond in Rome aanvankelijk niet. Lokin, *Prota*, blz. 74: 'Eerst later, waarschijnlijk tijdens keizer Antonius Pius (138-161), ontstond de mogelijkheid van verhaal op losse vermogensbestanddelen. Men geconstrueerde dit beslag als een pandrecht en paste zoveel mogelijk de regels van het pandrecht toe.'

10. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band I, Frankfurt 1900, blz. 396, noot 4.

11. D. 30, 69, 1 Gaius libro secundo de legatis ad edictum praetoris. Si servum sub condicione legatum heres alienaverit, deinde condicio exstiterit, potest nihilo minus a legatario vindicari nec extinguitur legatum.

12. D. 8, 6, 11, 1 Marcellus libro quarto digestorum. Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitus: extinguentur, si legati condicio existat.

gateerde zaak een beschikkingshandeling verricht, bijvoorbeeld het vervreemden of het vestigen van een erfdienstbaarheid, dan vervalt het rechtsgevolg van deze beschikkingshandeling wanneer de voorwaarde, die verbonden is aan het legaat, wordt vervuld.

De beschikkingshandeling van de erfgenaam heeft voordat de voorwaarde wordt vervuld direct rechtsgevolg. De erfgenaam is immers vooralsnog rechthebbende ten aanzien van de onder voorwaarde gelegateerde zaak. Dit betekent dat de wederpartij van de erfgenaam, i.c. de koper van de slaaf resp. de verkrijger van de erfdienstbaarheid, onvoorwaardelijk rechthebbende wordt. Wanneer nu de voorwaarde die aan het legaat is verbonden wordt vervuld, vervalt volgens de vermelde teksten dit rechtsgevolg. Hoe kan dit resultaat nu worden verklaard?

Een eerste mogelijke verklaring is het toekennen van terugwerkende kracht aan het intreden van de opschortende voorwaarde. Het is echter omstreden of de Romeinen dit deden.¹³ Voor het geval men wel terugwerkende kracht aan het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde verbindt, betekent dit dat op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat de voorwaardelijk rechthebbende, i.c. de legataris, met terugwerkende kracht eigenaar wordt van de onder voorwaarde gelegateerde zaak. De erfgenaam die voor het ontstaan van de voorwaarde een beschikkingshandeling heeft verricht ten aanzien van de onder voorwaarde gelegateerde zaak wordt geacht nimmer beschikkingsbevoegd te zijn geweest ten aanzien van deze zaak. Dit betekent dat het rechtsgevolg van deze beschikkingshandeling, bijvoorbeeld de overdracht, nimmer tot stand is gekomen. Het toekennen van terugwerkende kracht aan het intreden van de opschortende voorwaarde heeft aldus als consequentie dat een oudere voorwaardelijk rechthebbende voorgaat voor een latere onvoorwaardelijk rechthebbende.

Indien men er nu van uit gaat dat de Romeinen aan het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde geen terugwerkende kracht toekenden, hoe kunnen dan de rechtsgevolgen in de aangehaalde teksten verklaard worden? Men neemt wel aan dat op het moment dat de erflater een beschikkingshandeling onder een opschortende voorwaarde verricht, i.c. het maken van het voorwaardelijke legaat, er een band tussen hem en de voorwaardelijk rechthebbende ontstaat. De voorwaardelijk rechthebbende krijgt, zo kan men zeggen, een ver-

13. Zie hierover uitvoerig Windscheid, blz. 404-408, m.n. noot 1. Zie ook Van Oven, *Leerboek van het Romeinsch privaatrecht*, Leiden 1948, 3e onveranderde druk, blz. 392-395; Lokin, *Prota*, blz. 272.

wachting. Deze verwachting bestaat uit het verkrijgen van de gelegateerde zaak wanneer de voorwaarde wordt vervuld. Nu meent Windscheid dat de voorwaardelijk verbondene, i.c. de erfgenaam, aan deze voorwaardelijke beschikkingshandeling zakenrechtelijk is gebonden.¹⁴ Een belangrijke consequentie van deze gebondenheid is naar zijn mening het volgende. De rechtsgevolgen van beschikkingen die door de voorwaardelijk verbondene hangende de voorwaarde zijn verricht (bijvoorbeeld een vervreemding of het vestigen van een erfdienstbaarheid) en die in tegenspraak zijn met de verwachting van de voorwaardelijk rechthebbende, vervallen, althans treden in rang na het voorwaardelijke recht, wanneer de voorwaarde in werking treedt.¹⁵

Wanneer men aldus uitgaat van zakelijke gebondenheid aan een beschikkingshandeling onder opschortende voorwaarde komt men, evenals bij het toekennen van terugwerkende kracht aan het intreden van de voorwaarde, tot het resultaat dat de oudere voorwaardelijke rechthebbende voor de latere onvoorwaardelijk rechthebbende gaat.

Het voorgaande toepassend op de onderhavige rechtsvraag leidt tot de conclusie dat aan het Romeinse recht bronnen zijn te ontleen die de uitspraak van de Hoge Raad kunnen ondersteunen: de oudere pandhouder gaat voor de latere beslaglegger. Immers, men kan de stille verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen beschouwen als een beschikkingshandeling onder een opschortende voorwaarde. Wanneer hangende de voorwaarde rechtshandelingen worden verricht ten aanzien van de onder voorwaarde stil verpande vorderingen, bijvoorbeeld het leggen van derdenbeslag, zou met een beroep op de zakelijke gebondenheid aan de stille verpanding bij voorbaat danwel met een beroep op het

14. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, blz. 396-397, m.n. noot 4. Voor het Nederlandse recht pleiten voor zakelijke gebondenheid aan een beschikkingshandeling onder een opschortende voorwaarde o.a. M.M. Olthof, t.a.p., blz. 130; H.J. Pabbruwe, "Cessie tot zekerheid van toekomstige vorderingen", in: *Op de grenzen van komend recht*. Opstellen aangeboden aan Prof. mr J.H. Beekhuis, Zwolle 1969, blz. 186; A.J.M. Wassenberg, "Cessie (tot zekerheid) van toekomstige vorderingen", in: *Ars Aequi* 1973, blz. 536 en 543; Wiarda, t.a.p., blz. 44 e.v., blz. 53; R. Westrik, t.a.p., blz. 975 e.v. Zij menen dat, door de zakelijke gebondenheid van de voorwaardelijk verbondene aan bijvoorbeeld een stille verpanding bij voorbaat van een toekomstige vordering, deze verbondene geen rechtsgeldige beschikkingshandelingen meer kan verrichten ten aanzien van deze vordering. Tevens brengt de zakelijke gebondenheid volgens hen met zich mee dat beschikkingsonbevoegdheid van de voorwaardelijk verbondene (bijvoorbeeld door faillissement) op het moment van het ontstaan van de voorwaarde, het intreden van het rechtsgevolg van de beschikkingshandeling, i.c. de bezwaring met het stille pandrecht, niet verhindert. Tegen zakelijke gebondenheid aan een beschikkingshandeling onder een opschortende voorwaarde pleiten o.a. Houwing, t.a.p., blz. 33; K.H. Groeneveld, "Cessie van toekomstige vorderingen", in: *Ars Aequi* 1961, blz. 31.

15. Windscheid, blz. 396. Zie ook I.H. Hijmans, *Romeinsch verbintenissenrecht*, Zwolle 1927, blz. 226.

toekennen van terugwerkende kracht aan het intreden van de voorwaarde, de latere beslaglegger kunnen worden afgeweerd.¹⁶

Alvorens nu verder in te gaan op de uitspraak van de Hoge Raad is het voor de duidelijkheid van belang antwoord te geven op de vraag in hoeverre het mogelijk is een stil pandrecht op toekomstige vorderingen te vestigen en vervolgens op de vraag hoe stille verpanding op toekomstige vorderingen geconstrueerd kan worden.

4 *De mogelijkheid stil pandrecht te vestigen op toekomstige vorderingen naar Nederlands recht; zijn er beperkingen?*

De vroegere zekerheidscessies zijn onder de gelding van het huidige BW vervangen door het (stille) pandrecht. Cessie van toekomstige vorderingen vond immers veelal plaats ten titel van zekerheidsstelling. De titel zekerheidsstelling is nu in het huidige BW geen geldige titel meer voor overdracht (art. 3:84 lid 3 BW). Daar komt nog bij dat voor de rechtsgeldigheid van de cessie onder het huidige recht mededeling daarvan aan de debiteur een constitutief vereiste is. Bij toekomstige, nog niet bestaande vorderingen, is de debiteur veelal nog niet bekend.

