



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Verdeling van schuldeisersbevoegdheden bij openbaar pandrecht op vorderingen: Beschouwingen naar aanleiding van HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:217 (X/MFE c.s.)

Baas, L.; Cremers, Y.E.M.

Citation

Baas, L., & Cremers, Y. E. M. (2024). Verdeling van schuldeisersbevoegdheden bij openbaar pandrecht op vorderingen: Beschouwingen naar aanleiding van HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:217 (X/MFE c.s.). *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2024(7483), 701-710. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4210271>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4210271>

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

Verdeling van schuldeisersbevoegdheden bij openbaar pandrecht op vorderingen

Beschouwingen naar aanleiding van HR 9 februari 2024,
ECLI:NL:HR:2024:217 (*X/MFE c.s.*)

1. Inleiding

In zijn recente arrest *X/MFE c.s.*¹ oordeelde de Hoge Raad over de vraag of een openbaar pandhouder van een vordering bevoegd is een door de pandgever tegen de panddebiteur aanhangig gemaakte procedure over te nemen door middel van schorsing en hervatting. Deze vraag tekent zich af tegen de achtergrond van het vraagstuk van de verdeling van zogeheten schuldeisersbevoegdheden bij openbaar pandrecht op vorderingen. Centraal hierbij staat de inningsbevoegdheid met betrekking tot de verpande vordering (art. 3:246 BW). In deze bijdrage gaan wij naar aanleiding van het bovengenoemde arrest nader in op deze materie. Allereerst schetsen wij het kader door op hoofdlijnen de wettelijke regeling, de parlementaire geschiedenis en de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de verdeling van schuldeisersbevoegdheden bij openbaar pandrecht op vorderingen in kaart te brengen (par. 2). Tegen de achtergrond hiervan behandelen wij het arrest *X/MFE c.s.* (par. 3). Vervolgens bespreken wij de vraag of, en zo ja, in hoeverre de pandgever en de pandhouder met goederenrechtelijke werking een van de wettelijke regeling afwijkende verdeling van schuldeisersbevoegdheden kunnen laten deel uitmaken van 'hun' pandrecht (par. 4). Daarmee hopen wij enkele gezichtspunten toe te voegen aan de discussie die met betrekking tot deze vraag is en wordt gevoerd. Wij ronden af met een korte conclusie (par. 5).

2. Kader

Een schuldeiser is gerechtigd tot een prestatie die de schuldenaar verplicht is tegenover hem te verrichten. Uit hoofde van deze gerechtigdheid, die wordt belichaamd door een vorderingsrecht dat de schuldeiser op de schuldenaar heeft, komen de schuldeiser allerlei bevoegdheden toe. De uitoefening van deze bevoegdheden, die de vordering als het ware omringen, kan 'gevolgen (...) hebben voor de kwaliteit of zelfs het bestaan van de vordering'.² In het hierna nog uitgebreid te behandelen arrest *Immun'Âge/Neo-River* spreekt de Hoge Raad van 'schuldeisersbevoegdheden': bevoegdheden ten aanzien van de vordering die de schuldeiser ontleent aan zijn hoedanigheid van schuldeiser.³ De vraag rijst aan wie deze bevoegdheden toekomen als de schuldeiser zijn vordering belast met een pandrecht. Aange-



Mr. L. Baas*



Mr. Y.E.M. Cremers**

zien het pandrecht slechts een beperkt recht is waarmee de vordering wordt bezwaard (art. 3:227 lid 1 jo. art. 3:8 BW) en deze vordering dus in het vermogen van de pandgever blijft, behoudt de pandgever weliswaar zijn hoedanigheid van schuldeiser, maar het feit dat thans een derde partij – de pandhouder – beperkt gerechtigd is tot de vordering, maakt twijfelachtig of alle schuldeisersbevoegdheden onverkort bij de pandgever blijven. Met andere woorden: hoe zijn de schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de verpande vordering verdeeld tussen de pandgever en de pandhouder?

* PhD-fellow aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden.
(l.baas@law.leidenuniv.nl)

** PhD-fellow aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden.
(y.e.m.cremers@law.leidenuniv.nl)

1. HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:217, *NJ* 2024/260, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X/MFE c.s.*).
2. A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, nr. 43), Deventer: Kluwer 2008, p. 257.
3. HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *NJ* 2015/82, m.nt. H.J. Snijders (*Immun'Âge/Neo-River*), r.o. 3.5.1. Voor een uitgebreid overzicht van de schuldeisersbevoegdheden, dat mede lijkt te zijn gebaseerd op de aanstonds te citeren passage uit de parlementaire geschiedenis, zie A.J. Verdaas, 'De bevoegdheden van de pandhouder', in: E.F. Verheul & T.T. van Zanten (red.), *Overeenkomst en Zekerheid* (Serie Recht en Praktijk Insolventierecht, nr. InsR20), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 250-252. Zie bijv. ook D.F.H. Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:246 BW, aant. 3.4.

Art. 3:246 lid 1 BW bepaalt dat de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de verpande vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Deze bevoegdheden blijven evenwel bij de pandgever, zolang het pandrecht niet is meegegeeld aan de debiteur van de verpande vordering. In geval van een openbaar pandrecht is het dus de pandhouder aan wie de zogeheten inningsbevoegdheid toekomt met betrekking tot de verpande vordering.⁴ Op grond van art. 3:246 lid 2 BW is de pandhouder in dit geval tevens bevoegd tot opzegging wanneer de verpande vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt.⁵ Buiten deze twee specifieke bevoegdheden vermeldt de wet niets omtrent de verdeling van de schuldeisersbevoegdheden.⁶ Voor meer algemene beschouwingen moet te rade worden gegaan bij de parlementaire geschiedenis. In de toelichting op art. 3:246 BW valt te lezen:

“[De; LB & YC] 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 (...) 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 (...) waaruit de opeisbare en toekomstige vorderingen zijn verpand. (...) 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 (...), behoren hem mitsdien te worden toegekend.”⁷

Deze passage heeft de Hoge Raad ertoe gebracht twee soorten schuldeisersbevoegdheden te onderscheiden: (i) schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de inning van de vordering; en (ii) andere schuldeisersbevoegdheden. In *Immun'Âge/Neo-River* overwoog de Hoge Raad dat ‘moet worden aangenomen’ dat schuldeisersbevoegdheden van de eerste soort overgaan op de openbaar pandhouder, terwijl schuldeisersbevoegdheden van de tweede soort achter-

blijven bij de pandgever.⁸ Deze regeling berust, aldus de Hoge Raad, ‘op een bewuste keuze van de wetgever’.⁹ De Hoge Raad heeft inmiddels de gelegenheid gehad de regeling toe te passen op enkele concrete schuldeisersbevoegdheden:

- (1) de pandgever blijft bevoegd tot het doen van afstand van de verpande vordering;¹⁰
- (2) de pandhouder is bevoegd tot het uitoefenen van accessoire zekerheidsrechten waardoor de verpande vordering is gedekt;¹¹ en
- (3) de pandhouder is bevoegd tot het aanvragen van het faillissement van de panddebiteur.¹²

