

LJN: BT6947, Hoge Raad , 11/00128

Datum 03-02-2012

uitspraak:

Datum 03-02-2012

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Stille verpanding. Rechtsgeldigheid 'verzamelpandakte'-constructie. Afzonderlijke elementen waaruit onderhavige verpandingsconstructie bestaat, niet in strijd met wet, meer in het bijzonder met art. 3:239 lid 1 BW. Dit geldt ook voor vestiging stil pandrecht op vorderingen die op moment verpanding nog absoluut toekomstig waren. Aantasting verhaalspositie concurrente schuldeisers onvoldoende grond om art. 3:239 lid 1 BW beperkter te interpreteren. Volmachtbeding in algemene voorwaarden bank, waarbij kredietnemer aan bank onherroepelijke volmacht verleent om (toekomstige) vorderingen aan zichzelf te verpanden, niet onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW. Geen sprake van verboden Selbsteintritt. Omstandigheid dat pandgevers alleen generiek zijn omschreven, staat niet in de weg aan rechtsgeldige verpanding. In verband met mogelijkheid van antedatering is nodig dat eerdere datering vaststaat van akte waarin zowel titel voor onderhavige verpanding ligt besloten als, in samenhang met algemene voorwaarden, voor onderhavige constructie essentiële volmachtbeding. In onderhavige zaak is hieraan voldaan door registratie van kredietofferte (tevens stampandakte).

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl
RvdW 2012, 245

Uitspraak

3 februari 2012

Eerste Kamer

11/00128

RM/AK

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

Mr. Floris Pieter Gabriël DIX, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [A] B.V.,
wonende te St. Michielsgestel,
EISER tot cassatie, verweerder in het incidentele cassatieberoep,
advocaten: mr. J.W.H. van Wijk en mr. S.M. Kingma,

t e g e n

ING BANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het incidentele cassatieberoep,
advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de curator en ING.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar het vonnis in de zaak 439094/HA ZA 09-3110 van de rechtbank Amsterdam van 15 september 2010. Het vonnis van de rechtbank is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het vonnis van de rechtbank heeft de curator op de voet van art. 398, aanhef en onder 2°, Rv.

beroep in cassatie ingesteld. ING heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord, tevens houdende incidenteel cassatieberoep, zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor ING mede door mr. P.A. Fruytier, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de waarnemend Advocaat-Generaal A. Hammerstein strekt tot verwerping van het principaal en het incidenteel cassatieberoep.

De advocaten van de curator hebben bij brief van 14 oktober 2011 op die conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die zijn vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1. Verkort weergegeven komen deze op het volgende neer.

(i) Tussen Postbank N.V. (hierna: Postbank) als rechtsvoorgangster van ING en [A] B.V. (hierna: [A]) is een overeenkomst van kredietverlening tot stand gekomen (hierna: de kredietovereenkomst). De inhoud van de kredietovereenkomst blijkt uit twee kredietoffertes van Postbank van 23 juli 2007 en 5 juni 2008 (hierna: de kredietoffertes), die door [A] zijn aanvaard.

(ii) De kredietoffertes zijn, na ondertekening door [A] en Postbank, op 2 augustus 2007 respectievelijk op 16 juni 2008 geregistreerd bij de Belastingdienst. In de offerte van 5 juni 2008 is opgenomen dat de reeds overeengekomen voorwaarden en condities ongewijzigd van kracht blijven, tenzij in die offerte anders is bepaald.

(iii) De kredietoffertes bepalen onder meer dat voor al hetgeen de kredietnemer aan de kredietgever schuldig is of wordt, de volgende zekerheden gelden:

"Nog te vestigen zekerheden:Verpanding Bedrijfsactiva:

Tot zekerheid van al hetgeen de Kredietnemer schuldig is of wordt aan de Kredietgever, verpand de Kredietnemer hierbij, voor zover nodig bij voorbaat, aan de Kredietgever, die deze verpanding aanvaardt, alle huidige en toekomstige Bedrijfsactiva zoals omschreven in de Algemene Bepalingen van Pandrecht, voor zover niet eerder aan de Kredietgever verpand; deze Bedrijfsactiva omvatten in ieder geval de [...] Vorderingen [...] behorende tot het bedrijf van de Kredietnemer. Tevens verbindt de Kredietnemer zich om aan de Kredietgever te verpanden al zijn toekomstige vorderingen die hij op derden - uit welken hoofde ook - zal verkrijgen uit ten tijde van deze verpanding nog niet bestaande rechtsverhoudingen."

De kredietoffertes verklaren op de kredietfaciliteit onder meer de Algemene Bepalingen van Pandrecht (hierna: ABP) van toepassing en bepalen aan het slot dat de kredietnemer door ondertekening verklaart een exemplaar van (onder meer) de ABP te hebben ontvangen.

(iv) In de ABP is onder meer het volgende bepaald:

"Artikel 1. Begripsbepalingen

[...]

e. Bedrijfsactiva:

alle tot het bedrijf van de Pandgever behorende goederen waaronder begrepen, maar niet beperkt tot [...] Vorderingen [...].

[...]

h. Pandgever:

degene(n) die, zowel tezamen als ieder afzonderlijk, Bedrijfsactiva aan de Bank heeft (hebben) verpand of zal (zullen) verpanden.

[...]

m. Vordering(en)

1. alle vorderingen van de Pandgever op derden uit hoofde van geleverde goederen, verrichte diensten [...] of uit welke andere overeenkomst of uit welke anderen hoofde ook; [...]"

Voorts bepalen de ABP in art. 7.11:

"De Pandgever verleent hierbij aan de Bank de onherroepelijke volmacht om de door de Bank te bepalen Vorderingen aan zichzelf te verpanden tot zekerheid voor het verschuldigde."

Deze bepaling wordt hierna aangeduid als het volmachtbeding.

(v) Als gevolg van een juridische fusie (met Postbank als verdwijnende entiteit en ING als verkrijgende entiteit) is ING begin 2009 in de plaats van Postbank getreden als wederpartij van [A] in het kader

van de kredietverlening.

(vi) Op 7 april 2009 heeft ING een zogenoemde verzamel pandakte (hierna: de verzamel pandakte) geregistreerd bij de Belastingdienst. In de verzamel pandakte is onder meer het volgende vermeld:

"ING Bank N.V., hierna te noemen: "de Bank", handelend zowel voor zich, als op basis van volmacht in naam van ieder van de hieronder omschreven Pandgevers;

In aanmerking nemende dat:

Kredietnemers en/of Pandgevers zich ten opzichte van de Bank hebben verbonden tot verpanding van alle bestaande vorderingen die zij op derden debiteuren hebben of zullen krijgen, uit hoofde van geleverde goederen, verrichte diensten, geleende gelden, provisies, of uit welchen hoofde ook;

Kredietnemer en/of Pandgevers zich tevens ten opzichte van de Bank hebben verbonden tot verpanding - voorzover nodig bij voorbaat - aan de bank van alle vorderingen die voortvloeien uit ten tijde van de vestiging van het pandrecht c.q. het aangaan van de verplichting tot verpanding al bestaande rechtsverhoudingen;

Kredietnemers en/of Pandgevers de Bank een volmacht hebben gegeven om die verpanding eigenhandig en eenzijdig tot stand te brengen;

verklaart als volgt:

Artikel 1

In deze akte wordt verstaan onder:

"Kredietnemer": iedere natuurlijke persoon, rechtspersoon of andere juridische entiteit, die aan de Bank enig bedrag schuldig is of wordt, uit hoofde van kredietverlening, of uit welchen andere hoofde dan ook.

"Pandgever": iedere natuurlijke persoon, rechtspersoon of andere juridische entiteit, al dan niet in de hoedanigheid van Kredietnemer, die de Bank volmacht heeft gegeven tot verpanding van vorderingen [...].

[...]

"Volmachtgoederen": alle huidige en toekomstige vorderingen van een Pandgever [...] ten aanzien waarvan de Bank op basis van volmacht de bevoegdheid heeft om deze aan zichzelf te verpanden.

[...]

Artikel 2

De Bank geeft hierbij namens ieder van de Pandgevers alle Volmachtgoederen van die Pandgever aan de Bank in pand. De Bank aanvaardt deze verpanding.

[...]

Artikel 4

De verpanding omvat, zonder daartoe te zijn beperkt, alle vorderingen die de Pandgever op het tijdstip van vestiging van het pandrecht op basis van de onderhavige volmacht heeft of rechtstreeks zal verkrijgen uit een dan al bestaande rechtsverhouding en die - thans of achteraf - met behulp van diens administratie of op welke wijze dan ook kunnen worden vastgesteld.

[...]"

(vii) [A] is op 14 april 2009 in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Dix tot curator.

3.2.1 Tussen de curator en ING is in geschil of ING met de registratie van de kredietoffertes of van de verzamel pandakte een rechtsgeldig pandrecht heeft verkregen op de vorderingen van [A] op haar debiteuren. De curator heeft in conventie gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat het pandrecht op de vorderingen van [A] waarop ING zich beroept, niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. ING heeft de vordering bestreden en in reconventie gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat zij met de registratie van de kredietoffertes en/of de registratie van de verzamel pandakte een rechtsgeldig pandrecht heeft verkregen.

3.2.2 De rechtbank heeft in conventie deze vordering van de curator afgewezen en in reconventie voor recht verklaard dat ING met de registratie van de kredietoffertes en de registratie van de verzamel pandakte een rechtsgeldig pandrecht heeft verkregen. De rechtbank heeft daartoe, kort samengevat, het volgende overwogen:

(a) Het volmachtbeding is niet onredelijk bezwarend.

[A] heeft erkend dat zij zich ervan bewust was dat zij jegens ING de verplichting op zich nam haar huidige en toekomstige vorderingen te verpanden. Gezien deze erkenning kan in het midden blijven of [A] zich heeft gerealiseerd dat haar medewerking aan het volmachtbeding reeds bij voorbaat was verleend en eveneens of ING was gehouden [A] expliciet op de volmacht te wijzen.

Het volmachtbeding garandeert de nakoming van de contractuele verplichting van [A] tot verpanding. ING heeft hierbij een rechtens te respecteren belang.

Er is geen ruimte voor reflexwerking van art. 6:237, aanhef en onder n, BW. [A] verschilt daarvoor teveel van een consument (rov. 4.18-4.19).

(b) Bij het uitoefenen van de volmacht heeft ING niet in strijd gehandeld met art. 3:68 BW. De volmacht strekt ertoe een pandrecht ten gunste van ING te vestigen en de inhoud van de te verrichten rechtshandeling staat zo nauwkeurig vast dat strijd tussen de belangen van volmachtgever en volmachtneemer is uitgesloten (rov. 4.22-4.23).

(c) ING heeft bij het ondertekenen van de verzamelpandakte mede in naam van [A] gehandeld. Dit blijkt duidelijk uit de verzamelpandakte in combinatie met de kredietoffertes en de ABP (rov. 4.25-4.26).

(d) De verpande vorderingen zijn voldoende bepaald in de zin van art. 3:84 lid 2 in verbinding met art. 3:98 BW. De verzamelpandakte, de kredietovereenkomst en het volmachtbeding bevatten tezamen voldoende gegevens om, eventueel achteraf, aan de hand van objectieve gegevens te kunnen bepalen om welke vorderingen het gaat.

De identiteit van de pandgever kan worden vastgesteld op basis van de kredietoffertes en de ABP, waarover zowel [A] als ING beschikken (rov. 4.30-4.32).

4. Beoordeling van de middelen in het principale beroep

4.1 Bij de beoordeling van de tegen deze oordelen gerichte middelen dient het volgende tot uitgangspunt.

De elementen waaruit de onderhavige verpandings-constructie bestaat

4.2 Blijkens de hiervoor in 3.1 weergegeven vaststaande feiten bestaat de onderhavige verpandingsconstructie uit de volgende elementen.

Tussen [A] als kredietnemer en (de rechtsvoorgangster van) ING als kredietverlener is een kredietovereenkomst tot stand gekomen onder de voorwaarden als vermeld in de door [A] ondertekenende kredietoffertes van (de rechtsvoorgangster van) ING.

De kredietoffertes houden onder meer in dat de kredietnemer, tot zekerheid van al hetgeen hij schuldig is of zal worden aan de kredietgever, "hierbij, voor zover nodig bij voorbaat," aan de kredietgever alle huidige en toekomstige bedrijfsactiva verpandt, waaronder de tot het bedrijf van de kredietnemer behorende vorderingen, alsmede de toekomstige vorderingen die de kredietnemer op derden zal verkrijgen uit ten tijde van "deze" verpanding nog niet bestaande rechtsverhoudingen. De kredietoffertes vervullen aldus de functie van titel voor de verpanding van toekomstige vorderingen van de kredietnemer ([A]) op haar debiteuren, zoals vereist ingevolge art. 3:84 lid 1 in verbinding met de artikelen 3:97 lid 1 en 3:98 BW. Daarnaast hebben zij te gelden als onderhandse akten - in de praktijk ook wel "stampandakten" genoemd - als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW; in zoverre dienen zij, met inachtneming van het navolgende, tevens tot vestiging van het pandrecht. De kredietoffertes zijn beide geregistreerd bij de Belastingdienst overeenkomstig art. 5 Registratiewet 1970 in verbinding met art. 4 onder c Uitvoeringsbeschikking Registratiewet 1970. Met deze registratie werd de vestiging van het stille pandrecht ten behoeve van ING voltooid voor zover het gaat om vorderingen die [A] op dat moment al had op haar debiteuren. Wat betreft de vorderingen die nadien zijn ontstaan uit ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhoudingen tussen [A] en die debiteuren ("relatief toekomstige vorderingen"), ontstond het stille pandrecht van rechtswege op het moment waarop de desbetreffende vorderingen zijn ontstaan.

De verzamelpandakte is een door de bank als gevolmachtigde van meer kredietnemers (cliënten van de bank) opgemaakte en ondertekende akte die ertoe strekt op het tijdstip waarop deze akte wordt geregistreerd, een (stil) pandrecht te vestigen op alle op dat moment (inmiddels) bestaande vorderingen van deze kredietnemers op hun debiteuren, dus ook op vorderingen die, op het moment van registratie van de stampandakte (kredietofferte), nog absoluut toekomstig waren.

De kredietnemers worden bij de vestiging van het pandrecht (in beide hiervoor omschreven situaties) vertegenwoordigd door de bank op de voet van de eerder door hen aan de bank verleende (onherroepelijke) volmacht. Met deze volmachtconstructie beoogt de bank zich een pandrecht te verwerven op bestaande vorderingen van haar kredietnemers op derden, en op toekomstige vorderingen zodra deze zijn ontstaan, zonder verdere medewerking van de afzonderlijke kredietnemers/pandgevers.

Het volmachtbeding houdt in dat de pandgever aan de bank een onherroepelijke volmacht verleent om de vorderingen van de kredietnemer/pandgever op derden aan zichzelf te verpanden tot zekerheid voor het door de kredietnemer/pandgever (uit hoofde van de kredietovereenkomst) jegens de bank verschuldigde.

De volmachten worden niet nader in de verzamelpandakte omschreven. De door ING opgemaakte

verzamelhandakte vermeldt in algemene zin dat de bank zowel voor zichzelf handelt als in naam van iedere kredietnemer en/of pandgever die zich jegens haar tot verpanding van bestaande en toekomstige vorderingen heeft verbonden, en dat deze kredietnemers en/of pandgevers de bank een volmacht hebben gegeven die verpanding "eigenhandig en eenzijdig tot stand te brengen". De verzamelhandakte vermeldt niet de namen van de pandgevers en bevat evenmin een specificatie van de vorderingen waarop een pandrecht wordt gevestigd. De volmachtverlening vindt plaats bij het aangaan van de kredietovereenkomst. De volmachten zijn opgenomen in de algemene voorwaarden van ING (ABP), welke bepalingen in de kredietoffertes op de daarin overeengekomen kredietfaciliteit van toepassing worden verklaard.

De vraag waarom het in deze zaak gaat

4.3 Het gaat in deze zaak om de vraag of de hiervoor in 4.2 beschreven, door ING gehanteerde constructie voor de verpanding van de vorderingen van haar kredietnemers op derden, rechtsgeldig is. De door het middel aangevoerde klachten houden, samengevat weergegeven, niet alleen in dat de rechtbank heeft miskend dat de afzonderlijke elementen waaruit de onderhavige verpandingsconstructie bestaat, niet aan de wettelijke eisen voldoen, maar ook dat de gevolgen van die constructie voor de verhaalspositie van concurrente schuldeisers van de kredietnemer strijdig zijn met de bedoeling die de wetgever had met de regeling van art. 3:239 lid 1.

De klachten spitsen zich erop toe dat in elk geval de hiervoor beschreven wijze waarop absoluut toekomstige vorderingen vrijwel onmiddellijk na hun ontstaan met een stil pandrecht van de bank worden belast, door de rechtbank ten onrechte rechtsgeldig is geacht.

In art. 3:239 lid 1 is immers, met name met het oog op de verhaalspositie van concurrente schuldeisers, de eis gesteld dat de vestiging van een stil pandrecht op vorderingen op naam slechts bestaande vorderingen kan betreffen, of vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een ten tijde van de vestiging reeds bestaande rechtsverhouding. Met de onderhavige verpandingsconstructie wordt deze eis, en daarmee dit wetsartikel, onaanvaardbaar ondergraven, aldus nog steeds de samengevat weergegeven klachten van het middel.

Hierna zullen in 4.4-4.6 de elementen waaruit de onderhavige verpandingsconstructie bestaat, ieder afzonderlijk worden beoordeeld, en in 4.8 en 4.9 de door de combinatie daarvan bewerkstelligde gevolgen voor de verhaalspositie van concurrente schuldeisers.

Beoordeling van de afzonderlijke elementen van de onderhavige verpandingsconstructie

Is het volmachtbeding onredelijk bezwarend?

4.4.1 Middel I voert aan dat de rechtbank heeft miskend dat het volmachtbeding, als onredelijk bezwarend, vernietigbaar is op de voet van art. 6:233, aanhef en onder a, BW. Volgens het middel berust het oordeel van de rechtbank op een onjuiste rechtsopvatting.