Om zekerheid te verschaffen biedt het BW de mogelijkheid van het vestigen van een pandrecht op een vordering (afd. 3.9.2 BW). Het BW kent naast de 'gewone' verpanding van vorderingen de mogelijkheid van stille verpanding van vorderingen (art. 3:239 lid 1 BW). Voor de vestiging van een gewoon pandrecht eist de wet een pandakte en mededeling van de verpanding aan de debiteur (art. 3:236 lid 2 jo 3:94 lid 1 BW). Hier gelden dus dezelfde vereisten als voor de cessie onder het huidige BW, namelijk het opmaken van een akte en mededeling daarvan aan de debiteur. Vanuit de kredietpraktijk wordt de mededelingseis bekritiseerd.¹⁷ Met name wordt gezegd dat de mededeling de nodige administratieve rompslomp met zich meebrengt en daarmee de kosten omhoog jaagt. Dit aspect is vooral van belang bij grotere kredietoperaties, waarbij men ook telkens nieuw ontstane vorderingen onder de zekerheid wil laten vallen. Daarbij komt nog dat de mededelingseis de mogelijkheid van verpanding

16. Het Nederlandse recht kent geen terugwerkende kracht toe aan het intreden van een voorwaarde (art. 3:38 lid 2 BW).

17. Zie voor een opsomming van contra-argumenten tegen de mededelingseis H.K. Köster, *Cessie naar huidig en wordend recht* (Preadviezen Broederschap der Candidaat-notarissen), 's-Gravenhage 1964, blz. 102 en 124 e.v.

van toekomstige vorderingen beperkt.

Met de invoering van het huidige BW is, om enigszins aan deze kritiek tegemoet te komen, het stille pandrecht geïntroduceerd. De vestiging(shandeling) voor een stil pandrecht op een vordering op naam vereist een authentieke of geregistreerde onderhandse akte en de mededeling aan de debiteur is geen constitutief vereiste (art. 3:239 lid 1 BW).

Uit art. 3:97 lid 1 jo 3:98 BW volgt dat toekomstige vorderingen stil kunnen worden verpand. Kunnen nu echter (alle) toekomstige, nog niet bestaande vorderingen (bij voorbaat) stil worden verpand? Zijn er beperkingen?

Uit de artt. 3:84 lid 2 BW jo 3:98 BW valt op te maken dat de vordering voldoende bepaalbaar moet zijn, wil de stille verpanding bij voorbaat geldig zijn. Daarbij komt nog dat art. 3:239 lid 1 BW bepaalt dat pas een geldig stil pandrecht op een vordering kan worden gevestigd, indien de vordering 'op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding'. Zie hier eenzelfde criterium als de Hoge Raad in verschillende arresten heeft gegeven ten aanzien van de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen.¹⁸ Een stil pandrecht kan aldus niet onbeperkt op toekomstige vorderingen worden gevestigd.

Twee vragen betreffende de bepaalbaarheidseis van de toekomstige vordering dringen zich nu op:

- a. op welk moment dient de vordering voldoende bepaalbaar te zijn, en
- b. wanneer is een vordering voldoende bepaalbaar, ofwel wat houdt de zinsnede 'rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding' in?

Voor het antwoord op de eerste vraag kan het arrest van de Hoge Raad 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447 worden aangehaald. In dit arrest ging het om een geschil tussen een curator in een faillissement en een bank aan wie toekomstige vorderingen stil waren verpand. De curator stelde zich op het standpunt dat de stille verpanding niet geldig was, daar de vorderingen in de akte onvoldoende waren omschreven. De Hoge Raad oordeelde:

¹⁸. Zie voor de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen HR 24 oktober 1980, *NJ* 1981, 265 (Solleveld, Romijn & Co BV II); HR 26 februari 1982, *NJ* 1982, 615 (Viskottier Leon); HR 15 maart 1991, *NJ* 1992, 605 (Veenendaal q.q./Hogeslag). De beslissingen in deze arresten zijn van overeenkomstige toepassing op toelaatbaarheid van het vestigen van een stil pandrecht op toekomstige vorderingen.

'4.2 In het wettelijk stelsel met betrekking tot de overdracht van en vestiging van pandrecht op vorderingen op naam ligt besloten het vereiste dat de vordering ten tijde van de levering of verpanding in voldoende mate door de in art. 3:94 lid 1 respectievelijk art. 3:239 lid 1 bedoelde akte wordt bepaald. Dit betekent echter niet dat de vordering in de akte zelf moet worden gespecificeerd door vermelding van bijzonderheden zoals de naam van de debiteur, het nummer van een factuur of een aan de debiteur toegekend cliëntnummer. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Ook onder vigeur van het voor 1 januari 1992 geldende recht werd met betrekking tot akten van cessie van vorderingen op naam niet de eis gesteld dat de vordering in de akte zelf wordt gespecificeerd (vgl. HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265) en de geschiedenis van de totstandkoming en invoering van Boek 3 BW, zoals weergegeven in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 11, geeft geen grond voor de veronderstelling dat men op dit punt strengere eisen aan de akte van levering of verpanding heeft willen stellen.'

Uit deze rechtsoverweging van de Hoge Raad kan men opmaken dat het voor een geldige stille verpanding van toekomstige vorderingen voldoende is dat, naast de eis van rechtstreekse verkrijging uit een op het moment van de vestiging reeds bestaande rechtsverhouding, het voor de pandhouder en de pandgever duidelijk is welke vorderingen stil zijn verpand. De woorden 'eventueel achteraf' duiden erop dat stille verpanding van toekomstige vorderingen op ruime schaal is toegelaten. Immers, wanneer maar door de pandhouder en de pandgever uit de akte, eventueel achteraf (bijvoorbeeld na het ontstaan van de vordering), kan worden opgemaakt welke vorderingen zijn verpand, is aan het vereiste van voldoende bepaalbaarheid voldaan. Uit de aangehaalde rechtsoverweging valt af te leiden dat de Hoge Raad voor een geldige stille verpanding van toekomstige vorderingen kennelijk niet de eis stelt dat op het moment van het opmaken en registreren van de akte in de akte uitdrukkelijk wordt aangegeven wie debiteur is, wat de aard van de rechtsverhouding is en eventuele andere bijzonderheden van de vordering worden vermeld. Slechts is vereist dat de pandgever en de pandhouder uit de akte moeten kunnen opmaken om welke vordering het gaat.¹⁹

Het antwoord op de tweede vraag wanneer er sprake is van voldoende bepaalbaarheid van de vordering, zodanig dat er bij voorbaat een stil pandrecht op haar kan worden gevestigd, laat zich niet eenvoudig geven.²⁰ Veel zal

19. Zie HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 (Solleveld, Romijn & Co BV II). De vordering moet naar haar inhoud in voldoende mate door de akte van cessie c.q. pandakte worden bepaald.

20. 'Het lijkt mij twijfelachtig of de criteria: haar onmiddellijke grondslag vinden in, of rechtstreeks verkregen worden uit, voldoende exact aangeven welke toekomstige vorderingen wel, welke niet onder het beslag vallen.' Aldus F.H.J. Mijnsen, *Algemene aspecten van beslag en executie* (Praeadvies Koninklijke Notariële Broederschap) Deventer 1983, blz. 52. Aangezien voor de mogelijkheid van stil pandrecht op toekomstige vorderingen dezelfde criteria gelden, kan deze twijfel

afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Indien men de regel van de Hoge Raad²¹ strikt interpreteert, is stille verpanding van toekomstige vorderingen slechts toegestaan, wanneer er op het moment van de stille verpanding, d.w.z. op het moment dat de pandgever en pandhouder de akte opmaken en ondertekenen, een verbintenisscheppend rechtsfeit tussen de pandgever en zijn debiteur aanwezig is. Dat kan bijvoorbeeld een arbeids- of huurovereenkomst zijn. Reehuis is van mening dat de voorwaarde niet te strikt moet worden geïnterpreteerd. Hij meent dat voor bepaalbaarheid van een toekomstige vordering onder omstandigheden voldoende is, dat er op het moment van de stille verpanding tussen de pandgever en zijn debiteur een rechtens relevante verhouding bestaat.²²

Het mag duidelijk zijn dat het van de concrete omstandigheden van het geval zal afhangen of de toekomstige vordering stil kan worden verpand. De rechter moet in het concrete geval oordelen welke mate van bepaalbaarheid aanwezig moet zijn.²³

5 *De constructie van stil pandrecht op toekomstige vorderingen naar Nederlands recht*

Nu wij hebben gezien in hoeverre stille verpanding op toekomstige vorderingen mogelijk is, kan de vraag worden gesteld hoe een dergelijke verpanding geconstrueerd kan worden.

Voor een geldige bezwaring met een (stil) pandrecht zijn, zoals bekend, drie vereisten voorgeschreven: een vestiging(shandeling) krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde (art. 3:84 lid 1 BW jo art. 3:98 BW). De titel voor verpanding zal in de regel voortvloeien uit een overeenkomst strekkende tot verpanding. De vestiging(shandeling) bestaat uit het opmaken van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte (art. 3:239 lid 1 BW).

van Mijnsen mede bij de stille verpanding van toekomstige vorderingen worden gesteld. Zie ook W.H.M. Reehuis, "Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht", in: *Groninger opmerkingen en mededelingen* VI (1989), blz. 72 e.v.; MvA op Ontw. Inv. wet Boeken 3, 5 en 6 NBW (vierde gedeelte), kamerstuk 17496, nr. 10, blz. 49/50.

21. Een onmiddellijke grondslag vinden in een dan reeds bestaande rechtsverhouding.

22. Zie Reehuis, "Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht", blz. 73. Zie ook Brahn, t.a.p., blz. 160 e.v.; A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand*, Deventer 1988, blz. 95: 'De eis van onmiddellijke grondslag in een bestaande rechtsverhouding moet in de praktijk met soepelheid worden gehanteerd.' Zie verder over deze problematiek o.a. J. Wiarda, t.a.p., blz. 114, 162, 409 en 417; W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding*, nrs. 479 en 480.

