

De zaak North Western Bank v. Poynter

ENIGE OPMERKINGEN BIJ ART. 3:258, LID 1 BW

*W.J. Zwalve**

‘Well’, said Butler, ‘(...) we have changed for the better; since we make our own harness, and only import our lawyers from Holland.’

‘It’s ower true, Mr Butler’, said Bartoline [Saddletree], ‘if (...) my father had had the sense to send me to Leyden (...) to learn the Substitutes and the Pandex.’

‘You mean the Institutes, Justinian’s Institutes?’, said Butler.

‘Institutes and substitutes are synonymous words, Mr Butler (...) I know these things pretty well, I thank God; but I own I should have studied in Holland’.

Sir Walter Scott, *The Heart of Mid-Lothian*, ch. V.

In een tijd waarin het Nederlandse burgerlijke recht met de tomaat, de kaas en de paprika wedijvert om als één onzer aantrekkelijkste exportproducten te worden aangemerkt, lijkt het gepast de aandacht van de lezer te vestigen op een eerdere periode in onze rechtsgeschiedenis waarin dit óók het geval was. Ik bedoel de tijd waarin de geschriften van Hollandse juristen zoals Voet en Vinnius op alle Europese rechtsgeleerde tafels lagen teneinde te worden geraadpleegd als de meest gezaghebbende samenvattingen van het oude Europese *ius commune*. Het was een tijd waarin in ons land niet alleen de letteren en schone kunsten bloeiden als nooit te voren en nadien, maar waarin ook de Hollandse rechtsgeleerdheid een invloed over de grenzen deed gelden die nadien nooit meer is bereikt. Zo kan het gebeuren dat geschriften zoals die van Grotius, Voet en Vinnius buiten ons land nog steeds een gezag genieten dat zij ten onzent reeds lang geleden, ten gevolge van de codificatie, hebben verloren. In de regel pleegt men daarvoor te verwijzen naar het gezag dat het ‘Rooms-Hollandse recht’ nog steeds in de voormalige Kaapkolonie, in Zuid-Afrika, geniet, maar ik zou op deze plaats eens de aandacht willen vestigen op zijn invloed dichter bij huis, te weten in Schotland.

Het oude Schotse koninkrijk behoort, anders dan de zuiderbuur, tot de continentale ‘civil law’ traditie. Het Schotse burgerlijke recht, dat nog steeds niet is gecodificeerd, is overduidelijk op het Romeinse recht gebaseerd en

* Prof. mr. W.J. Zwalve is als hoogleraar historische ontwikkeling van het recht verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden.

onderscheidt zich daardoor van de 'common law', waarvan men over het algemeen pleegt op te merken dat de romeinsrechtelijke invloed daarop te verwaarlozen is. Tot aan het begin van de 19e eeuw zochten Schotse studenten daarom hun opleiding voornamelijk in Nederland, waar niet alleen de Romeinse rechtsgeleerdheid bloeide als nergens anders op het continent, maar óók de studie van de Godgeleerdheid in handen was van gelijkgestemde presbyteriaanse theologen. Een promotie in een Nederlandse academie, in het bijzonder de prestigieuze Leidse juridische faculteit, gold daarom als een juridisch status-symbool van de hoogste orde. Daarvan getuigt nog de verzuchting van Mr Saddletree, 'an amateur in the law' en één van de aardigste karakters in Walter Scott's *Heart of Mid-Lothian*. Hij placht zijn dagen te slijten in de gehoorzalen van de Schotse Court of Session en liet de bedrijfsvoering van zijn nering in lederwaren over aan zijn echtgenote. Bij de Court of Session nu waren de verwijzingen naar de opinies van Hollandse juristen, in het bijzonder Grotius, Voet en Vinnius, niet van de lucht. Nog in 1943 merkte Lord Mac Millan in *Stewart v. L.M.S.*¹ op dat

'During the seventeenth and eighteenth centuries Scottish students at law, in the absence of opportunities of academic instruction in their own country, resorted in large numbers for their legal education to the great seminaries of civil law in Holland, then at their zenith (...) From their sojourn in Holland the aspirants to practice in the Parliament House brought back with them not only the principles which they had imbibed from the masters of the Roman-Dutch law but also the treatises of which the law schools of the Dutch universities were so prolific. No Scots lawyer's library was complete in those days which did not contain the works of Grotius, Vinnius, the Voets, Heineccius and other learned civilians. Collections of decisions of the Scottish judges were few and inaccessible, and the Court of Session, with its predilection for principle rather than precedent, heard many arguments adorned with citations of the Roman law and its Dutch commentators'.²

Ter illustratie van de continentale, in het bijzonder de Hollandse invloed op het Schotse privaatrecht wil ik de aandacht vestigen op een bijzondere zaak waarin die helder naar voren treedt. Zij verduidelijkt tevens dat die invloed niet noodzakelijkerwijze leidde tot een receptie van het pure Romeinse recht, zoals dat was neergelegd in het Corpus Iuris, maar juist ook tot daarvan afwijkende regels die op het continent waren ontstaan als reactie op de romeinsrechtelijke. In de zaak *North Western Bank v. Poynter*³ namelijk stuitte de Schotse juridische traditie op de Engelse en op het eerste gezicht zou men daarom verwachten dat er sprake was van een conflict tussen de regelingen van de 'common law' en die van het Romeinse recht, maar het aardige van deze zaak is nu dat de 'common law', *mirabile dictu*, de romeinsrechtelijke zijde had gekozen, terwijl het Schotse recht, in navolging van Voet, een weg had gekozen die bewust van het Corpus Iuris afweek. Het gaat om het volgende.