4.4.2 In cassatie is niet gemotiveerd bestreden de overweging van de rechtbank in rov. 4.19 - weergegeven hiervoor in 3.2.2 onder (a) - dat [A] te veel verschilt van een consument om reflexwerking aan art. 6:237, aanhef en onder n, BW te kunnen toekennen. Het antwoord op de vraag of het volmachtbeding in de door ING gehanteerde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend moet worden geoordeeld, hangt mitsdien ingevolge art. 6:233, aanhef en onder a, BW af van de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Daarbij kan onder meer betekenis toekomen aan de economische of maatschappelijke positie van partijen en hun onderlinge verhouding, en aan de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest (vgl. HR 19 mei 1967, NJ 1967/261).

4.4.3 In deze zaak gaat het om een kredietovereenkomst tussen een bank en een zakelijke cliënt. De kredietovereenkomst is tot stand gekomen doordat de kredietnemer het daartoe strekkende aanbod van de bank heeft aanvaard. De onderhavige verpandingsconstructie maakte onderdeel uit van de kredietofferte en de algemene voorwaarden van de bank, waarnaar in de kredietofferte uitdrukkelijk werd verwezen. Een zodanige overeenkomst brengt naar haar aard mee dat de bank een voor haar wederpartij kenbaar belang heeft zich zekerheid te verschaffen voor terugbetaling van het verstrekte krediet. De kenbaarheid van dit belang wordt nog verhoogd indien, zoals in dit geval, in de kredietovereenkomst is bepaald dat de kredietnemer "hierbij, voor zover nodig bij voorbaat", aan de kredietgever alle huidige en toekomstige bedrijfsactiva verpand, waaronder zijn absoluut toekomstige vorderingen. Het belang van de kredietnemer wordt door het verschaffen van die zekerheid op zichzelf niet ernstig geschaad. Voorts zal de bank in het algemeen weliswaar de economisch of maatschappelijk sterkere partij zijn, maar dit draagt op zichzelf niet ertoe bij de verpandingsconstructie onredelijk bezwarend te achten tegenover de kredietnemer omdat de bank ten

gevolge van die constructie over het algemeen bereid zal zijn onder ruimere voorwaarden tot kredietverlening over te gaan, en deze voort te zetten, dan anders het geval zou zijn geweest, waarmee het belang van de kredietnemer juist is gediend.

4.4.4 De omstandigheid dat de volmacht onherroepelijk is verleend, doet aan het vorenstaande niet af omdat zij strekt tot het verrichten van een rechtshandeling - het vestigen van een pandrecht op vorderingen die de kredietnemer heeft op derden - waartoe de kredietnemer/volmachtgever ([A]) zich jegens de gevolmachtigde (ING) heeft verplicht. Deze onherroepelijke volmacht is aan ING verleend in haar belang dat erin bestaat dat daardoor de voor de (omvang van de) creditering essentiële zekerheid wordt verhoogd dat de vestiging van het pandrecht daadwerkelijk zal plaatsvinden. Zij is beperkt tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling, namelijk de verpanding van vorderingen. Zij voldoet dus aan de eisen die in art. 3:74 lid 1 BW aan de geldigheid van een onherroepelijke volmacht worden gesteld. De omstandigheid dat het niet langer de kredietnemer is die het moment bepaalt waarop de verpanding plaatsvindt, maar de bank, is het beoogde rechtsgevolg van de onherroepelijke volmacht; zij leidt niet tot ongeldigheid van de volmachtverlening. In het onderhavige geval is voor die ongeldigheid overigens te minder aanleiding omdat [A] zich - naar de rechtbank in cassatie onbestreden heeft vastgesteld - ervan bewust was dat zij in de kredietovereenkomst al haar vorderingen, ook haar absoluut toekomstige vorderingen, bij voorbaat heeft verpand.

4.4.5 Ten slotte is, in het licht van het grote belang dat in afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek wordt gehecht aan overleg tussen degenen die zich bij het sluiten van overeenkomsten van algemene voorwaarden bedienen, en representatieve organisaties van hen die bij de desbetreffende overeenkomsten als hun wederpartijen plegen op te treden, van betekenis dat het volmachtbeding zakelijk gelijkkluidend is aan het volmachtbeding dat onderdeel uitmaakt van de Algemene Bankvoorwaarden die zijn opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken in overleg met de Consumentenbond.

4.4.6 Het oordeel van de rechtbank dat het onderhavige volmachtbeding niet onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW, is dus juist.

Is sprake van verboden Selbsteintritt?

4.5.1 Door middel II wordt voorts aangevoerd dat de rechtbank heeft miskend dat bij de gebruikmaking van de volmacht sprake is van verboden Selbsteintritt. ING heeft de vorderingen van de kredietnemer/pandgever op derden immers, door middel van de verzamelendaktoe, in feite aan zichzelf verpand. Zij is namelijk niet alleen uit eigen hoofde partij bij die akte, maar is tevens opgetreden als gevolmachtigde van haar wederpartij, [A].

4.5.2 Art. 3:68 BW bepaalt dat een gevolmachtigde in beginsel slechts dan als wederpartij van de volmachtgever kan handelen wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten. De bepaling strekt ertoe te voorkomen dat de gevolmachtigde op de inhoud van de desbetreffende rechtshandeling invloed ten eigen bate kan uitoefenen. Strijd tussen beider belangen, en beïnvloeding van de desbetreffende rechtshandeling ten eigen bate door de gevolmachtigde, is uitgesloten in een geval als het onderhavige, waarin de volmacht het verrichten van een specifiek omschreven rechtshandeling betreft (het vestigen van een pandrecht op vorderingen van de kredietnemer op derden) waartoe de volmachtgever zich ten opzichte van de gevolmachtigde heeft verbonden.

4.5.3 Ook de dubbele hoedanigheid waarin ING partij is bij de daadwerkelijke vestiging van het pandrecht op ten tijde van de verpanding nog toekomstige vorderingen, staat dus niet aan de rechtsgeldigheid van de onderhavige verpandingsconstructie in de weg.

Zijn de verpande vorderingen voldoende bepaald?

4.6.1 Middelen III en IV voeren aan dat de omstandigheid dat de namen van de pandgevers niet in de verzamelendaktoe worden genoemd, meebrengt dat niet rechtsgeldig een pandrecht is gevestigd, en dat het feit dat de pandgevers alleen generiek zijn omschreven, tot hetzelfde rechtsgevolg leidt, nu de verpande vorderingen in deze akte niet voldoende zijn bepaald.

4.6.2 Bij verpanding van vorderingen op naam moeten de vorderingen - overeenkomstig art. 3:98 in verbinding met art. 3:84 lid 2 BW - ten tijde van de verpanding in voldoende mate door de in art. 3:239 lid 1 BW bedoelde akte worden bepaald. Deze eis van voldoende bepaaldheid mag niet strikt worden uitgelegd (vgl. HR 20 september 2002, LJN AE7842, NJ 2004/182, alsmede Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1248). Aan het oordeel van de rechter is overgelaten in welke mate deze

vorderingen, indien zij niet reeds ten tijde van de verpanding zijn bepaald, bepaalbaar moeten zijn (vgl. T.M., Parl. Gesch. Boek 3, blz. 402)

Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is voor het overdragen of verpanden van vorderingen op naam noodzakelijk, maar ook voldoende, dat de desbetreffende akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat. De enkele omstandigheid dat voor nadere specificaties te rade moet worden gegaan bij de boekhouding van de pandgever en van de bank, brengt niet mee dat de verpande vorderingen onvoldoende bepaalbaar zijn (vgl. HR 20 september 2002, LJN AE7842, NJ 2004/182). De vraag hoe specifiek die gegevens dienen te zijn, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval (vgl. HR 4 maart 2005, LJN AR6165, NJ 2005/326). Een generieke omschrijving van de te verpanden vorderingen kan tot een geldige verpanding leiden indien aan de hand van de gegeven omschrijving kan worden bepaald welke vorderingen zijn verpand, en wie dus de pandgevers zijn. Het ontbreken van nadere specificaties van de betrokken vorderingen hoeft daarom niet eraan in de weg te staan dat zij voldoende bepaald zijn in de zin van art. 3:84 lid 2 BW.

Niet is vereist dat de tot verpanding strekkende verklaring van de pandgever met zoveel woorden in de akte is opgenomen. De akte van verpanding behoeft evenmin de titel van de verpanding in te houden. Voldoende is dat de verkrijger van het recht van pand op de vordering redelijkerwijs uit de akte heeft mogen begrijpen dat zij tot vestiging van pandrecht was bedoeld (vgl. HR 29 juni 2001, LJN AB2435, NJ 2001/662).

4.6.3 De onderhavige verzamelpandakte houdt in dat de bank als gevolmachtigde van niet met name genoemde kredietnemers/volmachtgevers een pandrecht tot stand brengt met betrekking tot niet gespecificeerde vorderingen van haar kredietnemers op derden. Gelet op het vorenoverwogene staan de omstandigheden dat de namen van de pandgevers niet in de verzamelpandakte zijn vermeld en dat de pandgevers alleen generiek zijn omschreven, niet in de weg aan een rechtsgeldige verpanding van hun vorderingen op derden. Ook de strekking van de eis van registratie staat hieraan niet in de weg. Deze eis is immers niet zozeer gesteld uit een oogpunt van kenbaarheid van het pandrecht voor derden, maar strekt hoofdzakelijk ertoe dat komt te vast te staan dat de onderhandse akte is tot stand gekomen uiterlijk op de dag van de registratie, zodat antedatering wordt tegengegaan (vgl. HR 19 november 2004, LJN AQ3055, NJ 2006/215).

4.6.4 Opmerking verdient nog dat in een geval als het onderhavige, waarin in de verzamelpandakte niet is gespecificeerd op welke vorderingen of stampandakten deze betrekking heeft, niet zonder meer duidelijk is welke vorderingen en stampandakten door de verzamelpandakte worden bestreken. Mede in verband met de mogelijkheid van antedatering is daarom nodig, wil de onderhavige verpandingsconstructie rechtsgevolg hebben, dat de eerdere datering vaststaat van de akte waarin zowel de titel voor de onderhavige verpanding ligt besloten als, in samenhang met de algemene voorwaarden van de bank, het voor de onderhavige verpandingsconstructie essentiële volmachtbeding. In deze zaak is hieraan voldaan door registratie van de kredietofferte (tevens stampandakte) van 23 juli 2007.

Slotsom

4.7 Uit het voorgaande volgt dat de hiervoor in 4.4-4.6 besproken afzonderlijke elementen waaruit de onderhavige verpandingsconstructie bestaat, niet in strijd zijn met de wet, meer in het bijzonder met art. 3:239 lid 1.

Dit geldt ook voor de vestiging van een stil pandrecht op vorderingen die op het moment van de verpanding nog niet bestonden en die niet rechtstreeks zijn verkregen uit een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding,

voor zover dat pandrecht (op de hiervoor in 4.2 omschreven wijze) door middel van een latere verzamelpandakte is gevestigd op een moment dat deze vorderingen waren ontstaan of rechtstreeks zouden worden verkregen uit een toen reeds bestaande rechtsverhouding.

Beoordeling van de gevolgen van de onderhavige verpandingsconstructie voor de verhaalspositie van concurrente schuldeisers van de kredietnemer

4.8.1 De curator heeft niet alleen de hiervoor besproken bezwaren aangevoerd tegen de elementen waaruit de onderhavige verpandingsconstructie bestaat, maar heeft bovendien erover geklaagd dat aanvaarding van die constructie ten gevolge zou hebben dat art. 3:239 lid 1 onaanvaardbaar wordt ondergraven omdat daardoor de verhaalsmogelijkheden van concurrente schuldeisers vrijwel illusoir worden gemaakt.

4.8.2 Op grond van art. 3:239 lid 1 BW is het mogelijk een stil pandrecht op een vordering op naam te

vestigen bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, mits de vordering op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding. Deze beperking van de mogelijkheid toekomstige vorderingen stil te verpanden strekt met name ter bescherming van concurrente schuldeisers, die in de praktijk in belangrijke mate op derdenbeslag zijn aangewezen (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1337). Door de onderhavige constructie wordt verpanding aanzienlijk vereenvoudigd en kunnen ook de op het moment van het aangaan van de verplichting tot verpanding nog absoluut toekomstige vorderingen na hun ontstaan (vrijwel) direct en zonder tussenkomst van de pandgever/kredietnemer, aan de bank worden verpand door middel van (desgewenst: onmiddellijke of dagelijks) registratie van verzamelpanakten. Dit brengt mee dat onbetaald gebleven concurrente schuldeisers van met bancaire krediet gefinancierde bedrijven in feite niet of nauwelijks meer verhaal kunnen nemen op de vorderingen die deze bedrijven hebben op derden. Daarom is deze constructie niet gemakkelijk te verenigen met de in de wetsgeschiedenis gemaakte opmerking dat art. 3:239 ruimte laat voor concurrente schuldeisers die in de praktijk in belangrijke mate op derdenbeslag zijn aangewezen.

4.8.3 Mede in aanmerking genomen dat in de regel ook op de overige activa van bedrijven, zoals met name gebouwen en handelsvoorraden, ten behoeve van financiers of leveranciers zekerheidsrechten zijn gevestigd of voorbehouden, brengt deze verpandingsconstructie dus in feite mee dat de uitgangspunten waarop de artikelen 3:276 en 3:277 lid 1 BW zijn gebaseerd, wat betreft concurrente schuldeisers verregaand zijn uitgehouden.

4.9.1 Ondanks het belang van hetgeen hiervoor in 4.8.2 en 4.8.3 naar voren is gebracht, is er op grond van het volgende toch onvoldoende grond om art. 3:239 lid 1 beperkter te interpreteren dan hiervoor als juist is aanvaard.

4.9.2 Ten eerste heeft de wetgever met art. 3:239 lid 1 tegemoet willen komen aan de in de praktijk bestaande wens vorderingen stil te kunnen verpanden. In dat verband is uitdrukkelijk betekenis toegekend aan het belang van een vlot functionerend kredietverkeer, op grond waarvan het voornemen om de mogelijkheid vorderingen op naam stil te verpanden, te beperken tot kredietinstellingen, alsnog is prijsgegeven (MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 BW, blz. 761 en 764).

4.9.3 Ten tweede zijn ook concurrente schuldeisers, zij het indirect, in die zin gebaat bij aanvaarding van de voormelde constructie, dat de financiering van bedrijven door banken daardoor wordt bevorderd, zodat kredieten ruimer kunnen worden verleend en in kritieke situaties minder snel aanleiding is de verdere financiering te staken dan anders het geval zou zijn. Bovendien worden ook de belangen van anderen die bij het bedrijf zijn betrokken, zoals met name van de werknemers van dat bedrijf, daardoor gediend.

4.9.4 Ten derde moet ervan worden uitgegaan dat schuldeisers bij het aangaan van een contractuele relatie met een bedrijf, zich voor zover mogelijk zullen gaan instellen op hetgeen hiervoor in 4.8.2 is opgemerkt.

Voor zover zij goederen leveren aan, of diensten verrichten ten behoeve van bedrijven, staan hun in het algemeen voldoende mogelijkheden ten dienste zich eigendom voor te behouden of zekerheid te bedingen voor de voldoening of het verhaal van hun vorderingen.

De middelen

4.10 Voor zover de middelen andere standpunten verdedigen dan hiervoor juist geacht, stuiten zij af op het vorenoverwogene. Ook de overige klachten van de middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.11 Het vorenstaande brengt mee dat het middel in het incidentele beroep bij gebrek aan belang geen behandeling behoeft.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren F.B. Bakels,

C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser en C.E. Drion, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer J.C. van Oven op 3 februari 2012.

Conclusie

11/00128

Mr. A. Hammerstein

Zitting 30 september 2011 (Spoed)

CONCLUSIE inzake:

mr. F.P.G. Dix, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [A] B.V.,
eiser tot cassatie,
tevens verweerder in het incidentele cassatieberoep
adv.: mrs. J.W.H. van Wijk en S.M. Kingma,

tegen:

ING Bank N.V.,
verweester in het principale cassatieberoep,
tevens eiseres in het incidentele cassatieberoep
adv.: mr. B.T.M. van der Wiel.

Deze zaak heeft betrekking op de geldigheid van verpanding van toekomstige vorderingen uit nog niet bestaande rechtsverhoudingen door middel van een verzamel pandakte-constructie.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten(1):

1.1.1 Als rechtsvoorgangster van verweester in het principale cassatieberoep, tevens eiseres in het incidentele cassatieberoep (hierna: ING) heeft Postbank N.V. (hierna: Postbank) op 23 juli 2007 aan [A] B.V. (hierna: [A]) een offerte gestuurd voor een kredietfaciliteit van € 58.000,-. In deze kredietofferte, waarin Postbank als kredietgever en [A] als kredietnemer is aangeduid, is - onder meer - het volgende bepaald:

"Zekerheden: Voor al hetgeen de Kredietnemer aan de Kredietgever schuldig is of wordt, gelden de volgende zekerheden:

Nog te vestigen zekerheden: Verpanding Bedrijfsactiva:

Tot zekerheid van al hetgeen de kredietnemer schuldig is of wordt aan de Kredietgever, verpand de Kredietnemer hierbij, voor zover nodig bij voorbaat, aan de Kredietgever, die deze verpanding aanvaardt, alle huidige en toekomstige Bedrijfsactiva zoals omschreven in de Algemene Bepalingen van Pandrecht, voor zover niet eerder aan de Kredietgever verpand; deze Bedrijfsactiva omvatten in ieder geval de Bedrijfsuitrusting, Tegoeden, Vorderingen en Voorraden behorende tot het bedrijf van de Kredietnemer. Tevens verbindt de Kredietnemer zich om aan de Kredietgever te verpanden al zijn toekomstige vorderingen die hij op derden - uit welken hoofde ook - zal verkrijgen uit ten tijde van deze verpanding nog niet bestaande rechtsverhoudingen.

