



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).

6.1 INLEIDING

192. *Wettelijke regeling.* Artikel 7:130 BW omschrijft een overeenkomst van pandbelening als een overeenkomst waarbij het pandhuis aan de pandbelener een geldsom ter beschikking stelt en de pandbelener daartegenover een roerende zaak, niet zijn de een registergoed, in de macht van het pandhuis brengt. Vervolgens worden twee varianten onderscheiden. Het type pandbeleningsovereenkomst, als omschreven in artikel 7:130 lid 1 onder a BW, bevat het beding dat het pandhuis eigenaar van de zaak wordt, indien volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn uitblijft. De wetgever gaat er van uit dat dit type overeenkomst van pandbelening leidt tot de vestiging van een pandrecht, hoewel dat niet met zoveel woorden in de wet is uitgedrukt. Het kan worden afgeleid uit artikel 7:138 BW, dat bepaalt dat de regels betreffende pandrecht op roerende zaken in beginsel van toepassing zijn op een pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW. Wel gaat het volgens de wetgever om een bijzonder soort pandrecht 'dat, anders dan gewoonlijk, aan het pandhuis geen recht geeft zich op de zaak te verhalen, maar hem, in strijd met wat gewoonlijk geldt, eigenaar van de zaak maakt, indien de geldsom met de pandbeleningsvergoeding niet binnen de beleentermijn wordt terugbetaald resp. voldaan.'¹ In verband met het bijzondere karakter van het pandrecht wordt een fors aantal bepalingen van Titel 3.9 BW van toepassing uitgesloten.² Het gaat met name om de bepalingen die gelden voor de verhaalbaarheid van de door het pandrecht gedekte vordering op de zaak en de wijze waarop dat verhaal moet worden uitgeoefend. Ook het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 is uitgesloten omdat het pandrecht niet dient tot verhaal van een vordering.

193. *Klassieke verpanding.* In de memorie van toelichting wordt de pandbelening gecureerd door een pandrecht de 'klassieke verpanding' genoemd, waarbij de pandbelener eigenaar blijft van de beleende zaak.³ Het is niet duidelijk waarop de minister doelt met het gebruik van de term 'klassieke verpanding'. Bedoelt de minister dat pandbelening door middel

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

2 In artikel 7:138 BW worden de artikelen 233, 234, 235, 237, 241, 242, 243 lid 2, 244, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254 en 256 van Boek 3 BW buiten toepassing verklaard.

3 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 2.

van verpanding van de zaak van oudsher gangbaar is geweest bij pandbelening en ook onder de Pandhuiswet 1910 de enige toegelaten wijze van pandbelening was? Of wordt met het klassieke karakter bedoeld op de omstandigheid dat het een primitieve vorm van pandrecht betreft, zonder de verfijningen die zijn gaan behoren tot de essentialia van het pandrecht.⁴ De eerste verklaring lijkt mij meer voor de hand liggend, omdat de term in de memorie van toelichting wordt gebruikt in het kader van een beschrijving van de twee gangbare vormen van pandbelening: met een pandrecht en door middel van koop met het recht van terugkoop. Het pandrecht is echter allerm minst klassiek in die zin dat het op fundamentele punten afwijkt van het pandrecht dat werd gevestigd bij pandbelening op basis van de Pandhuiswet 1910.

194. *Plan van behandeling.* In dit hoofdstuk zal in par. 6.2 tot en met par. 6.5 het pandrecht dat bij pandbelening door vestiging van een pandrecht als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW tot stand komt worden onderzocht. Begonnen wordt met een onderzoek naar de essentialia van het pandrecht (par. 6.2.1), gevolgd door de bespreking van het pandrecht dat geen verhaalsrecht is (par. 6.2.2). Hierna ligt de focus op de uitsluiting van het toe-eigeningsverbod bij dit pandrecht (par. 6.3). Vervolgens komt in par. 6.4 aan de orde de rechtspositie van de pandbelener als pandgever en in par. 6.5 de rechtspositie van het pandhuis als pandhouder. Vervolgens wordt in par. 6.6 de overdracht van de zaak door de pandbelener aan het pandhuis bij de pandbelening door vestiging van een pandrecht onderzocht. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een bespreking van de rechtspositie van de pandbelener (par. 6.7) en van het pandhuis (par. 6.8) bij de overdracht van de zaak.

6.2 HET PANDRECHT DAT WORDT GEVESTIGD BIJ PANDBELENING DOOR VESTIGING VAN EEN PANDRECHT

6.2.1 Essentialia van het pandrecht

6.2.1.1 Toepasselijke bepalingen van Titel 3.9 Afd. 1 en 2 BW

195. *Bepalingen betreffende pandrecht van toepassing.* Artikel 7:138 BW maakt duidelijk dat de regels betreffende pandrecht op roerende zaken in beginsel van toepassing zijn op een pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW.⁵ Vervolgens worden artikel 7:138 BW de artikelen 233, 234, 235, 237, 241, 242, 243 lid 2, 244, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254 en 256 van Boek 3

4 Salomons 2013, p. 654. Zie ook Van der Weide 2019, nr. 123 die spreekt over een rudimentaire vorm van (vuist)pandrecht.

5 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 15 Het betreft de volgende bepalingen: art. 3:227 t/m 3:231 BW, art. 3:236 lid 1 BW, art. 238 BW, art. 3:243 lid 1 BW, art. 3:245 BW, art. 3:257 BW en art. 3:258 BW.

BW buiten toepassing verklaard. Ook zijn een aantal bepalingen naar hun aard niet van toepassing op een pandrecht op roerende zaken.⁶ Daardoor zijn slechts de volgende bepalingen van toepassing op het pandrecht: art. 3:227 t/m 3:231 BW, art. 3:236 lid 1 BW, art. 238 BW, art. 239 BW, art. 3:243 lid 1 BW, art. 3:245 BW, art. 3:257 BW en art. 3:258 BW.

De omschrijving van het recht van pand in artikel 3:227 BW is niet buiten toepassing verklaard in artikel 7:138 BW. Dat is opvallend omdat dit artikel een recht van pand omschrijft als een beperkt recht, 'streckende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen'. Het in artikel 7:130 lid 1 onder a BW jo artikel 7:138 BW bedoelde pandrecht is nu juist niet gericht op het nemen van verhaal voor een vordering.⁷ De wetgever meent dat er geen sprake is van een vordering van het pandhuis op de pandbelener.

De bepaling met betrekking tot het substitutiepandrecht (art. 3:229 BW) is van toepassing.⁸ Op grond hiervan brengt het recht van pand van rechtswege een recht van pand mee op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden. Indien de beleende zaak door brand teniet zou gaan, verkrijgt het pandhuis een pandrecht op de vordering tot vergoeding die in de plaats van de beleende zaak treedt.⁹

De bepalingen met betrekking tot de zorgplicht van de pandhouder voor de verpande zaak en het instellen van rechtsoverdrachten tegen derden (art. 3:243 lid 1 BW, art. 3:245 BW en art. 3:257 BW) zijn van toepassing. Deze worden hierna besproken in par. 6.5.2.1 bij de rechtspositie van het pandhuis als pandhouder. Artikel 3:238 met betrekking tot beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener wordt hierna besproken in par. 6.5.2.2.

6.2.1.2 Uitsluiting van toepasselijkheid van bepalingen in Titel 3.9 BW

196. *Bepalingen samenhangende met verhaal van de vordering.* Indien de geldsom met de pandbeleningsvergoeding niet binnen de beleentermijn wordt terugbetaald resp. voldaan, wordt het pandhuis eigenaar van de zaak. Er is geen sprake van verhaal. Om die reden zijn in artikel 7:138 BW de bepalingen die gelden voor de verhaalbaarheid van de door het pandrecht verzekerde vordering op de zaak en de wijze waarop dat verhaal moet worden uitgeoefend, buiten toepassing verklaard.¹⁰ Het betreft de artikelen

6 Het betreft de volgende bepalingen: art. 3:236 lid 2 BW, art. 3:239 BW, art. 3:246, art. 3:247 en art. 3:255 BW. Art. 3:232 BW is vervallen. Zie Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/266.

7 Salomons 2013, p. 654.

8 Zie over het substitutiepandrecht Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/58.

9 Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/266; Biemans 2021, p. 224.

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

3:233 BW, 3:234 BW en 3:248 tot en met 3:254 BW.¹¹ Omdat in feite sprake is van toe-eigening door het pandhuis, is artikel 3:235 BW (het toe-eigeningsverbod) ook uitgesloten (zie par. 6.3 hierna).

197. *Bepalingen die niet goed passen of overbodig zijn.* Ook zijn een aantal bepalingen buiten toepassing verklaard omdat deze niet goed passen of overbodig zijn bij pandbelening.¹² De verklaring van de pandhouder als bedoeld in artikel 3:241 BW is overbodig naast de informatieverplichting die uit de artikelen 7:133 BW en 7:134 BW voortvloeit. Artikel 3:242 BW is uitgesloten, omdat de wetgever wil voorkomen dat het pandhuis de bevoegdheid tot herverpanding bedingt. De kosten tot behoud of onderhoud als bedoeld in artikel 3:243 lid 2 BW en de rente als bedoeld in artikel 3:244 BW mogen niet in rekening worden gebracht aan de pandbelener anders dan als onderdeel van de pandbeleningsvergoeding en zijn daarom uitgesloten. Ten slotte is artikel 3:256 BW, dat voorziet in een verplichting om de feitelijke macht over het goed terug te geven bij tenietgaan van het pandrecht, overbodig naast de verplichting tot teruggave uit hoofde van artikel 7:135 lid 2 BW.

6.2.1.3 *De door het pandrecht verzekerde vordering*

198. *Het pandrecht dekt uitsluitend de vordering die samenhangt met de verpande zaak.* Er zijn goede argumenten om aan te nemen dat, anders dan de wetgever meent, bij pandbelening door vestiging van een pandrecht de pandbelener een schuld heeft aan het pandhuis voor de verstrekte geldsom en de pandbeleningsvergoeding, waarbij de verhaalsaansprakelijkheid is beperkt tot de beleende zaak.¹³ Het pandrecht is gevestigd tot zekerheid voor betaling van de met de schuld corresponderende vordering van het pandhuis op de pandbelener. Artikel 7:135 lid 2 BW maakt duidelijk dat het pandrecht uitsluitend tot zekerheid strekt van de vordering die samenhangt met de verpande zaak. Het recht op afgifte geldt ongeacht of de pandbelener nog bedragen verschuldigd is aan het pandhuis uit hoofde van andere overeenkomsten van pandbelening. Artikel 7:135 lid 2 BW spreekt over afgifte 'tegen terugbetaling van de ter beschikking gestelde geldsom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding.' In de memorie van toelichting wordt gesproken over afgifte 'tegen betaling van wat hij uit hoofde van de pandbeleningsovereenkomst aan het pandhuis verschuldigd is.'¹⁴

11 Bij de om genoemde redenen uitgezonderde bepalingen bevinden zich ook de derdenpandbepalingen (artikel 3:233 BW en artikel 3:234 BW). Biemans (Biemans 2021, p. 224) heeft hierover opgemerkt dat deze bepalingen alleen zijn uitgezonderd omdat ze betrekking hebben op een bestaand pandrecht. Dit laat naar zijn mening de mogelijkheid van een derdenpandrecht als zodanig onverlet. Zie ook Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/266.

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

13 Zie par. 5.2.6.

14 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 14.

Het recht op afgifte geldt ongeacht of de pandbelener nog bedragen verschuldigd is aan het pandhuis uit hoofde van andere overeenkomsten van pandbelening. Het pandrecht strekt niet tot zekerheid van andere schulden van de pandbelener aan het pandhuis.¹⁵

6.2.1.4 Totstandkoming en einde van het pandrecht

199. *Totstandkoming van het pandrecht.* Het pandrecht uit hoofde van artikel 7:130 lid 1 onder a BW jo artikel 7:138 BW is een vuistpand. Artikel 7:130 lid 1 BW vereist dat de zaak in de macht van het pandhuis wordt gebracht. Het pandrecht komt tot stand, op de voet van artikel 3:84 lid 1 jo. 3:98 BW, door een vestigingshandeling op grond van een rechtsgeldige titel door een beschikkingsbevoegde persoon. Het wordt gevestigd door de beleende zaak in de macht van het pandhuis te brengen (art. 3:236 lid 1 BW). Het is volgens de memorie van toelichting niet vereist dat de overeenkomst van pandbelening vermeldt dat het pandrecht wordt gevestigd. Als de overeenkomst van pandbelening voldoet aan de omschrijving in artikel 7:130 lid 1 onder a BW komt het pandrecht tot stand, ook als in de overeenkomst van pandbelening niet wordt gesproken over verpanding.¹⁶ Omdat de zaak in de macht van de pandhouder moet worden gebracht, is stille verpanding uitgesloten. Artikel 3:237 BW is daarom buiten toepassing verklaard.¹⁷

200. *Einde van het pandrecht.* Als binnen de beleentermijn de ter beschikking gestelde geldsom is terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding is voldaan, is het pandhuis verplicht de beleende zaak onverwijld aan de pandbelener af te geven (art. 7:135 lid 2 BW). Het pandrecht eindigt en de pandbelener herkrijgt de onbelaste eigendom van de beleende zaak doordat deze weer in de macht van de pandbelener komt (art. 3:258 lid 1 BW). Wordt binnen de beleentermijn de beleensom niet aan het pandhuis terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding niet voldaan, dan wordt ingevolge artikel 7:130 lid 1 onder a BW het pandhuis volledig eigenaar van de zaak en eindigt het pandrecht. Het pandrecht geeft geen recht op verhaal op de zaak op de wijze voorzien voor het pandrecht als bedoeld in titel 3.9 BW.

6.2.2 Pandrecht zonder verhaalsrecht

6.2.2.1 Waarom voorziet titel 7.2D BW in een pandrecht zonder verhaalsrecht?

201. *Geen schuld van de pandbelener?* De minister geeft in de memorie van toelichting bij titel 7.2D BW geen reden voor het introduceren van dit bijzondere pandrecht dat geen recht geeft op verhaal. In de literatuur is deze keuze verklaard door te wijzen op de visie van de wetgever dat bij pandbelening

15 Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/269; Biemans 2021, p. 226.

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

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

geen sprake is van een verplichting van de pandbelener om te betalen. De pandbelener zou geen schuld hebben aan het pandhuis en het pandhuis zou geen vordering hebben op de pandbelener. Omdat er geen schuld van de pandbelener is, kan er geen sprake zijn van een verhaalsrecht.¹⁸

Zoals in par. 5.2.6 is betoogd, zijn er goede argumenten om aan te nemen dat de pandbelener bij een pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW wel een schuld heeft aan het pandhuis, waarbij de verhaalsaansprakelijkheid van de pandbelener voor deze schuld is beperkt tot de beleende zaak. Kort samengevat, is de redenering als volgt. 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.¹⁹ 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. Waar in de memorie van toelichting wordt gesteld dat pandbelening niet leidt tot een (rest)schuld, wordt waarschijnlijk 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. Dit impliceert dat sprake moet zijn van een hoofdrecht dat door het pandrecht wordt gesecureerd: een vordering van het pandhuis op de pandbelener.

