

Hoge Raad, 29 juni 2011, Meijs qq v Bank of Tokyo



## VERMOGENSRECHT – VESTIGING PANDRECHT

Registratie kopie akte voldoende voor vestiging stil pandrecht

- Waar art. 3:239 voor de vestiging van stil pandrecht op een vordering, anders dan bij notariële akte, een onderhandse akte eist, heeft deze bepaling een akte op het oog zoals bedoeld in art. 183 lid 3 Rv. Vereist is dus een door de pandgever ondertekend geschrift. In het onderhavige geval wordt niet aangevoerd dat de verpandingen van vorderingen op 9 en 28 december 1993 en op 7 januari 1994 niet bij onderhandse akten zijn geschied.

- Er is, anders dan het onderdeel aanvoert, geen grond om, waar art. 3:239 tevens de eis stelt van registratie, aan te nemen dat stil pandrecht uitsluitend kan ontstaan door registratie van het origineel van de akte.

Uit de memorie van antwoord Invoeringswet bij art. 3:237 (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3.5 en 6) p. 1329), komt naar voren dat de strekking van de eis van registratie in hoofdzaak deze is dat komt vast te staan dat de akte is totstandgekomen vóór de dag van de, op het geregistreerde stuk aangetekende, registratie. Om dit te bewerkstelligen is niet vereist dat de akte zelf wordt geregistreerd. Registratie van een per faxpost verzonden kopie van de akte, hetgeen uit een oogpunt van spoed gewenst kan zijn, is daartoe voldoende.

**Akte dient tot verpanding bestemd te zijn**

- Bij de beoordeling ervan moet worden vooropgesteld dat voor vestiging van pandrecht is vereist dat tussen de pandgever en de pandnemer wilsovereenstemming bestaat die strekt tot de vestiging van het pandrecht. Voorts is voor vestiging van stil pandrecht vereist een akte die doet blijken dat zij tot verpanding van de erin bedoelde vordering(en) is bestemd.

- Het onderdeel gaat echter kennelijk uit van de opvatting dat een tot verpanding strekkende verklaring van de pandgever met zoveel woorden in de akte moet zijn opgenomen. Aldus stelt het onderdeel eisen aan de tot verpanding bestemde akte die de wet niet kent. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel in onderling verband en samenhang met andere akten of andere feiten, kan worden vastgesteld dat de akte is bestemd tot verpanding van de erin bedoelde vorderingen.

- Een redelijke, op de praktijk afgestemde, uitleg van het in de art. 3:239 lid 1, 3:236lid 2 en 3:94 lid 1

bedoelde vereiste van een akte voor de levering onderscheidenlijk verpanding van vorderingen brengt mee dat, anders dan waarvan deze klacht uitgaat, voldoende is dat de verkrijger van de vordering, of van een recht van pand erop, redelijkerwijs uit de akte heeft mogen begrijpen dat zij tot levering of tot vestiging van pandrecht was bedoeld.

**Vormvrije aanvaarding pand**

- Deze akte hoeft niet tweezijdig te zijn zij hoeft niet te doen blijken van de verklaring van de pandhouder dat hij het pandrecht aanvaardt. Deze aanvaarding kan vormvrij geschieden.

**Titel hoeft niet in vestigingsakte vermeld te zijn**

- Vooropgesteld moet worden dat de art. 3:239 lid 1, 3:236lid 2 en 3:94lid 1, welke laatste bepaling ingevolge het bepaalde in art. 3:98 ook op de tot verpanding van een vordering bestemde akte van toepassing is, anders dan art. 3:89 lid 2 ten aanzien van de levering van registergoederen bepaalt, niet voorschrijven dat de akte de titel voor de door de levering beoogde overdracht moet inhouden. In het licht hiervan doet de omstandigheid dat in de akten waarvan de faxkopieën zijn geregistreerd, geen verwijzing voorkomt naar de stamcessie-overeenkomst of naar een verbintenis tot het vestigen van pandrecht, 's Hofs oordeel dat aan de akten de betekenis moest worden toegekend van tot verpanding bestemde akten, niet onbegrijpelijk zijn.

Vindplaatsen: NJ 2001, 662, m.nt. Kleijn

**Hoge Raad, 29 juni 2001**

(F.H.J. Mijnsen, W.H. Heemskerk, H.A.M. Aaftink, O. de Savornin Lohman, A. Hammerstein)  
(...)

Mr. drs. Bernard Wilhelmus Gerard Philip Meijs in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van K. B.V., te H., kantoorhoudende te Heerlen, eiser tot cassatie, adv. mr. R.M. Hermans,  
tegen

Bank of Tokyo — Mitsubishi (Holland) N.V., te Amsterdam, verweerster in cassatie, adv. mr. E.D. Vermeulen.

**1. Het geding in feitelijke instanties**

Eiser tot cassatie — verder te noemen: de curator — heeft bij exploit van 3 augustus 1994 verweerster in cassatie — verder te noemen: de bank — gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam en na wijziging van eis gevorderd:

ter zake van de verpandingen van vorderingen

1a. primair zal worden verklaard voor recht dat door middel van de ten processe bedoelde op 24 juli 1991 geregistreerde stamcessie-overeenkomst van 21 mei 1991 en/of door middel van de ten processe bedoelde op 29 december 1993 geregistreerde faxbrief van 9 december 1993 en/of door middel van de op 30 december 1993 geregistreerde faxbrief van 28

december 1993 en/of door middel van de op 13 januari 1994 geregistreerde faxbrief van 7 januari 1994, geen pandrecht ten gunste van de bank is gevestigd op de ten processe bedoelde vorderingen van K.;

Ib. subsidiair zal worden verklaard voor recht dat de door K. met de bank verrichte rechtshandelingen, bestaande uit de verpandingen in december 1993 resp. in januari 1994 van de ten processe bedoelde vorderingen van K. jegens de curator nietig zijn op grond van het bepaalde in art. 42 Faillissementswet verder: Fw. althans op grond van art. 47 Fw.;

2 dat de bank zal worden veroordeeld om binnen vijf werkdagen na de betekening van het ten deze te wijzen vonnis mee te werken aan de betaling aan de curator zulks ten laste van de ten processe bedoelde escrow-account van de somma van f 1 332 347, althans van het volledige alsdan op bedoelde escrowaccount aanwezige creditsaldo, althans van enig ander door de Rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente over het door de Rechtbank toe te wijzen bedrag te rekenen vanaf 6 juni 1994 tot aan de dag der betaling, alles onder aftrek van de op bedoelde escrow-account bijgeschreven rente;

3 dat de bank zal worden veroordeeld om aan de curator te betalen de somma van f 2 304 922 zijnde het totaal van alle door de bank in de periode van 29 december 1993 tot en met 24 januari 1994 ontvangen betalingen van debiteuren van K., althans dat de bank zal worden veroordeeld om aan de curator te betalen enig ander door de Rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, genoemde bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf 27 januari 1994, althans vanaf 6 juni 1994, tot aan de dag der betaling.

De bank heeft de vordering bestreden.

De Rechtbank heeft bij vonnis van 23 april 1997 de vorderingen van de curator afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft de curator hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 17 juni 1999 heeft het Hof het bestreden vonnis bekrachtigd.

(...)

## **2. Het geding in cassatie**

(...)

De advocaat van de curator heeft bij brief van 2 mei 2001 op de conclusie gereageerd.