Behoudens eerdere (bij voorbaat) gevestigde beperkte rechten, zoals gemeld aan de Kredietgever verklaart de Kredietnemer dat hij bevoegd is tot deze verpanding, dat op de Bedrijfsactiva geen beperkte rechten rusten, dat hij deze Bedrijfsactiva niet reeds tevoren bij voorbaat aan een ander heeft overgedragen en evenmin daarop tevoren ten behoeve van een ander bij voorbaat een beperkt recht heeft gevestigd.(2)

[...]

Overige bepalingen: Voor zover daarvan in deze offerte niet is afgeweken, zijn op deze Kredietfaciliteit van toepassing:

* De Algemene Bepalingen van Kredietverlening

Voor zover daarvan in deze offerte en in de Algemene Bepalingen van Kredietverlening niet is afgeweken:

*Voorwaarden Postbank

*De Algemene Bepalingen van Pandrecht

[...]"

Aan het slot van de kredietofferte is bepaald:

"De Kredietfaciliteit wordt vrijgegeven zodra de offerte is getekend, de zekerheden zijn gevestigd en aan de bijzondere bepalingen is voldaan.

Als u akkoord bent met de inhoud van deze offerte, verzoeken wij u een exemplaar van deze offerte getekend retour te zenden. Door ondertekening verklaart u een exemplaar van de Algemene Bepalingen van Kredietverlening en Voorwaarden Postbank en voor zover van toepassing, de Algemene Bepalingen van Pandrecht te hebben ontvangen."

Onder de voor ondertekening bestemde ruimte is de volgende opsomming opgenomen:

"Bijlagen:

Algemene Bepalingen van Kredietverlening

Voorwaarden Postbank

Algemene Bepalingen van Pandrecht"

1.1.2 In de Algemene Bepalingen van Pandrecht zoals door Postbank gehanteerd (hierna: ABP) is - onder meer - het volgende bepaald:

"Artikel I. Begripsbepalingen

[...]

e. Bedrijfsactiva:

alle tot het bedrijf van de Pandgever behorende goederen waaronder begrepen, maar niet beperkt tot [...] Vorderingen [...].

h. Pandgever:

degene(n) die, zowel tezamen als ieder afzonderlijk, Bedrijfsactiva aan de Bank heeft (hebben) verpand of zal (zullen) verpanden.

[...]

k. Verschuldigde:

al hetgeen de Kredietnemer aan de Bank nu of te eniger tijd schuldig mocht zijn of worden uit welken hoofde ook, al of niet in rekening-courant en al of niet in het gewone bankverkeer;

[...]

m. Vordering(en)

1. alle vorderingen van de Pandgever op derden uit hoofde van geleverde goederen, verrichte diensten, geleende gelden, (bank)tegoeden, provisies, verleende licenties, gesloten of te sluiten aannemingsovereenkomsten, huur- of huurkoopovereenkomsten, pachtovereenkomsten, ten gunste van de Pandgever gestelde (bank)garanties of letters of credit of uit welke andere overeenkomst of uit welke anderen hoofde ook."

en

"Artikel 7. Nadere bepalingen met betrekking tot Vorderingen

[...]

7.11 De Pandgever verleent hierbij aan de Bank de onherroepelijke volmacht om de door de Bank te bepalen Vorderingen aan zichzelf te verpanden tot zekerheid voor het Verschuldigde."

1.1.3 De kredietofferte van 23 juli 2007 is namens [A] door [betrokkene 1] en [betrokkene 2] ondertekend en getourneerd. Na ondertekening namens Postbank heeft Postbank de getekende offerte op 2 augustus 2007 geregistreerd bij de Inspectie der Registratie en Successie van de Belastingdienst (hierna: de Belastingdienst).

1.1.4 Op 5 juni 2008 heeft Postbank [A] een offerte gestuurd ter verhoging van de bestaande faciliteit van € 58.000,- tot een bedrag van € 125.000,-, waarin is opgenomen dat de reeds overeengekomen voorwaarden en condities ongewijzigd van kracht blijven tenzij in die offerte anders zou worden bepaald. In deze offerte zijn - onder meer - dezelfde bewoordingen opgenomen als hiervoor onder 1.1.1 zijn geciteerd.

1.1.5 De kredietofferte van 5 juni 2008 is namens [A] door [betrokkene 1] en [betrokkene 2] ondertekend en getourneerd. Na ondertekening namens Postbank heeft zij deze getekende offerte op 16 juni 2008 geregistreerd bij de Belastingdienst.

1.1.6 Als gevolg van een juridische fusie (met Postbank als verdwijnende entiteit en ING als verkrijgende entiteit) is ING begin 2009 in de plaats van Postbank getreden als wederpartij van [A] in het kader van de kredietverlening.

1.1.7 Op 7 april 2009 heeft ING een zogenoemde verzamel pandakte (hierna: de verzamel pandakte)

bij de Belastingdienst geregistreerd. In de verzamelpandakte is - onder meer - het volgende vermeld: "ING Bank N.V., hierna te noemen: "de Bank", handelend zowel voor zich, als op basis van volmacht in naam van ieder van de hieronder omschreven Pandgevers;

In aanmerking nemende dat:

Kredietnemers en/of Pandgevers zich ten opzichte van de Bank hebben verbonden tot verpanding van alle bestaande vorderingen die zij op derden debiteuren hebben of zullen krijgen, uit hoofde van geleverde goederen, verrichte diensten, geleende gelden, provisie's, of uit welken hoofde ook;

Kredietnemer en/of Pandgevers zich tevens ten opzichte van de Bank hebben verbonden tot verpanding - voorzover nodig bij voorbaat - aan de bank van alle vorderingen die voortvloeien uit ten tijde van de vestiging van het pandrecht c.q. het aangaan van de verplichting tot verpanding al bestaande rechtsverhoudingen;

Kredietnemers en/of Pandgevers de Bank een volmacht hebben gegeven om die verpanding eigenhandig en eenzijdig tot stand te brengen;
verklaart als volgt:

Artikel 1

In deze akte wordt verstaan onder:

"Kredietnemer": iedere natuurlijke persoon, rechtspersoon of andere juridische entiteit, die aan de Bank enig bedrag schuldig is of wordt, uit hoofde van kredietverlening, of uit welken andere hoofde dan ook.

"Pandgever": iedere natuurlijke persoon, rechtspersoon of andere juridische entiteit, al dan niet in de hoedanigheid van Kredietnemer, die de Bank volmacht heeft gegeven tot verpanding van vorderingen [...].

"Volmachtgoederen": alle huidige en toekomstige vorderingen van een Pandgever [...] ten aanzien waarvan de Bank op basis van volmacht de bevoegdheid heeft om deze aan zichzelf te verpanden. [...]

Artikel 2

De Bank geeft hierbij namens ieder van de Pandgevers alle Volmachtgoederen van die Pandgever aan de Bank in pand. De Bank aanvaardt deze verpanding.
[...]

Artikel 4

De verpanding omvat, zonder daartoe te zijn beperkt, alle vorderingen die de Pandgever op het tijdstip van vestiging van het pandrecht op basis van de onderhavige volmacht heeft of rechtstreeks zal verkrijgen uit een dan al bestaande rechtsverhouding en die - thans of achteraf - met behulp van diens administratie of op welke wijze dan ook kunnen worden vastgesteld.(3)
[...]"

1.1.8 [A] is bij vonnis van 14 april 2009 door de rechtbank 's-Hertogenbosch in staat van faillissement verklaard met benoeming van eiser tot cassatie, tevens verweerder in het incidentele cassatieberoep (hierna: de curator) tot curator.

1.1.9 Bij brief van 24 april 2009 heeft ING de curator onder meer bericht dat zij een pandrecht heeft op vorderingen van [A] op derden en heeft zij het volgende voorstel gedaan:

"Wij stellen voor dat u en ING tot nader order de debiteuren voorshands niet zullen aanschrijven [...]. Dit voorstel geldt onder de aanname dat u ten opzichte van ING de debiteuren als aangeschreven beschouwt. Onder verwijzing naar ons pandrecht op de debiteuren zullen debiteuren betalingen op andere rekeningen dan die van uw curandus bij ING zonder omslag in de boedelkosten integraal worden doorgeleid naar ING in mindering op onze vordering. [...] Graag vernemen wij van u [...] of de boedel mogelijkheden ziet [...] de inning van de aan ons verpande debiteuren ter hand te nemen [...] tegen een boedelbijdrage op basis van de separatistenregeling."

1.1.10 In zijn reactie d.d. 4 mei 2009 heeft de curator onder meer aan ING geschreven dat hij - kort gezegd - het pandrecht van ING op debiteurenvorderingen van [A] betwist en heeft hij het volgende tegenvoorstel gedaan:

"[...] dat [de curator] [...] overga[at] tot incasso van de debiteuren onder de volgende voorwaarden. [...] De opbrengsten van de incasso zullen worden gesepareerd op de rekening Derdengelden van mijn kantoor [...]. Indien komt vast te staan dat het pandrecht [...] niet rechtsgeldig is gevestigd, komen de opbrengsten volledig toe aan de boedel. Indien en voorzover zou komen vast te staan dat de bank desalniettemin toch een rechtsgeldig pandrecht heeft op de vorderingen, zal de curator een

boedelbijdrage ontvangen van 10% van de bruto-opbrengsten conform de separatistenregeling met een minimum van € 10.000."

1.1.11 ING heeft gereageerd bij fax van 12 mei 2009 aan de curator. In deze fax is, naast een onderbouwd betoog over de rechtsgeldigheid van het pandrecht van ING, de volgende passage opgenomen:

"Voor wat betreft de aan ING verpande (boek)vorderingen, heeft u met uw fax van 4 mei 2009 aangeboden deze als curator tegen een bijdrage van 10% voor ons te incasseren. Wij stemmen in met dat aanbod en zullen u conform de separatistenregeling een bijdrage vergoeden van 10% over de vanaf heden netto door ING Bank te ontvangen bedragen."

1.1.12 De curator heeft gereageerd bij fax van 13 mei 2009 aan ING. In deze fax zijn, naast een onderbouwde betwisting van het pandrecht van ING, de volgende passages opgenomen:

"In uw fax stelt u voorts dat de curator [...] heeft aangeboden de aan ING verpande (boek)vorderingen tegen een bijdrage van 10% voor de bank te incasseren. Dit is echter geen juiste weergave van het aanbod van de curator. Het aanbod van de curator was [...] over te gaan tot incasso van de debiteuren onder voorwaarden dat de opbrengsten van de incasso zullen worden gesepareerd op de rekening Derdengelden van het kantoor van de curator [...]. Indien komt vast te staan dat het pandrecht [...] niet rechtsgeldig is gevestigd, komen de opbrengsten volledig toe aan de boedel. Indien en voorzover zou komen vast te staan dat de bank desalniettemin toch een rechtsgeldig pandrecht heeft op de vorderingen, zal de curator een boedelbijdrage ontvangen van 10% van de bruto-opbrengsten conform de separatistenregeling met een minimum van € 10.000."

Daarbij merk ik voor de goede orde op, dat de curator niet instemt met de in uw brief van 24 april jl. genoemde aanname dat de curator ten opzichte van ING Bank de debiteuren als aangeschreven beschouwt. Uw stelling dat betalingen van debiteuren op andere rekeningen dan die van failliet bij ING Bank zonder omslag in de boedelkosten integraal zullen worden doorgeleid naar ING in mindering op jullie vorderingen is dan ook niet juist."

en

"Graag verneem ik binnen één week na heden of het standpunt van de bank naar aanleiding van het voorgaande is gewijzigd."

1.1.13 Op 3 juni 2009 heeft de curator een herinnering aan ING gestuurd waarin hij ING heeft verzocht hem:

"alsnog binnen één week na heden te informeren of het standpunt van de bank naar aanleiding van mijn brief van 13 mei jl. is gewijzigd. Bij gebreke van een reactie binnen één week na heden zal de curator over gaan tot het aanschrijven en incasseren van de debiteuren."

1.1.14 ING heeft niet binnen de door de curator gestelde termijn gereageerd. De curator heeft op 12 juni 2009 de debiteuren van [A] aangeschreven met het verzoek de nog openstaande vorderingen te voldoen op de faillissementsrekening.

1.1.15 Bij brief van 19 juni 2009 heeft ING gereageerd. In deze brief is - naast een onderbouwing van de rechtsgeldigheid van de pandrechten van ING - onder meer de volgende passage opgenomen:

"Indien u uw in de brieven van 4 mei en 13 mei geventileerde mening onverhoopt blijft toegedaan, dan gaan wij er onder de hieronder genoemde voorwaarden mee akkoord dat de [...] vorderingen vooralsnog door u worden geïncasseerd. De voorwaarden betreffen de navolgende.

(i) De opbrengst van de vorderingen zal worden gesepareerd op de rekening derdengelden van uw kantoor, in afwachting van de beslechting van het onderhavige geschil."

1.1.16 De curator heeft hierop per brief van 25 juni 2009 gereageerd. Hierin heeft hij meegedeeld dat geen overeenstemming is bereikt over het incasseren van de vorderingen vanwege daaraan door ING en de curator gestelde, onderling niet verenigbare voorwaarden. Ook heeft de curator hierin vermeld dat hij, bij gebreke van een reactie van ING binnen de door hem gestelde termijn, tot inning van de vorderingen is overgegaan.

1.2 De curator heeft ING gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en - voor zover in cassatie van belang - gevorderd primair dat voor recht wordt verklaard dat het door ING gepretendeerde pandrecht op de vorderingen van [A] op derden niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. Hij heeft aan deze vordering ten grondslag gelegd dat I. de kredietofferte van 5 juni 2008 slechts een titel voor een eventuele verpanding behelst en niet beschouwd kan worden als een pandakte; II. art. 7.11 ABP een kernbeding is in de zin van art. 6:231 onder a BW, welk beding geen inhoud van de overeenkomst is

geworden waardoor van een volmacht geen sprake is, althans de ABP in het geheel niet van toepassing zijn op de verhouding tussen [A] en ING, aangezien ING aan [A] niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om hiervan kennis te nemen en deze niet ter hand zijn gesteld, althans in ieder geval de in art. 7.11 ABP opgenomen volmacht, op basis waarvan ING een verzamelpandakte heeft opgesteld en geregistreerd, niet van toepassing is op de verhouding tussen de failliete vennootschap en ING, nu deze bepaling jegens [A] onredelijk bezwarend is; III. de in art. 7.11 ABP opgenomen onherroepelijke volmacht niet rechtsgeldig is, nu deze niet voldoet aan de eisen van art. 3:68 BW ("Selbsteintritt"); IV. ING de volmacht niet rechtsgeldig heeft uitgeoefend, aangezien zij niet in naam van [A] gehandeld heeft; en V. de verzamelpandakte niet aan de daaraan in de wet gestelde vereisten voldoet, nu deze niet voldoende is bepaald. De curator vorderde daarnaast primair dat de rechtbank de ABP vernietigt op grond van art. 6:233, onder b, BW jo. 6:234 lid 1, onder a, BW, nu ING aan [A] geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de ABP kennis te nemen, althans in ieder geval art. 7.11 van de ABP te vernietigen op grond van het bepaalde in art. 6:233, onder a, BW, nu deze bepaling onredelijk bezwarend is.

1.3 In reconventie heeft ING - voor zover in cassatie van belang - gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat ING met de registratie van de kredietoffertes op 2 augustus 2007 respectievelijk 16 juni 2008 en/of de registratie van de verzamelpandakte van 7 april 2009 een rechtsgeldig pandrecht heeft verkregen.

1.4 Bij vonnis van 15 september 2010 heeft de rechtbank gelet op de samenhang de vorderingen in conventie en reconventie gelijktijdig behandeld en - voor zover in cassatie van belang - in conventie de vorderingen zoals hierboven weergegeven afgewezen en in reconventie voor recht verklaard dat ING met de registratie van de kredietoffertes op 2 augustus 2007 respectievelijk 16 juni 2008 en de registratie van de verzamelpandakte van 7 april 2009 een rechtsgeldig pandrecht heeft verkregen.(4)

1.5 De curator heeft tegen voormeld vonnis, in samenspraak met ING, tijdig sprongcassatie ingesteld. (5) Daarbij is verzocht om een spoedbehandeling. ING heeft verweer gevoerd en incidenteel cassatieberoep ingesteld. Hiertegen heeft de curator zich verweerd. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, gevolgd door dupliek van de zijde van ING.

2. Beoordeling van het principale cassatieberoep

2.1 Het principale cassatieberoep bevat vier middelen(6), die aan de orde stellen i) of de (onherroepelijke) volmacht in de algemene voorwaarden (ABP) onredelijk bezwarend is, ii) of bij de uitvoering van de volmacht sprake is van verboden Selbsteintritt, iii) of het niet noemen van de naam van de pandgevers in de verzamelpandakte (althans bij de verpanding) in de weg staat aan een rechtsgeldige verpanding door een gevolmachtigde (de bank) in naam van de volmachtgevers en iv) of de generieke omschrijving van de pandgever(s) in de verzamelpandakte voldoet aan het bepaaldheidsvereiste.

