

Op weg naar de toekomst

Beschikkingsbevoegdheid, bepaalbaarheid, mededeling. Deze niet geringe eisen van het burgerlijk recht hoeven aan een stille cessie of – verpanding van *absoluut* toekomstige vorderingen niet meer in de weg te staan. Die cessie of verpanding bij voorbaat kan bovendien bestand zijn tegen het faillissement van de cedent/pandgever.



Mr. R. Westrik*

1. Inleiding

Er is iets opvallends aan de hand in vermogensrechtelijk Nederland. De druk op de regel die thans nog verhindert dat bij voorbaat over *absoluut* toekomstige vorderingen¹ wordt beschikt in goederenrechtelijke zin, dat wil zeggen, met een onherroepelijke vermogensverschuiving op termijn tot gevolg, neemt toe.² Bezwijkt die regel – die uiteindelijk neerkomt op de eis van beschikkingsbevoegdheid van art. 3:84 lid 1 BW –, dan wordt de mogelijkheid tot verhaal op of via het toekomstige vermogen van een schuldenaar aanmerkelijk groter.

Eenzelfde druk wordt uitgeoefend om een cessie of ver-

* Universitair docent privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Onder absoluut toekomstige vorderingen wordt in dit opstel verstaan: vorderingen die noch reeds bestaan, noch zullen voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Zulks ter onderscheiding van relatief toekomstige vorderingen, waarbij de rechtsverhouding ten tijde van de (stille) verpanding of het beslag bij voorbaat al wel bestaat; vgl. art. 3:239 lid 1 BW en 475 Rv. Voorts: waar in dit opstel gesproken wordt van vorderingen, wordt bedoeld: vorderingen op naam.

2. Zie het rechtsvergelijkende onderzoek voor Nederlands/Engels/Amerikaans recht, gedaan door T.H.D. Struycken, AA 47 (1998) 5, blz. 417-436, en diens opstel in: *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk recht*, Deventer 1997, blz. 121-162. In de literatuur over de bepaaldheidsis bij stille verpanding van toekomstige vorderingen, hieronder nader te bespreken, is wellicht al een min of meer 'geheel generieke verpandings'sfeer te bespeuren, zij het steeds onder de kanttekening dat art. 3:239 lid 1 BW van toepassing is. Zie bijvoorbeeld R. van Buuren, V&O januari 2002, nr. 1, blz. 11-14; A.J. Verdaas, JOR*plus* 2002/1, blz. 50, resp. 51; *dezelfde*, WPNR (2002)/6511, blz. 793 (nr. 13) resp. blz. 791; *dezelfde*, in: *Onzekere Zekerheid*, Insolad Jaarboek, Deventer 2001, blz. 224-225. Voorts, zonder vermelding van art. 3:239 lid 1 BW, N.E.D. Faber, noot onder HR 20 september 2002, nr. C01/213HR, JOR 2002, 211. Zie verder over de 'generieke verpanding, afgestemd op art. 3:239 lid 1 BW' de literatuur, genoemd bij P-G Hartkamp (van wie ook het citaat is), conclusie voor het arrest van 20 september 2002. Zie ook het pleidooi van C.T.M. Luijckx, WPNR (2001)/6465, blz. 969-971 om onder de beperkingen van art. 3:239 lid 1 BW uit te komen met betrekking tot de mogelijkheid om op het toekomstig saldo van een bankrekening een medegeedeeld pandrecht te vestigen dat als een stil pandrecht uitwerkt. Voorts: E.M. Vermeulen, V&O oktober 2002, nr. 10, blz. 170-173, over pandrecht op toekomstige aandelen, en tenslotte (?) de discussie over de materie, aan absolute vorderingen verwant, van nog niet benutte kredietruimte, een discussie aangezwengeld door R.D. Vriesendorp, WPNR (2001)/6455, blz. 719-721 (voor een overzicht van de sindsdien verschenen literatuur, zie bijvoorbeeld de artikelen van P.C. Voûte en J.W.H. Blomkwist in WPNR (2002)/6498, blz. 527-533 respectievelijk 534-537).

panding bij voorbaat van relatief toekomstige vorderingen bestand te doen zijn tegen een later intredend faillissement. Het doel is dan dat de vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan, buiten de faillissementsboedel blijven en in het vermogen van de cessionaris/pandhouder terechtkomen.³

Het 'vermogen' van de schuldenaar dat tot zekerheid voor financiering kan worden verbonden jegens de financier, groeit in beide gevallen rechtsevenredig met de grotere mogelijkheid tot verhaal. Nederland zou in dat opzicht ook meer in de pas gaan lopen met ons omringende rechtsstelsels. Het maatschappelijke motief voor de toenemende pressie is daarmee gegeven.⁴ Juridisch, maar niet minder maatschappelijk is het echter de vraag of de eisen van beschikkingsbevoegdheid, bepaaldheid en mededeling (identificatie van de debiteur) gemist kunnen worden. Een klein onderzoek in drie onderdelen: de rol van de beschikkingsbevoegdheidseis (2), de bepaaldheidseis bij cessie en verpanding van toekomstige vorderingen (3) en de mededelingseis bij cessie/openbare verpanding van toekomstige vorderingen (4). Het geheel wordt besloten met een conclusie (5) en voorzien van een korte epiloog (6).