De 'North Western Bank' had een lening verschaft aan Page en had zich,

1. 1943 Sess. Cas. 19.
2. T.a.p., p. 38-39.
3. [1895] AC 56.

tot zekerheid van haar vordering, een pandrecht laten verschaffen op een lading fosfaat die in het schip de *Cyprus* voor Page onderweg was naar Glasgow. De verpanding geschiedde door overgifte van de 'bill of lading', het cognossement, aan de bank. Het cognossement was blanco geëndosseerd, waardoor het document van een orderpapier tot een toonderpapier werd. Er zij hier, wellicht niet ten overvloede, opgemerkt dat de 'bill of lading', het cognossement, het bezit van de goederen representeert en dat afgifte van de 'bill of lading' gelijk staat aan de verschaffing van het bezit der daardoor gerepresenteerde goederen zodat er een geldig recht van vuistpand was gevestigd door overgifte van het cognossement. Nu gebeurde het volgende. Op 12 april 1892, toen de *Cyprus* in Glasgow was aangekomen, retourneerde de bank het cognossement aan Page met de opdracht de lading fosfaat voor haar te verkopen. Page verkocht daarop de lading aan Cross, maar hij deed dit op eigen naam, zich dus niet afficherend als vertegenwoordiger van de bank. Nadat Cross een gedeelte van de koopsom had betaald, werd voor het resterende bedrag daarvan beslag onder hem gelegd door Poynter, een crediteur van Page. De 'North Western Bank' verzette zich tegen het beslag, betogende dat zij een pandrecht op het fosfaat had; dat Page die als haar vertegenwoordiger had verkocht en dat de koopsom derhalve aan haar en niet aan Page was verschuldigd. In de Schotse Court of Session concentreerde zich het geschil op de vraag of de bank een pandrecht op de lading geldend kon maken, of niet. Het gerechtshof was in meerderheid (maar met een belangrijke 'dissenting opinion' van Lord Young) van mening dat een recht van vuistpand teniet gaat wanneer de pandhouder de feitelijke heerschappij over de verpande goederen afstaat aan de pandgever en dat dit dus *in casu* het geval zou zijn geweest op het moment waarop de bank haar debiteur Page in het bezit had gesteld van het blanco geëndosseerd cognossement. Page zou daarom niet met een zakelijke last bezwaarde goederen hebben verkocht en derhalve zou de koopprijs ook aan hem toekomen zodat het beslag van Poynter geldig was gelegd. Lord Trayner geeft in zijn 'opinion' nauwkeurig aan onder welke voorwaarden een pandhouder de feitelijke heerschappij over de aan hem verpande goederen kan afstaan *zonder* verlies van zijn pandrecht:

'That a pledgee may part with the pledge temporarily for a necessary purpose or for safe custody without the loss of his right may be admitted, *provided he has not so parted with it to the owner*. If he parts with it to a third party, the temporary possession of the latter is possession for the pledgee; he has no right in or to the subject except that right which the pledgee gave him and which the pledgee may at any time take away. *But if the pledgee parts with the pledge to the owner the result is that the owner resumes possession of his own property freed from the security burden; the owner acquires no new right, but the pledgee's right as a real right flies off, leaving him only his personal right against the debtor*'.⁴

Deze beslissing is geheel in lijn met hetgeen tegenwoordig op het continent (*niet*, naar wij nog zullen zien, in Engeland) wordt geleerd met betrekking tot het recht van vuistpand: het recht wordt gevestigd door de verpande goederen

4. *North Western Bank v. Poynter*, 21 Court Sess. Cas. 4th Series (Rettie), 513, op p. 525.

uit de macht van de debiteur te brengen en het gaat teniet zodra zij weer in de macht van de debiteur worden gebracht. Het oude BW leerde dit in navolging van de Code civil (art. 2076 Cc) in art. 1198 OBW en het nieuwe in art. 3:236, lid 1 BW. Er is op het continent zelfs een uitspraak die nauwkeurig correspondeert met die van de Schotse Court of Session inzake *North Western Bank v. Poynter*; ik bedoel de zaak *Société générale C. Pauwels, Debacker et cons.*, waarin de Franse Cour de Cassation in 1894 uitspraak deed.⁵

De firma Morel & Co. had van Bath & Son een lading soda-nitraat gekocht die zich bevond in het schip de *Cordovad* op weg was naar de haven van Duinkerken. Morel verpandde de lading door middel van overgifte van het cognossement aan de 'Société générale' en endoseerde het blanco. De 'Société générale' maakte nu de kapitale blunder door het blanco geëndosseerde cognossement weer af te staan aan Morel teneinde de lading voor haar te lossen. Morel had het grootste gedeelte van de lading al gelost, toen de koop tussen hem en Bath & Son met terugwerkende kracht werd ontbonden. Er ontstond nu een conflict tussen Bath & Son, die beweerde eigenaar te zijn van de lading en de 'Société générale' die beweerde daarop een pandrecht te hebben. De Cour de Cassation was van mening dat de 'Société générale' haar pandrecht had verloren op het moment waarop zij door de afgifte van het cognossement Morel weer in staat had gesteld zich effectief in het bezit van de lading te stellen.

Er dient in dit verband ook te worden gewezen op een arrest van de Cour de Cassation in zake *Delong C. Philips*.⁶ Hierin namelijk wordt benadrukt dat de vestiging van een pandrecht geschiedt door en ten titel van een bijzonder benoemd contract, het 'contrat de gage', dat (evenals — naar wij nog zullen zien — naar Romeins recht het geval was) een reëel contract is, hetgeen dwingend impliceert dat de verpande goederen *in* de macht van de pandhouder (of een 'tiers convenu', een 'overeengekomen derde') dienen te worden gebracht en waaraan in dit geval ook uitdrukkelijk de gevolgtrekking werd verbonden dat zij daarin ook dienen te blijven.