23. Zie *Parlementaire Geschiedenis* NBW Boek 3, blz. 402 (toelichting Meijers).

Uit de artt. 3:97 lid 1 jo 3:98 BW valt af te leiden dat op toekomstige vorderingen bij voorbaat, dat wil zeggen in afwachting van het ontstaan van de vordering, een stil pandrecht kan worden gevestigd. De vestigingshandeling, het opmaken van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte, wordt bij voorbaat verricht. Het rechtsgevolg van deze vestiging, de bezwaring met het stille pandrecht, kan onder toepassing van het adagium *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* ('niemand kan meer recht op een ander overdragen dan hij zelf heeft') nog niet intreden. De pandgever is immers nog geen rechthebbende tot de vordering. Eerst wanneer hij rechthebbende, althans beschikkingsbevoegd is geworden ten aanzien van de vordering kan de bezwaring ontstaan.

Men kan de vestiging van een stil pandrecht op een toekomstige vordering - zoals hiervoor reeds is gezegd in par. 2 - kwalificeren als een vestiging onder een opschortende voorwaarde.²⁴ Dit betekent dat de werking van de vestiging is opgeschort tot de voorwaarde, in casu het ontstaan van de vordering, intreedt.

6 De invloed van derdenbeslag hangende de voorwaarde

In art. 475 lid 1 Rv. valt te lezen dat derdenbeslag op toekomstige vorderingen mogelijk is wanneer het gaat om beslag op vorderingen die de geëxecuteerde rechtstreeks zal verkrijgen uit een ten tijde van het beslag bestaande rechtsverhouding. In dit artikel wordt eenzelfde criterium gesteld als in art. 3:239 lid 1 BW voor de mogelijkheid van stille verpanding van toekomstige vorderingen. Er kan derhalve een samenloop ontstaan van een vestiging van een stil pandrecht op een toekomstige vordering en een derdenbeslag op een dergelijke vordering. Een situatie die leidt tot de casus van de in deze beschouwing behandelde rechtsvraag. Wie gaat voor: de pandhouder of de beslaglegger?

Stel nu dat een stil pandrecht wordt gevestigd op een toekomstige vordering. Op het moment van de vestiging is men nog niet beschikkingsbevoegd ten aanzien van een dergelijke vordering. Aan één vereiste van art. 3:84 lid 1 BW wordt aldus nog niet voldaan. Nu ontstaat bijvoorbeeld een week na het verrichten van de vestigingshandeling de bij voorbaat stil verpande vordering. Op dat moment wordt men ten aanzien van deze vordering beschikkingsbevoegd. Aan alle drie vereisten van art. 3:84 lid 1 BW is nu voldaan en derhalve is op het moment van het ontstaan van de vordering de bezwaring met het stille pand-

24. Asser-Mijnssen-De Haan, t.a.p., blz. 160.

recht een feit.

Is men nu voor het ontstaan van de vordering, met andere woorden voordat men beschikkingsbevoegd is geworden ten aanzien van de vordering, beschikkingsonbevoegd geworden, dan zou er geen sprake kunnen zijn van een geldige bezwaring. Aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid van art. 3:84 lid 1 BW wordt dan immers niet voldaan. Dit laatste is een redenering die vele schrijvers geven, die van mening zijn dat in de onderhavige rechtsvraag de beslaglegger voorgaat. De door de vorenbedoelde schrijvers gesuggereerde beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever door het gelegde derdenbeslag op het moment dat derdenbeslag is gelegd, zou de bezwaring met het stille pandrecht verhinderen. Deze schrijvers trekken de vergelijking met een faillissement van de pandgever voor het ontstaan van de vordering. De Hoge Raad oordeelt immers dat een dergelijk faillissement de bezwaring met het stille pandrecht wél verhindert.²⁵

Volgens de aangehaalde schrijvers zouden de gevolgen van de beschikkingsonbevoegdheid ten gevolge van het gelegde derdenbeslag dezelfde moeten zijn als de consequenties van de beschikkingsonbevoegdheid ten gevolge van faillissement: de vermeende beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever op het moment van het ontstaan van de vordering verhindert de door de stille verpanding bij voorbaat beoogde bezwaring. De pandgever zou volgens de genoemde schrijvers op geen enkel moment, niet op het moment van het verrichten van de vestigingshandeling als ook niet op het moment van het ontstaan van de vordering, ten aanzien van deze vorderingen beschikkingsbevoegd zijn geweest.

Hoe valt nu het oordeel van de Hoge Raad, dat de pandhouder ondanks het gelegde derdenbeslag voorgaat, in het licht van hetgeen gezegd is over de beschikkingsbevoegdheid te verklaren? Laten wij daartoe het vereiste van beschikkingsbevoegdheid in het bijzondere geval van een beschikkingshandeling-bij-voorbaat nog eens nader bekijken.

Wij hebben gezien dat een toekomstige vordering bij voorbaat stil kan worden verpand. Men beschikt reeds bij voorbaat ten aanzien van een toekomstig goed. Het rechtsgevolg van deze beschikkingshandeling-bij-voorbaat, in casu de bezwaring met het stille pandrecht, treedt eerst in wanneer de vordering ontstaat.

Zoals reeds gezegd blijkt uit art. 475 lid 1 Rv dat derdenbeslag op een toekomstige vordering kan worden gelegd.²⁶ Dit derdenbeslag kan niet anders

25. Zie noot 7.

26. Zie voor de mogelijkheid van derdenbeslag op toekomstige vorderingen F.H.J. Mijnsen, *Algemene aspecten van beslag en executie*; dez. schrijver, *Materieel beslagrecht*, nr. 42, blz. 78 e.v.

dan bij voorbaat worden gelegd, evenals een stil pandrecht op een dergelijke vordering niet anders dan bij voorbaat kan worden gevestigd. De vordering bestaat immers nog niet. Tevens kan het derdenbeslag op iets wat nog niet bestaat tot niets leiden. Het derdenbeslag op een toekomstige vordering leidt niet noodzakelijkerwijs direct, dat wil zeggen op het moment dat het beslag bij voorbaat wordt gelegd, tot beschikkingsonbevoegdheid. Dit betekent dat het derdenbeslag bij voorbaat, evenals de stille verpanding bij voorbaat, eerst werking kan krijgen op het moment dat de vordering ontstaat. Dan moet op dat moment worden gekeken naar een eventuele rangorde tussen de stille verpanding bij voorbaat en het derdenbeslag bij voorbaat.

Nu de vestiging van het stille pandrecht in tijd voor het derdenbeslag komt, gaat de pandhouder voor de beslaglegger. Het rechtsgevolg van de stille verpanding bij voorbaat en het derdenbeslag bij voorbaat treden op hetzelfde ogenblik in, dat wil zeggen op het moment dat de vordering ontstaat. De stille verpanding bij voorbaat heeft echter een langere voorgeschiedenis dan het derdenbeslag bij voorbaat. Dit betekent dat op het moment dat de vordering ontstaat de pandgever op grond van het prioriteitsbeginsel eerst beschikkingsbevoegd wordt ten aanzien van de ontstane vordering en dat derhalve de stille verpanding bij voorbaat rechtsgevolg krijgt. De vordering is vanaf het moment dat de vordering ontstaat bezwaard met het stille pandrecht. Vervolgens treedt het rechtsgevolg van het derdenbeslag bij voorbaat - de beschikkingonbevoegdheid van de beslagene, in casu de pandgever, ten aanzien van de beslagen vordering - in. Echter, daar deze vordering reeds is bezwaard met het stille pandrecht, komt de beslaglegger te laat.

De uitspraak van de Hoge Raad in zijn arrest *Ontvanger/NMB* kan derhalve worden verklaard aan de hand van het in het recht algemeen geldende beginsel: het prioriteitsbeginsel.

7 Het onderscheid tussen een faillissement van de pandgever en derdenbeslag

Zoals reeds gezegd is, trekken de schrijvers, die menen dat de beslaglegger voorgaat, de vergelijking met het geval er sprake is van een faillissement van de pandgever voor het ontstaan van de vordering. Een dergelijk faillissement verhindert wel de bezwaring met het stille pandrecht. Deze regel is, zij het voor de levering bij voorbaat, neergelegd in art. 35 lid 2 Fw:

Heeft de schuldenaar voor de dag van de faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat geleverd, dan valt dit goed, indien het eerst na de aanvang van die dag door hem is verkregen in de boedel (...).

Dat voor het geval er sprake is van een tussentijds faillissement van de pandgever anders wordt beslist dan in geval van een tussentijds derdenbeslag hangt samen met de 'bijzondere aard van het faillissementsbeslag'.²⁷ Het faillissement van de pandgever zorgt er namelijk voor dat het gehele vermogen van de pandgever wordt bevroren ten gunste van zijn gezamenlijke crediteuren. Dat wil zeggen, alles wat zich reeds op het moment van zijn faillietverklaring in zijn vermogen bevindt én alles wat hij tijdens zijn faillissement in zijn vermogen krijgt valt onder het faillissementsbeslag (art. 20 Fw).