2. De rol van de beschikkingsbevoegdheidseis

Kan iemand in het heden beschikken, met goederenrechtelijk gevolg in het heden, over vermogensbestanddelen waarvan hij het bestaan (nog) niet kan vermoeden? Een bevestigend antwoord opent boeiende perspectieven. Zo zou ik financiering kunnen verkrijgen tegen levering of verpanding bij voorbaat van bijvoorbeeld de auto's van de 'buren' – al of niet concreet aan te duiden – in de wijk waar ik woon. Wie weet komen die auto's ooit in mijn vermogen terecht. Is er dan iets op tegen om reeds nu, ten tijde van de financiering die ik verkrijg en tot meerdere zekerheid voor de terugbetaling daarvan, die 'mobieltjes' bij voorbaat te leveren aan c.q. te verpanden ten behoeve van de financier? En is er iets op tegen om aan die levering c.q. verpanding bij voorbaat óók werking toe te kennen in faillissement, namelijk indien ik failliet ben op het moment van de eventuele verkrijging van een of meer van die auto's?

Op het oog is dit een bizarre casus. Voorbij lijkt immers te worden gegaan aan onder meer (i) de bepaaldheidseis (art. 3:84 lid 2 BW⁵), aan (ii) het feit dat ik wellicht niet voornemens ben om de auto's van burens aan te schaffen, laat staan daartoe al koopovereenkomsten heb gesloten, en aan (iii) het vereiste van beschikkingsbevoegdheid, onder meer tot uitdrukking komende in art. 35 lid 2 F⁶. De grootheden genoemd onder (i) en (ii) brengen in de regel al mee dat eerst met goederenrechtelijk rechtsgevolg beschikt kan worden over een goed wanneer men daarvan eigenaar is geworden. In het vereiste van beschikkingsbevoegdheid (iii) van art. 3:84 lid 1 BW is dit in beginsel onomstotelijk vastgelegd.

Vervangt men echter in dit voorbeeld het onderwerp van de beschikking bij voorbaat – auto's – door vorderingen, dan is de casus niet zo bizar als het schijnt. Ter voldoening aan de bepaaldheidseis (i) bij vestiging van stil pandrecht op toekomstige vorderingen volstaat inmiddels, zo bepaalde de Hoge Raad recentelijk⁷, een generieke aanduiding van de nog toekomstige vorderingen. Ten tijde van de verpanding – in de pandakte – kan iedere specificatie van de te verpanden vorderingen achterwege blijven. Een aanduiding achteraf, dat wil zeggen, voor of op het moment van uitwinning door de pandhouder, is voldoende. Is het dan ook voldoende om een *rechtsverhouding* die ten tijde van de verpanding nog niet bestaat, achteraf te 'bepalen' of in te vullen? Nog niet. De Hoge Raad past nu het minimum van art. 3:239 lid 1 BW nog toe, hetgeen meebrengt dat de generieke stille verpanding bij voorbaat beperkt moet blijven tot vorderingen die zullen voortkomen uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding (relatief toekomstige vorderingen). Maar hoe generiek is generiek? Welke is de reden van de beperking tot relatief toekomstige vorderingen? En hoe verhoudt die zich tot het vereiste van beschikkingsbevoegdheid? Hierna wordt dit nader uitgewerkt, maar gesteld kan reeds worden dat ook de onder (ii) genoemde 'buffer' tegen stille verpanding van absoluut toekomstige vorderingen – er moet al een rechtsverhouding zijn ten tijde van de verpanding bij voorbaat – onder druk staat en onder verdere druk zal komen te staan.

De vraag is dan nu, of het vereiste van de beschikkingsbevoegdheid, onder (iii) genoemd, die druk behoort te kunnen weerstaan. Anders geformuleerd: in hoeverre is het nodig dat een vervreemder/pandgever bevoegd is *of uiteindelijk wordt* met betrekking tot de goederen die hij bij voorbaat levert of verpand? Nieuwenhuis⁸ geeft een schets van het autonomiebeginsel als achtergrond van de beschikkingsbevoegdheidseis:

3. Zie in deze zin (waarschijnlijk) J.H.M. Van Swaaij, diss. Groningen 2000, Den Haag 2000; voorts H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, Cessie, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer 2000, blz. 59, 65 e.v.
4. Zie T.H.D. Struycken, AA 47 (1998) 5, blz. 417-436; *dezelfde*, in: Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk recht, a.w., blz. 139-142; A.J. Verdaas, in de hierboven, noot 2 vermelde publicaties. Zie ook M.P. van Achterberg, WPNR (2002) 6474 en (2002) 6475, besprekende generieke bulkcessies en openbare verpandingen onder het UNCITRAL Verdrag inzake vorderingen in de internationale handel, i.h.b. blz. 132.
5. Art. 3:84 lid 2 BW luidt: 'Bij de titel moet het goed met voldoende bepaaldheid omschreven zijn.'
6. Dit artikellid luidt, voor zover hier van toepassing: 'Heeft de schuldenaar voor de dag van de faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat geleverd, dan valt dit goed, indien het eerst na de aanvang van die dag door hem is verkregen, in de boedel, (...).'
7. HR 20 september 2002, nr. C01/213HR (Mulder q.q./Rabobank Alphen aan den Rijn). Meer over dit arrest hierna, onder 3.
8. J.H. Nieuwenhuis, Uit de ban van hier en nu, oratie Tilburg 1980, Deventer 1980, blz. 60-64.
9. A.w, blz. 62.