202. *Gelijke behandeling van beide varianten van pandbelening.* Hoe kan de keuze van de wetgever voor een pandrecht dat geen verhaalsrecht inhoudt dan worden verklaard? Aannemelijk lijkt mij dat de keuze van de wetgever voortvloeit uit de wens om beide varianten van pandbelening die worden onderscheiden in artikel 7:130 lid 1 onder a resp. b BW zoveel mogelijk gelijk te behandelen. De memorie van toelichting vermeldt dat de definitie van pandbelening is verruimd, zodat alle mogelijke juridische vormen onder de wet vallen. De minister heeft daarbij aansluiting gezocht bij de twee bestaande vormen van pandbelening: pandbelening met een pandrecht en pandbelening door middel van koop met het recht van terugkoop. De memorie van toelichting voegt daaraan toe dat het 'onwenselijk is dat er een verschillend regime geldt voor verschillende vormen van dezelfde dienstverlening'.²⁰ Ongeacht de juridische constructie en de naam die aan de transactie wordt gegeven, zal de pandbelener hetzelfde

18 Salomons 2013, p. 653-654; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/759d; Van der Weide 2019/123.

19 Asser/Rutten I 1973, p. 23. In deze zin ook Asser/Hartkamp I 1996/39 en Asser/Sieburgh 6-I 2016/39; anders: Asser/Scholten II 1933, p. 395.

20 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 4.

niveau van bescherming moeten krijgen. Dit volgt ook uit de strekkingsbepaling in artikel 7:130 lid 2 BW. Een pandbelening verzekerd met een pandrecht op basis van Titel 3.9 BW zou resulteren in een geheel andere positie van de pandbelener dan bij een pandbelening op basis van eigendomsoverdracht onder ontbindende voorwaarde. Bij een pandrecht geldt een executieplicht, geldt het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW) en moet een eventuele meeropbrengst worden afgedragen (art. 3:253 lid 1 BW). De wetgever wil het pandhuis niet verplichten de verkoopwinst af te dragen aan de pandbelener. Particuliere pandhuizen verkrijgen een belangrijk deel van hun opbrengsten uit de winst bij verkoop. De wetgever wilde hen die inkomstenbron niet ontnemen, omdat dit zou hebben geleid tot een hogere pandbeleningsvergoeding. Bovendien wil de wetgever de pandhuizen niet onderwerpen aan strengere regels dan die welke gelden voor de markt voor tweedehands zaken of winkels.²¹ Deze beperkingen die van toepassing zijn bij een pandrecht gelden allemaal niet bij pandbelening door overdracht (art. 7:130 lid 1 onder b BW). Het pandhuis is vanaf de datum van het aangaan van de overeenkomst van pandbelening eigenaar van de zaak onder de ontbindende voorwaarde van terugbetaling van de beleensom en betaling van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn door de pandbelener. Wanneer de pandbelener de beleentermijn onbetaald laat verstrijken, verkrijgt het pandhuis de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak. Te verwachten is wel dat normaal gesproken het pandhuis de zaak in dat geval zal verkopen, omdat de winst uit verkoop een belangrijke bron van inkomsten is voor met name de commerciële pandhuizen.²² Door het pandhuis de positie van verkrijger onder opschortende voorwaarde te geven, gecombineerd met het pandrecht zonder verhaalsrecht, heeft de wetgever de werking van beide varianten van pandbelening zo veel mogelijk willen gelijktrekken.

6.2.2.2 *Is sprake van een pandrecht in de zin van titel 3.9 BW?*

203. *Inleiding.* Omdat het pandrecht uit hoofde van artikel 7:130 lid 1 onder a BW niet bedoeld is als verhaalsrecht, is de vraag gerechtvaardigd of eigenlijk wel sprake is van een pandrecht in de zin van titel 3.9 BW.²³ Is het karakter van verhaalsrecht zo fundamenteel voor een pandrecht in de zin van titel 3.9 BW, dat bij het ontbreken hiervan niet langer van een pandrecht kan worden gesproken? In verband met deze vraag zullen eerst de algemene kenmerken van een pandrecht op basis van titel 3.9 BW worden besproken.

21 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 8.

22 Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 8.

23 In Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/ 559d, wordt het standpunt ingenomen dat geen sprake is van een pandrecht in de zin van titel 3.9, omdat het daarin geregelde pandrecht op verhaal is ingericht. Salomons (WPNR 2013/6986, p. 654) vraagt zich af of men eigenlijk nog wel van een pandrecht kan spreken.

204. *Kenmerken van het pandrecht.* Artikel 3:227 lid 1 BW omschrijft het recht van pand als een beperkt recht, strekkende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen.²⁴

Pand is blijkens deze omschrijving een beperkt recht (art. 3:8 BW). Op basis hiervan heeft het recht van pand de eigenschappen van een beperkt recht en zijn de regels die gelden voor beperkte rechten in het algemeen van toepassing, tenzij daarvan in titel 3.9 wordt afgeweken. Beperkte rechten maken deel uit van het goederenrecht. Het recht van pand wordt gevestigd op een goed. Als zodanig worden zij beheerst door regels van goederenrecht. Als goederenrechtelijk recht behoort het tot de absolute rechten. Dit brengt mee dat pand werking heeft jegens eenieder. Het recht heeft een exclusief karakter. Op grond hiervan is de pandhouder gerechtigd tot het pandrecht met uitsluiting van eenieder. Ook wordt pand gekenmerkt door *droit de suite*. Als gevolg hiervan volgt het pandrecht het verpande goed in geval van overgang en tenietgaan. Ook geldt het prioriteitsbeginsel, waardoor een pandrecht in beginsel voorrang heeft boven jongere en achterstaat bij oudere beperkte rechten.²⁵

Het pandrecht is voorts te kenmerken als een zekerheidsrecht. Het beoogt niet om het genot van een zaak te verschaffen. De schuldeiser met een door pandrecht verzekerde vordering heeft meer zekerheid dat zijn vordering zal worden voldaan dan de schuldeiser zonder zekerheidsrecht, omdat hij verhaal kan nemen op het verpande goed.²⁶

Het pandrecht is ook een van de gesecureerde vordering afhankelijk recht. Wanneer de vordering tenietgaat, gaat ook het pandrecht teniet (art. 3:7 BW). Wanneer de vordering overgaat, gaat het pandrecht in beginsel mee over. Dat laatste volgt ook uit de hoedanigheid van nevenrecht (art. 6:142 BW).

Pand is tenslotte bovenal een verhaalsrecht. Het strekt om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Wat verhaal betreft onderscheidt de pandhouder zich van de gewone schuldeiser doordat zij het recht van parate executie hebben (artikel 3:248 BW). Voorrang van de pandhouder uit zich doordat pand een wettelijke uitzondering vormt op het beginsel van *paritas creditorum* (art. 3:277 BW).

24 Art. 3:227 lid 1 BW is voor pandbelening niet buiten toepassing verklaard in art. 7:138 BW.

25 Verstijlen 2013/1; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/588 e.v. en 745 e.v.; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/104; Snijders & Rank-Berenschot 2022/449 e.v. en 505; Steneker 2022/1.

26 Verstijlen 2013/1 maakt een uitzondering voor het pandrecht dat is gevestigd voor een financiële zekerheidsovereenkomst, omdat art. 7:53 lid 1 BW de pandnemer de mogelijkheid biedt om de verpande goederen te gebruiken of te verkopen en de opbrengst daarvan te behouden.

205. *Het pandrecht in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW.* Het pandrecht dat is gecreëerd voor pandbelening bezit enkele van de bovenomschreven kenmerken van een recht van pand in de zin van titel 3.9 BW. Het is een beperkt recht en geeft aan het pandhuis een goederenrechtelijke positie. Als gevolg hiervan wordt het gekenmerkt door absoluutheid, exclusiviteit, *droit de suite* en prioriteit. Omdat het pandrecht geen verhaal mogelijk maakt op het verpande goed voor een vordering, is het afhankelijk karakter minder duidelijk dan bij een pandrecht uit hoofde van titel 3.9 BW. Zoals hiervoor betoogd in par. 5.2.6, moet het pandrecht echter wel worden gezien als een afhankelijk recht, omdat het pandrecht 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 betaald (art. 7:135 BW).

Een fundamentele afwijking van de kenmerken van een pandrecht is echter dat het pandrecht bij pandbelening op basis van artikel 7:130 lid 1 onder a BW geen verhaalsmogelijkheden biedt. Het is een pandrecht zonder verhaalsrecht. Hierdoor heeft het ook niet het karakter van een zekerheidsrecht, omdat het zekerheidskarakter juist voortvloeit uit het recht om verhaal te nemen op het verpande goed. Omdat dit kenmerk van pand ontbreekt bij het pandrecht uit hoofde van artikel 7:130 lid 1 onder a BW, is dit pandrecht niet goed in te passen in titel 3.9 BW. De wetgever heeft buiten titel 3.9 BW om een 'pandrecht zonder verhaalsrecht' geïntroduceerd. Het is een pandrecht *sui generis*. In combinatie met de overdracht van de beleende zaak die plaatsvindt indien de beleensom en de pandbeleningsvergoeding niet binnen de beleentermijn volledig worden voldaan, is een tussenvorm ontstaan tussen overdracht en verpanding met verhaalsrecht op basis van titel 3.9 BW.

6.2.2.3 *Afwijkende regelingen voor pandrecht. Fzo tot vestiging van een pandrecht*

206. *Specifieke regelingen voor pandrecht.* Behalve voor pandbelening in titel 7.2D BW zijn meer specifieke regelingen voor pandrecht in het Burgerlijk Wetboek en ook in andere wetten opgenomen.²⁷ Het gaat om regelingen die afwijken van titel 3.9 BW en beogen het pandrecht aan te passen aan de specifieke omstandigheden van de rechtsverhouding. Een voorbeeld is de regeling voor pandrecht bij een consumentenkredietovereenkomst in titel 7.2A BW. De betreffende bepalingen in Titel 7.2A beogen de consument die een pandrecht vestigt in het kader van een consumentenkredietovereenkomst, te beschermen.²⁸ Ook de regeling voor de goederenkredietovereenkomst in Titel 7.2B BW bevat een bepaling voor een pandrecht dat in het kader van een doorlopend goederenkrediet is gevestigd, waarbij de bescherming van

27 Zie voor een overzicht Verstijlen 2013/1; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 759.

28 Het betreft art. 7:77 lid 1 onder d, art. 7:79; 7:80 en 7:81 BW.

de consument vooropstaat.²⁹ Het gaat hier om beperkte aanpassingen van het pandrecht.

207. *Fzo tot vestiging van een pandrecht.* De meest vergaande afwijkingen van de kenmerken van het pandrecht in de zin van titel 3.9 BW (behoudens de regeling van pandbelening in Titel 7.2D BW) zijn te vinden in de regeling voor de financiële zekerheidsovereenkomst (hierna: fzo) tot vestiging van een pandrecht in titel 7.2 BW. Deze regeling, die in par. 6.3.3 hierna in meer detail wordt beschreven, is in 2006 ingevoerd als onderdeel van de implementatie van Richtlijn 2002/47/EG van 6 juni 2002 betreffende *financial collateral arrangements* (de *Collateral Richtlijn*).³⁰ Van een fzo tot vestiging van een pandrecht is sprake als de zekerheid bestaat uit verpanding van bepaalde financiële goederen (artikel 7:51 onder c BW). Het object van het pandrecht is beperkt tot op een (bank)rekening of deposito gecrediteerd tegoed in geld, op de kapitaalmarkt verhandelbare effecten en kredietvorderingen (artikel 7:51 onder d, e, en f BW). De reikwijdte van de regeling is voorts beperkt door de aard van partijen bij de overeenkomst. Ten minste een van de partijen bij de transactie moet behoren tot de in artikel 7:52 lid 1 onder a t/m d BW genoemde categorieën, waarbij het steeds gaat om partijen die een band hebben met de financiële markt. De andere partij mag geen natuurlijk persoon zijn die niet handelt in het kader van een beroep of bedrijf (artikel 7:52 lid 2 BW).³¹

Op het fzo-pandrecht zijn de gewone regels van pandrecht van toepassing, voor zover de wet niet anders bepaalt.³² Dat impliceert dat de pandhouder een zorgplicht heeft ten aanzien van het verpande goed. Hij zal als een goed huisvader voor het verpande goed moeten zorgdragen (artikel 3:243 lid 1 BW). Doorgaans zal dit betekenen dat de pandhouder het verpande goed niet mag gebruiken.³³ Ook mag de pandhouder het goed niet vervreemden buiten het geval dat hem het recht van parate executie toekomt (artikel 3:248 BW). In afwijking hiervan bepaalt artikel 7:53 lid 1 BW dat bij een fzo tot vestiging van een pandrecht kan worden bedongen dat de zekerheidsnemer de verpande goederen kan gebruiken of verkopen en de opbrengst behouden.³⁴ Het gebruiksrecht houdt in dat de fzo-pandhouder,

²⁹ Zie art. 7:89 lid 1 BW

³⁰ PbEG 2002, L168/43. Met de implementatie van Richtlijn 2009/44/EG van 6 mei 2009 (PbEU 2009, L 146/37) is de reikwijdte van Titel 7.2 uitgebreid tot kredietvorderingen.

³¹ Een beleggingsonderneming mag sinds MiFID II ook geen fzo tot overdracht aangaan met een niet-professionele belegger. Aldus art. 4:89a lid 1 Wft. Zie Rank & Uiterwijk 2018, p. 39-46

³² Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 984; Rank, in: T&C Burgerlijk Wetboek, titel 7.2 BW, art. 53, aant. 2 (online, bijgewerkt t/m 15-01-2023); Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/202d

³³ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/783. Zie ook hierna par. 6.3.3.

³⁴ Behalve het gebruiksrecht worden aan de fzo-pandhouder ook bijzondere executiebevoegdheden gegeven die afwijken van titel 3.9 BW. Deze komen hierna aan de orde in par. 6.3.3.

in overeenstemming met de voorwaarden die zijn overeengekomen, de verpande goederen kan gebruiken en hierover kan beschikken alsof hij daarvan de rechthebbende is. Dit recht houdt ook de bevoegdheid tot herverpanding in.³⁵

Uitoefening van het recht tot gebruik of verkoop brengt van rechtswege een verplichting van de pandhouder mee tot overdracht van gelijkwaardige goederen aan de pandgever. In dat geval verkrijgt de pandhouder een pandrecht op de in de plaats gestelde goederen (artikel 7:53 lid 2 BW). Voor de vordering van de pandgever tot overdracht van gelijkwaardige goederen heeft deze een voorrecht op de bij de pandhouder aanwezige gelden en effecten (artikel 7:53 lid 3 BW).