De vordering die de pandgever tijdens zijn faillissement verkrijgt valt in de boedel en komt daar niet meer uit. Het faillissement heeft namelijk tot gevolg dat er als het ware een faillissementsmuur om het vermogen van de failliet wordt opgebouwd. De failliet kan enkel nog goederen voor de boedel verwerven. Hij kan tijdens zijn faillissement geen goederen voor derden, bijvoorbeeld de pandhouder, verkrijgen. Door het faillissement is de pandgever direct, dat wil zeggen op het moment van de faillietverklaring, geheel beschikkingsonbevoegd geworden ten aanzien van zowel zijn bestaande als toekomstige vermogen. Het rechtsgevolg van de stille verpanding bij voorbaat, de bezwaring, wordt aldus door het faillissement van de pandgever voor het ontstaan van de vordering gefrustreerd.

Het verschil met tussentijds derdenbeslag komt er op neer dat het derdenbeslag op een toekomstige vordering, anders dan faillissementsbeslag, zoals reeds gezegd, niet noodzakelijkerwijs direct algehele beschikkingsonbevoegdheid van de beslagene met zich meebrengt.

Na deze uiteenzetting over de samenloop van stille verpanding van en derdenbeslag op toekomstige vorderingen en het zoeken naar een mogelijke rechtstheoretische verklaring voor de uitspraak van de Hoge Raad in zijn arrest van 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744 (Ontvanger/NMB) kan het zinvol zijn een nader rechtsvergelijkend onderzoek te doen naar een mogelijke verklaring voor de uitspraak. Daartoe kan het Duitse recht dienen. Gekeken zal worden of het Duitse recht in

27. HR 25 januari 1991, *NJ* 1992, 172 (Van Berkel/Tribosa) r.o. 3.3. Zie ook hetgeen door de wetgever is gezegd in de MvA op Ontw. Inv. wet Boeken 3, 5 en 6 NBW (vierde gedeelte), kamerstuk 17496, nr. 10, blz. 50-51, namelijk dat het belang van de individuele beslaglegger minder zwaar weegt dan dat van de gezamenlijke schuldeisers in geval van faillissement.

de onderhavige rechtsvraag eenzelfde uitkomst geeft als het Nederlandse recht.

8 De mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen naar Duits recht

In het BGB is de zekerheidsoverdracht, anders dan bij ons in het huidige BW, niet verboden. Derhalve vindt in Duitsland zekerheidsstelling nog immer veelal plaats door overdracht van goederen. In het navolgende zal voor wat betreft het Duitse recht dan ook de samenloop van cessie bij voorbaat van toekomstige vorderingen met derdenbeslag op de dergelijke vorderingen het uitgangspunt zijn.

Een veel voorkomende vorm van zekerheidsoverdracht is de cessie van toekomstige vorderingen. Deze cessie vindt veelvuldig plaats in het kader van twee bijzondere vormen van zekerheidsoverdracht: het zogenaamde verlengde eigendomsvoorbehoud en de zogeheten *Globalzession*.

Leveranciers van bijvoorbeeld bouwmaterialen zullen deze veelal aan hun afnemers afleveren voordat de koopprijs is betaald. Om zichzelf enige zekerheid te verschaffen kan de leverancier met de afnemer overeenkomen dat de eerste zich de eigendom van de afgeleverde zaken voorbehoudt totdat de afnemer de koopprijs heeft betaald. De afnemer is tot het moment van volledige betaling van de koopprijs, naar Nederlandse terminologie, houder van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken. Om zijn zekerheid te verruimen kan de leverancier met de afnemer overeenkomen dat de afnemer toekomstige vorderingen, die deze eventueel zal verkrijgen in verband met de vervreemding of bewerking van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, aan de leverancier bij voorbaat cedeert. Deze vorm van zekerheidsstelling, het verlengde eigendomsvoorbehoud, vindt in Duitsland op zeer grote schaal plaats. De clausule die in vele gevallen voor het verlengde eigendomsvoorbehoud wordt gebruikt luidt als volgt:

‘Sämtliche Lieferungen erfolgen unter Eigentumsvorbehalt (...). Der Käufer ist berechtigt, über die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware im ordnungsmäßigen Geschäftsverkehr zu verfügen (...). Veräußert der Käufer die...Waren...oder baut er sie ein, so tritt er hiermit...schon jetzt...die ihm aus der Veräußerung oder dem Einbau entstehende Forderungen...ab.’²⁸

De *Globalzession* houdt in: de cessie (bij voorbaat) van meer - veelal alle - bestaande en toekomstige vorderingen die de cedent op een derde heeft of wellicht op een derde zal verkrijgen. Deze *Globalzession* kan bijvoorbeeld in de vol-

28. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band IV, Heidelberg 1976, blz. 24-25.

gende clause worden uitgedrukt:

‘Als Sicherheit...tritt die Firma hiermit der Bank ihre sämtlichen gegenwärtigen und künftiger Forderungen aus Warenlieferungen...gegen die Kunden mit den Anfangsbuchstaben A bis Z ab. Die gegenwärtigen Forderungen der Firma gegen diese Kunden gehen mit Unterzeichnung dieses Vertrags, die künftigen mit ihrer Entstehung auf die Bank über.’²⁹

Ook hier kan de vraag worden gesteld in hoeverre toekomstige vorderingen geldig kunnen worden gecedeerd. De mogelijkheid van een zekerheidscessie van toekomstige vorderingen is in ons huidige BW niet meer aanwezig. Daarvoor is veelal het stille pandrecht in de plaats getreden. Wij hebben gezien dat de mogelijkheid van stille verpanding van toekomstige vorderingen bij ons beperkt is tot die toekomstige vorderingen, die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een op het moment van de vestiging van het stille pandrecht reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 lid 1 BW). Daarnaast geldt het algemene bepaalbaarheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW.

Zijn er nu in het Duitse recht ook beperkingen ten aanzien van de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen, en zo ja, welke zijn dat? Laat het Duitse recht cessie van toekomstige vorderingen in ruimere mate toe dan wij stil pandrecht op deze vorderingen toelaten?

Allereerst ga ik in het kort in op de vraag hoe cessie in het Duitse recht geschiedt. § 398 BGB, dat de overdracht van vorderingen regelt, luidt als volgt:

Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

Hieruit blijkt dat voor overdracht van een vordering enkel een overeenkomst, een *Abtretungsvertrag*, tussen cedent en cessionaris nodig is. Een akte van cessie en mededeling van de cessie aan de debiteur is geen constitutief vereiste.³⁰ Het *Abtretungsvertrag* is in beginsel vormvrij.³¹ Het sluiten van het *Abtretungsvertrag* is een beschikkingsdaad van de cedent en heeft de onmiddellijke overgang van de

29. Zie Baur-Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München 1989, blz. 583, onder c en BGHZ 71, 76.

30. Voor het vestigen van een pandrecht op een vordering is mededeling van de schuldeiser aan de debitor cessus wel een constitutief vereiste. Zie § 1280 BGB. Daarom is de fiduciaire cessie in Duitsland als zekerheidsmiddel belangrijker dan de verpanding.

31. Zie voor uitzonderingen op deze regel Soergel, *BGB*, Band 2-1 (Schuldrecht I-1), §§ 241-432, blz. 1642 en 1643, RdNr. 2.

vordering op de cessionaris ten gevolge.³² De grondslag (de titel) van de Abtretung kan een koopovereenkomst zijn, maar is in veel gevallen een zekerheidsovereenkomst.

In Duitsland hangt men een abstract overdrachtsstelsel aan, in tegenstelling tot bij ons, waar een causaal overdrachtsstelsel geldt. Het verschil tussen beide stelsels is, dat in het causale stelsel de geldigheid van de overdracht mede afhankelijk wordt gesteld van de geldigheid van de titel, terwijl het abstracte stelsel deze afhankelijkheid niet aanneemt, dat wil zeggen dat het al dan niet overgaan van de eigendom(overdracht) wordt geabstraheerd van het al of niet bestaan van een *geldige* titel. Zie voor het Duitse recht § 854 BGB en § 929 BGB³³ en voor het Nederlandse recht art. 3:84 lid 1 BW.

Voor de overdracht is het onderscheid tussen beide stelsels van groot belang. Stel nu dat een zekerheidsovereenkomst, de titel van de Abtretung, nietig is of vernietigd wordt. In het abstracte stelsel gaat de vordering gewoon over in het vermogen van de cessionaris, ondanks het wegvallen van de titel. Het causale stelsel gaat er echter van uit dat de vordering door het wegvallen van de titel niet is overgegaan in het vermogen van de cessionaris. Hangt men nu het abstracte stelsel aan, dan kan de debitor cessus het door hem aan de cessionaris betaalde niet uit onverschuldigde betaling terugvorderen. De cessionaris is immers, ondanks het ontbreken van een geldige titel, in de plaats getreden van de cedent. In het causale stelsel heeft de debitor cessus in dit geval wel een vordering uit onverschuldigde betaling tegen de cessionaris. Deze laatste is immers door het wegvallen van de titel nooit cessionaris geworden: hij heeft de vordering nimmer in zijn vermogen gekregen. Het onderscheid tussen de twee overdrachtsstelsels komt ook duidelijk naar voren bij het faillissement van de verkrijger. Stel dat de vervreemder een zaak heeft overgedragen aan de verkrijger. Na de overdracht wordt de overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger vernietigd, met andere woorden de aan de overdracht ten grondslag liggende titel valt weg. In de abstracte leer is de verkrijger gewoon eigenaar geworden, ondanks het wegvallen van de titel. Is de verkrijger inmiddels failliet verklaard, dan heeft de vervreemder slechts een persoonlijke, concurrente vordering tegen de verkrijger. Hij heeft geen separatistpositie in het faillissement van de verkrijger. Volgens de causale leer is de verkrijger door het wegvallen van de titel nooit eigenaar geworden,

32. *Münchener Kommentar BGB*, Band 2 (Schuldrecht, Allgemeiner Teil), blz. 1114, RdNr. 9.

