

Vergunningen als zekerheidsobject

Mr. drs. B.C. Wilton*

Inleiding

In een eerdere bijdrage in dit blad¹ is aandacht besteed aan de overgang van vergunningen. Deze bijdrage staat in het teken van het vestigen van zekerheidsrechten op vergunningen.

De samenleving juridiseert in toenemende mate. Een aantal sectoren (zoals bijvoorbeeld de energiesector, de landbouwsector en de telecomsector) kent een hoge mate van overheidsregulering. Vergunningen spelen daarbinnen een belangrijke rol. Daarnaast heeft de afgelopen jaren een toename van complexe financieringsvormen plaatsgevonden (denk aan securitisaties en projectfinancieringen). Aangezien vergunningen vaak een economische waarde hebben, rijst steeds vaker de vraag of, en zo ja, hoe zekerheid op vergunningen rechtens mogelijk is.

Hierna zal ik achtereenvolgens bespreken hoe een vergunning juridisch wordt geïdentificeerd en hoe een zekerheidsrecht (pandrecht) op een vergunning tot stand komt. Vervolgens zal ik enkele denkbare complicaties bij het vestigen van zekerheid op vergunningen noemen, waarna ik mogelijke oplossingen voor die complicaties bespreek. Ik sluit af met een conclusie. Ik zal mij beperken tot de privaatrechtelijke aspecten van zekerheidsrechten op vergunningen. Aangezien vergunningen geen registergoederen zijn, zal een zekerheidsrecht op een vergunning in de praktijk altijd een pandrecht zijn; ik zal hierna dan ook steeds van pandrechten spreken.²

Rechtskarakter van vergunningen

Een vergunning kwalificeert in het algemeen als een vermogensrecht: het is immers een recht dat ertoe strekt de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen (art. 3:6 BW).³ Vervolgens komt de vraag op of een vergunning een vorderingsrecht is. Deze vraag is relevant omdat vorderingsrechten in beginsel overdraagbaar zijn, terwijl andere vermogensrechten dat niet zijn, tenzij de wet dit uitdrukkelijk bepaalt (art. 3:83 lid 1 en 3 BW).⁴ Het begrip 'vorderingsrecht' is niet als zodanig in het Burgerlijk Wetboek gedefinieerd. Ook in de literatuur wordt niet op het begrip ingegaan. Een taalkundige uitleg van het begrip 'vorderingsrecht' impliceert dat een vergunning geen vorderingsrecht is: de vergunninghouder heeft immers niets te vorderen van het bestuursorgaan dat de ver-

gunning heeft verleend. Ervan uitgaande dat een vergunning geen vorderingsrecht is, kan deze slechts worden overgedragen indien de wet (in formele zin) dit bepaalt. Aangezien de wet voor slechts een beperkt aantal vergunningen expliciet bepaalt dat deze overdraagbaar zijn, lijkt hiermee een sterke beperking te worden aangebracht in de overdraagbaarheid van vergunningen.

In de literatuur⁵ wordt, mede onder verwijzing naar de arresten Dircks/Dircks⁶ en Agin Holding BV/Libosan q.q.,⁷ wel betoogd dat vergunningen overdraagbaar zijn (of zouden moeten zijn), ook wanneer er geen wet in formele zin is die dat expliciet bepaalt. Het ging in beide arresten om specifieke casusposities, waarbij bovendien sprake was van het door elkaar lopen van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke aspecten ten aanzien van de overgang van vergunningen.

Hard cases make bad law; bovendien lijkt de wetgever ervan uit te gaan dat alleen bij wet uitzonderingen op de overdraagbaarheid van vergunningen mogelijk zijn: er zijn niet voor niets specifieke overdraagbaarheidsbepalingen in bepaalde wetten opgenomen, zoals artikel 20 van de Mijnbouwwet en artikel 3.8 van de Telecommunicatiewet. Tegen die achtergrond meen ik met Knijff⁸ dat vergunningen niet kwalificeren als (in beginsel overdraagbare) vorderingsrechten, maar dat deze vallen in de categorie 'andere vermogensrechten' van artikel 3:83 lid 3 BW en dat zij daarmee slechts overdraagbaar zijn wanneer de wet dat expliciet bepaalt. Bestuursrechtelijk zijn de consequenties van beperkingen in de overdraagbaarheid van vergunningen nog wel te overzien: de 'overdragende' en 'nieuwe' vergunninghouder kunnen er immers gezamenlijk voor kiezen de tenaamstelling van de vergunning te wijzigen, waarmee grotendeels hetzelfde effect wordt bereikt als met een goederenrechtelijke overdracht van de vergunning. Beperkingen in de overdraagbaarheid van vergunningen hebben echter verstrekkende gevolgen op het vestigen van zekerheid op die vergunningen.