De 'Société des voitures légères "Chainless"' had een waardevolle automobiel (een 'L'Abeille') verkocht en geleverd aan Philips, die de wagen enige tijd nadien weer aan 'Chainless' voor reparaties afstond. 'Chainless' verpandde daarna de wagen aan Delong, die daarop volgens de algemene regeling van het Franse art. 2279 (1) Cc (= art. 2014, lid 1 OBW; verg. art. 3:238, lid 1 BW) een geldig pandrecht verkreeg, mits natuurlijk, gelijk ook *in casu* was geschied, aan Delong 'une possession réelle' was verschaft. Korte tijd nadien stond de pandhouder (Delong) de wagen weer af aan 'Chainless' opdat deze de wagen ten toon kon stellen op een automobieltentoonstelling van de Franse 'Automobile-Club'. Teneinde te voorkomen dat de pandgever (Delong) door de afgifte voor dit bijzondere doel aan 'Chainless' de macht over de verpande wagen verloor, werd door de pandhouder aan de pandgever een reçu afgegeven waarin uitdrukkelijk was gestipuleerd dat de wagen alleen voor dat doel aan de pandgever werd afgestaan. De eigenaar (Philips) bezocht de automobieltentoonstelling, herkende zijn wagen en eiste afgifte. De pandhouder betoogde dat hij te goeder trouw een geldig recht van vuistpand had verkregen en dat zijn bezit, gelet op de voorzorgsmaatregelen die hij had genomen, niet was onderbroken doordat hij de wagen voor dit bijzondere doel weer aan de pandgever had afgestaan. Hij kreeg in eerste aanleg gelijk, maar de uitspraak werd in hoger beroep vernietigd, welk arrest werd bevestigd door de Court de Cassation die bij deze gelegenheid uitdrukkelijk overwoog 'que le contrat de gage *étant un contrat réel*, il est de son essence que la chose donnée en nantissement, soit mise *et continue* de rester en la possession du créancier'.

5. Civ. 9 april 1894, D. 1894, 1, 409 (met noot Boistel).

6. Req. 26 maart 1907, D. 1909, 1, 58.

Zo schaarde zich de dus Schotse Court of Session door zijn uitspraak inzake *North Western Bank v. Poynter* in de traditie van de ‘civil law’, het continentale privaatrecht. Ondertussen was er in dezen evenwel noch in Schotland, noch op het continent sprake van een toepassing van het Romeinse recht. Integendeel: het Romeinse recht, dat wil zeggen het Corpus Iuris, leerde uitdrukkelijk iets geheel anders!

Ten aanzien van de vraag of de feitelijke heerschappij van in vuistpand gegeven zaken bij de pandhouder dient te blijven deelt ons Paulus het volgende mede:

D. 13, 7, 37: Indien ik een zaak die aan mij in pand is gegeven verhuur aan de eigenaar, dan behoud ik de macht daarover door middel van de huurovereenkomst, omdat de debiteur vóórdat hij [zijn eigen zaak] huurde daarvan niet de feitelijke heerschappij had, terwijl ik de wil heb om die voor mij te houden en de huurder niet de wil heeft die voor zichzelf uit te oefenen.⁷

Het Romeinse recht schreef dus *niet* voor dat in pand gegeven zaken definitief *uit* de macht van de pandgever dienden te blijven: het pandrecht bleef bestaan, zelfs wanneer de feitelijke heerschappij daarover na de vestiging van het pandrecht, bijvoorbeeld op grond van een huurovereenkomst, terugkeerde bij de pandgever. Hierbij dient evenwel te worden aangetekend dat het Corpus Iuris voor de *vestiging* van het recht van vuistpand wel degelijk voorschrijft dat de te verpanden goederen daadwerkelijk aan de pandhouder moeten worden overgegeven, want het contract van *pignus* (pand) was (en is — naar wij zagen — naar Frans recht nog steeds) een reëel contract dat een daadwerkelijke prestatie van de pandgever aan de pandhouder veronderstelt.⁸ Niet het Corpus Iuris, maar het latere gemene recht verbond echter aan D. 13, 7, 37 de gevolgtrekking dat de vestiging van het pandrecht niet eens behoefde te geschieden door middel van een feitelijke overgifte van de tot pand strekkende zaken door de pandgever aan de pandhouder, maar dat de verschaffing van het *burgerlijke*, het *civiele* bezit, door middel van een *constitutum possessorium* voldoende was. De vraag rijst dus nu hoe een Schotse rechter — die zich uiteraard niet kon baseren op een uitdrukkelijk van het Corpus Iuris afwijkende wettelijke bepaling, zoals die van art. 2076 Cc of art. 3:236, lid 1 BW, maar zijn antwoord diende te zoeken binnen de traditie van het gemene recht — tot een van datzelfde gemene recht afwijkende uitspraak kon komen.

Lord Trayner verwijst in zijn ‘opinion’ naar Bell’s gezaghebbende

7. Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. Verg. ook D. 13, 7, 35, 1 en 43, 26, 6, 4 & 11. Volledigheidshalve zij er bovendien nog op gewezen dat de pandhouder één der weinige ‘houders’ is aan wie naar Romeins recht niet alleen de *possessio naturalis*, maar tevens de *possessio civilis*, het burgerlijke bezit, werd toegekend. De pandhouder behield dit dus wanneer de pandgever de zaak voor hem als huurder ging houden. Zie hierover D. 41, 3, 16.

8. Zie Inst. 3, 14, 4.

*Commentaries on the law of Scotland*⁹ waarin wordt ingegaan op de door D. 13, 7, 37 geboden mogelijkheid en de vraag of dit geldend recht is. Bell nu wijst met instemming op een betoog hieromtrent van niemand minder dan de Leidse hoogleraar Johannes Voet, die zich in zijn *Commentarius ad Pandectas* vierkant opstelde tegen de regel van D. 13, 7, 37 en waarin met zoveel woorden een van het gemene recht afwijkende oplossing van de in de zaak *North Western Bank v. Poynter* aan de orde zijnde rechtsvraag wordt gegeven. Hij zegt daarover het volgende:

