

NJ 2015/82: (Stil) pandrecht op vordering. Overgang van schuldeisersbevoegdheden na vestiging beperkt recht; wettelijke regeling; art. 3:246 BW; ...

Instantie:	Hoge Raad (Civiele kamer)	Datum:	21 februari 2014
Magistraten:	Mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, G. Snijders	Zaaknr:	13/02185
Conclusie:	A-G mr. J. Spier		
Noot:	H.J. Snijders	Roepnaam:	IAE/Neo-River
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:2014:415, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 21-02-2014; ECLI:NL:PHR:2013:1650, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 29-11-2013; Beroepschrift, Hoge Raad, 30-01-2013 Download gedrukte versie (PDF)		

Wetgeving: Art. 3:45, 3:210, 3:246, 6:160, 6:162 BW; art. 475h Rv

Brondocument: HR, 21-02-2014, nr. 13/02185

Essentie

(Stil) pandrecht op vordering. Overgang van schuldeisersbevoegdheden na vestiging beperkt recht; wettelijke regeling; art. 3:246 BW; bevoegdheid pandgever tot afstand van verpande vordering in zin art. 6:160 BW na mededeling pandrecht aan schuldenaar?

Door de vestiging van een beperkt recht op een vordering gaan de aan die vordering verbonden schuldeisersbevoegdheden niet zonder meer over op de beperkt gerechtigde. Of en in hoeverre dit het geval is, hangt af van de wettelijke regeling van het desbetreffende beperkte recht. Voor pand en vruchtgebruik kent de wet in dit verband verschillende regelingen, in art. 3:246 BW onderscheidenlijk art. 3:210 BW. Ook voor beslag geldt in dit verband een eigen regeling, in art. 475h lid 1 Rv. Art. 3:246 lid 1 BW houdt in dat, indien het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Na die mededeling is de pandhouder ook bevoegd tot opzegging wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt (art. 3:246 lid 2 BW). Andere schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de vordering kent de wet de pandhouder niet toe, zodat moet worden aangenomen dat deze bij de pandgever blijven rusten. De pandgever blijft derhalve

bevoegd handelingen te verrichten zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een tot schadevergoeding. Voorts blijft de pandgever bevoegd tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspuit, hetgeen eveneens gevolgen voor de vordering heeft of kan hebben. Het doen van afstand als bedoeld in art. 6:160 BW behoort tot deze bevoegdheden. Vorenstaande regeling berust op een bewuste keuze van de wetgever, waaraan ten grondslag ligt dat genoemde bevoegdheden bij de pandgever behoren te blijven nu deze zijn rechten en belangen diepgaand treffen en de pandhouder slechts in het verpande is geïnteresseerd, voor zover dit hem zijn vordering waarborgt. De wetgever heeft de pandhouder voldoende beschermd geacht tegen benadeling in het belang dat hij bij het verpande heeft door de mogelijkheid de desbetreffende rechtshandeling te vernietigen op de voet van art. 3:45 BW. Onder omstandigheden staat de pandhouder bovendien een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering ten dienste.

Samenvatting

In deze zaak betreffende (stil) pandrecht op een vordering, gaat het om de vraag of de pandgever nog bevoegd is tot afstand van de vordering als bedoeld in art. 6:160 BW nadat het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld. Het hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Daartegen richt zich het middel.

Door de vestiging van een beperkt recht op een vordering gaan de aan die vordering verbonden schuldeisersbevoegdheden niet zonder meer over op de beperkt gerechtigde. Of en in hoeverre dit het geval is, hangt af van de wettelijke regeling van het desbetreffende beperkte recht. Voor pand en vruchtgebruik kent de wet in dit verband verschillende regelingen, in art. 3:246 BW onderscheidenlijk art. 3:210 BW. Ook voor beslag geldt in dit verband een eigen regeling, in art. 475h lid 1 Rv. Art. 3:246 lid 1 BW houdt in dat, indien het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Na die mededeling is de pandhouder ook bevoegd tot opzegging wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt (art. 3:246 lid 2 BW). Andere schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de vordering kent de wet de pandhouder niet toe, zodat moet worden aangenomen dat deze bij de pandgever blijven rusten. De pandgever blijft derhalve bevoegd handelingen te verrichten zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een tot schadevergoeding. Voorts blijft de pandgever bevoegd tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspuit, hetgeen eveneens gevolgen voor de vordering heeft of kan hebben. Vorenstaande regeling berust, zoals het hof terecht heeft overwogen, op een bewuste keuze van de wetgever, waaraan ten grondslag ligt dat genoemde bevoegdheden bij de pandgever behoren te blijven nu deze zijn rechten en belangen diepgaand treffen en de pandhouder slechts in het verpande is geïnteresseerd, voor zover dit hem zijn vordering waarborgt. De pandgever kan immers groot belang erbij hebben om in de verhouding tot zijn schuldenaar of contractuele wederpartij bedoelde bevoegdheden te kunnen uitoefenen en daarvoor niet afhankelijk te zijn van de toestemming van de pandhouder of een machtiging van de kantonrechter (vgl. art. 3:246 lid 4 BW). De wetgever heeft de pandhouder voldoende beschermd geacht tegen benadeling in het belang dat hij bij het verpande heeft door de mogelijkheid de desbetreffende

rechtshandeling te vernietigen op de voet van art. 3:45 BW. Opmerking verdient dat weliswaar de stelplicht en bewijslast van onder meer de op grond van art. 3:45 BW vereiste benadeling in de verhaalsmogelijkheden op de schuldeiser rusten, maar dat bij verlies van een pandrecht in beginsel kan worden aangenomen dat van die benadeling sprake is. Art. 3:45-47 BW bevatten voorts andere regels en bewijsvermoedens waarmee tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de pandhouder. Onder omstandigheden staat de pandhouder bovendien een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering ten dienste. Het doen van afstand als bedoeld in art. 6:160 BW behoort tot de hiervoor bedoelde bevoegdheden. Mitsdien is het oordeel van het hof juist en het middel ongegrond.

Partij(en)

Immun'âge Europe Ltd, te Kingston, Surrey, Verenigd Koninkrijk, eiseres tot cassatie, adv.: mr. J. van der Beek,
tegen
Neo-River Inc., te Gifu, Japan, verweerster in cassatie, adv.: mr. J.P. Heering.

Voorgaande uitspraak

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in rov. 2. van haar vonnis vastgestelde feiten zijn niet betwist, zodat ook het hof deze feiten als vaststaand zal aannemen.
2. Het gaat in dit geding om het volgende. Neo-River fabriceert sinds 1993 het voedingssupplement FPP dat in Europa verkocht wordt onder de naam 'Immun'Âge'. In 2000 heeft Neo-River met Osata Europe Ltd (kortweg: Osata, toen nog genaamd Sun-O (Europe) Ltd) een distributieovereenkomst gesloten, waarbij aan Osata voor (een groot deel van) het grondgebied van Europa het exclusieve recht van distributie van FPP werd verleend. Op 1 maart 2003 heeft Osata een subdistributieovereenkomst gesloten met Immun'Âge voor het hele gebied waarvoor zij zelf tot distributeur was benoemd. Op 28 juli 2004 hebben Neo-River en Osata een gewijzigde distributieovereenkomst, genaamd 'Novation Agreement' getekend. Bij brief van 9 september 2006 heeft Neo-River de (gewijzigde) distributieovereenkomst met Osata beëindigd. Osata en Immun'Âge zijn vervolgens een procedure tegen Neo-River begonnen. Stellende dat de beëindiging van (gewijzigde) distributieovereenkomst wanprestatie van Neo-River opleverde omdat deze overeenkomst, die voor bepaalde tijd van (steeds) 5 jaar was aangegaan, niet tussentijds kon worden beëindigd, hebben zij in conventie gevorderd, na wijziging van eis, enigszins verkort weergegeven:
 - A. een verklaring voor recht dat Neo-River jegens Osata wanpresteert onder de nieuwe distributieovereenkomst en aansprakelijk is voor alle dientengevolge door Osata geleden

schade;

B. veroordeling van Neo-River om aan eiseressen althans Osata te betalen:

- (i) een schadevergoeding van € 6.353.668, zijnde de schade die is geleden doordat de looptijd van 5 jaar door Neo-River niet is gerespecteerd;
- (ii) de ingevolge een tussen (uitsluitend) Neo-River en Osata gewezen kort gedingvonnis verschuldigde dwangsom van € 350.000;
- (iii) een bedrag van € 6.422 voor buitengerechtelijke kosten.

In reconventie heeft Neo-River, na vermeerdering van eis, gevorderd hoofdelijke veroordeling van Osata en Immun'Âge tot betaling van de bedragen van Yen 50.308.200 en Yen 25.041.600 en van schadevergoeding op te maken bij staat.

De rechtbank heeft de vorderingen van Osata en Immun'Âge in conventie afgewezen en hen daarbij hoofdelijk in de proceskosten veroordeeld. In reconventie heeft de rechtbank Neo-River's vordering terzake van het bedrag van Yen 50.308.200 tegen Osata toegewezen en de overige vorderingen tegen Osata alsook alle vorderingen tegen Immun'Âge afgewezen.

3. Van dit vonnis zijn Osata en Immun'Âge in hoger beroep gekomen.

4. Onder 2 MvA-inc heeft Immun'Âge het volgende naar voren gebracht.

"(...). (...) Osata (werd) bestuurd (...) door de heer Van Haaften. Eind 2010 is de heer Van Haaften echter ontslagen als bestuurder door de aandeelhoudersvergadering van Osata, die gedomineerd werd door de wederpartij, Neo-River. Thans is Osata dus feitelijk in de handen van de wederpartij gevallen. Het heeft de wederpartij behaagd de Nederlandse raadsman van Neo-River als bestuurder van Osata aan te stellen."

Onder 2 MvG heeft Immun'Âge het volgende naar voren gebracht.

"In hoger beroep treedt slechts Immun'Âge op als appellant. Osata, de mede eiser in eerste aanleg, niet. Dat is omdat Osata inmiddels in handen van geïntimeerde (= Neo-River, het hof) is gevallen. Osata is thans in handen van de bestuurder van geïntimeerde (= de heer Y. Hayashi, het hof), en niemand minder dan de advocaat van geïntimeerde, Mr. Van der Wouw. Onder hun leiding heeft het Osata behaagd om de eerder uitgebrachte appeldagvaarding, niet op te volgen met grieven."

Onder 7 MvA/MvG-inc heeft Neo-River dit bevestigd, in iets andere woorden:

"Osata (...) heeft aanvankelijk wel hoger beroep ingesteld, maar na de directiewisseling heeft Osata (...) dat hoger beroep niet doorgezet en daarmee dus berust in het Vonnis".

Hieruit blijkt dat Osata haar hoger beroep niet heeft doorgezet, en dat thans dus slechts aan de orde is het hoger beroep van Immun'Âge.

5. Het hof zal eerst het principaal appel van Immun'Âge behandelen, dat blijkens het petitum van de MvG primair strekt tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank en subsidiair tot vernietiging van dat vonnis voor zover daarbij de in rov. 2 onder B vermelde vorderingen van Osata en Immun'Âge in conventie zijn afgewezen. Aangezien de grieven van Immun'Âge niet, althans niet (voldoende) kenbaar, mede zijn gericht tegen de afwijzing van de in rov. 2 onder A vermelde vordering in conventie en tegen de gedeeltelijke toewijzing van de reconventionele vorderingen van Neo-River tegen Osata, is het principaal appel, ondanks het ruime primaire petitum, beperkt tot de in rov. 2 onder B vermelde vorderingen — hierna: de vorderingen B — in conventie.

6. De vorderingen B in conventie berusten alle in de kern op het feit dat Neo-River bij brief van 9

september 2006 haar distributieovereenkomst met Osata heeft beëindigd. Deze beëindiging kan — zoals Neo-River terecht heeft opgemerkt in punt 11 *in fine* MvA/MvG-inc — geen wanprestatie (tekortkoming) van Neo-River ten opzichte van Immun'Âge opleveren omdat Neo-River geen contractuele relatie met Immun'Âge had. Onder 3 (in verbinding met de punten 24 en 50) MvG heeft Immun'Âge te kennen gegeven dat zij tegen Neo-River optreedt i) vanwege de rechtstreeks door haar als gevolg van het stopzetten van de distributieovereenkomst geleden schade en ii) als houdster van een pandrecht op de vordering van Osata op Neo-River. Het hof zal deze stellingen van Immun'Âge hierna aanduiden als 'stelling (i)' en 'stelling (ii)'.

7. Ter onderbouwing van stelling (i) heeft Immun'Âge onder 8 en 9 MvG gesteld dat Neo-River door de distributieovereenkomst te beëindigen schade heeft veroorzaakt aan (onder meer) Immun'Âge die zij dient te vergoeden. Noch in eerste aanleg noch in hoger beroep heeft Immun'Âge echter een concrete stelling betrokken die zou kunnen worden opgevat als strekkend ten betoge dat Neo-River door de distributieovereenkomst met Osata te beëindigen, *jegens Immun'Âge* onrechtmatig heeft gehandeld. In zoverre slaagt het verweer van Neo-River in punt 11 *in fine* MvA/MvG-inc, dat nu van wanprestatie geen sprake is, er helemaal geen grondslag voor de (rechtstreekse) vordering van Immun'Âge is. Stelling (i) van Immun'Âge — waarmee niet wordt aangegeven op welke grond Neo-River tot vergoeding van de schade van Immun'Âge gehouden zou zijn — kan Immun'Âge's vorderingen B in conventie dus niet dragen.
8. In verband met stelling (ii) van Immun'Âge zijn de volgende vaststaande feiten van belang.
 - (a) Op 29 november 2007 is tussen Osata en Immun'Âge een akte 'deed of undislosed pledge (stil pandrecht)' opgemaakt waarbij ter verzekering van de vordering die Immun'Âge op Osata heeft als gevolg van het feit Osata sinds september 2006 niet aan haar verplichtingen uit de subdistributieovereenkomst heeft voldaan, een stil pandrecht ten behoeve van Immun'Âge is gevestigd op de 'Claim' die Osata op Neo-River heeft wegens de 'default' van Neo-River onder de distributieovereenkomst. De 'Claim' heeft blijkens artikel 1.3 van de pandakte betrekking op 'damages (SCHADEVERGOEDING) to the tune of the Pledgor (= Osata, het hof) incurred ad EUR 4.809.012 excluding interests, which claim may subsequently be amended'. In de pandakte is verder een rechtskeuze gemaakt voor Nederlands recht.
 - (b) De pandakte van 29 november 2007 is op 6 december 2007 geregistreerd bij de belastingdienst.
 - (c) Bij brief, e-mail en fax van 8 december 2010 — dus na het thans bestreden vonnis — is van de zojuist genoemde verpanding mededeling gedaan aan Neo-River.

In de stellingen van Immun'Âge ligt besloten dat gezien artikel 3:246 lid 1 BW sedert 8 december 2010 alleen zij — en niet langer Osata — bevoegd was om de vordering van Osata op Neo-River te innen, zodat niet meer van belang is dat Osata haar hoger beroep tegen het vonnis niet heeft doorgezet. Over de door Neo-River bij pleidooi in hoger beroep ter sprake gebrachte ipr-aspecten van de verpanding wordt nog het volgende opgemerkt. De vatbaarheid van de vordering van Osata op Neo-River voor verpanding wordt beheerst door het recht dat op die vordering van toepassing is, vergelijk artikel 10 lid 1 van de Wet conflictenrecht goederenrecht (Weg). De vordering van Osata op Neo-River berust op de (gewijzigde) distributieovereenkomst tussen Neo-River en Osata, waarin een rechtskeuze is gemaakt voor Nederlands recht. Derhalve wordt deze vordering, en daarmee de vatbaarheid daarvan voor verpanding, beheerst door Nederlands recht. Ook voor het overige wordt het goederenrechtelijk

regime van de verpanding bepaald door Nederlands recht. Dat volgt uit i) het feit dat ook in de overeenkomst tot verpanding (artikel 1.4) een rechtskeuze voor Nederlands recht is gemaakt (zie artikel 3 lid 1 EVO), zodat deze overeenkomst wordt beheerst door Nederlands recht en (ii) de regel die thans is neergelegd in artikel 10 lid 2 Weg.