Vestiging van een zekerheidsrecht op een vergunning

Artikel 3:228 BW bepaalt dat in beginsel op alle voor overdracht vatbare goederen een pandrecht gevestigd kan worden. Artikel 3:81 BW bepaalt, kort gezegd, dat iedereen die een zelfstandig en overdraagbaar recht heeft, op dat recht een

* Mr. drs. B.C. Wilton is werkzaam als advocaat bij NautaDutilh.

1. P.C. Leegwater, De overdracht of overgang van vergunningen bij rechtsopvolging, V&O 2008, p. 42-44.
2. C.L. Knijff, Rechtsopvolging bij vergunningen, Deventer: Kluwer 2003, p. 231-232.
3. Knijff 2003, p. 203-206 en W.M. Kleijn & Jac. Hijma (red.), Vermogensrecht (losbl.), Deventer: Kluwer, aant. 10.3.13.
4. Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I, Deventer: Kluwer 2006, nr. 3.

5. F.J. van Ommeren, Tijdschrift voor Vermogensrecht 2005, p. 154 e.v., Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I, nr. 197a.

6. HR 16 mei 1997, NJ 1998, 238 m.nt. M. Scheltema.

7. HR 9 april 2004, NJ 2004, 331, JOL 2004, 199, RvdW 2004, 59, r.o. 3.4.1-3.4.3.

8. Knijff 2003, p. 237.

beperkt recht (zoals een pandrecht) kan vestigen. Zoals hiervoor besproken, valt een vergunning waarschijnlijk in de groep 'overige vermogensrechten' van artikel 3:83 lid 3 BW. Daarmee kan een vergunning dus worden verpand, mits bij wet is bepaald dat de vergunning in kwestie overdraagbaar is.

Op grond van de schakelbepaling van artikel 3:98 BW worden beperkte rechten in beginsel op dezelfde wijze gevestigd als bepaald is voor de overdracht van het goed waarvan zij zijn afgeleid. Artikel 3:236 lid 2 BW bevat geen afwijkende regeling voor vergunningen. Aangezien een vergunning niet kwalificeert als een zaak of recht aan toonder of order, dient een vergunning te worden geleverd (en dus ook verpand) door middel van een akte (art. 3:94 en 3:95 BW).⁹ Naar mijn mening dient een vergunning niet als een recht op naam te worden gekwalificeerd. Als gevolg daarvan zijn de vereisten voor overdracht van een vergunning te vinden in artikel 3:95 BW: levering door middel van een akte. Artikel 3:95 BW kent geen mededelingsvereiste. In het arrest Agin Holding BV/Libosan q.q.¹⁰ is echter bepaald dat een vergunning die 'privaatrechtelijk' is overgedragen, maar waarvan de tenaamstelling nog niet is aangepast toch in de boedel van de overdragende/gefaillieerde vergunninghouder valt. Het gevolg daarvan is dat de overdracht van een vergunning in de praktijk altijd aan het vergunningverlenende bestuursorgaan meegedeeld dient te worden; pas na wijziging door het bestuursorgaan van de tenaamstelling van de vergunning kunnen de betrokken partijen erop vertrouwen dat de met de vergunning samenhangende rechten kunnen worden uitgeoefend.

Mogelijke complicaties

Met het voorgaande is evenwel niet gezegd dat een uiteenzetting over zekerheidsrechten op vergunningen van weinig praktisch nut is: een winningsvergunning voor delfstoffen of een vergunning om op een bepaalde etherfrequentie uit te zenden heeft vaak een grote economische waarde. Bovendien zijn deze twee soorten vergunningen in beginsel wel overdraagbaar.