‘Het lijkt mij [tot vestiging van een pandrecht op roerende zaken] niet voldoende dat de debiteur het bezit van de roerende zaak door middel van een *constitutumpossessorium* aan de crediteur verschaft door het voortaan als bruiklener of ter bede (d.w.z. *precario*) te willen bezitten, daar dit soort van *constitutumpossessorium* in strijd is met het gewoonterecht, dat de [daadwerkelijke] bezitsverschaffing van roerende zaken eist en tot groot nadeel van de overige crediteuren lijkt te strekken (...). Daartegen pleit ook niet wat Paulus in D. 13, 7, 37 schrijft (...) want in de eerste plaats dient men te bedenken dat een debiteur door het enkele feit dat hij een zaak, die aan mij is verpand en door mij weer aan hem is verhuurd, aan een derde vervreemt, of aan een andere crediteur door middel van een [daadwerkelijke] bezitsverschaffing verpand, niet meer een bloot houder blijft, of zijn ondersteuning aan mijn bezit verleent, maar zelf wil bezitten en mij op die manier het bezit van mijn pand ontnemt zodat ik ophoud bezitter te zijn (...) zodat ik mij, aldus van mijn bezit beroofd zijnde, ook niet meer jegens kopers en de overige crediteuren van de schuldenaar op mijn recht van pand en voorrang kan beroepen. Maar bovendien is het, ten tweede, veeleer zo dat dit zogenaamde *constitutumpossessorium* naar ons gewoonterecht bij de verpanding van roerende zaken niet meer kan worden erkend sinds men heeft vastgesteld dat roerend goed geen gevolg [van hypotheek] heeft en om die reden behoort zich het feitelijk bezit van de zaak zelf bij de crediteur te bevinden’.¹⁰

Ondanks het feit dat Voets opinie in dezen, naar wij uit de *Observationes Tumultuariæ* weten, niet door de Hoge Raad van Holland en Zeeland werd gedeeld,¹¹ werd zij in Schotland gevolgd. Men dient daarbij bovendien nog te bedenken dat het Schotse recht vanouds afwijzend stond tegen ‘bezitloze’ zekerheidsrechten op roerende zaken. In Schotland werd bijvoorbeeld, anders

9. II, Edinburgh 1870, p. 22.

10. *Commentarius ad Pandectas* 20, 1, 12: Nec sufficere videtur, quod debitor creditori pignori obligans rem mobilem, constituat, se eam in posterum nomine creditoris vel ut commodato aut precario concessam possidere velle; cum magis in fraudem consuetudinis, traditionem mobilium exigentis, et in necem reliquorum creditorum istud constitui possessorii genus videtur intervenisse (...) Neque adversatur, quod a Paulo scriptum est (...) Considerandum enim primo, debitorem hoc ipso, quo rem mihi pignori datam, iterumque sibi per me elocatam, in tertium alienat, aut alteri creditori suo per traditionem pignori obligat, non amplius nudum manere detentorem, aut meae possessioni ministerium praebere, sed suo nomine voluisse possidere, atque ita mihi eam intervenisse pignoris possessionem, ac me desiisse possessorem esse (...) ut proinde sic possessione destitutus nullum mihi deinceps arrogare possim pignoris aut praelationis ius adversus emtores aut reliquos debitoris creditores. Sed et secundo, magis est, ut nostris moribus illud quale quale constitutum possessorium in pignoribus mobilium non ultra probari possit, ex quo placuit, mobilia non habent sequelam, et ob id ipsi rei mobilis possessioni incumbere debere creditorem.

11. Zie Cornelis van Bynkershoek, *Observationes Tumultuariæ* IV, Haarlem 1962, no. 3051 (uitspraak van 13 november 1737). De belangstellende lezer zie hierbij A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed*, Deventer 1970.

dan in Holland, de romeinsrechtelijke hypotheek op roerende zaken in het geheel niet gerecipeerd.¹² Zo was dus een van het Romeinse recht afwijkende opinie van een Hollandse jurist uit de 17e eeuw beslissend voor het oordeel dat de Court of Session gaf.¹³

De 'North Western Bank' nam geen genoegen met de in haar nadeel uitgevallen beslissing van de Court of Session en ging in hoger beroep bij de House of Lords dat ook de hoogste beroepsinstantie voor Schotland is, een gegeven dat voor de nodige ergernis in Schotland heeft gezorgd omdat de House of Lords, ondanks het feit dat de House in zulke gevallen pleegt te worden uitgebreid met enige Schotse 'Law Lords', wordt verweten het Schotse recht te ontstellen door het hanteren van aan de 'common law' ontleende begrippen en constructies. Dit was zeker ook het geval in de zaak *North Western Bank v. Poynter*, want hierin stuitte, naar reeds werd opgemerkt, de traditie van de 'common law', waarin de meerderheid van de 'Law Lords' was opgegroeid, op die van het continentale recht. Het toeval wil namelijk dat de 'common law' ten aanzien van de pandrechtelijke vraag die in *North Western Bank v. Poynter* aan de orde was een standpunt huldigde — en huldigt — dat het romeinsrechtelijke benadert. Terwijl overal op het continent, in navolging van schrijvers zoals Voet, in de daar verschenen codificaties een regeling werd opgenomen die er op was gericht voor de toekomst een constructie uit te schakelen zoals die welke Paulus in D. 13, 37 toeliet,¹⁴ was — en is — het in Engeland mogelijk een geldig recht van vuistpand te vestigen *en te behouden* waarbij de pandgever weer in het (feitelijk) bezit komt van de door hem verpande goederen. Een prachtig voorbeeld is de zaak *Reeves v. Capper*,¹⁵ waarin de voormalige Court of Common Pleas in 1838 had te beslissen.

Wilson, de kapitein van de *Don Giovanni*, had zijn chronometer verpand aan de heren Capper, de eigenaren van dat schip, door het bezit daarvan te verschaffen aan een klerk, werkzaam op het kantoor van de eigenaren. Het instrument werd korte tijd daarop weer afgestaan aan Wilson om het op zijn volgende reis voor de eigenaren te kunnen gebruiken. Na thuiskomst verpandde Wilson het instrument nogmaals, dit keer aan Reeves.

Alvorens verder op deze zaak in te gaan, zij de aandacht gevestigd op de wijze waarop de chronometer door Wilson aan Reeves werd verpand. Wilson

12. Zie daarover, in plaats van anderen, Stair, *Institutions of the Law of Scotland*, ed. Edinburgh 1981, 4, 25, 1. Zie over de hypotheek op roerend goed in het Rooms-Hollandse recht, in plaats van anderen, Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, 2, 48, 28.

