



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Pandbelening

Ruijs, W.

Citation

Ruijs, W. (2023, June 28). *Pandbelening. Meijers-reeks*. Boom juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3627869>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3627869>

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

5.1 HOOFDREGEL: VERHAAL OP ALLE GOEDEREN VAN DE SCHULDENAAR

5.1.1 Pandbelening uitzondering op de hoofdregel

161. *Inleiding.* Een van de wezenlijke kenmerken van de overeenkomst van pandbelening is dat indien de pandbelener niet binnen de beleentermijn de geldsom volledig terugbetaalt en de pandbeleningsvergoeding volledig voldoet, het pandhuis bij verkoop van het pand het verlies (een negatief verschil tussen de verkoopopbrengst en de ter beschikking gestelde geldsom tezamen met de pandbeleningsvergoeding) draagt (artikel 7:139 BW). De memorie van toelichting bij Titel 7.2D BW stelt dat deze regel essentieel is voor pandbelening.¹ De pandbelener is niet met zijn overige vermogen aansprakelijk voor dit verlies. Dit is een uitzondering op de in artikel 3:276 BW voorziene hoofdregel dat de schuldeiser zijn vordering kan verhalen op alle goederen van de schuldenaar, dus op al zijn zaken en vermogensrechten, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt.² In dit hoofdstuk zal allereerst de hoofdregel van artikel 3:276 BW worden besproken, gevolgd door wettelijke en contractuele uitzonderingen op de hoofdregel. Hierna wordt de aard van de verplichting van de pandbelener onderzocht. Is er een verplichting van de pandbelener om te betalen? Anders gezegd: is er een schuld van de pandbelener aan het pandhuis en, gezien van de kant van het pandhuis, is er een vordering voor betaling van de beleensom en de pandbeleningsvergoeding? Of is er alleen een recht van de pandbelener om de beleende zaak te lossen door binnen de beleentermijn de beleensom en de pandbeleningsvergoeding te betalen?

5.1.2 De rechtsverhouding tussen schuldenaar en schuldeiser

162. *Verhaalsrecht.* Aan de basis van een verhaalsrecht staat een verbintenis. Een verbintenis kan worden omschreven als een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is.³

1 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, p.15.

2 Zie over art. 3:276 BW: Fesevur 2017/1-3; Verstijlen, in: T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op art. 3:276 (online, bijgewerkt t/m 03-01-2023); Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/736; Asser/Sieburgh 6-I 2020/35; Snijders & Rank-Berenschot 2022/706.

3 Asser/Sieburgh 6-I 2020/6.

De verbintenis kan worden onderscheiden in een passieve en een actieve zijde. Aan de passieve zijde van de verbintenis staat de schuldenaar, die tot de prestatie verplicht is. Deze prestatie wordt schuld genoemd. Aan de actieve zijde staat de schuldeiser, die op de prestatie recht heeft. Dit recht wordt als vordering aangeduid.⁴

Aan de actieve zijde wordt onderscheid gemaakt tussen drie elementen van de vordering: het materiële recht (meestal aangeduid als vordering), de bevoegdheid om dat recht geldend te maken (het *ius agendi*) en het procesuele middel dat daartoe gewoonlijk wordt gebezigd (de rechtsvordering).⁵ Deze verdeling maakt duidelijk dat de schuldeiser niet alleen een materiële aanspraak heeft (de vordering) maar in de regel ook de bevoegdheid heeft dat recht geldend te maken. Om zijn recht geldend te maken, is de schuldeiser bevoegd een rechtsvordering in te stellen, waarna hij met behulp van een veroordelend vonnis tot executie kan overgaan, hetzij op directe wijze (reële executie), hetzij op indirecte wijze (schadevergoeding, dwangsom).⁶

Aan de passieve zijde staat de schuldenaar in beginsel met zijn gehele vermogen in voor de nakoming van de verplichting om de verschuldigde prestatie te verrichten. Volgens Verstijlen gaat het hier om een ‘diep in ons vermogensrecht verankerd beginsel’.⁷ Het beginsel is opgenomen in artikel 3:276 BW, dat zonder discussie met enige redactionele wijzigingen is overgenomen van artikel 1177 OBW.⁸ Dit artikel was op zijn beurt gebaseerd op artikel 2092 Code Civil.⁹

De wijze waarop het verhaalsrecht wordt uitgeoefend is geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet.¹⁰ Op alle goederen van de schuldenaar is verhaal mogelijk door iedere schuldeiser. De schuldeiser is vrij in de keuze waarop hij verhaal wil zoeken. Verhaal is in de regel slechts mogelijk op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren.¹¹ De vraag kan zich voordoen of bepaalde goederen behoren tot het vermogen van de schuldenaar. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vragen rond de kwaliteitsrekening.¹² Ook bij bepaalde trustverhoudingen kan op basis van het Haags Trustverdrag een

4 Asser/Sieburgh 6-I 2020/33.

5 Asser/Rutten 4-I 1973, p.18-19; Asser/Sieburgh 6-I 2020/32.

6 Asser/Sieburgh 6-I 2020/14. Er zijn uitzonderingen op de afdwingbaarheid van verbintenissen, met name in het geval van natuurlijke verbintenissen.

7 Verstijlen 1998, p. 14.

8 Parl.Gesch. BW Boek 3, p. 855/856. Artikel 1177 OBW luidt: ‘Alle de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar, zoo wel tegenwoordige als toekomstige, zijn voor deszelfs persoonlijke verbindtenissen aansprakelijk.’

9 Verstijlen 1998, p. 14. Artikel 2092 van de Code Civil luidt: ‘Quiconque s’est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.’

10 Snijders/Rank Berenschot 2022/706.

11 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/ 736; Fesevur 2017/1.

12 Zie onder meer Rank 2018, p. 11-16; Rank 2021a, p. 64-73; Rank & Silverentand 2022, p. 127-145; Snijders & Rank-Berenschot 2022/208.

afgescheiden vermogen ontstaan.¹³ Deze vragen zullen in dit onderzoek niet aan de orde komen.

163. *Onderscheid schuld en verhaalsaansprakelijkheid.* Schuld impliceert voor de schuldenaar in beginsel ook verhaalsaansprakelijkheid. De schuldenaar is immers aansprakelijk voor de schuld met zijn gehele vermogen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt. Indien de schuldenaar niet de verschuldigde prestatie verricht, kan de schuldeiser zijn vordering verhalen op het gehele vermogen van de schuldenaar. De vordering houdt voor de schuldeiser in dat hij niet alleen jegens de schuldenaar een aanspraak heeft op de prestatie, maar ook dat hij een verhaalsrecht heeft jegens de schuldenaar, welk recht hij kan uitoefenen op het gehele vermogen van de schuldenaar. De toestand van blootstaan aan verhaal voor de schuld wordt verhaalsaansprakelijkheid genoemd. In de literatuur wordt ook wel de Duitse term *Haftung* gebruikt.¹⁴ De schuldenaar *haftet*. Dat wil zeggen dat men zijn vermogen kan uitwinnen. Aan de passieve zijde van de verbintenis kunnen aldus schuld en verhaalsaansprakelijkheid worden onderscheiden en aan de actieve zijde het vorderingsrecht en het verhaalsrecht.

Omdat schuld in beginsel verhaalsaansprakelijkheid impliceert, is het onderscheid tussen schuld en verhaalsaansprakelijkheid alleen van belang als bij wet of overeenkomst wordt afgeweken van de hoofdregel van artikel 3:276 BW. De schuldeiser hoeft zich niet af te vragen of hij wel een verhaalsrecht heeft voor zijn vordering, behalve in de gevallen dat de wet of een overeenkomst anders bepaalt.

164. *Oudgermaans recht.* In het verleden was dat niet altijd het geval. In het Oudgermaanse recht bracht een schuld op zich nog geen verhaalsaansprakelijkheid mee. Die aansprakelijkheid moest gevestigd worden. Dit gebeurde door een zaak voor de schuld te verpanden. De schuldenaar was noch in persoon noch met zijn verdere vermogen aansprakelijk, tenzij deze zich hiertoe uitdrukkelijk verbonden had. Verhaal anders dan op het pand was uitgesloten. Werd geen aansprakelijkheid gevestigd, dan was er schuld zonder verhaalsaansprakelijkheid.¹⁵ De verbintenis was gekweten door het geven van het pand zelf. Wie een pand gegeven had, was niet verplicht te betalen. Er bestond slechts een recht tot lossing. Pas later werd het regel dat wie een pand stelde zich ook met zijn gehele vermogen verbond. Het pandrecht ontwikkelde zich tot een recht dat niet langer de delging maar

13 Zie bijv. Hayton 1996, p. 3-65.

14 Kisch 1932, p. 184 ev.; Levenbach 1923, p. 27 ev.; Wessels 1988/110. Asser/Sieburgh 6-I 2020/33 en 34. Vooral in de Duitse literatuur is het verschil tussen schuld en verhaalsaansprakelijkheid behandeld. Zie bijvoorbeeld Von Gierke 1910. Ten aanzien van pandbeleving ook Damrau 2021, PfandIV, § 5, Rz. 2-6.

15 Fockema Andreae II 1906, p. 97-98; Asser/Sieburgh 6-I 2020/34, waar de mogelijkheid wordt genoemd om behalve een zaak een persoon in te zetten, de schuldenaar of een derde; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/20.

de verzekering van de nakoming van een verbintenis tot doel had.¹⁶ Voor zover het betreft de beperking van de verhaals aansprakelijkheid tot de verpande zaak, vertoont de regeling van artikel 7:139 BW bij pandbelening gelijkenis met de situatie naar Oudgermaans recht.