9. Bij lezing van de in rov. 4 weergegeven passages uit de memories van partijen rezen bij het hof de vragen of Osata door het hoger beroep in de zaak tussen haar en Neo-River niet voort te zetten en te berusten in het vonnis van de rechtbank, waarbij haar vorderingen tegen Neo-River waren afgewezen, niet afstand van haar (eventuele) vorderingsrecht jegens Neo-River heeft gedaan en of Neo-River met de aangehaalde passage beoogde daarop een beroep te doen. Op de pleitzitting van 17 september 2012 heeft het hof partijen met deze bij hem gerezen vragen geconfronteerd. Neo-River heeft zich naar aanleiding hiervan op het standpunt gesteld dat de gang van zaken niet anders kan worden gekwalificeerd dan als afstand van vorderingsrecht.
10. Op genoemde pleitzitting heeft Immun'Âge primair betoogd dat het verweer, dat afstand is gedaan van het vorderingsrecht, niet eerder door Neo-River was gevoerd en dat het hof, door uit eigen beweging deze kwestie aan de orde te stellen, in strijd met artikel 24 Rv heeft gehandeld, zodat — zo begrijpt het hof de strekking van dit betoog — dat verweer buiten beschouwing moet blijven. Het hof volgt Immun'Âge hierin niet. In de vorm van de in rov. 4 geciteerde passages uit de memories van partijen bevatten de gedingstukken zo duidelijke aanwijzingen dat sprake zou kunnen zijn van afstand van Osata's vorderingsrecht op Neo-River dat het aan de orde stellen daarvan voor de hand lag. Het betreft hier een verweer dat in het verlengde ligt van de reeds door partijen omlijnde grenzen van de rechtsstrijd, en niet een geheel nieuw element in het tussen partijen gevoerde debat. Gelet op de rechtspraak van de HR op dit stuk (zie HR 26 september 2003, *LJN: AF9414 'Regiopolitie/Hovax'*, HR 14 maart 2008, *LJN: BC1231 'X/Mr. Aerts q.q.'*, HR 23 september 2011, *LJN: BQ7064* en HR 09 december 2011, *LJN: BR2045*) stond het het hof vrij om de vraag of afstand van het vorderingsrecht was gedaan aan de orde te stellen en verzet bovendien de 'in beginsel strakke twee-conclusieregel' zich niet tegen het in aanmerking nemen van het door Neo-River gevoerde verweer van die strekking. Hierbij is verder van belang dat Immun'Âge, naar uit het navolgende blijkt, bij pleidooi alle gelegenheid gehad om te reageren op het 'afstand van vorderingsrecht'-verweer van Neo-River — waarvan zij overigens redelijkerwijs kon verwachten dat het bij pleidooi ter sprake zou komen —, dat zij dat ook gedaan heeft en dat door Immun'Âge niet is verzocht om alsnog een akte te mogen nemen om nader op dat verweer te kunnen responderen.
10. Subsidiair heeft Immun'Âge betoogd dat geen sprake was van de door Neo-River gestelde afstand door Osata van haar vorderingsrecht. Bij de beoordeling van dit geschilpunt moet allereerst worden opgemerkt dat het vorderingsrecht waarvan volgens Neo-River afstand is gedaan, berust op de distributieovereenkomst tussen haar en Osata en dat in deze overeenkomst een rechtskeuze is gemaakt voor Nederlands recht. Dit brengt — gezien de artikelen 3 en 10 lid 1 onder d EVO — met zich dat de vraag of afstand is gedaan van dat vorderingsrecht, moet worden beantwoord naar Nederlands recht.
11. Partijen zijn het over eens dat:
 - op 9 december 2010 een vergadering van de aandeelhouders van Osata heeft plaatsgevonden;

- daarbij onder meer aanwezig waren de heer Y. Hayashi (die tevens aandeelhouder/directeur van Neo-River was, en nog is) en de heer Van Haaften, (toen nog directeur van Osata);
- Van Haaften op die vergadering als bestuurder is ontslagen en dat de raadsman van Neo-River, mr. Van de Wouw, hem in die hoedanigheid is opgevolgd;
- in de notulen van de vergadering van 9 december 2010 wordt gesproken over de 'decision to terminate the procedure' (waarmee is bedoeld: de hoger beroep-procedure van Osata tegen Neo-River);
- in die notulen is vermeld dat het bestuur van Osata (mr. Van de Wouw en de heer Mantello, MvG onder 20) wordt opgedragen om die beslissing van de aandeelhouders uit te voeren.

Vast staat verder dat Osata daarna de hoger beroep-procedure tegen Neo-River niet heeft doorgezet, terwijl Immun'Âge ook de stelling van Neo-River, dat Osata heeft berust in het vonnis waartegen zij aanvankelijk hoger beroep heeft aangetekend, niet heeft betwist. Het vonnis voor zover gewezen tussen Osata en Neo-River heeft dus kracht en gezag van gewijsde verkregen. Dit betekent dat Osata haar vorderingen tegen Neo-River niet meer in rechte geldend kan maken (althans wanneer een beroep op gezag van gewijsde wordt gedaan). De vraag is nu of aan deze processuele gedragingen van Osata — die, naar niet is betwist, neerkomen op het prijsgeven van haar *rechtsvordering* — de materieelrechtelijke consequentie moet worden verbonden dat Osata afstand heeft gedaan van haar *vorderingsrecht* op Neo-River. Dit hangt af van de concrete omstandigheden (zie o.m. de punten 15-17 en 23-25 van de conclusie A-G bij HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/604, en de NJ-noot daarbij), die er in dit geval in bestaan, dat de door Osata prijsgegeven rechtsvordering er een was tegen een partij (Neo-River) die inmiddels de macht binnen haar, Osata, had verworven en die in wezen de beslissing heeft genomen 'to terminate the procedure'. Bij deze — door Immun'Âge niet betwiste, zie ook punt 19 MvG — stand van zaken moet worden aangenomen dat Osata niet voor ogen heeft gehad om de mogelijkheid open te laten dat die vordering later nog op de een of andere wijze tegen Neo-River in stelling zou kunnen worden gebracht, maar dat zij heeft gewild om het vorderingsrecht zelf definitief prijs te geven. Nu het voor de hand ligt dat Neo-River dit prijsgeven om niet heeft aanvaard en zij dit in ieder geval op de voet van artikel 6:160 lid 2 BW geacht wordt te hebben aanvaard — Neo-River heeft in de persoon van haar bij de vergadering van 9 december 2010 aanwezige bestuurder Y. Hayashi kennis gekregen van het tot prijsgave strekkend aanbod van Osata — moet worden geconcludeerd dat Osata jegens Neo-River afstand heeft gedaan van haar vorderingsrechten uit de distributieovereenkomst. Hierbij zij nog aangetekend dat Immun'Âge ter onderbouwing van haar betwisting dat zo een afstand is gedaan, geen andere feiten heeft aangevoerd dan de hiervoor vermelde en als vaststaand aangenomen feiten, zodat die betwisting een voldoende feitelijke onderbouwing mist. Voor het door Immun'Âge aan het slot van het pleidooi in hoger beroep terzake aangeboden (tegen-)bewijs is daarom geen plaats.

12. Meer subsidiair heeft Immun'Âge de stelling van Neo-River, dat Osata afstand heeft gedaan van haar vorderingsrecht, aangevochten met het betoog dat Osata dat op 9 december 2010 (toen haar aandeelhoudersvergadering plaatsvond) en daarna niet meer kon doen omdat daarvoor Immun'Âge (namelijk door haar mededeling van de verpanding aan Neo-River op 8 december 2010) inningsbevoegd was geworden. Als de pandhouder eenmaal inningsbevoegd

is geworden kan, aldus Immun'Âge, de pandgever niet meer over de verpande vordering beschikken en kan de pandgever (dus ook) geen afstand meer doen van die vordering.

13. Het eerste lid van artikel 3:246 BW luidt als volgt.

“Rust het pandrecht op een vordering, dan is de pandhouder bevoegd in en buiten rechte nakoming daarvan te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Deze bevoegdheden blijven bij de pandgever, zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar van de vordering is medegedeeld.”

In de Parlementaire Geschiedenis (PG) op dit artikel (in de oude nummering: artikel 3.9.2.7) is het volgende vermeld (PG Boek 3, p. 772/773).

“Voormelde uitbreiding van het eerste lid tot de bevoegdheid betalingen op de verpande vordering in ontvangst te nemen ligt ook in de lijn van de vraag van de Commissie, of er geen aanleiding is aan het lid toe te voegen dat de pandgever niet bevoegd is tot het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke handelingen. Bij dit laatste zal dan onder meer moeten worden gedacht aan rechtshandelingen als de ontbinding van de overeenkomst waaruit de verpande vordering voortspuit (...), aan omzetting van de primaire verbintenis tot nakoming in een verplichting tot schadevergoeding (...) of ook aan beëindiging van een lopende rechtsbetrekking (b.v. huur-, verhuur; arbeidsovereenkomst) waaruit de opeisbare en toekomstige vorderingen zijn verpand. De ondergetekende meent dat een bepaling als gesuggereerd in het kader van het pandrecht niet past. In het algemeen behoort de bevoegdheid tot het verrichten van deze rechtshandelingen die de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen, bij de pandgever te blijven. Anders dan b.v. bij het vruchtgebruik het geval is, is de — immers niet tot genot gerechtigde en in beginsel evenmin beheer voerende — pandhouder alleen in het aan hem verpande geïnteresseerd, voor zover dit hem zijn vordering waarborgt. Slechts bevoegdheden die dit belang dienen — men zie b.v. het vierde (thans tweede) lid —, behoren hem mitsdien te worden toegekend.

Dit klemmt temeer, indien zijn pandrecht op de vordering zonder mededeling aan de schuldenaar werd gevestigd.”

- 14.** In het eerste lid van artikel 3:246 BW wordt de inningsbevoegdheid van de pandhouder voorop gesteld. Dit is ook de normale situatie bij openbaar pandrecht op een vordering, waarbij de mededeling aan de schuldenaar van de verpande vordering een vestigingsvereiste is (zie artikel 3:236 lid 2 BW juncto artikel 3:94 lid 1 BW). De zojuist weergegeven passage uit de PG moet dan ook worden verstaan als uitgaande van de situatie dat de pandhouder inningsbevoegd is. Uit die passage blijkt dat — ook in die situatie — de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen als het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke, die de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen, bij de pandgever behoort te blijven. Het doen van afstand van recht, dat op één lijn is te stellen met kwijtschelding, is tot deze rechtshandelingen te rekenen, zodat ook hiervoor geldt dat de bevoegdheid daartoe, ook na overgang van de inningsbevoegdheid op de pandhouder, bij de pandgever blijft. Het meer subsidiaire betoog van Immun'Âge gaat dus niet op.
- 15.** Tenslotte heeft Immun'Âge tegen de door Neo-River gestelde afstand van recht ingebracht dat sprake is van paulianeus handelen.
- 16.** Om te beginnen acht het hof het in dit verband van belang om er op te wijzen dat in lid 3 van artikel 6:161 BW is bepaald dat tenietgaan van een verbintenis door vermenging (dat niet een

rechtshandeling is) op die vordering rustende rechten van derden onverlet laat, maar dat in artikel 6:160 BW, dat gaat over het tenietgaan van een verbintenis door afstand van recht (dat wel een rechtshandeling is), een vergelijkbare bepaling ontbreekt. Hieruit is af te leiden dat het niet (zonder meer) zo is dat bij afstand van een vorderingsrecht de daarop rustende beperkte rechten, zoals een pandrecht, onverlet worden gelaten.

17. De wetgever heeft niettemin onder ogen gezien dat de pandhouder kan worden benadeeld doordat de pandgever afstand doet van de vordering waarop het pandrecht is gevestigd. De remedie die de pandhouder daarbij ten dienste staat is de actio pauliana van artikel 3:45 lid 1 BW, luidende, kort gezegd, dat indien een schuldenaar bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling om niet wist of behoorde te weten dat benadeling van een schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden daarvan het gevolg zou zijn, die rechtshandeling vernietigbaar is. Zie ook de volgende passage uit de PG op artikel 3:246 BW, die aansluit op de in rov. 13 geciteerde passage daaruit:

“Voorts verdient hij (de pandhouder, het hof) bescherming tegen rechtshandelingen van de pandgever die hem in dit belang benadelen. Deze bescherming wordt hem echter reeds geboden door artikel 3.2.11 van het gewijzigd ontwerp (= artikel 3:45 BW, het hof). De pauliana kan immers in het ontwerp ook worden ingesteld, indien door de gewraakte rechtshandeling slechts één crediteur wordt benadeeld, waarbij met name o.a. aan de pandhouder is gedacht.”,

en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II*, 2009, nr. 319, eerste volzin. Immun'Âge heeft niet aangevoerd dat een afstand van recht niet ten opzichte van haar werkt. Ten overvloede wordt overwogen dat in onder meer Van der Grinten, *RMThemis* 1993, p. 458 en Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen*, 2008, nr 12.3 weliswaar de opvatting wordt verdedigd dat ook zonder dat de pandhouder de pauliana hoeft in te roepen, afstand van het vorderingsrecht niet aan deze kan worden tegengeworpen, althans vanaf het moment van mededeling van de verpanding, doch dat die opvatting niet als juist kan worden aanvaard in het licht van het onder 14 en 16 overwogene en de zojuist weergegeven passage uit de PG, met name het onderdeel daarvan dat deze ‘bescherming hem echter reeds (wordt) geboden door’ artikel 3:45 BW, waarmee de wetgever tot uitdrukking heeft gebracht andere vormen van bescherming (dan de pauliana) niet nodig te achten.

18. De verwijzing van Immun'Âge naar de pauliana kan haar evenwel niet baten omdat a) zij niet een daarop gebaseerde vordering tot vernietiging van de afstand van recht heeft ingesteld of een daarop gebaseerde buitengerechtelijke vernietigingsverklaring heeft uitgebracht, die bovendien mede tegen Osata hadden moet zijn gericht (artikelen 3:50 en 3:51 lid 2 BW), b) zij, indien in deze situatie een beroep op vernietiging bij wege van verweer voldoende zou zijn, niet (voldoende duidelijk) een beroep op vernietiging van de tussen Osata en Neo-River tot stand gekomen afstand van recht heeft gedaan en c) zij, hoewel dat op haar weg lag, niet heeft gesteld dat Osata — die in de visie van Immun'Âge haar schuldenaar is, zie rov. 7 bij (a) en punt 52 PA — wist of behoorde te weten dat Immun'Âge door die afstand van recht zou worden benadeeld. Bovendien kan niet worden aangenomen dat aan deze wetenschapseis is voldaan. Nu de rechtbank heeft geoordeeld dat Osata geen vordering op Neo-River had, en niet is gesteld of gebleken dat dit oordeel op een kennelijke juridische of feitelijke misslag beruiste, kan bezwaarlijk worden gezegd dat Osata met een redelijke mate van zekerheid moest voorzien (zie HR 22 december 2009, *LJN*: BI8493 (*NJ* 2010/73, m.nt. P. van Schilfgaarde; *red.*)) dat haar — na het vonnis van de rechtbank gedane — afstand van dat vorderingsrecht tot nadeel bij

Immun'Âge zou leiden. Hooguit zou kunnen worden gezegd dat Osata toen zij de afstand deed wist dat er een kans was dat het hof anders zou oordelen dan de rechtbank en dus dat er een kans was dat Immun'Âge door de afstand van het vorderingsrecht zou worden benadeeld, doch dat is onvoldoende voor de door artikel 3:45 lid 1 BW geëiste wetenschap (HR 17 november 2000, *RvdW* 2000/232).