‘(..) het recht moet zoveel mogelijk voorkomen dat iemand *tegen zijn wil* een recht verliest doordat een ander dat *zonder toestemming* aan een ander overdraagt(..).’⁹

In dit licht is er geen bezwaar, zo vervolgt Nieuwenhuis, tegen het uiteenvallen van eigendom en beschikkingsbevoegdheid:

‘Als wordt aangenomen, dat de bij voorbaat overgedragen zaak bij ontvangst door de vervreemder *rechtstreeks* overgaat in het vermogen van de verkrijger, is de vervreemder weliswaar op geen enkel moment *eigenaar* geweest, maar dit sluit zijn beschikkingsbevoegdheid volstrekt niet uit.’¹⁰

Toegepast op de hierboven geschetste casus van de levering bij voorbaat van de auto’s – een casus die niet geheel parallel loopt met de situatie waar Nieuwenhuis over schrijft, maar daarover dadelijk meer – : een beschikking (zekerheidsstelling) bij voorbaat van *absoluut* toekomstige goederen is mogelijk. Of die beschikkingshandeling ooit rechtsgevolg krijgt, is afhankelijk van de vraag of degenen die eigenaar zijn ten tijde van die beschikking bij voorbaat (de bureu), ooit de eigendom van het goed (de auto’s) zouden willen prijsgeven aan de beschikker bij voorbaat, bijvoorbeeld door de auto’s aan deze te verkopen en te leveren. Men leze de uitwerking bij Nieuwenhuis¹¹:

‘De levering bij voorbaat, een overdrachtsvorm waarbij de tijdsbarrière wordt doorbroken, draagt, gezien haar aard, noodzakelijkerwijs een *voormaardelijk* karakter. Haar succes is afhankelijk van een toekomstige onzekere gebeurtenis: de komst van de bij voorbaat overgedragen zaak. Ook het vereiste van beschikkingsbevoegdheid verkrijgt, onder invloed hiervan, een *voormaardelijke* structuur. De vervreemder draagt reeds bij voorbaat een toekomstige zaak over. Of hij daartoe ook bevoegd is, hangt af van de vraag of hij bij ontvangst eigenaar *zou zijn geworden*, als hij niet reeds tevoren die zaak zou hebben overgedragen.

Conclusie: het vereiste van beschikkingsbevoegdheid vormt geen belemmering voor een rechtstreekse overgang van de bij voorbaat overgedragen zaak in het vermogen van de verkrijger, ook al zou de vervreemder ten tijde van de ontvangst failliet zijn. Weliswaar is deze op dat moment niet beschikkingsbevoegd maar dat is ook niet nodig, beschikt had hij al. Toen was hij weliswaar slechts *voormaardelijk* bevoegd, maar die voorwaarde is vervuld. Door de ontvangst zou de vervreemder eigenaar zijn geworden als hij de zaak niet bij voorbaat had overgedragen.’

Nu schrijft Nieuwenhuis deze woorden voor de situatie van een levering bij voorbaat van roerende zaken, maar hij doet dat – en daar lijkt de parallel met de bovengeschetste casus iets mank te gaan¹² – in het licht van een specifiek

geval van leveren bij voorbaat¹³: C koopt bij B een roerende zaak die nog uit het buitenland moet komen. C voldoet de koopprijs bij vooruitbetaling en krijgt, ter bescherming van dit afnemerskrediet, die machine bij voorbaat overgedragen. Het hierboven weergegevene omtrent een scheiding tussen beschikkingsbevoegdheid en eigendom, met werking van de beschikking in het faillissement van de vervreemder (C), moet op dat geval worden toegepast. Als ratio voor de scheiding noemt Nieuwenhuis uitdrukkelijk de ‘economische functie van deze leveringsvorm’ (de levering bij voorbaat). Die functie is: bescherming van afnemerskrediet.

Met dit laatste laat zich de vraag stellen: is er reden om ook aan de bescherming van *financierskrediet* als economische functie een grotere invloed toe te gaan kennen op het vereiste van beschikkingsbevoegdheid bij de overdracht en verpanding van toekomstige vorderingen?¹⁴ Weliswaar bestaat daar, bij absoluut toekomstige vorderingen, niet de letterlijke mogelijkheid om de redenering van Nieuwenhuis betreffende de eigendomsovergang van een roerende zaak *buiten* het vermogen de beschikker bij voorbaat om, toe te passen. Immers, een absoluut toekomstige vordering zal uit een rechtsverhouding met de beschikker bij voorbaat moeten ontstaan en is dan niet afkomstig van een leverancier (figuur B in het voorbeeld van Nieuwenhuis).¹⁵ Maar juridisch kan evengoed betoogd worden – en dat wordt ook gedaan, zij het voor relatief toekomstige vorderingen¹⁶ – dat een vordering met haar ontstaan rechtstreeks, dat wil zeggen, *buiten* het vermogen van de beschikker bij voorbaat om, overgaat in het vermogen van de verkrijger (de cessionaris of pandhouder), óók indien de beschikker bij voorbaat op dat moment failliet is. Indien nu het door Nieuwenhuis aangevoerde autonomiebeginsel als achtergrond van de beschikkingsbevoegdheidseis hier nogmaals in beeld wordt gebracht:

‘(..) het recht moet zoveel mogelijk voorkomen dat iemand *tegen zijn wil* een recht verliest doordat een ander dat *zonder toestemming* aan een ander overdraagt(..).’¹⁷

10. A.w., blz. 63.

11. A.w., blz. 63-64. Vgl. ook Van Swaaij, a.w., bijv. de nrs. 145, 166; zie echter ook het door deze auteur in de nrs. 360-361 opgemerkte.

12. In de bovengeschetste casus koopt de beschikker bij voorbaat de auto’s niet en voldoet hij derhalve ook geen koopsom bij vooruitbetaling. In de casus van Nieuwenhuis is dat wel het geval. Toch behoeven die voorwaarden geen verandering te brengen in de mogelijke scheiding tussen beschikkingsbevoegdheid en eigendom, zoals ook hieronder, uit de toepassing op toekomstige vorderingen, mag blijken.