13. Het hof beriep zich voorts nog op *Tod & Son v. Merchant Banking Comp. of London*, (1883) 10 Court Sess. Cas. 4th Series (Rettie), 1009, maar dit precedent was niet geheel 'on all fours' met de zaak *North Western Bank v. Poynter*, naar 'in appeal' ook werd vastgesteld door de House of Lords: zie *North Western Bank v. Poynter*, [1895] AC 56, op p. 71, bij monde van Lord Herschell, L.C.

14. De belangstellende lezer zij voor deze ontwikkeling verwezen naar W. Hromadka, *Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert*, Wenen/Keulen 1971.

15. (1838) 5 Bing. (N.C.) 136, 132 ER 1057; [1835-1842] All ER Rep. 164.

namelijk had het uurwerk niet feitelijk aan Reeves geleverd omdat het zich bij de horlogemaker Barraud bevond. Reeves deed mededeling van de verpanding door Wilson aan de houder van het instrument, Barraud, die verklaarde het horloge voortaan voor de nieuwe pandhouder, Reeves onder zich te willen houden. Dooreen dergelijke verklaring ('attornment') wordt naar Engels recht het bezit verschafte van goederen die zich onder een houder bevinden. Reeves verkreeg dus het bezit door middel van wat men ten onzent als een *traditio longa manu* pleegt aan te duiden en wat ik een *constitutum possessorium* wil blijven noemen. Het opmerkelijke nu is dat het Engelse recht, evenmin als het Romeinse recht, of beter gezegd het gemene recht, enig bezwaar heeft tegen de vestiging van een pandrecht door middel van een dergelijk *constitutum possessorium* ('constructive delivery'), zulks ondanks het feit dat óók naar Engels recht bezitsverschaffing een *conditio sine qua non* is voor de vestiging van een geldig recht van vuistpand ('pledge').¹⁶ De mogelijkheid van de vestiging van een geldig recht van vuistpand door middel van een *constitutum possessorium* werd zelfs in aansluiting aan *Reeves v. Capper* met zoveel woorden erkend in de zaak *Meyerstein v. Barber*, waarin Willes, J. opmerkt dat

'in order to complete the pledge, it is not necessary that there should be an actual delivery of the chattel to the pledgee: it is sufficient, as was decided in *Reeves v. Capper* (...) if there be a constructive delivery. It is not necessary that the subject of the pledge should have actually passed from the hands of the pledgor to those of the pledgee. The property in the goods may pass, even though they remain in the possession of the pledgor, provided they do so by virtue of a contract between the parties which makes the custody of the pledgor the custody of the pledgee'.¹⁷

De vraag was nu of de eigenaren hun pandrecht op het horloge hadden verloren doordat zij de feitelijke heerschappij daarvan aan de eigenaar, Wilson, hadden afgestaan. Tindal, J. was van mening dat dit *niet* het geval was:

'we think the delivery of the chronometer to Wilson (...) was not a parting with the possession, but that the possession of Captain Wilson was still the possession of Messrs. Capper (...) the possession of Captain Wilson was the possession of Messrs. Capper; just as the possession of plate by a butler is the possession of the master'.¹⁸

16. Zie *Ryall v. Rolle*, (1749) 1 Atk. 165; 26 ER 107, bij monde van Burnet, J. op p. 108: 'delivery is of the essence of an English pawn'. Er bestaat hier een zeker niet te onderschatten invloed van het Romeinse recht die is veroorzaakt doordat Bracton in zijn *De legibus et consuetudinibus Angliae* gebruik maakte van het romeinsrechtelijke begrippenapparaat teneinde de 'common law' van zijn tijd uit te leggen, hetgeen leidde tot een receptie van de Romeinse reële contracten in de 'common law'. Men vergelijk bijvoorbeeld Bracton, o.c., ed. Woodbine, f. 99 b (Creditor qui pignus accepit re obligatur etc.) met Inst. 3,14,4 (Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur etc.) en zie ook de uiteenzettingen van Holt, C.J. in *Coggs v. Bernard*, 2 Ld. Raym. 909; 92 ER 107.

17. (1866) 2 CP 38, bij monde van Willes, J. op p. 52. Zie ook *Dublin City Distillery v. Doherty*, [1914] AC 823, op p. 852 (hieronder in noot 33 aangehaald).

18. *Reeves v. Capper*, 5 Bing (NC) 136; 132 ER 1057, op p. 1059.

Er stond dus vast dat naar de ‘common law’ van Engeland een pandrecht *niet* teniet ging wanneer het bezit van de verpande zaak voor een bepaald doel weer aan de pandgever werd geretourneerd. De vraag die in *North Western Bank v. Poynter* aan de House of Lords werd voorgelegd, was nu of dit in het Schotse recht anders was. Er dient nu op te worden gewezen dat Lord Young in een ‘dissenting opinion’ in de uitspraak van de Schotse Court of Session in de zaak *North Western Bank v. Poynter* inderdaad had betoogd dat er geen enkel verschil tussen het Schotse recht en de ‘common law’ zou bestaan:

‘I (...) reject the view that a pledgee with possession and power of sale is hindered by any rule of the common law from selecting and employing the pledger as his agent for sale with the same safety to his own interest as if he so employed a stranger’.¹⁹

Deze opmerkingen moeten de advocaten van de bank enig vertrouwen hebben gegeven op de goede afloop van hun ‘appeal’ bij de House of Lords.

In de House of Lords werd de ‘leading opinion’ verwoord door Lord Chancellor Herschell. Hij brengt allereerst een vraag van internationaal privaatrecht naar voren. Er viel namelijk, zo vond hij, alles voor te zeggen om de zaak niet naar Schots recht, maar naar Engels recht te beslissen aangezien beide procespartijen Engelsen waren. Daar dit punt echter in Schotland niet naar voren was gebracht, verklaarde Lord Herschell²⁰ zich bereid de zaak op grond van het Schotse recht te beslissen. Gaat dan een pandrecht teniet wanneer de feitelijke heerschappij over de verpande zaken voor een bepaald doel weer wordt afgestaan aan de pandgever?