4. De genoemde bevoegdheden worden gewoonlijk samen aangeduid als de inningsbevoegdheid. Vgl. J.W.A. Biemans, ‘Pandhouder voor de rechter’, in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G.J.L. Bergervoet & F.M.J. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid. Liber amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Kluwer 2014, p. 29; W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/825; Asser/Van Mierlo & Krzemirski 3-VI 2020/213.
5. Volgens A. Steneker, *Pandrecht* (Monografieën BW, nr. B12A), Deventer: Wolters Kluwer 2022/87, ligt het in de rede dat de opzeggingsbevoegdheid de pandhouder niet privaat toekomt, zodat de pandgever tot opzegging bevoegd blijft. Vgl. nader over de in art. 3:246 lid 2 BW bedoelde opzeggingsbevoegdheid K.J. Krzemirski & T.A. Hartman, ‘Opeisen door opzeggen’, *WPNR* 2019/7229, p. 187-189.
6. Dit is in zoverre misleidend dat, zoals hierna zal blijken, de Hoge Raad bepaalde schuldeisersbevoegdheden aan de inningsbevoegdheid koppelt. Men zou dan kunnen betogen dat de wet ook *die* schuldeisersbevoegdheden regelt. Vgl. Verdaas 2023, p. 250, die deze schuldeisersbevoegdheden ‘inningsbevoegdheden’ noemt en de in art. 3:246 lid 1 BW vermelde bevoegdheden om nakoming te eisen en betalingen in ontvangst te nemen als ‘[d]e Adam en Eva van alle inningsbevoegdheden’ bestempelt.
7. M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 772-773.
8. HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *NJ* 2015/82, m.nt. H.J. Snijders (*Immun'Âge/Neo-River*), r.o. 3.5.1.
9. HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *NJ* 2015/82, m.nt. H.J. Snijders (*Immun'Âge/Neo-River*), r.o. 3.5.2.
10. HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *NJ* 2015/82, m.nt. H.J. Snijders (*Immun'Âge/Neo-River*), r.o. 3.5.3.
11. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619, *NJ* 2016/34 (*ABN AMRO/Marell*), r.o. 3.5.2, herhaald in HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524, *NJ* 2021/214, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van Dooren q.q./X*), r.o. 3.2.3. Vgl. HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2619, *NJ* 2006/362, m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Stormpolder*), r.o. 3.6, waarin werd geoordeeld dat de derdenbeslaglegger op een hypothecaire vordering die op grond van art. 477 jo. art. 477a Rv inningsbevoegd is met betrekking tot die vordering, kan ‘profiteren’ van de aan het hypotheekrecht verbonden voorrang. Zie Y.E.M. Cremers, ‘Pandrecht op door niet-accessoire zekerheidsrechten gedekte vorderingen’, *FRP* 2024/169, afl. 1, p. 32-38, voor een betoog dat de pandhouder ook *niet*-accessoire zekerheidsrechten zou moeten kunnen uitoefenen.
12. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, *NJ* 2017/2 (*Megalim/Veenbloem*), r.o. 3.3.4.

Opgemerkt zij nog dat de Hoge Raad in het arrest *Megalim/Veenbloem* in algemene zin overwoog dat de inningsbevoegdheid 'de bevoegdheid tot verhaal van de vordering op het vermogen van de schuldenaar [omvat; LB & YC]'.¹³ Hij lijkt in dit arrest, waarin de onder (3) bedoelde schuldeisersbevoegdheid centraal stond, een ander meer algemeen criterium te hebben willen introduceren om zo de schuldeisersbevoegdheid onder (3) als het ware te kunnen koppelen aan die onder (2). De laatstbedoelde schuldeisersbevoegdheid was aan de orde in het arrest *ABN AMRO/Marell*; dit arrest was een jaar eerder geweest, maar noemde de bevoegdheid tot verhaal van de verpande vordering nog niet met zoveel woorden. Na *Megalim/Veenbloem* is evenwel duidelijk dat de Hoge Raad zowel de bevoegdheid tot het uitoefenen van accessoire zekerheidsrechten als die tot het aanvragen van het faillissement van de panddebiteur schaaft onder de bevoegdheid tot verhaal van de verpande vordering, welke bevoegdheid hij op haar beurt onder de inningsbevoegdheid schaaft. Zo bezien geldt sinds *Megalim/Veenbloem* een drietal abstractieniveaus.

3. Het arrest *X/MFE c.s.* nader beschouwd

In de zaak die leidde tot het arrest *X/MFE c.s.*, de nieuwste¹⁴ loot aan de stam van de bevoegdheidsverdelingsjurisprudentie van de Hoge Raad, lagen de feiten als volgt, althans voor zover relevant.¹⁵ MFE was een procedure begonnen tegen een advocatenkantoor in verband met een door dat kantoor gemaakte fout in de uitvoering van een tussen partijen gesloten overeenkomst van opdracht. Nadat de rechtbank de vorderingen van MFE gedeeltelijk had toegewezen¹⁶ en beide partijen hoger beroep hadden ingesteld, diende een derde partij bij het gerechtshof een zogeheten 'akte schorsing rechtsgeding' in (art. 225 lid 2 Rv). Deze partij, die met MFE een overeenkomst van procesfinanciering had gesloten, meende een pandrecht te hebben op de litigieuze vorderingen van MFE op het advocatenkantoor en uit hoofde van de op haar overgegangene inningsbevoegdheid ter zake van die vorderingen bevoegd te zijn de procedure van MFE over te nemen door middel van schorsing en hervatting (art. 225 lid 1, aanhef en onder c, jo. art. 227 Rv).¹⁷

Het gerechtshof oordeelde dat de pandhouder op een ontoereikende grond schorsing van het geding had ingeroepen. Het overwoog, onder verwijzing naar de hiervóór in par. 2 in kaart gebrachte parlementaire geschiedenis en eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad, dat voor het door art. 225 lid 1, aanhef en onder c, Rv vereiste 'ophouden van de betrekkingen waarin een partij [hier: de pandgever; LB & YC] het geding voerde', niet volstaat dat de pandhouder inningsbe-

voegd is geworden ter zake van de litigieuze vordering. De bij de pandgever blijvende (beheers)bevoegdheden zouden immers beletten dat de pandhouder exclusief en met algehele terzijdestelling van de pandgever de procespositie van de pandgever zou kunnen overnemen.¹⁸ Daarnaast staat, aldus het gerechtshof, het gesloten systeem van het goederenrecht eraan in de weg dat pandgever en pandhouder een van de wet afwijkende bevoegdheidsverdeling kunnen overeenkomen en dus kunnen bepalen dat de pandhouder een bevoegdheid kan uitoefenen die op grond van de wet bij de pandgever blijft.¹⁹

Het cassatiemiddel van de pandhouder hield de klacht in, kort gezegd, dat het hof tweemaal had miskend. Ten eerste zou met de overgang van de exclusieve inningsbevoegdheid op de pandhouder, welke overgang als een 'ophouden van de betrekkingen' ex art. 225 lid 1, aanhef en onder c, Rv zou hebben te gelden, onverenigbaar zijn dat de pandgever een tegen de panddebiteur ahangig gemaakt geding kan voortzetten. Na schorsing en hervatting zou de pandhouder de formele en de pandgever uitsluitend nog de materiële procespartij zijn.²⁰ Ten tweede zou het gesloten systeem van het goederenrecht zich

13. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, *NJ* 2017/2 (*Megalim/Veenbloem*), r.o. 3.3.4.