13. A.w., blz. 55.

14. Zie voor deze vraag bijv. ook T.H.D. Struycken, AA 47 (1998) 5, blz. 417-436; *dezelfde*, in: Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk recht, a.w., blz. 139-142; Verhagen en Rongen, a.w., hfst. 1; A.J. Verdaas, in: Onzekere Zekerheid, a.w., blz. 213-215.

15. Vgl. ook Verhagen en Rongen, a.w., blz. 55, die ook het onderscheid maken tussen subjectief toekomstige roerende zaken en een *relatief* toekomstige vordering, die ‘in de kiem’ reeds toebehoort aan de crediteur.

16. Met name door Verhagen en Rongen, a.w., blz. 59-61, hierna, onder 4 besproken.

17. A.w., blz. 62.

moet geconcludeerd worden dat de beschikkingsbevoegdheidseis er niet aan in de weg zal staan om a. ook bij voorbaat te beschikken over (een stil pandrecht te vestigen op) *absoluut* toekomstige vorderingen en b. aan die beschikking ook rechtskracht toe te kennen indien de vordering¹⁸ ontstaat tijdens het faillissement van de beschikker bij voorbaat. Immers, beschikken bij voorbaat over een vordering die wellicht ooit uit een rechtsverhouding met een nog geheel onbekende debiteur¹⁹ zal ontstaan, doet uiteindelijk alleen de cedent/pandgever bij voorbaat een vorderingsrecht verliezen. Maar dat betreft zijn eigen (toekomstige) vermogen en het geschiedt noch zonder zijn toestemming, noch tegen zijn wil. Integendeel. In 'ruil' voor de beschikking over zijn toekomstige vermogen verkrijgt hij financiering. Is er dan niet alle aanleiding om de 'bescherming van financierskrediet als economische functie' een grotere invloed toe te gaan kennen bij het loslaten van het beschikkingsbevoegdheidsvereiste bij de overdracht en verpanding – openbaar en stil – van absoluut toekomstige vorderingen? Curatoren en andere schuldeisers (zonder voorrang) zullen daar niet blij mee zijn. Maar is de huidige situatie veel anders? Financiers kunnen nu de absoluut toekomstige vorderingen van hun debiteur nog niet in zekerheid verkrijgen (art. 3:239 lid 1 BW), en relatief toekomstige vorderingen nog niet faillissementsbestendig in zekerheid verkrijgen, maar zij zouden anders willen en zoeken daartoe ook de routes.²⁰ Daarentegen zal de wetgever een onbeperkte zekerheidsstelling van een in wezen onbeperkt aantal goederen wellicht willen voorkomen, al was het alleen met het oog op de bescherming van de kredietnemer, wiens kredietmogelijkheden wellicht tot onverantwoorde hoogte zullen stijgen.²¹ De beschikkingsbevoegdheidseis lijkt echter niet aan de reis naar de absolute toekomst in de weg te staan. Die eis op zich genomen verhindert niet een onbevoegd zijn, of een niet bevoegd worden, van een vervreemder/pandgever met betrekking tot de vorderingen die hij bij voorbaat levert of verpand.

Voordat die conclusie echter definitief kan worden getrokken, moet worden gezien in hoeverre er wellicht nog andere redenen zijn voor de thans nog geldende onmogelijkheid om ook een *rechtsverhouding* die nog toekomstig is ten tijde van de verpanding, achteraf te 'bepalen' of in te vullen als bron van de te verpanden vorderingen (hierna, onder 3).

3. De bepaaldheidseis bij cessie en verpanding van toekomstige vorderingen

Bij een overdracht of een verpanding bij voorbaat van een toekomstige vordering lijkt sprake te moeten zijn van minimaal enige aanduiding, omschrijving dan wel bekendheid van

- a. de nog toekomstige vordering, die zal gaan ontstaan uit een reeds bestaande rechtsverhouding, dan wel
- b. die reeds bestaande rechtsverhouding waaruit de vordering zal gaan ontstaan, dan wel

- c. de (rechts)persoon met wie in de toekomst de rechtsverhouding zal gaan bestaan.

De noodzaak tot aanduiding of omschrijving wordt geacht een algemeen beginsel van het goederenrecht te zijn, en niet alleen in het Nederlandse recht.²² Men komt het tegen onder de benamingen specialiteitseis, individualiserings-eis of bepaaldheidseis.²³ Met het oog op de rechtszekerheid die wordt voorgestaan moet immers jegens derden op enig moment nauwkeurig kunnen worden aangewezen op welk goed het recht van de verkrijger of pandhouder betrekking heeft of zal hebben. Men zie bijvoorbeeld art. 3:84 lid 2 jo. art. 3:98 BW.

Nu zijn cessie en *openbare* verpanding van absoluut toekomstige vorderingen in het huidige recht mogelijk. De hierboven sub c genoemde bekendheid van de toekomstige debiteur is hiervoor – vooralsnog – het minimumvereiste. Ingevolge de art. 3:94 lid 2 (cessie) en 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 2 BW (openbare verpanding) moet immers aan de toekomstige debiteur van de vordering reeds een mededeling van cessie/verpanding bij voorbaat worden gedaan. De wetgever zag in deze verplichting een 'natuurlijke' beperking tegen een algehele en onbeperkte cessie of verpanding van toekomstige vorderingen.²⁴

Een *stil* pandrecht bij voorbaat op een toekomstige vordering daarentegen wordt in het huidige recht slechts toegestaan wanneer de toekomstige vordering zal voortvloeien uit een rechtsverhouding die op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat (art. 3:239 lid 1 BW). Dit hierboven sub b. genoemde minimum was niet in het oorspronkelijke ontwerp van art. 3:239 BW te vinden. Het