208. *Kritiek op de implementatie van de Collateral Richtlijn.* De implementatie van de Collateral Richtlijn in titel 7.2 BW is in de literatuur overwegend kritisch besproken.³⁶ De kritiek betrof voor een belangrijk deel de inpassing in het Burgerlijk Wetboek. Omdat het gaat om implementatie van de Collateral Richtlijn was een inbreuk op het min of meer gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten onvermijdelijk. Door veel schrijvers werd als bezwaar naar voren gebracht dat de in het oorspronkelijke wetsvoorstel de Collateral Richtlijn te ruim werd geïmplementeerd, waardoor de regeling ook kon worden gebruikt door ondernemingen die geen band hebben met de financiële markten. De inbreuk op het bestaande goederenrecht werd aanvaardbaarder geacht als de reikwijdte zou worden beperkt tot professionele marktpartijen.³⁷ Snijders vroeg zich af of het wetsontwerp wel beantwoordt aan ‘elementaire eisen van (heldere) terminologie, dogmatiek en systematiek’, omdat, onder meer, in de parlementaire stukken ten onrechte de suggestie wordt gewekt dat het voor het nieuwe ‘pandrecht met gebruiksrecht’ voorgestelde stelsel goed zou passen in ons stelsel van goederenrecht en omdat het nieuwe pandrecht totaal niet is ingebed in titel 3.9 BW.³⁸ Ook is kritiek geleverd op de implementatie door de introductie van een bijzondere vorm van pandrecht vanwege de spanningen die dit oplevert met het gewone goederenrecht en is voorgesteld om een bijzonder zekerheidsrecht te introduceren voor de specifieke goederen en partijen waarop de Collateral Richtlijn ziet.³⁹

35 Rank, in: T&C Burgerlijk Wetboek, titel 7.2 BW, art. 53, aant. 2 (online, bijgewerkt t/m 15-01-2023); Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/984; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/202d.

36 Keijser 2004, p.761-771; Westrik 2004, p.771-776; Van Erp 2004, p.967-971; H.J. Snijders 2005, p. 91; Verstijlen 2005, p. 68-75; Wibier 2006, p.393-399.

37 Zie bijvoorbeeld Keijser 2004, nr. 8; Verstijlen 2005, p. 68-75, nr. 3.2. In 2005 is, nadat het aanvankelijke wetsvoorstel in de Eerste Kamer was afgestemd, een nieuw wetsvoorstel ingediend waarin van een beperkte reikwijdte werd uitgegaan (Kamerstukken 30 138). Zie art. 7:52 BW.

38 H.J. Snijders 2005, p. 91.

39 Wibier 2006, p. 393-399. Zie ook Verstijlen 2005, p. 68-75, nr.3.1.

6.2.2.4 *Is de inbreuk op het systeem van het goederenrecht gerechtvaardigd?*

209. *Bezwaren tegen het pandrecht zonder verhaalsrecht.* Het voor pandbelening gecreëerde pandrecht zonder verhaalsrecht is net als het voor de fzo tot vestiging van een pandrecht gecreëerde pandrecht met gebruiksrecht lastig te verenigen met het min of meer gesloten systeem van het goederenrecht. Omdat het pandrecht geen verhaalsrecht impliceert, wijkt het op essentiële punten af van het in Titel 3.9 geregelde pandrecht.⁴⁰ Het pandrecht bij pandbelening past niet in ons systeem van goederenrecht.

Bij het 'fzo-pandrecht met gebruiksrecht' was de inbreuk op het systeem van het goederenrecht niet te voorkomen, omdat het ging om de implementatie van de Collateral Richtlijn. Het betreft een regeling afkomstig van de Europese Unie, terwijl het bij pandbelening om een puur nationale regeling gaat. De introductie van het 'pandrecht zonder verhaalsrecht' bij pandbelening was niet onvermijdelijk, doch een keuze van de wetgever. De wetgever heeft willen aansluiten bij de bestaande praktijk van pandbelening waarbij, met name door de gemeentelijke pandhuizen, gebruik wordt gemaakt van pandbelening met een pandrecht en, met name door de commerciële pandhuizen, pandbelening plaatsvindt door koop met het recht van terugkoop. Om hierbij zoveel mogelijk te voorkomen dat voor beide types pandbelening een verschillend juridisch regime geldt, is gekozen voor een pandrecht, waarbij ingeval de beleensom en de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn niet volledig worden voldaan, overdracht van de zaak plaatsvindt in plaats van verhaal op de zaak. Op die wijze heeft de wetgever de werking van beide varianten van pandbelening zoveel mogelijk willen gelijktrekken.⁴¹

Aan de keuze van de wetgever kleven grote bezwaren. Door het creëren van het bijzondere pandrecht is een afwijkend zekerheidsrecht in het goederenrecht geïntroduceerd. Uit het oogpunt van dogmatiek en systematiek is het onwenselijk om uitzonderingen te creëren op het min of meer gesloten systeem van het goederenrechtelijke rechten. Hierdoor wordt het in Titel 3.9 BW voorziene evenwicht tussen de pandgever en de pandnemer en tussen de pandnemer – het pandhuis – en de ongesecureerde crediteuren van de pandgever – de pandbelener – verstoord. Ook wordt gediscrimineerd tussen een crediteur die uit hoofde van pandbelening en een crediteur die uit anderen hoofde een pandrecht verkrijgt.⁴² Deze bezwaren doen zich met name gevoelen als gevolg van de uitsluiting van het toe-eigeningsverbod en het weglaten van een verplichting voor het pandhuis om de overwaarde van de zaak af te dragen aan de pandbelener, zoals hierna in par. 6.3 zal worden betoogd. Dit heeft geleid tot een aanzienlijke verzwakking van de positie van de pandbelener ten opzichte van de positie die de pandbelener als pandgever zou hebben bij een pandrecht in de zin van titel 3.9 BW.

⁴⁰ Zie hierover nader par. 6.2.2.

⁴¹ Zie meer uitgebreid par. 6.2.2.1.

⁴² Zie met betrekking tot de fzo, Verstijlen 2005, p. 68-75, nr. 7.

Met het oog op de bovenomschreven bezwaren die zijn verbonden aan het in artikel 7:130 lid 1 onder a BW voor pandbelening voorziene pandrecht, zou het naar mijn mening de voorkeur verdienen indien pandbelening (opnieuw) zou worden gestructureerd als een krediet verzekerd met een regulier pandrecht als bedoeld in Titel 3.9 BW. Dit sluit aan bij de gangbare praktijk van pandbelening in Nederland sinds de middeleeuwen. In de Pandhuyswet 1910 vond pandbelening plaats door vestiging van een vuistpandrecht zoals geregeld in het oude BW.⁴³ Ook in Duitsland wordt bij een pandbelening een pandrecht in de zin van de BGB gevestigd op de zaak.⁴⁴ Indien in Titel 7.2D BW zou worden gewijzigd in die zin dat voor de in artikel 7:130 lid 1 onder a BW bedoelde overeenkomst van pandbelening wordt uitgegaan van een regulier pandrecht, zou dit tot gevolg hebben dat, afhankelijk van de toepasselijke variant van pandbelening, de rechtspositie van de pandbelener en die van het pandhuis geheel verschillend zou uitpakken. Dit onwenselijke gevolg kan worden vermeden door in Titel 7.2D BW een verbod op te nemen voor pandbelening door overdracht. Een dergelijk verbod wordt bepleit in par. 7.3.2.

6.3 UITSLUITING VAN HET TOE-EIGENINGSVERBOD

6.3.1 Inleiding

210. *Inleiding.* In artikel 7:130 lid 1 onder a BW heeft de wetgever, zoals hiervoor uiteengezet, gekozen voor een andere opzet dan bij de Pandhuyswet 1910. Dit artikel bepaalt dat het pandhuis eigenaar van de zaak wordt indien terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn uitblijft. De eigendomsoverdracht geschiedt onder de opschortende voorwaarde van het uitblijven van terugbetaling van de geldsom en betaling van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn. Daarnaast komt een pandrecht op de beleende zaak tot stand. Omdat de beleende zaak eigendom wordt van het pandhuis indien tijdige betaling uitblijft, is er geen plaats voor het toe-eigeningsverbod.

6.3.2 Achtergrond van het toe-eigeningsverbod

211. *Achtergrond van het toe-eigeningsverbod.* Artikel 3:235 BW bepaalt dat elk beding nietig is, waarbij de pandhouder de bevoegdheid wordt gegeven

43 Zie par. 3.2.

44 De rechtspositie van de *Pfandleiher* en van de pandbeleners is te vinden in het BGB. Zie hiervoor par. 4.4.4. Voor vestiging van het pandrecht is vereist overgave van de zaak door de pandgever aan de pandnemer en wilsovereenstemming tussen partijen dat de crediteur/pandnemer recht heeft op het pandrecht. § 1205 (1) BGB. Zie hierover MünchnerKommentarBGB/Damrau 2020, BGB § 1205 Rn. 1-16.

zich het verbonden goed toe te eigenen. Het zogeheten toe-eigeningsverbod. Het toe-eigeningsverbod vindt zijn oorsprong in het Romeinse recht.⁴⁵ Het verbod was opgenomen in artikel 1200 en 1223 lid 1 van het oud-BW en is zonder verdere toelichting terechtgekomen in artikel 3:235 BW.⁴⁶ De ratio van het toe-eigeningsverbod is gelegen in bescherming van de pandgever en diens andere crediteuren. Het is gebaseerd op de gedachte dat de partij die behoefte heeft aan krediet in een zwakkere onderhandelingspositie verkeert en, zonder een dergelijk verbod, geneigd zou zijn om met een toe-eigeningsbeding in te stemmen uit kredietnood of onvoorzichtigheid. Het verbod beoogt te voorkomen dat de overwaarde van het onderpand door toe-eigening ten goede komt aan de pand-of hypotheekhouder, waardoor deze bevoordeeld zou worden ten koste van de schuldenaar en de overige schuldeisers.⁴⁷

Het toe-eigeningsverbod hangt nauw samen met de in de art. 3:248 e.v. BW voorgeschreven wijze van uitwinning en verhaal op de opbrengst. Samen beogen zij de realisatie van een zo hoog mogelijke opbrengst en de schuldenaar te beschermen tegen een voortijdige tegeldemaking van het zekerheidsobject.⁴⁸ Dat neemt niet weg dat de pandhouder onder omstandigheden wel via toe-eigening verhaal kan nemen. Ten eerste kan de pandhouder op grond van artikel 3:251 lid 1 BW aan de voorzieningenrechter verzoeken dat het onderpand aan hem als koper zal verblijven voor een door de voorzieningenrechter te bepalen bedrag. Daarnaast kan de pandhouder, als deze eenmaal tot executie bevoegd is, rechtsgeldig met de pandgever overeenkomen dat het pand tegen een bepaalde prijs aan hem wordt verkocht (artikel 3:251 lid 2 BW).⁴⁹ Indien de pandhouder tot executie kan overgaan, bestaat er volgens de Toelichting-Meijers geen aanleiding meer voor een bijzondere bescherming van de schuldenaar en diens schuldeisers.⁵⁰

Recentelijk wordt minder belang gehecht aan het toe-eigeningsverbod en is een tendens waarneembaar om de mogelijkheid van executie via toe-eigening ruimer te maken. Voorwaarde hierbij is wel dat de belangen van de schuldenaar en diens overige schuldeisers zijn gewaarborgd.⁵¹

45 Zie hierover uitgebreid Verhagen 2009, p. 65-150

46 TM, Parl. Gesch. Boek 3, p.745.

47 Verstijlen 2013/23; Schuijling & Verhagen 2014, p. 335-350; Snijders & Rank-Berenschot 2022/519; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/758; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/63; Zie voor het oud-BW: G. Diephuis VII 1886, p. 565; Asser/ Mijnsen & Van Velten 3-III 1986/122.

48 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/758.

49 Zie in dezelfde zin onder het oud-BW: HR 17 januari 1929, NJ 1929/622; Diephuis VII 1886, p. 565.

50 TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 743 en 776. Zie in dezelfde zin onder het oud-BW: HR 17 januari 1929, NJ 1929/622 en hierover Verhagen 2009, p. 101-102; Schuijling & Verhagen 2014, p. 338-339.

51 Verstijlen 2013/23; Schuijling & Verhagen 2014, p. 346-350.

6.3.3 Toe-eigening bij de financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht

212. *Financiële zekerheidsovereenkomst.* Als sprake is van een financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht bestaat de mogelijkheid om onder voorwaarden toe-eigening overeen te komen. Titel 7:2 BW betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten is in 2006 ingevoerd als onderdeel van de implementatie van Richtlijn 2002/47/EG van 6 juni 2002 betreffende *financial collateral arrangements* (de Collateral Richtlijn).⁵² Onder *financial collateral* wordt verstaan onderpand in de vorm van giraal geld en/of girale effecten. Arrangementen waarbij *financial collateral* in zekerheid wordt gegeven komen veel voor in de internationale financiële praktijk. Zo wordt bijvoorbeeld *financial collateral* als zekerheid gegeven bij derivatentransacties (zoals *swaps*) en bij effectenfinancieringstransacties, zoals *securities lending transactions* en *repurchase agreements*.⁵³ Deze zekerheidsarrangementen worden veelal beheerst door Engels recht of het recht van de staat New York, maar raken door hun grensoverschrijdende karakter het recht van verschillende lidstaten van de EU. De Collateral Richtlijn beoogt de liquiditeit en efficiëntie van de Europese financiële markt te bevorderen door het introduceren van eenvoudige geharmoniseerde regels met betrekking tot de totstandkoming van dit soort overeenkomsten, de vestiging van zekerheden op basis daarvan en de uitwinning van dergelijke zekerheden en daarmee ook de erkenning en afdwingbaarheid in de diverse lidstaten van door buitenlands recht beheerste, in de moderne financiële praktijk gebruikelijke zekerheidsarrangementen te faciliteren.⁵⁴ De regeling onderscheidt een tweetal financiële zekerheidsovereenkomsten (fzo): een fzo tot overdracht en een fzo tot vestiging van een pandrecht (art. 7:51 onder b en c BW).⁵⁵ Omdat de regeling is beperkt tot financiële zekerheid, heeft deze maar een beperkte reikwijdte. Een overeenkomst kan slechts worden gekwalificeerd als fzo als deze beoogt zekerheid te vestigen op (i) een op een rekening of deposito gecrediteerd tegoed in geld, (ii) op de kapitaalmarkt verhandelbare effecten of (iii) kredietvorderingen. (art. 7:51 onderdeel d, e en f BW). Behalve het object van de fzo is de aard van partijen bij de overeenkomst beperkt. Tenminste een van de partijen bij de transactie moet behoren tot de in artikel 7:52 lid 1 onderdeel a-d BW genoemde categorieën, waarbij het steeds gaat om partijen die een band hebben met de financiële markt. Daarnaast mag de andere partij geen natuurlijke persoon zijn die niet handelt in het kader van een beroep of bedrijf (art. 7:52 lid 2 BW).⁵⁶

52 PbEG 2002, L168/43. Met de implementatie van Richtlijn 2009/44/EG van 6 mei 2009 (PbEU 2009, L 146/37) is de reikwijdte van Titel 7.2 uitgebreid tot kredietvorderingen.