‘I confess that, with all respect, as a matter of principle I am unable to see why any such rule should exist. It does not seem to be a reasonable rule’, merkt hij op.²¹ Vervolgens worden de ‘authorities’ doorgenomen op grond waarvan de Court of Session tot zijn beslissing meende te mogen komen en dus behandelt de Engelse ‘Law Lord’ de opinie van Voet. Lord Herschell onderwerpt het citaat uit Bell’s *Commentaries* waarin op die opinie wordt ingegaan en waaraan zoveel gewicht was gehecht door Lord Trayner aan een minutieuze lezing en wijst er op dat Bell zijn uiteenzetting afsluit met de opmerking dat ‘the doctrine delivered by Voet is sound, where the possession is given up *without necessity* to the owner of the goods’, waarop Lord Herschell de volgende observatie laat volgen:

‘That is confined to a case of possession being given up *without necessity* to the owner of the goods, and does not, and, as it seems to me, never was intended to, cover the case where possession is given to the person who happens to be the pledgor, just for the same legitimate purpose and in the same business manner as it might be given to any third person filling the same commercial capacity — that is to say, if it is given to a broker for sale or to a warehouseman to warehouse, or in other cases which might be put (...) My Lords, where it is a pledge, as here, with a power of sale, I cannot think that anything I have yet read warrants the assertion that the

19. *North Western Bank v. Poynter*, 21 Court Sess. Cas. 4th Series (Rettie) 513, op p. 520-521.

20. Ter nadere toelichting zij hierbij opgemerkt dat een Engelse rechter, anders dan de Nederlandse, niet ambtshalve rechtsgronden aanvult.

21. *North Western Bank v. Poynter*, [1895] AC 56, op p. 68-69.

delivery to the pledgor, who is a broker, for the purpose of sale would destroy all the rights of the pledgee'.²²

De andere 'Law Lords', Watson en MacNaghten, stemden met deze beschouwingen in en zo werd het beroep van de 'North Western Bank' toegewezen en de eenheid tussen het recht van Schotland en Engeland ten aanzien van deze vraag vastgesteld. Nadien is noch in een Schots, noch in een Engels rechterlijk college ooit meer een beroep op Voet gedaan teneinde de stelling te verdedigen dat een recht van vuistpand teniet gaat wanneer de feitelijke heerschappij bij de pandgever blijft of voor een bepaald doel aan hem wordt getourneerd.

Tot slot rijst de vraag hoe men deze ontwikkeling vanuit een rechtspolitiek oogpunt dient te beoordelen. De uitspraak van de Engelse House of Lords inzake *North Western Bank v. Poynter* lijkt mij 'well decided': de aard van het recht van vuistpand verzet zich er in beginsel niet tegen dat een pandhouder de feitelijke heerschappij over de aan hem verpande goederen wanneer de noodzaak daartoe dwingt voor een bepaald doel afstaat aan de pandgever. Eerst de moderne codificaties hebben op het continent de rigoreuze eis van een daadwerkelijke en blijvende 'dépossession' aan de geldigheid van het recht van vuistpand gesteld: men wilde de oude romeinsrechtelijke hypotheek op roerend goed voor eens en altijd ecarteren en tevens de vestiging van een recht van vuistpand door middel van een *constitutum possessorium* tegen gaan. Die pogingen zijn, naar gemeengoed zal zijn, tamelijk onsuccesvol geweest: overal op het continent dwong de handelspraktijk wetgevers en rechterlijke colleges tot de acceptatie van de een of andere vorm van 'bezitloos' pandrecht op roerende zaken, meestal in de vorm van een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid, waardoor in feite een zakelijk zekerheidsrecht op roerende zaken door middel van een *constitutum possessorium* werd gevestigd. Het einde van deze ontwikkeling wordt op het continent gemarkeerd door de acceptatie van een 'bezitloos' pandrecht (in feite een hypotheek op roerend goed) in art. 3:237 BW dat evenwel bestaat naast het 'gewone' recht van vuistpand geregeld in art. 3:236 BW, waarvoor nog steeds is vereist dat de verpande goederen uit de macht van de debiteur worden gebracht, terwijl in art. 3:258, lid 1 BW is bepaald dat het recht van *vuistpand* teniet gaat wanneer de verpande goederen weer in de macht van de pandgever komen. De vraag luidt nu onder welke feitelijke omstandigheden men kan zeggen dat goederen weer 'in de macht van de pandgever' komen? Zo is bijvoorbeeld recentelijk de aandacht gevestigd op een bijzondere toepassing van de zogenaamde 'warrantage'.²³ Deze constructie, waarvan voornamelijk in Frankrijk, België en Italië veel gebruik wordt gemaakt, is gebaseerd op de in art. 2076 Cc (vgl. art. 1198, lid 1 OBW en art. 3:236, lid 1 BW) geboden mogelijkheid de macht over de in pand gegeven goederen niet af te staan aan

22. T.a.p., p. 70.

23. Zie bijvoorbeeld L.R. van Harinxma thoe Slooten, NJB 1990, p. 1447 e.v. en laatstelijk M.J.H. Halsema, *Ars Aequi* 1992, p. 131 e.v., alsmede de daar op p. 131, noot 1 aangehaalde literatuur.

de pandhouder zelf, maar aan een 'tiers convenu', 'een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen'. In Frankrijk is deze mogelijkheid tot een instituut verheven: dat van de 'magasins généraux', vemen die krachtens een bijzondere vergunning optreden als geïnstitutionaliseerde 'overeengekomen derden' en die onder wettelijk toezicht staan.²⁴ Essentieel is daarbij dat de verpande goederen uit de macht van de debiteur en in de macht van de veemhouder worden gebracht: het Franse recht pleegt ten aanzien van het recht van vuistpand ('gage') streng de hand te houden aan de vereiste 'dépossession' van de pandgever. Op zichzelf genomen bestaat tegen een dergelijke constructie naar oud en huidig Nederlands recht geen enkel bezwaar: zij bevindt zich binnen de kaders van art. 1198, lid 1 en 2 OBW en art. 3:236, lid 1 BW. Er bestond echter naar het oude Nederlandse recht, d.w.z. dat van vóór de introductie van het nieuwe BW, geen enkele behoefte aan omdat de constructie der fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid die overbodig maakte. Nu die echter is verboden (art. 3:84, lid 3 BW) en het bezitloos pandrecht van art. 3:237 BW aan een aantal nadelen voor de pandhouder lijdt (waarop hier niet nader zal worden ingegaan) die *niet* gelden voor het recht van vuistpand van art. 3:236 BW heeft men, uitgaande van de hierboven kort beschreven Franse 'warrantage'-constructie, de volgende verfijning bedacht.