18. De rechtsverhouding waaruit de vordering ontstaat, moet waarschijnlijk vóór het faillissement zijn ontstaan, omdat de failliet niet tijdens het faillissement en met werking tegen de boedel overeenkomsten kan aangaan, vgl. art. 24 F.
19. De bepaaldheidseis, hierna onder 3 te bespreken, brengt zoals het tot nog toe lijkt mee dat de toekomstige debiteur minimaal bekend moet zijn (zie echter ook het vervolg, hieronder). Het gaat hier echter alleen over de vraag of de eis van beschikkingsbevoegdheid als zodanig in de weg staat aan een beschikking bij voorbaat over absoluut toekomstige vorderingen.
20. Zie de literatuur, vermeld in onderdeel 1.
21. Zie voor een verdere inventarisatie van mogelijke (rechtspolitieke) belangen onder meer de discussie tussen S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber enerzijds en T.H.D. Struycken anderzijds, in WPNR (1998) 6324, blz. 518-520; WPNR (1999) 6366, blz. 577-582 en WPNR (1999) 6374, blz. 750-753; en de in noot 2 vermelde publicaties van T.H.D. Struycken en A.J. Verdaas.
22. Zie bijvoorbeeld het toelichtende rapport Virgos/Schmitt bij het EU-Insolventieverdrag (te raadplegen in de AA Libri-wetseditie Insolventierecht 2002-2002, vgl. Circulaire Inwerkingtreding EG-Insolventieverordening, Stc. 27 augustus 2002, nr. 163, blz. 11 e.v.). In dit rapport worden twee minimumeisen geformuleerd wil er sprake kunnen zijn van een zakelijk zekerheidsrecht in de zin van art. 5 van de Insolventieverordening (Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures). De eerste eis is die van de specialiteit en individualiseerbaarheid: het recht (het zakelijke zekerheidsrecht van de betreffende lidstaat) moet een rechtstreeks verband tot stand brengen met het onderpand. Vgl. voorts E. Dirix en V. Sagaert, Tvl 2002/Special-Zekerheidsrechten, blz. 111.
23. Vgl. de literatuur, genoemd in de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 20 september 2002, nr. C01/213HR, JOR 2002, 211. Zie voor de band met de beschikkingsbevoegdheidseis bijv. J. Wiarda, Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam, diss. 1937, Zwolle 1937, blz. 162.
24. M.v.A. II Inv. ad art. 3:239 BW, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1337-1338.

is later ingevoegd, omdat een vrijwel onbeperkte mogelijkheid om op toekomstige vorderingen stil pandrecht te vestigen ten koste zou kunnen gaan van de gewone schuldeisers, die in de praktijk in belangrijke mate op derdenbeslag zijn aangewezen.²⁵

Oorspronkelijk stond de wetgever bij stil pandrecht een even ruime ‘beschikkings’mogelijkheid ten aanzien van toekomstige vorderingen voor als bij openbare verpanding en bij cessie. Overdracht en verpanding van toekomstige goederen moesten zo ruim mogelijk worden toegelaten, zulks vanwege

(...) de behoefte om tegen zekerheid van die goederen over een langere periode krediet te kunnen verkrijgen zonder dat dit de bedrijfsvoering van de schuldenaar te veel aan banden legt. De bedoeling is de kredietgever een verhaalsmogelijkheid te geven op wat er te zijner tijd – op het moment dat verhaal nodig blijkt – aan goederen voorhanden is. De schuldenaar blijft vrij zijn handelsvoorraad te verhandelen (...). Het verhaal kan immers plaatsvinden op de inmiddels nieuw gevormde voorraad, (...).²⁶

Ook was art. 3:239 BW eerder ruim geredigeerd met het oog op de destijds – ten tijde van de totstandkoming van het huidige BW – levende behoefte om bij cessie tot zekerheid de praktijk van het bijhouden van zgn. cessielijsten overbodig te maken. Het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen gaf later echter aan dat men het punt van de cessielijsten als minder belangrijk beschouwde.²⁷ De lijsten zouden immers in het nieuwe recht niet meer fungeren als voorwaarde voor de totstandkoming van de verpanding van de op die lijst opgenomen vorderingen, doch enkel nog gelden als een administratief hulpmiddel om te controleren welke vorderingen telkens onder het betreffende pandrecht zouden komen te vallen.

De fundering van het huidige, beperkte systeem van art. 3:239 lid 1 BW berust dus voornamelijk op bescherming van de ‘gewone schuldeisers’ tegen een stille verpanding bij voorbaat van *alle*, dat wil zeggen, ook de absoluut toekomstige vorderingen van de pandgever. De wens van de (financierings)praktijk om een zo generiek mogelijke verpanding mogelijk te maken is echter nog niet verdwenen. In de hierboven beschreven, destijds levende wens om de cessielijsten overbodig te maken ligt de gedachte aan één generieke cessie bij voorbaat al besloten, de wetgever sprak de wens al eerder uit (citaat hierboven), schrijvers tenderen naar één algemene vestigingshandeling bij voorbaat van toekomstige vorderingen²⁸ en ook de Hoge Raad zet deze ontwikkeling – nu uitdrukkelijk²⁹ – kracht bij. In zijn arrest van 20 september 2002³⁰ bepaalt hij dat iedere specificatie van vorderingen in de pandakte achterwege kan blijven; volstaan kan worden met de globale vermelding in de pandakte dat – naar de kern genomen – ‘alle bestaande en relatief toekomstige (dat wil zeggen, uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeiende) vorderingen worden verpand’. De Hoge Raad stelt expliciet dat

deze generieke omschrijving voldoende is (r.o. 3.6) en dat een nadere specificatie niet nodig is om aan de bepaaldheidseis te voldoen.³¹

