



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gemeenschappelijke zekerheid en partiële overgang van de gezekerde vordering

Cremers, Y.E.M.

Citation

Cremers, Y. E. M. (2024). Gemeenschappelijke zekerheid en partiële overgang van de gezekerde vordering. *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 34(7/8), 237-240.
doi:10.5553/MvV/157457672024034007005

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4171874>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Gemeenschappelijke zekerheid en partiële overgang van de gezeekerde vordering

Mr. Y. E. M. Cremers *

Het komt in de financieringspraktijk met enige regelmaat voor dat een pand- of hypotheekrecht in gemeenschap wordt gehouden. Denk hierbij met name¹ aan het geval dat een door pand of hypotheek gezeekerde vordering partieel overgaat, bijvoorbeeld uit hoofde van cessie of subrogatie. Na de partiële overgang bevindt het desbetreffende zekerheidsrecht zich in een tussen de cedent en cessionaris respectievelijk de subrogant en gesubrogeerde bestaande eenvoudige gemeenschap in de zin van art. 3:166 BW. Anders dan aanvankelijk wel werd aangenomen op grond van het arrest De Onderdrecht/FGH c.s.² geldt dit niet alleen voor vaste, maar ook voor bank- en kredietzekerheden, althans behoudens een in de zekerheidsdocumentatie opgenomen omschrijving van de gezeekerde vordering(en) die tot een andere conclusie noopt.³

Gemeenschappelijke zekerheid is zo oud als de weg naar Rome (letterlijk).⁴ Tegelijkertijd vergt toepassing van de gemeenschapsfiguur op een pand- of hypotheekrecht nogal abstract denkwerk. Hoewel dat niet in de laatste plaats een gevolg is van de conceptuele complexiteit die de gemeenschapsfiguur

zelf reeds in zich bergt,⁵ krijgt die complexiteit een extra laag wanneer het gemeenschappelijke goed een pand- of hypotheekrecht is. De wetgever is bepaald niet toegeeflijk geweest met aanwijzingen voor wat betreft de op gemeenschappelijke zekerheid toepasselijke regels. Noch titel 3.7 BW, noch de parlementaire geschiedenis daarbij noemt het pand- of hypotheekrecht ook maar één keer, althans niet als een goed dat zelf in gemeenschap kan worden gehouden.⁶ Alleen de Toelichting Meijers bij art. 6:142 lid 1 BW bevat een verwijzing:

‘Indien de vordering slechts voor een gedeelte overgaat op een nieuwe schuldeiser, gaan de in het eerste lid genoemde rechten [= nevenrechten, zoals rechten van pand en hypotheek en uit borgtocht; YC] en voorrechten ook slechts voor hetzelfde breukdeel over, tenzij anders is overeengekomen.’⁷

Onze kennis over gemeenschappelijke zekerheid is dan ook met name in de literatuur tot ontwikkeling gekomen. Zo wordt nu aangenomen dat (1) de onverdeelde aandelen in het zekerheidsrecht de deelgenoten in hun onderlinge verhouding recht geven op een gedeelte van de netto-executieopbrengst van het verbonden goed,⁸ (2) de omvang van de onverdeelde aandelen evenredig is aan de omvang van de respectieve geze-

* Mr. Y.E.M. Cremers is PhD-fellow Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie voor andere, in de financieringspraktijk waarschijnlijk minder vaak voorkomende ontstaanswijzen D.F.H. Stein, in: GS Vermogensrecht, art. 3:230 BW, aant. 5.1.

2 HR 16 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0420, NJ 1989/10 (De Onderdrecht/FGH c.s.), r.o. 3.2.

3 Nu bank- en kredietzekerheden mede toekomstige vorderingen zekerden, zal in beginsel ook sprake zijn van een gemeenschappelijk pand- of hypotheekrecht bij gehele overgang van de bestaande vordering(en). Gemakshalve duid ik dergelijke gevallen ook aan als gevallen van ‘partiële overgang’.

4 Vgl. C. 8,31(32),1 (257): ‘Manifesti et indubitati iuris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri.’ Uit deze constitutie volgt dat wanneer een erfflater meerdere erfgenamen een door een pandrecht gezeekerde vordering nalaat, deze vordering weliswaar – volgens de oeroude regel *nomina ipso iure sunt divisa* – wordt gesplitst in evenveel vorderingen als er erfgenamen zijn, maar het onderpand jegens ieder van hen in zijn geheel is verbonden (*pignus vero in solidum unicuique teneri*). Volgens de heersende leer moet dit laatste worden opgevat als een – wat wij thans noemen – gemeenschappelijk pandrecht. Vgl. M. Kaser, Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München: C.H. Beck 1971, p. 591, noot 7.