5.1.3 Beperkte verhaals aansprakelijkheid in Duitsland

165. *Schuld und Haftung*. Ook in Duitsland wordt de verhaals aansprakelijkheid van de pandbelener beperkt tot de zaak. § 5 (1) Nr. 1 PfandIV bepaalt dat het pandhuis de zaak slechts mag aannemen, wanneer hij met de pandbelener overeenkomt dat hij zich uit hoofde van zijn vordering tot terugbetaling van de lening en betaling van rente en kosten slechts op de verpande zaak mag verhalen. Dit is een uitzondering op de wettelijke regeling in het BGB dat een crediteur voor zijn vordering verhaal kan nemen op alle vermogensbestanddelen van de schuldenaar. In de toelichting op de PfandIV wordt vermeld dat dit is gedaan om de pandbelener te beschermen en dat deze regel in de meeste deelstaten al gold.¹⁷

Hierbij wordt de verhaals aansprakelijkheid (*Haftung*) gescheiden gezien van de schuld. Algemeen wordt aangenomen dat de verhaals aansprakelijkheid (*Haftung*) wel een typisch, maar geen onmisbaar element is van een vordering. Dit betekent dat er een vordering kan zijn zonder dat hiervoor verhaals aansprakelijkheid bestaat.¹⁸

De vraag is of de beperking van verhaals aansprakelijkheid ook geldt indien de zaak ondanks zorgvuldige inspectie door het pandhuis ondeugdelijk blijkt te zijn (bijvoorbeeld een als Rolexhorloge verpande zaak blijkt een vervalsing te zijn). In dat geval heeft het pandhuis de keuze om het bedrag van de lening te verlagen op basis van de waarde van de zaak en het bedrag van de verlaging op te eisen, of de gehele lening op te eisen. In beide gevallen is de pandbelener met zijn gehele vermogen aansprakelijk voor de vordering van het pandhuis. De beperking van de verhaals aansprakelijkheid tot de zaak geldt slechts wanneer het gaat om een vordering uit hoofde van de lening plus rente en kosten na ommekomst van de beleentermijn.¹⁹ Hetzelfde geldt indien geen geldig pandrecht tot stand komt in het geval het een gestolen zaak betreft.²⁰

5.1.4 Wettelijke uitzonderingen op de hoofdregel

166. *Goederen uitgezonderd van verhaal*. Behalve in artikel 7:139 BW ten aanzien van pandbelening wordt in de wet ten aanzien van een aantal goederen bepaald dat hierop geen verhaal mogelijk is, dan wel dat verhaal daarop

16 Fockema Andreae II 1906, p. 97-98.

17 Bundesrat-Drucksache 402/60, S II, Zu § 5, te vinden bij Damrau 2020, Anh II, p. 270.

18 Damrau 2020, PfandIV, § 5, Rz. 2-6.

19 Damrau 2020, PfandIV, § 5, Rz. 21.

20 Damrau 2020, PfandIV, § 5, Rz. 26.

aan beperkingen is onderworpen. Voor periodieke uitkeringen zoals loon, sociale uitkeringen, pensioen, lijfrente, levensverzekeringen en alimentatie geldt een beslagvrije voet.²¹ De achterliggende gedachte is dat iemand die voor de noodzakelijke kosten van zijn bestaan afhankelijk is van periodieke uitkeringen ook bij een beslag op deze inkomsten nog juist voldoende ontvangt om in zijn eerste levensbehoeften te kunnen voorzien.²² Ook kan worden gewezen op bepalingen zoals artikel 447 Rv met de strekking om schuldenaren niet een minimum aan primaire levensbehoeften en de middelen om deze te vervullen af te nemen.²³ Een vergelijkbare bepaling is voorzien in artikel 21 Faillissementswet, dat een aantal goederen van verhaal uitsluit in het geval van een faillissement.²⁴

167. *Verhaal op goederen van derden.* In de regel is een vordering slechts verhaalbaar op goederen van de schuldenaar zelf en niet op goederen van derden. Dat is uiteraard anders indien een derde een aan hem toebehorend goed in pand of hypotheek heeft gegeven voor de vordering op de schuldenaar. Er zijn ook andere gevallen waarin op basis van de wet verhaal kan worden genomen op goederen van derden. Deze gevallen hangen meestal samen met een voorrecht of retentierecht.²⁵ Ook is verhaal mogelijk op goederen van derden op grond van het fiscale bodemrecht (artikel 22 Invorderingswet 1990).

168. *Afscheiding vermogen ten behoeve van bepaalde schuldeisers.* De Nederlandse financiële toezichtwetgeving bevat gedetailleerde regels voor vermogensscheiding waarbij een gedeelte van het vermogen van een schuldenaar door de wet wordt afgescheiden ten behoeve van bepaalde schuldeisers. Dat geldt voor beleggingsondernemingen, maar ook voor andere financiële ondernemingen en instellingen, zoals betaalinstellingen, elektronisch-geldinstellingen, beleggingsinstellingen, premiepensioeninstellingen (PPI's) en algemeen pensioenfondsen (APF's).²⁶ De voorschriften die gelden verschillen naar gelang het type instelling en de aard van de activa. Hieronder zal de wettelijke regeling voor PPI's, APF's en voor beleggingsinstellingen kort worden besproken.

Voor een premiepensioeninstelling (PPI), een pensioenuitvoerder, geldt een regeling voor afscheiding van haar vermogen voor bepaalde

21 Art. 475b e.v. Rv.

22 Kamerstukken II 1982/83, 17897, 3, p. 9.

23 Fesevur 2017/1.

24 Fesevur 2017/1 wijst op andere wettelijke beperkingen van de verhaalsmogelijkheid bij bepaalde vormen van bewind en bij beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap (art. 4:184 BW). Ook wijst hij op het verband tussen de overdraagbaarheid van een goed en de onvatbaarheid van dit goed voor uitoefening van verhaal, zoals de zakelijke rechten van gebruik en bewoning (art. 3:226 lid 4 BW). Zie ook Asser/Sieburgh 6-1 2020/36.

25 Fesevur 2017/2; Snijders & Rank-Berenschot 2022/706; Heilbron 2019/6.2.3.

26 Zie voor een overzicht Rank 2018, in het bijzonder p. 11-16.

crediteuren, ook *ringfencing* genoemd.²⁷ Een PPI mag meerdere pensioenregelingen uitvoeren. Voor elk van deze pensioenregelingen worden premies bijeengebracht en in beginsel door de PPI zelf beheerd en bewaard. Op grond van artikel 3:276 BW zouden alle schuldeisers zich kunnen verhalen op alle goederen van de PPI. De wetgever heeft de deelnemers per pensioenregeling beter willen beschermen door het vermogen van de PPI (het eigen vermogen en een of meer pensioenvermogens) te scheiden.²⁸ De *ringfencing*-regeling voor PPI's houdt in dat als het totale vermogen van de PPI toereikend is, uit het pensioenvermogen behorende bij een pensioenregeling alleen de volgende vorderingen worden voldaan: (a) kosten verband houdende met het beheer van de pensioenregeling en het bewaren van het pensioenvermogen en die volgens de uitvoeringsovereenkomst ten laste van het vermogen worden gebracht en (b) rechten van pensioendeelnemers en pensioengerechtigden.²⁹ In geval van vereffening (waaronder begrepen faillissement en surseance van betaling) moeten de onder (a) en (b) genoemde vorderingen in de genoemde volgorde worden betaald.³⁰ Pas als komt vast te staan dat de vorderingen onder (a) en (b) zijn voldaan en verdere vorderingen in de toekomst niet zullen ontstaan, kunnen ook andere vorderingen worden betaald.³¹ Als de vorderingen genoemd onder (a) en (b) niet kunnen worden voldaan uit het pensioenvermogen, moeten deze eerst worden verhaald op het eigen vermogen van de PPI (of de pensioenbewaarder) in de genoemde volgorde. Daarna kunnen andere vorderingen worden verhaald naar evenredigheid van elke vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang.³²

Sinds 1 januari 2016 bestaat er in Nederland een nieuw type pensioenfonds, het algemeen pensioenfonds (APF). Op grond van artikel 123 lid 1 van de Pensioenwet mogen pensioenfondsen meerdere pensioenregelingen uitvoeren zolang deze financieel een geheel vormen.³³ Voor een APF

27 Een premiepensioeninstelling (PPI) is bedoeld om werkzaam te zijn als pensioenuitvoerder van defined-contribution regelingen (toegezegde premieregelingen). Het kan meerdere regelingen uitvoeren. Het wettelijk kader is te vinden in de Wet financieel toezicht. De PPI is onafhankelijk van een bijdragende onderneming of bedrijfstak. De PPI mag geen verzekeringstechnische risico's afdekken en is bedoeld voor de opbouwfase van het pensioen. De PPI belegt de ingelegde premies en de beleggingsresultaten op de financiële markten. Bij pensionering van een deelnemer wordt de opgebouwde waarde omgezet in een tijdelijke periodieke uitkering of een levenslange periodieke uitkering. De opgebouwde waarde moet daarvoor worden overgedragen aan een verzekeraar. Zie over de PPI, Maatman & Steneker 2009/114; Maatman 2010/143.

28 Kamerstukken II 2011/12, 33 236, 8, p. 6; Schouten, in: GS Toezicht Financiële markten, art. 4:71a Wft, aant. 5 (online, bijgewerkt t/m 1 juni 2017); Maatman & Steneker 2009, p. 486-487; Maatman, 2010, p. 687.

29 Art. 4:71a lid 1 Wft.

30 Art. 4:71a lid 2 Wft.

31 Art. 4:71a lid 3 Wft.

32 Art. 4:71a lid 4 Wft.

33 Zie over art. 123 PW, Huijg, in: T&C Pensioenrecht, commentaar op art. 123 PW (online, bijgewerkt t/m 02-08-2022).

bestaat hierop een uitzondering. Een algemeen pensioenfonds houdt een afgescheiden vermogen aan per collectiviteitkring (art. 123 lid 1 PW).³⁴ Door deze *ringfencing* ontstaat er een goederenrechtelijke scheiding tussen de diverse afgescheiden pensioenvermogens. Artikel 123 lid 3 t/m 5 Pensioenwet voorziet in een rangregeling die is ontleend aan de hierboven omschreven regeling voor PPIs.³⁵

Beleggingsinstellingen kennen een vergelijkbare regeling voor *ringfencing*.³⁶ Artikel 4:37j lid 5 Wft bepaalt dat het vermogen van de beleggingsinstelling een afgescheiden vermogen is, dat uitsluitend dient tot voldoening van vorderingen die voortvloeien uit (a) schulden die verband houden met het beheer, het bewaren en het houden van de juridische eigendom van de activa van de beleggingsinstelling en die ten laste van het vermogen kunnen worden gebracht en (b) rechten van deelneming. Voor icbe's geldt dezelfde regeling (art. 4:45 Wft). Hierover is in de literatuur opgemerkt dat dit één van de in ons recht zeldzame verschijningsvormen is van een bij wet ingestelde 'trustachtige' figuur.³⁷ Bij vereffening geldt weer de rangorde van betaling als hierboven beschreven voor een PPI.³⁸ Indien de bovenomschreven vorderingen op de beleggingsinstelling niet volledig uit het vermogen van de beleggingsinstelling kunnen worden voldaan, worden deze vorderingen in de bovenomschreven volgorde en hierna de overige vorderingen uit het vermogen van de bewaarder (de houder van de juridische eigendom van de activa) voldaan, behoudens door de wet erkende nadere redenen van voorrang (art. 4:37j lid 8 Wft).