## **3. Beoordeling van het middel**

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

i. Bij schriftelijke overeenkomst van 20 mei 1991, heeft de bank aan K. BV (verder: K.) een krediet in rekening-courant verleend tot (uiteindelijk) f 3 500 000.

ii. Op 21 mei 1991 hebben K. als cedent en de bank als cessionaris, schriftelijk, een stamcessieovereenkomst gesloten. Daarbij heeft K. zich verbonden om, kort weergegeven, tot zekerheid voor de betaling van hetgeen de bank te eniger tijd uit welken hoofde en onder welke benaming dan ook van K. te vorderen heeft of zal hebben, alle vorderingen die K. op haar schuldenaren mocht hebben of zou verkrijgen, aan de bank over te dragen. Voorts verbond K. zich ertoe éénmaal per maand of zoveel vaker als de bank dit zou

verlangen, aan de bank schriftelijk opgave te doen van bedoelde vorderingen onder gelijktijdige terhandstelling aan de bank van de kwitanties en het endossabel handelspapier dat op deze vorderingen betrekking heeft. Bij deze overeenkomst heeft de bank, kort gezegd, verklaard de levering van bestaande vorderingen aan te nemen en toekomstige leveringen van vorderingen bij voorbaat aan te nemen.

iii. Eveneens op 21 mei 1991 heeft K. haar bestaande en toekomstige handelsvoorraden in tot zekerheid strekkende eigendom overgedragen aan de bank.

iv. Bij faxbrief van 9 december 1993 heeft S., boekhouder van K., aan de bank een overzicht openstaande vorderingen per 30 november 1993. In de meegezonden brief heeft hij aan de bank geschreven:

‘Please find enclosed the following information as per november 1993.

— Aging account receivables.

— Details inventory.

If you need more information, please contact me.’

v. Bij faxbrief van 28 december 1993 heeft T., directeur van K., aan de bank onder meer geschreven:

‘Referring to our meeting held on 27.12.1993 at our factory in Heerlen, I hereby send you the specification of inventory and account receivable of K. BV as per 24.12.1993 in order to fulfill our contractual obligation to The Bank of Tokyo (Holland) NV. Unfortunately, our accounting person is out of the country at this moment and I can not get detailed specification of inventory.’

Bij deze brief waren computerlijsten gevoegd waarop, bij per nummer aangeduide debiteur, de hoogte van de vorderingen per 24 december 1993 was vermeld.

vi. Bij faxbrief van 7 januari 1994 heeft S. aan de bank kopieën verstrekt van de facturen van alle acht in de eerste week van januari 1994 door K. uitgevoerde orders. Daarbij schreef S. aan de bank:

‘Hereby we send a copie of our sales-invoices till 06.01.94. On the copie is the material-value of the sold goods mentioned.’

vii. De hiervoor onder (iv)—(vi) vermelde faxbrieven met bijlagen heeft de bank laten registreren ter Inspectie Registratie en Successie te Haarlem.

viii. De bank heeft mededeling van verpanding van de vorderingen gedaan aan de desbetreffende schuldenaren.

ix. Op 27 december 1993 heeft de bank vernomen dat K., die zich jegens de bank tot borg had gesteld voor K., in Japan surséance van betaling had aangevraagd. Op grond hiervan heeft de bank dezelfde dag het krediet van K. opgeschort. Op 29 december 1993 heeft de bank het krediet met onmiddellijke ingang opgezegd. Op 27 januari 1994 is K. in staat van faillissement verklaard. Daarbij is de curator als zodanig benoemd.

x. Na de faillietverklaring hebben schuldenaren van door K. aan de bank verpande vorderingen bedragen doen bijschrijven op de rekening voor girale betalingen van K. bij de bank. Voorts heeft K. zelf enkele vorderingen van K. geïnd. Daarnaast hebben enige

debiteuren van K. betalingen gedaan door bijschrijving op een ten name van K. en de bank gestelde 'escrow-account'.

3.2.1 Hetgeen de curator in dit geding, na zijn eis te hebben gewijzigd, heeft gevorderd, laat zich, voorzover in cassatie van belang, als volgt beknopt weergeven:

1. voor recht te verklaren dat de in de faxbrieven van 9 en 28 december 1993 en van 7 januari 1994 vermelde vorderingen van K. niet aan de bank zijn verpand; hiertoe heeft de curator aangevoerd dat de faxbrieven van 9 en 28 december 1993 en van 7 januari 1994, niet voldoen aan het vereiste dat de tot verpanding van de vorderingen bestemde akten een tot verpanding strekkende wilsverklaring bevatten;

2. subsidiair voor recht te verklaren dat de verpanding van de bedoelde vorderingen nietig is op grond van het bepaalde in de art. 42 althans art. 47F;

3. veroordeling van de bank tot betaling aan de curator van het saldo van de hiervoor in 3.1 onder (x) bedoelde escrow-account ten bedrage van f 1 332 347;

4. veroordeling van de bank tot betaling aan de curator van hetgeen de bank in de periode van 29 december 1993 tot en met 24 januari 1994 heeft ontvangen van schuldenaars van K., te weten f 2 304 922.

3.2.2 Aantekening verdient dat bij de beoordeling van hetgeen de curator heeft gevorderd, ingevolge art. 86 lid 1 Ow NBW de door K. aan de bank voor 1 januari 1992 tot zekerheid overgedragen vorderingen zijn overgegaan op K. en belast met pandrecht ten behoeve van de bank. Ingevolge art. 86 lid 7 wordt de vóór 1 januari 1992 ontstane verbintenis van K. tot overdracht aan de bank van vorderingen die K. in de toekomst mocht krijgen, aangemerkt als een verbintenis tot vestiging van pandrecht op deze vorderingen.

3.2.3 De Rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. Wat de onder (1) vermelde vordering betreft heeft de Rechtbank geoordeeld dat de bank aan de faxbrieven van 9 en 28 december 1993 en aan die van 7 januari 1994, redelijkerwijs de betekenis mocht toekennen dat K. de daarin vermelde vorderingen aan de bank wilde verpanden. Wat de onder (2) vermelde vordering betreft heeft de Rechtbank geoordeeld dat, voorzover de curator zich beroept op art. 42F., de vordering moet worden afgewezen omdat de verpandingen niet onverplicht zijn geschied. Voorzover de vordering berust op het bepaalde bij art. 47, moet zij worden afgewezen omdat de door de curator gestelde feiten en omstandigheden de conclusie dat van samenspanning tussen K. en de bank sprake is geweest, niet rechtvaardigen. Afwijzing van de vorderingen onder (1) en (2) brengt naar het oordeel van de Rechtbank mee dat ook de onder (3) en (4) vermelde vorderingen moeten worden afgewezen.

3.2.4 Het Hof heeft de tegen het vonnis van de Rechtbank aangevoerde grieven verworpen.

3.3.1 Onderdeel 1 verwijt het Hof, samengevat weergegeven, dat het heeft miskend dat de registratie van de faxbrieven van 9 en 28 december 1993 en die van 7 januari 1994 geen verpanding heeft bewerkstelligd omdat een pandrecht als bedoeld in art. 3:239 BW (verder: stil pandrecht) alleen tot stand komt

door registratie van de originele onderhandse akte en registratie van een foto of faxkopie van deze akte niet voldoende is.

Deze stelling is in de feitelijke instanties niet aangevoerd. Het antwoord op de vraag of zij daarom buiten behandeling moet blijven kan echter in het midden worden gelaten omdat zij moet worden verworpen.

3.3.2 Vooropgesteld moet worden dat volgens art. 1 Registratiewet 1970 onder de in deze wet bedoelde registratie wordt verstaan het vermelden van de gehele of gedeeltelijke inhoud van akten in registers welke worden gehouden door daartoe door de Minister van Financiën aangewezen inspecteurs van de rijksbelastingdienst. Volgens art. 2 worden onder akten niet alleen verstaan stukken opgemaakt om tot bewijs te dienen maar ook huiselijke papieren, brieven, kaarten, tekeningen en andere bescheiden. De bedoelde inspecteurs plegen, in overeenstemming met het in genoemd art. 2 bepaalde, faxbrieven als de onderhavige te registreren, ook in het onderhavige geval is dit geschied.

3.3.3 De opvatting waarvan het onderdeel uitgaat, te weten dat waarin art. 3:239 voor de vestiging van stil pandrecht, anders dan bij notariële akte, een geregistreerde onderhandse akte is vereist, het pandrecht slechts door registratie van de originele akte tot stand kan komen, moet worden verworpen.