19. Uit het voorgaande volgt dat Osata inmiddels afstand heeft gedaan van haar eventueel uit de (gewijzigde) distributieovereenkomst voortvloeiende vorderingsrecht jegens Neo-River en dat dit vorderingsrecht daardoor is tenietgegaan, ook ten opzichte van Immun'Âge. Het uit dit vorderingsrecht afgeleide pandrecht van Immun'Âge is derhalve eveneens tenietgegaan (artikel 3:81 lid 2 BW). Dit betekent dat Immun'Âge (thans) niet (meer) bevoegd is om op basis van dat pandrecht de vorderingen B in conventie — die zijn tenietgegaan — te innen. De in rov. 6 vermelde stelling (ii) kan Immun'Âge dus evenmin baten.
20. Wat vordering B (ii) in conventie — de beweerdelijk door Osata verbeurde dwangsommen — betreft, komt hier nog bij dat de '*Claim*' waarop het pandrecht van Immun'Âge is gevestigd, betrekking heeft op schadevergoeding en dat verbeurde dwangsommen niet als zodanig kunnen worden aangemerkt. Anders dan Immun'Âge stelt in punt 57 PA kan uit de zinsnede '*may subsequently be amended*' in artikel 1.3 van de pandakte (zie rov. 8 bij (a)) niet worden afgeleid dat dwangsommen wel onder het bereik van die akte vallen. Nu in dat artikel wordt vooropgesteld dat de '*Claim*' betrekking heeft op '*damages (SCHADEVERGOEDING)*' ziet de daarbij opgenomen amenderingsclausule klaarblijkelijk alleen op de hoogte van het schadebedrag. Derhalve is — zoals Neo-River heeft aangevoerd onder 85 MvA/MvG-inc — ook hierom vordering B (ii) in conventie niet op basis van het pandrecht van Immun'Âge toewijsbaar. Door Immun'Âge is niet toegelicht op welke andere grond zij aanspraak zou kunnen maken op dwangsommen die Neo-River beweerdelijk aan Osata heeft verbeurd. Grief III van Immun'Âge, die zich richt tegen de afwijzing van vordering B (ii) in conventie, gaat derhalve niet op, ook niet wanneer Immun'Âge op grond van haar pandrecht nog inningsbevoegd zou zijn.
21. Gelet ook op het onder 7 overwogene moet worden geconcludeerd dat voor de vorderingen B van Immun'Âge in conventie een grondslag ontbreekt. De grieven van Immun'Âge in het principaal appel kunnen reeds hierom geen doel treffen en behoeven geen verdere behandeling. De rechtbank heeft genoemde vorderingen dus terecht afgewezen, en Immun'Âge ook terecht in de proceskosten veroordeeld. Opgemerkt wordt hierbij nog dat ook ten tijde van het vonnis van de rechtbank Immun'Âge niet op basis van het pandrecht inningsbevoegd was. Toen was van de verpanding immers nog geen mededeling aan Neo-River gedaan.
22. Het incidenteel appel van Neo-River is ingesteld onder de voorwaarde dat een of meer grieven in het principaal slagen (punt 4 MvA/MvG-inc). Nu aan deze voorwaarde niet is voldaan, komt het hof aan de behandeling van het incidenteel appel niet toe.
23. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd, met veroordeling van Immun'Âge in de kosten van de procedure in het principale hoger beroep.

Cassatiemiddel:

schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het Hof in zijn te dezen bestreden Arrest op de daarin vermelde gronden heeft recht gedaan als in het dictum van het Arrest is aangegeven, zulks om de volgende, zo nodig in onderling verband en in

Onderdeel I

I.1 Door te overwegen en beslissen zoals het Hof heeft gedaan in rov. 12, 13, 14, 16, 17 en 19 van het Arrest, in het bijzonder door te overwegen en beslissen, kort samengevat:

- dat de bevoegdheid tot het doen van afstand van een verpande vordering, ook na overgang van de inningsbevoegdheid op de pandhouder, bij de pandgever blijft;
- dat het niet (zonder meer) zo is dat bij afstand van een vorderingsrecht de daarop rustende beperkte rechten, zoals een pandrecht, onverlet worden gelaten;
- dat de opvatting dat ook zonder dat de pandhouder de pauliana hoeft in te roepen, afstand van het vorderingsrecht niet aan deze kan worden tegengeworpen, althans vanaf het moment van mededeling van de verpanding, niet als juist kan worden aanvaard;
- dat Osato inmiddels afstand heeft gedaan van haar eventueel uit de (gewijzigde) distributieovereenkomst voortvloeiende vorderingsrecht jegens Neo-River en dat dit vorderingsrecht daardoor is tenietgegaan, ook ten opzichte van Immun'Âge;
- dat het uit dit vorderingsrecht afgeleide pandrecht van Immun'Âge derhalve eveneens is tenietgegaan (art. 3:81 lid 2 BW); en/of
- dat dit betekent dat Immun'Âge (thans) niet (meer) bevoegd is om op basis van dat pandrecht de vorderingen B in conventie — die zijn tenietgegaan — te innen;

heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans het Arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed, op grond van de volgende redenen die zo nodig in onderling verband en in onderlinge samenhang moeten worden beschouwd.

Het Hof heeft miskend dat, (i) nadat de pandhouder (Immun'Âge) mededeling van de verpanding van de vordering had gedaan aan de schuldenaar (Neo-River),^[1] waardoor (a) de pandhouder op de voet van artikel 3:246 lid 1 BW bevoegd was geworden in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betaling in ontvangst te nemen en (b) de pandgever (Osato Europe Ltd, 'Osato')^[2] daartoe op de voet van artikel 3:246 lid 4 BW (in beginsel) niet meer bevoegd was en (ii) voorts in aanmerking nemende dat het pandrecht kwalificeert als een absoluut recht met zaaksgevolg waardoor latere beschikkingshandelingen verricht door de pandgever met betrekking tot het verpande goed (in beginsel) niet aan de pandhouder kunnen worden tegengeworpen, ook niet door derden;

- de pandgever (in beginsel) (ook) niet (meer) bevoegd was tot het doen van afstand (om niet)^[3] van de verpande vordering en/of dat een dergelijke afstand (om niet) van de verpande vordering (in beginsel) niet kan worden tegengeworpen aan de pandhouder, ook niet door de schuldenaar (Neo-River) (en zonder dat de pandhouder daarvoor de actio pauliana hoeft in te roepen); en/of
- afstand (om niet)^[4] van de verpande vordering door de pandgever (in beginsel) niet leidt tot het tenietgaan van het pandrecht en/of de verpande vordering, althans dat het tenietgaan daarvan (in beginsel) niet kan worden tegengeworpen aan de pandhouder, ook niet door de schuldenaar (Neo-River) (en zonder dat de pandhouder daarvoor de actio pauliana hoeft in te roepen);

zodat de pandhouder (Immun'Âge) wel degelijk (op de voet van artikel 3:246 BW) bevoegd was om op basis van dat pandrecht in en buiten rechte nakoming van de (door het Hof aangeduid als) vorderingen B in conventie te eisen en betaling in ontvangst te nemen (vgl. bijv. ook PG

Boek 3, MvA II, p. 770; HR 17 februari 1995, NJ 1996/471, rov. 3.4.3; artikel 475h Rv). Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom het Hof tot de bestreden oordelen (zoals hierboven weergegeven) is gekomen, temeer aangezien Immun'Âge heeft betoogd, kort samengevat, dat gezien artikel 3:246 BW, nadat zij op 8 december 2010 mededeling van de verpanding van de vordering aan Neo-River had gedaan,^[5] alleen Immun'Âge — en niet langer Osato — bevoegd was om de verpande vordering van Osato op Neo-River te innen, zodat niet meer van belang was dat Osato haar hoger beroep tegen het vonnis niet heeft doorgezet^[6] en zodat Osato op 9 december 2010 (toen de aandeelhoudersvergadering van Osato plaatsvond) (en daarna) niet meer afstand van haar vorderingsrecht kon doen, aangezien de pandgever (Osato) vanaf dat moment niet meer over de verpande vordering kon beschikken en de pandgever (dus ook) geen afstand meer kon doen van die vordering.^[7]

- I.2 In rov. 17 van het Arrest heeft het Hof overwogen en beslist dat Immun'Âge niet heeft aangevoerd dat een afstand van recht niet ten opzichte van haar werkt. Voor zover 's Hofs oordeel aldus zou moeten worden begrepen dat deze overweging (uit rov. 17 van het Arrest) (mede) ten grondslag ligt aan het bestreden oordeel (zoals hierboven in onderdeel I.1 weergegeven), heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans het Arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed. Immun'Âge heeft immers betoogd, kort samengevat, dat gezien artikel 3:246 BW, nadat zij op 8 december 2010 mededeling van de verpanding van de vordering aan Neo-River had gedaan,^[8] alleen Immun'Âge — en niet langer Osato — bevoegd was om de verpande vordering van Osato op Neo-River te innen, zodat niet meer van belang was dat Osato haar hoger beroep tegen het vonnis niet heeft doorgezet^[9] en zodat Osato op 9 december 2010 (toen de aandeelhoudersvergadering van Osato plaatsvond) (en daarna) niet meer afstand van haar vorderingsrecht kon doen, aangezien de pandgever (Osato) vanaf dat moment niet meer over de verpande vordering kon beschikken en de pandgever (dus ook) geen afstand meer kon doen van die vordering.^[10] In deze stellingen ligt (onmiskienbaar) (mede) besloten de stelling dat een afstand van recht niet ten opzichte van Immun'Âge werkt, zodat onbegrijpelijk is 's Hofs oordeel dat Immun'Âge niet heeft aangevoerd dat een afstand van recht niet ten opzichte van haar werkt. Bovendien heeft het Hof miskend dat de rechter op grond van artikel 25 Rv ambtshalve de rechtsgronden dient aan te vullen. Bij gegrondbevinding van een of meer van de hierboven weergegeven cassatieklachten komt ook de grondslag te ontvallen aan de voortbouwende rov. 21 en 23 van het Arrest.

Conclusie

Conclusie A-G mr. J. Spier:

1. Feiten

- 1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten zoals vermeld in het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 13 juni 2010 in rov. 2.1-2.25, waarvan ook het Hof blijkens rov. 1 van zijn thans bestreden arrest is uitgegaan. Het Hof heeft in rov. 2 een

samenvatting gegeven.[\[1.\]](#)

- 1.2 Neo-River fabriceert sinds 1993 het voedingssupplement FPP (('Fermented Papaya Preparation') dat in Europa verkocht wordt onder de naam "Immun'Âge". Y. Hayashi is eigenaar en directeur van Neo-River. Met het oog op de distributie van FPP in Europa heeft Y. Hayashi samen met onder anderen J.H. van Haaften Sun-O (Europe) Ltd. (thans Osata Europe Ltd., hierna: Osata)[\[2.\]](#) opgericht.
- 1.3 In 2000 heeft Neo-River met (thans) Osata een distributieovereenkomst gesloten, waarbij aan Osata voor (een groot deel van) het grondgebied van Europa het exclusieve recht van distributie van FPP werd verleend.[\[3.\]](#)
- 1.4 Op 1 maart 2003 heeft (thans) Osata een subdistributieovereenkomst gesloten met IAE voor het hele gebied waarvoor zij zelf tot distributeur was benoemd.
- 1.5 Op 28 juli 2004 hebben Neo-River en Osata een gewijzigde distributieovereenkomst, genaamd 'Novation Agreement', getekend.
- 1.6 Bij brief van 9 september 2006 heeft Neo-River de (gewijzigde) distributieovereenkomst met Osata beëindigd wegens — kort gezegd — wanprestatie van Osata.
- 1.7 Bij brief van 9 oktober 2006 heeft Osata de geldigheid van de beëindiging van de distributieovereenkomst betwist. Bij brief van 27 oktober 2006 heeft Osata Neo-River aansprakelijk gesteld voor de schade die zij zou lijden ten gevolge van het niet nakomen van verplichtingen onder de distributieovereenkomst. Bij brief van 31 oktober 2006 heeft Neo-River elke aansprakelijkheid afgewezen.
- 1.8 Bij vonnis van 24 januari 2007, zoals herzien op 5 februari 2007, heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage op vordering van Osata Neo-River bevolen de verplichtingen uit de distributieovereenkomst van 28 juli 2004 na te komen op de gebruikelijke wijze tot uiterlijk 1 juli 2007, op straffe van een dwangsom van € 5.000 per dag, tot een maximum van € 350.000.
- 1.9 Bij e-mailbericht van 16 februari 2007 heeft Osata Neo-River gesommeerd over te gaan tot levering van de producten onder de gebruikelijke voorwaarden, waarbij zij aanspraak heeft gemaakt op de in het onder 1.8 genoemde vonnis opgelegde dwangsom.
- 1.10 Bij e-mailbericht van 19 februari 2007 is bij Neo-River een nieuwe bestelling van FPP gedaan voor de Duitse markt. Neo-River heeft deze bestelling niet afgeleverd.
- 1.11 Voorts kan in cassatie worden uitgegaan van de navolgende door het Hof in rov. 8 van het bestreden arrest als vaststaand aangemerkte feiten:
 - a. Op 29 november 2007 is tussen Osata en IAE een akte, genaamd "deed of undisclosed pledge (stil pandrecht)", opgemaakt waarbij ter verzekering van de vordering die IAE op Osata heeft als gevolg van het feit dat Osata sinds september 2006 niet aan haar verplichtingen uit de subdistributieovereenkomst heeft voldaan, een stil pandrecht ten behoeve van IAE is gevestigd op de 'Claim' die Osata op Neo-River heeft wegens de 'default' van Neo-River onder de distributieovereenkomst. De 'Claim' heeft blijkens art. 1.3 van de pandakte betrekking op 'damages (SCHADEVERGOEDING) to the tune of the Pledgor [Osata] incurred ad € 4.809.012 excluding interests, which claim may subsequently be amended'. In de pandakte is verder een rechtskeuze gemaakt voor Nederlands recht;
 - b. de pandakte van 29 november 2007 is op 6 december 2007 geregistreerd bij de belastingdienst;

- c. bij brief, e-mail en fax van 8 december 2010 — dus na het vonnis in prima — is van de zojuist genoemde verpanding mededeling gedaan aan Neo-River.

2. Procesverloop

- 2.1.1** Op 1 november 2007 hebben Osata en IAE Neo-River gedagvaard voor de Rechtbank 's-Gravenhage. Zij hebben na wijziging van eis in conventie — kort gezegd — gevorderd:
- A.** een verklaring voor recht dat Neo-River jegens Osata wanpresteert onder de nieuwe distributieovereenkomst en aansprakelijk is voor alle dientengevolge door Osata geleden schade;
- B.** veroordeling van Neo-River om aan Osata en IAE, althans aan Osata te betalen:
- (i) een schadevergoeding van € 6.353.668, zijnde de schade die is geleden doordat de looptijd van 5 jaar door Neo-River niet is gerespecteerd;
 - (ii) de ingevolge een tussen (uitsluitend) Neo-River en Osata gewezen kort gedingvonnis verschuldigde dwangsom van € 350.000;
 - (iii) € 6.422 voor buitengerechtelijke kosten.^[4.]
- 2.1.2** Aan deze vordering is, in de weergave van rov. 3.1 van het vonnis in prima,^[5.] ten grondslag gelegd dat Neo-River wanprestatie pleegde onder de distributieovereenkomst.
- 2.2** Neo-River heeft de vordering bestreden.^[6.] Na vermeerdering van eis heeft Neo-River in reconventie gevorderd dat de Rechtbank Osata en IAE hoofdelijk zal veroordelen tot betaling van Yen 50.308.200 en Yen 25.041.600 alsmede schadevergoeding op te maken bij staat.
- 2.3** In haar vonnis van 13 januari 2010 heeft de Rechtbank in conventie de vorderingen van Osata en IAE afgewezen. Kort gezegd omdat Osata schade heeft toegebracht aan de reputatie van Neo-River.^[7.] In reconventie heeft de Rechtbank de vordering tot betaling van Yen 50.308.200 tegen Osata toegewezen en de overige vorderingen tegen Osata en IAE afgewezen.
- 2.4.1** Osata en IAE zijn in hoger beroep gekomen.
- 2.4.2** Na een directiewisseling op 9 december 2010 — waarbij J.H. van Haaften als bestuurder is ontslagen en de raadsman van Neo-River hem in die hoedanigheid is opgevolgd — heeft Osata haar hoger beroep niet doorgezet. Zij heeft berust in het aanvankelijk door haar bestreden vonnis, dat hierdoor, voor zover tussen haar en Neo-River gewezen, kracht en gezag van gewijsde heeft verkregen (rov. 4 en 11 van 's Hofs arrest).
- 2.5** Het hoger beroep van IAE betrof slechts de afwijzing van de hiervoor onder 2.1 onder B weergegeven vorderingen (rov. 5). Neo-River heeft op haar beurt incidenteel hoger beroep ingesteld onder de voorwaarde dat een of meer grieven in het principaal beroep zouden slagen.
- 2.6.1** In zijn arrest van 30 oktober 2012 heeft het Hof 's-Gravenhage het bestreden vonnis bekrachtigd.
- 2.6.2** Volgens het Hof treedt IAE in hoger beroep tegen Neo-River op (i) in verband met de door haar rechtstreeks als gevolg van het stopzetten van de distributieovereenkomst geleden schade en (ii) als houdster van een pandrecht op de vordering van Osata op Neo-River (rov. 6).
- 2.6.3** Ten aanzien van de onder 2.6.2 (i) gestelde grondslag overwoog het Hof dat noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep een concrete stelling is betrokken die zou kunnen worden opgevat als strekkend ten betoge dat Neo-River door de beëindiging van de distributieovereenkomst met Osata, jegens IAE onrechtmatig heeft gehandeld. Het Hof

oordeelde dat er dus geen grondslag is voor een (rechtstreekse) vordering van IAE tegen Osata (rov. 7).