5.1.5 Contractuele uitzonderingen op de hoofdregeel

169. *Contractuele beperking verhaal in beginsel rechtsgeldig.* Artikel 3:276 BW maakt duidelijk dat contractueel de verhaalsaansprakelijkheid kan worden beperkt tot bepaalde goederen van de schuldenaar dan wel dat bepaalde goederen van verhaal zijn uitgesloten. De Toelichting Meijers merkt hierover op: 'Het valt niet in te zien waarom een schuldeiser, die van ieder recht van verhaal afstand kan doen, dit ook niet bij overeenkomst zou kunnen beperken. De overige schuldeisers komen daardoor in een betere positie.'³⁹ Een dergelijk beding, in de financieringspraktijk vaak *limited*

34 Een collectiviteitkring is in art. 1.1 van de PW gedefinieerd als 'een of meer pensioenregelingen of bedrijfspensioenregelingen als bedoeld in artikel 1 van de Wet verplichte pensioenregeling waarvoor een algemeen pensioenfonds een afgescheiden vermogen aanhoudt.' Art. 123 lid 2 bevat verplichtingen van het algemeen pensioenfonds om het systeem met afgescheiden vermogen sluitend te maken.

35 Zie Rank 2017, p. 240-252 en de daar in voetnoot 2 genoemde literatuur.

36 Zie over deze regeling, Rank 2021b, p. 71-87.

37 Asser/de Serière 2-IV 2018/550. Zie de definitie van trust in art. 2 van het Haags Trustverdrag 1985 (Trb. 1996, 9); hierover Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/576 e.v. en Hayton, 1996, p. 6 e.v.

38 Art. 4:37j lid 6 Wft.

39 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 856.

recourse beding genoemd, is rechtsgeldig en heeft privatieve werking. Ook rechtsoptvolgers en een faillissementscurator van de schuldeiser zijn aan het beding gebonden. Het beding geeft het verhaalsrecht dat aan de vordering verbonden is nader vorm.⁴⁰ Bedingen die ertoe strekken om verhaal op een goed voor schuldeisers te beperken kunnen wel onder omstandigheden nietig zijn of een beroep daarop kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁴¹

Indien verhaal niet mogelijk is als gevolg van een contractuele beperking van het verhaalsrecht, is sprake van een natuurlijke verbintenis. Er is sprake van een rechtshandeling die aan een verbintenis de afdwingbaarheid onthoudt, als bedoeld in artikel 6:3 lid 2 onder a BW.⁴² Voor omzetting van de natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare verbintenis is op basis van artikel 6:5 lid 1 BW een overeenkomst tussen de schuldenaar en de schuldeiser vereist.

170. *Securitisations. Limited recourse* bedingen spelen een belangrijke rol bij financieringstransacties waarbij specifieke activa worden gefinancierd en waarbij het van belang is om het risico van een faillissement van de schuldenaar te beperken. Een voorbeeld van een dergelijke transactie is *securitisation* of effectisering. Het gaat hier om de omzetting van relatief illiquide activa, die bij voornamelijk financiële instellingen op de balans staan, in verhandelbare effecten, *asset-backed securities* genaamd. Dikwijls worden deze transacties zo gestructureerd dat vorderingen uit leningen van banken of andere kredietgevers (de *originator*) aan huishoudens en bedrijven, zoals hypothecaire leningen of autoleningen of -leases, worden gebundeld en overgedragen aan een speciaal daartoe opgerichte doelvennootschap (ook wel aangeduid als *special purpose vehicle* of SPV). De doelvennootschap geeft obligaties uit om de koopprijs te financieren, verdeeld in tranches die elk een verschillend risicoprofiel en bijbehorend beleggingsrendement kennen. Het beleggingsrendement op de obligaties wordt gegenereerd uit de kasstromen van de onderliggende leningen die aan de doelvennootschap zijn overgedragen.⁴³ Aan de uitgegeven effecten wordt een *credit rating*, een oordeel over de kredietwaardigheid, toegekend door *credit rating agencies*, zoals Standard & Poor's, Moody's Investors Service en Fitch Ratings. De betaling van rente en aflossing op de *asset-backed securities* is strikt beperkt tot de opbrengsten van de hieraan ten grondslag liggende portefeuille activa. De hoogte van de aan de effecten toe te kennen credit rating moet enkel afhankelijk zijn van de kredietkwaliteit van de activa en bepaalde

40 Rongen 2012/139.

41 Verstijlen, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 3:276, aant. 2 en de daar genoemde jurisprudentie en literatuur (online, bijgewerkt t/m 03-01-2023).

42 Wessels 1995, p.11.

43 Zie over securitisation transacties in het algemeen onder meer: Rongen 1998, p. 419 e.v.; Joosen & Van 't Westeinde 2002; Ruys & Bos 2002, p. 41 e.v.; Ruys & Van Raay 2005, p. 12 e.v.; Masman & Van Welzen 2010, p. 335 e.v.; Bos 2010; Rongen 2012, in het bijzonder hoofdstuk II en III; Asser/De Serièrè 2-IV 2017/6.5.

credit en liquidity enhancements die in de transactie zijn ingebouwd.⁴⁴ Daarvoor is niet alleen vereist dat er sprake is van een rechtsgeldige en onaantastbare vermogensafzondering (*true sale*) van de originator, maar ook dat er maatregelen worden getroffen om het risico van faillissement van de SPV te verkleinen. Een van de manieren om dat te bereiken is het beperken van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de SPV door middel van *limited recourse* bedingen. Dikwijls zullen zulke bedingen bepalen dat de verhaalsaansprakelijkheid beperkt is tot de voornaamste activa van de SPV, zoals de aan de SPV overgedragen vorderingen, de rechten onder de transactiedocumentatie en de saldi van bankrekeningen die de SPV aanhoudt. Ook zal worden bepaald dat de vorderingen van de beleggers in de effecten vervallen als duidelijk is dat er geen verdere betalingen zullen binnenkomen op de vorderingen, er geen saldi meer op de transactierekeningen staan en geen bedragen zullen worden ontvangen onder de transactiedocumenten.⁴⁵

5.2 IS ER EEN (KREDIET)SCHULD VAN DE PANDBELENER?

5.2.1 Vraagstelling

171. *Inleiding.* Hiervoor kwam aan de orde dat de overeenkomst van pandbelening een bij wet voorziene uitzondering vormt op de hoofdregel dat de schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden. Bij pandbelening is het verhaalsrecht beperkt tot de in bewaring gegeven zaak. Dit doet de vraag rijzen wat eigenlijk de aard is van de door de pandbelener aangegane verplichting. Is de pandbelener verplicht om binnen de beleen-termijn de geldsom terug te betalen en de pandbeleningsvergoeding aan het pandhuis te betalen. Is er sprake van een (krediet)-schuld van de pandbelener? En als na verkoop een tekort resteert, is er dan sprake van een rest-schuld zonder verhaalsaansprakelijkheid? Bezien van de actieve zijde van de verbintenis: heeft het pandhuis een vordering op de pandbelener voor terugbetaling van de beleensom en betaling van de pandbeleningsvergoeding en een vordering voor een eventueel tekort zonder mogelijkheid van verhaal?⁴⁶

44 Rongen 2012/ 162-165.

45 Rongen 2012/139. Vaak zullen deze activa verpand zijn aan een security trustee. Met betrekking tot de uitwinning door de security trustee zal ook worden afgesproken dat de zekerheden vervallen indien de executieopbrengst onvoldoende is om de vorderingen waarvoor de zekerheden zijn gevestigd, volledig te voldoen.

46 Kopalit (Kopalit 2015, p.114-115) heeft het standpunt verdedigd dat het pandhuis na het sluiten van de overeenkomst een vordering heeft op de pandbelener. Biemans & van Schaick menen dat de overeenkomst van pandbelening een uitgezonderde consumentenkredietovereenkomst is. Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/255: 'Het feit dat de "aansprakelijkheid" van de pandbelener beperkt is tot de beleende zaak, neemt niet weg dat aan de pandbelener krediet is verstrekt, dat hij in beginsel gehouden is tot (terug) betaling daarvan, vermeerderd met de pandbeleningsvergoeding, zoals bij kredietverlening gebruikelijk is.'

Of heeft de pandbelener geen verplichting om te betalen en alleen het recht om de zaak te lossen door binnen de beleentermijn de beleensom terug te betalen en de pandbeleningsvergoeding te voldoen? In de literatuur wordt dikwijls het standpunt ingenomen dat geen sprake is van een kredietschuld van de pandbelener, zodat de pandbelener geen betalingsverplichting heeft en het pandhuis geen vorderingsrecht heeft.⁴⁷ Dit standpunt wordt in de meeste gevallen gebaseerd op de wetsgeschiedenis van Titel 7.2D BW.⁴⁸ Salomons betoogt dat een essentieel kenmerk van pandbelening is – in elk van beide varianten – dat de pandbelener niet verplicht is de beleensom en de pandbeleningsvergoeding te betalen.⁴⁹ Van Boom meent dat het antwoord op de vraag of de pandbelener een schuld op zich neemt bevestigend luidt voor zover de schuld verhaalbaar is op het beleende object en ontkennend voor zover de schuld de verhaalswaarde overtreft.⁵⁰

172. *Plan van behandeling.* Bij de behandeling van de vraag of de pandbelener een (krediet)schuld heeft aan het pandhuis, zal allereerst in de wetsgeschiedenis van Titel 7.2D BW naar aanwijzingen worden gezocht (par. 5.2.2). Vervolgens wordt onderzocht of in de bepalingen in de Wet op het financieel toezicht en in Titel 7.2A BW waarin pandbelening buiten toepassing wordt verklaard aanknopingspunten zijn te vinden voor het antwoord op deze vraag (par. 5.2.3). Vervolgens komt aan de orde hoe tegen deze kwestie wordt aangekeken bij pandbelening onder de Pandhuiswet 1910 (par. 5.2.4) en bij grondrente, een inmiddels uit het Burgerlijk Wetboek verdwenen figuur van Oudvaderlands recht, waarbij het verhaalsrecht van de schuld-eiser ook is beperkt tot de zaak (par. 5.2.5). Tenslotte wordt de vraag voor beide varianten van pandbelening separaat besproken (par. 5.2.6 en 5.2.7).