Complicatie 1: goedkeuringsrecht ten aanzien van overdracht vergunning

In sommige gevallen heeft een bestuursorgaan een toestemingsrecht ten aanzien van overdrachten van door hem verleende vergunningen. Zie bijvoorbeeld artikel 20 van de Mijnbouwwet en artikel 3.8 van de Telecommunicatiewet. Daarbij kan de vraag worden gesteld of bij afwezigheid van deze toestemming wel een geldig pandrecht op een vergunning tot stand komt.

Dogmatisch kan een vestiging van een beperkt recht worden beschouwd als de overdracht van een gedeelte van het (meeromvattende) recht waar het beperkte recht van is afgeleid. Tegen die achtergrond staan beperkingen of voorwaarden aan de overdracht van een goed tevens aan de verpanding van dat

goed in de weg.¹¹ In de literatuur is wel kritiek geleverd op deze visie.¹² Het hier beschreven dogmatische principe is wellicht niet absoluut. De executie van een pandrecht kan soms anders dan door middel van een overdracht plaatsvinden (denk bijvoorbeeld aan een pandrecht op een vordering). Een pandrecht op een krachtens partijbeding onoverdraagbaar gemaakte vordering is om die reden wellicht wel mogelijk. Daarnaast is er enige discussie over de vraag of contractuele beperkingen ten aanzien van de overdracht van een goed onverkort doorwerken naar de verpanding van dat goed. Er wordt bijvoorbeeld wel betoogd dat een beperking ten aanzien van de overdraagbaarheid niet altijd tevens de mogelijkheid van verpanding uitsluit.¹³ Ten slotte kan de vereiste toestemming van een bestuursorgaan niet zomaar op één lijn worden gezet met contractuele uitsluitingen van de overdraagbaarheid.

Niettemin ben ik met Van Engelen¹⁴ van mening dat wanneer een vergunning slechts kan worden overgedragen nadat het vergunningverlenende bestuursorgaan daarvoor toestemming heeft gegeven, diezelfde toestemming vereist is om een geldig pandrecht op die vergunning te creëren. Een vergunning is, zoals reeds opgemerkt, geen vorderingsrecht. Bovendien vindt de (on)overdraagbaarheid ervan haar grondslag in een wettelijke regeling, en geen contractuele. De hiervoor beschreven bedenkingen gaan dus niet onverkort op voor vergunningen. Uit het arrest Agin Holding BV/Libosan q.q.¹⁵ blijkt bovendien dat een 'privaatrechtelijke'/'goederenrechtelijke' claim op een vergunning in de praktijk waardeloos is als het vergunningverlenende bestuursorgaan de publiekrechtelijke rechtstoestand – in casu de tenaamstelling – daaraan niet heeft aangepast. Om veilig een pandrecht te creëren op een vergunning waarvan de overdracht is onderworpen aan goedkeuring door het vergunningverlenende bestuursorgaan, dient dat bestuursorgaan ook zijn toestemming te verlenen voor de verpanding van die vergunning.

Ik heb weinig informatie kunnen vinden over de vraag hoe bestuursorganen hier in de praktijk mee omgaan. Wellicht stellen zij zich op het standpunt dat de verpanding hen in wezen niet aangaat, en dat zij afwachten totdat het pandrecht eventueel wordt uitgewonnen (en er daadwerkelijk een overdracht van de vergunning dient plaats te vinden). Ook is denkbaar dat zij in hun administratie aantekenen dat er met betrekking tot een verleende vergunning een pandrecht is verleend (al dan niet door de pandhouder als medevergunninghouder in te schrijven). Als dit laatste het geval is, dient zich de ver-

9. Knijff 2003, p. 226.

10. HR 9 april 2004, NJ 2004, 331, JOL 2004, 199, RvdW 2004, 59.

11. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 97 e.v.

12. R.D. Vriesendorp, *Verpanding van contractueel onoverdraagbare geldvorderingen*, WPNR (1996) 6211, p. 105 e.v.; H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, *Cessie, preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 105-110.