3.3.4 Waar art. 3:239 voor de vestiging van stil pandrecht op een vordering, anders dan bij notariële akte, een onderhandse akte eist, heeft deze bepaling een akte op het oog zoals bedoeld in art. 183 lid 3 Rv. Vereist is dus een door de pandgever ondertekend geschrift. In het onderhavige geval wordt niet aangevoerd dat de verpandingen van vorderingen op 9 en 28 december 1993 en op 7 januari 1994 niet bij onderhandse akten zijn geschied.

Er is, anders dan het onderdeel aanvoert, geen grond om, waar art. 3:239 tevens de eis stelt van registratie, aan te nemen dat stil pandrecht uitsluitend kan ontstaan door registratie van het origineel van de akte. Uit de memorie van antwoord Invoeringswet bij art. 3:237 (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3.5 en 6) p. 1329), komt naar voren dat de strekking van de eis van registratie in hoofdzaak deze is dat komt vast te staan dat de akte is totstandgekomen vóór de dag van de, op het geregistreerde stuk aangetekende, registratie. Om dit te bewerkstelligen is niet vereist dat de akte zelf wordt geregistreerd. Registratie van een per faxpost verzonden kopie van de akte, hetgeen uit een oogpunt van spoed gewenst kan zijn, is daartoe voldoende.

3.3.5 Hieraan kan niet afdoen dat, zoals in de toelichting op het onderdeel wordt aangevoerd, een faxkopie kan afwijken van het origineel. Word betwist dat het geregistreerde stuk een getrouwe kopie is van de tot verpanding bestemde akte, dan zal door vergelijking van het geregistreerde stuk met de tot verpanding bestemde akte kunnen worden vastgesteld of het geregistreerde stuk een kopie van het origineel is. Wijkt het geregistreerde stuk af van het origineel, dan

kan het gevolg daarvan zijn dat de verpanding geheel of ten dele ongeldig is.

3.3.6 Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat het onderdeel faalt.

3.4.1 Onderdeel 2 is gericht tegen 's Hofs oordeel in zijn rov. 4.5 waar het Hof overweegt dat de faxbrieven in redelijkheid door de bank mochten worden beschouwd als uitvoering van de verplichting van K. tot maandelijkse verpanding aan de bank van nieuwe vorderingen. De in het onderdeel vervatte klachten laten zich als volgt weergeven. (1) Het Hof heeft miskend dat ingevolge het bepaalde in de art. 3:239 lid 1, in verbinding met de art. 3:236 lid 2 en art. 3:94 lid 1, de voor de verpanding vereiste goederenrechtelijke overeenkomst moet zijn neergelegd in de onderhandse akte. Daarvoor is vereist dat de akte tenminste een verklaring van de pandgever inhoudt dat hij pandrecht vestigt. (2) Het Hof heeft miskend dat in ieder geval het oogmerk van de pandgever om een pandrecht te vestigen uit de akte zelf moet kunnen worden afgeleid. (3) Voorzover het Hof uit de faxbrieven met de bijlagen zou hebben afgeleid dat deze moeten worden beschouwd als uitvoering van de verbintenis van K. tot maandelijkse verpanding, is zulks onbegrijpelijk nu daarin geen verwijzing naar de stamcessieovereenkomst of een verbintenis om pandrecht te vestigen voorkomt. (4) Het Hof heeft miskend dat voor de uitleg en gelding van de akte van verpanding niet relevant is of de faxbrieven in redelijkheid door de bank mochten worden beschouwd als tot verpanding van de handelsvorderingen van K. bestemde akten zoals overeengekomen in de stamcessieovereenkomst. Beslissend is, aldus het onderdeel, de grammaticale uitleg van de door partijen gekozen formuleringen in bedoelde faxbrieven.

3.4.2 De onder (1) vermelde klacht faalt. Bij de beoordeling ervan moet worden vooropgesteld dat voor vestiging van pandrecht is vereist dat tussen de pandgever en de pandnemer wilsovereenstemming bestaat die strekt tot de vestiging van het pandrecht. Voorts is voor vestiging van stil pandrecht vereist een akte die doet blijken dat zij tot verpanding van de erin bedoelde vordering(en) is bestemd. Deze akte hoeft niet tweezijdig te zijn zij hoeft niet te doen blijken van de verklaring van de pandhouder dat hij het pandrecht aanvaardt. Deze aanvaarding kan vormvrij geschieden.

Zie HR 30 november 1956, NJ 1957, 81, welk arrest, naar volgt uit de memorie van antwoord bij art. 3:94 (Parl. Gesch. Boek 3, p. 395), ook voor het huidige recht als uitgangspunt geldt. Van dit een en ander is het Hof klaarblijkelijk ook uitgegaan. In zoverre wordt 's Hofs arrest door het onderdeel ook niet bestreden.

3.4.3 Het onderdeel gaat echter kennelijk uit van de opvatting dat een tot verpanding strekkende verklaring van de pandgever met zoveel woorden in de akte moet zijn opgenomen. Aldus stelt het onderdeel eisen aan de tot verpanding bestemde akte die de wet niet kent. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel in onderling verband en samenhang met andere akten of andere feiten, kan worden vastgesteld

dat de akte is bestemd tot verpanding van de erin bedoelde vorderingen.

3.4.4 De onder (2) vermelde klacht mist feitelijke grondslag en kan daarom niet tot cassatie leiden. Het Hof heeft niet miskend dat de akte ervan moet doen blijken dat zij tot verpanding van de erin bedoelde vordering(en) is bestemd. Het heeft daarentegen geoordeeld dat daarvan in het onderhavige geval sprake is.

3.4.5 De onder (3) vermelde klacht faalt. Vooropgesteld moet worden dat de art. 3:239 lid 1, 3:236lid 2 en 3:94lid 1, welke laatste bepaling ingevolge het bepaalde in art. 3:98 ook op de tot verpanding van een vordering bestemde akte van toepassing is, anders dan art. 3:89 lid 2 ten aanzien van de levering van registergoederen bepaalt, niet voorschrijven dat de akte de titel voor de door de levering beoogde overdracht moet inhouden. In het licht hiervan doet de omstandigheid dat in de akten waarvan de faxkopieën zijn geregistreerd, geen verwijzing voorkomt naar de stamcessieovereenkomst of naar een verbintenis tot het vestigen van pandrecht, 's Hofs oordeel dat aan de akten de betekenis moest worden toegekend van tot verpanding bestemde akten, niet onbegrijpelijk zijn.

3.4.6 Ook de onder (4) vermelde klacht faalt. Een redelijke, op de praktijk afgestemde, uitleg van het in de art. 3:239 lid 1, 3:236lid 2 en 3:94 lid 1 bedoelde vereiste van een akte voor de levering onderscheidenlijk verpanding van vorderingen brengt mee dat, anders dan waarvan deze klacht uitgaat, voldoende is dat de verkrijger van de vordering, of van een recht van pand erop, redelijkerwijs uit de akte heeft mogen begrijpen dat zij tot levering of tot vestiging van pandrecht was bedoeld.

3.5 Onderdeel 3 kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Anders dan waarvan het onderdeel uitgaat, heeft het Hof in zijn rov. 4.6 niet geoordeeld dat de curator is gebonden aan het oordeel van K. of haar raadsman, dat de in dit geding bedoelde handelsvorderingen aan de bank zijn verpand.