2.2 Een zogenoemde verzamelpandakte-constructie is een door de bank (of andere financiële instelling) gehanteerde constructie waarbij voor alle kredietnemers van de bank tegelijk een pandrecht tot stand wordt gebracht op alle op dat moment bestaande debiteurenvorderingen van deze kredietnemers. Daarvoor tekent de bank wekelijks (zo niet elke werkdag) op basis van de haar daartoe verleende volmacht een pandakte en stuurt deze vervolgens ter registratie naar de Belastingdienst.(7) In de verzamelpandakte wordt geen melding gemaakt van de (namen van de) pandgevers.(8) Medewerking van de pandgevers anders dan door de volmachtverlening is voor deze constructie niet nodig. De volmacht houdt in dat de bank nieuwe vorderingen van een pandgever op derden ontstaan uit nieuwe rechtsverhoudingen aan zichzelf (de bank) kan verpanden. Deze (onherroepelijke) volmacht is door de kredietnemer c.q. pandgever aan de bank verleend door middel van het aangaan van de kredietovereenkomst.(9) Op de kredietovereenkomst zijn algemene voorwaarden van toepassing waarvan een volmachtbeding onderdeel uitmaakt. Noodzakelijk is dus dat de bank handelt krachtens volmacht. Voor het vestigen van pandrechten door middel van de verzamelpandakte wordt de pandgever (kredietnemer) vertegenwoordigd door de pandnemer (de bank). Door middel van de ondertekening van de verzamelpandakte wordt bewerkstelligd dat op de dan bestaande vorderingen van kredietnemers jegens derden een stil pandrecht wordt gevestigd.(10) Door al deze volmachten gezamenlijk uit te oefenen in één pandakte is de naam verzamelpandakte ontstaan.(11) Veel banken en financieringsinstellingen maken inmiddels gebruik van de verzamelpandakte-constructie.(12) De kernvraag die in cassatie voorligt is of deze constructie - één van de innovaties in de financieringspraktijk in de afgelopen jaren - rechtsgeldig is.(13)

2.3 In de zaak Wiegerink/IFN heeft het hof Arnhem geoordeeld over een zelfde verzamelpandakte-constructie als in onderhavige zaak maar betrof het een geschil tussen de pandhouder en de debiteur van de vordering.(14) IFN is een financieringsinstelling en vorderde als pandhouder betaling van de vorderingen van Twice. Met laatstgenoemde heeft IFN op 4 mei 2006 een overeenkomst van financiële dienstverlening gesloten waarin Twice zich verplichtte een pandrecht op alle vorderingen op haar debiteuren aan IFN te verstrekken. Op die overeenkomst zijn algemene voorwaarden van toepassing, op basis waarvan Twice onherroepelijk en onvoorwaardelijk volmacht heeft verleend aan IFN om namens Twice de afgesproken verpanding zelf tot stand te brengen. De verpanding heeft na het tekenen van de overeenkomst op dezelfde dag plaatsgevonden door registratie bij de Belastingdienst van een verzamelpandakte. De overeenkomst van financiële dienstverlening is, anders dan in deze cassatiezaak het geval is, niet geregistreerd als pandakte. Het hof oordeelde (rov. 4.7) dat in dit geval de door IFN geproduceerde verzamelpandakte niet aan de eisen van art. 3:239 lid 1 BW voldoet, omdat daaruit niet blijkt wie de pandgevers zijn. Is in een pandakte vastgelegd dat alle vorderingen van een bepaalde, genoemde pandgever worden verpand, dan kan aan de hand van de administratie van die pandgever worden achterhaald om welke vorderingen het gaat. Wordt echter, zoals hier, niet vermeld wie de pandgever is, dan zijn de vorderingen, naar het zich laat aanzien onvoldoende bepaalbaar omdat (rov. 4.8) een verzamelpandakte als de onderhavige geen bescherming lijkt te bieden tegen antedatering. Ik citeer het hof in bedoelde rov:

"Aangenomen mag worden dat IFN, die haar bedrijf maakt van kredietverlening tegenover onder meer verpanding van vorderingen, zeer regelmatig aktes die gelijkkluidend zijn aan de onderhavige laat registreren. Alle overeenkomsten die strekken tot verpanding van vorderingen en die gedateerd zijn voor of op de datum van registratie, zouden zonder verdere vermelding onder de geregistreerde akte vallen. Maar uit de geregistreerde akte blijkt niet welke overeenkomsten dat zijn. Dat houdt de mogelijkheid open dat een dergelijke kredietovereenkomst wordt geantedateerd en alsnog onder een eerder geregistreerde verzamelakte komt te vallen. De registratie van een dergelijke verzamelpandakte lijkt aldus niet het beoogde effect te hebben dat objectief zeker wordt gesteld wanneer de (overeenkomst tot) verpanding heeft plaatsgevonden. Dat die overeenkomsten tot verpanding zelf ook worden geregistreerd, waardoor wel objectief zeker zou worden gesteld dat de datering juist is, blijkt niet uit de stellingen van IFN."

Het partijdebat op dit punt is pas in hoger beroep op gang gekomen, zodat het hof reden zag de zaak naar de rol te verwijzen om partijen de gelegenheid te geven hun standpunten nader uiteen te zetten. Uit het eindarrest (rov. 2.2) blijkt dat het daadwerkelijk verpanden door IFN op twee manieren gebeurde. In de eerste plaats werd een bulkpandakte opgemaakt, waarin de namen van de pandgever en de specifieke gegevens ten aanzien van de meest recente vorderingen zijn vermeld. In de tweede plaats werd dagelijks een generieke verzamelpandakte geregistreerd; de in het tussenarrest bedoelde akte waarin de namen van de pandgevers niet zijn vermeld. Het hof oordeelde dat (rov. 2.3) in ieder geval met de bulkpandakte een geldig pandrecht is gevestigd. Daaruit blijkt immers niet alleen dat Twice de pandgever is, maar ook, door de vermelding van de factuurnummers, om welke vorderingen het gaat. Aan de hand daarvan kan aan de administratie van Twice worden ontleend om welke debiteuren en bedragen het gaat. De vorderingen zijn aldus voldoende bepaalbaar en de vraag of ook de generieke verzamelpandakte effect sorteert, behoeft volgens het hof dan ook geen beantwoording meer.(15)

2.4 Een stil pandrecht op een vordering kan worden gevestigd bij authentieke akte of bij onderhandse akte en registratie daarvan bij de Belastingdienst, zoals in de onderhavige casus het geval is.(16) Op de voet van art. 3:239 lid 1 BW is het vestigen van een stil pandrecht op een toekomstige vordering mogelijk indien het vorderingsrecht rechtstreeks wordt verkregen uit een al bestaande rechtsverhouding tussen de pandgever en de debiteur van de te verpanden toekomstige vordering. (17) De wet biedt dus een beperkte mogelijkheid tot verpanding van toekomstige vorderingen.

2.5 In dit geval hebben we te maken met stille pandrechten gevestigd bij onderhandse geregistreerde akten ((stam)pandaktes d.d. 2 augustus 2007 en 16 juni 2008) op (i) toekomstige vorderingen die zullen ontstaan uit reeds bestaande rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden én (ii) op toekomstige vorderingen die zullen ontstaan uit ten tijde van het aangaan van de verpanding nog niet bestaande rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden. Indien de vestigingsformaliteiten zijn vervuld, komt het pandrecht op een toekomstige vordering zoals bedoeld onder (i) - een vestiging van een stil pandrecht bij voorbaat(18) - van rechtswege zonder nadere formaliteit of handeling tot stand zodra de vordering ontstaat indien de vordering rechtstreeks is voortgevloeid uit een ten tijde van de vervulling van de vestigingsformaliteiten reeds bestaande rechtsverhouding tussen de pandgever en de debiteur van de verpande vordering en de pandgever niet failliet is verklaard op of voor de dag dat de vordering van de pandgever op de derde ontstaat (art. 35 lid 2 Fw). De geregistreerde

overeenkomsten van verpanding (ook wel stampandaktes) van 2 augustus 2007 en 16 juni 2008 bewerkstelligen dat resultaat.(19) De pandrechten op toekomstige vorderingen onder (ii) zijn nog niet gevestigd bij bedoelde aktes omdat er nog geen sprake was van een bestaande rechtsverhouding.(20) Met behulp van de verzamelpandakte wordt ook op deze toekomstige vorderingen een stil pandrecht gevestigd indien de vestigingsformaliteiten ten aanzien van de verzamelpandakte zijn vervuld en op dat moment (wel) sprake is van een rechtsverhouding tussen de pandgever en een debiteur. Het betreft hier nieuwe vorderingen met nieuwe debiteuren ontstaan na de registratie van de overeenkomst van verpanding. De vestigingshandelingen kunnen pas op het moment van het ontstaan van die rechtsverhouding worden verricht om een stil pandrecht op daaruit voortvloeiende vorderingen te kunnen vestigen. De verzamelpandakte-constructie doorkruist aldus de beperking die art. 3:239 lid 1 BW oplegt en maakt deze vrijwel tot een dode letter, zodat afschaffing ervan voor de hand ligt.(21) Door immers dagelijks een verzamelpandakte te registreren worden alle vorderingen van de kredietnemer die steeds weer ontstaan, vrijwel onmiddellijk verpand.

2.6 Een onbeperkte mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen zou volgens de wetgever ten koste gaan van de gewone schuldeisers, die in de praktijk in belangrijke mate op derdenbeslag zijn aangewezen (art. 475 Rv.).(22) De beperking in art. 3:239 lid 1 BW biedt concurrente schuldeisers de mogelijkheid om op onverpande vorderingen verhaal te nemen. Het leggen van beslag vergt een deurwaardersexploot en is verhoudingsgewijs veel duurder dan een verzamelpandakte. Daarbij komt dat het in de praktijk niet haalbaar is om wekelijks dan wel dagelijks beslag te leggen omdat daarvoor wel eerst over de juiste informatie (o.a. naam van de derde) moet worden beschikt.(23) Bij een verzamelpandakte is deze informatie niet noodzakelijk op het moment van vestigen van het pandrecht, maar wordt het dat pas later, indien de pandgever failliet gaat of in verzuim blijft en de pandhouder zijn recht wil gaan uitoefenen. Een verzamelpandakte-constructie maakt de mogelijkheden van verhaal voor concurrente schuldeisers vrijwel illusoir. Dit bezwaar acht ik echter niet zo wezenlijk dat op grond daarvan de verzamelpandakte-constructie ontoelaatbaar zou zijn. In de praktijk zijn de concurrente schuldeisers toch al in het nadeel ten opzichte van banken. Dat kan reden zijn aan de afwikkeling van schulden (in faillissement) nieuwe regels te stellen, maar het is geen argument tegen de hier gebruikte constructie.

2.7 Als krachtig bezwaar tegen de erkenning van de rechtsgeldigheid van de verzamelpandakte-constructie voert Struycken aan dat het leidt tot verdere uitholling van de faillissementsboedel.(24) Bijna alles is voor de bank, wat op grond van de functie van bankkrediet niet onrechtvaardig is, maar het probleem is dat weinig overblijft voor de overige crediteuren en in het bijzonder voor de curator. Het gaat bij de erkenning van de rechtsgeldigheid van de verzamelpandakte dus mede om bescherming van de gezamenlijke schuldeisers en van de faillissementscurator, aldus Struycken.(25) Ook dit bezwaar acht ik in het licht van het voorgaande bezwaar niet zodanig dat het aan de rechtsgeldigheid van de verzamelpandakte-constructie in de weg staat. Met Struycken meen ik dat de oplossing voor het probleem niet gezocht moet worden in "een rem in de vestigingsfase" van het pandrecht, maar in rechtspolitiek opzicht niet eenvoudig te realiseren nieuwe regels over de verhouding van de separatist ten opzichte van andere schuldeisers in een faillissement. Dat is ook de oplossing van het Engelse recht waar de kredietverstrekker door de "floating charges" ruime zekerheden verwerft, doch een minder riant positie dan bij ons de stille pandhouder.(26) Ook het Belgische recht kent de mogelijkheid van generieke verpanding van de handelsvoorraad en de handelsvorderingen aan een kredietverlener. Dit gebeurt door inpandgeving van de handelszaak (waaronder vorderingen) op grond van de Wet van 25 oktober 1919.(27) Het is een vorm van bezitloos pandrecht, die evenwel gepaard gaat met een publiciteitsregeling in verband met de bescherming van derden. Beide 'vreemde' rechtsfiguren, die ik hier alleen kort noem, zijn niet volledig te vergelijken met stil pandrecht, maar laten zien dat in het handelsverkeer behoefte bestaat aan een eenvoudige vorm van (generieke) zekerheidsverlening aan kredietverstrekkers.

2.8 Voorts ligt voor verpanding van vorderingen in het wettelijk stelsel (art. 3:84 lid 2 jo. 3:98 BW) het vereiste besloten dat de vordering ten tijde van de verpanding in voldoende mate door de akte van verpanding wordt bepaald.(28) Dit wordt ook wel het bepaaldheidsvereiste genoemd.(29) De grondslag voor de verzamelpandakte-constructie is te vinden in het arrest Mulder q.q./Rabobank uit 2002.(30) Daarin oordeelde de Hoge Raad dat in een akte van verpanding kan worden volstaan met een generieke omschrijving van de te verpanden vorderingen, ook wel genoemd een vangnet- of catch-allclausule.(31) Een generieke omschrijving kan tot een geldige verpanding leiden indien de akte zodanige gegevens bevat dat - eventueel (achteraf) in onderling verband en samenhang met andere akten of andere feiten - aan de hand daarvan kan worden vastgesteld dat de akte is bestemd tot verpanding van de erin bedoelde vorderingen. Voldoende bepaald is bijvoorbeeld "alle ten tijde van de ondertekening van de akte bestaande vorderingen van de pandgever jegens derden en vorderingen

die worden verkregen uit bestaande rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden". Dat voor nadere specificaties te rade moet worden gegaan bij de boekhouding van de pandgever, doet niet af aan de voldoende bepaaldheid van de vorderingen.(32) In de kern is de constructie van de verzamel pandakte op deze jurisprudentie gebaseerd. Het bepaaldheidsvereiste houdt in dat de verpande vorderingen identificeerbaar moeten zijn. Dat daartoe nader onderzoek nodig is, is geen bezwaar. In feite wordt het bewijsrisico van het bestaan van de vorderingen immers bij de pandhouder gelegd. Als een deugdelijke administratie ontbreekt, kan de pandhouder zijn rechten niet uitoefenen. De constructie is ook alleen bruikbaar bij het in pand geven van alle vorderingen (generieke verpanding). Zodra het pandrecht beperkt wordt tot bepaalde vorderingen of een gedeelte van de vorderingen, zal een nadere specificatie noodzakelijk zijn. Noodzakelijk is wel dat de pandhouder inzicht kan krijgen in de administratie van de pandgever. Buiten faillissement is dat geregeld in een contractuele bepaling zoals weergegeven in noot 3. Ik zie met de meeste schrijvers daarom ook geen reden in het bepaaldheidsvereiste nog een andere (rechtspolitieke) ratio te zoeken, namelijk de bescherming van de pandgever tegen zichzelf. Deze zou niet op voorhand al zijn vermogen uit handen mogen geven. Ik meen dat uit de rechtspraak van uw Raad volgt dat het stil pandrecht louter moet worden gezien als een nuttig en noodzakelijk instrument in het kader van de kredietverlening. De in dit geval gebruikte constructie dient klaarblijkelijk ertoe de registratie van de akte zo simpel mogelijk te maken.

2.9 De onderhavige verzamel pandakte is opgemaakt in de meest kale vorm. De bank tekent de akte als gevolmachtigde namens een groot aantal niet bij name genoemde volmachtgevers op basis van niet nader in de pandakte omschreven volmachten met betrekking tot niet nader gespecificeerde vorderingen en rechtsverhoudingen van volmachtgevers met derden.(33) Dat aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan door middel van een generieke omschrijving van de verpande vordering(en) betekent nog niet dat een generieke omschrijving van de pandgever(s) zonder vermelding van de naam ook voldoende bepaald is. Uit de verzamel pandakte blijkt immers niet meer dan dat het pandrecht voor alle pandgevers van ING wordt gevestigd en voor alle bij hen rustende vorderingen op derden. Dit gaat een stap verder dan de generieke vangnetbepaling in Mulder q.q./Rabobank. De vraag die voorligt, is of op deze wijze - de verzamel pandakte bevat niet de namen van de pandgever(s) - het bepaaldheidsvereiste niet te ver wordt opgerekt.

2.10 Een aantal auteurs gaat ervan uit dat voor de rechtsgeldigheid van de verzamel pandakte niet noodzakelijk is dat in de akte ieder van de pandgevers (kredietnemers) met name wordt genoemd, mits maar duidelijk is - desnoods achteraf - dat de bankinstelling handelde krachtens volmacht en eenvoudig kan worden vastgesteld namens wie de verpanding heeft plaatsgevonden.(34) De administratie van de bank zal moeten worden geraadpleegd om te achterhalen wie de pandgever is. Voorts zal de administratie van die pandgever moeten worden geraadpleegd om vast te kunnen stellen welke vorderingen op dat moment zijn verpand. Het is in onderhavige zaak mogelijk aan de hand van de verzamel pandakte in verband met de stampandakte(s) - waaruit indirect, namelijk uit de ABP, de volmacht blijkt - te bepalen wie de pandgever is en vervolgens kan met behulp van diens administratie worden bepaald welke vorderingen zijn verpand.(35) De namen van de pandgevers behoeven m.i. niet expliciet uit de verzamel pandakte te blijken. Een dergelijke strenge eis geldt daarvoor niet. Van een ongeoorloofde oprekking van het bepaaldheidsvereiste zoals door de Hoge Raad in constante jurisprudentie bedoeld, is dan ook geen sprake. Ook bij het vaststellen van de pandgever acht ik het geoorloofd dat gebruik wordt gemaakt van buiten de akte liggende (objectieve) gegevens ter aanvulling van de verzamel pandakte.(36) Doorslaggevend acht ik dat het vermelden van de naam in de akte geen vereiste is dat uit de wet voortvloeit. Voldoende is dat aan de hand van objectieve gegevens duidelijkheid bestaat dan wel kan worden verkregen over de identiteit van de volmachtgever. Deze kan uit de desbetreffende stukken worden afgeleid.