5.2.2 Wetsgeschiedenis van Titel 7.2D BW

173. *Memorie van toelichting.* De inleiding bij de memorie van toelichting bij Titel 2D van Boek 7 BW bevat de volgende aanhef:

'Sinds 1910 regelt de Pandhuiswet de overeenkomst tussen een pandbelener en een bank van lening (hierna: pandhuis). De pandbeleningsovereenkomst is een overeenkomst waarbij de pandbelener een roerende zaak afstaat aan een pandhuis en, na taxatie, direct een deel van de marktwaarde (de beleensom) contant uitgekeerd krijgt. Op een later moment kan de pandbelener de zaak, na betaling van de beleensom en een pandbeleningsvergoeding (een bepaald percentage van de beleensom) weer ophalen. Indien de pandbelener niet binnen de afgesproken termijn kan of wil betalen, verliest deze het pand. In dat geval mag de pandbelener de beleensom houden en hoeft hij de tot dan toe opge-

47 Salomons 2013, p. 653; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/759d; Van der Weide 2019/111 en 134; Snijders & Rank Berenschot 2022/527.

48 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/759d; Van der Weide 2019/111 en 134; Snijders & Rank-Berenschot 2022/527.

49 Salomons 2013, p. 653.

50 Van Boom 2022, p. 463.

*bouwde pandbeleningsvergoeding niet te betalen. Er ontstaat dus geen (rest)schuld. Als de pandbelener niet binnen de beleentermijn de zaak is komen ophalen, kan het pandhuis vrij beschikken over de zaak en die bijvoorbeeld openbaar verkopen.*⁵¹

Het standpunt dat geen sprake is van een restschuld bij de pandbelener wordt in de memorie van toelichting herhaald in het kader van de vraag of pandbelening onder het bereik van de Wft valt. In de memorie van toelichting wordt er van uit gegaan dat bij pandbelening geen sprake is van een 'krediet' in de zin van artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, omdat 'pandbelening niet leidt tot een restschuld en het pandhuis eventuele verliezen draagt.' Om deze reden is volgens de minister de Wet op het financieel toezicht niet van toepassing op pandbelening.⁵²

174. *Is de aanname van de wetgever juist?* In het hierboven weergegeven citaat uit de memorie van toelichting lijkt de wetgever er van uit te gaan dat er bij pandbelening geen schuld voor de pandbelener ontstaat. De vraag is echter hoeveel waarde aan dit citaat kan worden gehecht. Het gaat hier om een algemene beschrijving van een typische pandbeleningstransactie zoals deze is geregeld in de Pandhuishet 1910. Het is geen juridische visie op de aard van pandbelening zoals de wetgever deze voor ogen heeft voor Titel 7.2D BW. Zoals hierna wordt besproken, wordt met betrekking tot pandbelening onder de Pandhuishet 1910 in de literatuur meestal aangenomen dat de pandbelener een schuld heeft aan het pandhuis. Uit de memorie van toelichting bij Titel 7.2D BW blijkt nergens dat de wetgever op dit punt een fundamenteel ander karakter voor pandbelening voor ogen had dan bij de Pandhuishet 1910. Aannemelijker lijkt dat in de omschrijving van pandbelening in de memorie van toelichting het onderscheid tussen schuld en verhaalsaansprakelijkheid niet in acht is genomen. Met het ontbreken van een (rest)schuld wordt in de memorie van toelichting gedoeld op het ontbreken van verhaalsaansprakelijkheid voor de restant vordering.

5.2.3 Wettelijke uitzonderingen voor pandbelening in de Wet op het financieel toezicht en Titel 7.2A BW

175. *Uitzondering voor pandbelening in de Wft.* Pandbelening wordt in de Wft uitdrukkelijk uitgezonderd van toepasselijkheid van de wet.⁵³ Artikel 1:20 lid 1 onder d Wft bepaalt dat deze niet van toepassing is op 'finan-

51 Kamerstukken II 1011/12, 33 334, 3, p.1. In een eerdere brief aan de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris in een algemene beschrijving van pandbelening geschreven: 'Pandkrediet onderscheidt zich van consumptief krediet doordat de consument niet met een restschuld achterblijft en geen betalingsverplichting heeft.' Zie Kamerstukken II 2009/10, 24 515, 182, p.2.

52 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 9. Artikel 1:1 onder a Wft definieert een krediet als 'het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, ter zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten.' Overigens is pandbelening al uitgezonderd van de Wft op basis van art. 1:20 lid 1 onder d Wft. Zie par. 4.6.

53 Zie hiervoor ook par. 4.6.

ciële diensten bestaande uit het in ontvangst nemen van roerende zaken van een consument tegen het ter beschikking stellen van een geldsom, voor zover de vordering op de consument tot terugbetaling tenietgaat indien de betreffende roerende zaken door de financiële onderneming te gelde worden gemaakt.’ In deze uitzonderingsbepaling wordt gesproken over een vordering tot terugbetaling. Dit lijkt erop te wijzen dat sprake is van een vordering van het pandhuis en een daarmee corresponderende schuld van de pandbelener. Het artikel is afkomstig uit de Wfd.⁵⁴ Aan de precieze bewoordingen lijkt voor de vraag die aan de orde is daarom niet veel waarde te kunnen worden toegekend. Overigens is deze specifieke uitzondering voor pandbelening in de Wet op het financieel toezicht in de visie van de wetgever strikt genomen onnodig. De Wet op het financieel toezicht is immers volgens de wetgever ook zonder deze uitzondering niet van toepassing, omdat geen sprake is van een krediet.⁵⁵

176. *Uitzondering voor pandbelening in Titel 7.2A.1 BW.* Artikel 7:58 lid 2 onder i BW bepaalt dat Titel 7.2A.1 BW niet van toepassing is op ‘kredietovereenkomsten bij het sluiten waarvan van de consument wordt verlangd dat hij bij de kredietgever een goed als zekerheid in bewaring geeft, en waarbij de aansprakelijkheid van de consument zich strikt beperkt tot dit in pand gegeven goed.’ Artikel 2 lid 2 onder k van de Richtlijn 2008/48/EG inzake kredietovereenkomsten voor consumenten is gelijkkluidend. Uit dien hoofde valt de overeenkomst van pandbelening niet onder het bereik van de Richtlijn 2008/48/EG inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en Titel 7.2A.1.⁵⁶

Volgens Biemans en Van Schaick bevestigt deze uitzondering dat de overeenkomst van pandbelening een vorm van consumentenkrediet is.⁵⁷ De bewoordingen van de bepaling wekken ook de suggestie dat uit dit type kredietovereenkomst een vordering ontstaat waarvoor het in bewaring gegeven goed als zekerheid dient.⁵⁸ Hierbij dient wel bedacht te worden dat de tekst van artikel 7:58 lid 2 sub i BW afkomstig is uit Richtlijn 2008/48/EG. Het is daarom de vraag of uit deze bepaling wel een duidelijk standpunt van de Nederlandse wetgever ten aanzien van de overeenkomst van pandbelening kan worden afgeleid.

177. *Tussenconclusie.* Uit de bepalingen waarbij pandbelening wordt uitgezonderd in de Wet op het financieel toezicht en Titel 7.2A BW is steun te vinden voor het standpunt dat bij pandbelening een schuld (een verplichting om te betalen) van de pandbelener ontstaat en, aan de actieve zijde, een vordering van het pandhuis.

54 Artikel 2 lid 2 onderdeel m Wfd.

55 Kamerstukken II 2011/12, 33 334,3, p. 9. Zie hierover kritisch Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/255.

56 Zie hiervoor ook par. 4.6.

57 Asser/Biemans/Van Schaick 7-A1 2021/255.

58 In die zin Kopalit 2015, p.115.

5.2.4 Ontstaat er een schuld bij pandbelening op basis van de Pandhuishet 1910?

178. *Regeling in de Pandhuishet 1910.* De Pandhuishet 1910 bepaalt dat een eventueel verlies door het pandhuis (in de terminologie van de Pandhuishet 1910, de bank van lening) wordt gedragen.⁵⁹ De verhaalsaansprakelijkheid van de pandbelener is beperkt tot het beleende goed. De pandbelener is met zijn overige vermogen niet aansprakelijk.⁶⁰ Op grond van de bepalingen van de Pandhuishet 1910 kon het pandhuis verhaal nemen op de verpande zaak, maar kon geen vordering tot terugbetaling van de beleensom en betaling van de pandbeleningsvergoeding tegen de pandbelener instellen.⁶¹ De mogelijkheid van rechtsdwang ontbrak, terwijl verhaalsrecht via een andere weg mogelijk was.⁶²

179. *Bespreking van de literatuur.* De vraag of de pandbelener een schuld heeft aan het pandhuis is ten aanzien van de Pandhuishet 1910 onderwerp geweest van debat in de literatuur. Scholten heeft beoogd dat de schuldenaar geen verplichting heeft om te betalen, enkel een mogelijkheid om de beleende zaak te lossen. Voor het pandhuis is er geen recht op betaling van een geldsom waarvoor het pandrecht meerdere zekerheid geeft. Het verhaalsrecht van het pandhuis is beperkt tot de zaak. In zijn visie is er aansprakelijkheid van de zaak; de mogelijkheid van verhaal op de zaak zonder schuld. Hij noemt dit een voorbeeld van gebruik van een oude vorm, die wordt gebruikt voor een nieuwe behoefte.⁶³ Scholten doelt met zijn

59 Art. 8 lid 2 en art. 25 lid 2 PHW. Het in de Pandhuishet 1910 voorziene pandrecht was overigens minder 'bijzonder' dan het in Titel 7.2D BW voorziene pandrecht. Het pandrecht in de Pandhuishet 1910 gaf wel recht op verhaal en geen recht op toe-eigening zoals in Titel 7.2D BW. Een eventueel surplus moest worden afgedragen aan de pandbelener als deze daarom verzocht. Zie par. 3.3.