Tegen deze achtergrond bezien rijst de vraag, hoelang de minimumeis voor bepaalbaarheid bij stille verpanding – de aanduiding in de pandakte ‘alle bestaande en relatief toekomstige vorderingen’ – nog stand zal houden. De ratio van de beperking tot relatief toekomstige vorderingen in art. 3:239 BW – bescherming van de ‘gewone crediteuren die op beslag zijn aangewezen’ – is bij nadere beschouwing daarvoor wellicht een te lichte fundering.³² Immers, die beperking biedt de gewone crediteuren weinig soelaas. Een beslag op relatief toekomstige vorderingen baat hen eigenlijk niet, want de meeste van die vorderingen zullen bij voorbaat al zijn verpand. Eén nieuwe pandakte of wellicht pandlijst (die als pandakte dienst doet) bij de eerste betalingshaperingen van de pandgever³³, en de ‘gewone crediteur’, die niet het inzicht heeft van de financier/pandhouder in de boekhouding van de pandgever, vist al achter het net. Want hoeveel tijd zit er tussen de eerste betalingsmoeilijkheden van de pandgever en een déconfiture? Voorts: vorderingen die zullen voortspruiten uit een nieuwe rechtsverhouding van hun debi-

25. M.v.A. II Inv. ad art. 3:97, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1337; vgl. ook blz. 1246-1247. Vgl. ook P-G Hartkamp, conclusie voor HR 20 september 2002, nr. C01/213HR, JOR 2002, 211.

26. A.w., blz. 1246.

27. A.w., blz. 1337; zie ook blz. 1336, voetnoot (b); vgl. ook P-G Hartkamp, t.a.p.

28. Zie de literatuur, genoemd in onderdeel 1. Voorts bijvoorbeeld Wiarda, a.w., blz. 114; A-G Vranken, conclusie voor HR 16 juni 1995, NJ 1996/508 m.n. WMK (Ontvanger/Rabobank IJmuiden), onder 15; A-G Hartkamp, conclusie voor HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 m.n. WMK (Spaarbank Rivierland/Mr. Gispen q.q.); S.C.J.J. Kortmann, noot onder HR 19 september 1997, NJ 1998, 689, JOR 1997, 133 onder 2 (Verhagen q.q./INB II); N.E.D. Faber, NbBW 1997/af. 12, blz. 128-129; Verhagen en Rongen, a.w., blz. 91.

29. Wellicht zit de Hoge Raad al langer op deze koers, maar de indruk was anders. In 1994 leek de Hoge Raad nog uit te gaan van een minimale aanduiding in de pandakte van de te verpanden vorderingen, sprekende van ‘zodanige gegevens in de pandakte’ (een verwijzing naar pandlijsten), HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 m.n. WMK (Spaarbank Rivierland/Mr. Gispen q.q.). In 2001 was het uitgangspunt teruggebracht tot de mededeling, dat de vraag of aan de bepaaldheidseis is voldaan, een is ‘van overwegend feitelijke aard’, HR 21 december 2001, RvdW 2002, 6, JOR 2002, 38 m.nt. N.E.D. Faber (Sobi/Hurks II). Zie voor een overzicht van de rechtsontwikkeling ook de conclusies van P-G Hartkamp en A-G Langemeijer voor de arresten van 20 september 2002, genoemd in de volgende noot.

30. HR 20 september 2002, nr. C01/213HR (Mulder q.q./Rabobank Alphen aan den Rijn). In meer impliciete zin is de goedkeuring te lezen in het arrest HR 20 september 2002, nr. C01/004HR (ING Bank/Muller q.q.).

31. R.o. 3.5 en 3.6. Daarmee is ook de hierboven genoemde ‘controlerende’ functie van pandlijsten komen te vervallen; vgl. in die zin ook Van Buuren, a.w., blz. 14.

32. Voorzichtig ten aanzien van de beschermingsfunctie van de bepaaldheidseis is T.H.D. Struycken, in: Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk recht, a.w. blz. 135-139; geheel afwijzend tegenover die functie staat A.J. Verdaas, in: Onzekere Zekerheid, a.w., blz. 218-219.

33. Al dan niet via een onherroepelijke volmacht, gegeven aan de pandhouder om de vorderingen aan zichzelf te verpanden; zie hierover Van Buuren, a.w., blz. 14. Zie voorts over de rol van de pandlijsten in de huidige tijd A.J. Verdaas, JOR plus 2002/1, blz. 50-53, *dezelfde*, TvI 2002/4, blz. 205-206.

teur – absoluut toekomstige vorderingen – kunnen ‘gewone crediteuren’ ook niet beslaan (475 Rv). Kortom, wanneer de gewone crediteur ook beslag zal leggen, hij zal vrijwel altijd minimaal tweede in rang zijn. Zijn beslag zal misschien enkele vorderingen raken die nog (net) niet verpand zijn. De nu toegestane, vrijwel eenmalige, generiek en op het oog onbeperkt werkende verpanding van ‘alle vorderingen, bestaand en relatief toekomstig’ werkt tegen hem. De pandhouder mag op het moment van de (aanstaande) uitwinning met de boekhouding van de pandgever in de hand (of ook met andere objectieve gegevens³⁴) aangeven dat hij de eerste in rang is bij de verdeling van vrijwel alle te innen gelden.

Voeg aan het vorenstaande toe de opvatting van de Minister over de functie van de in art. 3:84 lid 2 BW neergelegde maatstaf, dat het goed bij de titel met voldoende bepaaldheid omschreven dient te zijn; die maatstaf brengt bij levering van toekomstige goederen slechts mee

‘dat het goed identificeerbaar moet zijn op het tijdstip dat het wordt verkregen door de vervreemder, (...)’³⁵.