2.11 Wel kunnen zich nog problemen voordoen in geval van een faillissement. De pandgever - en tijdens diens faillissement de curator - dient de voor de vaststelling van het pandrecht benodigde informatie te verschaffen door aan de stille pandhouder gegevens uit de administratie te verstrekken dan wel deze daarin genoegzaam inzage te geven. In dit geval moet de curator door de ING worden benaderd om die gegevens te verkrijgen om de verpande vorderingen te kunnen bepalen. Daarbij doet zich in de praktijk de vraag voor hoe ver het verstrekken van deze gegevens gaat. Indien bijvoorbeeld tussen de pandgever en de derde onenigheid bestond over de hoogte van een vordering en daar wellicht nog een rechtszaak over aanhangig is, is het maar de vraag of al deze informatie aan de pandhouder verschaft zou moeten worden. Ook kan het zijn dat een verpande vordering inmiddels is overgegaan op een andere rechthebbende dan de pandgever.(37) In het arrest Hamm q.q./ABN AMRO heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in geval van faillissement de curator jegens de stille pandhouder gehouden is tot het verschaffen van inzage in of afgifte van de administratie van de failliete

pandgever.(38) Deze plicht vloeit voort uit de aard en de strekking van het stil pandrecht op vorderingen in verband met de in art. 3:246 lid 1 en 4 BW aan de mededeling verbonden inningsbevoegdheid. Hoe ver deze inzage precies gaat, is mijns inziens nog niet duidelijk.(39)

2.12 Naar mijn opvatting volgt uit het voorgaande dat een pandakte die door een gevolmachtigde (in casu de pandhouder) namens een of meer pandgevers is ondertekend zonder dat de naam van de pandgever(s) uit de pandakte zelf blijkt, voldoet aan het vereiste in art. 156 lid 1 Rv. en geldt als een door de pandgever ondertekende pandakte.(40) De wet stelt als formeel vereiste voor de vestiging van een pandrecht op een vordering dat een daartoe bestemde akte wordt opgemaakt, dat wil zeggen een geschrift dat is bestemd om tot bewijs te dienen. Voor de vestiging van een pandrecht op vorderingen is steeds een door de pandgever ondertekend geschrift vereist.(41) In casu is de verzamelpandakte namens de pandgever op grond van volmacht door de pandnemer ondertekend. In de wet en de rechtspraak zijn geen aanknopingspunten te vinden die de stelling ondersteunen dat bij het antwoord op de vraag of de pandakte mede namens de pandgever is ondertekend, slechts acht mag worden geslagen op de (tekst van) de akte zelf. Ook bij de uitleg van een onderhandse akte van verpanding dient de Haviltex-maatstaf te worden gehanteerd.(42) Tussen de pandgever en pandhouder levert de akte dwingend bewijs op van hetgeen in de akte is verklaard, met inbegrip van de dag van ondertekening. Jegens derden komt slechts vast te staan, behoudens tegenbewijs, dat de akte op de dag van aanbidding heeft bestaan.

2.13 Alleen de vraag of het onherroepelijke volmachtbeding dat ING gebruikt rechtsgeldig is, moet nog worden beantwoord om de verzamelpandakte-constructie rechtsgeldig te achten.(43) Van een volmachtbeding als in het onderhavige geval was ook sprake in de zaak Mulder q.q./Rabobank die ook een sprongcassatie betrof: "De pandgever verleent aan de bank de onherroepelijke volmacht om bedoelde vorderingen aan zichzelf te verpanden en bedoelde pandlijsten voor en namens de pandgever te ondertekenen."(44) De rechtbank was van oordeel dat de bank zich in het algemeen respectievelijk in een geval als het onderhavige op de haar verstrekte onherroepelijke volmacht mocht beroepen. Een onherroepelijke volmacht brengt met zich dat daarvan gebruik kan worden gemaakt buiten medeweten van degene die zo'n volmacht verleende, aldus de rechtbank.(45) Tegen dit oordeel was geen cassatieklacht gericht zodat de Hoge Raad zich niet over het beding heeft uitgelaten. In zijn annotatie onder het arrest schrijft Kleijn dat uit het arrest blijkt dat de pandgever een ander, bijvoorbeeld de pandhouder, volmacht kan geven om akten namens hem, pandgever, te ondertekenen. Daarbij zal rekening moeten worden gehouden met het bepaalde in art. 3:68 BW.

2.14 Het geval waarin een vertegenwoordiger ook als wederpartij van de vertegenwoordigde optreedt, staat bekend als "Selbsteintritt", die voor zover de bevoegdheid tot vertegenwoordiging berust op een volmacht is geregeld in art. 3:68 BW: "Tenzij anders bepaald, kan een gevolmachtigde slechts dan als wederpartij van de volmachtgever optreden wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de beider belangen uitgesloten is."(46) In het onderhavige volmachtbeding (art. 7.11 ABP) strekt de volmacht er uitdrukkelijk toe dat de gevolmachtigde (ING) bevoegd is ten behoeve van zichzelf een pandrecht tot stand te brengen.(47) Een dergelijk beding impliceert dat Selbsteintritt contractueel is toegestaan door voor te schrijven dat ING de door haar te bepalen vorderingen aan zichzelf kan verpanden tot zekerheid van het verschuldigde.(48) De volmacht kan en mag dus niet anders worden gebruikt dan voor het tot stand brengen van een pandrecht ten behoeve van ING zelf. Voor de kredietnemer/pandgever is met het aangaan van de overeenkomst tot verpanding duidelijk geworden dat hij zich onder meer heeft verbonden om aan de kredietgever al zijn toekomstige vorderingen te verpanden die hij op derden - uit welchen hoofde ook - zal verkrijgen uit ten tijde van het aangaan van de overeenkomst tot verpanding nog niet bestaande rechtsverhoudingen (zie deze conclusie onder 1.1.1). De inhoud van de te verrichten handeling staat dus nauwkeurig vast. Aan het bepaalde in art. 3:68 BW is hiermee voldaan. Uit het geheel van bepalingen en bedingen volgt dat ING op ieder moment van haar bevoegdheid gebruik mag maken ten aanzien van alle vorderingen op derden. Dat is natuurlijk ook de bedoeling van deze constructie die aan de pandnemer de grootst mogelijke zekerheid biedt.

2.15 In de bankpraktijk is een onherroepelijk volmachtbeding zeer gebruikelijk.(49) Een volmacht kan op de voet van art. 3:74 lid 1 BW slechts onherroepelijk zijn voor zover zij strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of een derde. De wetgever acht de onherroepelijke volmacht derhalve slechts toelaatbaar, indien aan het belangvereiste is voldaan.(50) In dit geval is het onherroepelijke belang gelegen bij de gevolmachtigde, ING.(51) Het verhoogt haar zekerheid dat de handeling tot verpanding, die weer dient voor de zekerheid van het verstrekte krediet, ook daadwerkelijk zal worden verricht.(52) Ik zie geen bezwaar tegen een onherroepelijk volmachtbeding indien het strekt tot zekerheid van het vestigen van een door de kredietnemer

verleend pandrecht aan zijn kredietgever.(53) Wanneer de wederpartij niet wist of behoorde te weten dat de volmacht onherroepelijk was, dan mag zij de volmacht overeenkomstig de wettelijke hoofdregel voor herroepelijk houden zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.(54) In deze zaak is de wederpartij gelijk aan de gevolmachtigde en beroept de volmachtgever zich erop dat hij niet wist dan wel behoorde te weten van de volmacht. Het gaat kennelijk dus niet zozeer om de onherroepelijkheid maar om de kenbaarheid van de volmacht als zodanig. Uit een arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 23 maart 2006, R.W. 20 januari 2007, p. 874-878 met noot van Van Oevelen, maak ik op dat aanvaard wordt dat een onherroepelijke volmacht tot het vestigen van een hypotheekrecht wordt verstrekt aan een kredietverlener, die daarvan zonder nadere aankondiging gebruik mag maken op het moment dat hij zelf bepaalt.

2.16 Daarmee ben ik aangekomen bij de vraag of volmacht kan worden verleend door middel van het aanvaarden van de algemene voorwaarden waarin het onherroepelijke volmachtbeding is opgenomen. Ik stel voorop dat ik het duidelijker en dus wenselijk acht wanneer een volmachtbeding (ook) in de kredietofferte (ook wel overeenkomst van verpanding) zelf is opgenomen. Het is immers de kredietofferte die wordt geregistreerd bij de Belastingdienst en daardoor stampandakte wordt. Uit de kredietofferte blijkt wel dat er algemene voorwaarden op van toepassing zijn (o.a. de ABP), maar het volmachtbeding is enigszins weggestopt.(55) Wenselijk is dat de kredietnemer het volmachtbeding uitdrukkelijk aanvaardt omdat de verzamelpandakte-constructie in de kern is gebaseerd op de volmacht.(56) Die mogelijkheid is geboden door het volmachtbeding in de kredietofferte op te nemen. Op deze wijze wordt tevens de volmacht uitdrukkelijk geregistreerd. Ik zie niet direct een wezenlijk bezwaar voor een financiële instelling om het volmachtbeding (ook) in de kredietofferte op te nemen. Dat daardoor kredietnemers de kredietofferte minder gemakkelijk zouden aanvaarden, lijkt mij niet waarschijnlijk.

2.17 In deze zaak is echter ervoor gekozen het volmachtbeding (alleen) in de ABP op te nemen. Per saldo lijkt mij dat onvoldoende reden om de rechtsgeldigheid van de verzamelpandakte-constructie in twijfel te trekken. Ik licht dit toe.(57) Banken sluiten talrijke kredietovereenkomsten. Krediet verlenen is een van de hoofdactiviteiten van een (handels)bank en geschiedt vaak, en bij grote bedragen meestal, tegen zekerheidstelling. Het zou voor een bank ondoenlijk zijn om met iedere cliënt tot in detail te onderhandelen over de inhoud van een overeenkomst en deze daarna schriftelijk vast te leggen.(58) Een aantal belangrijke bedingen die de juridische verhouding tussen bank en cliënt bepalen, is daarom opgenomen in algemene voorwaarden. Een nadeel van algemene voorwaarden kan zijn dat de inhoud daarvan nogal eenzijdig in het voordeel is van de bank, de gebruiker van de algemene voorwaarden.(59) In casu verleent de volmachtgever de volmacht doordat de gevolmachtigde het volmachtbeding in zijn algemene voorwaarden heeft opgenomen en wordt door het aanvaarden van de algemene voorwaarden de volmacht bewerkstelligd. Degene die een overeenkomst als de onderhavige met een bank sluit, moet dus ervan uitgaan dat een groot aantal belangrijke en vaak voorkomende bedingen reeds in die algemene voorwaarden zijn opgenomen. Zoals hierna zal blijken, is het verlenen van een volmacht aan de bank in feite een standaardbeding dat de cliënt van de bank geen nadeel bezorgt, maar wel een praktische uitvoering van de overeenkomst mogelijk maakt.

2.18 Nu de wet (art. 3:61 BW) geen vormvereisten stelt aan de verlening van een volmacht - uitzonderingen daargelaten - is opname van een volmacht in algemene voorwaarden voldoende indien de algemene voorwaarden deel uitmaken van de rechtsverhouding tussen bank en cliënt. Vrijwel iedere onderneming maar ook vrijwel iedere particulier beschikt over een bank- of betaalrekening. Op ieder van die, tegenwoordig wel enige miljoenen, relaties zijn de Algemene Bankvoorwaarden (hierna: ABV) van toepassing. Praktisch alle banken in Nederland zijn lid van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en al die leden hanteren de ABV. De ABV behoren dan ook tot de belangrijkste algemene voorwaarden in het maatschappelijk verkeer en maken geen onderscheid tussen zakelijke en particuliere cliënten.(60) De gebondenheid van de cliënt aan de ABV geschiedt op normale wijze, namelijk door aanvaarding door de cliënt. In de praktijk geschiedt dit doordat de bank bij aanvang van de relatie de ABV standaard toestuurt naar de cliënt, naast allerlei andere contractsdOCUMENTEN en bescheiden. De ABV gelden dan als stilzwijgend aanvaard.(61)

2.19 In 2009 zijn de ABV laatstelijk vastgesteld. De wijzigingen ten aanzien van de voorgaande versie uit 1995 zijn niet aanzienlijk.(62) Het volmachtbeding in art. 18 van de ABV 1995 luidde(63): "De bank is als gevolmachtigde van de cliënt gerechtigd alle vorderingen die de cliënt uit welken hoofde ook op de bank heeft of krijgt, aan zichzelf te verpanden tot zekerheid voor al hetgeen de bank uit welken hoofde dan ook van de cliënt te vorderen heeft of zal hebben."

Het volmachtbeding in art. 24 lid 1 sub c van de ABV 2009 luidt(64):

"Door het van toepassing worden van deze Algemene Bankvoorwaarden heeft de cliënt de bank onherroepelijk volmacht gegeven, met het recht van substitutie, om die goederen namens cliënt, eventueel steeds herhaald, aan zichzelf te verpanden, en alles te doen wat dienstig is voor de verpanding."

Mede op grond van het feit dat de ABV tot stand zijn gekomen na overleg met de Consumentenbond, en derhalve sprake is van tweezijdige algemene voorwaarden, is het niet voor de hand liggend een dergelijk beding desondanks onredelijk bezwarend te achten gezien de miljoenen relaties waarin een dergelijk beding tegenwoordig werking heeft.(65) Wanneer we dit volmachtbeding vergelijken met die uit de ABP is geen sprake van wezenlijke verschillen:

"7.11 De Pandgever verleent hierbij aan de Bank de onherroepelijke volmacht om de door de Bank te bepalen Vorderingen aan zichzelf te verpanden tot zekerheid voor het Verschuldigde."

Ook de aanvaarding van het volmachtbeding in deze zaak verschilt niet van die van de ABV in de dagelijkse praktijk, zodat ik daarin geen belemmering zie voor de gebondenheid aan het volmachtbeding.

2.20 Tot slot vraag ik nog aandacht voor het probleem van antedatering. In de onderhavige zaak doet zich dit niet voor omdat duidelijk is wanneer de stampandaktes zijn geregistreerd. In de zaak Wiegerink/IFN (zie deze conclusie onder 2.3) constateert het hof dit probleem, anders dan Faber meent, terecht wel. Faber merkt in zijn annotatie onder Wiegerink/IFN op dat het niet gaat om de antedatering van de (verzamel)pandakte zelf - daartegen beschermt het vereiste van registratie immers - , maar dat het de mogelijkheid van antedatering van de overeenkomst tot verpanding is waarmee het hof moeite heeft. Die overeenkomst is door de pandnemer niet bij de Belastingdienst geregistreerd. Wordt in de pandakte niet verwezen naar de overeenkomst die aan de verpanding ten grondslag ligt - dat dit niet noodzakelijk is blijkt uit het arrest inzake Meij q.q./Bank of Tokyo - dan is van enige bescherming tegen het antedateren van die overeenkomst geen sprake, aldus Faber. Dat staat volgens hem aan de geldigheid van het pandrecht echter niet in de weg. Nu de volmacht noodzakelijk is om rechtsgeldig een verzamelpandakte te vestigen door middel van registratie, is het mijns inziens noodzakelijk dat met betrekking tot het probleem van antedatering de overeenkomst die aan de verpanding en volmacht ten grondslag ligt ook wordt geregistreerd waarmee een stampandakte ontstaat die de rechtszekerheid waarborgt.(66) Een verzamelpandakte op zich, zonder stampandakte zoals in de zaak Wiegerink/IFN, acht ik daarom niet rechtsgeldig. Voor een geldige verzamelpandakte-constructie is naast een volmachtbeding ook een geregistreerde overeenkomst van verpanding (stampandakte) noodzakelijk waarin de volgende bepaling is opgenomen: "De kredietnemer verbindt zich om aan de kredietgever te verpanden al zijn toekomstige vorderingen die hij op derden - uit welken hoofde ook - zal verkrijgen uit ten tijde van deze verpanding nog niet bestaande rechtsverhouding." Daarmee weet de pandgever waar hij aan toe is en is de rechtszekerheid gediend.

2.21 Dat de verzamelpandakte-constructie in de financieringspraktijk een nuttig instrument is, staat buiten kijf. Met deze constructie wordt alle rompslomp van het periodiek registreren van pandlijsten tot het absolute minimum teruggebracht. Deze stap betekent volgens Vriesendorp in feite de afschaffing van de ingewikkelde en administratief bewerkelijke registratie-eis bij de verpanding van vorderingen. Teneinde iedere onzekerheid op dit gevoelige punt weg te nemen, zou het volgens hem de wetgever sieren die eis uit art. 3:237 en 3:239 BW te schrappen.(67) Schrappen gaat te ver gezien het punt van de antedatering en is ook niet noodzakelijk indien de Belastingdienst digitaliseert. Als vervolgstap is aannemelijk dat de registratie van een (verzamel)pandakte elektronisch gaat plaatsvinden. Een verzamelpandakte in elektronische vorm maakt het proces nog sneller en leidt tot kostenbesparing. Een elektronische handtekening is sinds 2003 gelijkgesteld aan een schriftelijke en per 1 juli 2010 is op de voet van art. 156a Rv. onder bepaalde voorwaarden een onderhandse pandakte in elektronische vorm op te maken.(68) Alleen de registratie bij de Belastingdienst dient nog steeds plaats te vinden door de akte te printen en op te sturen naar de Belastingdienst, waarna de Belastingdienst de akte voorziet van een datum van registratie en deze weer per post terugstuurt naar de afzender.(69) Het is ook niet mogelijk om een ingescande papieren akte elektronisch aan te leveren ter registratie. De Belastingdienst zal hier een slag moeten maken om meer ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer.(70) Zodra het huidige systeem van de Belastingdienst is gedigitaliseerd kan bij het registreren van een elektronische verzamelpandakte, die immers steeds exact dezelfde inhoud betreft (standaard document), de software zo worden gemaakt dat deze de akte automatisch wekelijks, dagelijks dan wel per uur of zelfs per minuut naar de Belastingdienst verstuurt die vervolgens een automatisch antwoord met een datum retour stuurt.