2.6.4 In verband met de onder 2.6.2 (ii) vermelde grondslag overwoog het Hof dat in de stellingen van IAE besloten ligt dat gezien art. 3:246 lid 1 BW sedert 8 december 2010 alleen zij — en niet langer Osata — bevoegd was om de vordering van Osata op Neo-River te innen, zodat niet meer van belang is dat Osata haar hoger beroep tegen het vonnis niet heeft doorgezet. In dat kader oordeelde het Hof dat Nederlands recht de vordering van Osata op Neo-River, de vatbaarheid voor verpanding van deze vordering en het goederenrechtelijke regime van de verpanding beheerst (rov. 8). Volgens het Hof heeft Neo-River zich op het standpunt heeft gesteld dat Osata afstand heeft gedaan van haar (eventuele) vorderingsrecht jegens haar (rov. 9). De daartegen gerichte primaire stelling van IAE, dat Neo-River dit verweer niet eerder heeft gevoerd en dat het Hof deze kwestie uit eigen beweging aan de orde heeft gesteld en daarmee in strijd met art. 24 Rv. heeft gehandeld, is door het Hof verworpen (eerste rov. 10). Hetzelfde geldt voor de subsidiaire stelling dat geen sprake is geweest van afstand, waarbij het Hof de vraag of door Osata afstand is gedaan van het vorderingsrecht jegens Neo-River naar Nederlands recht heeft beoordeeld (tweede rov. 10 en rov. 11).

2.6.5 Daarmee kwam het Hof toe aan de meer subsidiaire stelling van IAE dat Osata ten gevolge van de mededeling van de verpanding aan Neo-River op 8 december 2010 geen afstand van haar vorderingsrecht kon doen, omdat IAE inningsbevoegd was geworden. Als de pandhouder eenmaal inningsbevoegd is geworden kan, aldus IAE, de pandgever niet meer over de verpande vordering beschikken en kan de pandgever (dus ook) geen afstand meer doen van die vordering (rov. 12). Ook die stelling is door het Hof verworpen op grond van het volgende:

“13. Het eerste lid van artikel 3:246 BW luidt als volgt.

‘Rust het pandrecht op een vordering, dan is de pandhouder bevoegd in en buiten rechte nakoming daarvan te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Deze bevoegdheden blijven bij de pandgever, zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar van de vordering is medegedeeld.’

In de Parlementaire Geschiedenis (PG) op dit artikel (in de oude nummering: artikel 3.9.2.7) is het volgende vermeld (PG Boek 3, p. 772/773).

‘Voormelde uitbreiding van het eerste lid tot de bevoegdheid betalingen op de verpande vordering in ontvangst te nemen ligt ook in de lijn van de vraag van de Commissie, of er geen aanleiding is aan het lid toe te voegen dat de pandgever niet bevoegd is tot het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke handelingen. Bij dit laatste zal dan onder meer moeten worden gedacht aan rechtshandelingen als de ontbinding van de overeenkomst waaruit de verpande vordering voortspuit (...), aan omzetting van de primaire verbintenis tot nakoming in een verplichting tot schadevergoeding (...) of ook aan beëindiging van een lopende rechtsbetrekking (b.v. huur-, verhuur; arbeidsovereenkomst) waaruit de opeisbare en toekomstige vorderingen zijn verpand. De ondergetekende meent dat een bepaling als gesuggereerd in het kader van het pandrecht niet past. In het algemeen behoort de bevoegdheid tot het verrichten van deze rechtshandelingen die de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen, bij de pandgever te blijven. Anders dan b.v. bij het vruchtgebruik het geval is, is de - immers niet tot genot gerechtigde en in beginsel

evenmin beheer voerende - pandhouder alleen in het aan hem verpande geïnteresseerd, voor zover dit hem zijn vordering waarborgt. Slechts bevoegdheden die dit belang dienen - men zie b.v. het vierde (thans tweede) lid -, behoren hem mitsdien te worden toegekend.

Dit klemmt temeer, indien zijn pandrecht op de vordering zonder mededeling aan de schuldenaar werd gevestigd.'

14. In het eerste lid van artikel 3:246 BW wordt de inningsbevoegdheid van de pandhouder voorop gesteld. Dit is ook de normale situatie bij openbaar pandrecht op een vordering, waarbij de mededeling aan de schuldenaar van de verpande vordering een vestigingsvereiste is (zie artikel 3:236 lid 2 BW juncto artikel 3:94 lid 1 BW). De zojuist weergegeven passage uit de PG moet dan ook worden verstaan als uitgaande van de situatie dat de pandhouder inningsbevoegd is. Uit die passage blijkt dat - ook in die situatie - de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen als het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke, die de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen, bij de pandgever behoort te blijven. Het doen van afstand van recht, dat op één lijn is te stellen met kwijtschelding, is tot deze rechtshandelingen te rekenen, zodat ook hiervoor geldt dat de bevoegdheid daartoe, ook na overgang van de inningsbevoegdheid op de pandhouder, bij de pandgever blijft. Het meer subsidiaire betoog van Immun'Âge gaat dus niet op."

2.6.6 Vervolgens heeft het Hof zich gebogen over de vraag of gezien de afstand van het vorderingsrecht sprake is geweest van paulianeus handelen (rov. 15). Daarentoest overwoog het Hof:

- "16. Om te beginnen acht het hof het in dit verband van belang om er op te wijzen dat in lid 3 van artikel 6:161 BW is bepaald dat tenietgaan van een verbintenis door vermenging (dat niet een rechtshandeling is) op die vordering rustende rechten van derden onverlet laat, maar dat in artikel 6:160 BW, dat gaat over het tenietgaan van een verbintenis door afstand van recht (dat wel een rechtshandeling is), een vergelijkbare bepaling ontbreekt. Hieruit is af te leiden dat het niet (zonder meer) zo is dat bij afstand van een vorderingsrecht de daarop rustende beperkte rechten, zoals een pandrecht, onverlet worden gelaten.
17. De wetgever heeft niettemin onder ogen gezien dat de pandhouder kan worden benadeeld doordat de pandgever afstand doet van de vordering waarop het pandrecht is gevestigd. De remedie die de pandhouder daarbij ten dienste staat is de actio pauliana van artikel 3:45 lid 1 BW, luidende, kort gezegd, dat indien een schuldenaar bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling om niet wist of behoorde te weten dat benadeling van een schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden daarvan het gevolg zou zijn, die rechtshandeling vernietigbaar is. Zie ook de volgende passage uit de PG op artikel 3:246 BW, die aansluit op de in rov. 13 geciteerde passage daaruit: 'Voorts verdient hij (de pandhouder, het hof) bescherming tegen rechtshandelingen van de pandgever die hem in dit belang benadelen. Deze bescherming wordt hem echter reeds geboden door artikel 3.2.11 van het gewijzigd ontwerp (= artikel 3:45 BW, het hof). De pauliana kan immers in het ontwerp ook worden ingesteld, indien door de gewraakte rechtshandeling slechts één crediteur wordt benadeeld, waarbij met name o. a. aan de pandhouder is gedacht.' ,en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II*, 2009, nr. 319, eerste

volzin. Immun'Age heeft niet aangevoerd dat een afstand van recht niet ten opzichte van haar werkt. Ten overvloede wordt overwogen dat t in onder meer Van der Grinten, *RMThemis* 1993, p. 458 en Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen*, 2008, nr 12.3 weliswaar de opvatting wordt verdedigd dat ook zonder dat de pandhouder de pauliana hoeft in te roepen, afstand van het vorderingsrecht niet aan deze kan worden tegengeworpen, althans vanaf het moment van mededeling van de verpanding, doch dat die opvatting niet als juist kan worden aanvaard in het licht van het onder 14 en 16 overwogene en de zojuist weergegeven passage uit de PG, met name het onderdeel daarvan dat deze 'bescherming hem echter reeds (wordt) geboden door' artikel 3:45 BW, waarmee de wetgever tot uitdrukking heeft gebracht andere vormen van bescherming (dan de pauliana) niet nodig te achten.

18. De verwijzing van Immun'Age naar de pauliana kan haar evenwel niet baten omdat a) zij niet een daarop gebaseerde vordering tot vernietiging van de afstand van recht heeft ingesteld of een daarop gebaseerde buitengerechtelijke vernietigingsverklaring heeft uitgebracht, die bovendien mede tegen Osata hadden moet zijn gericht (artikelen 3:50 en 3:51 lid 2 BW), b) zij, indien in deze situatie een beroep op vernietiging bij wege van verweer voldoende zou zijn, niet (voldoende duidelijk) een beroep op vernietiging van de tussen Osata en Neo-River tot stand gekomen afstand van recht heeft gedaan en c) zij, hoewel dat op haar weg lag, niet heeft gesteld dat Osata — die in de visie van Immun'Age haar schuldenaar is, zie rov. 7 bij (a) en punt 52 PA — wist of behoorde te weten dat Immun'Age door die afstand van recht zou worden benadeeld. Bovendien kan niet worden aangenomen dat aan deze wetenschappelijke eis is voldaan. Nu de rechtbank heeft geoordeeld dat Osata geen vordering op Neo-River had, en niet is gesteld of gebleken dat dit oordeel op een kennelijke juridische of feitelijke misslag (lees:) berustte, kan bezwaarlijk worden gezegd dat Osata met een redelijke mate van zekerheid moest voorzien (zie HR 22 december 2009, *LJN*: BI8493) dat haar — na het vonnis van de rechtbank gedane — afstand van dat vorderingsrecht tot nadeel bij Immun'Age zou leiden. Hooguit zou kunnen worden gezegd dat Osata toen zij de afstand deed wist dat er een kans was dat het hof anders zou oordelen dan de rechtbank en dus dat er een kans was dat Immun'Age door de afstand van het vorderingsrecht zou worden benadeeld, doch dat is onvoldoende voor de door artikel 3:45 lid 1 BW geëiste wetenschap (HR 17 november 2000, *RvdW* 2000/232).
19. Uit het voorgaande volgt dat Osata inmiddels afstand heeft gedaan van haar eventueel uit de (gewijzigde) distributieovereenkomst voortvloeiende vorderingsrecht jegens Neo-River en dat dit vorderingsrecht daardoor is tenietgegaan, ook ten opzichte van Immun'Age. Het uit dit vorderingsrecht afgeleide pandrecht van Immun'Age is derhalve eveneens tenietgegaan (artikel 3:81 lid 2 BW). Dit betekent dat Immun'Age (thans) niet (meer) bevoegd is om op basis van dat pandrecht de vorderingen B in conventie — die zijn tenietgegaan — te innen. De in rov. 6 vermelde stelling (ii) kan Immun'Age dus evenmin baten."

2.6.7 Aan een behandeling van het incidenteel hoger beroep van Neo-River is het Hof niet meer toegekomen, nu de voorwaarde waaronder het was ingesteld niet is vervuld (rov. 22).

2.7 IAE heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. Neo-River heeft geconcludeerd tot verwerping. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Zij hebben afgezien van

3. Inleiding

- 3.1** Het Hof heeft in een uitvoerig en voorbeeldig gemotiveerd arrest het bestreden vonnis bekrachtigd. De meeste door het Hof gevelde oordelen worden in cassatie niet bestreden. Het geschil in cassatie scharniert om een technisch juridische kwestie die evenwel niet zonder praktische betekenis is.
- 3.2** De vordering van IAE zou aanstonds tot mislukken gedoemd zijn wanneer Osata geen vordering had op Neo-River. Hiervoor onder 2.3 bleek dat dit het standpunt van de Rechtbank is. Het Hof heeft deze kwestie in het midden gelaten, al lijkt in rov. 18 van het arrest door te klinken dat het Hof geneigd is zich bij de Rechtbank aan te sluiten. Maar dat is, naar ik erken, enigszins speculatief.
- 3.3** Op basis van de gedingstukken kan m.i. niet *op voorhand* worden gezegd dat de opvatting van de Rechtbank juist is, waarmee ik zeker niet wil suggereren dat haar oordeel onjuist is. Beoordeling van deze kwestie zou een gedegen onderzoek van feitelijke aard vergen. Daarvoor is in cassatie geen plaats. Bij lezing van het debat over deze kwestie kan m.i. niet worden gezegd dat boven iedere redelijke twijfel verheven is dat Osata schade aan de reputatie van Neo-River heeft berokkend (in een mate die opzegging van de overeenkomst rechtvaardigde).^[8] Dat brengt mee dat evenmin gezegd kan worden dat de klachten belang missen.
- 3.4** Anderzijds is het oordeel van de Rechtbank, naar ik met het Hof meen, niet van belang gespeend. Het illustreert dat er in dit geval iets valt af te dingen op het standpunt dat onredelijk zou zijn wanneer Osata in haar hoedanigheid van pandgever afstand zou kunnen doen van een mogelijk bestaande vordering op Neo-River.^[9] Aanvaarding van het door IAE bepleite standpunt zou er immers toe leiden dat nog een procedure kan worden gevoerd over een kwestie die voor de pandgever niet meer van belang is en die hij misschien ook niet wenst. Ook dat Neo-River in een procedure betrokken blijft, met alle daaraan verbonden kosten, terwijl haar contractuele wederpartij afstand heeft gedaan van een vordering (voor zover deze nog bestond of ooit bestaan heeft).
- 3.5** In cassatie wordt niet bestreden 's Hofs oordeel in rov. 20 dat op grond van het pandrecht de vordering ter zake van de dwangsommen niet toewijsbaar is.

4. Bespreking van de klachten

- 4.1** *Onderdeel I.1* is gericht tegen rov. 12, 13, 14, 16, 17 en 19. IAE stelt voorop dat de inningsbevoegdheid met betrekking tot de verpande vordering als gevolg van de mededeling van het pandrecht op haar is overgegaan (art. 3:246 lid 1 BW), dat Osata^[10] niet langer tot inning bevoegd was (art. 3:246 lid 4 BW) en dat het pandrecht een absoluut recht is, zodat latere beschikkingshandelingen van Osata met betrekking tot het verpande goed (in beginsel) niet aan haar kunnen worden tegengeworpen, ook niet door derden. Tegen deze achtergrond zou het Hof hebben miskend:
- (i) dat Osata als pandgever onder deze omstandigheden (in beginsel) (ook) niet (meer) bevoegd was tot het doen van afstand (om niet) van de verpande vordering, en/of dat een dergelijke afstand (om niet) van de verpande vordering (in beginsel) niet aan de pandhouder kan worden tegengeworpen, ook niet door de schuldenaar (Neo-River) (en zonder dat de pandhouder daarvoor de *actio pauliana* hoeft in te roepen);

- (ii) dat afstand (om niet) van de verpande vordering door Osata als pandgever onder deze omstandigheden (in beginsel) niet leidt tot het tenietgaan van het pandrecht of de verpande vordering, althans dat het tenietgaan daarvan (in beginsel) niet aan de pandhouder kan worden tegengeworpen, ook niet door de schuldenaar (Neo-River) (en zonder dat de pandhouder daarvoor de actio pauliana hoeft in te roepen), zodat de pandhouder (IAE) wel degelijk (op de voet van art. 3:246 BW) bevoegd was om op basis van dat pandrecht in en buiten rechte nakoming van de (door het Hof aangeduid als) vorderingen B in conventie te eisen en betaling in ontvangst te nemen.^[11.]
 - (iii) dat zonder nadere (ontbrekende) motivering niet valt in te zien waarom het Hof tot het bestreden oordeel is gekomen, gelet op het betoog dat IAE — als gevolg van de mededeling van de verpanding — met uitsluiting van Osata bevoegd was tot inning van de verpande vordering, zodat niet meer van belang was dat Osata haar hoger beroep niet heeft doorgezet en Osata niet langer afstand van haar vorderingsrecht kon doen.
- 4.2** Hoewel met name het slot van de klacht erop lijkt te wijzen dat het onderdeel het Hof vooral een gebrekkige motivering verwijt, blijkt uit de klacht, in haar geheel gelezen, dat het vooral gaat om een rechtsklacht. Ik vat haar verder zo op. Zou het onderdeel moeten worden gelezen als (vooral) een motiveringsklacht dan is het tot mislukken gedoemd. Niet alleen omdat het Hof zijn oordeel ampel heeft gemotiveerd, maar vooral omdat een rechtsoordeel niet met vrucht met een motiveringsklacht kan worden bestreden.
- 4.3** Voor zover het onderdeel zich richt tegen rov. 12 mislukt het terstond omdat daarin geen beslissing is opgenomen, maar een weergave van de stellingen van IAE.
- 4.4** De klachten komen er, naar de kern genomen, op neer dat 's Hofs oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Daartoe noemt het onderdeel een aantal argumenten. Omdat het gaat om een rechtsklacht tegen een rechtsoordeel zal ik mij daartoe, mede gezien het principiële karakter van deze zaak, niet beperken.
- 4.5** Volledigheidshalve zij gememoreerd dat pandrecht een beperkt recht is. Het gaat teniet door het tenietgaan van het recht waaruit het beperkte recht is afgeleid.^[12.] Anders dan bij bijvoorbeeld onroerende zaken, kan pandrecht op een vordering, in de bewoordingen van mijn ambtgenote Rank-Berenschot, zelfstandig juridisch in beweging zijn.^[13.] Een pandrecht op een vorderingsrecht gaat door bijvoorbeeld betaling van de verpande vordering teniet.^[14.] Naar gangbare inzichten ook door afstand van recht met betrekking tot de verpande vordering.^[15.]
- 4.6.1** In de door het Hof in rov. 13 geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis werd in de MvA antwoord gegeven op een vraag in het VV of er aanleiding bestond om toe te voegen dat de pandgever niet bevoegd is tot het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke handelingen.^[16.] Deze vraag is blijkens die passages ontkennend beantwoord.^[17.] Dat antwoord wordt ook gemotiveerd. Het past niet, aldus de MvA, om “de bevoegdheid tot het verrichten van deze rechtshandelingen die de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen, bij de pandhouder” weg te halen. Weliswaar houdt de Minister, blijkens de woorden “in het algemeen” een slag om de arm, maar de door hem voorgestane hoofdregel is duidelijk. De Staten-Generaal is op deze kwestie niet meer teruggekomen zodat zal moeten worden aangenomen dat met het

antwoord van de bewindspersoon werd ingestemd.