60 Asser/Scholten II 1933, p. 398; Suijling V 1940/560.; Pitlo/Brahn 1977, p. 429; Huls 1993, p. 40; Asser/Sieburgh 6-I 2020/36.

61 Suijling V 1940/560.

62 Met het oog op figuren zoals pandbelening waarbij er wel een verhaalsrecht is maar geen rechtsdwang kan worden uitgeoefend, wordt in de literatuur wel onderscheid gemaakt tussen het recht om rechtsdwang uit te oefenen en het verhaalsrecht. Het enkele feit dat de mogelijkheid van rechtsdwang (*ius agendi*) ontbreekt, maakt de schuld nog niet tot een schuld zonder verhaalsaansprakelijkheid. Zie Asser/Rutten I 1973, p. 35; Asser/Hartkamp I 1996/40. Verwezen wordt behalve naar de Pandhuishet 1910, naar het Romeinse en oud-Franse recht voor verbintenissen die de actie misten, maar wel vatbaar waren voor verrekening. In Asser/Sieburgh 6-I 2020/40 wordt hierover opgemerkt dat ingevolge de bepalingen betreffende de overeenkomst van pandbelening (art. 7:130 e.v. BW) de pandhouder geen vordering tot terugbetaling van de geleende som kan instellen tegen de pandgever, maar wel verhaal kan zoeken op de verpande zaak. Verstijlen 1992, p. 15 acht het onderscheid tussen het *ius agendi* en het verhaalsrecht niet nodig, omdat het voor het *ius agendi* volgens hem niet wezenlijk is dat het materiële recht voor de rechter geldend wordt gemaakt. Hij rekent het verhaalsrecht dan ook tot het *ius agendi*.

63 Asser/Scholten II 1933, p. 398. In dezelfde zin Huls 1993, p. 40 die meent dat de kredietnemer 'geen verplichting [heeft] tot terugbetaling van de lening.'

verwijzing naar 'een oude vorm' op het Oudgermaanse pandrecht. Zoals hiervoor in par. 5.1.2 besproken, was naar Oudgermaans recht de schuldenaar niet in persoon of met zijn vermogen aansprakelijk, tenzij hij zich hiertoe had verbonden door een voorwerp te verpanden. Daarmee was de verbintenis gekwetten. Er was geen verplichting om te betalen, slechts een recht tot lossing.

Rutten heeft zich afgezet tegen de visie dat de pandbelener geen schuld heeft. Verhaalsaansprakelijkheid zonder enige schuld is volgens hem ondenkbaar, omdat de verhaalsaansprakelijkheid er juist is ter wille van de schuld.⁶⁴ Bij het pandrecht op basis van de Pandhuiswet 1910 is er naar zijn mening voor de executie 'ongetwijfeld een schuld ten belope van het geleende bedrag'. Hij beroept zich op artikel 8 van de Pandhuiswet 1910 dat spreekt over 'hetgeen ter zake van de belening verschuldigd is. Bij een eventueel tekort na verhaal op het pand blijft de schuld ten belope van het tekort bestaan, zij het dat de betaling niet in rechte kan worden afgedwongen'.⁶⁵ Ook Meijers betoogt dat na uitoefening van het verhaalsrecht een schuld zonder mogelijkheid van verdere executie overblijft en acht in het geval van het tekortgekomen pandhuis zelfs de mogelijkheid van schuldvergelijking mogelijk.⁶⁶ Volgens Wessels, die ook van mening is dat na executie een vorderingsrecht zonder verhaalsrecht voor het tekort resteert, is in dat geval sprake van een natuurlijke verbintenis. Het gaat om een verbintenis waaraan de wet door de beperking van het verhaalsrecht de afdwingbaarheid onthoudt als bedoeld in artikel 6:3 lid 2 onder a BW.⁶⁷

180. *Duitsland.* Ook in Duitsland wordt de verhaalsaansprakelijkheid van de pandbelener beperkt tot de zaak (*reinen Sachhaftung*).⁶⁸ De overeenkomst van pandbelening dient te bepalen dat het pandhuis zich voor haar vordering 'nur aus dem Pfand befriedigen darf'. Over de situatie die ontstaat indien de opbrengst bij uitwinning van het pandrecht onvoldoende is om de vordering te voldoen, geven deze woorden echter geen uitsluitsel.

64 Asser/Rutten I 1973, p. 23. In deze zin ook Asser/Hartkamp I 1996/39 en Asser/Sieburgh 6-I 2020/39.

65 In Asser/Rutten I 1973, p. 23-24 en Asser/Hartkamp I 1996/36 wordt als voorbeeld van een wettelijke beperking van het verhaalsrecht tot een deel van het vermogen genoemd 'de leenschuld die door de Pandhuiswet wordt beheerst'. In Asser/Sieburgh 6-I 2020/36 wordt als voorbeeld van beperking van het verhaalsrecht tot een deel van het vermogen genoemd 'de leenschuld die door de overeenkomst van pandbelening (art. 7:130 e.v. BW) wordt beheerst'.

66 Meijers 1926, p. 558.

67 Wessels 1988/297. Zie ook Wessels 1995, p. 11; Meijers 1926, p. 558 die spreekt van een onvolkomen verbintenis maar een van zeer bijzondere aard.

68 § 5 (1) Nr. 1 PfandIV bepaalt dat het pandhuis de zaak slechts mag aannemen, wanneer hij met de pandbelener overeenkomt dat hij zich uit hoofde van zijn vordering tot terugbetaling van de lening en betaling van rente en kosten slechts op de verpande zaak mag verhalen. Dit is een uitzondering op de wettelijke regeling in het BGB dat een crediteur voor zijn vordering verhaal kan nemen op alle vermogensbestanddelen van de schuldenaar.

Betekent dit dat de restvordering vervalt of blijft de vordering bestaan en is verhaal hiervoor niet mogelijk. Aangenomen wordt, mede gezien de gelijke bewoordingen die zijn gebruikt in andere gevallen in het BGB waarin de verhaalsaansprakelijkheid is beperkt, dat bedoeld is de vordering van het pandhuis onverlet te laten. Algemeen wordt aangenomen dat de verhaalsaansprakelijkheid (*Haftung*) geen onmisbaar element is van een vordering. De verhaalsaansprakelijkheid wordt gescheiden gezien van de schuld. Om die reden wordt aangenomen dat de vordering uit hoofde van de lening, voor zover deze niet is gedekt door de aan het pandhuis toekomende opbrengst bij uitwinning van het pandrecht, blijft bestaan.⁶⁹

5.2.5 Grondrente: heeft de eigenaar een schuld?

181. *Grondrente*. Een recht waarbij, net als bij pandbelening, het verhaalsrecht voor de schuldeiser beperkt is tot een zaak, betreft grondrente.⁷⁰ Het recht van grondrente is een oud vaderlands recht dat in het Burgerlijk Wetboek is verdwenen.⁷¹ Nieuwe rechten van grondrente kunnen sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek niet worden gevestigd, maar bestaande rechten zijn blijven bestaan en worden beheerst door de regels die golden voor invoering van het Burgerlijk Wetboek.⁷² Het recht komt alleen nog lokaal voor.⁷³

Onder grondrente wordt verstaan een schuldplichtigheid, in geld of in voortbrengselen of vruchten van het land (zoals boter, eieren, graan of ander gewas) die door de eigenaar van een onroerende zaak daarop werd gevestigd (artikel 784 OBW). Het is een zakelijk recht.⁷⁴ Het werd gevestigd door overschrijving van de notariële akte in de openbare registers (artikel 784 lid 2 OBW). Het is vatbaar voor overdracht en er kan een hypotheek op worden gevestigd (artikel 1210 onder 4 OBW).⁷⁵

69 Damrau 2020, PfandIV, § 5, Rz. 2-6.

70 Voor literatuur over grondrente zie onder meer Diephuis VII 1886, p. 105-107; Suijling V 1940/572-579; Asser/Beekhuis II 1990/338-347; Broekhuijsen-Molenaar 1988, p. 113-122; Van Oostrom-Streep FTV 2015/12-57; Rodrigues Lopes 2017/5.3.

71 De oorsprong van grondrente ligt in het middeleeuwse leenstelsel, waarbij de boer als eigenaar een deel van zijn opbrengst aan zijn heer moest afstaan, die op deze wijze een genotsrecht had. Later heeft het recht van grondrente zich ontwikkeld als een middel voor kredietverschaffing, dikwijls in situaties waarin de grondeigenaar vanwege het kerkelijk woekerverbod geen rente mocht betalen. Aan dit verbod kon worden ontkomen doordat grondrente niet als een lening werd beschouwd. De gerechtigde kon wel aanspraak maken op een periodieke prestatie, maar niet op terugvordering van de hoofdsom. Broekhuijsen-Molenaar 1988, p. 113-115; Van Oostrom-Streep 2015/12-57, die een pleidooi houdt om de grondrente met wat aanpassingen weer in te voeren om de 'halal' hypotheek te faciliteren.