53 Diamant 2014, p. 1-14; Rank, in T&C Burgerlijk Wetboek, Titel 7.2 BW. Financiële zekerheidsovereenkomsten, Inleidende opmerkingen (online, bijgewerkt t/m 15-01-2023).

54 Kamerstukken II 2002/2003, 28 874, 3, p.2-4.

55 Hierna wordt alleen de fzo tot vestiging van een pandrecht besproken.

56 Zie de uitzondering voor beleggingsondernemingen in MiFID II genoemd in voetnoot 31.

213. *Fzo-pandrecht*. Artikel 7:54 lid 5 BW bepaalt, conform artikel 4 lid 1 van de Collateral Richtlijn, ten aanzien van het fzo-pandrecht dat het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 BW niet van toepassing is. Naast het verbod worden in artikel 7:54 lid 5 BW diverse andere bepalingen die een snelle en eenvoudige afwikkeling van een pandrecht in de weg staan buiten toepassing verklaard. Voor het overige gelden voor de pandhouder bij een fzo-pandrecht in beginsel dezelfde regels als voor een gewone pandhouder.⁵⁷ De Richtlijn bevatte overigens de mogelijkheid voor lidstaten om als zij eerder toe-eigening niet toestonden, op dit punt van de Richtlijn af te wijken.⁵⁸ Deze mogelijkheid is geschrapt bij de herziening van de Richtlijn in 2009 toen geen van de lidstaten van deze mogelijkheid gebruik had gemaakt.⁵⁹

Tevens maakt Titel 7.2 BW toe-eigening door de pandhouder uitdrukkelijk mogelijk. Artikel 7:54 lid 1 BW geeft twee alternatieven voor executie van een fzo-pandrecht op effecten: (i) verkoop en verhaal op de opbrengst en (ii) toe-eigening van de effecten en verrekening van de waarde van de effecten met het verschuldigde. Voor verkoop van de effecten geeft artikel 7:54 lid 2 BW een regeling. De verkoop dient plaats te vinden op een daarvoor geschikte markt of ter beurse, waarmee wordt beoogd zeker te stellen dat de marktwaaarde van de effecten op een commercieel redelijke wijze wordt gerealiseerd.⁶⁰ De zekerheidsnemer kan zich daarnaast de effecten toe-eigenen indien dit in het fzo-pandrecht is bedongen en de waardering is gebaseerd op de waarde op een markt of ter beurse (art. 7:54 lid 3 BW). Deze bepaling strekt ertoe te voorkomen dat de pandhouder ten koste van de pandgever en diens overige schuldeisers wordt bevoordeeld.⁶¹ Executie en verhaal vinden plaats door executoriale toe-eigening en verhaal door saldering van de waarde van de effecten met de vordering op de pandgever.⁶² Op grond van artikel 3:253 BW, dat niet buiten toepassing is verklaard, wordt de opbrengst verdeeld en dient een eventueel overschot te worden uitgekeerd aan de pandgever. Anders dan bij effecten is voor kredietvorderingen geen regeling voor toe-eigening voorzien in Titel 7.2 BW.⁶³

6.3.4 Ontwikkelingen in Frankrijk en België

214. *Frankrijk*. In Frankrijk en België zijn de laatste jaren wetswijzigingen doorgevoerd die executie door middel van toe-eigening onder voorwaarden mogelijk maken. De Franse wetgever heeft in 2006 bij de modernisering van het zekerhedenrecht het toe-eigeningsverbod uit de

57 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/983.

58 Art. 4 lid 3 (oud) Richtlijn 2002/47/EG.

59 Art. 2, lid 7 onder c Richtlijn 2009/44/EG.

60 Kamerstukken II 2004/05, 30 138, 3, p. 18.

61 Kamerstukken II 2004/05, 30 138, 3, p.18.

62 Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2019/989.

63 Zie hierover Schuijling & Verhagen, Goninger zekerheid 2014, p. 341; Rank, in T&C Burgerlijk Wetboek, Art. 54, Aant. 2 (online, bijgewerkt t/m 15-01-2023).

Code Civil geschrapt.⁶⁴ Op grond van artikel 2348 Cc is het toegestaan dat bij de vestiging van het pandrecht (*gage*) of daarna wordt overeengekomen dat de pandhouder bij verzuim zich de verpande zaak mag toe-eigenen, het zgn. *pacte commissoire*.⁶⁵ Om de schuldenaar te beschermen is een aantal waarborgen in artikel 2348 Cc opgenomen. De waarde ten tijde van de verkrijging van de zaak dient door een expert te worden vastgesteld, die door partijen zelf is aangesteld of door een rechter is aangewezen, tenzij de waarde van het verpande goed kan worden bepaald aan de hand van de koers op een gereguleerde markt. Voor zover de waarde de verzekerde vordering te boven gaat, moet het meerdere worden uitgekeerd aan de pandgever of geconsigneerd aan de overige pandhouders. Een belangrijke beperking van het *pacte commissoire* is echter dat deze niet geldig is bij een consumentenkrediet.⁶⁶ In Frankrijk is in 2008 ook de *fiducie-sûreté*, een vorm van fiduciaire eigendomsoverdracht, ingevoerd.⁶⁷ Tenzij anders overeengekomen, wordt in geval van verzuim van de schuldenaar de *fiduciaire* volledig rechthebbende van de overgedragen zaak. De waarde van het goed dient vervolgens te worden vastgesteld door een door partijen of de rechter aangewezen expert, tenzij de waarde kan worden bepaald aan de hand van de koers op een gereguleerde markt of het gaat om giraal geld (art. 2372-3 Cc).⁶⁸ Voor zover de waarde van de verpande goed de verzekerde vordering te boven gaat, dient de *fiduciaire* het meerdere te betalen aan de schuldenaar (art. 2372-4 Cc).

215. *België*. In België is in 2013 de regeling van roerende zakelijke zekerheidsrechten hervormd, waarbij de mogelijkheden voor toe-eigening ook zijn verruimd.⁶⁹ Op basis van artikel 53 van een nieuwe Titel XVII in Boek III van het Burgerlijk Wetboek kan bij de totstandkoming van de pandovereenkomst of op een later tijdstip worden overeengekomen dat, indien de

64 Artikel 2078 al. 2 (oud) Cc. Zie Aynès & Crocq 2014, par. 515; Kopalit 2009, p. 701-706; Verhagen 2009, p. 145-147; Verstijlen 2013/23; Schuijling & Verhagen 2014, p. 347-348.

65 Art. 2348 Cc luidt als volgt: 'Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désignée à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du mode monétaire et financier.

Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.'

66 Art. L.311-23 Code de la Consommation. Datzelfde geldt bij een hypotheek op het woonhuis van de hypotheekgever. Art 2459 Cc.

67 Kopalit 2009, p. 701-706; Schuijling & Verhagen 2014 p. 348.

68 In art. 2372-3 Cc is ook een regeling opgenomen voor het geval dat de fiduciaire niet de schuldeiser is.

69 Wet van 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake (BS 2 augustus 2013 Tweede Ed.). Zie Dirix 2013.

pandhouder in gebreke is te betalen, de pandhouder zich het verpande goed mag toe-eigenen, op voorwaarde dat de overeenkomst bepaalt dat de waarde van de goederen op de dag van toe-eigening zal worden vastgesteld door een deskundige of, voor goederen die worden verhandeld op een markt, volgens de marktprijs.⁷⁰ Een toe-eigeningsbeding is niet geldig indien de pandgever een consument is.⁷¹

6.3.5 Toe-eigening bij pandbelening

216. *Pandbelening door de Lombarden.* Zoals in het tweede hoofdstuk is beschreven, bestaat pandbelening in Nederland al sinds de dertiende eeuw. Italiaanse kooplieden uit Lombardije, in het algemeen aangeduid als Lombarden, begonnen in die tijd met het exploiteren van banken van lening om aan de groeiende kredietbehoefte te voldoen in grote delen van Europa.⁷² In die periode gold het uit het Romeinse recht voortvloeiende toe-eigeningsverbod.⁷³ Voor de door de Lombarden gevoerde banken van lening verstrekte kredieten op onderpand van een roerende zaak lijkt echter een uitzondering op het verbod van toe-eigening van toepassing te zijn geweest. Uit de vergunningen waarin aan de Lombarden het recht werd verleend om het pandbeleningsbedrijf uit te oefenen, blijkt dat de ‘verstane’ panden door de bank van lening te eigen bate mochten worden verkocht. De banken van lening waren niet verplicht om een eventueel surplus dat resteert bij verkoop aan de pandbelener te vergoeden.⁷⁴ Hoewel niet geheel duidelijk is of de bank van lening geheel vrij was om over de zaak te beschikken en verkoop van de zaak slechts gebruikelijk was en geen verplichting, lijkt het erop dat de banken van lening zich de zaak mochten toe-eigenen.⁷⁵ Een eventueel tekort bij verkoop kon door de bank van lening echter niet worden verhaald op de pandbelener. Dat is door de eeuwen heen altijd zo gebleven.⁷⁶

70 Art. 53 van Titel XVII van Boek III luidt als volgt:

‘Toe-eigening door de pandhouder.

Indien de schuldenaar in gebreke is te betalen, kan de pandgever toestemming geven voor de toe-eigening van de verpande goederen door de pandhouder.

Een dergelijke overeenkomst kan ook gesloten worden bij de totstandkoming van de pandovereenkomst of op een later tijdstip, wanneer de overeenkomst bepaalt dat de waarde van de goederen op de dag van de toe-eigening zal worden vastgesteld door een deskundige en, voor goederen die worden verhandeld op een markt, volgens de marktprijs.’

71 Art. 46 Boek III Titel XVII Burgerlijk Wetboek.

72 De Roover 1948, p. 99-167; Melles 1950, p. 2-6; Maassen 1994, p. 40.

73 Verhagen 2009, p. 130-133.

74 Veegens 1869, p.35; Maassen 1994, p. 17 en 63-74.

75 De Roover 1948, p. 133 zegt: ‘The story of this lawsuit illustrates clearly that unredeemed pawns were simply forfeited, and that the pawner did not have any right to the surplus.’; Verhagen 2009, p. 134.

76 Maassen 1994, p. 17; zie art. 7:139 BW.

217. *Verplichting overwaarde af te dragen.* Pas in de tijd van Karel V werden maatregelen genomen om ervoor te zorgen dat een surplus bij verkoop van verstante panden niet zou verblijven bij de banken van lening, maar zou worden uitgekeerd aan de pandbeleners.⁷⁷ Dat is tot de invoering van Titel 7.2D BW altijd zo gebleven. Ook de Pandhuiswet 1910 kende een verplichting om het surplus bij verkoop af te dragen. Het toe-eigeningsverbod van artikel 1200 OBW was van toepassing (art. 24 PHW).⁷⁸ Indien het pand niet binnen de beleentermijn werd gelost en de bank van lening ging over tot verkoop, was de bank van lening verplicht om hetgeen de opbrengst bij verkoop meer bedroeg dan de beleensom en hetgeen ter zake van de belening verschuldigd was, aan de pandbelener uit te keren indien deze daarom verzocht (art. 8 en art. 25 PHW). Het verzoek om afdracht van het surplus moest bij particuliere banken van lening binnen twaalf maanden na de verkoop worden gedaan en bij gemeentelijke banken van lening binnen de termijn genoemd in het reglement.

Zoals in par 4.8 besproken, worden in Titel 7.2D BW geen regels gesteld met betrekking tot de afdracht van een eventuele overwaarde van de verpande zaak. Dit betekent dat het pandhuis niet verplicht is om een eventuele overwaarde (of surplus bij verkoop) van de zaak af te dragen aan de pandbelener, tenzij partijen dit zijn overeengekomen. De wetgever heeft hiermee beoogd om de pandbeleningsvergoeding laag te houden. Ook wordt hiermee voorkomen dat de pandhuissector aan strengere regels wordt onderworpen dan tweedehands winkels, die geen afdrachtplicht kennen.⁷⁹ In de praktijk lijkt het onwaarschijnlijk dat pandhuizen akkoord zullen gaan met een verplichting om de meeropbrengst bij verkoop af te dragen.⁸⁰

6.3.6 Waarborgen voor bescherming van de pandgever bij toe-eigening

218. *Vaststelling van de waarde van het verpande object.* Het is de vraag of pandbelening zich goed leent voor toe-eigening van de beleende zaak, indien binnen de beleentermijn de geldsom niet wordt terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding niet wordt betaald. De bovenomschreven gevallen waarin het recht op toe-eigening is verruimd, zowel in wetgeving op basis van de Collateral Richtlijn als in Frankrijk en België, kennen een aantal gemeenschappelijke waarborgen waardoor de pandgever wordt beschermd. Deze waarborgen zijn geen van alle in Titel 7.2D ingebouwd. De eerste waarborg betreft de mogelijkheid om de waarde van het pand objec-

⁷⁷ Veegens 1869, p. 46.

⁷⁸ Voor gemeentelijke banken van lening moest dit in het reglement worden opgenomen. Art. 4 lid 1 onderdelen 6 en 7 PHW. Vgl. art. 1201 OBW.

⁷⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33334, 3, p. 8.