5 Vgl. voor het oude recht J.C. Naber, Eene nieuwe studie over mede-eigendom, Weekblad voor het Notariaat 1913, p. 111: ‘De leer van den mede-eigendom [= gemeenschap; YC] is er nu juist eene, waarmede deze, hun vocatie gemist hebbende, wijsgeeren naar hartelust sollen en gesold hebben, omdat de betrekking zich onder twee aspecten voordoet: recht der groep en recht der leden op ééne en dezelfde zaak; als men nu maar snel genoeg draait, kan het niet missen, dat den geduldigen lezer alles groen en geel voor oogen wordt, en dat is juist, wat de heeren verlangen.’

6 Wel als een zekerheidsrecht op een gemeenschappelijk goed (art. 3:174 lid 2 BW), als een zekerheidsrecht op een onverdeeld aandeel in zo’n goed (art. 3:175 lid 1 BW), als een zekerheidsrecht op een na verdeling aan een van de deelgenoten toegedeeld goed (art. 3:177 lid 1 BW) en als een zekerheidsrecht tot waarborg van het door een deelgenoot na verdeling aan een of meer andere deelgenoten verschuldigde (art. 3:177 lid 3 BW).

7 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 528 (curs. YC).

8 O.a. M.H.E. Rongen, Cessie. Beschouwingen over kernthema’s van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de heden-dagse (internationale) financiële praktijk en securitisatie in het bijzonder (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht nr. 70), Deventer: Kluwer 2012, nr. 1080.

kerde vorderingen en dus kan fluctueren,⁹ en (3) de uitoefening van het zekerheidsrecht een beheershandeling is die in een beheersregeling aan één deelgenoot of aan een derde kan worden opgedragen (art. 3:168 lid 1 en 3:170 lid 2 BW).¹⁰ Met het oog op verdere verfijning van de rechtsfiguur vraagt deze bijdrage aandacht voor een vooralsnog on(der)belicht gebleven probleem: de gevolgen van partiële overgang van de gezeekerde vordering waar het desbetreffende pand- of hypotheekrecht ook reeds daarvóór, al dan niet als gevolg van een eerdere partiële overgang, in gemeenschap werd gehouden. Deze problematiek licht ik toe aan de hand van een cijfervoorbeeld.

A heeft een vordering van 200 op Z. Deze vordering wordt gezekerd door een bankhypotheek op een Z toebehorend perceel. A cedeert de helft van zijn vordering aan B, met als gevolg dat A en B voortaan ieder een vordering van 100 hebben op Z.¹¹ A en B zijn dan ieder voor $(100/200 =) 1/2$ deel gerechtigd tot het hypotheekrecht.¹² De vordering van A wast vervolgens aan tot 150; A is dan voor $(150/250 =) 3/5$ deel en B voor $(100/250 =) 2/5$ deel gerechtigd tot het hypotheekrecht. Als A zijn blootstelling op Z opnieuw wil terugbrengen tot 100, cedeert A een derde van zijn vordering aan C, met als gevolg dat A en B voortaan ieder een vordering van 100 hebben op Z en C voortaan een vordering van 50 heeft op Z. Als vervolgens de vraag rijst welke posities A, B en C innemen met betrekking tot het hypotheekrecht, zijn volgens mij twee situaties denkbaar:

1. A is voor $(100/250 =) 2/5$ deel en C voor $(50/250 =) 1/5$ deel gerechtigd tot het hypotheekrecht, B is (blijft) voor $(100/250 =) 2/5$ deel gerechtigd tot het hypotheekrecht; of
2. A is voor $(100/150 =) 2/3$ deel en C voor $(50/150 =) 1/3$ deel gerechtigd tot het oorspronkelijke aandeel van A in

het hypotheekrecht (3/5 deel), B is (blijft) voor 2/5 deel gerechtigd tot het hypotheekrecht.¹³

In situatie 1 splitst een gedeelte van het oorspronkelijke aandeel van de cedent zich af ten behoeve van de cessionaris, terwijl in situatie 2 tussen beide partijen een gemeenschap ontstaat met betrekking tot dit oorspronkelijke aandeel. Dat het antwoord op de vraag welke situatie het geldende recht weergeeft, niet alleen van theoretische waarde is, blijkt wanneer A een of meer nieuwe vorderingen verkrijgt die onder de bankhypotheek vallen. Voor de positie van B maakt het dan immers nogal wat uit of situatie 1 of situatie 2 zich zal voordoen. Stel dat de vordering van A weer aanwast tot 150:

1. A is voor $(150/300 =) 1/2$ deel en C voor $(50/300 =) 1/6$ deel gerechtigd tot het hypotheekrecht, B is voor $(100/300 =) 1/3$ deel gerechtigd tot het hypotheekrecht; of
2. A is voor $(150/200 =) 3/4$ deel en C voor $(50/200 =) 1/4$ deel gerechtigd tot het oorspronkelijke aandeel van A in het hypotheekrecht (3/5 deel), B is (blijft) voor 2/5 deel gerechtigd tot het hypotheekrecht.

Uit het cijfervoorbeeld blijkt hoe in situatie 2 de tweede partiële cessie B in zoverre niet deert dat zij leidt tot een 'fixatie' van de omvang van het aandeel van B in het hypotheekrecht: een latere toename van de omvang van de vordering van A heeft niet een evenredige vermindering van de omvang van het aandeel van B tot gevolg.¹⁴ Bij uitwinning van het verbonden perceel zou B in situatie 2 dan ook aanspraak kunnen maken op een groter deel van de netto-executieopbrengst dan in situatie 1. Bedraagt die opbrengst bijvoorbeeld 180, dan krijgt B in situatie 2 $((2/5 * 180) - (1/3 * 180) =) 12$ meer uitgekeerd dan in situatie 1.

De kwestie is fundamenteeler van aard dan het cijfervoorbeeld wellicht doet vermoeden. In feite gaat het om de aard van de overgang van het pand- of hypotheekrecht als de daardoor gezeekerde vordering slechts partieel overgaat. Hoe moeten de re-

9 O.a. L. Timmerman, Bankhypotheek en afhankelijkheid, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (Onderneming en Recht nr. 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 420-421.

10 O.a. P.T.J. Wolters, 'Beheer' en de uitwinning van een gemeenschappelijk zekerheidsrecht, NTBR 2011/20, p. 156-157.

11 HR 19 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:148, NJ 1960/178 (Sanders c.s./Daumiller), p. 507.

12 Terzijde zij opgemerkt dat het hypotheekrecht vanuit het oogpunt van de cessionaris resp. de gesubrogeerde een *vast* karakter heeft. De kwalificatie als vast, bank- of kredietzekerheidsrecht hangt immers af van de in de zekerheidsdocumentatie opgenomen omschrijving van de gezeekerde vordering(en), welke omschrijving in beginsel geen betrekking zal hebben op andere vorderingen dan die welke hem zijn gecedeerd resp. waarin hij is gesubrogeerd. Vgl. M.H.E. Rongen, Derdenwerking van rangordeafspraken omtrent de verdeling van de executieopbrengst na uitwinning van gemeenschappelijke zekerheden, NTBR 2023/10, p. 80. Vgl. recentelijk evenwel ook Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:9882, JOR 2024/122, r.o. 4.12 (slot).

13 Vgl. Rongen 2012, nr. 1068, die – overigens zonder nadere toelichting – situatie 1 als de hoofdregel en situatie 2 als de uitzondering presenteert: 'In het geval een deelgenoot daarentegen slechts *een deel* van zijn vorderingen overdraagt, splitst het aan hem toebehorende aandeel zich in twee zelfstandige, naast elkaar staande aandelen, tenzij cedent en cessionaris overeenkomen dat het aandeel in gemeenschap zal worden gehouden.' De bijbehorende voetnoot, noot 163, zegt met betrekking tot de laatste situatie: 'In dat geval ontstaat er een sub-gemeenschap van een aandeel in een gemeenschap, hetgeen onder meer betekent dat de aan het aandeel verbonden rechten in beginsel door de deelgenoten in deze sub-gemeenschap gezamenlijk dienen te worden uitgeoefend (zie art. 3:170 BW).' Vgl. evenwel ook nr. 344, noot 667: 'Ik laat hierbij in het midden of een partiële overdracht van een onverdeeld aandeel in een gemeenschap aan een andere deelgenoot leidt tot *afsplitting* van een deel van het aandeel dat vervolgens mogelijk aanwast bij het aandeel dat de verkrijgende deelgenoot reeds toekwam, of dat er geen splitsing plaatsvindt maar er met betrekking tot het aandeel van de overdragende deelgenoot een sub-gemeenschap ontstaat tussen de vervreemder en de verkrijger.'