72 Art. 150 lid 3 ONBW.

73 Rodrigues Lopes 2017/5.3.

74 Asser/Beekhuis II 1990/342; Suijling V 1940/573; Broekhuijsen-Molenaar 1988, p. 115-116; Rodrigues Lopes 2017/5.3.

75 Rodrigues Lopes 2017/5.3.1.

De gerechtigde tot de grondrente heeft, anders dan het geval is bij de hypotheek, slechts een verhaalsrecht op de grond en niet op de overige goederen van de grondeigenaar. Artikel 786 OBW bepaalt dat de schuldplichtigheid van de grondrente bij uitsluiting op het goed zelf rust. De gerechtigde tot de grondrente heeft een zakelijk verhaalsrecht. Telkens als een termijn verschijnt kan hij het verbonden goed uitwinnen. Een persoonlijk verhaalsrecht heeft hij niet jegens de schuldenaar. De eigenaar van de met een grondrente belaste zaak is tegenover hem niet obligatoir gehouden tot betaling van de verschenen termijnen. De voormalige eigenaar is dus ook niet langer aansprakelijk als hij het betrokken goed heeft overgedragen. De verplichting om de grondrente te betalen gaat op dat moment over op de nieuwe eigenaar.⁷⁶

Betekent dit dat grondrente kan worden gezien als een vorm van verhaalsaansprakelijkheid zonder schuld? Of heeft de eigenaar een schuld maar ontbreekt bij de renteheffer de mogelijkheid om rechtsdwang uit te oefenen behalve op de onroerende zaak waarop de grondrente is gevestigd? Net zoals bij pandbelening onder de Pandhuiswet 1910 is bij grondrente betoogd dat de eigenaar van de met grondrente belaste zaak een schuld heeft, zonder een *ius agendi* indien verhaal op de met grondrente belaste onroerende zaak onvoldoende oplevert om de vordering te voldoen.⁷⁷ In een dergelijk geval waarin een grondrenteheffer minder op het goed kan verhalen dan aan hem verschuldigd is, kan aan een natuurlijke verbintenis worden gedacht. De gedachte is dat er sprake is van een verbintenis waaraan de wet door de beperking van het verhaalsrecht de afdwingbaarheid onthoudt (artikel 3:6 lid 2 aanhef en onder a BW).⁷⁸

182. *Tussenconclusie.* Met betrekking tot pandbelening onder de Pandhuiswet 1910 wordt in de literatuur meestal aangenomen dat de pandbelener een schuld heeft aan het pandhuis. Verhaalsaansprakelijkheid zonder schuld wordt ondenkbaar geacht, omdat verhaalsaansprakelijkheid er juist is ter wille van de schuld. Bij een eventueel tekort na verhaal op het pand blijft de schuld ten belope van het tekort bestaan, zij het dat de betaling niet in rechte kan worden afgedwongen. Aangenomen wordt dat in dat

76 Diephuis VII 1886, p.105-106; Suijling V 1940/573; Broekhuijsen-Molenaar 1988, p. 115-117. Overigens is het volgens Suijling wel mogelijk dat de eigenaar uitdrukkelijk een verbintenis kan aangaan om de rentetermijnen als een persoonlijke schuld te voldoen.

77 Meijers 1926, p. 558 die meent dat als na uitoefening van het verhaalsrecht niet de gehele vordering kan worden voldaan, een schuld zonder mogelijkheid van verdere executie overblijft; Asser/Rutten I 1973, p. 24, noot 3 met de volgende (ingekorte) redenering: Als men aanvaardt dat er een verplichting van de eigenaar is, dan is er schuld. Als wordt aangenomen dat er enkel een vordering is en geen schuld, dan wordt miskend dat beide niet los van elkaar kunnen bestaan. Als wordt aangenomen dat er noch een vordering noch een schuld aanwezig is en enkel gebondenheid van de grond, dan heeft dat niet te maken met het begrip verhaalsaansprakelijkheid.

78 Wessels 1988/297, noot 295.

geval sprake is van een natuurlijke verbintenis. Het gaat om een verbintenis waaraan door de wet door de beperkingen van het verhaalsrecht de afdwingbaarheid onthoudt als bedoeld in art. 6:3 lid 2 onder a BW. Met betrekking tot grondrente lijkt de conclusie vergelijkbaar te zijn als bij pandbelening. Als na verhaal een tekort resteert, is sprake van een natuurlijke verbintenis voor betaling van het ontbrekende bedrag. Ook in Duitsland wordt de schuld gescheiden gezien van de verhaalsaansprakelijkheid en blijft voor een eventueel tekort bij uitwinning een schuld zonder verhaalsaansprakelijkheid bestaan.

5.2.6 Pandbelening door vestiging van een pandrecht

5.2.6.1 *Pandrecht is een afhankelijk recht*

183. *Pandrecht is een afhankelijk recht.* Ten aanzien van de variant pandbelening door vestiging van een pandrecht als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW geldt dat bij afwezigheid van een schuld van de pandbelener lastig te verklaren is hoe het pandrecht kan worden gevestigd. Een pandrecht is immers een afhankelijk recht.⁷⁹ Artikel 3:7 BW geeft een definitie van afhankelijk recht: ‘Een afhankelijk recht is een recht dat aan een ander recht zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan.’ Dat andere recht waar het afhankelijke recht mee verbonden is wordt het hoofdrecht genoemd. Het gevolg van het zijn van afhankelijk recht is dat het geen eigen goederenrechtelijk bestaan kan leiden. Het afhankelijke recht volgt automatisch het recht waarmee het is verbonden.⁸⁰ Artikel 3:82 BW bepaalt: ‘Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn.’ Het pandrecht is daarnaast een nevenrecht (artikel 6:142 BW).⁸¹ De hoedanigheid van afhankelijk recht betekent noodzakelijkerwijs dat er naast een pandrecht ook een hoofdrecht moet zijn. Voor een pandrecht is dat de vordering tot voldoening van een geldsom waarvoor het pandrecht is gevestigd (artikel 3:227 lid 1 BW).⁸² Het pandrecht is voor zijn ontstaan (ontstaansafhankelijkheid) en tenietgaan (tenietgaansafhankelijkheid) afhankelijk van het hoofdrecht. Zonder vordering geen pandrecht. Ook is het afhankelijk in toebehoren (toebehoersafhankelijkheid). Wat er met het hoofdrecht gebeurt, gebeurt ook met het afhankelijke recht.⁸³ Dit

79 Parl. Gesch. Boek 3, p. 882-883; Booms 2019/548; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/27; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 6-VI 2020/52; Snijders & Rank-Berenschot 2022/ 47.

80 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/27.

81 Ook nevenrechten zijn verbonden aan een hoofdrecht. Nevenrechten zijn echter anders dan afhankelijke rechten steeds verbonden aan een vordering en behoeven geen vermogensrechten te zijn. Meestal, maar niet altijd, volgen nevenrechten het hoofdrecht. Snijders & Rank-Berenschot 2022/48.

82 Art. 3:231 BW geeft nadere bepalingen over de vordering die wordt gesecureerd door het pandrecht.

83 Booms 2017, p. 124-127.

betekent voor het pandrecht van Boek 3 BW noodzakelijkerwijs dat er ook een vordering tot voldoening van een geldsom moet zijn waarvoor het pandrecht is gevestigd.⁸⁴ De vraag is of dit ook geldt voor het pandrecht dat tot stand komt bij een pandbelening met een pandrecht op grond van artikel 7:130 aanhef en onder a jo 7:138 BW. Het pandrecht verleent geen verhaalsrecht voor een vordering, zoals vereist in artikel 3:227 lid 1 BW. Is hier sprake van een pandrecht dat geen afhankelijk recht is?⁸⁵

5.2.6.2 *Is het pandrecht bij pandbelening een afhankelijk recht?*

184. *Wat is een afhankelijk recht?* Voor de vraag of een recht een afhankelijk recht is en wat daarvan de gevolgen zijn, moet worden gekeken naar de inhoud en de aard van het recht, mede aan de hand van de wettelijke regeling van dat recht en de functie die het beoogt te vervullen.⁸⁶ Meestal wordt er in de literatuur impliciet van uitgegaan dat de vereiste band inherent in het recht aanwezig moet zijn waarvan beoordeeld dient te worden of het afhankelijk is of niet. Het staat partijen niet vrij om zelf te bepalen of een recht afhankelijk is of niet.⁸⁷ Om te beoordelen of een afhankelijk recht zonder een ander recht niet kan bestaan, wordt gekeken naar het nut dat men aan het afhankelijke recht kan ontleen zonder hoofdrecht. Voor een pandrecht geldt dat dit geen nut heeft zonder een vordering waarvoor het kan worden uitgeoefend.⁸⁸ Voor voldoening van de verzekerde vordering is het pandrecht niet vereist, terwijl dit normaal gesproken het doel van een pandrecht is.⁸⁹ Wat is dan het doel van dit pandrecht? De wetsgeschiedenis van Titel 7.2D BW verschaft hierover geen duidelijkheid. De meest waarschijnlijke verklaring lijkt dat de wetgever de positie van het pandhuis als verkrijger onder opschortende voorwaarde heeft willen versterken om zoveel mogelijk een gelijke positie te creëren met het pandhuis dat zaken doet op basis van pandbelening door overdracht (artikel 7:130 lid 1 onder b BW). Door het pandhuis een pandrecht te geven verkrijgt het pandhuis een goederenrechtelijke positie. Het pandrecht verschaft aan het pandhuis de voordelen die zijn verbonden aan de goederenrechtelijke positie van pandhouder en daarmee bescherming tegen de andere schuldeisers van de pandbelener.⁹⁰ De vraag is of het pandrecht deze functie kan vervullen zonder dat er een vordering is die wordt verzekerd.

⁸⁴ Kopalit 2015, p. 114-115.

⁸⁵ Kopalit 2015, p. 114-115 meent dat het afhankelijke karakter minder sterk is, maar dat het pandrecht afhankelijk blijft, waarbij hij wijst op de verplichting van het pandhuis in art. 7:135 BW om de zaak weer af te geven na tijdige betaling door de pandbelener.

⁸⁶ Snijders 2002, p.33; Rongen 2012/178.

⁸⁷ Booms 2019/577.

⁸⁸ Booms 2019/579.

⁸⁹ Rongen 2012/178.

⁹⁰ Zie voor een bespreking van de positie van het pandhuis als pandhouder par. 7.2.