Daarbij geldt als ‘ondergrens’, dat van de vervreemding/verpanding *op dat moment* ook mededeling moet *kunnen worden* gedaan aan de debiteur van de vordering.³⁶ Kunnen worden – het hoeft niet. Identificatie op het tijdstip dat het goed wordt verkregen door de vervreemder – dat laat alle ruimte open voor een algehele identificatie achteraf, dat wil zeggen, een identificatie van de vordering én van de rechtsverhouding waaruit die vordering is ontstaan.

Hoever is het Nederlandse recht dan nog verwijderd van de mogelijkheid om ook absoluut toekomstige vorderingen stil te kunnen verpanden? Wat is het verschil nog tussen enerzijds 3:239 lid 1 BW, inhoudende een generieke (stille) verpanding bij voorbaat met – alsdan – als minimumeis, dat achteraf kan worden aangewezen dat de rechtsverhouding al bestond en dat de vordering daaruit is ontstaan, en anderzijds een generieke cessie of openbare verpanding bij voorbaat met als minimumeis dat ‘achteraf’ – dat is uiterlijk: op of juist voor het moment van executie – aan de debiteur van de vordering een mededeling van cessie/verpanding bij voorbaat kan worden gedaan?³⁷

De mogelijkheid tot ‘bepaling achteraf’ wordt dan zelf tot een generieke. Achteraf wordt bepaald welke nog absoluut en relatief toekomstige vorderingen destijds, bij de vestiging bij voorbaat, werden ‘bedoeld’. Dit generieke systeem geldt dan gelijkkelijk bij cessie en verpanding (openbaar en stil) van toekomstige vorderingen. Het geldt ook (al) bij art. 3:231 BW, waarbij achteraf kan worden vastgesteld tot zekerheid *voor* welke (absoluut) toekomstige vorderingen het pandrecht destijds werd gevestigd.³⁸

Het systeem dat aldus wordt voltooid zou kunnen worden beschreven als een algehele of onbeperkte mogelijkheid van cessie of verpanding van alle toekomstige vorderingen, relatief en absoluut. De caesuur in wat nog toekomstig

is en wat niet, en wat daarmee goederenrechtelijk nog niet of net wel is overgegaan in het vermogen van de verkrijger, komt te liggen bij het moment dat die verkrijger zijn rechten wil gaan uitoefenen. De lakmoesproef voor de vraag welke vorderingen zijn overgegaan, is dan gelegen in de mogelijkheid om als cessionaris of pandhouder aan te tonen dat er een (opeisbare) vordering uit een reeds ontstane rechtsverhouding is. Dat betekent: aantonen dat de betreffende rechtsverhoudingen zijn ontstaan tussen de cedent/pandgever en diens debiteur, dat uit die rechtsverhoudingen de vorderingen zijn ontstaan en dat zij daarmee in het vermogen van de cessionaris of pandhouder zijn *overgegaan* (in een ondeelbaar moment via het vermogen van de cedent/pandgever) of liever, met het oog op een faillissement van de pandgever op enig moment, *ontstaan* (rechtstreeks bij het ontstaan van de vordering en krachtens de reeds verrichte leveringshandeling bij voorbaat, zie hierboven, onder 2). Dat lijkt wellicht een lastige opgave. Maar het tegendeel aantonen, een bewijslast die rust op de ‘gewone crediteur’ die beslag wil leggen of heeft gelegd, is schier onmogelijk, ook in het huidige systeem en zeker in de wetenschap dat de pandhouder met een generieke verpanding van vroegere datum zal aankomen.

In het licht van deze ontwikkeling van de bepaaldheidseis kan met één generieke verpanding bij voorbaat worden volstaan. De noodzaak om periodiek pandlijsten te versturen is verdwenen³⁹; ook stille verpanding bij voorbaat van absoluut toekomstige vorderingen is een volwaardig juridisch instrument geworden. Overdracht en verpanding van absoluut toekomstige vorderingen zijn dan zo ruim mogelijk toegelaten. Aan de door de wetgever al genoemde behoefte om tegen zekerheidsstelling van goederen over een langere periode krediet te kunnen verkrijgen zonder dat dit de bedrijfsvoering van de schuldenaar te veel aan banden legt, wordt tegemoetgekomen.

34. Vgl. HR 20 juni 1997 (Wagemakers q.q./Rabobank Roosendaal), JOR 1997, 108, NJ 1998, 362 m.n. WMK, NTBR 1998/5, blz. 157 m.n. E.B. Rank-Berenschot.

35. M.v.A. II Inv. ad art. 3:97, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1248.

36. Zie de vorige noot.

37. Vgl. de art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:98 jo. art. 3:94 lid 1 BW en – in feite – jo. 3:239 lid 3 BW.

38. Zie over dit artikel recentelijk (de conclusie van A-G Langemeijer voor) HR 20 september 2002, nr. C01/004 HR, JOR 2002, 210 m.n. NEDF (onder JOR 2002, 211), en S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, in: *Onzekere Zekerheid*, a.w., blz. 139-153.

39. Vgl. de hierboven al genoemde wens, geuit bij de totstandkoming van het huidige recht, om de noodzaak tot het bijhouden van cessielijsten overbodig te maken, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1337. Zie ook Van Buuren, a.w., blz. 14, die – zelfs nog binnen de beperkingen van art. 3:239 lid 1 BW – al meent dat de waarde van pandlijsten tot ‘vrijwel nihil’ is teruggebracht.