⁸⁰ De Amsterdamse Stadsbank van Lening kent geen afdrachtplicht van de meeropbrengst bij verkoop van de beleende zaak. Zie hiervoor de Beleenovereenkomst van de Amsterdamse Stadsbank van Lening (bijlage 2).

tief vast te stellen. Aan de ratio van het toe-eigeningsverbod kan worden voldaan als op objectieve wijze komt vast te staan wat de waarde van de zekerheidsobjecten is.⁸¹ Vaststelling van de waarde kan gebeuren op basis van een beurs- of marktprijs of, zoals in Frankrijk en België is voorzien, door een door partijen of de rechter aangewezen taxateur. Deze waarborg is lastig bij pandbelening in te passen. De zaken die voor pandbelening worden ingezet, zoals goud, sieraden, horloges en gebruiksgoederen, hebben in de regel geen markt- of beurswaarde. De waarde van de beleende zaken is daarnaast over het algemeen te laag om de kosten van een taxatie te rechtvaardigen.⁸²

219. *Afdracht van de meerwaarde.* Zowel de Collateral Richtlijn als de nieuwe wettelijke regelingen die toe-eigening binnen beperkingen toelaten in Frankrijk en België, kennen de eis dat een eventuele meerwaarde van de verpande zaak dient te worden afgedragen aan de pandgever. In de literatuur is verdedigd dat wanneer een overschot afgedragen moet worden toe-eigening is geoorloofd, mits de waarde van de zaak op objectieve wijze en niet door de schuldeiser wordt vastgesteld.⁸³ In Titel 7.2D BW is er door de wetgever voor gekozen om geen verplichting op te nemen om de meerwaarde af te dragen aan de pandbelener. In die gevallen waarin er geen verplichting is overeengekomen om de meerwaarde af te dragen, loopt de pandbelener het risico dat hij de meerwaarde van de beleende zaak kwijtraakt als hij de geldsom en de pandbeleningsvergoeding niet tijdig kan (terug)betalen. Hierbij heeft de pandbelener geen enkele waarborg dat de hoogte van de verstrekte geldsom in redelijke verhouding staat tot de waarde van de beleende zaak, bijvoorbeeld als gevolg van een lage taxatie of gedeeltelijke aflossing van de geldsom.

220. *Aard van partijen en object van het pandrecht.* Ten slotte worden waarborgen voor bescherming van de pandgever gevonden in eisen ten aanzien van de aard van partijen en het object van het pandrecht. Onder de Collateral Richtlijn en ook onder de regelingen in Frankrijk en België is toe-eigening niet toegestaan bij overeenkomsten waarbij consumenten betrokken zijn. Dat is bij pandbelening bij uitstek wel het geval. Titel 7.2D BW geldt alleen als de pandbelener consument is (art. 7:132 BW). Het gaat hier bovendien om kwetsbare personen. Bijna driekwart van de klanten van pandhuizen heeft een laag inkomen en voor 60% van de klanten is het belenen van zaken de enige manier om aan geld te komen.⁸⁴ De beper-

81 Van Vliet 2019, p. 87. Schuijling & Verhagen 2014, p. 349: 'Toe-eigening is in het bijzonder een geschikte vorm van executie ten aanzien van goederen met een beurs- of marktprijs of een anderszins objectief vast te stellen prijs'.

82 Rapport Pandhuizen in Nederland 2009, p. 8. De gemiddelde beleensom is 78 euro (voor commerciële pandhuizen) resp. 254 euro (voor de gemeentelijke pandhuizen).

83 Verstijlen 2005, p. 71; Van Vliet 2019, p. 87.

84 Rapport Pandhuizen in Nederland 2009, p.38-47.

kingen ten aanzien van het object van het pandrecht hangen nauw samen met de mogelijkheid om gemakkelijk een marktwaarde vast te stellen. Dat is, als gezegd, voor pandbelening lastig en snel te kostbaar.

6.3.7 Conclusie

221. *Is het belang van de pandbelener voldoende in acht genomen?* De wetgever heeft er bij de regulering van pandbelening voor gekozen om aan te sluiten bij de twee bestaande varianten van pandbelening: pandbelening met een pandrecht en pandbelening door verkoop met het recht van terugkoop. Het pandrecht dat voor de eerste variant is gekozen is gecombineerd met eigendomsoverdracht van de beleende zaak onder de opschortende voorwaarde dat de geldsom en de pandbeleningsvergoeding niet wordt (terug)betaald binnen de beleentermijn. Het pandrecht heeft daardoor niet het karakter van een verhaalsrecht en voor het toe-eigeningsverbod is geen plaats. Bovendien is het pandhuis niet verplicht een eventuele overwaarde aan de pandbelener af te dragen. Hiermee wordt in feite teruggedaan naar de situatie zoals die gold bij de Lombarden in de Middeleeuwen. Er is wel een trend waarneembaar naar verruiming van de mogelijkheden om executie door toe-eigening overeen te komen, zoals op basis van de Collateral Richtlijn en in recente wetgeving in Frankrijk en België. Deze verruiming wordt in deze gevallen echter alleen toegelaten met waarborgen die beogen om de positie van de pandgever te beschermen, waaronder de mogelijkheid om de waarde van de zaak objectief vast te stellen en afdracht van de meerwaarde van de verpande zaak. Deze waarborgen zijn niet van toepassing bij pandbelening. De wetgever heeft voorrang gegeven aan het laag houden van de pandbeleningsvergoeding en gelijkstelling met de markt voor verkoop van tweedehands zaken. Hierbij heeft de wetgever onvoldoende oog gehad voor het belang van de pandbelener om beschermd te worden tegen het risico van verlies van de meerwaarde van de zaak zonder enige waarborg dat de hoogte van de verstrekte geldsom in redelijke verhouding staat tot de waarde van de beleende zaak.⁸⁵

6.4 RECHTSPOSITIE VAN DE PANDBELENER ALS PANDGEVER

6.4.1 Inleiding

222. *Inleiding.* Indien de pandbelener een overeenkomst van pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW aangaat met een pandhuis, wordt de zaak overgedragen aan het pandhuis met het beding dat het pandhuis volledig eigenaar wordt, indien volledige betaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding uitblijft binnen de

85 In deze zin ook Ruys 2020, p. 157-158.

beleentermijn en dat het pandhuis de zaak teruggeeft aan de pandbelener indien deze binnen de beleentermijn de geldsom volledig heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan. Tevens komt een pandrecht tot stand (artikel 7:138 BW). Hierna wordt onderzocht welke rechtpositie de pandbelener heeft uit hoofde van dit pandrecht. In par. 6.4.2 komt de aard van het recht van de pandbelener als pandgever in het algemeen aan de orde. Hierna wordt de mogelijkheid voor de pandbelener om over zijn recht te beschikken onderzocht (par. 6.4.3).

6.4.2 De aard van het recht van de pandbelener als pandgever

223. *Het pandrecht wordt gevestigd op de voorwaardelijke eigendom.* De overdracht van de zaak vindt plaats met het beding dat het pandhuis volledig eigenaar wordt, indien volledige betaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding uitblijft binnen de beleentermijn. De overdracht vindt derhalve plaats onder een voorwaarde. De voorwaarde houdt in het uitblijven van volledige terugbetaling van de verstrekte geldsom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding. Deze voorwaarde kan worden beschouwd als een opschortende voorwaarde.⁸⁶ Als gevolg van de opschortende voorwaarde is de pandbelener niet meer volledig eigenaar van de zaak, maar slechts eigenaar onder ontbindende voorwaarde. De ontbindende voorwaarde correspondeert met de opschortende voorwaarde waaronder de zaak is overgedragen.⁸⁷ Omdat de pandbelener niet meer kan verpanden dan hij zelf heeft, wordt op basis van de overeenkomst van pandbelening een pandrecht gevestigd op het voorwaardelijk eigendomsrecht van de pandbelener. Het pandrecht gaat teniet als de opschortende voorwaarde waaronder de zaak is overgedragen in vervulling gaat. In dat geval wordt het pandhuis volledig eigenaar van de zaak. Indien de opschortende voorwaarde komt te vervallen doordat de pandbelener binnen de beleentermijn de volledige geldsom terugbetaalt en de volledige pandbeleningsvergoeding voldoet, eindigt het pandrecht doordat de zaak weer in de macht van de pandbelener komt (artikel 3:258 lid 1 BW).

224. *Pandrecht zonder verhaalsrecht.* De pandbelener heeft als pandgever de bij het pandrecht behorende rechten en verplichtingen, met dien verstande dat het om een bijzonder pandrecht gaat. Zoals hiervoor besproken, is een aantal van de bepalingen uit Titel 3.9 BW buiten toepassing verklaard, met name de bepalingen die zien op verhaal van een vordering. Ook is het toe-eigeningsverbod buiten toepassing gelaten.⁸⁸ Indien niet binnen de beleentermijn de geldsom volledig wordt betaald en de pandbeleningsvergoeding

86 Zie voor de onderbouwing van dit standpunt par. 6.6.2.1.

87 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

88 Zie par. 6.2.1.

volledig wordt voldaan, gaat de volledige eigendom van de zaak naar het pandhuis. De bepalingen in Titel 3.9 BW die beogen dat bij verhaal een faire opbrengst wordt gerealiseerd en dat een surplus na uitwinning wordt afgedragen aan de pandgever, zijn buiten toepassing verklaard.

225. *Faillissement van het pandhuis.* Wordt door de pandbelener binnen de beleentermijn de beleensom terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig aan het pandhuis voldaan, dan is ongeacht een eventueel faillissement of surseance van betaling van het pandhuis de curator of bewindvoerder verplicht de beleende zaak aan de pandbelener terug te geven. Het pandrecht van het pandhuis is in dat geval tenietgegaan als gevolg van het tenietgaan van de verzekerde vordering waarvan het pandrecht afhankelijk is (artikel 3:7 BW). Artikel 7:135 BW bevat een teruggaveplicht voor het pandhuis in die omstandigheden, die ook geldt voor de curator dan wel bewindvoerder van het pandhuis. Doordat de beleende zaak weer in de macht van de pandbelener komt, eindigt het pandrecht en verkrijgt de pandbelener opnieuw de onbelaste eigendom van de zaak. Door het vervallen van de opschortende voorwaarde waaronder de zaak was overgedragen, wordt de pandbelener opnieuw volledig eigenaar.

6.4.3 Beschikken over het verpande voorwaardelijke recht door de pandbelener

226. *De pandbelener draagt het verpande voorwaardelijke recht over.* De pandbelener blijft ondanks de vestiging van het pandrecht rechthebbende van de zaak en kan over dit recht beschikken. Omdat de zaak tevens onder opschortende voorwaarde is overgedragen aan het pandhuis, betreft het een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Voor de vraag of door de pandbelener over dit voorwaardelijk recht kan worden beschikt en, zo ja, wat hiervan de rechtsgevolgen zijn wordt verwezen naar par. 6.7.3. In deze paragraaf komt aan de orde wat in geval van een beschikkingshandeling de gevolgen zijn voor het op de zaak gevestigde pandrecht.

Indien de voorwaardelijke eigendom door de pandbelener wordt overgedragen, verkrijgt de derde-verkrijger een met pandrecht bezwaarde zaak. De pandbelener kan immers op grond van de *nemo plus*-regel niet meer rechten overdragen dan hij zelf heeft. Het pandrecht kan na de overdracht door het pandhuis als absoluut recht tegen de derde-verkrijger worden ingeroepen.⁸⁹

Indien de pandbelener het voorwaardelijk eigendomsrecht overdraagt terwijl de derde-verkrijger niet op de hoogte is van het pandrecht, kan de derde-verkrijger bescherming tegen het pandrecht ontleen aan artikel 3:86 lid 2 BW. Op grond van dit artikel vervalt het pandrecht, indien aan

89 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/747 en 779; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/124.

de vereisten van een geldige overdracht is voldaan (met uitzondering van beschikkingsbevoegdheid), de overdracht anders dan om niet heeft plaatsgevonden en de derde-verkrijger het pandrecht niet kende of behoorde te kennen (goede trouw). Indien het recht is verpand op basis van een vuistpand, zoals bij pandbelening het geval is, zal niet snel sprake zijn van goede trouw van de derde-verkrijger. De zaak bevindt zich immers in de macht van het pandhuis. De derde-verkrijger zal daarom onderzoek moeten doen naar de reden dat de zaak zich niet bij de vervreemder bevindt.⁹⁰ Ook als de vervreemding door de pandbelener geen gevolgen heeft voor het pandrecht omdat niet is voldaan aan de eisen van artikel 3:86 lid 2 BW, kan in strafrechtelijke zin sprake zijn van onttrekking aan een pandrecht ex artikel 348 lid 1 Sr.⁹¹

227. *De pandbelener bezwaart het voorwaardelijk recht met een later pandrecht.* De pandbelener kan een later pandrecht vestigen op het voorwaardelijk eigendomsrecht op de beleende zaak. Omdat het pandrecht dat is verleend aan het pandhuis een vuistpand betreft en de zaak zich in de macht van het pandhuis bevindt, kan in dat geval alleen een stil pandrecht worden gevestigd. De pandbelener zou bij vestiging van een zodanig stil pandrecht beschikkingsonbevoegd zijn. Artikel 3:238 BW beschermt de derde-pandhouder alleen tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever als de zaak in de macht van de pandhouder is gebracht. Dit blijkt uit de tekst van artikel 3:238 BW, die vereist dat sprake is van goede trouw op het moment dat de zaak in de macht van de pandhouder is gebracht. Een latere stil pandhouder kan daarom geen beroep doen op de bescherming van artikel 3:238 BW.⁹²

6.5 RECHTSPOSITIE VAN HET PANDHUIS ALS PANDHOUDER

6.5.1 Inleiding

228. *Plan van behandeling.* Indien het pandhuis een pandbeleningsovereenkomst in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW aangaat, komt een pandrecht ten gunste van het pandhuis tot stand. In deze paragraaf staat de rechtspositie van het pandhuis als pandhouder centraal. Het pandhuis heeft als pandhouder de verplichting om als een goed huisvader voor de in zijn macht gebrachte zaak te zorgen. De zorgplicht van het pandhuis komt aan de orde in par. 6.5.2.1. Het pandhuis loopt het risico dat de pandbelener niet beschikkingsbevoegd bij de vestiging van het pandrecht. De bescherming

⁹⁰ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 779.

⁹¹ HR 22-04-2014, ECLI:NL:HR:2014:965, m.nt. A.I.M. van Mierlo; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/124.

⁹² Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/770; Snijders & Rank-Berenschot 2022/531.

van het pandhuis tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener wordt onderzocht in par. 6.5.2.2. Vervolgens wordt de bescherming van het pandhuis tegen faillissement van de pandbelener (par. 6.5.2.3) en de bescherming van het pandhuis tegen beslag (6.5.2.4) onderzocht. Hierna wordt onderzocht of en in hoeverre door het pandhuis kan worden beschikt over de zaak (par. 6.5.3) en over de vordering op de pandbelener (par. 6.5.4), gevolgd door een conclusie (par. 6.5.5).

6.5.2 Het pandhuis als pandhouder

6.5.2.1 *Zorgplicht van het pandhuis voor de zaak*

229. *Inhoud zorgplicht.* Op basis van de overeenkomst van pandbelening wordt de zaak in de macht van het pandhuis gebracht. Het pandhuis heeft het recht de zaak onder zich te houden en hoeft deze slechts af te geven nadat de verzekerde vordering is tenietgegaan.⁹³ Het pandhuis dient als een goed pandhouder voor de zaak zorg te dragen (artikel 3:243 lid 1 BW).⁹⁴ In de regel zal de zorgplicht inhouden dat het pandhuis niet alleen de zaak zorgvuldig zal moeten bewaren, maar zich ook tegen brand- en inbraakschade zal moeten verzekeren.⁹⁵ Ook impliceert de zorgplicht dat de pandhouder de verpande zaak niet mag gebruiken.