33. Zie ook Palandt-Bassenge, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 1991, blz. 1018, par. 854, RdNr. 16.

maar is de vervreemder eigenaar gebleven. De vervreemder heeft nu een zakelijke vordering, de revindicatie, tegen de verkrijger. Daardoor is de vervreemder in het faillissement van de verkrijger separatist, dat wil zeggen, hij kan zijn rechten uitoefenen alsof er geen faillissement was.

Na dit korte intermezzo over het abstracte en causale overdrachtsstelsel keren wij terug naar de cessie van (toekomstige) vorderingen. In hoeverre kunnen toekomstige vorderingen geldig worden gecedeerd, met andere woorden welke beperkingen stelt het Duitse recht aan de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen?

Voordat hier een antwoord op wordt gegeven dient voor de volledigheid de juridische grondslag voor de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen aangegeven te worden. De wetgever geeft niet uitdrukkelijk aan dat cessie van toekomstige vorderingen mogelijk is. Uit § 185 lid 2 BGB valt volgens vele schrijvers af te leiden dat het evenwel mogelijk moet zijn.³⁴ Het artikel luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

Die Verfügung (door een beschikkingsonbevoegde) wird wirksam, (...) wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt (...).

Dit artikel gaat over de persoon die een beschikkingsdaad verricht zonder beschikkingsbevoegd te zijn. De vervreemder van een toekomstige vordering is iemand die nog niet beschikkingsbevoegd is ten aanzien van die vordering. Het artikel geeft impliciet aan dat een beschikkingsonbevoegde bij voorbaat een beschikkingsdaad kan verrichten, maar dat deze daad slechts gevolg heeft indien de vervreemder het voorwerp, bijvoorbeeld een vordering, daadwerkelijk verkrijgt, met andere woorden beschikkingsbevoegd wordt ten aanzien van die vordering. Serick³⁵ nuanceert deze motivering op grond van § 185 lid 2 BGB, door aan te geven dat het artikel slechts ziet op de beschikkingsdaad door een beschikkingsonbevoegde ten aanzien van een derde toebehorend, dus reeds bestaand, goed. Het artikel geeft slechts aan dat deze beschikkingsdaad eerst haar rechtsgevolg verkrijgt, wanneer de beschikkende persoon het goed verkrijgt van een derde. Volgens hem geeft het artikel niet direct aan dat ten aanzien van een objectief - dat wil zeggen nog niet bestaand - toekomstig goed geldig een

34. Zie o.a. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, blz. 447, RdNr. 11; Esser/Schmidt, *Schuldrecht*, Band I (Allgemeiner Teil), 1984, blz. 601; Soergel, *BGB*, Band 2-1 (Schuldrecht I-1), blz. 1645, §§ 241-432, RdNr. 7.

35. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsabtragung*, Band IV, blz. 271.

beschikkingsdaad kan worden verricht. Hij is echter wel van mening dat cessie van toekomstige, nog niet bestaande vorderingen mogelijk is. Hij baseert dit oordeel onder meer op het gewoonterecht. Volgens hem heeft de cessie van toekomstige, nog niet bestaande vorderingen krachtens gewoonterecht een vaste plaats ingenomen in het rechtsverkeer.³⁶ Daarnaast geeft hij aan, dat de rechtspraak³⁷ en gezaghebbende schrijvers cessie van toekomstige, nog niet bestaande vorderingen toelaatbaar achten.³⁸ Voor alle duidelijkheid, de mogelijkheid van cessie van relatief toekomstige vorderingen - vorderingen die reeds bestaan, maar die nog niet tot het vermogen van de cedent behoren - kan volgens Serick wel worden gegrond op § 185 lid 2 BGB.

Geconcludeerd kan aldus worden dat cessie van zowel relatief als absoluut toekomstige vorderingen mogelijk is.³⁹ Cedent en cessionaris sluiten reeds voor het ontstaan of verkrijgen van de vordering een Abtretungsvertrag. Dit Abtretungsvertrag zal eerst rechtsgevolg krijgen, dat wil zeggen de cessie krijgt pas werking, op het moment dat de vordering ontstaat of wanneer de cedent de reeds bestaande vordering van een derde verkrijgt.

9 De bepaalbaarheidseis naar Duits recht

Nu geldt in het Duitse recht, evenals bij ons, het algemene rechtsbeginsel van voldoende bepaalbaarheid van het over te dragen goed.⁴⁰ Deze bepaalbaarheidseis doet zich, zoals wij ook voor het Nederlandse recht hebben gezien, voornamelijk gelden bij de onderhavige rechtsvraag: in hoeverre kunnen toekomstige vorderingen geldig worden gecedeerd? Twee vragen kunnen ook hier ten aanzien van de bepaalbaarheidseis worden gesteld:

- a. wanneer is er sprake van voldoende bepaalbaarheid, zodanig dat geldig bij voorbaat gecedeerd kan worden, en
- b. op welk moment moet die bepaalbaarheid aanwezig zijn?

36. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band I, § 1 I 2.

37. Zie o.a. BGHZ 7, 367; 26, 188; 71, 78.

38. Zie over de vraag, of ten aanzien van toekomstige rechten geldig beschikkingsdaden kunnen worden verricht, uitvoerig Lieb, *Das künftige Recht als Rechtsfigur des Privatrechts*, 1962, § 14 onder III.

39. Tegenstander van de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen is Eccius. Hij omschrijft zijn mening als volgt: 'Verfügung über ein Nonens erscheint mir als Nonsens.' Zie Eccius, *Kurze Erörterungen*. 1. Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1904, blz. 465.

40. Zie Baur-Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 4 III.

Om een antwoord op deze vragen te vinden kan de jurisprudentie over het verlengde eigendomsvoorbehoud en de Globalzession van dienst zijn. Immers, cessie van toekomstige vorderingen vindt veelal plaats in het kader van het zogenaamde verlengde eigendomsvoorbehoud en de Globalzession.

De gecedeerde toekomstige vordering moet uiterlijk op het moment van haar ontstaan naar onderwerp en omvang, voldoende bepaalbaar zijn.⁴¹ Serick geeft hiervoor het volgende argument. Het rechtsgevolg van de cessie bij voorbaat (*Vorausabtretung*) - de overgang van de vordering van de cedent op de cessionaris - treedt eerst in wanneer deze vordering ontstaat.⁴² Derhalve acht hij het niet noodzakelijk dat de vordering reeds voor het tijdstip van het intreden van het rechtsgevolg voldoende bepaalbaar is.⁴³ Het onderwerp van de beschikkingshandeling bij voorbaat behoeft niet op het moment van het verrichten van deze beschikkingshandeling voldoende bepaalbaar te zijn, maar moet uiterlijk op het moment van het intreden van het rechtsgevolg van deze handeling voldoende bepaalbaar zijn. Het is voldoende dat, op het moment van het ontstaan van de in het geding zijnde vordering, uit het Abtretungsvertrag kan worden opgemaakt of deze inmiddels ontstane vordering al dan niet onder de bij voorbaat gecedeerde vorderingen valt.

Stel, in het Abtretungsvertrag wordt een omschrijving gegeven van vorderingen, die bij voorbaat worden gecedeerd, bijvoorbeeld 'alle vorderingen die ik in de toekomst verwacht te verkrijgen uit de verkoop van mijn handelsvoorraad'. Wanneer de cedent nu vorderingen op derden verkrijgt, wordt gekeken of deze vorderingen onder de omschrijving vallen uit het Abtretungsvertrag. In ons voorbeeld, is de verkregen vordering er één uit verkoop van de handelsvoorraad? Zo ja, dan valt deze vordering onder de cessie. Het gaat er dus om, dat op het moment van het verkrijgen, danwel het ontstaan van de vordering, bepaald kan worden of deze onder de cessie valt. Op deze wijze wordt de bepaalbaarheidseis in Duitsland gehanteerd.

Bij ons wordt de bepaalbaarheidseis op eenzelfde wijze gehanteerd. De bij voorbaat gecedeerde of stil verpande vordering moet door de akte van cessie cq de pandakte in voldoende mate worden bepaald. Voldoende is dat de pandhouder

41. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band IV, blz. 275; Soergel, *BGB*, Band 2-1 (Schuldrecht I-1), §§ 241-432, blz. 1645, RdNr.7; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I (Allgemeiner Teil), München 1987, blz. 584; BGHZ 7, 365.

42. *Juristenzeitung* 1984, blz. 99; BGH, Urteil 19-9-1983: 'Ihre volle Wirkung kann die Abtretung erst entfalten, wenn und sobald alle Voraussetzungen für die Entstehung der Forderung...in der Person des Veräußers erfüllt sind.'

43. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band IV, blz. 277-278.

en de pandgever uit de akte kunnen opmaken welke vorderingen zijn verpand.⁴⁴

Het Duitse recht biedt tegenover het Nederlandse recht evenwel een ruimere mogelijkheid voor cessie (stil pandrecht in Nederland) van deze vorderingen. In Duitsland is namelijk niet vereist dat de rechtsverhouding waaruit de vordering ontstaat, reeds op het moment van het verrichten van de beschikkingshandeling bij voorbaat (het sluiten van het Abtretungsvertrag), bestaat.⁴⁵ In Nederland wordt echter, zoals is gezegd, het bestaan van die rechtsverhouding op het moment van het verrichten van de beschikkingshandeling bij voorbaat (het opmaken van de akte van cessie, danwel pandakte) wel geëist.⁴⁶

Uit het voorgaande volgt, dat men in Duitsland niet zo zeer de bepaalbaarheidseis gebruikt om de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen te beperken. Er wordt immers slechts geëist dat de vordering op het moment van het ontstaan van de vordering voldoende bepaalbaar moet zijn. Men kan aldus in het cessiecontract volstaan met een ruime omschrijving van de te cederen vorderingen. Bij het ontstaan ofwel verkrijging van de vordering wordt dan gekeken of deze onder de omschrijving valt. Van een beperking van de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen, door het eisen van voldoende bepaalbaarheid op het moment van het ontstaan van de vordering, kan derhalve nauwelijks sprake zijn.

Hoe wordt dan in Duitsland de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen beperkt?

Men gaat van het standpunt uit dat de cessie bij voorbaat de cedent niet bovenmatig in zijn economische vrijheid mag beperken. Wordt nu de cedent door een cessiecontract economisch gezien grotendeels aan handen en voeten gebonden, dan oordeelt de rechtspraak dat een dergelijk, zogenaamd knevelcontract *sittenwidrig* en derhalve krachtens § 138 BGB nietig is. Eveneens *sittenwidrig* en dus nietig, is een cessiecontract in het geval de waarde van de (bij voorbaat) gecedeerde vorderingen veel hoger is dan de waarde van het door de cessionaris verleende krediet, danwel de waarde van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken (*Übersicherung*). De beperking van de mogelijkheid van cessie van (toekomstige) vorderingen wordt derhalve onder meer bereikt door het

44. Zie 24 oktober 1980, *NJ* 1981, 265 (Solleveld, Romijn & Co. BV II).

45. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 1991, blz. 447, RdNr. 11; Soergel, *BGB*, Band 2-1 (Schuldrecht I-1), §§ 241-432, blz. 1645, RdNr. 7.

46. HR 24 oktober 1980, *NJ* 1981, 265 (Solleveld, Romijn & Co. BV II) en art. 3:239 lid 1 BW.

toetsen van de cessiecontracten aan § 138 BGB.⁴⁷

Een voorbeeld⁴⁸ uit de omvangrijke jurisprudentie betreffende het verlengende eigendomsvoorbehoud. Een leverancier L van kledingstoffen levert onder eigendomsvoorbehoud 15,5 meter stof aan de firma V. In de leveringsvoorwaarden van de leverancier is de volgende clause opgenomen:

'e) Der Käufer tritt hiermit die Forderung aus einem Weiterverkauf der Vorbehaltsware an den Verkäufer ab und zwar auch insoweit, als die Ware verarbeitet ist.'

Het geschil gaat onder andere om de vraag of de vorderingen, die conform punt e door de firma V aan zijn leverancier L bij voorbaat zijn gecedeerd, voldoende bepaalbaar zijn, met andere woorden of de cessie bij voorbaat geldig is.⁴⁹ In de eerste plaats oordeelt het Bundesgerichtshof dat krachtens de bewoordingen van punt e de koopprijsvorderingen die de firma V eventueel zal verkrijgen op kopers van door V - uit de onder voorbehoudseigendom geleverde stoffen - gemaakte mantels onder de Vorausabtretung vallen. Vervolgens wijdt hij een overweging aan de inhoud van de bepaalbaarheidseis:

'Die von der Firma V im voraus an die Klägerin (de leverancier) abgetretene Forderungen sind auch hinreichend genau bestimmbar. Entgegen der jüngeren Rechtsprechung des Reichsgericht kommt es dabei (genaue bestimmbarkeit)...nicht darauf an, ob die unter gattungsmäßiger Bezeichnung im voraus abgetretenen Forderungen für alle denkbaren Fälle bestimmbar sind; vielmehr reicht es aus, wenn nach der objektiv ausgelegten Abtretungsklausel die vom Abtretungsempfänger im einzelnen Fall in Anspruch genommene Forderung genügend bestimmbar ist.'

Hiermee zegt het Bundesgerichtshof dat het in dit geval, waarbij de gecedeerde vorderingen naar de soort in de leveringsvoorwaarden zijn omschreven, niet nodig is dat deze vorderingen in alle denkbare gevallen bepaalbaar zijn. Het is voldoende, dat bij uitleg van de clause (i.c. punt e) geen twijfel bestaat dat de vordering, waarover het geschil gaat, onder de cessie bij voorbaat valt.⁵⁰

Na deze overweging geeft hij enkele voorbeelden wanneer het onduidelijk

47. § 138 lid 1 BGB: Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig; § 138 lid 2 BGB: Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, (...) sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die im einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung stehen.

48. BGHZ 26, 185.

49. Zie voor voorbeelden van (on)voldoende bepaalbaarheid Soergel, *BGB*, Band 2-1 (Schuldrecht I-1), §§ 241-432, blz. 1646, RdNr. 9.

50. Lempenau, *Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte*, 1968, blz. 44.

kan zijn of de bij voorbaat gecedeerde vordering wel of niet onder de Vorausabtretung valt. Indien bijvoorbeeld de verkochte mantels niet alleen zijn gemaakt van de stoffen die de leverancier L heeft geleverd, maar ook nog van andere door een andere leverancier onder eigendomsvoorbehoud geleverde stoffen, kan er onduidelijkheid bestaan of de koopprijsvordering onder de Vorausabtretung valt, met andere woorden: valt deze koopprijsvordering onder de clause van punt e? Dezelfde onduidelijkheid zou volgens het Bundesgerichtshof ook kunnen ontstaan, indien aan de koper van de - met de onder eigendomsvoorbehoud geleverde stoffen gemaakte - mantel, ook nog andere kledingstukken, die niet zijn gefabriceerd uit de onder eigendomsvoorbehoud geleverde stoffen, zijn verkocht.

Vervolgens komt het BGH nog te spreken over de eventuele nietigheid van de leveringsvoorwaarden op grond van § 138 BGB. In casu is daarvan volgens het BGH geen sprake.⁵¹ De leverancier L heeft namelijk in zijn leveringsvoorwaarden twee clauses opgenomen die eventuele nietigheid van deze voorwaarden voorkomen. In de eerste plaats is dat de zogenaamde *Freigabeklausel* onder punt h van de leveringsvoorwaarden:

‘Wenn die durch den Eigentumsvorbehalt bestehende Sicherung die zu sichernde Forderung um 25 % übersteigt, wird der Verkäufer voll bezahlte Lieferungen nach seiner Wahl freigeben.’

In de tweede plaats dekt de leverancier L zich tegen eventuele nietigheid van zijn voorwaarden in, door het hierin onder punt f opnemen van:

‘Er (de koper/cedent) ist berechtigt, die Forderungen solange selbst einzuziehen, wie ihm der Verkäufer keine andere Anweisung gibt.’⁵²

De conclusie is, dat cessie van toekomstige vorderingen in Duitsland op ruime schaal is toegelaten. Veelal vindt dit plaats in het kader van het verlengde eigendomsvoorbehoud en de Globalzession. In Duitsland geldt, evenals in Nederland, de bepaalbaarheidseis. Voldoende is dat de bij voorbaat gecedeerde vordering op het moment van haar ontstaan voldoende bepaalbaar is, dat wil

51. Het Berufungsgericht is van mening dat er wel sprake is van nietigheid op grond van § 138 BGB. Zie BGHZ 26, 190 onder punt 4.

52. Zie ook BGHZ 7, 365. Lempenau, *Direkterwerb oder Durchgangserwerb*, blz. 44 geeft enkele voorbeelden van clauses die in kredietpraktijk worden gehanteerd om eventuele nietigheid van de cessie te voorkomen. Zie hiervoor ook Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band IV, § 49 II, blz. 396 e.v.

zeggen dat op dat moment bepaald kan worden of de in het geding zijnde vordering onder de cessie valt. Tevens behoeft op het moment van het sluiten van het cessiecontract de rechtsverhouding waaruit de vordering zal voortvloeien niet te bestaan. Beperking van de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen wordt onder meer bereikt door te onderzoeken of het cessiecontract nietig is, met name op grond van § 138 BGB.