- 4.6.2** Ik veronderstel dat de zojuist genoemde slag om de arm ziet op paulianeuze situaties, waartegen de wet bescherming biedt;^[18] ik kom daarop hieronder terug. Wellicht zijn ook andere gevallen denkbaar waarin de door de wetgever gewenste regel uitzondering zou kunnen lijden, maar daarop behoef ik niet in te gaan omdat het onderdeel daarop geen beroep doet. Evenmin behoef ik in te gaan op de vraag of de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid IAE wellicht soelaas zou kunnen bieden omdat het middel daarop niet inhaakt.
- 4.7** Mr. Van der Beek betoogt in zijn s.t. onder 16 dat onduidelijk is waarom de door het Hof geciteerde passage zijn oordeel zou kunnen schragen. Hij noemt terecht niet het argument dat in de MvA niet wordt gesproken van afstand van de vordering omdat in het ontwerp Boek 6 kwijtschelding als “afstand om niet” is betiteld.^[19]
- 4.8.1** Het betoog van IAE komt er, tot de kern teruggebracht, op neer dat de Minister zich heeft vergist of dat hij zich niet goed heeft weten uit te drukken (s.t. onder 16). Dat is al aanstonds onaannemelijk tegen de achtergrond van de zéér vooraanstaande en gezaghebbende juristen die, zoals bekend, betrokken waren bij het redigeren van de betrokken parlementaire stukken.
- 4.8.2** Er is met name geen grond om aan te nemen dat de Minister “pandgever” en “pandnemer” zou hebben verhaspeld. Anders dan IAE, zonder inhoudelijke argumentatie, aanvoert, kunnen er wel degelijk heel persoonlijke of zakelijke gronden zijn waarom een pandgever afstand wil doen van een bestaande vordering. Bij een vordering op een natuurlijk persoon kan worden gedacht aan affectieve redenen, om compassie met een in financiële nood verkerende debiteur en zo meer. In de zakelijke sfeer valt te denken aan de wens om een zakelijke relatie goed te houden of te verbeteren; ook kan sprake zijn van een reeks geschillen die slechts tot oplossing kunnen worden gebracht door over en weer een streep te halen door alle (pretense) vorderingsrechten of door een andere “totaal oplossing”; situaties die in het zakelijk leven van alle dag schering en inslag zijn. Uitzonderingen daargelaten zoeken ondernemingen doorgaans slechts hun heil bij procedures wanneer de verhoudingen zijn verziekt, sprake is van eenmalige contacten of wanneer de belangen héél groot zijn.^[20] Kort en goed: het door de Minister genoemde argument is heel goed invoelbaar zodat geenszins aannemelijk is dat hij zich heeft vergist.
- 4.9.1** Iets sterker is het argument dat Mr. Van der Beek ontleent aan het vervolg van de MvA (s.t. onder 16). Daar lezen we dat de situatie bij vruchtgebruik anders ligt omdat de “pandhouder alleen in het aan hem verpande [is] geïnteresseerd, voor zover hem dit zijn vordering waarborgt.”^[21] Ik begrijp dat betoog aldus dat de pandhouder weet dat de pandgever de verpande vordering kan kwijtschelden en daarmee ook dat de waarborg in rook kan opgaan door de kwijtschelding. Zulks kennelijk als gevolg van de erg theoretische maar met het oog op de eisen van een vlot verlopend rechts- en handelsverkeer onvermijdelijke fictie dat men wordt geacht het recht te kunnen.
- 4.9.2** Maar wat hier verder ook van zij, voor mij is de bottom line dat de wetsgeschiedenis helder is. Zelfs als juist zou zijn dat wat valt af te dingen op de *argumentatie* van de Minister blijft overeind dat een heldere keuze is gemaakt die de Staten-Generaal klaarblijkelijk heeft overtuigd. Dan moeten er erg klemmende argumenten zijn voor de rechter om anders te oordelen, al was het maar gelet op art. 11 Wet AB.^[22]

- 4.10** Toch lijkt goed om nog nader te verwijlen bij de afwijkende regeling met betrekking tot vruchtgebruik. Deze illustreert immers dat sprake is (geweest) van een weloverwogen en bewuste keuze. Dat brengt eens te meer mee dat de rechter erg terughoudend moet zijn om deze te torpederen.
- 4.11.1** In het kader van het recht van vruchtgebruik geldt art. 3:207 lid 2 BW:
- “Een vruchtgebruiker is voorts bevoegd tot alle handelingen die tot een goed beheer van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen dienstig kunnen zijn. Tot alle overige handelingen ten aanzien van die goederen zijn de hoofdgerechtigde en de vruchtgebruiker slechts tezamen bevoegd.”
- 4.11.2** Art. 3:210 BW bepaalt:
- “1. Tenzij bij de vestiging anders is bepaald, is de vruchtgebruiker bevoegd in en buiten rechte nakoming te eisen van aan het vruchtgebruik onderworpen vorderingen en tot het in ontvangst nemen van betalingen.
 2. Tenzij bij de vestiging anders is bepaald, is hij tot ontbinding en opzegging van overeenkomsten slechts bevoegd, wanneer dit tot een goed beheer dienstig kan zijn.
 3. De hoofdgerechtigde is slechts bevoegd de in de vorige leden genoemde bevoegdheden uit te oefenen, indien hij daartoe toestemming van de vruchtgebruiker of machtiging van de kantonrechter heeft gekregen. Tegen de machtiging van de kantonrechter krachtens dit lid is geen hogere voorziening toegelaten.”
- 4.12** In de parlementaire geschiedenis is het volgende te lezen:
- “Bij artikel 3.8.11^[23.] is tenslotte door enkele leden de figuur ter sprake gebracht van kwijtschelding, in het ontwerp voor boek 6 als ‘afstand om niet’ betiteld; men zie artikel 6.1.10.1. Ten aanzien daarvan kan worden opgemerkt dat het niet licht zal voorkomen dat kwijtschelding van een aan vruchtgebruik onderworpen vordering tot een goed beheer dienstig kan worden geacht. In gevolge artikel 3.8.6 lid 2 tweede zin zal kwijtschelding dus in beginsel dienen te geschieden door vruchtgebruiker en hoofdgerechtigde tezamen. Een kwijtschelding door de hoofdgerechtigde alleen zal het recht van de vruchtgebruiker daarom niet kunnen deren. In het gewijzigd ontwerp wordt langs deze weg tegemoet gekomen aan de wens van voormelde leden niet alleen de bevoegdheid van de hoofdgerechtigde tot inning uit te sluiten, maar ook die tot kwijtschelding van de hierbedoelde vorderingen.”^[24.]
- 4.13** Zo veel is duidelijk: de reden om voor vruchtgebruik een andere regeling te treffen dan voor pandrecht is gelegen in de wens van de Tweede Kamer. Voor de verdere motivering moeten we te rade gaan bij de regeling inzake pandrecht. Dan blijkt dat het verschil wordt gezocht in de omstandigheid dat de pandhouder, anders dan de vruchtgebruiker, niet “tot genot gerechtigde en in beginsel evenmin beheer voerende” is.^[25.]
- 4.14** Ik voel mij niet geroepen in discussie met de wetgever te treden over de vraag of het onder 4.13 vermelde verschil erg klemmend is en nog minder of ik daaraan eenzelfde conclusie zou verbinden. Dat zie ik ook niet als mijn taak en het laatste lijkt me ook niet van belang. Zonneklaar is dat de wetgever heeft gekozen voor een andere benadering van pandhouder en vruchtgebruiker of blooteigenaar. M.i. kan niet worden gezegd dat deze uitdrukkelijk en welbewust gemaakte keuze niet langer strookt met de maatschappelijke opvattingen. Al was het maar omdat niet erg waarschijnlijk is dat

relevante maatschappelijke opvattingen bestaan over de positie van de pandhouder. Hoe men daarover denkt, hangt allicht af van het achterliggende belang: dat van pandgever of pandnemer.^[26.]

- 4.15.1** Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever de bescherming van de pandhouder tegen een afstand van recht in het bijzonder zoekt in de actio pauliana (art. 3:45 BW). Dat blijkt duidelijk uit het volgende — ten opzichte van het citaat in het bestreden arrest iets uitgebreidere — betoog in de MvAII:^[27.]

“Voorts verdient hij (de pandhouder, A-G) bescherming tegen rechtshandelingen van de pandgever die hem in dit belang benadelen. Deze bescherming wordt hem echter reeds geboden door artikel 3.2.11 van het gewijzigd ontwerp (thans art. 3:45 BW, A-G). De pauliana kan immers in het ontwerp ook worden ingesteld, indien door de gewraakte rechtshandeling slechts één crediteur wordt benadeeld, waarbij met name o. a. aan de pandhouder is gedacht. Men zie de derde alinea van de toelichting van Meijers bij artikel 3.2.11. Voor het geval de pandgever niet de schuldenaar is, zie men hierbij het bepaalde in het nieuwe artikel 3.2.11c. Bescherming van de pandhouder tegen aantasting van zijn recht kan ook uit andere artikelen voortvloeien. Men denke b.v. aan bepalingen als artikel 3.4.1.2 lid 3^[28.] of artikel 6.1.10.2 lid 4.”^[29.]

- 4.15.2** In de parlementaire geschiedenis op de aan het slot van het citaat onder 4.15.1 genoemde artikelen wordt geen aandacht geschonken aan de afwijkende regeling ten opzichte van afstand door de pandgever.

- 4.16** In de literatuur wordt door de meerderheid van de schrijvers aangenomen dat de pandgever na mededeling van het pandrecht bevoegd blijft om afstand te doen van de vordering en dat de pandhouder bescherming tegen afstand van recht door de pandgever kan ontlenen aan de actio Pauliana.^[30.]

- 4.17.1** Een aantal schrijvers verdedigt de opvatting dat de “Pauliana” onvoldoende bescherming biedt.^[31.] In casu heeft het Hof aangenomen dat niet met vrucht een beroep kan worden gedaan op de “Pauliana” (rov. 18). Dat oordeel wordt niet bestreden. In cassatie moet daarom van de juistheid van dat oordeel worden uitgegaan. Materieel gesproken, is daarmee intussen nog niet gezegd dat een beroep op art. 3:45 BW IAE geen soelaas had kunnen bieden. Alleen in dat laatste geval komt *voor de onderhavige zaak* betekenis toe aan het betoog in een deel van de doctrine dat de pandhouder in het wettelijk stelsel te weinig wordt beschermd.

- 4.17.2** Het arrest waarop het Hof zich beroept is gewezen ultimo 2000 arrest.^[32.] In dat arrest wordt, in het kader van art. 42 Fw, de opvatting verworpen dat “een kans op benadeling bestaat voldoende zou zijn” om uit te kunnen gaan van wetenschap van benadeling.^[33.] Ik veroorloof me de vraag op te werpen of deze opvatting nog wel als gangbaar kan worden aangemerkt.^[34.] In het kader van beroepsaansprakelijkheid voor bijvoorbeeld het ongebruikt laten verstrijken van een termijn zal, als de uitkomst van de procedure die niet meer kan worden gevoerd niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld, een schatting moeten worden gemaakt van de kans dat de procedure die door het te laat ingestelde appel is afgesneden tot een andere uitkomst zou hebben geleid.^[35.] Daarmee heeft die kans m.i. een vermogenswaarde gekregen. Daarvan uitgaande, vraag ik mij af of bij het laten teloor gaan van deze een vermogenswaarde vertegenwoordigende kans niet eo ipso sprake is — of ten minste zou moeten zijn — van wetenschap van benadeling. Als

deze opvatting juist zou zijn zou art. 3:45 BW IAE in beginsel^[36.] voldoende soelaas hebben geboden en zou de doctrinaire discussie bedoeld onder 4.17.1 er in deze zaak niet toe doen. De klachten zou dan reeds hierom tot mislukken zijn gedoemd.

4.17.3 Ik realiseer me, zoals ook uit voetnoot 35 blijkt, dat de rechtsontwikkeling over verlies van een kans al vóór 2000 is ingezet. Maar zij stond toen nog in de kinderschoenen en de mogelijkheden die dat leerstuk bood, werden toen nog nauwelijks onderkend. Zo veel is duidelijk: het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, waaraan verlies van een kans gelieerd is,^[37.] heeft sedert 2000 een enorme vlucht genomen, al lijkt Uw Raad — m.i. terecht — een rem te hebben gezet op verdere uitdijning binnen het aansprakelijkheidsrecht.^[38.] Uiteraard onderken ik dat het een stap is om (de gevolgen van) deze leer te transponeren naar heel andere leerstukken, zoals de “Pauliana”. Daarbij is ongetwijfeld behoedzaamheid geboden. Maar zeker wanneer door toepassing redelijke uitkomsten zouden kunnen worden bereikt zonder dat sprake zou zijn van ongewenste neveneffecten (die, naar de ervaring leert, niet steeds tijdig kunnen worden onderkend)^[39.] valt voor zo’n rechtsontwikkeling m.i. veel te zeggen.

4.17.4 Hierna kom ik nog terug op de beschermingsomvang van de Pauliana.

4.18.1 Na deze excursie naar een gedeeltelijk door het middel niet ontsloten gebied keer ik terug bij de auteurs die menen dat of zich afvragen of de “Pauliana” (niet) voldoende bescherming biedt. Zo betwijfelt Rongen of de actio Pauliana de pandhouder voldoende bescherming biedt tegen beschikkingshandelingen van de pandgever die het recht van de pandhouder aantasten. Niet alleen vraagt hij zich af of wel steeds aan het wetenschapsvereiste zal zijn voldaan, maar evenmin kan worden gezegd dat de Pauliana steeds effectief zal zijn omdat de Pauliana pas kan worden ingeroepen als sprake is van benadeling. Daarom verdedigt hij dat de benadering van art. 475h Rv ook voor verpanding zou moeten worden aanvaard; door de verpanding kan de pandgever geen rechtshandelingen meer verrichten die de verhaalswaarde van het pandrecht verminderen of teniet doen. Rongen zoekt voor zijn redenering aansluiting bij art. 20 van het UNCITRAL cessieverdrag.^[40.]

4.18.2 Met betrekking tot laatst vermeld verdrag^[41.] zie ik om een veelheid van redenen weinig grond om er meer dan hooguit marginale betekenis aan toe te kennen:

- a. het ziet op cessie en niet op inpandgeving;
- b. het is nog niet inwerking getreden;
- c. het is door ons land nog niet aanvaard;
- d. geen sprake is van een internationaal aspect als bedoeld in art. 1 lid 1 onder a.

4.19.1 Inhoudelijk valt voor de onder 4.18.1 weergegeven benadering van Rongen zeker iets te zeggen. De moeilijkheid is gelegen in de, zoals we hiervoor hebben gezien, expliciete afwijkende keuze van de wetgever. Daarop is ook gewezen door Biemans; met juistheid merkt hij dat op blijkens de parlementaire geschiedenis de pandhouder voor zijn bescherming is aangewezen op art. 3:45 BW. Biemans wijst erop dat art. 3:81 lid 2 sub a BW en art. 6:160 BW geen uitzonderingen bevatten op grond waarvan de pandhouder beschermd wordt tegen een aantasting van zijn recht.^[42.]

4.19.2 Art. 3:81 lid 3 BW beschermt alleen de pandhouder met een pandrecht op een beperkt recht dat tenietgaat door afstand en vermenging.^[43.] Art. 6:161 lid 3 BW beschermt alleen de pandhouder met een beperkt recht op een vordering die door vermenging tenietgaat.