13. Zie met betrekking tot verpanding van vorderingen Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI*, 2010, nr. 196 en de daar genoemde literatuur.

14. Th.C.J.A. van Engelen, *Voorwaardelijke overdraagbaarheid van emissierechten: geen goede gedachte*, *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2004, p. 13.

15. HR 9 april 2004, NJ 2004, 331, JOL 2004, 199, RvdW 2004, 59.

volgvaag aan of de pandhouder als medevergunninghouder dient te worden aangemerkt (met alle mogelijke complicaties van dien, zie hierna).

Complicatie 2: overdracht vergunning wordt geweigerd

Een van de grote voordelen van het hebben van een pandrecht is het daaraan verbonden recht van parate executie: een verpand goed kan in beginsel zonder medewerking van de pandgever of tussenkomst van derden te gelde worden gemaakt. Bij vergunningen kan dat anders liggen. Hoewel vergunningen er in vele varianten zijn, en het daarom lastig is er algemene uitspraken over te doen, hebben zij vaak als gemeenschappelijk kenmerk dat het vergunningverlenende bestuursorgaan voorwaarden stelt aan het verlenen en/of laten voortbestaan van de vergunning. Die voorwaarden kunnen ook betrekking hebben op de persoon van de vergunninghouder. Een vergunning op grond van de Kernenergiewet (KEW) kan op grond van artikel 70 lid 3 KEW bijvoorbeeld worden overgedragen; op grond van artikel 19 lid 1 KEW kunnen echter alsnog beperkingen of voorschriften aan de vergunning worden verbonden. Dat betekent dat een pandhouder ten aanzien van een vergunning niet zonder meer zeker is dat het voorwerp van zijn zekerheid zijn waarde behoudt bij executie van het pandrecht. In voorkomende gevallen zou de pandhouder derhalve dienen te onderzoeken welke eisen bijvoorbeeld gelden voor het hebben van de vergunning in kwestie en of kwaliteitseisen aan vergunninghouders worden gesteld.

Complicatie 3: aansprakelijkheid van (mede)vergunninghouders

Een vergunninghouder kan aansprakelijk zijn voor bepaalde verplichtingen die samenhangen met het hebben van de vergunning. Zo dient een vergunninghouder op grond van de Mijnbouwwet onder bepaalde omstandigheden zekerheid te stellen voor kosten die voortvloeien uit bewegingen van de aardbodem en kosten die verband houden met het verwijderen of slopen van niet meer in gebruik zijnde mijnbouwinstallaties (art. 46 en 47 Mijnbouwwet).

In beginsel gaat de aansprakelijkheid van een vergunninghouder de houder van een pandrecht op deze vergunning niet aan. Onder bepaalde omstandigheden zou een pandhouder echter wellicht kunnen worden aangemerkt als een medevergunninghouder, bijvoorbeeld wanneer het vergunningverlenende bestuursorgaan het pandrecht (en de pandhouder) in zijn administratie heeft aangekend. Ook dit is dus een punt van aandacht.

Mogelijke oplossingen

Er zijn enkele oplossingen te bedenken om de hiervoor geschetste complicaties te vermijden. Ik zal achtereenvolgens de mogelijkheid bespreken om de vergunning in een afgescheiden vermogen onder te brengen en de mogelijkheden van contractuele regelingen. Kenmerk van beide oplossingen is dat zij geen direct pandrecht op de vergunning tot stand brengen,

maar dat zij langs andere wegen hetzelfde effect trachten te bereiken.

Oplossing 1: onderbrengen vergunning in afgescheiden vermogen

Overwogen zou kunnen worden de vergunning in een speciaal voor dat doel op te richten vennootschap (een SPV) onder te brengen, bijvoorbeeld in de vorm van een besloten vennootschap. Het statutaire doel van die SPV dient zeer beperkt omschreven te zijn, en zij zou in beginsel geen andere activa dan de vergunning dienen te hebben (en bij voorkeur ook zo min mogelijk schulden). De aandelen in het kapitaal van die vennootschap zouden aan de geldverstrekker (hierna: bank) kunnen worden verpand. In een uitwinningsscenario zou de bank dan de aandelen in het kapitaal van de vennootschap te gelde kunnen maken.