3.6 Onderdeel 4 bouwt voort op de eraan voorafgaande onderdelen en moet het lot ervan delen.

3.7.1 Onderdeel 5, dat is gericht tegen 's Hofs rov. 4.10, betreft het volgende. In zijn grief VIII had de curator voor het Hof aangevoerd dat K. na de opschorting (op 27 december 1993), respectievelijk de opzegging van het krediet (op 29 december 1993), niet meer verplicht was om door te gaan met het verpanden van nieuwe vorderingen aan de bank. De laatste twee verpandingen zijn daarom, aldus de curator, onverplicht geschied en vernietigbaar ingevolge het bepaalde bij art. 42F. Deze stelling heeft de Rechtbank in haar rov. 13 verworpen. In hoger beroep heeft K. aangevoerd (memorie van grieven onder 52):

*'dat K. vanaf het tijdstip van de kredietopschorting d.d. 27 december 1993 resp. de kredietopzegging d.d. 29 december 1993 niet meer verplicht was door te gaan met het aan de Bank in pand overdragen van nieuwontstane vorderingen.'*

3.7.2 Het Hof heeft deze grief verworpen in rov. 4.10. De eerste drie volzinnen van deze rechtsoverweging moeten als volgt worden begrepen. De verbintenis van K. om door haar verkregen vorderingen aan de bank te verpanden vloeide voort uit de stamcessieovereenkomst van 21 mei 1991. Verpanding door K. van haar vorderingen geschiedde in ieder geval niet onverplicht voorzover zulks strekte tot zekerheid van betaling van hetgeen de bank na de opzegging van het krediet van K. had te vorderen. Dit saldo is door de bank en K. vastgesteld. Hetgeen de bank boven dit saldo heeft ontvangen heeft zij aan de curator afgedragen. Deze overwegingen kunnen 's Hofs oordeel dragen dat de hier bedoelde twee verpandingen niet onverplicht zijn geschied dragen. Zij zijn niet onbegrijpelijk. In het licht van hetgeen de curator te dezer zake in de feitelijke instanties had aangevoerd, behoefde laatstbedoeld oordeel geen nadere motivering.

3.7.3 Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de eerste klacht van onderdeel 5, die erop neerkomt dat het Hof onvoldoende acht heeft geslagen op hetgeen de curator in zijn grief VIII onder 52 had aangevoerd, faalt.

Nu 's Hofs oordeel, dat de verpanding van vorderingen op 28 december 1993 en 7 januari 1994 niet onverplicht geschiedde, in cassatie stand houdt, behoeft de tweede klacht van onderdeel 5, die is gericht tegen 's Hofs oordeel dat de curator geen belang heeft bij zijn betoog dat deze verpandingen onverplicht zijn geschied, geen behandeling.

3.8.1 Onderdeel 6 is gericht tegen 's Hofs rov. 4.11 waar het Hof het beroep van de curator op art. 47 F verwerpt. Het onderdeel berust op de opvatting dat het vestigen van pandrecht altijd de strekking heeft om de pandhouder boven de schuldeisers van de pandgever/schuldenaar te begunstigen en dat vanaf het tijdstip waarop de pandhouder en de pandgever weten dat het faillissement van de laatste onontkoombaar is, de vestiging van pandrecht ingevolge art. 47 F vernietigbaar is.

3.8.2 Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 16 juni 2000, nr. C98/308, NJ 2000, 578, geldt als regel dat de art. 42–47 F geen vernietigbaarheid meebrengen van verplichte handelingen. Op deze regel heeft de wetgever in art. 47 slechts twee, nauwkeurig geformuleerde, uitzonderingen gemaakt, te weten (1) wanneer 'hij die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was' en (2) wanneer 'de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen'. Deze regel laat geen ruimte om de in art. 47 vermelde gronden voor vernietigbaarheid uit te breiden en de voldoening aan een opeisbare verbintenis tot het vestigen van pandrecht die is geschied voordat het faillissement is aangevraagd, vernietigbaar te achten enkel omdat de pandhouder en de pandgever ten tijde van het vestigen van het pandrecht wisten dat het faillissement van de laatste onontkoombaar was.

3.8.3 Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de opvatting waarvan het onderdeel uitgaat, niet kan worden aanvaard. Het onderdeel faalt derhalve.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de bank begroot op f 9507,20 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

---

#### Conclusie A-G mr. Hartkamp

##### Feiten en procesverloop

1 In cassatie zijn de volgende feiten van belang. K. BV (hierna K.) had een kredietfaciliteit bij de Bank of Tokyo (Holland) BV (hierna de Bank) tot een bedrag van (uiteindelijk) f 3 500 000. Op 21 mei 1991 is tussen K. als cedent en de Bank een stamcessieovereenkomst opgemaakt die bij de Inspectie Registratie en Successie te Haarlem op 24 juli 1991 is geregistreerd. De stamcessie-overeenkomst hield kort weergegeven in dat K. tot meerdere zekerheid voor de betaling van hetgeen de Bank te eniger tijd van haar uit welken hoofde en/of onder welke benaming dan ook te vorderen had of zou hebben, al zijn vorderingen die hij ten laste van zijn debiteuren zou hebben of te eniger tijd zou verkrijgen in volle en vrije eigendom zou overdragen, cederen en leveren en de kwitanties en het endossabel handelspapier op die vorderingen betrekking hebbende, voor zover die stukken voor die vorderingen mochten zijn uitgeschreven of afgegeven, aan de Bank ter hand zou stellen. Voorts verplichtte K. zich ertoe éénmaal per maand of zoveel vaker als de Bank zou verlangen aan de Bank schriftelijke opgave te doen van bedoelde vorderingen onder gelijktijdige terhandstelling aan de Bank van de kwitanties en het endossabel handelspapier op die vorderingen betrekking hebbende (zie productie 1 bij conclusie van antwoord).

Eveneens op 21 mei 1991 heeft K. haar bestaande en toekomstige handelsvoorraden in zekerheidseigendom overgedragen aan de Bank.

Bij faxbrief van 9 december 1993 heeft S., boekhouder van K., aan de Bank een overzicht gezonden van de stand van de voorraden en van de openstaande vorderingen per november 1993 (productie 8 bij akte houdende producties). In de meegezonden brief (productie 10 bij akte houdende producties) heeft hij de Bank als volgt bericht:

'Please find enclosed the following information as per november 1993.

— Aging account receivables.

— Details inventory.

If you do need more information, please contact me.'

Bij faxbrief van 28 december 1993 (productie 4 bij conclusie van antwoord) heeft T., directeur van K., aan de Bank onder meer als volgt bericht:

'Referring to our meeting held on 27.12.1993 at our factory in Heerlen, I hereby send you the specification of inventory and account receivable of K. BV as per 24.12.1993 in order to fulfill our contractual obligation to The Bank of Tokyo (Holland) NV. Unfortunately, our accounting person is out of country at this moment and I can not get detailed specification of inventory.'

Bij deze brief waren computerlijsten gevoegd, waarop per bij nummer aangeduide debiteur de hoogte van de vordering per 24 december 1993 was vermeld. Bij faxbrief van 7 januari 1994 heeft boekhouder S. aan de bank kopieën gezonden van de facturen van alle acht in de eerste week van januari 1994 door K. uitgeleverde orders. In deze brief berichtte S. de bank als volgt:

'Hereby we send a copie of our sales-invoices till 06.01.94. On the copie is the material-value of the sold goods mentioned.'

De hiervoor genoemde faxbrieven met bijlagen heeft de Bank op resp. 29 december 1993, 30 december 1993 en 13 januari 1994 laten registreren ter Inspectie Registratie en Successie te Haarlem (resp. af te leiden uit producties 3, 5a, 5b, 8a en 8b bij conclusie van antwoord). De Bank heeft telkens aan de desbetreffende debiteuren mededeling gedaan dat de vorderingen aan haar waren verpand.

Tot nadere zekerheid voor de aflossing van het krediet van K. heeft haar moederbedrijf, K. Corporation in Japan (hierna K.), zich tegenover de Bank borg gesteld tot een bedrag van (uiteindelijk) f 4 500 000.

Op 27 december 1993 vernam de Bank dat K. in Japan surséance van betaling had aangevraagd. Op grond daarvan heeft de Bank dezelfde dag het krediet van K. opgeschort. Op 29 december 1993 heeft de Bank het krediet opgezegd met onmiddellijke ingang. Op 27 januari 1994 is K. in staat van faillissement verklaard. De Bank heeft bedragen ontvangen die door de desbetreffende debiteuren van K. zijn bijgeschreven op de rekening van K. bij de Bank. Voorts heeft de Bank zelf enkele vorderingen van K. geïnd. Daarnaast zijn door debiteuren van K. betalingen gedaan door bijschrijving op een ten name van K. en de Bank gestelde 'escrow-account'.