14. En waarschijnlijk niet de laatste. Vgl. V.L. Denswil & L.J.J. Kerstens, 'De reikwijdte van de inningsbevoegdheid bij een pandrecht op vorderingen', *Bb* 2024/19, afl. 9, p. 77: 'Dit arrest zal ongetwijfeld niet het laatste zijn waarin verdere duiding wordt gegeven aan de grenzen van de inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder.'

15. Zie nader HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:217, *NJ* 2024/260, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X/MFE c.s.*), r.o. 2.1-2.5.

16. Rb. Amsterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3691 (*MFE/Stibbe c.s.*), r.o. 5.1-5.3.

17. Art. 225 lid 1, aanhef en onder c, Rv bepaalt dat een geding kan worden geschorst als 'de betrekkingen waarin een partij het geding voerde [zijn opgehouden te bestaan; LB & YC], hetzij ten gevolge van rechtsopvolging onder algemene titel op een ander, hetzij door een andere oorzaak'. Op de schorsingsgrond kan bij akte een beroep worden gedaan (art. 225 lid 2 Rv), waarna het geding wordt hervat volgens de in art. 227 Rv opgenomen formaliteiten. Zie nader hierover H.J. Snijders e.a., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022/190.

18. Hof Amsterdam 26 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2185, *JOR* 2023/20, m.nt. J.W.A. Biemans (*MFE/Stibbe c.s.*), r.o. 2.10.

19. Hof Amsterdam 26 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2185, *JOR* 2023/20, m.nt. J.W.A. Biemans (*MFE/Stibbe c.s.*), r.o. 2.11.

20. Concl. A-G G. Snijders 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:754 (*X/MFE c.s.*), par. 3.2.

niet ertegen verzetten dat partijen met goederenrechtelijke werking aan een in de wet geregeld beperkt recht bevoegdheden kunnen toevoegen die, hoewel in zoverre afwijkend van de wettelijke omschrijving van dat recht, niet in *strijd* zijn met die omschrijving. Toekenning aan de pandhouder van de – nauw met de inning samenhangende – procesbevoegdheid met betrekking tot de verpande vordering zou dan ook mogelijk moeten zijn, nu van strijd met de wettelijke omschrijving van het pandrecht geen sprake zou zijn.²¹

A-G Snijders concludeerde in zijn uitgebreide conclusie tot verwerping van het cassatieberoep.²² De Hoge Raad ging daartoe over en overwoog het volgende, althans voor zover relevant:

“Indien voorafgaand aan de mededeling van het pandrecht aan de schuldenaar reeds een procedure aanhangig is gemaakt waarin de pandgever nakoming van de verpande vordering door de schuldenaar vordert, moet de overgang ingevolge art. 3:246 lid 1 BW van de inningsbevoegdheid op de pandhouder voor de toepassing van art. 225 lid 1, aanhef en onder c, Rv op een lijn worden gesteld met een rechtsovergang onder bijzondere titel. De pandhouder op wie de inningsbevoegdheid ter zake van de verpande vordering is overgegaan, kan dus op de voet van art. 225 en 227 Rv het geding in de plaats van de pandgever voortzetten, tenzij de pandgever zich daartegen verzet (...).”²³

Deze overweging kon de pandhouder echter in zoverre niet baten dat MFE zich inderdaad ertegen had verzet dat zij als partij uit het rechtsgeding zou verdwijnen; bij gebrek aan belang kon het onderdeel dan ook niet tot cassatie leiden.²⁴ Op het tweede onderdeel van het cassatiemiddel ging de Hoge Raad, onder verwijzing naar art. 81 lid 1 RO, niet in.²⁵

De openbaar pandhouder kan dus – behoudens verzet van de pandgever – door middel van schorsing en hervatting een door de pandgever tegen de panddebiteur aanhangig gemaakte procedure overnemen. Strikt genomen is dit oordeel van een andere strekking dan de in par. 2 behandelde jurisprudentie. Waar de Hoge Raad zich in deze jurisprudentie steeds afvroeg of de litigieuze schuldeisersbevoegdheid de inningsbevoegdheid betrof, lijkt hij in *X/MFE c.s.* niet zozeer de reikwijdte van de inningsbevoegdheid te onderzoeken, als wel de overgang van de inningsbevoegdheid – met de reikwijdte die zij schijnbaar heeft – onder art. 225 lid 1 Rv te brengen. Wellicht is dit een semantisch punt, nu men ook in algemene zin zou kunnen zeggen dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de inningsbevoegd-

heid deze overnemingsbevoegdheid omvat. Bovendien herhaalt de Hoge Raad voorafgaand aan de geciteerde overweging, onder verwijzing naar *Immun'Âge/Neo-River* en *Megalim/Veenbloem*, de in par. 2 genoemde wettelijke regeling en de twee soorten schuldeisersbevoegdheden. Wij kunnen ons hoe dan ook vinden in het oordeel. Met Faber menen wij dat de bevoegdheid een door de pandgever tegen de panddebiteur aanhangig gemaakte procedure over te nemen, zodanig nauw verband houdt met de inningsbevoegdheid ter zake van – en de daaronder vallende bevoegdheid tot verhaal van – de verpande vordering dat die overnemingsbevoegdheid in beginsel overgaat op de openbaar pandhouder.²⁶

4. Afwijkende bevoegdheidsverdeling met goederenrechtelijke werking

4.1 Het ‘waarom’

De vraag of de pandhouder en de pandgever partijafspraken over de schuldeisersbevoegdheden anders dan die welke de inningsbevoegdheid betreffen, kunnen laten deel uitmaken van het pandrecht, laat de Hoge Raad in het arrest *X/MFE c.s.* onbeantwoord. Ervan uitgaande dat deze andere schuldeisersbevoegdheden, zoals de Hoge Raad in *Immun'Âge/Neo-River* heeft geoordeeld, na mededeling bij de pandgever achterblijven, zullen pandhouders een afwijkende bevoegdheidsverdeling willen overeenkomen om hun zekerheidspositie te beschermen. Zo zal bijvoorbeeld het kwijtschelden of het doen van afstand van de verpande vordering door de pandgever tot gevolg hebben dat het pandrecht op grond van art. 3:81 lid 2, aanhef en onder a, BW tenietgaat, terwijl de pandhouder bij een gedeeltelijke kwijtschelding – waarvan onder meer sprake kan zijn als de pandgever een schikking treft met de

21. Concl. A-G G. Snijders 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:754 (*X/MFE c.s.*), par. 3.37.

22. Concl. A-G G. Snijders 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:754 (*X/MFE c.s.*), par. 4.

23. HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:217, *NJ* 2024/260, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X/MFE c.s.*), r.o. 3.1.5.

24. HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:217, *NJ* 2024/260, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X/MFE c.s.*), r.o. 3.1.6.

25. HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:217, *NJ* 2024/260, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X/MFE c.s.*), r.o. 3.2. Het hof heeft inmiddels overigens uitspraak gedaan in het onderliggende beroepsaansprakelijkheidsgechil. Zie Hof Amsterdam 30 april 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1175 (*MFE/Stibbe c.s.*).

26. N.E.D. Faber, annotatie bij HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:217, *JOR* 2024/126 (*X/MFE c.s.*), par. 5.

panddebiteur – het risico loopt dat het pandrecht nog slechts een deel van zijn vordering dekt.²⁷ Daarnaast zullen pandhouders met een afwijkende bevoegdheidsverdeling willen bewerkstelligen dat zij bepaalde bevoegdheden, zoals het treffen van schikkingen met de debiteur, na mededeling zelf uit kunnen oefenen.²⁸

De pandhouder en de pandgever zijn in beginsel vrij om een afwijkende bevoegdheidsverdeling overeen te komen. De vraag is echter of deze partijafspraken ook goederenrechtelijke werking hebben. Pandhouders zullen het desbetreffende beding willen laten deel uitmaken van het pandrecht, omdat bedingen met goederenrechtelijke werking (in tegenstelling tot bedingen met uitsluitend verbintenisrechtelijke werking): (i) wel aan de panddebiteur kunnen worden tegengeworpen; (ii) faillissementsbestendig zijn; en (iii) rechten en verplichtingen voor eventuele rechtsopvolgers van de pandgever in het leven kunnen roepen. De nadelige gevolgen van de mogelijke conclusie dat een afwijkende bevoegdheidsverdeling slechts verbintenisrechtelijke werking heeft, kunnen niet volledig worden ondervangen door een onherroepelijke volmacht (art. 3:74 lid 1 BW) of een privatieve last (art. 7:423 BW). Naast het feit dat beide rechtsfiguren eindigen door het faillissement van de pandgever (art. 3:72, aanhef en onder a, resp. 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW), heeft een onherroepelijke volmacht geen privatieve werking²⁹ en kan bij een privatieve last een bevoegdheidsgebrek aan de kant van de pandgever niet worden tegengeworpen aan derden die de uitsluiting van de desbetreffende bevoegdheid kenden noch behoorden te kennen (art. 7:423 lid 1 BW).

4.2 Afwijkende partijafspraken als onderdeel van een beperkt recht

Uit de parlementaire geschiedenis van Boek 5 BW volgt dat de vrijheid van partijen om partijafspraken te laten deel uitmaken van de inhoud van een beperkt recht, aan bepaalde beperkingen is gebonden.³⁰ Hoewel deze passages zijn opgenomen in de parlementaire geschiedenis van Boek 5 BW, wordt in het algemeen aangenomen dat zij niet alleen gelden voor de in dat boek geregelde beperkte genotsrechten, maar ook voor de beperkte zekerheidsrechten uit Boek 3 BW.³¹ Het onderscheid tussen de genotsrechten en de zekerheidsrechten is niet van een zodanig principiële aard dat een andere behandeling van de zekerheidsrechten op dit punt gerechtvaardigd is. De keuze om de zekerheidsrechten in Boek 3 BW te regelen, is uitsluitend gebaseerd op het gegeven dat bij de invoering van het Nieuw BW ervoor is gekozen het begrip ‘zaak’ alleen te betrekken op wat onder het Oud BW ‘lichamelijke’ zaken werden genoemd. Omdat

pand- en hypotheekrechten, in tegenstelling tot de in Boek 5 BW geregelde beperkte rechten, op zowel (lichamelijke) zaken als (onlichamelijke) vermogensrechten kunnen rusten, was voor een regeling van de zekerheidsrechten in Boek 5 BW (‘Zakelijke rechten’) geen plaats.³²

Om een partijafpraak tot onderdeel van de inhoud van een beperkt recht te maken, is allereerst vereist dat de partijafpraak past binnen de grenzen van de wettelijke definitie van het desbetreffende beperkte recht. Is dit het geval, dan zal moeten worden vastgesteld of de wet zich op het desbetreffende punt van een regeling onthoudt. Onzes inziens kan een dergelijke vaststelling met betrekking tot de (al dan niet ‘uitputtendheid’ van de door de wetgever geregelde) inhoud van een beperkt recht niet alleen worden gebaseerd op uitdrukkelijke formuleringen dienangaande in de wet of de parlementaire geschiedenis, maar ook op de (kennelijke) bedoeling van de wetgever. In dit verband kan worden gewezen op de overwegingen van de Hoge Raad in *Immun’Age/Neo-River*; daarin liet de Hoge Raad zijn oordeel over de inhoud van art. 3:246 BW immers afhangen van een ‘keuze’ die de

27. Vgl. T.B. de Clerck, ‘Over de bevoegdheid van de pandgever om afstand te doen van een verpande vordering’, *Bb* 2014/62, afl. 19, p. 201-203; S. Houdijk & M.S. Breeman, ‘De reikwijdte van de (innings)bevoegdheid van de openbaar pandhouder’, *FIP* 2016/217, afl. 5, p. 45.

28. Vgl. R.M. Wibier, ‘Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415 (*Immun’Age/Neo-River*)’, *MvV* 2014, afl. 9, p. 260; M.C.J. Jonckers & J.M.J.M. van Eck, ‘De schikkende pandhouder. De deur op een kier voor goederenrechtelijke partijafspraken?’, *MvV* 2020, afl. 9, p. 328.

29. Van der Korst, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:74 BW, aant. 3.4.

30. T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 3. In de literatuur worden aan de vereisten die uit de parlementaire geschiedenis voortvloeien, twee vereisten toegevoegd. Een beding kan alleen dan deel uitmaken van een beperkt recht als het beding ook ‘voor overgang vatbaar is’ en ‘enig nut heeft voor de waarde van het onderpand en/of het zekerheidsrecht’. Zie o.a. A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud* (diss. Leiden), s.l.: s.n. 2013, p. 272; A.J. Verdaas, ‘Partijautonomie bij pand en hypotheek’, in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Uitleg van notariële akten* (Ars Notariatus, nr. 160), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 60-61; Verdaas 2023, p. 256. Wij gaan in dit artikel niet in op de vraag of een beding daadwerkelijk aan deze vereisten moet voldoen om te kunnen deel uitmaken van een beperkt recht en laten daarmee deze vereisten verder buiten beschouwing.

31. Zie o.a. Verdaas 2015, p. 58-60; K. Everaars, ‘Partijautonomie bij beperkte rechten’, *NTBR* 2021/19, afl. 7, p. 150.