185. *Recht op afgifte.* Een duidelijke aanwijzing dat het pandrecht een afhankelijk karakter heeft, wordt gegeven in artikel 7:135 BW.⁹¹ Dit artikel bepaalt dat gedurende de beleentermijn de pandbelener te allen tijde recht heeft op onverwijld afgifte van de beleende zaak tegen terugbetaling van de geldsom en betaling van de pandbeleningsvergoeding. De verplichting van het pandhuis om de zaak af te geven correspondeert met de verplichting van de pandhouder uit hoofde van artikel 3:256 BW om wanneer het pandrecht is tenietgegaan de feitelijke macht over de beleende zaak aan de pandgever te doen toekomen. Dit laatste artikel wordt in artikel 7:138 BW niet van toepassing verklaard omdat aan dit artikel 'geen behoefte [is] naast de verplichting tot teruggave die uit de pandbeleningsovereenkomst voortvloeit.'⁹² De verplichting tot teruggave van de beleende zaak bij terugbetaling van de beleensom en de betaling van de pandbeleningsvergoeding ligt voor de hand omdat het pandrecht is tenietgegaan als gevolg van het tenietgaan van de verzekerde vordering waarvan het pandrecht afhankelijk is (artikel 3:7 BW).⁹³

5.2.6.3 Conclusie

186. *Conclusie.* Er zijn gezien het bovenstaande goede argumenten om aan te nemen dat bij de pandbelening door vestiging van een pandrecht bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW de pandbelener een schuld heeft aan het pandhuis, waarbij de verhaalsaansprakelijkheid van de pandbelener voor deze schuld is beperkt tot de beleende zaak. Met betrekking tot pandbelening onder de Pandhuiswet 1910 werd in de literatuur meestal aangenomen dat de pandbelener een schuld heeft aan het pandhuis. Verhaalsaansprakelijkheid zonder schuld wordt ondenkbaar geacht, omdat verhaalsaansprakelijkheid er juist is ter wille van de schuld. Bij een eventueel tekort na verhaal op het pand blijft de schuld ten belope van het tekort bestaan, zij het dat de betaling niet in rechte kan worden afgedwongen. Aangenomen wordt dat in dat geval sprake is van een natuurlijke verbintenis. Het gaat om een verbintenis waaraan door de wet door de beperkingen van het verhaalsrecht de afdwingbaarheid onthoudt als bedoeld in art. 6:3 lid 2 onder a BW. Uit de memorie van toelichting bij Titel 7.2D BW blijkt nergens dat de wetgever op dit punt een fundamenteel ander karakter voor pandbelening voor ogen had dan bij de Pandhuiswet 1910. Aannemelijker lijkt dat in de omschrijving van pandbelening in de memorie van toelichting het onderscheid tussen schuld en verhaalsaansprakelijkheid niet in acht is genomen. Met het ontbreken van een (rest)schuld wordt in de memorie van

91 Kopalit 2015, p. 114-115.

92 Kamerstukken II, 2011/12, 33 334, 3, p.15.

93 Hierbij wordt aangenomen dat het pandrecht uitsluitend de vordering uit hoofde van de specifieke overeenkomst van pandbelening verzekert en niet andere of toekomstige vorderingen.

toelichting bij Titel 7.2D BW bedoeld op het ontbreken van verhaalsaansprakelijkheid voor de restant vordering.

Bij afwezigheid van een schuld is ook lastig te verklaren hoe het pandrecht kan worden gevestigd. Een pandrecht is immers een afhankelijk recht. Hoewel in het geval van pandbelening door vestiging van een pandrecht het afhankelijk karakter van het pandrecht minder duidelijk is dan bij een pandrecht uit hoofde van Boek 3 BW, moet dit wel worden gezien als een afhankelijk recht, omdat dit zonder een vordering van het pandhuis op de pandbelener geen nut zou hebben. De afhankelijkheid blijkt ook uit de verplichting van het pandhuis om de beleende zaak onverwijld terug te geven aan de pandbelener als de beleensom en de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn zijn terugbetaald resp. voldaan. Dit impliceert dat sprake moet zijn van een hoofdrecht dat door het pandrecht wordt geseceureerd: een vordering van het pandhuis op de pandbelener. Het is wel een bijzondere vordering. Voor de vordering is uitsluitend verhaal mogelijk op de beleende zaak. Een eventuele restschuld is niet afdwingbaar. De resterende vordering kan worden gezien als een natuurlijke verbintenis.

5.2.7 Pandbelening door overdracht

5.2.7.1 Inleiding

187. *Wettelijke regeling.* Artikel 7:130 lid 1 onder b BW noemt als tweede variant voor pandbelening de overeenkomst van pandbelening met het beding dat de pandbelener de zaak terstond aan het pandhuis in eigendom overdraagt, maar het pandhuis gehouden is de zaak aan de pandbelener terug te geven, indien deze binnen de beleentermijn de geldsom volledig aan het pandhuis heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan. Indien in de overeenkomst van pandbelening dit beding is gemaakt, heeft volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding tot gevolg dat de pandbelener de eigendom van de zaak van rechtswege opnieuw verkrijgt, 'als ware de overdracht aan het pandhuis onder de ontbindende voorwaarde van deze terugbetaling geschied' (artikel 7:136 BW). In de memorie van toelichting wordt hierover opgemerkt dat dit beding erop neer komt dat de pandbelening de vorm van een koopovereenkomst krijgt.⁹⁴ De wetgever lijkt ervan uit te gaan dat de bepalingen van Titel 7.1 BW betreffende koop van toepassing zijn.⁹⁵

94 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 12. Zie ook Kamerstukken II 2011/12, 33 334, p. 9 met betrekking tot de vraag of de Dienstenrichtlijn van toepassing is.

95 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 12. De memorie van toelichting vermeldt dat de overdracht bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder b BW door bezitsverschaffing dient te geschieden, 'zoals dan ook wordt geëist door artikel 9 van Boek 7 betreffende koop.'

188. *Afwijking van de Pandhuiswet 1910*. De wetgever heeft bij de invoering van deze vorm van pandbelening willen aansluiten bij de in de markt gebruikte vormen van pandbelening. De wetgever wijkt hiermee af van de Pandhuiswet 1910. De definitie van bank van lening in de Pandhuiswet 1910 omvatte niet alleen de bank die op basis van een pandrecht werkt, maar ook de bank van lening die werkt op basis van koop met het recht van wederinkoop.⁹⁶ Iedere verstrekking van een roerende zaak tegen afgifte van geld door een bank van lening met de afspraak dat zij die de zaak afgaven het recht hebben deze terug te verkrijgen, werd beschouwd als een verpanding ongeacht de juridische vorm waarin de transactie werd gedaan.⁹⁷ Dus ook als de overeenkomst in de vorm van verkoop met het recht van wederinkoop werd aangegaan. De artikelen uit het Oud Burgerlijk Wetboek met betrekking tot verkoop met het recht van wederinkoop werden in de Pandhuiswet 1910, anders dan de bepalingen met betrekking tot pandrecht (titel 2.19 OBW) en verbruikleen (titel 3.14 OBW), niet van toepassing verklaard op pandbelening (art. 57 lid 1 PHW). De keuze van de wetgever bij de Pandhuiswet 1910 kan worden verklaard door het grootschalige misbruik dat plaatsvond bij pandhuizen die werkten op basis van verkoop met het recht van wederinkoop in de periode voorafgaande aan de invoering van de Pandhuiswet 1910, terwijl de bestaande regeling voor banken van lening op hen niet van toepassing was.⁹⁸ Door de transacties vorm te geven als een verkoop met het recht van wederinkoop in plaats van als een lening met een pandrecht, werd beoogd de bestaande wetgeving voor banken van lening, met name artikel 411 Strafrecht (oud), te omzeilen.⁹⁹ Hierbij dient te worden bedacht dat een overeenkomst van verkoop met het recht de zaak terug te kopen op zich een geoorloofde transactie vormt. De verkoop met het recht van wederinkoop was in het oud Burgerlijk Wetboek geregeld in de artikelen 1555-1568. In het algemeen werden huizen van verkoop met het recht van wederinkoop dan ook als inrichtingen *sui generis* beschouwd, waarop artikel 411 Strafrecht (oud) niet van toepassing was.¹⁰⁰ Een enkele maal werd in afwijking hiervan geoordeeld dat bij de beoordeling van de vraag of sprake was van een 'leenhuis op pand' (de definitie in art. 411 Strafrecht), het er niet toe doet, welke benamingen men geeft aan de overeenkomsten die de inrichting sluit, maar men enkel behoort te letten op de aard van de handelingen. Een huis dat panden in belening neemt is daarom een 'leenhuis op pand', ook al geeft men de overeenkomst een andere

96 Art. 1.1 PHW; Kamerstukken II 1908/09, 277, 3, p. 8. Zie ook par. 3.2.1. In de memorie van toelichting bij titel 7.2D BW wordt er ten onrechte van uit gegaan dat de Pandhuiswet 1910 niet van toepassing was op banken van lening die werkten op basis van koop met het recht van wederinkoop. Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 3.

97 Suijling V 1940, p. 561.

98 Kamerstukken II 1908/09, 277, 3, p. 6-7. Zie ook par. 3.1.

99 Van Citters 1886, p. 35.

100 Van Citters 1886, p. 35-36.

naam.¹⁰¹ Nadat in een latere procedure de Hoge Raad had geoordeeld dat de vraag of sprake is van een lening met onderpand of een verkoop met het recht van wederinkoop van geheel feitelijke aard is en de zaak had doorverwezen naar het Hof Amsterdam¹⁰², volgde het Hof Amsterdam in zijn arrest weer de traditionele visie dat huizen van verkoop met het recht van wederinkoop als instellingen *sui generis* moeten worden beschouwd. Het Hof Amsterdam overwoog hierbij onder meer dat de overeenkomsten, opgevat naar hun bewoordingen, in overeenstemming met de betekenis daaraan door de verdachte gegeven, steun vinden in de bepalingen in het oude BW met betrekking tot wederinkoop. Ook overwoog het Hof dat men bij de uitleg van een overeenkomst in het algemeen gehouden is aan de leer, dat waar de bewoordingen van een overeenkomst duidelijk zijn, daarvan niet mag worden afgeweken, zeker niet in een strafzaak waar een andere uitleg ten nadele van verdachte strekt.¹⁰³ De Pandhuiswet 1910 beoogde de misstanden die hierna door het gebrek aan regulering ontstonden, aan te pakken.