Biemans wijst er terecht op dat in de parlementaire geschiedenis op art. 3:246 BW de art. 3:81 lid 3 BW en art. 6:161 lid 3 BW naast art. 3:45 BW worden genoemd in het kader van de bescherming van de pandhouder. Een redelijke uitleg van het betoog brengt m.i. mee dat de Minister ter plaatse heeft beoogd om een *algemene* uiteenzetting te geven over de bescherming van de pandhouder. Of, anders gezegd, aangenomen moet m.i. worden dat hij niet heeft beoogd om de in de artikelen 3:81 lid 3 en 6:161 lid 3 BW genoemde bescherming ook in het kader van afstand aan de pandhouder deelachtig te doen worden.^[44.] Daarop wijst m.i. ook dat in art. 3:246 BW een bepaling als art. 3:207 lid 2 BW voor pand ontbreekt.^[45.] Volgens Biemans is deze keuze terecht; een dergelijke regeling zou te ver gaan in de bescherming van de pandhouder en de regeling van pand nodeloos ingewikkeld maken.^[46.]

- 4.19.3** Op het eerste gezicht niet helemaal is helemaal duidelijk waarom de wetgever onderscheid heeft gemaakt tussen de rechthebbende op een beperkt recht op een ander beperkt recht en de pandhouder zelve, wat in art. 3:81 lid 3 BW wél gebeurt, maar dat berust op een soevereine keuze van de wetgever. Ik veronderstel dat de reden is gelegen in de — mogelijk niet ten einde doorgedachte — omstandigheid dat art. 3:81 lid 3 BW ziet op een reeks beperkte rechten en dus niet alleen op pandrechten.^[47.]
- 4.20** Ik mocht reeds de vraag opwerpen of de *actio Pauliana in casu* voldoende bescherming biedt (even afgezien van 's Hofs in cassatie niet bestreden oordeel dat dat niet het geval is). Meer in het algemeen en in zoverre ook met betrekking tot de onderhavige zaak komt daar nog het volgende bij.
- 4.21.1** Art. 3:45 BW beschermt een schuldeiser tegen een benadeling van zijn verhaalsmogelijkheden. In de regel zal bij een afstand van recht sprake zijn van een onverplichte rechtshandeling, waarvan de pandgever en de schuldenaar weten of behoren te weten dat door het verrichten daarvoor de pandhouder wordt benadeeld.^[48.] Voor de *actio Pauliana* in faillissement (art. 42 e.v. Fw) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw aanwezig is wanneer op het moment van het verrichten van de rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kan worden voorzien.^[49.] Dit betreft dus het moment dat een concursus creditorum in zicht komt en een verhaal op het vermogen van de pandgever actueel zou (kunnen) worden. Afstand om niet en de wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar zijn geen vereiste voor het invoeren van de *actio Pauliana* (art. 3:45 lid 1 BW; bij een rechtshandeling anders dan om niet is die wetenschap volgens het tweede lid wel vereist). Als de rechtspraak voldoende soepel omgaat met art. 3:45 BW zal de pandhouder in dit artikel voldoende bescherming vinden tegen een afstand van recht na mededeling van het pandrecht.^[50.]
- 4.21.2** Een groter probleem is m.i. dat de financiële moeilijkheden van de schuldenaar veelal pas later blijken. In de rechtspraak wordt gemeenlijk aangenomen dat de *feitelijke* benadeling moet bestaan op het moment dat de schuldeiser zijn rechten geldend maakt of, als een procedure wordt gevoerd, ten tijde van de rechterlijke beslissing.^[51.] Praktisch gesproken zal dat in een aantal gevallen meebrengen dat de gewezen pandhouder eerst zijn debiteur moet aanspreken omdat de (wetenschap van benadeling) benadeling eerder vaak onvoldoende duidelijk zal zijn. Daarvan uitgaande zou ik niet licht van een anders dan goeddeels papieren (zo men wil: juridisch dogmatisch sluitende, maar voor de dagelijkse praktijk daarmee nog

niet toereikende) bescherming van de pandhouder willen spreken. Maar voldoende bescherming of niet, de wetgever heeft een duidelijke keuze gemaakt.

- 4.22** Volledigheidshalve ga ik nog in op enkele argumenten die in de s.t. van IAE worden aangedragen, voor zover hiervoor nog niet behandeld.
- 4.23** Hiervoor kwamen de artikelen 6:160 en 6:161 BW ter sprake. Betoogd wordt dat uit de parlementaire geschiedenis op deze bepalingen niet blijkt dat de wetgever hier heeft willen afwijken van de regeling van pandrecht op vorderingen. Datzelfde geldt, volgens IAE, eveneens voor de regeling van art. 3:81 lid 3 BW (s.t. onder 17).
- 4.24** Op deze laatste bepaling ben ik al ingegaan. Daarmee resteren de eerste twee artikelen. Het betoog is in zoverre volkomen juist dat de parlementaire geschiedenis zwijgt over pandrechten. Dat niet over pand wordt gerept, behoeft dan ook niet te verbazen. Dat gebeurt elders nadrukkelijk wel, zoals hiervoor onder 4.6.1 en 4.15 geschetst. Daarop loopt het betoog m.i. stuk.
- 4.25** Hoewel, zoals geschetst in voetnoot 31, in de literatuur wel wordt verdedigd, dat de pandgever niet langer bevoegd is om om niet afstand te doen van de vordering (s.t. onder 21, 23 en 30), is dit niet de gangbare opvatting; zie onder 4.16. Het verhaal wordt eentonig: de wetgever heeft een andere keuze gemaakt.
- 4.26.1** Op dit terugkerende thema stuit ook af de — op zich juiste — stelling dat in situaties als de onderhavige in beginsel alleen de pandhouder tot inning bevoegd is (s.t. onder 24).
- 4.26.2** Datzelfde geldt voor de vergelijking met de “zekerheidseigendom” onder het oude recht (s.t. onder 26). Het argument klemmt ook overigens niet. Het is juist dat de MvA II Inv. erop wijst dat, in de bewoordingen van de Minister, “praktisch hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom kan worden bereikt”.^[52.] “Praktisch” geeft aan dat dit niet over de hele linie geldt. Bovendien wordt de positie van de pandhouder in verschillende opzichten versterkt.^[53.] Ook daarom kan een verslechtering op een enkel punt niet de conclusie dragen dat deze niet is beoogd.
- 4.26.3** Als ik het goed zie dan meende Van der Grinten dat de pandhouder sowieso wordt beschermd omdat een parallel kan worden getrokken met de regeling inzake beslag.^[54.] Ook dat betoog zou ik om de vaker genoemde reden niet willen aanvaarden.
- 4.27** Het in de s.t. onder 28 ontwikkelde betoog ontleend aan art. 3:245 BW ziet eraan voorbij dat het hier gaat om een andere kwestie. De wetgever had deze materie anders kunnen regelen, maar de rechter moet geen plaats willen nemen op ’s wetgevers zetel.
- 4.28.1** Ten slotte hamert IAE erop dat ’s Hofs arrest tot een voor haar heel onbillijke uitkomst leidt (s.t. onder 31). Die stelling is, met alle respect, niet zonder meer duidelijk. Het zal voor IAE ongetwijfeld een onaangename verrassing zijn geweest dat zij in appel werd geconfronteerd met de afstand van de vordering door Osata. Maar dat betekent zeker niet, in elk geval niet zonder meer, dat IAE daarmee met lege handen bleef staan. Volgens de eigen stellingen van IAE heeft ze een vordering op Osata, terwijl de verpanding kennelijk diende als zekerheid voor de betaling van deze vordering.^[55.]
- 4.28.2** Voor zover het gaat om de pretense vordering van IAE op Neo-River — de a prima vista eenvoudigste weg om betaling te verkrijgen — valt nog te bedenken dat IAE, volgens het Hof, noch in eerste aanleg noch ook in appel uit de doeken heeft gedaan waarom Neo-River jegens IAE onrechtmatig zou hebben gehandeld (rov. 7). Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden. Ik wil noch behoefte mij daarom te begeven in beoordeling van de vraag of Neo-

River in het licht van alle omstandigheden van dit geval onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van IAE, laat staan in de vraag of hetgeen zij in feitelijke aanleg onder haar vordering heeft geschoven voldoende basis zou vormen voor onrechtmatig handelen van Neo-River ten opzichte van IAE.

- 4.29** *Onderdeel 1.2* verwijt het Hof te hebben voorbij gezien aan de stelling van IAE dat een afstand van recht niet ten opzichte van haar werkt. Bovendien heeft het Hof miskend dat de rechter op grond van art. 25 Rv ambtshalve de rechtsgronden dient aan te vullen. Voor zover 's Hofs oordeel op deze onjuiste overweging is gegrond, zou het getuigen van een onjuist rechtsopvatting.
- 4.30** Erg helder is de klacht niet. Met name is niet goed duidelijk of het, in de visie van de steller, gaat om een motiverings- of om een rechtsklacht.
- 4.31** Als ik het goed zie dan scharniert de — niet nader toegelichte — klacht om de stelling dat IAE zou hebben betoogd dat de afstand van recht niet te haren opzichte werkt.
- 4.32.1** Het onderdeel is blijkens voetnoot 10 van de cassatiedagvaarding gestoffeerd met de volgende verwijzingen:
- a. rov. 12 van het bestreden arrest;
 - b. het proces-verbaal van de pleidooizitting;
 - c. de mvg onder 2.
- 4.32.2** Voor zover wordt verwezen naar de mva is dat niet begrijpelijk omdat het daarin luce clarius niet gaat om stellingen van IAE.
- 4.33.1** Het is juist dat het Hof in rov. 12 een betoog van IAE verwoordt dat een aanzet geeft tot hetgeen in het onderdeel te berde wordt gebracht. Maar een niet onbelangrijk element ontbreekt daarin: de werking van de afstand *ten opzichte van IAE*. In het p.v. van de “pleidooizitting” is over het zojuist genoemde element niets te vinden, nog daargelaten dat IAE de afstand betwistte. Ook in de mvg onder 2 kan ik op dit punt niets nuttigs vinden.
- 4.33.2** Bij deze stand van zaken is gerede twijfel mogelijk over de feitelijke grondslag van de klacht. 's Hofs op een aan hem als feitenrechter voorbehouden interpretatie van de gedingstukken berustende oordeel acht ik dan ook niet onbegrijpelijk. Maar het is wel een grensgeval omdat ik met IAE meen dat zeer wel mogelijk — en m.i. ook meer voor de hand liggend — was geweest om het “ontbrekende element” wel in haar betoog te lezen.
- 4.34.1** Hoe dit ook zij: het Hof is aan het slot van rov. 17, in zijn visie ten overvloede, ingegaan op de door het onderdeel genoemde stelling. Deze stelling wordt verworpen. Het onderdeel behelst op dat punt geen voldoende houvast biedende rechtsklacht.
- 4.34.2** Zou in het onderdeel wél een toereikende rechtsklacht tegen 's Hofs rechtsoordeel worden gelezen, zou zij falen op de hiervoor ampel besproken gronden.
- 4.35** Het middel mondt nog uit in een “veegklacht” die ertoe strekt dat bij gegrond bevinden van één of meer van de hiervoor besproken klachten ook de grondslag komt te ontvallen aan de voortbouwende rov. 21 en 23. Deze klacht wordt meegezogen in de val van haar voorgangers.

5. Afronding

- 5.1** Het cassatieberoep stelt een principiële vraag aan de orde. Over het antwoord kan men verschillend denken, afhankelijk van de mate waarin de rechter zich wil richten naar een uitdrukkelijk door de wetgever gemaakte keuze of een weging van de (ook) in mijn ogen niet steeds even klemmende onderbouwing van het betoog. Ook uit overwegingen van interne

consistentie zijn de door de wetgever gemaakte keuzes zeker niet dwingend.

- 5.2** Mede omdat het hier gaat om goederenrecht waar rechtszekerheid bij uitstek wenselijk is, lijkt mij de beste oplossing om aansluiting te zoeken bij de door de wetgever welbewust en uitdrukkelijk gemaakte keuze. In dat geval falen de klachten.
- 5.3** Maar er is ook een inhoudelijke grond. Wanneer een rechter tot de slotsom komt dat sprake is van inconsistente regelgeving (of inconsistent handelen) is daarmee nog niet gezegd welke regeling (of welk handelen) dan de maat moet zijn (of worden). Vergelijkbare en doorgaans netelige vragen rijzen bijvoorbeeld in het kader van beweerde ongelijke behandeling. Deze kan men rechte trekken door een persoon of groep personen een bepaald recht toe te kennen, maar ook om de voordelen bij anderen weg te halen. In zaken als de onderhavige is het de taak van de wetgever om dergelijke keuzes te maken, tenzij er klemmende redenen voor de rechter zijn om “in te grijpen”. Redenen kan ik, met IAE, bedenken, maar voldoende klemmend acht ik ze niet.
- 5.4** Ten slotte: zou de rechter een keuze als bedoeld onder 5.3 willen maken, dan moet hij kiezen voor een bepaald perspectief: dat van de pandhouder of van de pandgever. De te maken keuze hangt dan (mede) af van het belang dat wordt gehecht aan een vlot en soepel verlopend “leningen-circuit”. Keuzes waarmee Uw Raad al bijna honderd jaar heel vertrouwd is. Zelf heb ik op dit punt geen uitgesproken opvattingen en al helemaal geen opvatting die ik voldoende zou kunnen funderen.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 307574/HA ZA 08-1000 van de Rechtbank 's-Gravenhage van 22 oktober 2008 en 13 januari 2010;
- b. het arrest in de zaak 200.084.079/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 30 oktober 2012.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft IAE beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Neo-River heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

- (i) Neo-River fabriceert sinds 1993 het voedingssupplement FPP, dat in Europa wordt verkocht onder de naam “Immun’Âge”. Met het oog op de distributie van FPP in Europa heeft de directeur en enig aandeelhouder van Neo-River, Y. Hayashi, samen met onder meer J.H. van Haaften, (thans) Osata Europe Ltd.(hierna: Osata) opgericht. Neo-River heeft met Osata een distributieovereenkomst gesloten, waarbij aan Osata voor (een groot deel van) het grondgebied van Europa het exclusieve recht van distributie van FPP is verleend. Deze overeenkomst is in 2004 vernieuwd voor een termijn van vijf jaar.
- (ii) Op 1 maart 2003 heeft Osata een ‘subdistributieovereenkomst’ gesloten met IAE voor het hele gebied waarvoor zij zelf tot distributeur was benoemd.
- (iii) Bij brief van 9 september 2006 heeft Neo-River de distributieovereenkomst met Osata voortijdig beëindigd wegens wanprestatie van Osata.
- (iv) Osata heeft de geldigheid van de beëindiging van de distributieovereenkomst betwist. Bij brief van 27 oktober 2006 heeft zij Neo-River aansprakelijk gesteld voor de schade die zij zou lijden ten gevolge van het niet-nakomen van de distributieovereenkomst.
- (v) In november 2007 heeft Osata, ter verzekering van de vordering die IAE op haar heeft in verband met het feit dat Osata sinds september 2006 niet aan haar verplichtingen uit de subdistributieovereenkomst heeft voldaan, een stil pandrecht aan IAE verleend op de ‘claim’ die Osata op Neo-River heeft wegens de ‘default’ van Neo-River onder de distributieovereenkomst. In de pandakte is een rechtskeuze gemaakt voor Nederlands recht.
- (vi) De pandakte is op 6 december 2007 geregistreerd bij de belastingdienst.
- (vii) Op 8 december 2010 — na het vonnis in eerste aanleg in deze procedure — is van de verpanding mededeling gedaan aan Neo-River.

3.2 Osata en IAE vorderen in deze procedure schadevergoeding van Neo-River wegens wanprestatie daarin gelegen dat Neo-River de distributieovereenkomst niet meer nakomt. In reconventie heeft Neo-River van haar kant schadevergoeding wegens wanprestatie gevorderd van Osata en IAE. De rechtbank heeft de vorderingen van Osata en IAE afgewezen, die van Neo-River tegen Osata toegewezen tot een bedrag van Japanse Yen 50.308.200 en de vorderingen van Neo-River voor het overige afgewezen.

3.3.1 Osata en IAE hebben hoger beroep ingesteld. Na een bestuurswisseling op 9 december 2010 — waarbij de hiervoor in 3.1 onder (i) genoemde J.H. van Haaften als enig bestuurder is vervangen door de advocaat van Neo-River — heeft Osata besloten het hoger beroep niet door te zetten en te berusten in het vonnis van de rechtbank. Zij heeft daarom geen grieven aangevoerd tegen het vonnis van de rechtbank.