32. M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 13-14.

wetgever ter zake zou hebben gemaakt (zie par. 2), maar die niet als zodanig uitdrukkelijk in de wet (sgeschiedenis) voorkomt.³³

Als de wet zich van een regeling onthoudt, zal een partijafpraak alleen kunnen deel uitmaken van het beperkte recht als deze afspraak zodanig verband houdt met het beperkte recht dat 'een gelijke behandeling gerechtvaardigd is'.³⁴ Wat onder dit zogeheten voldoende-verbandvereiste moet worden verstaan, wordt door de wetgever niet nader uitgewerkt.³⁵ De Hoge Raad oordeelde in 1977 dat het voldoende-verbandvereiste meebrengt dat partijafspraken 'niet in strijd mogen komen met het wezen van' het beperkte recht.³⁶ In 1981 oordeelde hij dat partijen bij de vestiging van een opstalrecht de bevoegdheden van de opstaller nader mogen regelen en hem ook andere bevoegdheden mogen toekennen, 'mits die bevoegdheden in zodanig verband staan met die welke de opstaller naar de aard van dat recht toekomen dat het gerechtvaardigd is die bevoegdheden als onderdeel van dat recht te behandelen'.³⁷ In de literatuur worden deze twee uitwerkingen ook wel samengesmeed tot één criterium: aan het voldoende-verbandvereiste wordt voldaan als een partijafpraak voldoende verband houdt met het wezen van het beperkte recht.³⁸ Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of een beding in een concreet geval aan het voldoende-verbandvereiste voldoet.³⁹

Het uitgangspunt is dat het Nederlandse goederenrecht dwingend recht is. Wordt hetgeen waartoe partijen afspraken willen maken, (wél) door de wet geregeld, dan is afwijking hiervan (alleen) toegestaan indien 'de wet zelf een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat'.⁴⁰ Struycken lijkt te suggereren dat partijen deze ruimte ook hebben als dit niet uitdrukkelijk in de wet is opgenomen, maar wel uit de (kennelijke) bedoelingen van de wetgever blijkt.⁴¹ Dat de (kennelijke) bedoelingen van de wetgever ertoe zouden kunnen leiden dat een bepaling van regelend recht is, zou volgens Everaars echter 'moeilijk te rijmen' zijn met de 'vuistregel' dat het goederenrecht in beginsel dwingend recht is, tenzij de wet een afwijkende regeling *uitdrukkelijk* toelaat.⁴² In het kader van de vraag of partijen specifiek van art. 3:246 BW kunnen afwijken, lijkt de literatuur – door in te gaan op de vraag of art. 3:246 BW regelend of dwingend recht is, terwijl de wet afwijking niet uitdrukkelijk toestaat (zie par. 4.3) – ervan uit te gaan dat de (kennelijke) bedoelingen van de wetgever wel een rol kunnen spelen.

Tot slot zij opgemerkt dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat een partijafpraak *niet* aan het voldoende-verbandvereiste hoeft te voldoen als de wet op een bepaald punt een

regeling treft én afwijking daarvan toestaat.⁴³ Volgens sommigen moet echter worden aangenomen dat *ook* in deze gevallen partijafspraken slechts kunnen deel uitmaken van het beperkte recht als aan het voldoende-verbandvereiste is voldaan.⁴⁴ Everaars en Mollema merken hierbij onzes inziens terecht op dat het feit dat de wet een afwijkingsmogelijkheid biedt, impliceert dat een op dat punt afwijkende partijafpraak voldoende verband zal houden met het beperkte recht.⁴⁵ Als de wetgever op een bepaald punt iets heeft geregeld én partijen de mogelijkheid heeft

33. Zie ook Verdaas 2015, p. 62-64, die – mede aan de hand van *Immun'Age/Neo-River* – meent dat uit arresten van de Hoge Raad een algemene regel is af te leiden waaruit volgt dat bij het vaststellen van de inhoud van een wettelijke bepaling niet alleen naar de tekst van de bepaling moet worden gekeken, maar ook naar de (kennelijke) bedoelingen van de wetgever. Of wij ons kunnen vinden in het concrete oordeel van de Hoge Raad in *Immun'Age/Neo-River*, komt aan bod in par. 4.3.

34. T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 3.

35. Zie voor een uiteenzetting van het voldoende-verbandvereiste concl. A-G E.B. Rank-Berenschot 18 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:260 (*Telecom Vastgoed/KPN*), par. 2.5-2.6.

36. HR 16 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5907, NJ 1977/399, m.nt. W.M. Kleijn (*Kademuur*).

37. HR 11 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC1886, NJ 1982/76, m.nt. W.M. Kleijn (*Haven Zwartewaal*).

38. Mollema 2013, p. 259; Everaars 2021, p. 150. Vgl. concl. A-G E.B. Rank-Berenschot 18 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:260 (*Telecom Vastgoed/KPN*), par. 2.6. Vgl. ook F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 140.

39. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, nr. 2), Deventer: Wolters Kluwer 2022/458.

40. T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 3.

41. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, nr. 37), Deventer: Kluwer 2007, p. 386. Kennelijk anders: S.E. Bartels, 'Partijautonomie in het Nederlandse goederenrecht', in: C.P.M. Cleiren (red.), *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland – Preadviezen 2018*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 249; S.E. Bartels, 'Partijautonomie in het Nederlandse goederenrecht', *TPR* 2019, afl. 1, p. 312-313.

42. Everaars 2021, p. 154.

43. T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 3: 'De tweede restrictie is dat, indien bevoegdheden en verplichtingen, welke de wet niet regelt, tot de inhoud van het zakelijk recht wil maken, deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband moeten hebben met het zakelijke recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.' Vgl. Mollema 2013, p. 259; Bartels 2018, p. 249; Bartels 2019, p. 312-313.

44. Zie o.a. Struycken 2007, p. 388; H.D. Ploeger & H. Bounjough, *Erfpacht en opstal* (Monografieën BW, nr. B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/15; Everaars 2021, p. 150; concl. A-G E.B. Rank-Berenschot 18 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:260 (*Telecom Vastgoed/KPN*), par. 2.5 en nt. 35.

45. Everaars 2021, p. 150-151. Vgl. Mollema 2013, p. 264.

geboden om hiervan af te wijken, is het haast ondenkbaar dat een afwijkende afspraak niet aan het voldoende-verbandvereiste zou voldoen. Waarom zou de wetgever immers voor regelend recht kiezen als het voldoende-verbandvereiste aan een afwijking in de weg zou staan? Dit maakt de toets aan het voldoende-verbandvereiste in deze gevallen zinloos.

4.3 Van art. 3:246 BW afwijkende (?)

partijafspraken als onderdeel van het pandrecht

Op grond van art. 3:227 lid 1 BW strekt het pandrecht ertoe om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Ook als een door partijen overeengekomen verdeling met betrekking tot de andere schuldeisersbevoegdheden zou deel uitmaken van het pandrecht, zou het beperkte recht nog steeds strekken tot voldoening van de vordering waarvoor het pandrecht is gevestigd en daarmee aan de wettelijke definitie van het pandrecht voldoen.⁴⁶

Dat de afspraak aldus zou passen binnen de wettelijke definitie van het pandrecht, betekent dat moet worden beoordeeld wat de inhoud van art. 3:246 BW is. Volgt uit deze bepaling *uitsluitend* dat de inningsbevoegdheid na mededeling overgaat op de pandhouder, of *ook* dat de andere schuldeisersbevoegdheden na mededeling bij de pandgever blijven rusten? Dit laatste is het geval, aldus de Hoge Raad in *Immun'Âge/Neo-River* (zie par. 2). In de literatuur wordt in het algemeen uitgegaan van de juistheid van dit oordeel.⁴⁷ Hoewel De Clerck en Jonckers & Van Eck lijken te suggereren dat de andere schuldeisersbevoegdheden respectievelijk de (daarvan deel uitmakende) schikkingsbevoegdheid geen deel uitmaken van art. 3:246 BW, omdat de wet op dit punt niks regelt, is het enigszins verwarrend dat zij tegelijkertijd ingaan op de vraag of partijen een van art. 3:246 BW afwijkende bevoegdheidsverdeling tot onderdeel van het pandrecht kunnen maken.⁴⁸ Als deze bevoegdheidsverdeling niet tot de inhoud van deze bepaling behoort, is een daarvan afwijkende bevoegdheidsverdeling niet nodig.