De credietnemer geeft zijn zaken op de volgende wijze in vuistpand aan de credietgever: er wordt een 'overeengekomen derde' vastgesteld in wiens macht de verpande goederen zich ten behoeve van de pandhouder zullen gaan bevinden en vervolgens — en hierin is het bijzondere van deze constructie gelegen — wordt door de credietnemer (de pandgever) aan de 'overeengekomen derde' een ruimte ter beschikking gesteld (bijvoorbeeld door middel van een overeenkomst van huur en verhuur) waarin zich de verpande goederen zullen bevinden en die op duidelijk kenbare wijze voor dit doel wordt afgescheiden van de andere bedrijfsruimtes van de pandgever. Zakenrechtelijk²⁵ bezien wordt de 'overeengekomen derde', de warrantagemaatschappij, houder voor de pandgever en de pandhouder, terwijl het de bedoeling van de constructie is de pandgever — in wiens bedrijf zich de verpande goederen feitelijk nog steeds bevinden — *niet* als houder, hetzij voor de pandhouder, hetzij voor de 'overeengekomen derde', te qualificeren. Zou men hem immers aanmerken als een *houder* ten behoeve van de pandhouder of de 'overeengekomen derde' dan zou dit neerkomen op een door middel van een *traditio ficta* (*constitutum possessorium*, of — zo men wil — *traditio longissima manu*) gevestigd recht van vuistpand, iets dat Paulus weliswaar in D. 13, 7, 37 toelaat, maar dat alle continentale codificaties tot dusverre hebben trachten te verhinderen door middel van bepalingen zoals die van art. 1198, lid 2 OBW en art. 3:258, lid 1 BW. De feitelijke heerschappij over de verpande goederen

24. Zie Ordonnance no. 45-1744 van 6 augustus 1945 met betrekking tot de zogenaamde 'magasins généraux'.

25. Ik blijf weigeren de uitdrukking 'goederenrechtelijk' te hanteren: laten we in vredesnaam niet al te veel gewicht hechten aan dit soort semantische pietluttigheden en ons conformeren aan het gemeenrechtelijke begrippenapparaat dat ook door onze burens wordt gehanteerd!

moet zich derhalve, zo lijkt het althans, bij de ‘overeengekomen derde’ bevinden die slechts gebruik maakt van ruimtes van de pandgever zonder dat deze laatste kan worden beschouwd als iemand in wiens macht zich de goederen bevinden omdat hij die ruimtes niet zonder toestemming van de ‘overeengekomen derde’ mag betreden. Wat nu van deze constructie te denken? Komt men daardoor niet in strijd met art. 3:258, lid 1 BW?

Er is mij uit de Europese rechtspraak een geval bekend waarin een vergelijkbare ‘warrantage’-constructie aan het oordeel van een rechterlijk college werd onderworpen. Ik bedoel de zaak *Dublin City Distillery v. Doherty*,²⁶ een van oorsprong Ierse zaak waarover zich de Londense Privy Council moest buigen.

Het ging in deze zaak om een voorraad door de ‘Dublin City Distillery’ geproduceerde whisky, waarop door Doherty een recht van vuistpand was bedongen. De whisky was en bleef opgeslagen in een pakhuis dat zich bevond op het terrein van de ‘Dublin City Distillery’, maar dat werd beheerd door een derde (de belastingdienst) en waartoe de ‘Dublin City Distillery’ zonder de toestemming van die derde geen vrije toegang had.²⁷ De verpanding aan Doherty had plaats gevonden door middel van overgifte van de deur de derde aan de ‘Dublin City Distillery’ afgegeven ‘warrants’ en de vraag luidde nu of Doherty hierdoor een geldig recht van vuistpand had verworven. De Privy Council beantwoordde deze vraag ontkennend. Het verdient echter te worden opgemerkt dat dit zijn oorzaak vindt in een technisch detail van het Engelse ‘personal property’-recht dat verlangt dat de derde uitdrukkelijk moet instemmen met de bezitsverschaffing van goederen die hij voor de tradent (de ‘Dublin City Distillery’) onder zich heeft (zogenaamd ‘attornment’) en daar dit in dit geval niet was gebeurd, had Doherty niet de ‘constructive possession’ verkregen die op zichzelf voldoende is om een recht van vuistpand te ondersteunen.²⁸ Was die erkenning er echter *wel* geweest, dan zou het recht van vuistpand geldig zijn gevestigd.

De zaak is, in het hier aan de orde gestelde verband, buitengewoon interessant omdat geen enkele ‘Law Lord’ er bezwaar tegen maakte dat de verpande goederen zich nog op het bedrijfsterrein van de pandgever bevonden: het enkele gegeven dat het dubbele slot verhinderde dat de pandgever zich éénzijdig, zonder toestemming van de derde, in de macht stelde van de zich daarin bevindende goederen, werd voldoende geacht om aan te nemen dat de pandgever gedeposeerd was. Het enige probleem dat in casu aan de orde was, betrof daarom de vraag of men door middel van een enkele overgifte van de ‘warrant’ bezit kan verschaffen van zaken die zich bevinden onder een derde. De vraag of de litigieuze whisky zich inderdaad wel ‘onder’ de derde bevond werd zelfs in het geheel niet aan de orde gesteld; daarover bestond geen twijfel. Mij dunkt dat hetzelfde voor het huidige Nederlandse recht dient te worden aangenomen. De vraag die hier aan de orde is, is, in laatste instantie, slechts van feitelijke, niet van juridische aard: zijn de verpande zaken afdoende uit de macht van de debiteur gebracht? Het moet mogelijk zijn die vraag bevestigend te beantwoorden, ondanks het feit dat de ruimtes waarin

26. [1914] AC 823.