Voordeel van deze structuur is dat overdrachtsproblemen van de vergunning in beginsel niet aan de orde komen: de vergunning zelf wordt immers niet overgedragen. Een nadeel is dat deze structuur de oprichting van een SPV met zich meebrengt (en dus tijd en geld kost); bovendien zou de structuur tot problemen bij de vergunningverlening kunnen leiden (bijvoorbeeld indien een bestuursorgaan eist dat de vergunninghouder tevens de exploitant dient te zijn van de activiteit waarvoor de vergunning wordt verleend). Ook zou het vergunningverlenende bestuursorgaan de vergunning kunnen intrekken in een uitwinningsscenario (zie ook de opmerkingen over weigeren of intrekken van vergunningen hiervoor).

Oplossing 2: contractuele regelingen

De geldnemer en bank zouden langs contractuele weg een vorm van zekerheid kunnen trachten te bereiken. De bank zou bijvoorbeeld medevergunninghouder kunnen worden met de geldnemer en af kunnen spreken dat zij exclusief gerechtigd zal zijn tot de vergunning wanneer de vergunninghouder/geldnemer in verzuim is. Ook zou de bank wellicht bij aanvang van de financiering (enig) vergunninghouder kunnen worden en de geldnemer toestemming kunnen geven van de vergunning gebruik te maken totdat de geldnemer in verzuim is. Er zullen nog wel andere voorbeelden langs deze lijnen te bedenken zijn.

Bedacht dient echter te worden dat contractuele afspraken waarbij de geldnemer een recht geeft aan de bank doorgaans weinig effectief zullen zijn, omdat deze geen goederenrechtelijke gevolgen hebben: een geldnemer die langs contractuele weg 'zekerheid' stelt (of zijn curator) kan immers wanpresteren. De bank heeft in dat geval slechts een concurrente vordering op de (boedel van de) geldnemer en staat dan vaak alsnog met lege handen.

Naast voornoemde oplossingen zou ervoor kunnen worden gekozen de hiervoor behandelde juridische onzekerheden voor lief te nemen, en vanuit de gedachte 'baat het niet, dan schaadt het niet' toch een pandakte te tekenen. Uiteraard kan deze werkwijze voordelen voor de bank hebben: zo heeft deze mini-

maal een kans dat er onder de akte wel een geldig pandrecht tot stand komt. Bovendien creëert de 'pandakte' een zekere *nuisance value*, omdat de (beweerdelijke) pandhouder zich op zijn (beweerdelijke) pandrecht kan beroepen. Daarmee kan zijn onderhandelingspositie wellicht worden verbeterd. Aangezien beide partijen weten dat er wellicht geen geldig en afdwingbaar zekerheidsrecht tot stand komt, dient er wel voor gewaakt te worden dat de geldnemer in de financieringsdocumentatie geen verklaringen van die strekking geeft ten aanzien van de hier besproken pandakte. Ook dient ongeldigheid of onafdwingbaarheid van deze 'zekerheid' niet tot een verzuim onder de financieringsdocumentatie te leiden.

Er kleven ook nadelen aan deze werkwijze. Zo resulteert de akte wellicht slechts in schijnzekerheid. Ook zal de akte vaak tot lange onderhandelingen met de zekerheidgever leiden. Ten slotte dient de 'pandhouder' ervoor te waken dat deze zich geen aansprakelijkheid als vergunninghouder op de hals haalt.

Conclusie

Vergunningen zijn er in veel varianten. Vele vergunningen kunnen niet tot zekerheid dienen, omdat zij niet overdraagbaar zijn (en daarmee ook niet verpandbaar). Bij weer andere vergunningen zijn aan de overdracht ervan voorwaarden verbonden. Daarmee vormen veel vergunningen geen mogelijk zekerheidsobject. Er zijn echter ook vergunningen die wel overdraagbaar (en daarmee – in beginsel – verpandbaar) zijn. Wanneer die vergunningen een aanzienlijke economische waarde hebben, kunnen zij toch een interessante bron van zekerheid vormen.