3.3.2 In het door IAE ingestelde hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

- (a) De vorderingen van Osata en IAE zijn daarop gebaseerd dat Neo-River wanprestatie heeft gepleegd door de distributieovereenkomst op 9 september 2006 te beëindigen. Die

beëindiging leverde echter geen wanprestatie op jegens IAE nu er geen contractuele relatie bestond tussen Neo-River en IAE. IAE heeft geen stelling betrokken die kan worden opgevat als strekkend ten betoge dat Neo-River door de beëindiging onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. (rov. 6-7)

- (b) IAE heeft zich voor haar vordering mede beroepen op haar pandrecht op de schadevergoedingsvordering van Osata op Neo-River. In de proceshouding van Osata, het niet-doorzetten van het hoger beroep en het uitdrukkelijk berusten in het vonnis van de rechtbank, ligt echter een afstand van die vordering besloten als bedoeld in art. 6:160 BW. Die afstand is door Neo-River aanvaard als bedoeld in dat artikel. (rov. 11)
- (c) Het betoog van IAE dat die afstand niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, nu voordien reeds haar pandrecht aan Neo-River was medegedeeld en Osata daardoor ten tijde van de afstand niet meer over de vordering kon beschikken, is ongegrond. Blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 3:246 BW blijft ook na mededeling van het pandrecht de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke bij de pandgever. Dat geldt dus ook voor het doen van afstand van recht met betrekking tot de vordering. (rov. 12-14)
- (d) IAE betoogt voorts tevergeefs dat de afstand paulianeus is geweest. IAE heeft de pauliana niet op de juiste wijze ingeroepen en haar beroep daarop evenmin naar behoren onderbouwd. (rov. 18)

3.4 Het middel bestrijdt uitsluitend het oordeel van het hof dat hiervoor in 3.3.2 onder (c) is weergegeven. Het betoogt dat de mededeling van het pandrecht aan de schuldenaar tot gevolg heeft dat de pandgever onbevoegd wordt om afstand van de verpande vordering te doen. Het wijst daartoe op het absolute karakter van het pandrecht, waardoor latere beschikkingshandelingen verricht door de pandgever niet aan de pandhouder kunnen worden tegengeworpen, ook niet door derden.

3.5.1 Het pandrecht is een beperkt recht waarmee het goed waarop het wordt gevestigd, wordt bezwaard (art. 3:227 lid 1 BW en art. 3:8 BW). Het pandrecht gaat derhalve in beginsel teniet door het tenietgaan van het recht waaruit het is afgeleid (art. 3:81 lid 2, aanhef en onder a, BW). Dat geldt ook als het pandrecht is gevestigd op een vordering en die vordering tenietgaat door afstand als bedoeld in art. 6:160 BW.

Door de vestiging van een beperkt recht op een vordering gaan de aan die vordering verbonden schuldeisersbevoegdheden niet zonder meer over op de beperkt gerechtigde. Of en in hoeverre dit het geval is, hangt af van de wettelijke regeling van het desbetreffende beperkte recht. Voor pand en vruchtgebruik kent de wet in dit verband verschillende regelingen, in art. 3:246 BW onderscheidenlijk art. 3:210 BW. Ook voor beslag geldt in dit verband een eigen regeling, in art. 475h lid 1 Rv.

Art. 3:246 lid 1 BW houdt in dat, indien het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Na die mededeling is de pandhouder ook bevoegd tot opzegging wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt (art. 3:246 lid 2 BW). Andere schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de vordering kent de wet de pandhouder niet toe, zodat moet worden aangenomen dat deze bij de pandgever blijven rusten. De pandgever blijft derhalve bevoegd handelingen te

verrichten zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een tot schadevergoeding. Voorts blijft de pandgever bevoegd tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspuit, hetgeen eveneens gevolgen voor de vordering heeft of kan hebben.

- 3.5.2** Vorenstaande regeling berust, zoals het hof terecht heeft overwogen, op een bewuste keuze van de wetgever, waaraan ten grondslag ligt dat genoemde bevoegdheden bij de pandgever behoren te blijven nu deze zijn rechten en belangen diepgaand treffen en de pandhouder slechts in het verpande is geïnteresseerd, voor zover dit hem zijn vordering waarborgt. De pandgever kan immers groot belang erbij hebben om in de verhouding tot zijn schuldenaar of contractuele wederpartij bedoelde bevoegdheden te kunnen uitoefenen en daarvoor niet afhankelijk te zijn van de toestemming van de pandhouder of een machtiging van de kantonrechter (vgl. art. 3:246 lid 4 BW). De wetgever heeft de pandhouder voldoende beschermd geacht tegen benadeling in het belang dat hij bij het verpande heeft door de mogelijkheid de desbetreffende rechtshandeling te vernietigen op de voet van art. 3:45 BW (zie voor het vorenstaande Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773, aangehaald door het hof in rov. 13 en 17).

Opmerking verdient dat weliswaar de stelplicht en bewijslast van onder meer de op grond van art. 3:45 BW vereiste benadeling in de verhaalsmogelijkheden op de schuldeiser rusten, maar dat bij verlies van een pandrecht in beginsel kan worden aangenomen dat van die benadeling sprake is. Art. 3:45-47 BW bevatten voorts andere regels en bewijsvermoedens waarmee tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de pandhouder. Onder omstandigheden staat de pandhouder bovendien een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering ten dienste.

- 3.5.3** Het doen van afstand als bedoeld in art. 6:160 BW behoort tot de hiervoor, aan het slot van 3.5.1 bedoelde bevoegdheden. Mitsdien is het oordeel van het hof juist en het middel ongegrond.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt IAE in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Neo-River begroot op € 6275,34 aan verschotten en € 2200 voor salaris.

Noot

Auteur: H.J. Snijders

1. Kort gezegd komt de casus hierop neer. Osata verpandt een vorderingsrecht op Neo-River aan IAE. De verpanding wordt aan de panddebiteur meegedeeld. Pandhouder en pandgever entameren een procedure tegen de panddebiteur over dit vorderingsrecht. Zij worden beiden door de rechtbank in het ongelijk gesteld en gaan daartegen in appel. De pandgever zet dat appel niet door. Het hof legt dit uit als een afstand van het vorderingsrecht als bedoeld in art. 6:160 BW (zie r.o. 4 jo. 9 jo. 11 van

het hof). Tot een dergelijke afstand is de pandgever bevoegd, aldus het hof onder verwijzing naar art. 3:246 BW en de parlementaire geschiedenis op deze bepaling (r.o. 13 van het hof). Is dat laatste juist (zo luidt de enige vraag in cassatie)?

2. Ja, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5, met dezelfde argumenten als het hof in het arrest a quo.
3. Op deze beslissing valt op zichzelf, als men de rechtspolitieke afweging van de belangen van pandgever en pandhouder volgt (waarover later meer), niets af te dingen.

Het door eiseres (pandhouder) in cassatie aangevoerde argument pro een andere beslissing, luidde dat de pandgever door de mededeling van het pandrecht aan de panddebiteur de bevoegdheid verliest om afstand van het verpande vorderingsrecht te doen vanwege het absolute karakter van het pandrecht waardoor latere beschikkingshandelingen door de pandgever niet aan de pandhouder kunnen worden tegengeworpen. Voor dit argument kan enige steun worden gevonden in de literatuur (vgl. noot 31 van A-G Spier in zijn conclusie voor dit arrest). Toch komt het mij niet valide voor. Beschikking over een goed behelst in de hier aan de orde zijnde context van het goederenrecht een vervreemding of bezwaring van dat goed. Een overdracht of bezwaring van de verpande vordering zou de pandhouder inderdaad niet hebben geregardeerd (behoudens derdenbescherming), maar daar is hier geen sprake van. Zie ook J.L. Sniijders, *FIP* 2012, p. 164-165, in afwijking van enige andere door hem aangehaalde schrijvers.

Kan afstand van een goed dan in het geheel geen beschikkingshandeling zijn? Wie art. 3:98 BW leest, ziet dat de wetgever de afstand van een beperkt recht op een goed over één kam scheert met een overdracht of bezwaring van een dergelijk goed. Blijkens de parlementaire geschiedenis (TM, PG Boek 3, p. 404) — zo ook bijvoorbeeld *Goederenrecht* (E.B. Rank Berenschot), Kluwer: Deventer 2012, nr. 479 — wordt een afstand van een beperkt recht op een goed beschouwd als een figuur die gelijkgeschakeld kan worden met een overdracht van een beperkt recht op een goed door de beperkt gerechtigde aan de rechthebbende van dat goed en in die zin kan deze dan ook beschouwd worden als een beschikkingshandeling. Zelfs in die zin is in onze casus echter geen sprake van een beschikking. Er is geen sprake van een afstand van een beperkt recht op een goed, maar van afstand van een vorderingsrecht. Ook afgezien daarvan is er geen sprake van afstand in die zin: de pandgever doet hier geen afstand van zijn goed (zoals bij stoffelijke vermogensobjecten het geval zou zijn bij een res derelicta) maar (om de parallel maar terminologisch door te zetten) vernietigt dat goed. Zie andermaal ook Sniijders t.a.p. in afwijking van enige andere door hem aangehaalde schrijvers.

De vraag is dan dus of de pandgever tot een dergelijke vernietiging, in casu door afstand van het vorderingsrecht, uit andere hoofde onbevoegd is. Die vraag konden het hof en de Hoge Raad dus met de tekst en de geschiedenis van art. 3:246 BW in de hand en overeenkomstig de meerderheid van de schrijvers, ontkennend beantwoorden. Zie voor de relevante geschiedenis PG Boek 3, p. 772-773 waarover r.o. 13 van het hof; zie voor de literatuur hieromtrent noot 30-31 van de conclusie A-G.

Iets anders is of die tekst en geschiedenis van art. 3:246 BW wel overtuigen. De tekst vermeldt uitdrukkelijk enkele bevoegdheden die aan de pandhouder toekomen. A contrario geredeneerd blijven andere bevoegdheden bij de pandgever berusten. Logisch gezien is de redenering a contrario echter even (in)valide als de redenering per analogiam. Wetshistorisch gezien is die redenering a contrario wel verantwoord; in het bijzonder de kwijtschelding — een afstand om baat of om niet onder het oud BW — wordt genoemd als een van de handelingen die voorbehouden blijven aan de pandgever. De vraag is echter of de wetshistorische argumenten ter zake wel

overtuigen. De Tweede Kamer had gevraagd of het niet wenselijk zou zijn in de wet te bepalen 'dat de pandgever niet bevoegd is tot het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke handelingen' (VVII, PG Boek 3, p. 772). Hierop antwoordt de regering (MvAll, PG Boek 3, p. 773): "In het algemeen behoort de bevoegdheid tot het verrichten van deze rechtshandelingen die de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen, bij de pandgever te blijven." De Minister van Justitie motiveert dit t.a.p. als volgt: "Anders dan b.v. bij het vruchtgebruik het geval is, is de — immers niet tot genot gerechtigde en in beginsel evenmin beheer voerende — pandhouder alleen in het aan hem verpande geïnteresseerd, voor zover dit hem zijn vordering waarborgt. Slechts bevoegdheden die dit belang dienen — men zie b.v. het vierde (thans tweede) lid —, behoren hem mitsdien te worden toegekend." Ik zou menen dat hem dan a fortiori bevoegdheden zouden dienen toe te komen die voorkomen dat zijn belang bij waarborging van zijn vordering geschaad wordt, zoals — inderdaad — bevoegdheden tot (toestemming voor) 'het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke handelingen.' Het onderhavige geval illustreert dit. Pandgever Osata komt min of meer in handen van panddebiteur Neo-River. Die twee kunnen het vervolgens gemakkelijk — om het eens huiselijk te zeggen — op een akkoordje gooien, waardoor de pandhouder het nakijken heeft. Dit was voorkomen bij overheveling van betrokken bevoegdheden aan de pandhouder. Iets anders is natuurlijk dat de pandgever er belang bij heeft of kan hebben om die bevoegdheden te houden. De vraag is vervolgens welk belang het zwaarst weegt. Die afweging heeft de wetgever kennelijk ten gunste van de pandgever gemaakt. Zelf had ik die afweging bij openbaar pand anders gemaakt. Zodra mededeling is gedaan van de verpanding aan de pandhouder en het zekerheidsrecht dus echt — bij wijze van spreken — menens wordt, ook in die zin dat de incassobevoegdheid op de pandhouder overgaat, gaat het niet aan dat de pandgever nog eenzijdig, zonder instemming van de pandhouder, allerlei voor de verpande vordering negatieve handelingen kan verrichten. De wetgever had hier beter kunnen aansluiten bij de regels voor afstand van beslagen vorderingen: afstand van een beslagen vordering kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen, aldus art. 475h Rv (jo. art. 720 Rv voor het conservatoire beslag).

Dat de pandhouder nu slechter af is dan een cessionaris valt nog te billijken als men bedenkt dat bij cessie, anders dan bij pand, de vordering overgaat op een ander: anders dan de cessionaris krijgt de pandhouder niet de positie van schuldeiser. Dat de beslaglegger er in zekere zin nu beter aan toe is dan de pandhouder, laat zich bezwaarlijk onderbouwen, maar het is niet anders. Ik kom hier later nog wel even op terug.

4. Als doek(je) voor het bloeden houden het hof en de Hoge Raad aan de pandhouder de actio pauliana ex art. 3:45 e.v. BW voor, dit weer mede in het licht van de wetsgeschiedenis. De Hoge Raad helpt de pandhouder op dit punt verder door aan te geven 'dat weliswaar de stelplicht en bewijslast van onder meer de op grond van art. 3:45 BW vereiste benadeling in de verhaalsmogelijkheden op de schuldeiser rusten, maar dat bij verlies van een pandrecht in beginsel kan worden aangenomen dat van die benadeling sprake is.'

Deze zinsnede valt te duiden als een bewijsvermoeden naar ongeschreven recht. Hoe ver strekt dit jurisprudentiële vermoeden ten aanzien van de feiten zich uit? Ik houd het erop dat de Hoge Raad hier niet alleen doelt op feiten die duiden op de benadeling zelf maar ook op feiten die duiden op de wetenschap — het weten of behoren te weten — van de benadeling (gegeven dat het hier gaat om verpandingen die al aan de panddebiteur zijn meegedeeld, zal deze overigens in de regel ook zelf weten of behoren te weten van die benadeling). G.G. Boeve en S. Jansen

lijken in hun noot (Tvl 2014/24) evenals R.M. Wibier, *MvV* 2014, p. 259 e.v., een andere opvatting toegedaan te zijn, maar beargumenteren die niet. Dat hoeft ook niet, zou men kunnen zeggen met de tekst van r.o. 3.5.2 i.f. in de hand. Toch zou ik die ruimhartige uitleg van het door de Hoge Raad aangegeven bewijsvermoeden willen handhaven. Ik lees de overweging van de Hoge Raad als een weging van de belangen van de pandhouder en een tegemoetkoming daaraan, nadat hij de meeste rechtshandelingen met betrekking tot het verpande vorderingsrecht zonder voorbehoud aan de pandgever heeft willen overlaten. Ik denk dan ook dat hij de pandhouder dat extra duwtje in de rug heeft willen geven door het vermoeden van benadeling uit te laten strekken tot de wetenschap van die benadeling (ook al is dat inderdaad veelal maar een beperkt duwtje).

Deze beslissing geldt m.i. ook voor de faillissementspauliana van art. 42 e.v. Fw, waarbij het gaat om een door de curator ingestelde actie.

Overigens geldt zowel voor de algemene pauliana als voor de faillissementspauliana dat de wet voor sommige situaties al enige bewijsvermoedens in dezelfde richting kent als thans door de Hoge Raad voorzien voor de afstand van een verpand vorderingsrecht. Verder valt te bedenken dat een jurisprudentieel vermoeden niet de bewijslast verandert maar slechts verlicht en dat het altijd kan worden ontzenuwd door tegenbewijs.

5. Naast de actio pauliana noemen hof en Hoge Raad ook nog de mogelijkheid van een actie uit onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. Ik zou menen dat bij een dergelijke actie mutatis mutandis ook de bewijsvermoedens inroepbaar zouden moeten zijn die door de pandhouder vallen in te roepen bij een actio pauliana. Iets anders is dat in situaties als de onderhavige vaak de toe te wijzen schadevergoeding niet verhaalbaar zal blijken te zijn.
6. Al met al staat, hoe men ook denkt over de rechtspolitieke afweging die gemaakt is tussen het belang van de pandgever en het belang van de pandhouder, nu wel onomstotelijk vast, gelet op dit arrest in het voetspoor van de tekst en de geschiedenis van art. 3:246 BW, dat een pandgever de bevoegdheid tot afstand van het verpande vorderingsrecht toekomt en dat dit ook geldt voor andere niet in art. 3:246 BW genoemde bevoegdheden die normaliter aan de schuldeiser toekomen.
7. Gaat het hier om dwingend recht of slechts om regelend recht? Met andere woorden: valt hier niet contractueel van af te wijken ten gunste van de pandhouder?