De parlementaire geschiedenis blinkt op dit punt niet uit in duidelijkheid. Ook wij neigen evenwel naar de conclusie dat de wetgever de (kennelijke) bedoeling heeft gehad de andere schuldeisersbevoegdheden op grond van art. 3:246 BW na mededeling niet te laten overgaan op de pandhouder. Op de vraag of ook een aantal andere schuldeisersbevoegdheden in art. 3:246 lid 2 BW moest worden opgenomen, werd geantwoord dat een dergelijke bepaling in het kader van het pandrecht niet past, omdat deze bevoegdheden 'in het

algemeen' bij de pandgever behoren te blijven.⁴⁹ Hieruit kan onzes inziens worden afgeleid dat het de (kennelijke) bedoeling van de wetgever is geweest dat de andere schuldeisersbevoegdheden na mededeling niet zouden overgaan op de pandhouder en dat de wetgever deze verdeling heeft willen laten deel uitmaken van art. 3:246 BW. In de woorden die wij hiervoor in par. 4.2 gebruikten: de wetgever heeft zich *niet* van een regeling onthouden ter zake van de andere schuldeisersbevoegdheden.

De conclusie dat art. 3:246 BW ook de verdeling van de andere schuldeisersbevoegdheden regelt, leidt tot de vraag of partijen een van die bepaling afwijkende bevoegdheidsverdeling tot onderdeel van het pandrecht kunnen maken. Met andere woorden: is art. 3:246 BW dwingend of regelend recht? Als art. 3:246 BW regelend recht zou zijn, zou dit betekenen dat een afwijkende bevoegdheidsverdeling goederenrechtelijke werking kan hebben. Afhankelijk van het antwoord op de vraag of ook in deze gevallen aan het voldoende-verbandvereiste moet worden voldaan (zie par. 4.2), moet eventueel ook aan dit vereiste worden voldaan. Is art. 3:246 BW daarentegen dwingend recht, dan heeft een afwijkende bevoegdheidsverdeling slechts verbintenisrechtelijke werking.

In de literatuur wordt gediscussieerd over het karakter van art. 3:246 BW. Sommigen komen, al dan niet twijfelend, tot de conclusie dat uit het gebruik door de wetgever van de woorden 'in het algemeen' kan worden afgeleid dat de bepaling

46. Verdaas 2023, p. 257, lijkt ervan uit te gaan dat een bevoegdheid in strijd met de wettelijke definitie van het pandrecht is als deze bevoegdheid als zodanig niet ziet op de verpande vordering. Het pandrecht stelt de pandhouder op grond van art. 3:227 lid 1 BW echter in staat de vordering waarvoor het pandrecht is gevestigd, met voorrang te verhalen. Om binnen de wettelijke definitie van het pandrecht te vallen hoeft de bevoegdheid dus niet per se te zien op de vordering waarop het pandrecht is gevestigd.

47. Zie o.a. G.G. Boeve & S. Jansen, annotatie bij HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *TvI* 2014/24 (*Immun'Âge/Neo-River*), par. 5; H.J. Snijders, annotatie bij HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *NJ* 2015/82 (*Immun'Âge/Neo-River*), par. 6. Zie ook concl. A-G G. Snijders 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:754 (*X/MFE c.s.*), par. 3.44.

48. De Clerck 2014, p. 202-203; Jonckers & Van Eck 2020, p. 329.

49. M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 772-773.

regelend recht is en dat een afwijkende bevoegdheidsverdeling dus goederenrechtelijke werking kan hebben.⁵⁰ De rechtbank Midden-Nederland en de rechtbank Overijssel komen tot eenzelfde conclusie.⁵¹ Een enkeling gaat ervan uit dat art. 3:246 BW dwingend recht is, omdat de wetgever afwijking niet uitdrukkelijk toestaat.⁵² Van Hees en Wibier zijn van mening dat de Hoge Raad in *Immun'Âge/Neo-River* heeft geoordeeld dat art. 3:246 BW een dwingendrechtelijk karakter heeft.⁵³ Volgens A-G Snijders in zijn conclusie voor *X/MFE c.s.* (zie par. 3) ligt het dwingendrechtelijke karakter van art. 3:246 BW zowel in de wetsgeschiedenis als in *Immun'Âge/Neo-River* besloten. De woorden 'in het algemeen' duiden volgens hem juist op een 'vaste regel' dat de andere schuldeisersbevoegdheden altijd bij de pandgever blijven rusten.⁵⁴ Hij legt de nadruk daarmee anders; simpel gezegd: niet 'omdat de situatie in het algemeen X is, is de regel in het algemeen Y', maar 'omdat de situatie in het algemeen X is, is de regel steeds Y'.

Het is echter nog maar de vraag of de Hoge Raad zich in *Immun'Âge/Neo-River* heeft uitgelaten over het karakter van art. 3:246 BW. Wij zetten eerst kort de feiten uiteen, althans voor zover relevant. Osata stelde dat zij een vordering uit wanprestatie had op Neo-River, omdat Neo-River de tussen hen gesloten distributieovereenkomst niet zou zijn nagekomen. Als gevolg van deze niet-nakoming zou Osata op haar beurt tekort zijn geschoten in de door haar met IAE gesloten sub-distributieovereenkomst, waardoor IAE op haar beurt een vordering uit wanprestatie op Osata zou hebben. Tot zekerheid van de laatstgenoemde vordering had Osata ten behoeve van IAE een openbaar pandrecht gevestigd op de vordering uit wanprestatie die zij, naar eigen zeggen, op Neo-River had. De door Osata en IAE jegens Neo-River ingestelde vordering tot schadevergoeding uit wanprestatie werd door de rechtbank afgewezen. Hoewel aanvankelijk zowel IAE als Osata in hoger beroep ging, besloot Osata dit hoger beroep niet door te zetten en te berusten in de uitspraak van de rechtbank. In het door IAE voortgezette hoger beroep oordeelde het gerechtshof dat Osata daarmee afstand van haar vordering had gedaan in de zin van art. 6:160 BW; het betoog van IAE dat de afstand niet rechtsgeldig had plaatsgevonden, omdat Osata na mededeling van het pandrecht op grond van de wet niet langer bevoegd was over de vordering te beschikken, werd door het hof verworpen. Het hof verwees hierbij naar de hiervoor in par. 2 aangehaalde parlementaire geschiedenis: de andere schuldeisersbevoegdheden blijven ook na mededeling van het pandrecht bij de pandgever rusten. In haar cassatieberoep voerde IAE onder meer aan dat het hof had miskend 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).”⁵⁵