10 *De rechtsvraag: de werking van derdenbeslag op bij voorbaat gecedeerde vorderingen naar Duits recht*

Evenals cessie van toekomstige vorderingen in Duitsland onder voorwaarden mogelijk is, is derdenbeslag op deze vorderingen onder bepaalde voorwaarden mogelijk. Als voorwaarde voor de mogelijkheid van derdenbeslag op toekomstige vorderingen wordt gesteld, dat er op het moment van het leggen van het beslag reeds een rechtsverhouding tussen de beslagene en de derdenbeslagene moet bestaan, waaruit blijkt dat de mogelijkheid aanwezig is dat de toekomstige vordering zal ontstaan. Roth drukt in het Münchener Kommentar⁵³ de voorwaarde als volgt uit:

'Sie (beslaglegging) soll nur zulässig sein, wenn das der Forderung zugrunde liegende Rechtsverhältnis bereits besteht oder sich zumindest schon so deutlich abzeichnet, daß die Forderung individualisierbar ist.'⁵⁴

Tevens moet de derdenbeslagene bekend zijn, omdat het derdenbeslag aan hem betekend moet worden (§ 829 lid 3 ZPO). Hieruit blijkt, dat de criteria voor de mogelijkheid van beslaglegging en die voor de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen verschillend zijn. Cessie van toekomstige vorderingen is in ruimere mate en in een vroeger stadium toegestaan dan derdenbeslag op toekomstige vorderingen. Hahnzog⁵⁵ is het hier niet mee eens. Hij vindt dat de mogelijkheid van beslaglegging en van cessie naar dezelfde criteria moeten worden beoordeeld.⁵⁶ Als argument geeft hij op dat, indien cessie van toekomstige vorderingen eerder is toegelaten dan het leggen van derdenbeslag, vele crediteu-

53. *Münchener Kommentar BGB*, Band 2 (Schuldrecht, Allgemeiner Teil), §§ 241-432, 1979, blz. 1127, RdNr. 62.

54. Zie ook Stöber, *Forderungspfändung*, Bielefeld 1978, blz. 8-9; Hahnzog, *Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen*, 1962, blz. 67.

55. Hahnzog, *Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen*, blz. 70.

56. Ook het Nederlandse recht hanteert voor de mogelijkheid van stille verpanding van en derdenbeslag op toekomstige vorderingen eenzelfde criterium. Vgl. de artt. 475 lid 1 Rv en 3:239 lid 1 BW.

ren kunnen worden benadeeld. Op het moment dat zij beslag willen leggen kunnen immers reeds vele toekomstige vorderingen reeds zijn gecedeerd aan bijvoorbeeld grote kredietverleners die gebruik maken van standaardvoorwaarden waarin deze cessie is neergelegd. Het zou volgens hem voldoende zijn, wanneer uit het beslagexploot kan worden opgemaakt of een in het geding zijnde vordering wel of niet onder het beslag valt. Dit is eenzelfde interpretatie van het bepaalbaarheidsvereiste als die voor de mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen: het is voldoende dat op het moment van het ontstaan van de vordering vastgesteld kan worden of deze al dan niet onder de Vorausabtretung valt.⁵⁷

Dit brengt ons op de rechtsvraag, die in het voorgaande voor het Nederlandse recht is beantwoord: wat is rechtens, indien tussen het moment van de Vorausabtretung en het ontstaan van de vordering een schuldeiser van de cedent derdenbeslag legt op de bij voorbaat abgetretene vordering? Kan de Vorausabtretung aan de latere derdenbeslaglegger worden tegengeworpen?

Bij de behandeling van deze rechtsvraag voor het Nederlandse recht, hebben wij gezien dat er in Nederland geen eenstemmigheid bestaat over het antwoord. De HR heeft, zoals bekend, in zijn arrest van 10 januari 1992, NJ 1992, 744 (Ontvanger/NMB) geoordeeld, dat de cessie en verpanding bij voorbaat wel aan de latere beslaglegger kunnen worden tegengeworpen. Wat is nu het antwoord op deze rechtsvraag naar het Duitse recht?

Neemt men als uitgangspunt dat de criteria voor de mogelijkheid van cessie van en derdenbeslag op toekomstige vorderingen van elkaar verschillen, in die zin dat cessie reeds mogelijk is indien er nog geen rechtsverhouding (rechtsgrond) tussen cedent en debiteur bestaat, terwijl deze rechtsverhouding wel moet bestaan wil derdenbeslag mogelijk zijn, dan komt men tot het volgende resultaat.

Stel, er is nog geen bestaande rechtsverhouding tussen cedent en debiteur. Het Abtretungsvertrag wordt reeds gesloten en krijgt rechtsgevolg, dat wil zeggen de vordering gaat over in het vermogen van de cessionaris, op het moment van het ontstaan van de vordering. Nu kan het ontstaan van de vordering samenvallen met het ontstaan van de rechtsverhouding tussen cedent en cessionaris. Wordt op het moment van het ontstaan van de rechtsverhouding door een

57. Zie blz. 22 en 23. Zie voor een zelfde opvatting Lempenau, *Direkterwerb oder Durchgangserwerb*, blz. 81: 'Sicher gilt der Bestimmtheitsgrundsatz auch für Pfändungen, aber nur in dem Sinne, daß sich aus dem Pfändungsbeschluß für Schuldner und Drittschuldner bestimmbar feststellen läßt, welche Forderung gepfändet wird. Die Angabe eines Rechtsgrundes ist nur zur Bestimmbarkeit erforderlich, dieser muß aber noch nicht bestehen.'

crediteur van de cedent derdenbeslag gelegd op de bij voorbaat gecedeerde vordering, dan komt hij te laat, want de vordering is met haar ontstaan reeds overgegaan op de cessionaris.

Stel nu, dat de rechtsverhouding tussen de cedent en de debiteur al wel bestaat, maar de vordering nog niet. Zowel cessie als derdenbeslag is dan mogelijk. Indien nu de Vorausabtretung, het sluiten van het Abtretungsvertrag, in tijd voor het gelegde derdenbeslag is geschiedt, wie gaat er dan voor? De cessionaris of de derdenbeslaglegger? Als voorbeeld kan een arrest van het Bundesgerichtshof (BGHZ 20, 88) dienen.

De koopman H heeft van een handelaar in aanhangwagens een twee-assige aanhangwagen onder eigendomsvoorbehoud gekocht. H zal de eigendom van de wagen eerst verkrijgen nadat hij de volledige koopprijs heeft voldaan. De laatste termijn heeft H op 10 februari 1954 betaald. De eigendom van de wagen is derhalve op deze datum op H overgegaan. Nu heeft H op 1 juli 1953, aldus voor het betalen van de laatste termijn van de koopprijs, een overeenkomst met K gesloten, waarin zij overeenkomen dat de wagen op 1 juli 1953 in eigendom overgaat op K. Terecht wordt er in de overeenkomst het volgende voorbehoud gemaakt: 'Das Eigentum wird daher erst mit Bezahlung des Restbetrages für Herrn K voll wirksam.' Vervolgens hebben tussen 1 juli 1953 en 10 februari 1954 enkele schuldeisers van H beslag gelegd op de wagen die zich in die tijd in de macht van H bevond. K beweert nu dat hij, omdat H de koopprijs volledig heeft voldaan, de eigendom van de wagen heeft verkregen en stelt verder dat het gelegde beslag geen doel treft.

Verschillende vragen worden door het BGH beantwoord. In de eerste plaats de vraag of H, die de wagen aldus nog niet in eigendom heeft, reeds een subjektief recht heeft, waarover hij kan beschikken. Het BGH geeft hier een bevestigend antwoord op. Het recht dat aan H wordt toegekend wordt aangeduid met de term *Anwartschaft*. Dit *Anwartschaft* kan worden omschreven als het vooruitzicht dat de voorbehoudskoper, i.c. H, heeft op de verkrijging van de eigendom van de zaak. Het BGH overweegt:

'...daß die Anwartschaft ein subjektives Recht sei...daß über dieses Recht auch von dem Anwartschaftsberechtigten verfügt werden kann.'⁵⁸

Vervolgens overweegt het BGH nog dat het niet vereist is dat er op het moment van het intreden van een voorwaarde, waardoor de vervreemder, i.c. H, een recht verwerft (door het betalen van de laatste termijn van de koopprijs of het ontstaan of verkrijgen van een vordering), alsnog een handeling moet worden

58. BGHZ 20, 94.

verricht (bijv. wilsovereenstemming) om het recht te doen overgaan.⁵⁹ Men spreekt in Duitsland dan van het *Direkterwerb*: het recht ontstaat direct in het vermogen van de verkrijger, i.c. K. Het BGH⁶⁰ overweegt:

‘...daß die Übertragung der Anwartschaft beim Eintritt der Bedingung unmittelbar den Übergang des Volleigentums auf den Erwerber (K) der Anwartschaft unter Umgehung des ersten Anwartschaftberechtigten (H) zur Folge habe.’