Aan het tekortschieten in de zorgplicht door de pandhouder wordt in de wet geen sanctie verbonden. Artikel 3:257 BW bevat wel een sanctie voor het geval dat het pandhuis ernstig tekortschiet in zijn zorgplicht. De rechtbank kan in dat geval op vordering van de pandbelener bevelen dat de zaak wordt afgegeven of in gerechtelijke bewaring van een derde wordt gesteld. Afgifte aan de pandbelener heeft wel het vergaande gevolg dat het pandrecht tenietgaat. Uit deze bepaling volgt dat een in geringe mate tekortschieten in de vereiste zorg geen ontbinding van de overeenkomst van pandbelening rechtvaardigt. Wel heeft de pandbelener het recht om schadevergoeding te vorderen, indien door een gebrek aan zorg schade aan de beleende zaak is ontstaan.⁹⁶

93 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/783; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/150. Voor de verplichting tot afgifte van het pandhuis geldt artikel 7:135 BW in plaats van artikel 3:256 BW.

94 Artikel 3:243 lid 2 BW, dat bepaalt dat de kosten tot behoud en onderhoud die door de pandhouder zijn gemaakt door de pandgever moeten worden terugbetaald, is uitgesloten in artikel 7:138 BW.

95 Van der Weide 2019, nr. 119. Vgl. Art. 23 PHW. De Beleenovereenkomst van de Amsterdamse Stadsbank van lening (art. 5.1) voorziet in verzekering tegen brand en inbraakschade (bijlage 2).

96 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 783; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/151 en 152.

230. *Instellen van rechtsvorderingen.* Tot het instellen van rechtsvorderingen tegen derden ter bescherming van de verpande zaak is zowel de pandhouder (het pandhuis) als de pandgever (de pandbelener) bevoegd (artikel 3:245 BW). De bevoegdheid van de pandhouder is beperkt tot het instellen van rechtsvorderingen tegen derden in geval van feitelijk inbreuk of rechtsinbreuk. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan diefstal van de zaak.⁹⁷

6.5.2.2 *Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener*

231. *Artikel 3:238 BW.* Pandhuizen lopen het risico dat ze gestolen zaken aangeboden krijgen. Ook om andere redenen kan de pandbelener onbevoegd zijn om over de verpande zaak te beschikken, bijvoorbeeld omdat hij de zaak reeds aan een derde heeft vervreemd. Voor vestiging van een geldig pandrecht vereist artikel 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW dat de pandgever beschikkingsbevoegd is. Het pandhuis kan bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener ontleen aan artikel 3:238 BW. Deze bepaling is niet uitgesloten in artikel 7:138 BW. Hiervoor moet het pandhuis te goeder trouw zijn op het moment dat de zaak in zijn macht is gebracht en aan de overige vereisten voor derdenbescherming zijn voldaan.⁹⁸

Voor de maatstaf die geldt voor beantwoording van de vraag wanneer het pandhuis te goeder trouw is, wordt verwezen naar par. 6.8.2.5 met betrekking tot de rechtspositie van het pandhuis als eigenaar onder opschortende voorwaarde bij beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener. Er is geen reden om een andere maatstaf voor goede trouw te hanteren voor het pandhuis als pandhouder dan die welke het pandhuis heeft als eigenaar onder opschortende voorwaarde.

Artikel 3:238 lid 3 BW bepaalt dat indien de eigenaar het bezit van een roerende zaak door diefstal heeft verloren, de artikelen 3:86 lid 3 onder b en lid 4 BW van overeenkomstige toepassing zijn. Op basis hiervan kan de oorspronkelijke eigenaar van de beleende zaak, die het bezit hiervan door diefstal heeft verloren, de zaak gedurende een periode van drie jaren na de diefstal vrij van pandrecht opeisen.⁹⁹

232. *Bescherming tegen een ouder stil pandrecht.* Voor het geval dat de pandbelener als pandgever gedeeltelijk beschikkingsonbevoegd is in die zin dat de beleende zaak reeds met een ouder stil pandrecht (artikel 3:237 BW) is bezwaard, geeft artikel 3:238 lid 2 BW een regeling. Dit oudere pandrecht gaat in beginsel in rang boven het pandrecht van het pandhuis. De vuistpandhouder te goeder trouw wordt echter beschermd in die zin dat

⁹⁷ Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/155.

⁹⁸ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/770 e.v.; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/116 e.v. Snijders & Rank-Berenschot 2022/531. Art. 3:238 BW derogeert aan art. 3:86 BW dat geldt bij vervreemding. Voor bijzondere voorwerpen geldt de regeling van artikel 3:238 lid 4 BW.

⁹⁹ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/772; Snijders & Rank-Berenschot 2022/53.

rangwisseling plaatsvindt. Het latere vuistpandrecht gaat in rang boven het andere oudere beperkte recht.¹⁰⁰ Omdat artikel 3:253 BW in artikel 7:138 BW niet van toepassing is verklaard, zal de tweede pandhouder niet delen in een overschot in de executieopbrengst.¹⁰¹

233. *Tekortschieten in de nakoming van de verbintenis uit de overeenkomst van pandbelening.* Indien de pandbelener niet bevoegd is om over de zaak te beschikken, schiet deze normaal gesproken tekort in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst van pandbelening. Dat kan aan het pandhuis de bevoegdheid verlenen om de overeenkomst van pandbelening te ontbinden. Ook kan dit leiden tot een verplichting van de pandbelener om de schade die het pandhuis als gevolg daarvan lijdt, te vergoeden. De beperkte verhaalsaansprakelijkheid van de pandbelener tot de beleende zaak zal in dat geval niet van toepassing zijn.¹⁰²

6.5.2.3 Bescherming tegen faillissement van de pandbelener

234. *Pandrecht zonder verhaalsrecht.* Op grond van artikel 57 Faillissementswet kan de pandhouder zijn rechten uitoefenen alsof er geen faillissement was. De pandhouder heeft de positie van separatist en heeft het recht van parate executie. Het pandhuis komt als pandhouder echter geen verhaalsrecht op de verpande zaak toe. De artikelen 3:248 t/m 3:254 BW met betrekking tot verhaal op basis van een pandrecht zijn niet van toepassing. Wat betekent dit voor de positie van het pandhuis als pandhouder bij het faillissement van de pandbelener? Welke rechten heeft het pandhuis?

235. *Afwachten tot verstrijken van de beleentermijn.* Het pandhuis kan als pandhouder gedurende de beleentermijn niet als separatist de executie ter hand nemen. Het pandhuis zal moeten afwachten tot de beleentermijn verstrijkt. Indien na het verstrijken van de beleentermijn de beleensom en de pandbeleningsvergoeding niet zijn voldaan, gaat door het vervullen van de opschortende voorwaarde de zaak van rechtswege over naar het pandhuis. Artikel 58 lid 1 Faillissementswet geeft de bevoegdheid aan de curator om aan de pandhouder een redelijke termijn te stellen om tot uitoefening van zijn rechten uit hoofde van artikel 57 Faillissementswet over te gaan. Dit artikel veronderstelt wel dat de pandhouder bevoegd is om tot executie over te gaan. Als de pandhouder nog niet bevoegd is om tot uitwinning over te gaan, is voor het stellen van een redelijke termijn geen plaats.¹⁰³ Dat-

100 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/781; Snijders & Rank-Berenschot 2022/540; Steneker 2022/44.

101 Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/268. Biemans en van Schaick merken op dat de tweede pandhouder dat kan voorkomen door de beleensom en de pandbeleningsvergoeding aan het pandhuis te betalen.

102 Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/268.

103 Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/93.

zelfde zou moeten gelden indien die bevoegdheid er nooit zal zijn, zoals in het geval van het pandrecht van het pandhuis. Aangenomen moet daarom worden dat artikel 58 lid 1 Faillissementswet niet van toepassing is bij een faillissement van de pandbelener die een overeenkomst van pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW is aangegaan. Ondanks het ontbreken van verhaalsbevoegdheid heeft het pandhuis gedurende de beleentermijn tegenover de overige crediteuren van de pandbelener dezelfde positie als de positie die het zou hebben bij een regulier pandrecht in de zin van Titel 3.9 BW.

236. *Tussentijdse beëindiging van de pandbelening.* Denkbaar is dat in de overeenkomst van pandbelening is overeengekomen dat bij faillissement van de pandbelener de overeenkomst met onmiddellijke ingang eindigt of kan worden beëindigd door het pandhuis. Dit zou betekenen dat de daadwerkelijke beleentermijn korter kan worden dan de minimale beleentermijn van twee maanden voorzien in artikel 7:135 BW. De minimale beleentermijn beoogt de pandbelener te beschermen door hem een redelijke termijn te geven om teruggave van de zaak mogelijk te maken.¹⁰⁴ Die bescherming is niet langer nodig bij faillissement van de pandbelener. Hij heeft dan immers als gevolg van het faillissement de beschikking over zijn vermogen verloren (art. 23 Fw). Tegen een dergelijke bepaling zie ik daarom geen bezwaar.

De curator van de pandbelener zou binnen de beleentermijn namens de gefailleerde de beleensom en de pandbeleningsvergoeding aan het pandhuis kunnen terugbetalen dan wel betalen en daarmee de zaak aan de boedel kunnen toevoegen.¹⁰⁵ De curator zal dit alleen doen als hij hiervoor de benodigde fondsen tot zijn beschikking heeft en de beleende zaak een hogere marktwaarde heeft dan de som van de beleensom en de pandbeleningsvergoeding.

Het in deze paragraaf vermelde geldt ook in geval van toepassing van de schuldsanering natuurlijke personen op de pandbelener (art. 299 lid 3 Fw).

6.5.2.4 Bescherming tegen beslag

237. *Eerder en later beslag.* Een pandrecht dat wordt gevestigd op een roerende zaak kan tegen een latere beslaglegger worden ingeroepen en niet tegen een eerdere beslaglegger ingeval van een executoriaal verhaalsbeslag (art. 453a lid 1 Rv).¹⁰⁶ Hiervoor geldt een uitzondering wanneer de pandhouder na het beslag op de zaak anders dan om niet een vuistpand heeft verkregen en hij te goeder trouw was toen de zaak in zijn macht kwam

¹⁰⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 14.

¹⁰⁵ Vgl. art. 58 lid 2 Fw, dat de bevoegdheid geeft aan de curator om het verpande goed tot het tijdstip van verkoop te lossen tegen voldoening van hetgeen waarvoor het pandrecht tot zekerheid strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie.

¹⁰⁶ Hetzelfde geldt voor een conservatoir beslag op grond van art. 712 Rv, dat art. 453a Rv van overeenkomstige toepassing verklaart.

(art. 453a lid 2 Rv).¹⁰⁷ In dat geval kan de pandhouder zijn pandrecht ook inroepen tegen eerdere beslagleggers. Bij pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW komt de zaak in de macht van het pandhuis en wordt een vuistpand gevestigd. De vestiging van het pandrecht komt tot stand als tegenprestatie voor het ter beschikking stellen van de geldsom en is dus anders dan om niet gevestigd. Het pandhuis is te goeder trouw wanneer het niet wist dat er beslag op de zaak was gelegd en dit in de gegeven omstandigheden ook niet behoorde te weten.¹⁰⁸

6.5.3 Beschikken over de zaak door het pandhuis

238. *Het pandhuis vervreemdt de zaak als pandhouder.* Een vuistpandhouder is niet bevoegd de in bewaring gegeven zaak te vervreemden, buiten het geval van uitwinning op basis van artikel 3:248 BW. Vervreemdt de pandhouder de zaak toch, dan is dit een schending van de zorgplicht en een ernstig tekortschieten in de zin van artikel 3:257 BW. Deze beperking hangt samen met het zekerheidsrecht karakter van pandrecht, waarbij aan de pandhouder uitsluitend bevoegdheden worden toegekend die dienstig zijn aan bescherming van het verhaalsrecht.¹⁰⁹ Het pandhuis heeft echter als pandhouder geen verhaalsrecht in het geval van het pandrecht *sui generis* op de voet van artikel 7:130 lid 1 onder a BW. Artikel 3:248 BW is, evenals de overige artikelen in Titel 3.9 met betrekking tot verhaal van de vordering, niet van toepassing. Het pandhuis heeft hierdoor als pandhouder aanzienlijk ruimere bevoegdheden, waaronder het recht van toe-eigening. Dat betekent echter niet dat het pandhuis bevoegd is gedurende de beleentermijn de zaak te vervreemden.

Ondanks de beschikkingsonbevoegdheid van het pandhuis, heeft het wel de mogelijkheid de zaak te vervreemden. Het pandhuis kan aan een derde het bezit van de zaak verschaffen (art. 3:90 lid 1 BW). Ingevolge artikel 3:86 lid 1 BW is deze overdracht geldig, indien deze anders dan om niet geschiedt en de verkrijger te goeder trouw is op het tijdstip van bezitsverkrijging. Het pandrecht vervalt op grond van artikel 3:86 lid 2 indien de verkrijger dit recht op het tijdstip van verkrijging niet kent en evenmin behoort te kennen.¹¹⁰

239. *Het pandhuis herverpand de zaak.* Artikel 3:242 BW met betrekking tot herverpanding is in artikel 7:138 BW uitgesloten. De reden hiervoor is volgens de memorie van toelichting bij Titel 7.2D BW dat het pandhuis niet

107 Steneker 2022/44; Snijders & Rank-Berenschot 2022/540.

108 Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/449.

109 Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/153

110 In deze zin Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/153. Zie over art. 3:86 lid 2 BW, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/169 e.v.; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/153; Asser/Bartels & van Mierlo 3-IV 2021/434; Reehuis & Verheul 2022/16. Zie over de bescherming van de verkrijger bij levering door de pandgever in geval van een stil pandrecht, Reehuis 1987, nr. 222 e.v. en Van Mierlo 1988, nr. 6.2.3.

de bevoegdheid behoort te kunnen bedingen om de beleende zaak te herverpanden.¹¹¹ Indien het pandhuis de zaak desondanks herverpand, is het beschikkingsonbevoegd. De derde-pandhouder kan in dat geval beschermd worden door artikel 3:238 BW. Voor bescherming moet aan alle eisen voor vestiging van een geldig pandrecht zijn voldaan met uitzondering van beschikkingsbevoegdheid, de derde-pandhouder moet te goeder trouw zijn op het tijdstip waarop de zaak in zijn macht is gekomen en de zaak moet zich in de macht van de derde-pandhouder of van een derde bevinden. Er is alleen bescherming van de derde-pandhouder als de herverpanding plaatsvindt door vestiging van een vuistpandrecht. Een bezitloos pandhouder wordt niet beschermd.