14 De omvang van het aandeel van B in het hypotheekrecht zal wel verminderen indien en voor zover (1) de omvang van de vordering van A toeneemt *voordat* de tweede partiële cessie plaatsvindt, en (2) de omvang van zijn *eigen* vordering afneemt, bijv. door voldoening.

gels dat het zekerheidsrecht de gezeekerde vordering ‘volgt’ (art. 3:82 BW) en dat degene op wie de gezeekerde vordering overgaat ook het zekerheidsrecht ‘verkrijgt’ (art. 6:142 lid 1 BW) in dat geval worden begrepen? Hier wrekt zich dat de wetgever niet méér vertelt dan dat het zekerheidsrecht mee overgaat ‘voor hetzelfde breukdeel’. Weliswaar speelt deze onduidelijkheid reeds bij de eerste partiële cessie (A-B), maar zij komt pregnanter tot uitdrukking als de gezeekerde vordering vervolgens andermaal partieel wordt gecedeerd (A-C). Bij de eerste partiële cessie kon men nog volstaan met een teleologische vaststelling van de strekking dat ‘een gemeenschap ontstaat’, maar bij de tweede partiële cessie rijst al gauw de vraag of die gemeenschap de reeds bestaande gemeenschap betreft (situatie 1) of moet worden opgevat als een nieuwe (sub) gemeenschap (situatie 2).

Voor beide situaties valt iets te zeggen. Situatie 1 spreekt aan vanwege de conceptuele eenvoud die zij lijkt te brengen ter zake van een overigens allerminst conceptueel eenvoudige figuur. De vorderingen van A, B en C worden gelijkelijk gezeerd door het hypotheekrecht, niet door ieders *aandeel* in het hypotheekrecht.¹⁵ Het lijkt dan ook dogmatisch zuiver om aan te nemen dat hun gerechtigdheid tot het hypotheekrecht op eenzelfde ‘niveau’ is gesitueerd, zodat ieder gerechtigd is tot een aandeel – en niet de een tot een aandeel en de ander tot een aandeel in een aandeel – in het hypotheekrecht. Ietwat ongemakkelijk is dat de aan situatie 1 ten grondslag liggende ‘splittingsgedachte’ iets wegheeft van de opvatting dat bij partiële overgang van een gezeekerde vordering het zekerheidsrecht zich splitst in twee zekerheidsrechten van in beginsel gelijke rang. Deze opvatting, die bijvoorbeeld gangbaar is in het Duitse recht,¹⁶ vertegenwoordigt hier te lande niet de heersende leer.

Een mogelijk argument voor situatie 2 lijkt te zijn gelegen in het aan de gemeenschapstitel ten grondslag liggende uitgangspunt dat een deelgenoot door een met betrekking tot zijn aandeel verrichte beschikkingshandeling ‘niet de rechten van zijn

mededeelgenoten ongunstig [mag] beïnvloeden’.¹⁷ Daarvoor zou men moeten aannemen dat een partiële cessie ook een – al dan niet indirecte – beschikkingshandeling oplevert ten aanzien van het aandeel van de cedent in het gemeenschappelijke zekerheidsrecht. Als men dit inderdaad zou aannemen,¹⁸ is vervolgens problematisch dat de beschikkingshandeling van A de rechten van B niet alleen niet ongunstig, maar zelfs in positieve zin zou beïnvloeden. De tweede partiële cessie zou ertoe leiden, zoals bleek, dat fluctuaties in de omvang van de vordering van A geen gevolgen (meer) hebben voor het aandeel van B in het hypotheekrecht. Als dat echter wel zo zou zijn (situatie 1), kan bezwaarlijk worden gesproken van een ongunstige beïnvloeding van de rechten van B; ook reeds vóór de tweede partiële cessie zouden dergelijke fluctuaties B immers deren.¹⁹