27. Er waren twee sloten op de deur van het pakhuis: de sleutel van één daarvan was in het bezit van de ‘Dublin City Distillery’, die van het andere in dat van de derde.

28. Zie hierboven, bij noot 17.

zich de verpande goederen bevinden in eigendom toebehoren aan, of óók in gebruik zijn bij de pandgever. Zodra men dit echter heeft vastgesteld, rijst de vraag of men de 'overeengekomen derde' eigenlijk wel nodig heeft en of men niet ook zonder een dergelijke 'overeengekomen derde' een geldig recht van vuistpand kan vestigen op goederen die zich blijven bevinden in de bedrijfsruimtes die aan de pandgever toebehoren of bij hem in gebruik zijn?

De constructie van de 'overeengekomen derde' is, er werd reeds op gewezen, overgenomen uit de Franse rechtspraktijk die haar verzon omdat de Franse rechtspraak ten gevolge van het reële karakter van het 'contrat de gage' de mening was (en is) toegedaan dat er slechts sprake is van een behoorlijke 'dépossession' indien de verpande goederen *in* de macht van de pandhouder of een 'tiers convenu' zijn gebracht.²⁹ Vandaar dat, voor zover mij bekend, Franse warrantagemaatschappijen er *zelf* vemen op na houden, waarin de verpande goederen ten behoeve van pandhouders en pandgevers worden opgeslagen.³⁰ Indien men echter de nadruk iets anders legt, indien men namelijk benadrukt dat het voldoende is dat de verpande goederen *uit* de macht van de pandgever worden gebracht, dan heeft men de 'overeengekomen derde' in het geheel niet meer nodig: men kan, zoals in de zaak *Dublin City Distilleryv. Doherty* geschiedde, een localiteit op het terrein of in de bedrijfsruimten van de pandgever door middel van een dubbele vergredening dusdanig afsluiten dat de pandgever over de daarin opgeslagen goederen 'de (exclusieve) macht' heeft verloren, zonder dat het nodig is daarvoor een 'overeengekomen derde' in te schakelen, want wie beschikt over 'de sleutels' van een pakhuis is in het feitelijk bezit van de zich daarin bevindende goederen. Dit is ook de reden waarom dient te worden aangenomen dat degene aan wie wordt geleverd door middel van een *traditio symbolica*, zoals de levering van zich in een pakuis bevindende goederen door middel van overgifte van de sleutels van het pakhuis (zie art. 667, lid 1 OBW), van die goederen niet alleen het civiele, het juridische bezit verwerft, maar zelfs het feitelijk bezit. Wat *wel* onmogelijk is, is een enkele overeenkomst waarbij credietgever en credietnemer afspreken dat de pandgever de zich in zijn bedrijf bevindende goederen voortaan ten behoeve van de pandhouder zal houden en bewaren.³¹

29. Zo zeer duidelijk de Franse Cour de Cassation in het arrest van 26 maart 1907, D. 1909,1,58, (hierboven bij noot 6 behandeld).

30. Er werd overigens al in de vorige eeuw in Frankrijk op gewezen dat het enige waarop het bij de vestiging van een geldig recht van vuistpand op aan lijkt te komen niet zozeer zou zijn gelegen in het feit dat de verpande goederen *in* de macht van de schuldeiser of een 'tiers convenu' worden gebracht zodat de pandgever *nooit* zou kunnen worden belast met de bewaring van de verpande goederen, maar dat het duidelijk en ondubbelzinnig moet vaststaan dat de pandgever de macht over die goederen heeft verloren: zie Boistel in zijn noot onder Req. 9 april 1894, D. 1894,1,409. De houdbaarheid of onhoudbaarheid van dit standpunt voor het geldende Franse recht zij hier in het midden gelaten.

31. Dit is ook het geval wanneer een speciaal daartoe aangestelde werknemer *van de credietnemer* de beschikking krijgt over de ten behoeve van de pandhouder in de afgesloten ruimtes van de pandgever opgeslagen verpande goederen: een op deze wijze gevestigd pandrecht is nietig!

Dit komt inderdaad neer op niets minder dan een door middel van een *constitutum possessorium* gevestigd recht van vuistpand dat naar Romeins³² en Engels recht³³ geldig was en is, maar naar huidig continentaal recht nietig is, want op het continent heerst een traditie die weliswaar is gebaseerd op het Romeinse recht, maar zich ook dikwijls in een daarvan afwijkende zin heeft ontwikkeld. Die ontwikkelingen zijn echter onbegrijpelijk zo men niet op de hoogte is van de inhoud van het Romeinse recht dat daarom voor een goed begrip van het Europese privaatrecht onontbeerlijk is en om dezelfde reden een verplicht onderdeel van de vorming van de civilist dient te blijven uitmaken. Walter Scott wist dat:

‘A lawyer without history or literature is a mechanic, a mere working mason; if he possesses some knowledge of these, he may venture to call himself an architect’.³⁴

32. Arg. uit D. 13, 7, 37 (Paulus).

33. Zie ook nog *Dublin City Distillery v. Doherty*, [1914] AC 823, op p. 852, bij monde van Lord Parker: ‘there are (...) cases in which possession may pass to the pledgee without actual delivery, for example, whenever there is some agreement between the parties the effect of which is to change the possession of the pledger from a possession on his own account as owner into a possession as bailee for the pledgee’.

34. Walter Scott, geciteerd in Edgar Johnson, *Sir Walter Scott, the great unknown I*, Londen 1970, p. 72.