2.22 Uit het voorgaande volgt dat ik geen wezenlijke bezwaren zie ten aanzien van de verzamel pandakte-constructie wanneer deze wordt toegepast als vervolg op een geregistreerde overeenkomst van verpanding (stampandakte) waaruit de naam van de pandgever en (indirect in samenhang met de toepasselijke algemene voorwaarden) de volmacht kunnen worden opgemaakt. Wanneer er voor ondernemingen te weinig mogelijkheden zijn om vreemd vermogen aan te trekken, dan is dat schadelijk voor de economie. De meeste ondernemingen zijn voor hun bedrijfsuitoefening immers afhankelijk van het kunnen verkrijgen van een krediet bij de bank. Voor ondernemingen is het van belang om op eenvoudige wijze en tegen zo laag mogelijke kosten krediet te kunnen verkrijgen. Wanneer financiers minder risico lopen zullen zij allicht eerder bereid zijn om krediet te verstrekken. (71) Wanneer het risico kleiner is, zal vermoedelijk ook de prijs voor krediet lager worden. Het is dan ook van belang dat kredietgevers op zoveel mogelijk activa van hun kredietnemers op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten zekerheidsrechten kunnen vestigen. (72) De verzamel pandakte-constructie draagt daaraan bij. Tegen deze achtergrond zal het geen verbazing wekken dat ik de hierna nog afzonderlijk te bespreken cassatieklachten in het principale beroep niet gegrond acht. De curator heeft in zijn schriftelijke toelichting aan uw Raad verzocht bij de beoordeling van de klachten "ook de brede context" (s.t. onder 1.9) in het oog te houden en de klachten in onderling verband te zien. Ik meen dat ik met mijn inleidende beschouwingen daartoe al een aanzet heb gegeven. Daarbij merk ik nog op dat de bezwaren die de curator onder 1.6 van de schriftelijke toelichting schetst, naar mijn opvatting niet opgaan. De vermelding van de namen in de pandakte is geen vereiste, als maar identificeerbaar is wie de pandgevers zijn. De Hoge Raad heeft naar mijn mening nimmer anders beslist. (73) Het registratievereiste blijft zin houden, zoals hiervoor al is uiteengezet. De beperking van de mogelijkheid tot verpanding van relatief toekomstige vorderingen is, naar uit de reeds genoemde literatuur onomstotelijk blijkt, altijd al als een overbodig knelpunt beschouwd. Ook Verstijlen, die deze ontwikkelingen met enige zorg bespreekt, erkent dat de Hoge Raad de bedoeling van de wetgever heeft laten prevaleren boven diens daden. (74) En Struycken, die meer dan anderen hechtte aan handhaving van het bepaaldheidsvereiste, laat in zijn in deze conclusie al vaak vermelde bespreking van het vonnis van de rechtbank in deze zaak, overtuigend zien dat hier sprake is van een "legitieme wijze om de vereiste formaliteiten op zo efficiënt mogelijke manier te vervullen" (p. 325).

2.23 Middel I klaagt dat het oordeel van de rechtbank in rov. 4.18 en 4.19, waarin de rechtbank de stelling beoordeelt dat sprake is van een onredelijk bezwarend volmachtbeding, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en/of onvoldoende is gemotiveerd. De rechtbank overweegt:

"4.17. De curator stelt dat de volmacht onredelijk bezwarend is en daarom niet van toepassing is op de rechtsverhouding tussen [A] en ING, waarbij hij zich ook beroept op reflexwerking van artikel 6:237 onder n BW en vernietiging van de volmacht vordert. ING wijst erop dat de volmacht haar slechts in staat heeft gesteld om uitvoering te geven aan het vestigen van zekerheid, waarvan [A] erkent dat zij zich daar bij het ondertekenen van de kredietoffertes al toe had verplicht. Voor reflexwerking van artikel 6:237 onder n BW is geen plaats nu [A] geen consument is, aldus ING.

4.18. Voor de vraag of de volmacht tot verpanding onredelijk bezwarend is acht de rechtbank in dit geval in het bijzonder de mate waarin de wederpartij zich van dit beding bewust is geweest en de wederzijds kenbare belangen van belang. [A] heeft erkend dat zij zich ervan bewust was, dat zij jegens ING de verplichting op zich nam om haar huidige en toekomstige vorderingen te verpanden. Gezien deze erkenning kan naar het oordeel van de rechtbank in het midden blijven of [A] zich ook heeft gerealiseerd dat het in de algemene voorwaarden zo geregeld was dat haar medewerking om die contractuele verplichting na te komen reeds bij voorbaat was [ge]gegeven in de vorm van een volmacht aan ING in plaats van dat zij in de loop van de overeenkomst daartoe steeds zelf een (rechts)handeling zou moeten verrichten. In beide gevallen zou dit immers leiden tot nakoming van contractuele verplichtingen waarvan [A] zich bewust was. Gelet hierop, kan eveneens in het midden blijven of ING gehouden was om [A] expliciet op de in de ABP opgenomen volmacht te wijzen. Aan de kant van [A] is geen rechtens te respecteren belang aan te nemen om de naleving van haar contractuele verplichting tot verpanding niet na te komen. Daar staat tegenover dat aan de kant van ING wel een rechtens te respecteren belang bestaat de nakoming van die verplichting door de volmachtconstructie te garanderen. De rechtbank acht het beding daarom niet onredelijk bezwarend.

4.19. De rechtbank ziet met ING in dit geval geen ruimte voor reflexwerking van artikel 6:237 onder n BW. [A] verschilt daarvoor te veel van een consument."

De klacht is uitgewerkt in de onderdelen 1.1 t/m 1.5.

2.24 Onderdeel 1.1 klaagt dat de rechtbank heeft miskend dat een volmachtbeding zoals neergelegd in art. 7.11 ABP onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW, althans in een geval als het onderhavige dat wordt gekenmerkt door de omstandigheid dat de volmachtgever

zich niet heeft gerealiseerd (en zich ook niet had behoeven te realiseren) dat het in de ABP zo geregeld was dat haar medewerking om haar contractuele verplichting tot verpanding van haar huidige en toekomstige vorderingen na te komen, reeds bij voorbaat was gegeven. De rechtbank heeft aldus miskend dat in dit geval de vraag of de volmachtgever zich daarvan bewust was, wel degelijk van belang is bij de beantwoording van de vraag of de volmacht tot verpanding onredelijk bezwarend is. Daarbij wordt het tenietdoen van de beperking uit art. 3:239 lid 1 BW benadrukt. Ook ligt in het oordeel van de rechtbank dat art. 7.11 ABP niet onredelijk bezwarend is nu de volmacht slechts leidt tot nakoming van contractuele verplichtingen waarvan [A] zich bewust was, een onjuiste rechtsopvatting besloten, aangezien het daarvoor wel degelijk uitmaakt of [A] zich van (de reikwijdte van) die volmacht bewust was of niet. Onderdeel 1.2 klaagt dat de rechtsklacht in onderdeel 1.1 in ieder geval opgaat indien, zoals in onderhavige zaak, sprake is van een onherroepelijke volmacht.

2.25 Vooropgesteld moet worden dat de beoordeling of een beding in algemene voorwaarden al dan niet onredelijk bezwarend is, een feitelijke waardering vergt die aan de feitenrechter is voorbehouden en in cassatie slechts beperkt toetsbaar is. De rechtbank had te beoordelen of het beding zoals neergelegd in art. 7.11 ABP onredelijk bezwarend is op de voet van art. 6:233, aanhef en onder a, BW waarbij moet worden gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Of het volmachtbeding onredelijk bezwarend is, beoordeelde de rechtbank in samenhang met de tekst uit de kredietofferte (de overige inhoud van de overeenkomst): "Tevens verbindt de Kredietnemer zich om aan de Kredietgever te verpanden al zijn toekomstige vorderingen die hij op derden - uit welken hoofde ook - zal verkrijgen uit ten tijde van deze verpanding nog niet bestaande rechtsverhoudingen." [A] heeft erkend dat zij zich van deze verpanding bewust is geweest. Op grond van deze erkenning (de wederzijds kenbare belangen van partijen) is de rechtbank van oordeel, althans zo begrijp ik rov. 4.18, dat het volmachtbeding niet onredelijk bezwarend is omdat door middel van het volmachtbeding nakoming van de hiervoor aangehaalde en [A] bekende contractuele verplichting uit de kredietofferte wordt bewerkstelligd. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat op de voet van art. 6:232 BW een wederpartij ook dan aan de algemene voorwaarden is gebonden als bij het sluiten van de overeenkomst de gebruiker begreep of moest begrijpen dat zij de inhoud daarvan niet kende. Het maakt derhalve in dit geval voor het oordeel of het beding onredelijk bezwarend is niet uit of [A] zich van (de reikwijdte van) de volmacht, in dier voege dat de medewerking van [A] door het verlenen van de volmacht reeds bij voorbaat was gegeven, bewust was of niet bij het aangaan van de overeenkomst. Dat de verzamelendacte-constructie in wezen de beperking uit art. 3:239 lid 1 BW opzij zet doet hieraan ook niet af, waarvoor ik verwijs naar 2.5-2.7 van deze conclusie. Dat het een onherroepelijke volmacht betreft maakt dit niet anders; zie deze conclusie onder 2.15. Zowel onderdeel 1.1 als 1.2 acht ik ongegrond. Het oordeel van de rechtbank dat het volmachtbeding in een geval als het onderhavige niet onredelijk bezwarend is, is zeker niet onbegrijpelijk als bedacht wordt dat een volmachtbeding in het verkeer tussen banken en kredietnemers gebruikelijk en algemeen aanvaard is.

2.26 Onderdeel 1.3 klaagt dat het oordeel van de rechtbank onbegrijpelijk is omdat dit innerlijk tegenstrijdig is doordat de rechtbank de mate waarin [A] zich van het volmachtbeding bewust is geweest enerzijds van belang heeft geacht, maar anderzijds in het midden laat óf [A] zich van het volmachtbeding bewust is geweest. Ook deze klacht faalt. De eerste zin van rov. 4.18 moet kennelijk zo worden begrepen dat de rechtbank voor de vraag of het volmachtbeding onredelijk bezwarend is in dit geval in het bijzonder van belang acht de wederzijds kenbare belangen van partijen én of [A] zich van de (contractuele verplichting tot) verpanding bewust is geweest. Met 'dit beding' bedoelt de rechtbank dus kennelijk de verpandingsverplichting. De rechtbank heeft het vervolgens immers steeds over het bij [A] bestaande bewust zijn van de verpandingsverplichting. Daarbij komt dat, zoals bij de bespreking van onderdeel 1.1 al aan de orde kwam, het door [A] bewust zijn van het volmachtbeding geen maatstaf is om het beding van toepassing te doen zijn op grond van art. 6:232 BW. De rechtbank behoefde de vraag of [A] zich van het volmachtbeding bewust is geweest dus niet te beantwoorden.

2.27 Onderdeel 1.4 klaagt dat de rechtbank heeft miskend dat het er om gaat of aan de kant van [A] een rechtens te respecteren belang aan te nemen is bij het achterwege blijven van de (rechtsgeldige) verlening van een volmacht als bedoeld in art. 7.11 ABP dan wel heeft miskend dat een dergelijk rechtens te respecteren belang in beginsel is gelegen in het voorkomen dat zij alle huidige en toekomstige vorderingen in pand zou geven en zo haar onderneming te zwaar zou belasten. Daarbij wordt aangevoerd dat [A] een relevant belang heeft om zelf te bepalen op welk tijdstip zij welke vorderingen verpandt. Heeft de rechtbank ook dat niet miskend, dan heeft zij onvoldoende gemotiveerd waarom in dit concrete geval van dit rechtens te respecteren belang van [A] geen sprake

was. Ook deze klachten zijn ongegrond. De rechtbank heeft geoordeeld dat aan de kant van [A] geen rechtens te respecteren belang is aan te nemen om - naar de rechtbank klaarblijkelijk heeft bedoeld - het haar mogelijk te maken haar contractuele verplichting tot verpanding niet na te komen. Dit oordeel is in het licht van de onbetwiste contractuele verplichting tot verpanding rechtens juist en ook alleszins begrijpelijk.

2.28 Onderdeel 1.5, waarin is aangevoerd dat gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande onderdelen tevens rov. 4.20 en het dictum vitieert, faalt dan eveneens.

2.29 Middel II klaagt dat het oordeel van de rechtbank in rov. 4.22, waarin de rechtbank de stelling verwerpt dat het volmachtbeding van art. 7.11 ABP in strijd is met art. 3:68 BW (Selbsteintritt), blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en/of onvoldoende is gemotiveerd. De rechtbank overweegt: "4.21. De curator stelt dat ING bij het uitoefenen van de volmacht de grenzen heeft overschreden die artikel 3:68 BW stelt aan de mogelijkheid dat een gevolmachtigde zichzelf als wederpartij van de volmachtgever opwerpt. De volmacht sluit de toepasselijkheid van artikel 3:68 BW niet uit en de op basis van de volmacht te verrichten rechtshandeling staat niet zo nauwkeurig vast dat strijd tussen belangen van [A] en ING is uitgesloten. Dit betekent dat ING bij gebreke van een andersluidende afspraak tussen partijen niet namens [A] een rechtshandeling tot stand had mogen brengen waarbij ING zelf als wederpartij gold, aldus de curator. ING stelt zich op het standpunt dat de rechtshandeling die zij op basis van die volmacht tot stand mocht brengen daarin voldoende nauwkeurig is omschreven en zij daarop geen invloed ten eigen bate kon uitoefenen, waardoor artikel 3:68 BW er niet aan in de weg staat dat zij namens [A] de verzamelhandakte heeft ondertekend.

4.22. De rechtbank stelt vast dat de volmacht er juist toe strekt een pandrecht ten gunste van ING te vestigen. Dit impliceert dat "Selbsteintritt" contractueel is toegestaan. Bovendien staat de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vast, dat strijd tussen de belangen van volmachtgever en volmachtenemer uitgesloten is. Het feit dat de volmacht spreekt over verpanding van "door de Bank te bepalen Vorderingen", doet hieraan niet af. Deze keuzebevoegdheid stelt ING immers slechts in staat niet alle doch slechts een deel van de vorderingen van [A] voor verpanding te selecteren. Van een verruiming van de bevoegdheid van ING ten opzichte van hetgeen waar [A] zonder de volmacht al toe verplicht was, is geen sprake. Het is dan ook niet in te zien op welke wijze ING deze keuzebevoegdheid ten eigen bate zou kunnen aanwenden. Het feit dat de volmacht in de ABP is opgenomen maakt dit - anders dan de curator stelt - naar het oordeel van de rechtbank niet anders."

De klacht is uitgewerkt in de onderdelen 2.1 t/m 2.4.

2.30 Onderdeel 2.1 klaagt dat indien de rechtbank heeft bedoeld dat naar haar oordeel rechtsgeldig is afgeweken van de in art. 3:68 BW opgenomen beperking van de mogelijkheid tot Selbsteintritt, dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting althans onvoldoende is gemotiveerd. Volgens het onderdeel kan, mede op grond van de aan art. 3:68 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte, uit de enkele omstandigheid dat een volmacht ertoe strekt dat de gevolmachtigde namens de volmachtgever een pandrecht ten gunste van zichzelf vestigt, nog niet worden afgeleid dat "anders is bepaald". Dit zou in elk geval uitdrukkelijk moeten gebeuren en niet impliciet, zeker nu de volmachtgever zich niet van het beding in de algemene voorwaarden bewust is geweest. Het onderdeel faalt naar mijn mening. De in art. 7.11 ABP opgenomen volmachtverlening is immers een, zeker naar haar strekking, uitdrukkelijke afwijking van de hoofdregel van art. 3:68 BW. Het is niet nodig dat nog eens met zoveel woorden te vermelden. Overigens gaat het onderdeel uit van een verkeerde lezing van het vonnis en mist het derhalve feitelijke grondslag. De rechtbank is niet van oordeel dat rechtsgeldig is afgeweken van art. 3:68 BW, maar overweegt dat is voldaan aan de vereisten van art. 3:68 BW in die zin dat de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van gevolmachtigde (ING) en volmachtgever ([A]) is uitgesloten.

2.31 Onderdeel 2.2 klaagt dat de rechtbank ten onrechte, althans zonder toereikende motivering, heeft geoordeeld dat de inhoud van de te verrichten rechtshandeling nauwkeurig vaststaat, nu ING nog een keuzevrijheid had op welk moment en welke vorderingen zij aan zichzelf zou verpanden. Het onderdeel faalt, omdat het oordeel van de rechtbank juist is. Strijd tussen de belangen van ING en [A] is uitgesloten omdat naar het oordeel van de rechtbank op de laatste een ongeclausuleerde verplichting rustte alle vorderingen op derden onmiddellijk aan ING te verpanden, en daarom van een verruiming van de bevoegdheid van ING geen sprake was.

2.32 Onderdeel 2.3 klaagt dat de rechtbank met haar overweging dat het dan ook niet is in te zien op welke wijze ING de keuzebevoegdheid ten eigen bate zou kunnen aanwenden miskent dat niet

doorslaggevend is of de volmachtgever de uitoefening van haar volmacht ten eigen bate kan aanwenden, maar of de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten. De klacht faalt in het licht van de ongegrondheid van de onderdelen 2.1 en 2.2. De rechtbank heeft niet miskend dat de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van volmachtgever en gevolmachtigde is uitgesloten.

2.33 Op grond van het voorgaande faalt ook onderdeel 2.4 dat uitgaat van gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande onderdelen.

2.34 Middel III klaagt dat het oordeel van de rechtbank in rov. 4.25 en 4.26, waarin de rechtbank de stelling beoordeelt dat ING de volmacht niet rechtsgeldig heeft uitgeoefend, aangezien zij niet in naam van [A] heeft gehandeld, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting of onvoldoende is gemotiveerd. De rechtbank overweegt:

"4.24. De curator stelt dat ING niet in naam van [A] heeft gehandeld bij ondertekening van de pandakte namens de diverse pandgevers nu de naam van [A] als volmachtgever noch in de volmacht, noch in de verzamel pandakte wordt genoemd.

4.25. Met ING is de rechtbank van oordeel dat uit de verzamel pandakte (...) in combinatie met de kredietoffertes (...) en de ABP (...) duidelijk blijkt dat ING (mede) in naam van [A] heeft gehandeld bij het ondertekenen van de verzamel pandakte. Daaruit vloeit immers voort dat onder Pandgever (onder meer) iedere rechtspersoon wordt verstaan die ING een volmacht heeft verleend tot verpanding van vorderingen. Uit het voorgaande blijkt dat [A] door ondertekening van de kredietoffertes een dergelijke volmacht aan ING heeft verleend en dus onder de definitie van Pandgever valt.

4.26. Anders dan de curator stelt, staat aan het oordeel dat ING bij het ondertekenen van de verzamel pandakte mede namens [A] heeft gehandeld, niet in de weg dat ING niet aan [A] heeft medegedeeld dat zij wekelijks een verzamel pandakte opstelde en registreerde als gevolmachtigde van [A] en evenmin dat zij [A] nooit een afschrift van een dergelijke verzamel pandakte heeft gestuurd. Zonder nadere toelichting - die ontbreekt - is niet in te zien dat het achterwege blijven van deze informatie af kan doen aan het feit dat ING mede op naam van [A] heeft gehandeld, nu die informatieverschaffing slechts een administratieve handeling is die bovendien per definitie niet eerder dan na het vestigen van het pandrecht aan de orde kan komen."