6.5.4 Beschikken over de vordering door het pandhuis

240. *Overdraagbaarheid van de vordering van het pandhuis.* Zoals hierboven in par. 5.2.6 betoogd, zijn er goede argumenten om te betogen dat het pandhuis een vordering heeft op de pandbelener. De vraag die hierbij opkomt is of het pandhuis deze vordering kan overdragen. Artikel 3:83 lid 1 BW bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten in beginsel overdraagbaar zijn. De gedachte achter dit beginsel is dat goederen in de handel dienen te blijven, zodat ze voor overdracht, zekerheidsstelling en uitwinning vatbaar zijn.¹¹² Uitzonderingen op het beginsel van overdraagbaarheid van vermogensrechten zijn op grond van artikel 3:83 lid 1 BW toegelaten op grond van de wet of de aard van het recht. Er is geen wettelijke bepaling die zich verzet tegen overdracht van de vordering van het pandhuis. De aard van een vordering staat aan de overdracht in de weg, indien de vordering een persoonlijk karakter heeft doordat zij zozeer aan de persoon van de schuldeiser is verbonden dat alleen deze haar behoort uit te oefenen. Dat is in het bijzonder het geval als een wijziging van de persoon van de schuldeiser een wijziging van de inhoud van de overeenkomst teweegbrengt.¹¹³ Bij een vordering tot terugbetaling uit hoofde van een lening of uit koop, zal de aard van de vordering zich doorgaans niet tegen overdracht verzetten.¹¹⁴ Ook bij de vordering tot terugbetaling van de beleensom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding is er geen reden om aan te nemen dat de vordering niet overdraagbaar is door het pandhuis. Er zijn daarom geen belemmeringen voor overdracht van de vordering door het pandhuis.

Dat neemt niet weg dat overdracht van de vordering zonder dat het voorwaardelijk recht mee wordt overgedragen niet voor de hand ligt. Bij voldoening van de vordering door de pandbelener zal de zaak dienen te

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

112 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 315; Rongen 2012, p. 668; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/103.

113 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/104; Rongen 2012/ 552.

114 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/104.

worden afgegeven en de derde-verkrijger zal daarom over de zaak willen beschikken. Overdracht van de vordering los van het voorwaardelijk recht op de zaak lijkt mij echter wel mogelijk.

Op grond van artikel 3:83 lid 2 BW kan overdraagbaarheid van de vordering met goederenrechtelijk effect worden uitgesloten, indien dit is overeengekomen tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Partijen kunnen daarnaast ook overeenkomen dat de schuldeiser de vordering niet mag overdragen in plaats van de vordering onoverdraagbaar te maken. Een dergelijk verbod heeft enkel verbintenisrechtelijke werking. Het legt enkel een contractuele verplichting op de schuldeiser om de vordering niet in strijd met het verbod over te dragen.¹¹⁵ Een beding waarbij wordt gestipuleerd dat deze niet overdraagbaar is, heeft uitsluitend verbintenisrechtelijke werking, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd.¹¹⁶

241. *Accessoriteit pandrecht bij overdracht van de vordering.* Het pandrecht strekt tot zekerheid van de vordering die samenhangt met de verpande zaak.¹¹⁷ Op grond van artikel 3:82 BW volgt een pandrecht de gecureerde vordering in geval van overdracht van die vordering. Ook op grond van artikel 6:142 lid 1 BW verkrijgt een nieuwe schuldeiser bij overdracht van een vordering op deze nieuwe schuldeiser de daarbij behorende nevenrechten, waaronder een pandrecht. Bij overdracht van de vordering uit hoofde van de overeenkomst van pandbelening, zal het pandrecht overgaan op de verkrijger van de vordering. Wanneer een vuistpandrecht mee overgaat, zoals het geval zou zijn bij de pandbelening door vestiging van een pandrecht, is het pandhuis op grond van artikel 6:143 lid 3 BW verplicht tegenover de nieuwe schuldeiser om de in zijn handen bevindende zaak af te geven aan deze nieuwe schuldeiser.

6.5.5 Conclusie

242. *Bescherming van het pandhuis.* Het pandrecht verleent aan het pandhuis geen verhaalsrecht. Executie als separatist is bij dit bijzondere pandrecht niet mogelijk. Dat levert een bijzondere situatie op bij faillissement van de pandbelener of toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen op de pandbelener gedurende de beleentermijn. Bij faillissement van de pandbelener zal het pandhuis het verstrijken van de beleentermijn moeten afwachten, waarna het pandhuis van rechtswege eigenaar wordt

115 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/110a.

116 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:68, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders, AA 2014/12, m.nt. W.H. van den Boom, JOR 2014/151, m.nt. B.A. Schuijling (*Coface/Intergamma*); HR 21 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:984 (*Rabobank/Flora Holland*); Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/110a; Snijders & Rank-Berenschot 2022/311.

117 Zie par. 6.2.1.3.

indien de beleensom en de pandbeleningsvergoeding niet volledig zijn terugbetaald resp. voldaan door de curator namens de boedel. Hetzelfde geldt als de schuldsanering natuurlijke personen van toepassing is op de pandbelener. Het pandhuis is beschermd tegen een eerdere en een latere beslaglegger. Omdat het pandhuis geen executiebevoegdheid heeft, zal het ook in dit geval moeten afwachten tot het verstrijken van de beleentermijn.

Indien de pandbelener beschikkingsonbevoegd is, wordt het pandhuis beschermd mits het te goeder trouw is op het moment dat de zaak in zijn macht wordt gebracht en aan de overige vereisten voor derdenbescherming wordt voldaan. Als de beschikkingsonbevoegdheid het gevolg is van diefstal van de zaak, is het pandhuis niet beschermd bij revindicatie door de eigenaar van de zaak binnen drie jaar na de diefstal.

De zaak is uit hoofde van de pandbelening verpand aan het pandhuis door de zaak in de macht van het pandhuis te brengen. Het pandhuis heeft als pandhouder een zorgplicht voor de zaak. Het pandhuis zal voor de in bewaring gegeven zaak als een goed huisvader moeten zorgen. Hoewel herverpanding niet is toegestaan, wordt de derde-pandhouder beschermd indien aan de vereisten van artikel 3:238 BW is voldaan. In beide gevallen zal de pandbelener bij een succesvol beroep op derdenbescherming bij het pandhuis vergoeding van de schade kunnen vorderen wegens handelen in strijd met de zorgplicht.

Het pandhuis zal de vordering uit hoofde van de overeenkomst van pandbelening kunnen overdragen aan een derde. De wet en de aard van de vordering staan hier niet aan in de weg.

6.6 OVERDRACHT BIJ PANDBELENING DOOR VESTIGING VAN EEN PANDRECHT

6.6.1 Inleiding

243. *Plan van behandeling.* In deze paragraaf 6.6 zal de in artikel 7:130 lid 1 onder a BW voor pandbelening voorziene overdracht worden onderzocht. Begonnen wordt met een onderzoek naar de vraag hoe deze overdracht dient te worden gekwalificeerd (par. 6.6.2.1). Met betrekking tot deze vraag wordt verdedigd dat sprake is van een overdracht onder de opschortende voorwaarde van het uitblijven van terugbetaling van de geldsom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn (par. 6.6.2.2). De vereisten voor de overdracht komen hierna aan de orde in par. 6.6.2.3. In par. 6.6.3 worden de rechtsgevolgen van de overdracht onderzocht. In par. 6.6.4 wordt gezocht naar een verklaring voor de werking van de overdracht, waarbij de drie in de literatuur genoemde verklaringen voor de werking van overdracht onder opschortende voorwaarde aan de orde komen. Tenslotte wordt onderzocht of bij de overdracht op basis van artikel 7:130 lid 1 onder a BW sprake is van een ongeoorloofde opschortende potestatieve voorwaarde (par. 6.6.5).

6.6.2 Overdracht onder opschortende voorwaarde

6.6.2.1 Kwalificatie van de overdracht

244. *Inleiding.* Indien de pandbelener een overeenkomst van pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW aangaat met een pandhuis, brengt deze de zaak in de macht van het pandhuis met het beding dat het pandhuis volledig eigenaar wordt, indien volledige betaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding uitblijft binnen de beleentermijn. Volgens de memorie van toelichting bij Titel 7.2D BW wordt het pandhuis eigenaar doordat het 'na het ongebruikt verstrijken van de beleentermijn niet alleen de macht over de zaak, maar ook het bezit over de zaak verkrijgt, waarmee is voldaan aan de eis voor overdracht, gesteld in artikel 90 van Boek 3'.¹¹⁸ De vraag is hoe de overdracht aan het pandhuis dient te worden gekwalificeerd.

In de literatuur wordt de overdracht meestal verklaard als een overdracht onder opschortende voorwaarde. De pandbelener draagt de zaak over onder de opschortende voorwaarde van het uitblijven van terugbetaling van de geldsom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn, waarbij levering heeft plaatsgevonden door machtsverschaffing aan het pandhuis (artikel 3:91 BW). Bij vervulling van de opschortende voorwaarde verkrijgt het pandhuis de volledige eigendom van de zaak. Het pandrecht gaat dan teniet door vermenging op de voet van artikel 3:81 lid 2 onder e BW.¹¹⁹

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

119 Salomons 2013, p. 653-654 is kritisch over de verwijzing in de memorie van toelichting naar artikel 3:90 BW en zegt het volgende: 'De totstandkoming van de pandbeleningsovereenkomst ging immers gepaard met overdracht onder opschortende voorwaarde. De afgifte van de zaak aan het pandhuis fungeerde daarbij tevens als levering ter uitvoering van de verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde, waarvoor de vorm van machtsverschaffing is voorgeschreven (art. 3:91). [...] Aangenomen dat de pandbelener beschikkingsbevoegd was wacht het plaatsvinden van eigendomsovergang dan nog slechts op vervulling van de voorwaarde.' Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/759d BW: 'Die eigendomsverkrijging laat zich verklaren vanuit een door de machtsverschaffing aan het pandhuis tot stand gebrachte overdracht onder opschortende voorwaarde van het uitblijven binnen de beleentermijn van terugbetaling van de uitbetaalde geldsom en van voldoening van de pandbeleningsvergoeding. Deze voorwaardelijke overdracht leidt, zodra de voorwaarde zich vervult, van rechtswege tot de verwerving van de eigendom [...]'. Van der Weide 2019/124: 'Over de wijze waarop deze eigendomsoverdracht precies tot stand komt, laat de parlementaire geschiedenis die aan titel 7.2D ten grondslag ligt zich niet uit, maar aannemelijk is dat hierbij sprake is van een eigendomsoverdracht onder de opschortende voorwaarde van een niet volledige voldoening van zowel de beleensom als de pandbeleningsvergoeding binnen de overeengekomen beleentermijn'. Van Boom 2022, p. 463: 'De eerste variant (a) heeft trekken van een vuistpand gecombineerd met een eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde [...] en p. 465: 'Als de pandbelener niet tijdig betaalt, dan groeit in variant (a) van art. 7:130 lid 1 BW de eigendom onder opschortende voorwaarde uit tot onvoorwaardelijke eigendom en eindigt het vuistpand'.

Biemans & van Schaick menen dat niet sprake is van overdracht onder opschortende voorwaarde, maar dat de eigendomsverkrijging door het pandhuis volgt uit artikel 7:130 lid 1 onder a BW en uit de buiten toepassing verklaring van artikel 3:235 BW (verbod van toe-eigening). Deze visie suggereert dat de overdracht plaatsvindt door toe-eigening. Indien aan het einde van de beleenttermijn de geldsom niet is terugbetaald en de pandbelenningsvergoeding niet is voldaan, wordt het pandhuis eigenaar van de zaak door zich deze toe te eigenen.¹²⁰ De wetgever heeft het weglaten van de toe-eigeningsverbod gemotiveerd door te wijzen op het bijzondere karakter van het pandrecht, waarbij het pandhuis niet het recht heeft zich op de zaak te verhalen maar eigenaar wordt van de zaak.¹²¹ Er is niet voor gekozen om toe-eigening uitdrukkelijk toe te staan, zoals in artikel 7:54 lid 1 BW het geval is. De uitsluiting van het toe-eigeningsverbod is te verklaren, doordat het verbod lastig te combineren is met de eigendomsoverdracht aan het pandhuis en het vervallen van de bepalingen over de wijze van verhaal in Boek 3 BW die de pandgever beogen te beschermen. Een verklaring voor de eigendomsoverdracht levert de uitsluiting van het toe-eigeningsverbod niet.

Volgens de wetgever vindt de levering van de zaak plaats door bezitsverschaffing aan het pandhuis (art. 3:90 BW). In de memorie van toelichting is hierover opgemerkt dat het pandhuis eigenaar wordt 'doordat hij na het ongebruikt verstrijken van de beleenttermijn niet alleen de macht over de zaak, maar ook het bezit van de zaak verkrijgt, waarmee voldaan is aan de eis voor overdracht, gesteld in artikel 90 van Boek 3.'¹²² Levering zal in dat geval pas plaatsvinden op het moment van het uitblijven van terugbetaling van de geldsom en voldoening van de pandbelenningsvergoeding aan het einde van de beleenttermijn. De pandbelener zal op dat moment beschikkingsbevoegd moeten zijn. Voor de vraag naar beschikkingsbevoegdheid is het tijdstip van voltooiing van de levering doorslaggevend.¹²³ Indien de pandbelener op dat moment niet (meer) beschikkingsbevoegd is, bijvoorbeeld als gevolg van een faillissement, dan belemmert dit de eigendomsovergang. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. Het is immers cruciaal voor het pandhuis om beschermd te zijn tegen een faillissement van de pandbelener of andere gevallen die leiden tot beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener op het moment dat de eigendom behoort over te gaan naar het pandhuis.

6.6.2.2 *Verbintenis onder opschortende voorwaarde*

245. *Voorwaardelijke verbintenis.* De in de literatuur overwegend gevolgde kwalificatie van de overdracht als een overdracht onder opschortende voor-

120 Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/270.