De vraag die nu nog over blijft, is wat de invloed van het gelegde beslag is. Aangezien i.c. uitgegaan wordt van het *Direkterwerb* door K zal het beslag geen doel treffen:

‘...daß die Beklagten sich auf die von Ihnen in den Anhänger ausgebrachte Pfändung nicht berufen können, wenn der Kläger (K) die Anwartschaft aus bedingter Übereignung von dem Vollstreckungsschuldner (H) erworben hat.’⁶¹

Het arrest gaat weliswaar over de Übereignung van zaken, maar is tevens van toepassing op de Vorausabtretung van vorderingen. Ook de verwachter van een vordering kan een Anwartschaft hebben. In Duitsland wordt een onderscheid gemaakt tussen toekomstige vorderingen, waarvoor reeds een rechtsgrond aanwezig is, bijvoorbeeld vorderingen onder voorwaarde of vorderingen uit een duurovereenkomst (huur) en toekomstige vorderingen waarvoor nog geen rechtsgrond aanwezig is.⁶² De verwachter van een toekomstige vordering waarvoor reeds een rechtgrond aanwezig is, heeft een Anwartschaft, terwijl aan de verwachter van andere toekomstige vorderingen geen Anwartschaft wordt toegekend. Heeft de cedent nu een Anwartschaft, dan is er sprake van *Direkter-*

59. Vgl. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam*, Zwolle 1937, blz. 121 en 418. Dat de Vorausabtretung bindende werking heeft, in die zin dat haar rechtsgevolg - overgang van de vordering in het vermogen van de cessionaris - automatisch, zonder nadere handeling, intreedt, blijkt ook uit de overweging van het BGH dat de vordering overgaat ondanks de dood van de Vorausabtreter: zie BGHZ 32, 367. Serick over binding van de cedent aan de Vorausabtretung: ‘Für den Eintritt der Verfügungswirkung (het ontstaan en daarmee de overgang van de vordering op de cessionaris) kann weder der Verlust noch die Beschränkung der Verfügungsmacht nach dem Abschlußtatbestand relevant werden; denn über die im voraus abgetretene Forderung hat der Zedent bereits verfügt.’ Zie over de binding van de cedent aan de Vorausabtretung uitvoerig Hahnzog, *Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen*, § 6 II 2, blz. 25 e.v.

60. BGHZ 20, 97-98.

61. Zie over deze problematiek van eerdere Vorausabtretung en latere *Pfändung* ook Hahnzog, *Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen*, blz. 70 e.v.

62. Zie o.a. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I (Allgemeiner Teil), blz. 585; Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, blz. 447, RdNr. 12.

werb door de cessionaris en zal een gelegd beslag geen gevolg hebben.⁶³ Men gaat er van uit dat de cedent dit Anwartschaft reeds aan de cessionaris kan overdragen. Dientengevolge passeert de vordering wanneer zij ontstaat het vermogen van de cedent: de vordering valt bij haar ontstaan direct in het vermogen van de cessionaris.

Heeft de cedent geen Anwartschaft, dan is er sprake van *Durchgangserwerb*, dat wil zeggen dat de vordering eerst in het vermogen van de cedent ontstaat. In dit geval wordt echter ook geoordeeld, dat een eerdere cessie boven een later beslag gaat.⁶⁴ Dit oordeel, dat een eerdere cessie voor een later gelegd beslag gaat, wordt in de Duitse literatuur beargumenteerd met het zogenaamde *Prioritätsprinzip*.⁶⁵ Dit principe houdt in, zoals wij ook al bij de behandeling van het Nederlandse recht hebben gezien, dat een eerdere handeling voorgaat boven een latere handeling. Voor het antwoord op de onderhavige rechtsvraag betekent dit, dat de Vorausabtretung, die in tijd vóór het derdenbeslag heeft plaatsgevonden, voorgaat boven het derdenbeslag. Met andere woorden, de cessionaris behoeft het beslag niet tegen zich te laten gelden. De cedent heeft reeds bij voorbaat (bijvoorbeeld onder een opschortende voorwaarde) beschikt ten aanzien van de toekomstige vordering. Dat dit mogelijk is, volgt uit § 185 lid 2 BGB. Deze beschikkingshandeling-bij-voorbaat krijgt rechtsgevolg op het moment dat de vordering ontstaat. Voor het ontstaan van de vordering wordt derdenbeslag gelegd. Ook dit derdenbeslag kan eerst rechtsgevolg krijgen op het moment dat de vordering ontstaat, althans tot je vermogen gaat behoren. Op grond van het Prioritätsprinzip brengt dit met zich mee, dat de cedent op dat moment beschikkingsbevoegd wordt en dat de vordering derhalve overgaat in het vermogen

63. Hetzelfde geldt voor het geval er sprake is van een tussentijds faillissement van de cedent en er reeds een rechtsverhouding tussen de cedent en zijn debiteur aanwezig is. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, blz. 586: 'Im Konkurs des Zedenten (in der Zwischenzeit zwischen Abtretung und Entstehung der Forderung) gehört die von ihm bereits übertragene Anwartschaft nicht zur Konkursmasse; der Zessionar wird also in seiner Erwerbsaussicht geschützt.'

64. Anders voor een tussentijds faillissement van de cedent. Is dat het geval, dan wordt geoordeeld dat de vordering op het moment van haar ontstaan in de door het faillissementsbeslag getroffen boedel van de cedent valt. De overgang van de vordering in het vermogen van de cessionaris vindt dan niet plaats. Zie Baur-Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, blz. 586 onder d: 'Zwischenzeitige generelle Verfügungsbeschränkungen (z.B. durch den Konkurs des Zedenten) wirken auch zum Nachteil des Zessionars (...).' Er wordt verwezen naar BGH NJW 1955, 544; BGHZ 32, 367; BGHZ 88, 205.

65. Zie o.a. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band IV, § 49 I; Lempenau, *Direkterwerb oder Durchgangserwerb*, blz. 84; Palandt, *BGB*, blz. 447, RdNr. 12: 'Für einander widersprechende Verfügungen gilt auch im Falle des Durchgangserwerbs der Grundsatz der Priorität.' Zie ook § 185 lid 2 (slot) BGB. Zie voor het Nederlandse recht art. 3:97 lid 2 BW: Een levering bij voorbaat van een toekomstig goed werkt niet tegen iemand die het goed ingevolge een eerdere levering bij voorbaat heeft verkregen.

van de cessionaris. Het derdenbeslag komt te laat en treft geen doel. Immers, de Vorausabtretung komt i.c. in tijd voor het derdenbeslag. De oudste handeling gaat voor.

Geconcludeerd kan worden, dat het antwoord op de onderhavige rechtsvraag zowel naar Nederlands als naar Duits recht hetzelfde is. Ook in Duitsland wordt, zij het voor het geval er geen sprake is van een Anwartschaft(srecht) van de cedent, het antwoord op de vraag beargumenteerd met behulp van het prioriteitsbeginsel: een oudere cessie bij voorbaat gaat boven een later bij voorbaat gelegd derdenbeslag.⁶⁶ Het enige verschil met het Nederlandse recht is dat het Duitse recht een onderscheid maakt tussen toekomstige vorderingen waarvoor reeds een rechtsgrond aanwezig is en vorderingen die deze rechtsgrond (nog) ontberen. Is er reeds een rechtsgrond aanwezig, dan ontstaat de vordering direct in het vermogen van cessionaris en verhindert zelfs een tussentijds faillissement (en ook andere vormen van beschikkingonbevoegdheid, bijvoorbeeld curatele) van de cedent het rechtgevolg van de Vorausabtretung niet. Bij ons wordt echter geoordeeld, dat indien een toekomstige vordering bij voorbaat is gecedeerd, een vóór het ontstaan van de vordering uitgesproken faillietverklaring van de cedent de overgang van de vordering wel verhindert. De vordering valt bij haar ontstaan in de faillissementsboedel en komt daar niet meer uit (art. 20 Fw).

11 Slotopmerking

Wanneer wij nu de uitspraak van de Hoge Raad in zijn arrest van 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744 (Ontvanger/NMB) vergelijken met hetgeen is gezegd over het Duitse en Romeinse recht, dan is deze uitspraak zeer goed te verklaren.

Wij hebben bij de behandeling van het Duitse recht gezien dat een eerdere cessie bij voorbaat voorgaat boven een later gelegd beslag en dat zelfs een later faillissement van de cedent (pandgever) onder bepaalde voorwaarden de overgang (bezwarende met het stille pandrecht) niet verhindert.

Uit de romeinsrechtelijke bronnen valt af te leiden dat een oudere voorwaardelijk rechthebbende, de legataris, voorgaat voor iemand die zelfs een onvoorwaardelijk recht kon doen gelden op de onder voorwaarde gelegateerde zaak.

66. Vgl. HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744 (Ontvanger/NMB). Zie ook A-G Hartkamp in zijn conclusie onder arrest HR 25 januari 1991, *NJ* 1992, 172 (van Berkel/Tribosa), punt 8 b: 'Mijn opvatting (dat is dezelfde opvatting van de HR in zijn arrest van 10 januari 1992', *NJ* 1992, 744, opm. WAvdV) is in overeenstemming met het Duitse recht, waarin een oudere cessie van een toekomstige vordering prevaleert boven een later beslag.'

Dan zou toch zeker de beslaglegger in de onderhavige rechtsvraag in rang na de eerdere voorwaardelijk rechthebbende, i.c. de pandhouder, komen.

Immers, de beslaglegger kan, evenals de pandhouder, niet anders dan als een voorwaardelijk rechthebbende worden gekwalificeerd. Wanneer nu een latere onvoorwaardelijk rechthebbende wordt achtergesteld bij de eerdere voorwaardelijk rechthebbende dan zou toch zeker ook een latere voorwaardelijk rechthebbende, i.c. de beslaglegger, bij een eerdere voorwaardelijk rechthebbende, i.c. de pandhouder, achtergesteld moeten worden. Zo bezien staat de uitspraak van de Hoge Raad in een eeuwenoude traditie.

W.A. VAN DER VEN

HATTEM