2 Bij exploit van 3 augustus 1994 heeft de curator in het faillissement van K., Meijs (hierna de curator) de Bank gedagvaard voor de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam. Bij akte houdende wijziging van eis heeft hij zijn eisen gewijzigd en gevorderd dat de rechtbank zou verklaren voor recht dat ten gunste van de Bank niet een pandrecht is gevestigd op de vorderingen van K. die in de faxbrieven van 9 december 1993, 28 december 1993 en 7 januari 1994 worden genoemd. Subsidiair heeft hij gevorderd dat de rechtbank voor recht zou verklaren dat de verpandingen in december 1993 resp. januari 1994 van de ten processe bedoelde vorderingen van K. jegens Meijs nietig zijn op grond van art. 42 en 47 Fw.

Voorts heeft hij gevorderd dat de Bank veroordeeld zou worden tot betaling van het op de escrow-account aanwezige creditsaldo, een bedrag van f 1 332 347. Tenslotte heeft hij gevorderd de Bank te veroordelen tot betaling van f 2 304 922, te weten het bedrag van

alle door de Bank in de periode van 29 december 1993 tot en met 24 januari 1994 ontvangen betalingen van debiteuren van K.

Aan deze vorderingen heeft hij primair ten grondslag gelegd dat op de vorderingen niet een pandrecht is gevestigd omdat de faxbrieven van 9 december 1993, 28 december 1993 en 7 januari 1994 niet voldoen aan de wettelijke vereisten voor een rechtsgeldige verpanding van vorderingen, nu zij niet een op verpanding gerichte wilsuïting bevatten en de faxbrieven van 9 december 1993 en 7 januari 1994 niet zijn opgemaakt door een bevoegde persoon. Subsidiair heeft hij gesteld dat de betaling aan de Bank van de vorderingen, genoemd in de faxbrieven van 28 december en 7 januari vernietigbaar zijn op grond van art. 42 Fw dan wel art. 47 Fw. Het invoeren van de vernietiging zou meebrengen dat de Bank de betalingen die in de periode van 29 december 1993 tot en met 24 januari 1994 rechtstreeks aan haar zijn gedaan, als onverschuldigd gedaan zou moeten afdragen aan de boedel. Daarnaast zouden de betalingen die na 24 januari 1994 op de in de genoemde faxbrieven bedoelde vorderingen zijn binnengekomen en die op de op naam van partijen gestelde escrow-account zijn gestort, eveneens aan de boedel afgedragen moeten worden.

3 Bij vonnis van 23 april 1997 heeft de rechtbank de vorderingen van de curator afgewezen. Zij heeft daartoe op grond van verscheidene omstandigheden geoordeeld dat de Bank uit de inhoud van de faxbrieven van 9 december 1993, 28 december 1993 en 7 januari 1994 redelijkerwijs heeft mogen begrijpen dat K. door het verschaffen van de in die brieven opgenomen informatie, beoogde de desbetreffende vorderingen aan de Bank in pand over te dragen. Of de faxbrieven van 9 december 1993 en 7 januari 1994 zijn opgesteld en ondertekend door een persoon die daartoe bevoegd was, heeft de rechtbank in het midden gelaten omdat zij heeft geoordeeld dat de Bank zich met vrucht erop heeft beroepen dat zij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op verlening van volmacht als bedoeld in art. 3:61 BW.

Voorts heeft zij geoordeeld dat de verpandingen van 28 december 1993 en 7 januari 1994, niet vernietigbaar zijn op grond van art. 42 of 47 Fw. Die verpandingen waren niet onverplicht. Dat zij zijn verricht nadat het K. onmogelijk was gemaakt van de rekening courant gebruik te maken, betekent naar het oordeel van de rechtbank niet dat onverplicht is betaald. Evenmin zijn de verpandingen, gezien de nauwkeurig in de stamcessie-overeenkomst omschreven verplichting tot verpanding en de aard van deze overeenkomst, te beschouwen als het stellen van nieuwe of aanvullende zekerheden.

De vraag of de voldoening door K. van haar schuld aan de Bank op grond van art. 47 Fw vernietigbaar is, heeft de rechtbank aldus beantwoord dat het aan de curator is om feiten en omstandigheden te stellen en, bij betwisting, te bewijzen die meebrengen dat de (verplicht verrichte) verpandingen het gevolg zijn geweest van op benadeling van schuldeisers gericht

overleg tussen K. en de Bank. Vervolgens heeft zij het beroep op art. 47 Fw als onvoldoende onderbouwd verworpen, omdat de door de curator gestelde feiten en omstandigheden de conclusie dat sprake is geweest van een dergelijke samenspanning niet rechtvaardigen, en de curator evenmin heeft gesteld of concreet te bewijzen heeft aangeboden dat zich andere feiten en omstandigheden hebben voorgedaan waaruit die samenspanning kan blijken.

4 De curator is onder aanvoering van negen grieven tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te Amsterdam. Bij arrest van 17 juni 1999 heeft het hof de grieven van de curator verworpen en het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

Met betrekking tot de vestiging van de pandrechten op basis van de faxbrieven heeft, het hof als volgt overwogen:

‘4.4. De tussen de bank en K. gesloten stamcessie overeenkomst van 21 mei 1991 legt voorzover hier van belang en naar het sedert 1 januari 1992 geldende recht aan K. de verplichting op haar toekomstige vorderingen aan de bank te verpanden alsmede om (in beginsel) eenmaal per maand aan de bank schriftelijke opgave te doen van bedoelde vorderingen. Met de rechtbank oordeelt het hof dat een redelijke uitleg van de overeenkomst meebrengt deze tweede verplichting te lezen als uitwerking van de eerste en derhalve als een verplichting voor K. om maandelijks haar nieuw ontstane vorderingen aan de bank te verpanden.

Het hof volgt derhalve niet de stellingnamen van de curator dat de tweede in de stamcessieovereenkomst omschreven verplichting een zelfstandige, naast de eerste verplichting bestaande, verplichting inhoudt om ‘ook nog aan de Bank cijfermatige informatie (te) verschaffen over zaken als debiteuren’(memorie van grieven onder 33).

4.5. Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand om aan te nemen dat de faxbrieven met de daarbij behorende bijlagen beschouwd moeten worden in elk geval: in redelijkheid door de bank beschouwd mochten worden als uitvoering van de verplichting van K. tot maandelijks verpanding aan de bank van nieuwe vorderingen. De omstandigheid dat in die faxbrieven niet met zoveel woorden tot uitdrukking is gebracht dat aldus werd beoogd tot verpanding over te gaan, legt tegen diezelfde achtergrond onvoldoende gewicht in de schaal. Hetzelfde geldt voor de stelling van de curator dat de bank tot december 1993 nooit tot registratie van faxbrieven is overgegaan, aangezien het te begrijpen valt dat de bank in een periode waarin geen problemen bestonden of te verwachten waren niet of minder consequent zorgdroeg voor registratie.

4.6. Het hof overweegt in dit verband ten slotte dat het in dit geding door de curator ingenomen standpunt dat van verpanding van de desbetreffende vorderingen geen sprake is, onverenigbaar is met de inhoud van de brief van de raadsman van K. aan de bank d.d. 5 januari 1994 (door de curator overgelegd als productie 15 bij repliek). In die brief wordt immers namens K. naar voren gebracht dat onder meer alle handelsvorderingen

van K. (op dat moment, aldus de brief, ten bedrage van f 3 715 898) aan de bank zijn verpand. Ook in het licht van deze brief kan de stellingname van de curator dat K. niet wist dat zij door middel van de faxbrieven vorderingen van de bank verpandde niet worden aanvaard.’

Ten aanzien van het beroep van de curator op art. 42 en 47 Fw heeft het hof overwogen als volgt:

‘4.10. Voorop staat dat de verplichting van K. tot verpanding voortvloeit uit de stamcessie-overeenkomst d.d. 21 mei 1991. De verpandingen door K. kunnen in elk geval niet als onverplicht verrichte rechtshandelingen gelden voor zover het totaal daarvan niet een hoger bedrag belooft dan het bedrag dat de bank na de opzegging van het krediet van K. te vorderen had.