De klacht is uitgewerkt in de onderdelen 3.1 t/m 3.4.

2.35 Onderdeel 3.1 klaagt dat de rechtbank heeft miskend dat geen sprake is van een rechtsgeldige verpanding van vorderingen door een gevolmachtigde in naam van een volmachtgever in de zin van art. 3:66 lid 1 BW, indien de naam van de volmachtgever niet in de pandakte, althans ten tijde van (bij) de verpanding, wordt genoemd. Onderdeel 3.2 betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat voor een rechtsgeldige verpanding in ieder geval onvoldoende is dat, eventueel achteraf, uit een combinatie van documenten kan worden afgeleid dat de gevolmachtigde bij het ondertekenen van de pandakte (mede) in naam van de volmachtgever heeft gehandeld, althans dat heeft beoogd. Indien de rechtbank het voorgaande niet heeft miskend, zo klaagt onderdeel 3.3, zijn de oordelen van de rechtbank onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, omdat de rechtbank niet heeft vastgesteld dat [A] in de pandakte, althans ten tijde van (bij) de verpanding, met name is genoemd en zij haar oordeel dat ING bij het ondertekenen van de verzamel pandakte (mede) in naam van [A] heeft gehandeld, slechts (kenbaar) heeft gebaseerd op de combinatie van de verzamel pandakte, de kredietoffertes en de ABP. Gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande onderdelen vitieert tevens rov. 2.27 en het dictum, aldus onderdeel 3.4.

2.36 Zoals uit mijn algemene beschouwingen voorafgaand aan de beoordeling van de middelen is gebleken (zie onder 2.8-2.12), is vermelding van de naam van de pandgever in de verzamel pandakte geen vereiste en is voldaan aan de bepaaldheidsvereiste indien de naam van de pandgever is te achterhalen met behulp van de stampandakte. In de kern is het een kwestie van uitleg van de akte, die niet losgemaakt kan worden van de andere bescheiden die op de verlening van het pandrecht betrekking hebben. De rechtsklachten in onderdeel 3.1 en 3.2 falen dan ook. Ook de motiveringsklacht in onderdeel 3.3 is ongegrond nu voldoende duidelijk en begrijpelijk is dat [A] als pandgever is te achterhalen met behulp van de beide stampandaktes. Ook onderdeel 3.4 faalt dus.

2.37 Middel IV klaagt dat het oordeel van de rechtbank in rov. 4.29 t/m 4.33, waarin de rechtbank oordeelt over het bepaaldheidsvereiste, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en/of onvoldoende is gemotiveerd. De rechtbank overweegt:

"4.28. De curator stelt zich op het standpunt dat uit de verzamel pandakte niet blijkt wie de

pandgevers zijn, waardoor de te verpanden vorderingen niet met voldoende bepaaldheid zijn omschreven. ING stelt dat aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan omdat op basis van de verzamelpancake, de kredietovereenkomst en de ABP kan worden vastgesteld wie de pandgevers zijn en welke vorderingen verpand zijn.

4.29. Bij de beoordeling van dit geschilpunt stelt de rechtbank voorop dat voor het vestigen van een pandrecht op een of meer vorderingen voldoende is dat de pancake zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand van objectieve gegevens kan worden vastgesteld om welke vordering (en) het gaat (Hoge Raad 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (Sparbank Rivierenland/Gispen q.q.)). Daarbij kan een generieke omschrijving worden gebruikt van de betrokken vorderingen. In het arrest Mulder q.q./Rabobank Alphen aan de Rijn (HR 20 september 2002, NJ 2004, 182) heeft de Hoge Raad bovendien bepaald dat indien voor nadere specificaties van de verpande vorderingen te rade moet worden gegaan bij de boekhouding van de pandgever, dat niet afdoet aan de voldoende bepaaldheid van die vorderingen.

4.30. Te onderzoeken is of in het onderhavige geval de [...] verzamelpancake, de kredietovereenkomst [...] en de volmacht (artikel 7.11 van de ABP [...]) tezamen voldoende gegevens bevatten om, eventueel achteraf, aan de hand van objectieve gegevens te kunnen bepalen om welke vorderingen het gaat. De rechtbank is van oordeel dat dit het geval is, zoals hierna wordt toegelicht.

4.31. Uit de kredietofferte, de in de ABP opgenomen definities van "Pandgevers" en "Vorderingen" en de volmacht blijkt dat [A] de verplichting op zich heeft genomen om als pandgever ten behoeve van ING een pandrecht te vestigen op al haar huidige en toekomstige vorderingen op derden uit welchen hoofde dan ook. De vorderingen van [A] waar op grond van deze verplichting een pandrecht op zou kunnen rusten, blijken uit de door [A] gevoerde (debiteuren)administratie. Of een vordering die uit deze administratie blijkt daadwerkelijk ten behoeve van ING verpand is, volgt uit (het tijdstip van registratie van) de verzamelpancake. Vorderingen van [A] die na de registratie van de meest recente verzamelpancake zijn ontstaan uit een ten tijde van die registratie nog niet bestaande rechtsverhouding, zijn immers niet met een pandrecht belast. Aldus kan van iedere vordering zoals die in de administratie van [A] voorkomt, eventueel achteraf, aan de hand van objectieve gegevens worden bepaald of deze al dan niet verpand is ten behoeve van ING. De verpande vorderingen zijn derhalve voldoende bepaald in de zin van artikel 3:84 lid 2 juncto 3:98 BW.

4.32. De curator brengt hier tegenin dat slechts uit de administratie van ING kenbaar zou zijn wie de in de verzamelpancake genoemde pandgevers zijn en dat de verpande vorderingen daardoor niet kunnen worden vastgesteld op basis van objectieve gegevens. Dit argument faalt, omdat - als reeds overwogen - de identiteit van de pandgever wordt vastgesteld op basis van de kredietofferte en de ABP, waarover zowel [A] als ING beschikken. Ingeval van verschil van mening tussen ING en haar cliënt over de vraag of de cliënt een pandgever in de zin van de verzamelpancake is, is dan ook niet - anders dan de curator lijkt te veronderstellen - de administratie van ING doorslaggevend. In dat geval zal op basis van de normale regels van stelplicht en bewijslast dienen te worden bepaald of de cliënt als pandgever heeft te gelden. Een dergelijke discrepantie is hier niet aan de orde, nu ING en [A] zich op dezelfde kredietoffertes en dezelfde ABP beroepen. Of de volmacht is opgenomen in de kredietofferte of in de ABP doet - anders dan de curator stelt - in dit verband niet ter zake nu beide documenten onderdeel uitmaken van de tussen [A] en ING tot stand gekomen overeenkomst [...]. De in conventie primair onder V gevorderde verklaring voor recht zal derhalve worden afgewezen.

4.33. De rechtbank merkt hierbij nog op dat een geregistreerde onderhandse pancake niet openbaar is en dan ook geen functie vervult in de kenbaarheid van de vermogenspositie van een schuldenaar voor derden. Aan het vereiste van registratie kan dan ook geen argument worden ontleend voor het stellen van de eis, dat de akte de naam van alle volmachtgevers moet vermelden."

De klacht is uitgewerkt in de onderdelen 4.1 en 4.2.

2.38 Onderdeel 4.1 klaagt dat de rechtbank heeft miskend dat indien in een akte die strekt tot verpanding van een of meer vorderingen, de naam van de pandgever(s) van die vorderingen niet is (zijn) opgenomen, de vorderingen niet met voldoende bepaaldheid zijn omschreven in de zin van art. 3:84 lid 2 jo. 3:98 BW. In het licht van mijn beschouwingen onder 2.9-2.12 faalt ook deze rechtsklacht. Het onderdeel verzet zich immers tegen een generieke vermelding van de vorderingen en daarmee tegen de rechtspraak met betrekking tot het vereiste van bepaalbaarheid dat de Hoge Raad heeft ontwikkeld in zijn door mij vermelde rechtspraak. Dat ING uit deze jurisprudentie de uiterste consequentie heeft getrokken, valt niet te ontkennen. Ik meen dat de verzamelpancake niet los te zien is van de onderliggende bescheiden en dat daaruit met voldoende mate van zekerheid valt af te leiden welke vorderingen door wie aan ING zijn verpand.

2.39 Onderdeel 4.2 klaagt dat de rechtbank heeft miskend dat de pancake zodanige gegevens dient te bevatten dat, eventueel achteraf, aan de hand van de in de pancake opgenomen gegevens kan

worden vastgesteld welke natuurlijke persoon of rechtspersoon de pandgever(s) is (zijn) van de desbetreffende vorderingen. Heeft de rechtbank zulks niet miskend, dan is haar oordeel dat ING met de verzamel pandakte een pandrecht op vorderingen van [A] heeft gevestigd onbegrijpelijk omdat zij haar oordeel dat [A] als pandgever in de zin van de verzamel pandakte heeft te gelden, heeft gegrond op de inhoud van de kredietofferte en de ABP, en dus niet (uitsluitend) op in de verzamel pandakte (die van veel later datum stamt) opgenomen gegevens. Ook deze klachten falen. De rechtsklacht faalt omdat de verzamel pandakte in samenhang met de stampandakte (en de volmacht) dient te worden beschouwd en aan de hand daarvan kan worden vastgesteld wie de pandgevers zijn. De rechtbank hanteert aldus een juiste maatstaf. De hiervoor gecursiveerde woorden stellen een striktere eis dan de wet - uitgelegd in de inmiddels vaste jurisprudentie van uw Raad - op dit punt stelt. De motiveringsklacht faalt omdat voldoende duidelijk en begrijpelijk is dat de rechtbank de inhoud van de verzamel pandakte samen met die van de kredietofferte (stampandakte) en ABP beschouwt.

2.40 Middel V faalt eveneens nu geen van de voorgestelde middelen gegrond is bevonden.

3. Beoordeling van het incidentele cassatieberoep

3.1 Het incidenteel beroep omvat één middel en is ondanks de vermelding in de "kop" onvoorwaardelijk ingesteld. Het middel klaagt dat indien de rechtbank in rov. 4.18 tot uitgangspunt heeft genomen dat wanneer [A] zich niet van de inhoud van art. 7.11 ABP bewust zou zijn geweest, althans daarmee niet bekend zou zijn geweest, dit zou kunnen bijdragen aan het oordeel dat het beding onredelijk bezwarend is, de rechtbank blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het feit dat de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden zich niet bewust is van, althans niet bekend is met, een bepaald in de algemene voorwaarden opgenomen beding kan immers niet bijdragen aan het oordeel dat dat beding onredelijk bezwarend is. Het betreft immers een voor de beoordeling daarvan irrelevante omstandigheid, aldus het middel.(75) ING heeft alleen belang bij behandeling van dit middel als het principale middel I geheel of gedeeltelijk gegrond wordt bevonden. In mijn opvatting is dat niet het geval. Het incidentele middel is overigens ongegrond. Bij de beoordeling van de vraag of een in de algemene voorwaarden opgenomen beding onredelijk bezwarend is, kan een rol spelen in welke mate de wederpartij zich van de (strekking van) het beding bewust is geweest.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal en het incidenteel cassatieberoep. Ik wijs erop dat partijen zijn overeengekomen in cassatie over en weer geen proceskostenveroordeling te vorderen.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

Wvd. A-G

1 Ontleend aan rov. 2.1 t/m 2.17 van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 15 september 2010.

2 Uit de inleidende dagvaarding onder 5 maak ik op dat de Rabobank een eerste pandrecht had bij akte van 20 mei 2005 op de huidige en toekomstige vorderingen op derden maar dat er geen vervolgpandlijsten ten aanzien van de debiteurenvorderingen zijn aangeleverd, zodat de vorderingen op debiteuren aan de boedel toekomen omdat er geen rechtsgeldig pandrecht op de debiteuren per datum faillissement tot stand is gekomen. Op grond van art. 3:239 lid 2 jo. 3:237 lid 2 BW is de pandgever verplicht in de akte te verklaren dat hij tot het verpanden van de vordering bevoegd is alsmede hetzij dat op de vordering geen beperkte rechten rusten, hetzij welke rechten daarop rusten. Wanneer de pandgever hier niet aan voldoet, pleegt hij wanprestatie. De gevolgen zijn echter voor de bank wanneer deze er geen kennis van heeft dat door een andere bank/financiële instelling aan dezelfde kredietnemer krediet is verleend (en daartoe een zelfde verzamel pandakte-constructie is gehanteerd).

3 Zie ook art. 7.3 ABP: "De Pandgever is verplicht aan de Bank op haar eerste verzoek de overeenkomst(en) te verstrekken waaruit de Vorderingen voortvloeien en verder alle gegevens te verstrekken die de Bank nodig heeft om haar pandrecht op de Vorderingen uit te oefenen. Tevens zal de Pandgever de Bank op haar eerste verzoek steeds in staat stellen uit zijn administratie de gegevens te putten die de Bank nodig mocht achten voor de uitoefening van haar pandrecht." Deze bepaling kan na faillissement niet doorwerken naar de curator, zie HR 3 november 2006, LJN AX8838, NJ 2007,

- 155, m.nt. PvS (Nebula). Voor dit probleem is een oplossing gevonden in HR 30 oktober 2009, LJN BJ0861, NJ 2010, 96 m.nt. F.M.J. Verstijlen. Ik kom daarover hierna te spreken.
- 4 LJN BP1006, JOR 2011, 161, m.nt. N.E.D. Faber.
- 5 De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 15 december 2010.
- 6 Middel 5 bevat geen afzonderlijke/zelfstandige klacht.
- 7 Registratie van pandaktes is tegenwoordig gratis. In de bancaire praktijk wordt (vrijwel) uitsluitend gewerkt met geregistreerde onderhandse akten. Zie R. van den Bosch & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Uitoefening van goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de (bank)praktijk, MvV 2009, p. 87.
- 8 Stampandaktes vormen de basis voor regelmatige opstelling en indiening van pandlijsten d.m.v. bulkpandaktes. De verzamelpandakte bouwt hierop voort. Een verzamelpandakte moet in die zin worden onderscheiden van een bulkpandakte dat in een bulkpandakte de namen van de pandgevers zijn vermeld en met een verzamelpandakte wordt beoogd bulkverpanding mogelijk te maken zonder vermelding van de namen van de pandgevers.
- 9 In de praktijk vaak "de kredietofferte" genoemd; in feite een door de kredietnemer meegetekende kredietoffertebrief van de bank.
- 10 F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Uitlegkwesties naar aanleiding van verpanding en cessie van vorderingen, in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), Uitleg in het goederenrecht, 2009, p. 85.
- 11 Het begrip "verzamelakte" kwam ik al in literatuur van voor 2002 tegen: W.H.G.A. Filott, Algemene bankvoorwaarden, 1997, p. 62 en W.H.G.A. Filott, Algemene bankvoorwaarden, 2000, p. 80. Zie ook R.I.V.F. Bertrams, Algemene Bankvoorwaarden, in: B. Wessels e.a. (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 473.
- 12 R.D. Vriesendorp, Expositie van het insolventierecht, NJB 2009, 34, p. 2250. Zie ook H.J. Damkot & A.J. Verdaas, Verpanding van toekomstige vorderingen beperkt mogelijk; verruiming gewenst?, TvI 2003, par. 4.2.6. De Rabobank bestaat uit een groep van een groot aantal zelfstandige dochterinstellingen. De moederinstelling vestigt dan als direct of indirect gevolmachtigde van al die kredietnemers van een dochterinstelling pandrechten ten behoeve van de betreffende dochterinstelling. Een iets complexere variant, maar vergelijkbaar met het onderhavige geval.
- 13 Een voorbeeld van een geval waarin de rechtbank zou kunnen overwegen een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Zie het aanhangige wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het instellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad), Kamerstukken II 2010/11, 32 612, nr. 1-5.
- 14 Hof Arnhem 4 mei 2010 en 28 december 2010, LJN BQ3690, JOR 2011, 160, m.nt. N.E.D. Faber.
- 15 Zowel het thans in cassatie bestreden vonnis als de zaak Wiegerink/IFN is in de literatuur van commentaar voorzien. Dat maakt het innemen van een standpunt wel wat eenvoudiger. Zie T.H.D. Struycken, Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), Bancaire Zekerheid. Liber Amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, 2010, p. 305-327; annotaties N.E.D. Faber in JOR 2011, 160 en 161 en F.M.J. Verstijlen, Het pandrecht op de schop, NTBR 2011/36, p. 272-275. Laatstgenoemde laat zich kritisch uit over verzamelpandaktes. Zie ook Bartman sub 12 van zijn annotatie onder Rb. Almelo 2 maart 2011, LJN BP7063, JOR 2011, 166.
- 16 "Stil" wil zeggen zonder mededeling aan de debiteuren. Het kan soms praktisch zijn dat de debiteuren van de pandgever niet op de hoogte zijn van het verpanden van de op hun betrekking hebbende vorderingen, bijvoorbeeld wanneer de pandgever het niet wenselijk vindt dat zijn eigen debiteuren weten dat hij geld nodig heeft. Daarvoor is het stil pandrecht in het leven geroepen. Op het moment van vestigen wordt de debiteur dus niet geïnformeerd, later gebeurd dat mogelijk wel wanneer de pandhouder zijn pandrecht wenst uit te winnen. Tot op het moment dat de mededeling aan de debiteur wordt gedaan, kan de debiteur uitsluitend bevrijdend betalen aan de pandgever. Zodra de pandhouder alsnog mededeling heeft gedaan, komt de inningsbevoegdheid vervolgens bij de pandhouder te rusten. Zolang geen mededeling aan de debiteuren is gedaan, is in geval van faillissement uitsluitend de curator bevoegd de vorderingen te innen. Om die reden zal de pandhouder in veel gevallen overleg willen/moeten plegen met de curator over de wijze waarop de vorderingen worden geïnd. Dat dit overleg in de praktijk ook voor problemen kan zorgen, blijkt uit de onderhavige casus maar speelt in cassatie verder geen rol.
- 17 Zo ook Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2010, LJN BL3519, JOR 2010, 139, m.nt. B.A. Schuijling. Zie ook H.J. Damkot & A.J. Verdaas, Verpanding van toekomstige vorderingen beperkt mogelijk; verruiming gewenst?, TvI 2003, p. 3 e.v. Zie voorts HR 3 december 2010, LJN BN9463, NJ 2010, 653 (ING/Nederend q.q.) en O.K. Brahn, Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 1991, p. 110-118.
- 18 Zie B.A. Schuijling in zijn annotatie onder Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2010, LJN BL3519, JOR 2010, 139 en N.E.D. Faber sub 3 van zijn annotatie onder Rb. 's-Gravenhage 25 april 2001, LJN AG3927, JOR 2001, 136.