Veel aanwijzingen voor het antwoord op de vraag of art. 3:246 BW in de a contrario uitleg van dwingend of regelend recht is, heb ik niet kunnen vinden. In het algemeen laat zich aannemen dat bepalingen inzake de inhoud van beperkte rechten dwingend zijn. Zie de TM, PG Boek 5, p. 3 (voor zakelijke rechten) en nader bijvoorbeeld T.H.D. Struycken, *Numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, par. 6.4-6.5 en/of p 382-386. De wetsgeschiedenis geeft in casu echter wel enig aanknopingspunt voor de kwalificatie als regelend recht. Ten aanzien van het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en dergelijke handelingen wordt van regeringszijde als gezegd immers gesteld: “In het algemeen (curs. HJS) —behoort de bevoegdheid tot het verrichten van deze rechtshandelingen die de rechten en belangen van de pandgever diepgaand treffen, bij de pandgever te blijven”. Deze passage lijkt ruimte te laten voor contractuele afwijkingen. Nu gaat het hier om contractuele afwijkingen waarbij beoogd wordt werking te verwezenlijken ten nadele van derden — in het bijzonder panddebiteuren — en kunnen de gecursiveerde woorden van regeringszijde eventueel ook een andere betekenis hebben dan die van de standaard behoudens afwijking bij overeenkomst. Ik blijf daarom enige aarzeling houden. Natuurlijk gaat het ook hier in wezen om een rechtspolitieke vraag, maar dan een vraag waarop de wetgever geen heel duidelijk antwoord geeft. Ik neig intussen wel tot de kwalificatie als regelend

recht. Ik zou aspirant-pandhouders reeds hierom in overweging willen geven die afwijkingen te stipuleren (zie ook T.B. de Clercq, *Bb* 2014/62). Een andere grond hiervoor is deze dat men aldus zou kunnen bewerkstelligen dat de pandgever die de contractuele bevoegdheidsverdeling trotseert, aangesproken kan worden tot schadevergoeding wegens wanprestatie ex art. 6:74 BW, al zal de verhaalbaarheid van de schade hier, evenals bij een vordering ex art. 6:162 BW, vaak een probleem vormen.

8. Zekerheidshalve kan de aspirant-pandhouder er, hoe dan ook, goed aan doen een 'fall back' te arrangeren door ten aanzien van die contractuele afwijkingen een privaatieve volmacht te bedingen op de voet van art. 7:423-7:424 BW. Zekerheidshalve kan hij er ook goed aan doen de panddebiteur van die privaatieve volmacht zo spoedig mogelijk — in de praktijk vermoedelijk veelal ter gelegenheid van de mededeling van het pandrecht aan de panddebiteur — op de hoogte te stellen, teneinde een eventueel beroep op derdenbescherming zijnerzijds op de voet van art. 7:423 lid 1 (jo. 7:424) BW op voorhand te pareren. Die privaatieve volmacht eindigt overigens in geval van faillissement van de volmachtgever en nog in een aantal andere gevallen vermeld in art. 7:422 BW, uitzonderingen op de voet van art. 7:423 lid (jo. 7:424) BW daargelaten.
9. Ten slotte memoreer ik nog eens de veel riantere positie van de beslaglegger, zoals beschreven in nr. 2 supra. De pandhouder zou er bij belangen die er echt toe doen voor kunnen kiezen om zekerheidshalve (conservatoir) beslag te leggen op een verpande vordering.

Voetnoten "Voorgaande uitspraak"

- [1.] Rov. 8 en 12 van het Arrest. Zie ook memorie van grieven, nummer 25 en productie 70; memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel appel, nummer 7.
- [2.] In het Arrest spreekt het Hof telkens per abuis over 'Osata'.
- [3.] Rov. 11 van het Arrest.
- [4.] Rov. 11 van het Arrest.
- [5.] Rov. 8 en 12 van het Arrest. Zie ook memorie van grieven, nummer 25 en productie 70; memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel appel, nummer 7.
- [6.] Rov. 8 van het Arrest.
- [7.] Rov. 12 van het Arrest en het proces-verbaal van de pleidooizitting d.d. 17 september 2012. Zie over de afstand van recht en/of berusting door Osato op 9 december 2010 ook: rov. 11 van het Arrest; memorie van grieven, nummer 2; memorie van antwoord in principaal appel tevens van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel, nummer 7; memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel appel, nummer 2.
- [8.] Rov. 8 en 12 van het Arrest. Zie ook memorie van grieven, nummer 25 en productie 70; memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel appel, nummer 7.
- [9.] Rov. 8 van het Arrest.
- [10.] Rov. 12 van het Arrest en het proces-verbaal van de pleidooizitting d.d. 17 september 2012. Zie over de afstand van recht en/of berusting door Osato op 9 december 2010 ook: rov. 11 van het Arrest; memorie van grieven, nummer 2; memorie van antwoord in principaal appel tevens van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel, nummer 7; memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel appel, nummer 2.

Voetnoten "Conclusie"

- [1.] Ik geef de feiten iets uitvoeriger weer dan met het oog op de cassatieklachten strikt nodig. De uitvoerige weergave biedt m.i. een beter zicht op de context van het geschil. Deze context is, als ik het goed zie, de feitelijke kern van het geschil, of — iets juister — geeft aan waarom in de visie van IAE 's Hofs benadering tot een onwenselijke uitkomst leidt. De klachten zijn de juridische vertaling daarvan. Een deel van de door de Rechtbank vastgestelde feiten wordt niet vermeld omdat deze er thans niet meer toe doen.
- [2.] Ik houd in deze conclusie de spelling van het Hof aan waar het de naam van Osata betreft.

- [3.] Ik vermeld hier de weergave door het hof; deze wijkt af van de niet helemaal duidelijke weergave van de rechtbank in rov. 2.3.
- [4.] Zie rov. 2 van het bestreden arrest.
- [5.] Zie voor uitwerking rov. 3.2.
- [6.] Zie nader rov. 4.2 van het vonnis in prima.
- [7.] Rov. 4.4-4.7.
- [8.] Hetgeen door Neo-River in de mva is aangevoerd, is betrekkelijk abstract en gaat slechts op een deel van de stellingen in de mvg in. De rest zou er, volgens Neo-River, niet toe doen (o.m. mva onder 64).
- [9.] Voor de goede orde merk ik op dat Neo-River niet alle feitelijke stellingen van IAE heeft bestreden.
- [10.] Het middel rept van 'Osato' (de spelling van de Rechtbank) ipv 'Osata' (spelling van het Hof). Zoals al vermeld, houd ik 's Hofs spelling aan.
- [11.] In dat verband wordt gewezen op PG Boek 3, MvA II, p. 770; HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, *NJ* 1996/471, m.nt. WMK, rov. 3.4.3; art. 475h Rv.
- [12.] Art. 3:81 lid 2 aanhef en onder a BW; zie voorts A. Steneker, *Pandrecht*, Mon. BW B12a, p. 84.
- [13.] *Goederenrecht* (2012), nr. 547.
- [14.] HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, *NJ* 1996/471, m.nt. WMK en HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3387, *NJ* 2003/194, m.nt. WMK.
- [15.] M.P. van Achterberg, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen*, Mon. Nieuw BW B44 (1999), nr. 88 en de nieuwe druk van deze monografie verzorgd door R.M. Wibier (2009), nr 74-75. Zie ook GS *Verbintenissenrecht* (Mellema-Kranenburg), art. 6:160 BW, aant. 54.
- [16.] PG Boek 3 BW, p. 772.
- [17.] Idem p. 772 en 773.
- [18.] PG Boek 3 BW, p. 773.
- [19.] PG Boek 3 p. 657.
- [20.] Zie in vergelijkbare zin T.J. Mellema-Kranenburg, *NTBR* 2013/35, p. 302.
- [21.] PG Boek 3 p. 773.
- [22.] Natuurlijk weet ik dat er gevallen zijn (geweest) waarin Uw Raad van de wet(sgeschiedenis) is afgeweken; ook zelf heb ik in voorkomende gevallen een lans gebroken voor een vrijmoedige wetsinterpretatie. Doorgaans geschiedde dat omdat de in de wet(sgeschiedenis) verankerde rechtsregel niet meer voldeed aan de eisen van de tijd en/of niet meer strookte met de maatschappelijke opvattingen. In de literatuur heb ik hieromtrent niets aangetroffen. Wél onvrede met de door de wetgever gemaakte keuze, maar die onvrede houdt vooral verband met de in de ogen van sommige auteurs onnodige en onwenselijke inconsistentie van de wettelijke regeling voor aanpalende kwesties.
- [23.] Thans art. 3:213 BW.
- [24.] PG Boek 3, p. 657.
- [25.] PG Boek 3 p. 773.
- [26.] Zie nader Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, nr. 473-474.
- [27.] Zie PG Boek 3, p. 773 door het Hof geciteerd in rov. 17.
- [28.] Thans art. 3:81 BW.
- [29.] Vervallen en later overgeheveld naar art. 6:2.4.14b; zie PG Boek 6 p. 484.
- [30.] Zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/319; T&C Burgerlijk Wetboek (2011), art. 3:246 BW, aant. 6 (Huijgen); J.W.A. Biemans, a.w., nrs. 473 en 769; losbl. *Vermogensrecht* (P.A. Stein), art. 3:246 BW, aant. 23.4; T.J. Mellema-Kranenburg, *Afstand van vorderingen, een kwestie van clementie?*, *NTBR* 2013/35, p. 303 alsmede in losbl. *Verbintenissenrecht*, art. 6:160 BW, aant. 11; Steneker, a.w., nr. 55; Verdaas, a.w., nr. 350 en 351 behoudens zijn relativering in de tweede alinea van nr. 351; R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht*, Mon. Nieuw BW A6a (1992), nr. 22).
- [31.] W.C.L. van der Grinten, *Boekbeschuwing Asser/Hartkamp, Verbintenissenrecht deel I, De Verbintenis in het algemeen*, *RM Themis* 1993, p. 458. R.M. Wibier, mon. BW B44 (2009), nr. 75 in fine, acht verdedigbaar dat afstand van een vordering die is verpand of waarop een vruchtgebruik is gevestigd niet mogelijk is zonder toestemming van de inningsbevoegde pandhouder of vruchtgebruiker. Zolang evenwel de inningsbevoegdheid bij de pandgever of de vruchtgebruiker berust, wordt de schuldenaar beschermd in zijn vertrouwen dat deze tot afstand bevoegd was gebleven. In deze laatste setting werkt de afstand dan ook jegens een daardoor benadeelde (stil) pandhouder of vruchtgebruiker, aldus Wibier. Verdaas (*Stil pandrecht en vorderingen op naam*, nr. 351) meent, met Van Rongen (in S.C.J.J. Kortmann, *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*), dat de pandhouder een verdergaande bescherming (dan de Pauliana) geniet. Door afstand van zijn vordering te doen, beschikt de pandgever daarover in goederenrechtelijke zin. Zo'n beschikking kan aan de pandhouder met een ouder recht op de vordering niet worden tegengeworpen, tenzij hij met de afstand heeft ingestemd. Anders dan Rongen, is Verdaas van mening dat aan een

pandrecht op een vordering de “fixerende werking” zoals bij beslag, eerst toekomt vanaf het moment dat daarvan mededeling is gedaan aan de schuldenaar. Met Rongen is hij van mening dat afstand van een vordering, behoudens een geslaagd beroep op derdenbescherming door de schuldenaar, ook niet aan de pandhouder kan worden tegengeworpen als het pandrecht op het moment waarop afstand wordt gedaan nog een stil pandrecht is, om de genoemde reden dat het doen van afstand het oudere goederenrechtelijke recht van de pandhouder in beginsel onaangetast laat. Overigens is Verdaas niet geheel consequent/consistent. In nr. 446 wordt immers betoogd dat de pandhouder “zonder meer” is gebonden aan een door de pandgever getroffen minnelijke regeling voordat de pandhouder inningsbevoegd is geworden; in nr. 356 wordt een mij niet goed duidelijk onderscheid gemaakt tussen afstand en wijzigen van een overeenkomst door de pandgever, ook wanneer door de wijziging nadeel voor de pandhouder ontstaat; zie voorts ook nr. 339 en 340. Ook Biemans, Rechtsgevolgen van stille cessie, wijst op het weinig consistente betoog van Verdaas: nr. 474.

[32.] HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8357, *NJ* 2001/272, m.nt. PvS.

[33.] Rov. 3.3 onder verwijzing naar een eerder arrest.

[34.] Mogelijk lees ik teveel in het in de tekst besproken arrest en ligt de nadruk op de wetenschap en niet op de aanwezigheid van slechts een kans; zie ook de — als steeds interessante en prikkelende — noot van Van Schilfgaarde.

[35.] Vaste rechtspraak sinds HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. PAS.

[36.] Zie nader hierna onder 4.21.

[37.] In HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *RvdW* 2013/85 worden beide leerstukken van elkaar onderscheiden.

[38.] HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, *RvdW* 2013/762; zie onder veel meer J.C.J. Wouters Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht *WPNR* 2013(6973) en 2013(6974); C.J.M. Klaassen, Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille, *AV&S* 2013/14; A.J. Akkermans en Chr.H. van Dijk, Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken, *AV&S* 2012/17; V.M. Neering, Hoge Raad wijst proportionele aansprakelijkheid af bij beleggingsschade, *BB* 2011/26.

[39.] Ik spreek inmiddels uit lange ervaring en heb zelf ondervonden dat bepaalde suggesties of pleidooien gevolgen hebben gehad die ik destijds niet had voorzien.

[40.] M.H.E. Rongen, in S.C.J.J. Kortmann e.a., red., *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht* p. 282-284: “Door beslag te leggen beoogt de beslaglegger immers zijn verhaalsrecht met betrekking tot de beslagen vordering veilig te stellen. Naar mijn mening dient voor een verpanding van een vordering hetzelfde te worden aangenomen. Evenals beslag leidt de verpanding van een vordering tot een zekere blokkering van de beschikkingsmacht van de pandgever. Door middel van de verpanding “bewaart” de pandhouder bij voorbaat zijn verhaalsrecht met betrekking tot de verpande vordering. Deze fixerende werking brengt met zich dat de pandgever geen rechtshandelingen meer *kan* verrichten, die de verhaalswaarde van het pandrecht verminderen of die, zoals in geval van afstand, het pandrecht zelfs geheel teniet doen. Dit rechtsgevolg van de verpanding laat zich naar mijn mening goed verklaren aan de hand van het absolute karakter van het pandrecht als goederenrechtelijk recht. Daarbij doet het in beginsel niet ter zake of het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld of niet (zie evenwel hierna in verband met de bescherming van de schuldenaar).” Zie over de cessie-problematiek ook M.H.E. Rongen, *Cessie*, nrs. 525 en 526.

[41.] Bedoeld is allicht de United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade 2001, waarover R.I.V.M. Bertrams, *Contracteren* 2003/1, p. 2 e.v.

[42.] Nr. 473 voetnoot 63.

[43.] Waarbij ik opmerk dat die bescherming relatief is en bijvoorbeeld geen soelaas biedt bij opzegging. De pandhouder is dan ook aangewezen op de *actio Pauliana*; zie PG Boek 3, p. 310; Steneker, a.w., nr. 32, p. 81.

[44.] Biemans, a.w., nr. 473 noot 63.

[45.] Zie ook Steneker, a.w., nr. 55.

[46.] Biemans, a.w., nr. 474.

[47.] De PG Boek 3, p. 310/311 lijkt daar op te wijzen.

[48.] Vgl. Biemans, a.w., nr. 473.

[49.] HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, *NJ* 2010/273 PvS, rov. 3.7 en losbl. Vermogensrecht (Mellema-Kranenburg), art. 3:45 BW, aant. 69. Vgl. rov. 18 van het thans in cassatie bestreden arrest waarin het Hof aan dit arrest refereert.

[50.] Vgl. Biemans, a.w., nr. 473.

[51.] HR 22 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1814, *NJ* 1996/706, m.nt. HJS, rov. 5.2 en HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654, *NJ* 2001/654, rov. 3.5.2.

[52.] PG Boek 6 Inv., p. 1197. In HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, *NJ* 1996/471, m.nt. WMK, rov. 3.4.3 wordt aan dat betoog gerefereerd.

[53.] Als vorige noot.

[54.] *RMThemis* 1993 p. 458.

[55.] Zie nader de pandakte, prod. 69 bij mvg; zie ook hiervoor onder 1.11 sub a.