Dit laatste zou voor de Hoge Raad, mocht hij ooit de knoop moeten doorhakken, wel eens doorslaggevend kunnen zijn. Hij lijkt immers huiverig voor het aannemen van opvattingen die een van de partijen een ongerechtvaardigd voordeel in de schoot zouden werpen. Denk bijvoorbeeld aan het arrest Rabobank/Stormpolder c.s., waarin hij oordeelde dat de inningsbevoegde derdenbeslaglegger op een vordering (art. 477 en 477a Rv) kan profiteren van de aan die vordering verbonden hypothecaire voorrang. ‘Een andere opvatting zou aan het derdenbeslag het niet te rechtvaardigen effect verlenen dat de overige schuldeisers van de derde-beslagene (...) door dat beslag zouden worden bevoordeeld’, aldus de Hoge Raad.²⁰ Ook zelf neig ik naar situatie 1, met name vanwege haar conceptuele elegantie. Het gesignaleerde dogmatische ongemak is, naar ik meen, verwaarloosbaar.²¹

Knolraap en lof, schorseneren en prei. Het lied dat Drs. P. (1919-2015) in 1987 over deze toentertijd vergeten groenten uitbracht, heeft ervoor gezorgd dat zij thans weer in vele winkels verkrijgbaar zijn.²² De parallel met het gemeenschappelijke pand- of hypotheekrecht dringt zich op: hoewel de wetgever nauwelijks aandacht heeft besteed aan de constructie van deze

15 Rongen 2012, nr. 1060; Rongen 2023, p. 83. Rongen vestigt m.i. terecht de aandacht op het onderscheid tussen enerzijds de (externe) verhouding tussen de deelgenoten en de schuldenaar en anderzijds de (interne) verhouding tussen de deelgenoten onderling. De aandelen en hun relatieve omvang zijn relevant in het kader van de tweede verhouding; vgl. de frase ‘in hun onderlinge verhouding’ in de tekst bij noot 8 hierboven.

16 Zie MünchKomm-BGB/Lieder 2023, § 1151 BGB, Rn. 4 (hypotheek); MünchKomm-BGB/Schäfer 2023, § 1250 BGB, Rn. 2 (pand). Deze op het accessoriëitsbeginsel gebaseerde zienswijze heeft ook in Nederland ingang gevonden, zowel onder het oude recht (J.Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht. V. Zakenrecht, Haarlem: Erven F. Bohn 1940, nr. 473) als thans (H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, Cessie. De overdracht van vorderingen op naam (Preadvies VBR), Deventer: Kluwer 2000, p. 146-147; Rongen 2012, nr. 1052-1058). N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, Zekerheden en partijautonomie, in: G.J.L. Bergervoet e.a. (red.), Financiering van de productieketen (Onderneming en Recht nr. 106), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 205-207, achten splitsing mogelijk bij een daartoe strekkende *afspreek* tussen zekerheidsgever en zekerheidsnemer.

17 TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 597. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 598, noemt ‘het beginsel, dat de deelgenoten door een eenzijdige beschikkingsdaad van een hunner niet in slechter conditie mogen komen’. Zie nader H. Wammes, De gemeenschap naar komend recht. Enige beschouwingen over de afdelingen 3.7.1 en 3.7.2 BW (diss. Nijmegen), Kluwer: Deventer 1988, p. 111-114, 154-155 en 211-214.

18 Aldus Rongen 2012, nr. 1068.

19 Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten stil te staan bij de vraag of de positie van B met behulp van rangordeafspraken kan worden versterkt. Zie daarover recentelijk Rongen 2023, p. 84-88.

20 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2619, NJ 2006/362 (Rabobank/Stormpolder c.s.), r.o. 3.6.

21 De splitsing ziet immers niet op het zekerheidsrecht zelf, maar op het (reeds ontstane) *aandeel* daarin. Voorts zij bedacht dat een deelgenoot volgens sommigen ook kan beschikken over een *gedeelte* van zijn aandeel. Zie concl. A-G E.B. Rank-Berenschot bij HR 22 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1297 (Warnaar/Wubben c.s.), par. 2.13; Asser/Perrick 3-V 2023/39a. A.G. Lubbers, Gemeen goed, Deventer: Kluwer 1979, p. 17, erkent dat ‘poreus-theoretische bouwstenen’ hiervoor kunnen worden aangedragen, maar wil er zelf om praktische redenen niet aan.

22 Aldus C.A. den Boon, hoofdredacteur van de Dikke Van Dale, in een interview in het NPO Radio 5-programma ‘Volgspot’ (weergegeven in: Drs. P. heeft vergeten groenten gered, telegraaf.nl 26 oktober 2019).

complexe figuur, tekenen haar contouren zich steeds meer af, met name door de inspanningen van de rechtswetenschap. Deze bijdrage hoopt te hebben getoond dat de figuur het etiket ‘vergeten groente’ echter nog niet volledig van zich heeft afgeschud.