Uit de wederzijdse stellingen leidt het hof af dat K. en de bank omtrent de hoogte van het laatste bedrag overeenstemming hebben bereikt, in die zin dat zij zijn overeengekomen dat hetgeen de bank boven een bepaald bedrag zal ontvangen van debiteuren van K. (daaronder begrepen een bedrag van f 1 300 000 op de ‘escrow-account’) aan de curator zal worden afgedragen. Onweersproken is gebleven de opmerking van de bank (pleitnotities in eerste aanleg, p. 5) dat het meerdere door haar aan de curator is afgedragen. Dat betekent dat de curator in zoverre geen belang heeft bij vernietiging van de verpandingen. Voor zover de verpandingen al niet kunnen gelden als voortvloeiende uit een verplichting van K., kan het beroep op art. 42F desalniettemin niet slagen bij gebreke van voldoende belang. (...)

4.11. De laatste grief, IX, betreft het beroep van de curator op artikel 47F De rechtbank heeft dit beroep in rechtsoverweging 14 terecht en op goede gronden verworpen. Ook het hof is van oordeel dat hetgeen de curator stelt niet de conclusie rechtvaardigt dat er een vermoeden van samenspanning is. (...)

5 De curator is tijdig van het arrest van het hof in cassatie gekomen. Daartoe heeft hij een middel van cassatie geformuleerd dat bestaat uit 6 onderdelen. De bank heeft geconcludeerd voor antwoord. Vervolgens hebben partijen hun stellingen schriftelijk toegelicht, waarna de Bank heeft gedupliceerd.

#### **Bespreking van het cassatiemiddel**

6 Onderdeel 1 klaagt erover dat het hof in strijd met art. 48 Rv niet ambtshalve de rechtsgronden heeft aangevuld door niet te oordelen dat door registratie van een (per telefax ontvangen) kopie van de originele onderhandse akte van verpanding niet een stil pandrecht op vorderingen op naam kan worden gevestigd. Met de registratie van een (foto- of fax-)kopie is volgens het onderdeel niet voldaan aan de eis dat een originele onderhandse akte is geregistreerd.

De vraag of de registratie van een kopie van een originele onderhandse akte kan worden aangemerkt als de registratie van een onderhandse akte wordt in cassatie voor het eerst opgeworpen. Kan zij worden behandeld? Het gaat om een stelling van de curator van zuiver juridische aard (zodat zij geen onderzoek van

feitelijke aard noodzakelijk maakt) die, als zij juist zou zijn, zonder uitzonderingen zou gelden, terwijl daarvoor voldoende grondslag is te vinden in de bestreden uitspraak. In die zin is geen sprake van een ongeoorloofd novum. Zie Veegens/Korthals Altes & Groen (1989), nrs. 126–127. Maar vereist is ook dat de kwestie valt binnen de grenzen van de rechtsstrijd of, als dat niet zo is, dat het een vraag van openbare orde betreft. Ervan uitgaande dat de geldigheidsvraag niet in de grieven aan de orde is gesteld, ben ik geneigd te menen dat de klacht niet kan worden behandeld, omdat het hier weliswaar een voorschrift van dwingend recht, maar niet een vraag van openbare orde betreft. Zie Veegens/Korthals Altes & Groen (1989), nrs. 128–129, Snijders/Wendels, Civiel appel (1999), nr. 259. Toch zal ik de vraag ten overvloede behandelen en ik wil Uw Raad in overweging geven hetzelfde te doen, omdat de praktijk, nu de vraag eenmaal is gesteld, groot belang heeft bij de beantwoording ervan.

7 De in het onderdeel verdedigde stelling dient naar mijn mening niet te worden aanvaard. Krachtens art. 3:239 BW wordt een pandrecht op een vordering gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Blijkens art. 183 lid 1 Rv. zijn akten ondertekende geschriften, opgemaakt om tot bewijs te dienen[2]. Aan de vraag wat in het verband van art. 3:239 BW onder onderhandse akte moet worden verstaan, wordt in de wet(sgeschiedenis) noch in de literatuur met betrekking tot de vestiging van een stil pandrecht aandacht besteed. Wel wordt ingegaan op het doel van het vereiste van de authentieke of geregistreerde onderhandse akte:

‘Voorop moet worden gesteld dat de registratie van een onderhandse akte een middel is om jegens een ieder te doen vaststaan dat die akte voor de dag waarop de daarop aangetekende registratie plaatsvond, is tot stand gekomen.[3]

In de literatuur wordt erop gewezen dat de registratie van de akte in de vorm van een verklaring van de inspecteur en daarmee de dagtekening op de akte niet als doel heeft dat het pandrecht kenbaar is voor derden, maar dat de registratie vanaf de dag waarop zij plaatsvindt tegen een ieder dwingend bewijs oplevert van de datum van de akte en van het feit dat deze akte althans op die dag heeft bestaan.[4]

Het vestigingsvereiste van de registratie van een authentieke of onderhandse akte is er derhalve op gericht te doen vaststaan wanneer de verpanding heeft plaatsgehad en heeft niet tot doel te vermijden dat een pandrecht wordt gevestigd op grond van een akte die een onjuiste inhoud heeft.[5]

Eiser tot cassatie richt zich in zijn schriftelijke toelichting tegen het aanvaarden van een faxkopie als onderhandse akte omdat een faxkopie inhoudelijk kan afwijken van het origineel. Hiermee sluit hij aan bij het bezwaar dat bij de behandeling van het nieuwe bewijsrecht is gemaakt tegen het gelijkstellen in bewijskracht van reproducties van onderhandse akten met de originele onderhandse akten.[6]

Dit doet echter niet af aan het feit dat met de registratie van een faxkopie (ongeacht of zij met het origineel

overeenstemt) vaststaat op welke datum de vordering is verpand, hetgeen, zoals gezegd de voornaamste strekking van het voorschrift is.

Nu (i) aangeboden faxkopieën in de praktijk door de inspecteur worden geregistreerd en (ii) een eventuele beperking van de mogelijkheid van registratie tot originele exemplaren op evidente praktische bezwaren zou stuiten (met name de met het vervoer van de akten gepaard gaande moeite en kosten en het feit dat registratie daardoor met vertraging zou plaatsvinden), terwijl (iii) in de wetsgeschiedenis en in de rechtspraak nu juist éénen andermaal in dit verband op het belang van een vlot verlopend rechtsverkeer is gewezen,[7] bestaat er naar mijn mening geen goede reden om de registratie van een faxkopie niet te beschouwen als de registratie van een onderhandse akte in de zin van art. 3:239 BW.

8 Onderdeel 2 is met rechts- en motiveringsklachten gericht tegen r.o. 4.5 van het hof Het klaagt erover dat het hof heeft miskend dat krachtens art. 3:239 lid 1 jo 3:236 lid 2 en 3:94 BW de voor verpanding vereiste goederenrechtelijke overeenkomst moet zijn neergelegd in de onderhandse akte en dat daarvoor resp. althans vereist is dat die akte tenminste inhoudt een verklaring van de pandgever dat hij het pandrecht op de vorderingen op naam vestigt, althans dat het oogmerk van de pandgever om een pandrecht te vestigen uit de akte zelf moet kunnen worden afgeleid. Indien het hof dit niet zou hebben miskend en uit de faxbrieven met de daarbij behorende bijlagen zou hebben afgeleid dat deze zouden moeten worden beschouwd als uitvoering van de verplichting van K. tot maandelijks verpanding, is dit oordeel onbegrijpelijk, nu in deze faxbrieven geen verwijzing naar de stamcessie-overeenkomst of een verplichting om een pandrecht te vestigen voorkomt.

Tenslotte voert het onderdeel aan dat het hof heeft miskend dat voor de uitleg en gelding van de akte van verpanding niet relevant is of de faxbrieven met de daarbij behorende bijlagen in redelijkheid door de Bank mochten worden beschouwd als akte van verpanding van K.'s handelsvorderingen, zoals overeengekomen in de stamcessieovereenkomst, maar dat het aankomt op de grammaticale uitleg van de door partijen gekozen formuleringen in bedoelde faxbrieven.