Uit niets blijkt onzes inziens dat de Hoge Raad met zijn oordeel, zoals eveneens uiteengezet in par. 2, verder heeft willen gaan dan het schetsen van de wettelijke verdeling van de schuldeisersbevoegdheden. Daar komt bij dat de Hoge Raad aan de cassatiemiddelen is gebonden. Gelet op het door IAE ingestelde cassatiemiddel diende de Hoge Raad zich uitsluitend te buigen over de vraag of het doen van afstand van recht onder de inningsbevoegdheid valt die op grond van art. 3:246 lid 1 BW na mededeling overgaat op de pandhouder. Als de Hoge Raad voor ogen zou hebben gehad (tevens) te oordelen dat deze

50. Zie o.a. H.J. Snijders, annotatie bij HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, NJ 2015/82 (*Immun'Âge/Neo-River*), par. 7; N.E.D. Faber, annotatie bij HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, JOR 2017/25 (*Megalim/Veenbloem*), par. 4; Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, 'Extension of Powers of the Secured Creditor?!', *leidenlawblog.nl*, 31 maart 2020; Jonckers & Van Eck 2020, p. 329; N.E.D. Faber, annotatie bij Rb. Midden-Nederland 18 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5998, JOR 2020/100, par. 4; Verdaas 2023, p. 256. Overigens is Faber meer in het algemeen van mening dat de parlementaire geschiedenis en *Immun'Âge/Neo-River* ruimte laten voor de conclusie dat een andere schuldeisersbevoegdheid in een concreet geval wel na mededeling automatisch op de pandhouder overgaat.
51. Rb. Midden-Nederland 18 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5998, JOR 2020/100, m.nt. N.E.D. Faber, r.o. 2.9; Rb. Overijssel 23 november 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3628, JOR 2023/160, m.nt. J.J. van Hees, r.o. 5.18.3.
52. Everaars 2021, p. 154; Verdaas 2015, p. 66. In 2023 is Verdaas hier echter op teruggekomen (Verdaas 2023, p. 256): 'De derde grond is dat de minister overwoog dat de door hem genoemde bevoegdheden in het algemeen bij de pandgever dienen te blijven. Men kan die passage zo opvatten dat de minister meent dat die bevoegdheidsverdeling niet, of niet voor alle gevallen, van dwingend recht is.'
53. J.J. van Hees, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2014/799, afl. 15, p. 1067; R.M. Wibier, 'De vrijheid van partijen hun vorderingen zelf vorm te geven', *FIP* 2020/82, afl. 2, p. 35.
54. Concl. A-G G. Snijders 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:754 (*X/MFE c.s.*), par. 3.45.
55. Zie voor de cassatiemiddelen concl. A-G J. Spier 29 november 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1650 (*Immun'Âge/Neo-River*), par. 4.1.

wettelijke verdeling dwingend recht is, dan zou hij met dit oordeel buiten de cassatiemiddelen zijn getreden. De Hoge Raad zou met dit oordeel bovendien buiten het feitencomplex zijn getreden, omdat in de aan het *Immun'Âge/Neo-River*-arrest ten grondslag liggende feiten geen sprake was van een door partijen overeengekomen afwijkende bevoegdheidsverdeling. Het antwoord op de vraag of art. 3:246 BW dwingend of regelend recht is, was voor deze zaak daarom niet relevant.

De vraag blijft volgens ons dus open. Als – zoals uit de parlementaire geschiedenis lijkt te volgen – afwijking met goederenrechtelijke werking alleen mogelijk is als de wet dit uitdrukkelijk toestaat, dan zou art. 3:246 BW een dwingend-rechtelijk karakter hebben; in de wettekst wordt deze ruimte namelijk niet aan partijen geboden. Het wel meewegen van de (kennelijke) bedoeling van de wetgever bij het vaststellen van de *inhoud* van een bepaling – zoals de Hoge Raad deed in *Immun'Âge/Neo-River* (zie par. 4.2) – maar niet bij het vaststellen van het *karakter* van die bepaling, komt ons evenwel (te) selectief voor. Tegelijkertijd maakt het wel meewegen van die bedoeling het vaststellen van het karakter van art. 3:246 BW er niet veel makkelijker op, omdat de parlementaire geschiedenis op dit punt onduidelijk en voor meerdere interpretaties vatbaar is.

Een aanwijzing voor een *dwingendrechtelijk* karakter zou wellicht kunnen worden gevonden in de verwijzing van de wetgever – en in diens voetspoor de Hoge Raad in *Immun'Âge/Neo-River*⁵⁶ – naar de *actio pauliana* (art. 3:45 BW). Nadat hij had vermeld dat de pandhouder slechts de bevoegdheden moeten worden toegekend die zijn belang in het verpande als waarborg voor zijn vordering dienen (zie par. 2), stelt de wetgever dat de pandhouder moet worden beschermd tegen door de pandgever verrichte rechtshandelingen die dit belang benadelen, en dat het de *actio pauliana* is waaraan de pandhouder die bescherming ontleent.⁵⁷ Of, en zo ja, in hoeverre deze verwijzing daadwerkelijk een aanwijzing voor een dwingendrechtelijk karakter oplevert, is twijfelachtig. Uit het vervolg van de desbetreffende passage blijkt dat de wetgever de *actio pauliana* niet als *het* beschermingsmechanisme heeft willen presenteren, maar veeleer als een *voorbeeld* van wijzen waarop de pandhouder zijn belang van behoud van zijn zekerheidspositie kan nastreven.⁵⁸ Daarbij komt dat om meerdere redenen twijfelachtig is of de *actio pauliana* de pandhouder wel de bescherming kan bieden die de wetgever haar toedicht.⁵⁹

Mede gezien het genoemde (legitieme) belang van de pandhouder bij bescherming van zijn

zekerheidspositie,⁶⁰ zouden wij willen aannemen dat art. 3:246 BW het karakter van regelend recht heeft, zodat afwijkende partijafspraken over de schuldeisersbevoegdheden anders dan die betreffende de inningsbevoegdheid goederenrechtelijke werking kunnen hebben. Daaraan zouden wij een alternatieve interpretatie van de woorden ‘in het algemeen’ ten grondslag willen leggen. Naar ons idee worden deze woorden te vaak uitgelegd op een wijze die zich onvoldoende rekenschap geeft van hetgeen overigens in de desbetreffende passage (zie par. 2) wordt opgemerkt. De wetgever sluit zijn opmerkingen aldus af: ‘Slechts bevoegdheden die dit belang [het belang van waarborg van de gezeekerde vordering; LB & YC] dienen (...), behoren hem [de pandhouder; LB & YC] mitsdien te worden toegekend.’ Welke schuldeisersbevoegdheden de pandhouder moeten worden toegekend, hangt zo bezien af van het belang dat de pandhouder bij de verpande vordering heeft gelet op zijn door het pandrecht gezeekerde vordering. Dit belang vormt als het ware het ‘ijkpunt’.⁶¹ De woorden ‘in het algemeen’ zouden dan aldus kunnen worden uitgelegd dat bevoegdheden die de belangen van de pandgever diepgaand treffen, bij de pandgever moeten blijven *behoudens voor zover* zij (tevens) het genoemde belang van de pandhouder dienen; bevoegdheden die de pandgever diepgaand treffen in diens belangen, maar niet kunnen worden geacht het belang van de pandhouder te dienen, moeten bij de pandgever blijven.

56. HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, NJ 2015/82, m.nt. H.J. Snijders (*Immun'Âge/Neo-River*), r.o. 3.5.2.

57. M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 773.

58. M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 773 (curs. LB & YC): ‘Voorts verdient hij [de pandhouder; LB & YC] bescherming tegen rechtshandelingen van de pandgever die hem in dit belang benadelen. Deze bescherming wordt hem echter reeds geboden in artikel 3.2.11 van het gewijzigd ontwerp [= art. 3:45 BW; LB & YC]. (...) 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 [= art. 3:81 lid 3 BW; LB & YC] of artikel 6.1.10.2 lid 4 [= art. 6:161 lid 3 BW; LB & YC].’

59. Zie voor die redenen o.a. Wibier 2014, p. 260.

60. Vgl. V.J.M. van Hoof, ‘Immun'Âge/Neo-River en selectief gebruik van de wetsgeschiedenis’, *TvI* 2016/20, afl. 4, p. 145-148, die mede op basis van rechtshistorische beschouwingen tot de conclusie komt dat de aard en strekking van het pandrecht meebrengen dat de pandgever in beginsel niet ten nadele van de pandhouder over het pandobject kan beschikken.

61. Vgl. Cremers 2024, p. 38.

In deze opvatting is het dus mogelijk dat een pandhouder in afwijkende partijafspraken met goederenrechtelijke werking bevoegdheden krijgt toegekend die de belangen van de pandgever diepgaand treffen. Wordt hiermee de positie van de pandgever te zeer veronachtzaamd? Wat ons betreft moeten hierbij twee dingen worden bedacht. In de eerste plaats blijft het uitgangspunt dat schuldeisersbevoegdheden anders dan die betreffende de inningsbevoegdheid op grond van de wet bij de pandgever blijven en voor toekenning daarvan aan de pandhouder daartoe strekkende, mede van de pandgever afhankelijkke afspraken zijn vereist. Wij onderkennen de mogelijkheid dat de pandgever zich ten opzichte van de pandhouder (zijn financier) in een afhankelijke positie kan bevinden,⁶² maar aan het genoemde uitgangspunt doet dat niet af, nog maar afgezien van de vraag of, en zo ja, in hoeverre de bedoelde afhankelijkheid zich in alle gevallen daadwerkelijk doet gelden. In de tweede plaats hoeft toekenning van de genoemde bevoegdheden aan de pandhouder niet zonder meer ten koste te gaan van de belangen van de pandgever. De belangen van de pandgever en de pandhouder hoeven niet steeds uiteen te lopen; beiden zouden belang kunnen hebben bij bijvoorbeeld een afbetalingsregeling en de – zorgvuldig handelende⁶³ – pandhouder zou dan ook mede het belang van de pandgever kunnen dienen. Waar de pandgever een bijzonder belang heeft bij uitoefening van een aan de pandhouder toegekende bevoegdheid, zou hij diens toestemming kunnen vragen en de uitoefening alsnog zelf ter hand kunnen nemen. Voor de innings- en opzeggingsbevoegdheid voorziet art. 3:246 lid 4 BW in de mogelijkheid dat de pandgever de pandhouder om toestemming (of de kantonrechter om machtiging) vraagt;⁶⁴ als wordt aangenomen dat art. 3:246 BW regelend recht is, zou deze mogelijkheid kunnen gelden voor alle aan de pandhouder toegekende bevoegdheden.

5. Conclusie

In deze bijdrage hebben wij naar aanleiding van het recente arrest *X/MFE c.s.* stilgestaan bij de verdeling van schuldeisersbevoegdheden bij openbaar pandrecht op vorderingen. Eerst hebben wij het kader uiteengezet, met name door in te gaan op het door de Hoge Raad gemaakte – op (de wetsgeschiedenis bij) art. 3:246 BW gebaseerde – onderscheid tussen: (i) schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de inning van de verpande vordering; en (ii) andere schuldeisersbevoegdheden. Vervolgens richtten wij onze blik op *X/MFE c.s.*, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de openbaar pandhouder bevoegd is een door de pandgever tegen de panddebiteur aanhangig gemaakte procedure over te nemen door middel van schorsing en

hervatting. Tot slot hebben wij uitgebreid en stapsgewijs aandacht besteed aan de vraag of, en zo ja, in hoeverre de pandgever en de pandhouder met goederenrechtelijke werking afspraken kunnen maken over de andere schuldeisersbevoegdheden en in zoverre een van de wettelijke regeling afwijkende verdeling van schuldeisersbevoegdheden tot onderdeel van ‘hun’ pandrecht kunnen maken. Na te zijn ingegaan op het ‘waarom’ van dergelijke afwijkende partijafspraken, hebben wij ten aanzien van beperkte rechten in het algemeen laten zien dat voor de toelaatbaarheid van zulke afspraken allereerst is vereist dat zij binnen de wettelijke definitie van het beperkte recht passen. Zo dat het geval is, moet worden vastgesteld of de wet zich onthoudt van een regeling op het desbetreffende punt, waarbij alleen als de wet zich *wel* van een regeling onthoudt, onzes inziens aan het zogeheten voldoende-verbandvereiste moet worden voldaan. Als de wet zich *niet* van een regeling onthoudt, komt het aan op de vraag of de desbetreffende regeling dwingend of regelend recht is. Wij concluderen dat het ter zake van art. 3:246 BW aankomt op deze laatste vraag en zien reden om aan te nemen dat deze bepaling van regelendrechtelijke aard is. Het blijft evenwel wachten op een arrest van de Hoge Raad waarin de nodige duidelijkheid wordt geboden.

62. Concl. A-G G. Snijders 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:754 (*X/MFE c.s.*), par. 3.45: ‘Die bescherming [van de pandgever; LB & YC] zou weinig voorstellen als deze eenvoudig en in iedere pandakte standaard zou kunnen worden weggecontracteerd met een andere bevoegdheidsverdeling. Daarbij zij bedacht dat de pandgever zich dikwijls in een afhankelijke positie bevindt doordat hij financiering behoeft en daarmee feitelijk vaak is overgeleverd aan de eisen die een financier stelt. Die financier zal in de regel niet de neiging hebben om rekening te houden met wat in het arrest het grote belang van de pandgever wordt genoemd.’

63. Vgl. N.E.D. Faber, annotatie bij HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, *JOR* 2017/25 (*Megalim/Veenbloem*), par. 4: ‘Dat de pandhouder in dit verband zorgvuldig dient te handelen, behoeft geen betoog, maar dit staat los van de vraag of de hier bedoelde bevoegdheden aan de pandhouder toekomen of moeten kunnen worden toegekend.’

64. Vgl. M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 773. Vgl. ook HR 18 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2349, *NJ* 1997/511 (*Boskoop/Djakova*), r.o. 3.4.