- 19 De registratie hoeft niet te worden meegedeeld aan de pandgever; m.a.w. de pandgever weet dus niet wanneer er een pandrecht gevestigd is/wordt. De pandgever heeft er dus geen weet van wanneer de stampandakte door de pandhouder wordt geregistreerd, maar hij is zich er wel van bewust dat hij een pandrecht heeft verleend.
- 20 Zo ook W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2006, p. 280 en 620-621. Hierin onderscheidt een stil pandrecht zich van een openbaar pandrecht waarvoor niet geldt dat de vorderingen rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding. Daarentegen is openbare verpanding van een vordering uitsluitend mogelijk indien de debiteur van de vordering bekend is, gelet op de voor openbare verpanding vereiste mededeling aan de debiteur.
- 21 Zie ook H.J. Damkot & A.J. Verdaas, *Verpanding van toekomstige vorderingen beperkt mogelijk; verruiming gewenst?*, *TvI* 2003, par. 5; A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, (diss. UN) 2008, p. 169 en T.H.D. Struycken, *Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte*, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid. Liber Amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, 2010, p. 325.
- 22 Parl. Gesch. Boek 3, p. 1336 e.v. Zie ook Kleijn in zijn annotatie onder *Mulder q.q./Rabobank NJ* 2004, 182, sub 2 en *Kamerstukken II 1984/85*, 17 496, nr. 10, p. 63-65.
- 23 Een onderhandse akte resulteert op het moment van (aanbieding ter) registratie in pandrechten. Dit moment is ook bepalend ten aanzien van een eventueel derdenbeslag op de vordering.
- 24 T.H.D. Struycken, *Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte*, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid. Liber Amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, 2010, p. 326-327.
- 25 T.a.p. p.327.
- 26 Zie over dit onderwerp: *English Private Law*, vol. I, ed. by Peter Dirks, 2000, p. 424 v.; Eilís Ferran, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford, 2008, p. 368 v.; zie met name ook T.D.H. Struycken, *De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de floating charge en Article 9 Uniform Commercial Code: over bepaaldheid en publiciteit*, in *AA 47* (1998) p. 417-435.
- 27 Zie E. Dirix en R. De Corte, *Zekerheidsrechten*, in de serie *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, XII, 2006, p. 348 v.
- 28 W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2006, p. 222.
- 29 Zie bijv. A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, (diss. UN) 2008, p. 129-148.
- 30 HR 20 september 2002, LJN AE7842, NJ 2004, 182, m.nt. WMK; tevens in *JOR* 2002, 211 m.nt. N.E.D. Faber (*Mulder q.q./Rabobank*). Zie ook HR 24 oktober 1980, LJN AC7018, NJ 1981, 265, m.nt. W.M. Kleijn (*Langeveld/Bouwman*); HR 14 oktober 1994, LJN ZC1488, NJ 1995, 447, m.nt. WMK (*Spaarbank Rivierland/Gispens q.q.*); HR 16 juni 1995, LJN ZC1759, NJ 1996, 508, m.nt. WMK (*Ontvanger/Rabobank*); HR 20 juni 1997, LJN AG3121, RvdW 1997, 146; HR 20 juni 1997, LJN ZC2398, NJ 1998, 362, m.nt. WMK (*Wagemakers q.q./Rabobank*); HR 19 september 1997, LJN ZC2434, NJ 1998, 689 (*Verhagen q.q./ING*); HR 19 december 1997, LJN ZC2530, NJ 1998, 690, m.nt. WMK (*Zuidgeest/Furness*); HR 29 juni 2001, LJN AB2435, NJ 2001, 662, m.nt. WMK (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*); HR 21 december 2001, LJN AD4499, NJ 2005, 96, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sobi/Hurks II*); HR 20 september 2002, LJN AE3381, NJ 2002, 610, m.nt. C.E. du Perron (*ING/Muller q.q.*); HR 16 mei 2003, LJN AF4602, NJ 2004, 183, m.nt. WMK ([...]/Rabobank) en HR 4 maart 2005, LJN AR6165, NJ 2005, 326 ([...]/[...]). Zie ook F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Verpanding van vorderingen op naam: soepelheid troef!*, *O&F* 2003, p. 11-15.
- 31 Door het arrest *Mulder q.q./Rabobank* is het bepaaldheidsvereiste volgens Struycken in feite afgeschaft en vervangen door het bepaalbaarheidsvereiste. T.H.D. Struycken, *Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte*, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid. Liber Amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, 2010, p. 312. Zie ook W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2006, p. 224, T.H.D. Struycken, *De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste*, *WPNR* 6366 (1999), p. 577-582 en T.H.D. Struycken, *Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling*, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht deel 7*, 1997, p. 134-142.
- 32 Keukens vraagt zich af of er in al deze gevallen een rechtsgeldig pandrecht tot stand is gekomen. Niet in alle gevallen acht hij dat vanzelfsprekend. W.M.T. Keukens, *Problemen rond stille verpanding van vorderingen. Beschouwingen naar aanleiding van: diss. A.J. Verdaas, TvI 2009/7*, par. 7.
- 33 Daarnaast wordt in de praktijk wel de variant gehanteerd waarin een lijst met namen van volmachtgevers wordt gevoegd bij de verzamelpandakte, die tezamen ter registratie worden aangeboden.
- 34 Asser/*Van Mierlo & Van Velten 3-VI** 2010, nr. 224; N.E.D. Faber in zijn annotatie onder *Hof Arnhem 4 mei 2010* en *28 december 2010*, LJN BQ3690, *JOR* 2011, 160 en N.E.D. Faber in zijn annotatie onder *onderhavig vonnis*, *Rb. Amsterdam 15 september 2010*, LJN BP1006, *JOR* 2011, 161; T.H.D. Struycken, *Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte*, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid. Liber Amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, 2010, p. 305-327.
- 35 Ten opzichte van *Mulder q.q./Rabobank* hoeft er maar één additioneel document in de

- beschouwingen te worden betrokken om te achterhalen welke vorderingen zijn verpand, te weten de volmacht, aldus F.M.J. Verstijlen, Het pandrecht op de schop, NTBR 2011/36, p. 272-275.
- 36 Er zouden zich problemen kunnen voordoen indien de pandgever een gebrekkige boekhouding heeft gevoerd of wanneer onduidelijkheid bestaat tussen pandgever en een derde over wie schuldeiser is van een betreffende vordering. Dit risico neemt een bank bij de verzamelpanndakte-constructie op de koop toe.
- 37 Of dat sprake is van een (onoverdraagbare) vordering die niet verpandbaar is op grond van een onverpandbaarheidsbeding, zie hierover F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding, (diss. UG) 2003, i.h.b. H5.
- 38 HR 30 oktober 2009, LJN BJ0861, NJ 2010, 96, m.nt. F.M.J. Verstijlen; tevens in JOR 2009, 341, m.nt. W.J.M. van Andel (Hamm q.q./ABN AMRO). Zie ook W.M.T. Keukens, Problemen rond stille verpanding van vorderingen. Beschouwingen naar aanleiding van: diss. A.J. Verdaas, TvI 2009/7, par. 8.1-8.3. Zijn bijdrage is echter verschenen tegelijkertijd met het arrest Hamm q.q./ABN AMRO waarin de door hem opgeworpen vraag is beantwoord. Zie tevens A.J. Verdaas, Stil pandrecht op vorderingen op naam, (diss. UN) 2008, p. 201-208.
- 39 Zie ook T.H.D. Struycken & T.T. van Zanten, Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement, deel I en II, TvI 2010/9 en 2010/13 en Verstijlen in zijn annotatie onder Hamm q.q./ABN AMRO, NJ 2010, 96 onder 7. Zie voorts Rb. Rotterdam 15 maart 2011, LJN BP9091, JOR 2011, 269, m.nt. N.E.D. Faber.
- 40 Zo ook N.E.D. Faber in zijn annotatie onder onderhavig vonnis Rb. Amsterdam 15 september 2010, LJN BP1006, JOR 2011, 161.
- 41 HR 29 juni 2001, LJN AB2435, NJ 2001, 662, m.nt. WMK (Meijs q.q./Bank of Tokyo). Zie ook A.J. Verdaas, Stil pandrecht op vorderingen op naam, (diss. UN) 2008, p. 42-43.
- 42 Zie ook Faber in zijn annotatie onder Mulder q.q./Rabobank, JOR 2002, 211, sub 2 en HR 11 maart 1977, LJN AC1877, NJ 1977, 521, m.nt. G.J.S. (Kribbebijter). Zie voorts Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I* 2010, nr. 214a.
- 43 In art. 3:72 aanhef en onder c BW is bepaald dat een volmacht eindigt door herroeping door de volmachtgever. Op de voet van art. 3:74 BW kan binnen zekere grenzen een volmacht onherroepelijk worden gemaakt. De onherroepelijke volmacht eindigt wel door het faillissement van de volmachtgever (art. 3:72 aanhef en onder a BW).
- 44 Zie Rb. 's-Gravenhage 25 april 2001, LJN AG3927, JOR 2001, 136, m.nt. N.E.D. Faber. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2007, LJN BA6242, JOR 2007, 312.
- 45 Rov. 3.4, Rb. 's-Gravenhage 25 april 2001, LJN AG3927, JOR 2001, 136, m.nt. N.E.D. Faber.
- 46 Zie A.R. Bloembergen & W.A.M. van Schendel, Vertegenwoordiging en volmacht, in: Jac. Hijma e.a. (red.), Rechtshandeling en overeenkomst, 2010, nr. 113; A.L.H. Ernes, Tussenpersonen in het handelsverkeer, 2008, p. 109; Asser/Kortmann 2-I, 2004, nr. 15 en A.C. van Schaick, Volmacht, mon. NBW B-5, 2011, p. 51-54.
- 47 Parl. Gesch. Boek 3, p. 276.
- 48 Zo ook W.H.G.A. Filott, Algemene bankvoorwaarden, 2000, p. 80 en 1997, p. 62.
- 49 Zie bijv. art. 24 lid 1 sub c van de Algemene Bankvoorwaarden 2009. Zie ook R.I.V.F. Bertrams, Algemene Bankvoorwaarden, in: B. Wessels e.a. (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 461-478.
- 50 Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I* 2011, nr. 68-69 en A.C. van Schaick, Volmacht, mon. NBW B-5, 2011, nr. 66. Over onherroepelijk volmacht zie ook W.C.L. van der Grinten, De onherroepelijke volmacht, in: Met eerbiedige werking, Opstellen aangeboden aan L.J. Hijmans van den Bergh, 1971, p. 133-142 en M.H. Bregstein & A. Prakken, De onherroepelijke volmacht, preadvies 1950.
- 51 Zie ook B.C.M. Waaijer, Onherroepelijke volmacht: een volmacht met mate, in: Van der Grinten e.a. (red.), Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, 1991, p. 114.
- 52 Parl. Gesch. Boek 3, p. 292.
- 53 Zo ook W.H.G.A. Filott., Algemene bankvoorwaarden, 2000, p. 80 en 1997, p. 62.
- 54 Parl. Gesch. Boek 3, p. 294. Een vernietiging van een beding op grond van art. 6:237 sub n BW tast alleen de onherroepelijkheid aan, niet de volmacht zelf, zodat wat reeds op grond van de volmacht verricht is, geldig blijft. Het beding wordt dan gedeeltelijk vernietigd; Parl. Gesch. Boek 6, p. 1749. Zie ook B. Wessels, Algemene voorwaarden, volmacht en vertegenwoordiging, in: B. Wessels e.a. (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 355.
- 55 Een beding kan onredelijke bezwarend zijn wanneer de wederpartij zo'n beding niet verwachtte. Dergelijke bedingen worden aangeduid als verrassende bedingen; zie R.H.C. Jongeneel, Algemene vernietigingsgronden, de open norm, in: B. Wessels e.a. (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 133-236. Daarnaast is denkbaar dat een beding niet zo verrassend is dat het onredelijk bezwarend is, maar dat van de gebruiker wel gevergd kan worden dat hij de wederpartij nadat het beding relevant is geworden nog eens uitdrukkelijk op het beding wijst. Zie R.H.C. Jongeneel, Algemene vernietigingsgronden, de open norm, in: B. Wessels e.a. (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 136 en J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, Algemene vernietigingsgronden: de informatieplicht, in: B. Wessels

- e.a. (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 180-181.
- 56 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 482 en 487. Zie ook B.C.M. Waaijer, Onherroepelijke volmacht: een volmacht met mate, in: Van der Grinten e.a. (red.), Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, 1991, p. 120.
- 57 Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 1747 waaruit m.i. is op te maken dat een onherroepelijk volmachtbeding in algemene voorwaarden vermoedelijk onredelijk bezwarend is, maar dat volmacht verlenen bij algemene voorwaarden op zich mogelijk is.
- 58 R.H.C. Jongeneel, Werkingsfeer afdeling 6.5.3, in: B. Wessels e.a. (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 105-107.
- 59 Vgl. W.J. Slagter, Commentaar op de Algemene Bankvoorwaarden, 1999, p. 135.
- 60 Zie R.I.V.F. Bertrams, Algemene Bankvoorwaarden, in: B. Wessels e.a. (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 461-462.
- 61 R.I.V.F. Bertrams, Algemene Bankvoorwaarden, in: B. Wessels e.a. (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 463. Zie ook W.H.G.A. Filott, Algemene bankvoorwaarden, 2000, p. 78-82 en 1997, p. 60-64.
- 62 B.B. van der Burgh, Algemene Bankvoorwaarden: een geslaagde verjongingskuur, FIP 2010, p. 12-17. Van der Burgh beschouwt de ABV als de contractuele "grondwet" van de Nederlandse banken.
- 63 W.J. Slagter, Commentaar op de Algemene Bankvoorwaarden, 1999, p. 225-226. In de ABV 1995 is voor het eerst een volmachtbeding opgenomen; in eerdere ABV versies ontbrak een dergelijk beding.
- 64 In 1996 voorziet Wessels de dan net in werking getreden ABV 1995 van commentaar, i.h.b. art. 18 en het daarin neergelegde volmachtbeding. In art. 18 leest hij niet dat de bank "onherroepelijk" is gevolmachtigd. Het is volgens hem een voor cliënten voorzienbaar belang van een bank om voor verstrekt krediet een pandrecht in algemene voorwaarden te bedingen. Dat lijkt hem niet onredelijk bezwarend. De volmacht-constructie schijnt hem evenwel dit belang te overstijgen en is zo verborgen in de ABV dat het ook verrassend is, aldus B. Wessels, Nieuwe algemene bankvoorwaarden, TvI 1996/1, p. 1-2. Zie ook B. Wessels, Algemene Bankvoorwaarden 1996 van kracht, Bank- en effectenbedrijf 1996, p. 34-35. Deze bezwaren heeft hij kennelijk opzij gezet nu hij de totstandkoming van de ABV 2009 heeft voorgezeten en de bank daarin onherroepelijk volmacht wordt gegeven. Zie B.B. van der Burgh, Algemene Bankvoorwaarden: een geslaagde verjongingskuur, FIP 2010, p. 14.
- 65 Een goedkeurend stempel van de Consumentenbond is een vertrouwenwekkend kwaliteitskenmerk en een garantie dat van die kant geen collectieve actie hoeft te worden verwacht; B.B. van der Burgh, Algemene Bankvoorwaarden: een geslaagde verjongingskuur, FIP 2010, p. 13.
- 66 Zie rov. 5.2, HR 14 oktober 1994, LJN ZC1488, NJ 1995, 447, m.nt. WMK (Sparbank Rivierland/Gispden q.q.) en ook Kleijn in zijn annotatie onder Mulder q.q./Rabobank NJ 2004, 182, sub 4d.
- 67 R.D. Vriesendorp, Expositie van het insolventierecht, NJB 2009, 34, p. 2250.
- 68 Zie Kamerstukken II 2008/09, 32 358, nr. 7, p. 1.
- 69 HR 19 november 2004, LJN AQ3055, NJ 2006, 215, m.nt. HJS; tevens in JOR 2005, 20, m.nt. S.C.J.J. Kortmann ([...]/Rosenberg Polak q.q.).
- 70 F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Onderhandse pandakten in het licht van het elektronisch verkeer: nog één horde te nemen, TvI 2011/14.
- 71 Anders W.M.T. Keukens, Problemen rond stille verpanding van vorderingen. Beschouwingen naar aanleiding van: diss. A.J. Verdaas, TvI 2009/7 en zijn verwijzing in voetnoot 6.
- 72 Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, p. 685-732 en A.J. Verdaas, Stil pandrecht op vorderingen op naam, (diss. UN) 2008, p. 13-15.
- 73 Ook niet in de zaak Meys q.q./Bank of Tokyo; in zijn conclusie voorafgaand aan dit arrest pleitte ook Hartkamp trouwens al voor een soepele wetsuitleg die hij "bij een massaal verschijnsel als de stille verpanding van vorderingen op naam" onmisbaar achtte. Zie in deze zin ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI (2010), nr. 224..
- 74 NTBR 2011/36, p. 274.
- 75 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 482; Parl. Gesch. Boek 6, p. 1586; HR 20 februari 1976, LJN AC5695, NJ 1976, 486 en HR 19 mei 1967, LJN AC4745, NJ 1967, 261, m.nt. G.J. Scholten (Saladin/HBU).