9 Bij de behandeling van deze klachten is de volgende jurisprudentie van belang. Met betrekking tot de vraag of en zo ja op welke vorderingen een pandrecht is gevestigd (het bepaalbaarheids vereiste), is door de Hoge Raad (HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 m.nt. WMK) als volgt geoordeeld:

‘... uitgangspunt (dient) te zijn dat voor het vestigen van pandrecht op een of meer vorderingen voldoende is dat de geregistreerde pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat (HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447, rov. 4.2). (...) Daarbij verdient nog aantekening dat een onjuiste aanduiding van een vordering op een van de pandgever afkomstige computerlijst (...) er niet aan in de weg staat dat achteraf mag worden vastgesteld om welke vordering

het gaat, mits achteraf aan de hand van objectieve gegevens vastgesteld kan worden welke vordering de pandgever met deze aanduiding op het oog moet hebben gehad. Dit strookt met de omstandigheid dat ook van een juiste aanduiding nauwelijks verwacht kan worden dat zij aan de pandhouder duidelijk maakt welke vordering de pandgever daarmee precies op het oog heeft gehad, zolang de pandgever hem niet achteraf aan de hand van zijn administratie de daartoe nodige nadere gegevens verschaft. In een overeenkomst die tot toezending van dergelijke lijsten ter verpanding van de telkens ontstane vorderingen op derden verplicht, ligt besloten dat de pandhouder bij voorbaat met een dergelijke wijze van aanduiding heeft ingestemd.'

Opmerking verdient dat de curator onder meer had betoogd dat aan derden (in casu mede-crediteuren) niet kan worden tegengeworpen wat zij niet aan de hand van de akte kunnen begrijpen. De Hoge Raad zag hierin dus geen belemmering voor een geldige verpanding.

In HR 19 september 1997, NJ 1998, 689 m.nt. WMK is herhaald dat voor de vervulling van de eis dat de vordering in voldoende mate in de akte van cessie wordt bepaald, voldoende is dat die akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Met betrekking tot de positie van de schuldenaar van de gecedeerde vordering (een aspect van de 'derdenwerking' die aan een goederenrechtelijke rechtshandeling als cessie toekomt) werd geoordeeld dat de schuldenaar voldoende wordt beschermd doordat volgens art. 3:94 BW voor de levering van de vordering tevens vereist is dat de akte hem wordt medegedeeld en dat hij, indien hij goede redenen heeft om te twijfelen aan wie de betaling moet geschieden, krachtens art. 6:37 BW bevoegd is de betaling van de vordering op te schorten.

10 In het licht van deze uitspraken, moeten de klachten vervat in onderdeel 2 naar mijn mening falen. Het hof heeft geoordeeld dat de verplichting van K. om eenmaal per maand aan de Bank schriftelijk opgave te doen van de in die maand ontstane vorderingen, moet worden beschouwd als een uitwerking van K.'s verplichting om toekomstige vorderingen aan de Bank te verpanden. Tegen die achtergrond heeft het hof aangenomen dat de faxbrieven met de daarbij behorende bijlagen beschouwd moeten worden en in elk geval in redelijkheid door de Bank beschouwd mochten worden als uitvoering van K.'s verplichting tot maandelijkse verpanding aan de Bank van nieuwe vorderingen. Hiermee heeft het hof geoordeeld dat de bedoeling van K. om de vorderingen te verpanden uit de akte blijkt. Met zijn overweging dat in de faxbrieven niet met zoveel woorden tot uitdrukking is gebracht dat aldus beoogd werd tot verpanding over te gaan, heeft het hof niet miskend dat de voor verpanding vereiste goederenrechtelijke overeenkomst in de onderhandse akte moet zijn neergelegd. Immers, anders dan het onderdeel aanvoert, behoeft de verklaring van de pandgever dat hij pandrecht op vorderingen op naam vestigt niet uitdrukkelijk in de pandakte te worden neergelegd, maar is voldoende dat uit de akte blijkt dat

zij bestemd is tot verpanding. Zie Asser-Mijnssen-De Haan, Zakenrecht 3-1 (1992), nr. 356. Vergelijk Brunner in zijn noot onder HR 27 oktober 1995, NJ 1998, 191 onder 4:

'De akte van cessie is tot levering bestemd, indien daaruit blijkt dat de cedent het nu onvoorwaardelijk aan de cessionaris overlaat de vordering tegen de schuldenaar te vervolgen. 's Hof's oordeel is ook niet onbegrijpelijk.'

Uit het voorgaande blijkt ook dat het, anders dan het onderdeel aanvoert, bij de uitleg en de geldigheid van een akte van verpanding niet gaat om de grammaticale uitleg van de door partijen gekozen formuleringen in de faxbrieven.

Het argument dat een grammaticale uitleg ten gunste zou zijn van derden weegt minder zwaar dan het hierboven reeds geciteerde argument (HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 m.nt. WMK) dat een akte van verpanding van nieuwe vorderingen en de daarbij behorende lijsten voor de pandnemer, laat staan voor derden, vrijwel nooit duidelijkheid scheppen. Zowel in de eerder door de Hoge Raad beoordeelde gevallen (die betrekking hadden op de bepaaldheid van de verpande of gecedeerde vorderingen) als in dit geval, waarin het gaat om de vraag of de verklaring van de pandgever voldoende duidelijk maakt dat het gaat om een akte die tot verpanding strekt, geldt dat bij de beantwoording van de vraag of een geldig pandrecht is gevestigd, de duidelijkheid jegens derden niet doorslaggevend is. Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van het vereiste van art. 3:94 BW, inhoudende dat de akte tot levering bestemd moet zijn, brengt mee dat aan het vereiste is voldaan indien de pandnemer redelijkerwijze uit de akte kon afleiden dat de pandgever de bedoeling had de daarin aangeduide vorderingen te verpanden. Zeker bij een massaal verschijnsel als de stille verpanding van vorderingen op naam via periodieke toezending van pandlijsten dringt de noodzaak van een dergelijke (onmiskienbaar vrij soepele) wetsuitleg zich op.[8]

11 Onderdeel 3 is gericht tegen r.o. 4.6 van het hof en voert aan dat het hof heeft miskend dat de curator zich zelfstandig een oordeel moet, althans mag, vormen over de vraag of rechtsgeldig een (stil) pandrecht op de handelsvorderingen van K. is tot stand gekomen en dat hij daarbij niet gebonden is aan het daaromtrent door K. zelf of haar raadsman ingenomen standpunt.

Deze klacht faalt in de eerste plaats wegens gemis aan belang, omdat r.o. 4.6 als overweging ten overvloede kan worden beschouwd, nu r.o. 4.5 de beslissing van het hof zelfstandig kan dragen. Voorts mist de klacht feitelijke grondslag, omdat uit de aangevallen overweging niet kan worden afgeleid dat het hof zou hebben geoordeeld dat de curator aan het standpunt van K. of haar raadsman gebonden is. Tenslotte miskent de klacht het verband tussen r.o. 4.6 van het hof en de grieven van de curator. In de grieven II (onder 27, 29), IV (onder 41) en V (onder 44) heeft de curator betoogd dat K. niet wist noch beoogde met de faxbrieven de vorderingen aan de Bank te verpanden. Die stelling wordt door het hof in r.o. 4.6 ontkracht.

12 Onderdeel 5 (onderdeel 4 heeft geen zelfstandige betekenis) voert een motiveringsklacht aan tegen de verwerping door het hof van grief VIII: het hof zou geen acht hebben geslagen op de essentiële stelling van de curator die inhield dat na de opzegging van het krediet de verpandingen onverplicht en dus paulianeus waren. In het verlengde daarvan voert het onderdeel een rechts- en een motiveringsklacht aan tegen de overweging in de één na laatste volzin van r.o. 4.10, dat het beroep van de curator op art. 42 Fw, ook voor zover de verpandingen niet kunnen gelden als voortvloeiende uit een verplichting van K., niet kan slagen wegens gebrek aan voldoende belang.

Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden. De eerste klacht faalt. Blijkens zijn ontstaansgeschiedenis ligt aan het stelsel van art. 42–47 Fw ten grondslag dat de schuldenaar geen verwijt ervan kan worden gemaakt wanneer hij datgene doet, waartoe voor hem een rechtsplicht bestaat (Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissementsrecht en de Surséance van Betaling* (1896), p. 434, 435). Evenmin is er een redelijke rechtsgrond aan te wijzen, om hem die datgene ontving, waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had, tot teruggaaf daarvan te noodzaken. Daarnaast werd de vernietiging van verplichte rechtshandelingen in strijd geacht met de behoeften van het verkeer:

‘immers, zij is gericht tegen het sibi vigilare; zij belet den schuldeischer zijne rechten te doen gelden juist op het oogenblik dat hij ze het meest nodig heeft; nl. als hij déconfiture van zijn schuldenaar vreest. (...) Crediet kan men niet verlenen, indien men er niet op kan vertrouwen dat, wanneer de schuldenaar betaalt, die betaling ook voor altijd onaantastbaar blijft, al moge hij later, misschien zelfs kort daarna, in staat van faillissement geraken’

(Van der Feltz, a.w., p. 436, 437; vgl. ook HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 m.nt. PvS).

De rechtbank heeft in een uitvoerige rechtsoverweging (r.o. 13) beslist dat uit de stamcessie-overeenkomst blijkt dat de verplichting van K. tot cessie resp. verpanding van haar vorderingen niet eindigde door de opzegging van de rekening courant-verhouding. In grief VIII is die beslissing bestreden met een beroep op enkele passages uit het proefschrift van J.W. Winter die over iets heel anders gaan. Vervolgens wordt aan het slot van de toelichting op die grief opgemerkt dat juist is dat in de stamcessieovereenkomst niet met zoveel woorden is bepaald dat K. in geval van opschorting of opzegging van het krediet niet meer verplicht was voort te gaan met de verpandingen, maar dat het tegendeel daar ook niet is bedongen. Kan men na zo'n ‘betoog’ verlangen dat het hof méér zegt dan dat ‘Voorop staat dat de verplichting van K. tot verpanding voortvloeit uit de stamcessieovereenkomst d.d. 21 mei 1991?’

De eerste (motiverings)klacht faalt derhalve. Ten overvloede (het cassatiemiddel bevat op dit punt immers terecht geen rechtsklacht) merk ik op dat 's hofs beslissing uiteraard niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Uit de wetsgeschiedenis, de

redelijkheid en de eisen van zekerheid van het betalingsverkeer volgt zonder meer dat de stelling dat de verplichting tot het verpanden van vorderingen eindigt bij de opzegging van het krediet, in haar algemeenheid geen steun vindt in het recht. Natuurlijk kan dat bij uitzondering anders zijn, maar dat geldt voor elke rechtsregel.[9]

13 Gezien het voorgaande faalt de tweede (rechts- en motiverings)klacht wegens gebrek aan belang: de eerste zin van r.o. 4.10 kan de beslissing immers dragen. Ten overvloede merk ik op dat ik de klacht tegen de andere beslissing in r.o. 4.10 gegrond zou achten, indien het hof zou hebben beslist wat het middel in het arrest leest. Het hof zou dan hebben beslist dat de bank ondanks de veronderstelde nietigheid van de verpandingen de geïnde betalingen mocht behouden, voor zover die betalingen niet een hoger bedrag beliepen dan haar vordering op de schuldenaar (K.); omdat zij alleen het meerdere aan K. moest afdragen en zij dat heeft gedaan, zou de curator geen belang hebben bij zijn grief Het middel voert daartegen terecht aan dat indien de verpandingen nietig zouden zijn, de bank al hetgeen zij van die vorderingen heeft geïnd, aan de curator zou moeten afdragen. Zij zou zich dan immers niet als pandhoudster op die bedragen kunnen verhalen en zich evenmin op verrekening mogen beroepen; zie HR 17 febr. 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (r.o. 3.5.2).

Het is echter ook mogelijk dat het hof het anders bedoeld heeft, en wel in die zin, dat het in antwoord op het voormelde ‘betoog’ van de memorie van grieven ten overvloede zou hebben beslist dat als er al sprake zou zijn van onverplichte verpandingen, dat alleen verpandingen zou kunnen betreffen die de Bank niet meer nodig had om haar vorderingen op K. te kunnen verhalen. In dat geval zouden alleen die ‘overtollige’ verpandingen nietig zijn, maar bij die nietigheid zou de curator geen belang hebben, omdat de daaruit verkregen ontvangsten aan de curator zijn afgedragen. Mij lijkt die redenering op zich begrijpelijk en de uitkomst juist; op de vraag of er in het bedoelde geval inderdaad sprake is van nietige verpandingen, behoef ik hier niet in te gaan. Bij deze lezing van 's hofs arrest mist de tweede klacht feitelijke grondslag.

14 Onderdeel 6 is gericht tegen r.o. 4.11 van het hof waarin is geoordeeld dat de rechtbank in haar r.o. 14 het beroep op art. 47 Fw terecht en op goede gronden heeft verworpen. Het onderdeel stelt dat rechtbank en hof hebben miskend dat het vestigen van een pandrecht altijd de strekking heeft om de pandhouder boven andere schuldeisers van de pandgever/schuldenaar te begunstigen en dat vanaf het moment dat de pandhouder en de pandgever/schuldenaar weten dat het faillissement van de pandgever/schuldenaar onontkoombaar is, de vestiging van het pandrecht op grond van art. 47 Fw vernietigbaar is. Subsidiair voert het onderdeel aan dat rechtbank en hof hebben miskend dat als schuldeiser en schuldenaar een pandrecht vestigen tot zekerheid voor de nakoming van een opeisbare schuld van de schuldeiser op de schuldenaar op het moment dat beiden weten dat het faillissement

van de schuldenaar onontkoombaar is, het vermoeden is gerechtvaardigd dat partijen dit pandrecht hebben gevestigd om de schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen en dat het aan de schuldeiser/pandhouder is dit vermoeden te ontzenuwen, hetgeen meebrengt dat het oordeel van rechtbank en hof dat voor omkering van de bewijslast geen aanleiding is, onvoldoende gemotiveerd en daardoor onbegrijpelijk is.

Bij de behandeling van deze klachten dient tot uitgangspunt hetgeen bij de bespreking van onderdeel 5 met betrekking tot de het stelsel van art. 42–51 Fw is betoogd.

In aansluiting hierop is in HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, m.nt. PvS overwogen dat de wetgever op de regel ‘geen nietigheid van verplichte handelingen’ in art. 47 Fw slechts twee, nauwkeurig geformuleerde uitzonderingen heeft gemaakt. Buiten het geval dat degene die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar was aangevraagd, is vernietiging op grond van art. 47 Fw alleen mogelijk indien de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen. De Hoge Raad heeft beslist dat voor de aanwezigheid van het in art. 47 Fw bedoelde overleg vereist is dat er sprake is van samenspanning, dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar het oogmerk heeft voorgezeten, door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven anderen te begunstigen (HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 m.nt. PvS; HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 m.nt. S.C.J.J. Kortmann).

De opvatting van de curator dat het vestigen van een pandrecht vernietigbaar is vanaf het moment dat de pandhouder en de pandgever/schuldenaar weten dat het failliet van de pandgever/schuldenaar onontkoombaar is, vindt geen steun in het recht, omdat blijkens de tekst van de wet van vernietigbaarheid pas sprake is indien de schuldenaar wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was. Eveneens op een onjuiste rechtsopvatting berust de stelling dat indien het pandrecht op het voormelde tijdstip is gevestigd, een (door de schuldeiser/pandhouder weerlegbaar) vermoeden bestaat dat partijen het hebben gevestigd om de schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen. In het onderhavige geval brengt art. 47 Fw mee dat de curator aannemelijk moet maken dat de betaling het gevolg was van overleg tussen K. en de Bank (vgl. HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 r.o. 4.1 en de noot van Kortmann onder 2). Dat de rechtbank in de door de curator aangevoerde omstandigheden geen grond heeft gezien de bewijslast ten aanzien van het overleg om te keren, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onvoldoende gemotiveerd.

#### **Conclusie**

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.