Omdat de Pandhuiswet 1910 slechts pandbelening door vestiging van een pandrecht kende, is de onder de Pandhuiswet 1910 gehuldigde visie over de vraag of bij pandbelening een schuld van de pandbelener ontstaat, voor pandbelening door overdracht niet direct toepasselijk. Het gaat bij pandbelening door overdracht om een andere juridische constructie dan onder de Pandhuiswet 1910 het geval was.

189. *Ontstaat er een schuld van de pandbelener?* In dit hoofdstuk staat de aard van de pandbeleningsovereenkomst centraal. De vraag is of bij de overeenkomst van pandbelening een schuld van de pandbelener aan het pandhuis ontstaat. Voor het type pandbelening door vestiging van een pandrecht bestaan goede argumenten om aan te nemen dat dit het geval is (zie par. 5.2.6). Bij het type pandbelening door overdracht is dat minder duidelijk. Er zijn grofweg twee benaderingen te onderscheiden. De eerste gaat uit van de klassieke pandbelening. Er is sprake van een kredietrelatie en de pandbelener krijgt een schuld. De zaak wordt tot zekerheid voor betaling overgedragen aan het pandhuis. In de tweede benadering wordt aangenomen dat de wetgever onder de naam pandbelening een wettelijke basis heeft willen geven aan de bestaande praktijk van koop met het recht van terugkoop. In die benadering is geen sprake van een krediet-schuld. De pandbelener heeft een recht om de zaak terug te kopen en geen verplichting. Beide benaderingen worden hierna besproken.

101 Rb. Arnhem 11 november 1884, WvHR 1885, 5146, bevestigd door Hof Arnhem 27 december 1884, WvHR 1885, 5146.

102 HR 5 april 1886, WvHR 1886, 5292

103 Hof Amsterdam 24 mei 1886, WvHR 1886, 5307.

5.2.7.2 Pandbelening impliceert kredietverschaffing

190. *De kredietrelatie staat centraal.* In de eerste benadering ligt de nadruk op kredietverschaffing. Op basis van de overeenkomst van pandbelening door overdracht wordt de zaak overgedragen bij het aangaan van de overeenkomst, zowel juridisch als feitelijk. De overdracht van de zaak vindt plaats onder ontbindende voorwaarde.¹⁰⁴ De overdracht is pas definitief als de pandbelener na afloop van de beleentermijn de beleensom niet heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding niet heeft voldaan. De focus ligt niet op de overdracht van de zaak, zoals bij koop het geval is, maar op het belenen van de zaak, het verschaffen van krediet. Pandbelening wordt gebruikt als de klant snel geld nodig heeft, maar de zaak juist niet wil verkopen. Dat is een duidelijk ander motief dan in het algemeen zal spelen bij verkoop van de zaak. De wil van de pandbelener is niet zozeer gericht op verkoop met het recht van terugkoop, maar op het belenen van de zaak.

Het bovenstaande is ook terug te vinden in de bij pandbelening gebruikte terminologie. De term pandbelening duidt op het belenen van het pand (de zaak) door dit in pand te geven aan het pandhuis, waarvoor als tegenprestatie een beleensom wordt betaald aan de pandbelener. In de meeste gevallen wordt de zaak ook daadwerkelijk teruggehaald door de pandbelener binnen de beleentermijn.¹⁰⁵ In de overeenkomst van pandbelening staat het krediet centraal en niet de eigendomsoverdracht.¹⁰⁶

De centrale positie van het krediet bij pandbelening wordt bevestigd in de nota van toelichting bij het KB van 13 maart 2014, waarin de maximale hoogte van de pandbeleningsvergoeding is vastgesteld. In het KB is het standpunt ingenomen dat geen BTW over de pandbeleningsvergoeding is verschuldigd. Dat geldt voor beide types pandbelening als omschreven in artikel 7:130 lid 1 BW. Volgens de nota van toelichting bij het KB is in beide gevallen ‘immers het hoofddoel geld ter beschikking te stellen en niet het overdragen van het in pand gegeven goed.’¹⁰⁷

In deze benadering is sprake van een kredietrelatie en ontstaat als gevolg van de overeenkomst van pandbelening door overdracht een kredietschuld van de pandbelener aan het pandhuis. Dat heeft als consequentie dat in artikel 7:130 lid 1 onder b BW voorziene overdracht van de zaak plaats vindt tot zekerheid voor betaling van de schuld. Er is sprake van een zekerheidsoverdracht. Een dergelijke overdracht loopt het risico om in strijd te komen met het fiducia-verbod.¹⁰⁸ Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever dat bij pandbelening door overdracht sprake

104 Zie par. 7.4.2.

105 Bij 31% van de beleningen werd de zaak niet gelost. Zie rapport Pandhuizen in Nederland 2009, p. 30-31

106 Spanjaard 2013, p. 143.

107 Stb. 2014, 123.

108 Zie voor toepasselijkheid van het fiducia-verbod bij artikel 7:130 lid 1 onder b BW, par. 7.4.7.

is van een schuld. De minister heeft bij de behandeling van de vraag naar toepasselijkheid van het fiducia-verbod gesteld dat geen sprake is van een zekerheidsrecht dat gericht is op verhaal, maar van een overdracht die de strekking heeft de zaak in het vermogen van het pandhuis te doen vallen (onder ontbindende voorwaarde).¹⁰⁹

5.2.7.3 *Pandbelening door koop met het recht van terugkoop*

191. *Koop met het recht van terugkoop.* In de alternatieve benadering wordt pandbelening door overdracht ondanks de gebruikte terminologie gezien in het licht van koop met het recht van terugkoop. In de praktijk wordt de overeenkomst van pandbelening door overdracht door de commerciële pandhuizen vormgegeven als koop met het recht van terugkoop.¹¹⁰ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever deze praktijk van met name de commerciële pandhuizen om zaken te kopen met de afspraak dat de pandbelener de zaak gedurende een bepaalde termijn mag terugkopen, heeft willen laten voortbestaan en reguleren.¹¹¹ Om die reden is een apart type pandbelening ingevoerd, de overeenkomst van pandbelening door overdracht. De wetgever heeft hiermee een wettelijke basis gegeven aan de bestaande praktijk van pandbelening door middel van koop met het recht van terugkoop. In artikel 7:130 lid 1 onder b BW wordt gesproken over overdracht om te voorkomen dat als het woord koop niet wordt gebruikt in de overeenkomst, deze niet kwalificeert als overeenkomst van pandbelening.¹¹²

De vraag rijst of de wetgever heeft bedoeld dat de bepalingen die gelden voor beide overeenkomsten – de overeenkomst van pandbelening en de overeenkomst van koop met het recht van terugkoop – naast elkaar van toepassing zijn. Heeft de wetgever hier een gemengde overeenkomst in de zin van artikel 6:215 BW voor ogen gehad? Van een gemengde overeenkomst is sprake als een overeenkomst voldoet aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten. De overeenkomst moet volledig beantwoorden aan de benoemde overeenkomsten.¹¹³ Het lijkt mij niet aannemelijk dat de wetgever met de overeenkomst van pandbelening door overdracht een gemengde overeenkomst heeft willen creëren. De wetgever heeft een eigen wettelijk kader geïntroduceerd voor de overeenkomst van pandbelening onafhankelijk van de regeling voor koop.

109 Kamerstukken II 2012/13, 33 334, 6, p. 13. Zie par. 7.4.7.3.

110 Zie bijv. www.usedproducts.nl/terugkoopvoorwaarden, waar de voorwaarden van de 'terugkoopservice' worden opgesomd, en www.goods4you-rotterdam.nl/back2you-rotterdam, waar wordt gesproken over een belening met een Back2you-terugkoopovereenkomst.

111 Zie onder meer Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 2, 4 en 12.

112 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 12.

113 Hinskens-van Neck & Siemerink 2012/3; Asser/Sieburgh 6-III 2018/67; Asser/Hijma 7-I 2019/12.

De parlementaire geschiedenis van Titel 7.2D BW biedt ook geen steun voor de aanname dat sprake is van een gemengde overeenkomst.

Het bovenstaande neemt niet weg dat in de praktijk de overeenkomst van pandbelening zal worden vormgegeven als een koopovereenkomst met het recht van terugkoop. Koop is de overeenkomst waarbij de verkoper zich verbindt om een zaak te geven en de koper zich verbindt daarvoor een prijs in geld te betalen (art. 7:1 BW). Een schuldverhouding ontstaat hierbij niet, indien de koopprijs bij de overdracht van de zaak wordt betaald. Ook het karakter van het recht van terugkoop maakt het bestaan van een schuld niet aannemelijk. Het recht van terugkoop, onder het OBW het recht van wederinkoop, wordt algemeen beschouwd als een wilsrecht: de bevoegdheid om door een eenzijdige wilsverklaring een verandering in een bestaande rechtstoestand te scheppen.¹¹⁴ Bij een schuldverhouding zal geen sprake kunnen zijn van een wilsrecht. De pandbelener is dan verplicht te betalen, terwijl bij een wilsrecht de wil van de pandbelener doorslaggevend behoort te zijn.

Het is bijzonder lastig om de overeenkomst van pandbelening door overdracht bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder b BW te interpreteren. Ik ben geneigd om te denken dat de tweede benadering waarbij wordt uitgegaan van koop met het recht van terugkoop de juiste is. De wetgever heeft de bestaande praktijk van de commerciële pandhuizen willen reguleren en heeft daarbij de door hen gebruikte constructie van koop met het recht van terugkoop geaccepteerd als een vorm van pandbelening door introductie van pandbelening door overdracht. Ondanks de noemer pandbelening is geen sprake van een krediet in klassieke zin. Het is daarmee een wat vreemde rechtsfiguur. De aard van de overeenkomst van pandbelening door overdracht wijkt in deze benadering fundamenteel af van de aard van de overeenkomst van pandbelening door vestiging van een pandrecht. Uit het oogpunt van consistentie in de behandeling van beide varianten van pandbelening is dit een teleurstellende uitkomst.

114 Suijling I 1948, p. 102-103; Meijers 1948, p. 266; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/102; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/2. Snijders & Rank-Berenschot 2022/30. Zie par. 7.5.2.3.