4. De mededelingseis bij cessie/openbare verpanding van toekomstige vorderingen

Het pleidooi om de mededelingseis die krachtens art. 3:94 lid 1 BW geldt voor een geldige cessie, af te schaffen, kan in de ontwikkeling zoals hiervoor, onder 2 en 3 beschreven, gehonoreerd worden.⁴⁰ Sterker, bij de levering van toekomstige goederen geldt de hierboven genoemde redenering van de Minister

‘dat het goed identificeerbaar moet zijn op het tijdstip dat het wordt verkregen door de vervreemder, (...)’⁴¹.

Het zij herhaald: er is dan alle ruimte voor een algehele identificatie achteraf, dat wil zeggen, een identificatie van én de vordering én de rechtsverhouding waaruit die vordering is ontstaan.

De enkele akte van cessie of verpanding, stil of openbaar, kan de totstandkoming van het absolute recht van de cessionaris/pandhouder bij voorbaat schragen. Een beperking zoals voorgesteld⁴² voor een ‘stille’ cessie in de zin van het huidige art. 3:239 lid 1 BW – beperking mogelijkheid van ‘stille cessie’ tot bestaande en relatief toekomstige vorderingen – zou dan ook niet wenselijk zijn. Immers, de ontwikkeling gaat nu juist de andere kant op. Een ‘stille cessie’ bij voorbaat kan in die ontwikkeling, evenals een stille verpanding bij voorbaat, de vorderingen omvatten die op het moment van de cessie of verpanding bij voorbaat nog *absoluut* toekomstig zijn. Indien de mededelingseis in deze zin wordt afgeschaft, zonder de voorgestelde invoering van de beperking van art. 3:239 lid 1 BW, is het systeem waarin één generieke cessie of verpanding bij voorbaat volstaat met betrekking tot *alle* toekomstige vorderingen, voltooid. Immers, dan geldt nog slechts de regel: het is voldoende dat partijen weten van elkaar wat er gecedeerd/verpand wordt.⁴³ Achteraf kan dit worden vastgesteld (bepaald).

5. Conclusie

De bepaaldheidseis staat bij de vestiging van een stil pandrecht bij voorbaat niet langer in de weg aan de mogelijkheid om ook een *rechtsverhouding* die nog toekomstig is ten tijde van de verpanding, achteraf te ‘bepalen’ of in te vullen als bron van de te verpanden vorderingen. De mededelingseis van art. 3:94 lid 1 die als minimum geldt voor een cessie of een openbare verpanding bij voorbaat, is evenmin nodig. De eis van beschikkingsbevoegdheid tenslotte zal er niet aan in de weg staan om ook bij voorbaat te beschikken over (een stil pandrecht te vestigen op) *absoluut* toekomstige vorderingen, en evenmin om aan die beschikking ook rechtskracht toe te kennen indien de vorderingen ontstaan tijdens het faillissement van de beschikker bij voorbaat. Alsdan zullen die vorderingen rechtstreeks overgaan of ontstaan in het vermogen van de cessionaris of pandhouder. De rechtsverhouding waaruit die vordering ontstaat, moet dan wel reeds voor het faillissement totstandgekomen zijn.

6. Epiloog

Wellicht ontstaat er een gevoel van onbehagen bij lezing van het vorenstaande. Het idee dat aan een beschikking bij voorbaat over iets dat er zelfs in de (verste) verte nog niet is, juridische gevolgen worden toegekend⁴⁴, met werking in faillissement bovendien, lijkt niet prettig. Maar bij nader inzien verandert er niet bijster veel. Immers, de eis van beschikkingsbevoegdheid lijkt te zijn gebruskeerd, maar is het niet. De beschikker bij voorbaat doet slechts bij voorbaat afstand van – hij beschikt over – : een goed dat hij wellicht (ooit) zal verkrijgen. Eenzelfde conclusie geldt voor het beginsel dat niemand meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft (de *nemo plus*-regel). Dit beginsel is aangepast aan de toekomst: iemand kan nu vast de rechten overdragen die hij wellicht ooit verkrijgt. En dan de ‘natuurlijke’ barrière dat de toekomstige debiteur minimaal bekend moet zijn – de mededelingseis – is die omgevallen? Nee, dat is hij niet. Ook die eis is naar de toekomst verschoven, al in het huidige recht, bij de mogelijkheid van cessie en openbare verpanding van absoluut toekomstige goederen.

Chaos ligt (dus) niet in het verschiet, en dat blijkt als volgt. Allereerst geldt het *nemo plus*-beginsel, de eis van beschikkingsbevoegdheid, uiteindelijk onverkort: waar immers geen vordering is of komt, zal een cessionaris of pandhouder niets kunnen innen respectievelijk uitwinnen. In de tweede plaats zal er, nu het om vorderingen gaat, een debiteur moeten zijn die wordt aangesproken door de cessionaris of pandhouder. Ergo, de ‘natuurlijke’ barrières waar de wetgever al op wees, gelden natuurlijker dan ooit.

40. Zie, het meest recent en met vermelding van overige literatuur, Verhagen en Rongen, a.w. hoofdstuk 1-3.

41. M.v.A. II Inv. ad art. 3:97, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1248.

42. Door Verhagen en Rongen, a.w., blz. 32.

43. Zie in deze zin reeds Wiarda, a.w., blz. 162, en ook HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 m.n. WMK (Solleveld, Romijn & Co): het feit dat partijen wisten om welke vordering het ging, werd (mede) doorslaggevend geacht.

44. Vgl. A.J. Verdaas, JOR*plus* 2002/1, blz. 52; *dezelfde*, WPNR (2002) 6511, blz. 793.