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

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

123 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/136; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/286; Snijders & Rank-Berenschot 2022/303 en 363.

waarde lijkt mij juist. De overeenkomst van pandbelening bevat het beding dat het pandhuis volledig eigenaar wordt, indien volledige betaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding uitblijft binnen de beleentermijn. Dit beding leidt tot een voorwaardelijke verbintenis. Van een voorwaardelijke verbintenis is sprake wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld (artikel 6:21 BW). Omdat de werking van de verbintenis pas een aanvang neemt bij het plaatsvinden van de gebeurtenis, is sprake van een opschortende voorwaarde (artikel 6:22 BW). De verbintenis strekt tot een overdracht onder de voorwaarde dat terugbetaling van de beleensom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding door de pandbelener binnen de beleentermijn uitblijft. De voorwaarde is vervuld als de beleentermijn is verstreken zonder terugbetaling van de geldsom en betaling van de pandbeleningsvergoeding. Het is een negatieve voorwaarde. De werking van de verbintenis is afhankelijk van het niet plaatsvinden van de gebeurtenis.¹²⁴

Voor een voorwaarde is vereist dat sprake is van een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Het moet op het moment dat de voorwaarde wordt overeengekomen onzeker zijn of zij ooit zal worden vervuld. Het moet op dat moment objectief, dit is naar algemene menselijke ervaring, onzeker zijn of de gebeurtenis al dan niet zal plaatsvinden. Alleen subjectieve onzekerheid, onzekerheid naar het oordeel van partijen, is niet voldoende.¹²⁵ Naast objectieve onzekerheid is ook subjectieve onzekerheid vereist. Partijen moeten het objectief onzekere feit ook als onzeker hebben beschouwd. Mocht dat niet het geval zijn, is sprake van een verbintenis onder tijdsbepaling.¹²⁶ Bij pandbelening in de zin van art. 7:130 lid 1 onder a BW zal in de regel sprake zijn van een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Vervulling van de voorwaarde is objectief onzeker. Subjectieve onzekerheid ontbreekt als partijen weten dat de opschortende voorwaarde zal worden vervuld doordat de pandbelener niet binnen de beleentermijn zal betalen. In dat geval is sprake van overdracht onder tijdsbepaling. Erg waarschijnlijk lijkt dat scenario niet, omdat aannemelijk is dat partijen in dat geval zouden hebben gekozen voor reguliere verkoop van de zaak.

246. *Verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde.* Aan een verbintenis tot overdracht kan, net als bij andere verbintenissen, een voorwaarde worden verbonden. Art. 3:38 lid 1 BW bepaalt dat rechtshandelingen onder voorwaarde kunnen worden verricht, tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. Er is hier geen wettelijke belemmering. In art. 7:130 lid 1 onder a BW is door de wetgever juist gekozen voor overdracht indien terugbetaling van de beleensom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding door de pandbelener binnen

124 Asser/Sieburgh 6-I 2020/165.

125 Stolz 2015, p. 74 e.v.; De Jong, Krans & Wissink 2022/66; Asser/Sieburgh 6-I 2020/168.

126 Stolz 2015, p. 74 e.v.; Asser/Sieburgh 6-I 2020/168.

de beleentermijn uitblijft. Ook de aard van pandbelening verzet zich niet tegen voorwaardelijke overdracht.

De omstandigheid dat in art. 3:38 lid 1 BW wordt gesproken over een rechtshandeling onder voorwaarde, betekent niet dat de rechtshandeling zelf, de pandbelening door de zaak in de macht van het pandhuis te brengen tegen het ter beschikking stellen van een geldsom, voorwaardelijk is. De rechtshandeling komt onvoorwaardelijk tot stand. Enkel het rechtsgevolg is afhankelijk van vervulling van de voorwaarde. Het bestaan van de rechtshandeling zelf is niet afhankelijk van de vervulling van de voorwaarde. De voorwaarde vormt een onderdeel van de inhoud van de tot stand gekomen rechtshandeling.¹²⁷

6.6.2.3 Vereisten voor overdracht

247. *Levering door machtsverschaffing.* Overdracht van de zaak door de pandbelener aan het pandhuis vereist levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is om over de zaak te beschikken (artikel 3:84 lid 1 BW). Voor levering is een leveringshandeling vereist, de beschikingshandeling die strekt tot overdracht. Levering van roerende zaken geschiedt op grond van art. 3:90 lid 1 BW door bezitsverschaffing aan de verkrijger. Voor levering van roerende zaken onder opschortende voorwaarde, zoals het geval is bij pandbelening bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW, verschaft art. 3:91 BW een bijzondere regeling. In plaats van bezitsverschaffing is machtsverschaffing over de zaak door de vervreemder (de pandbelener) aan de verkrijger (het pandhuis) vereist. Art. 3:91 BW is ingevoerd omdat bij de wetgever twijfel bestond over de mogelijkheid om het bezit te verschaffen in het geval van een overdracht onder opschortende voorwaarde, in het bijzonder in het geval van het eigendomsvoorbehoud. Art. 3:91 BW geldt echter ook buiten het kader van een eigendomsvoorbehoud.¹²⁸ Bezitsverschaffing is minder geëigend bij overdracht onder opschortende voorwaarde, omdat de vervreemder tot de vervulling van de voorwaarde eigenaar en bezitter blijft en de verkrijger de zaak houdt voor de vervreemder. Het is niet goed denkbaar dat de vervreemder de eigendom behoudt en tegelijkertijd de verkrijger in staat stelt de zaak voor zichzelf te houden met de pretentie rechthebbende te zijn.¹²⁹

127 Reehuis 2010/93; Reehuis 2013/16; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/12; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/238; Snijders & Rank-Berenschot 2022/411.

128 Verstijlen, in GS Vermogensrecht, art.91 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt t/m 20-12-2018).

129 Faber 2007, p. 43; Reehuis 2013/15; Rongen 2014, p. 302; Stolz 2015, p. 881-884; Verstijlen, in: GS Vermogensrecht, art. 91, aant. 8 (online, bijgewerkt t/m 20-12-2018); Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/ 246. Vgl. Verheul 2018, p. 136 e.v. over art. 3:91 BW. Verheul meent dat veel te zeggen is voor de opvatting dat bij gebreke van art. 3:91 BW levering ook zou kunnen geschieden door machtsverschaffing en acht een meer feitelijke interpretatie van de leveringseis van art. 3:90 lid 1 BW denkbaar, maar vindt de keuze van de wetgever om buiten twijfel te stellen hoe de levering bij een eigendomsvoorbehoud dient te geschieden verstandig.

Onder 'macht' wordt door de wetgever verstaan 'het ter beschikking stellen van de zaak, hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van een ander'.¹³⁰ De verkrijger wordt als gevolg van de machtsverschaffing van de zaak houder, geen bezitter van de zaak.¹³¹ Bij vervulling van de voorwaarde wijzigt de macht van de verkrijger over de zaak van rechtswege in bezit van de zaak. De verkrijger wordt in dat geval bezitter en eigenaar van de zaak.¹³²

Bij pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW geschiedt de levering door machtsverschaffing. De machtsverschaffing vindt plaats door feitelijke overgave van de zaak.¹³³ Dit volgt uit art. 7:130 lid 1 BW dat – voor beide varianten van pandbelening – bepaalt dat de pandbelener, tegenover het ter beschikking stellen van een geldsom door het pandhuis, een roerende zaak in de macht van het pandhuis brengt.

248. *Geldige titel.* De omschrijving van de overeenkomst van pandbelening doet de vraag rijzen of deze overeenkomst niet in strijd is met het fiducia-verbod van artikel 3:84 lid 3 BW.¹³⁴ Dat geldt met name voor pandbelening door overdracht in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder b BW, waarbij sprake is van overdracht van de zaak onder ontbindende voorwaarde.¹³⁵ Maar ook de overdracht onder opschortende voorwaarde voorzien in de eerste variant (artikel 7:130 lid 1 onder a BW) heeft trekken van een zekerheidsoverdracht. Het pandhuis heeft maar een beperkt belang bij de zaak gedurende de beleentermijn. Niet alleen als pandhouder maar ook als eigenaar onder opschortende voorwaarde heeft het pandhuis de zaak als een goed huisvader te bewaren en zal de zaak niet mogen gebruiken in zijn onderneming.¹³⁶ Verhandeling van de zaak door het pandhuis gedurende de beleentermijn is niet aan de orde.

De vraag of sprake is van strijd met het fiduciaverbod is tijdens de parlementaire behandeling van het wetsontwerp aan de orde geweest met betrekking tot het type pandbelening door overdracht voorzien onder b van artikel 7:130 lid 1 BW. De minister heeft naar aanleiding van vragen bij de parlementaire behandeling hieromtrent gezegd dat de laatstgenoemde

130 MVA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 389.

131 Zie onder meer Reehuis 2013/16; Rongen 2014, p. 302; Verstijlen, in: GS Vermogensrecht, art. 91 BW, aant 9 (online, bijgewerkt t/m 20-12-2018).

132 Reehuis 2013/17; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/125 en 246; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/ 527. Zie hierover onder meer Stolz 2015, p. 889-894. Volgens Stolz verkrijgt de verkrijger bij vervulling van de voorwaarde van rechtswege niet alleen de voorwaardelijke eigendom, maar tevens de bijbehorende eigendomspretentie van het bezit.

133 In de literatuur wordt veelal aangenomen dat machtsverschaffing ook kan geschieden door een tweezijdige verklaring. Zie onder meer Faber 2007, p. 43; Reehuis 2013/16; Rongen 2014, p. 302; Stolz 2015, p. 894-904; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/246 en 963; Verstijlen, in: GS Vermogensrecht, art. 91 BW, aant. 9 (online, bijgewerkt t/m 20-12-2018).

134 Vgl. Kopalit 2015, p. 111-122.

135 Zie par. 7.4.7.

136 Zie par. 6.7.

overeenkomst van pandbelening niet in strijd is met artikel 3:84 lid 3 BW, omdat het niet gaat om een zekerheidsrecht dat gericht is op verhaal van de vordering op de beleende zaak, maar om een overdracht die de strekking heeft de zaak in het vermogen van het pandhuis te doen vallen.¹³⁷ Strikt genomen is inderdaad geen sprake van verhaal. Niet omdat de pandbelener geen schuld heeft aan het pandhuis. Zoals hiervoor in hoofdstuk 6 is betoogd, zijn er goede argumenten om aan te nemen dat de pandbelener wel een schuld heeft aan het pandhuis.¹³⁸ Het pandhuis krijgt, indien de beleentermijn is verstreken zonder terugbetaling van de geldsom en betaling van de pandbeleningsvergoeding, de volledige en onvoorwaardelijke eigendom van de beleende zaak. De wet vereist niet dat verhaal wordt genomen op de zaak. Er is daarom sprake van een werkelijke overdracht als bedoeld in het Sogelease-arrest.¹³⁹

6.6.3 Gevolgen van de overdracht onder opschortende voorwaarde

6.6.3.1 *Vervulling van de opschortende voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht*

249. *Art. 3:38 lid 2 BW.* De vervulling van de opschortende voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht (art. 3:38 lid 2 BW). Als een zaak is overgedragen onder opschortende voorwaarde, dan komt de overdracht tot stand op het moment dat de voorwaarde is vervuld (*ex nunc*) en niet op het moment dat de levering is voltooid (*ex tunc*). De overdracht van de zaak aan het pandhuis krachtens art. 7:130 lid 1 onder a BW komt pas tot stand op het moment dat de opschortende voorwaarde is vervuld, te weten als de pandbelener de zaak heeft opgeëist tegen betaling van de beleensom en de pandbeleningsvergoeding.

Het pandhuis zou met de pandbelener in de overeenkomst van pandbelening kunnen afspreken dat vervulling van de opschortende voorwaarde terugwerkende kracht heeft. Is een dergelijke afspraak rechtsgeldig? Algemeen wordt over deze vraag aangenomen dat partijen niet met goederenrechtelijke werking van artikel 3:38 lid 2 BW kunnen afwijken, in die zin dat aan een opschortende voorwaarde terugwerkende kracht wordt toegekend.¹⁴⁰ Wel kunnen partijen overeenkomen dat in hun onderlinge

137 Kamerstukken II 2012/13, 33 334, 5, p. 7 alsmede Kamerstukken II 2012/13, 33 334, nr. 6, p. 13.

138 Zie par. 5.2.

139 HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC 1753, NJ 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn, AA 1995, p. 872, m.nt. R.D. Vriesendorp, NTBR 1995/207, m.nt. E.B. Rank-Berenschot (Keereweër q.q. /Sogelease). Zie hierover onder meer Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2019/119; Snijders & Rank-Berenschot 2022/194 en 485.

140 Hartkamp 1991, p. 870-871; Scheltema 2003, p. 304 e.v.; Reehuis 2010/95; Asser/ Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/244; Asser/Hijma 7-I 2019/704; Asser/Sieburgh 6-I 2020/183. Snijders & Rank-Berenschot 2022/416. Zie ook TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 146 en Parl. Gesch Boek 6, p. 985.

verhouding de overdracht terugwerkende kracht wordt geacht te hebben en dat op die basis zal worden afgerekend. Een dergelijke afspraak is slechts obligatoir van aard.¹⁴¹

6.6.3.2 *Vervulling van de opschortende voorwaarde heeft goederenrechtelijke werking*

250. *Betekenis van goederenrechtelijke werking van de opschortende voorwaarde.* Bij een overdracht onder opschortende voorwaarde blijft de vervreemder rechthebbende van de zaak. De werking van de overdracht is opgeschort, maar bij vervulling van de voorwaarde vindt op het moment van vervulling van de voorwaarde van rechtswege rechtsovergang plaats aan de verkrijger. De vervreemder is aldus rechthebbende onder een met de opschortende voorwaarde corresponderende ontbindende voorwaarde en de verkrijger is rechthebbende onder opschortende voorwaarde. Gaat de opschortende voorwaarde in vervulling, dan treedt de overdracht in werking en gaat het goed van rechtswege over op de verkrijger. Een nadere leveringshandeling is niet vereist. Dit is het gevolg van de goederenrechtelijke werking van de overdracht.

Bij het bepalen van de betekenis van goederenrechtelijke werking bij voorwaardelijke overdracht worden twee aspecten onderscheiden.¹⁴² Enerzijds heeft vervulling van de opschortende voorwaarde werking tussen partijen. Bij een overdracht onder opschortende voorwaarde verkrijgt de wederpartij van de vervreemder bij vervulling van de opschortende voorwaarde het goed van rechtswege zonder dat een nadere leveringshandeling is vereist en zonder dat partijen op deze goederenrechtelijke werking nog invloed kunnen uitoefenen.¹⁴³ Anderzijds heeft de goederenrechtelijke werking betrekking op de verhouding met derden. Zolang de opschortende voorwaarde niet is vervuld, kan de vervreemder als rechthebbende over het voorwaardelijk overgedragen goed beschikken. Deze beschikkingsmacht van de vervreemder onder voorwaarde is echter gedurende de periode van onzekerheid over de vervulling van de voorwaarde beperkt. Op de beschikking door de vervreemder over het goed is op grond van de nemo plus-regel dezelfde opschortende voorwaarde van toepassing. De derde of de beperkt gerechtigde verkrijgt een recht dat aan dezelfde voorwaarde onderhevig is.¹⁴⁴ De gevolgen van een dergelijke beschikking eindigen op het moment dat de opschortende voorwaarde in vervulling gaat. Door

141 Reehuis 2010, nr. 95; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/244.

142 Stolz 2015, p. 907 e.v.

143 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/ 243; Stolz 2015, p. 907 e.v.; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 125; Snijders & Rank-Berenschot 2022/411 en 493.

144 Scheltema 2003, p. 311 e.v.; Faber 2007, p. 50; Struycken 2007, p. 553-554; Reehuis 2010, nr. 104; Reehuis 2013, nr. 53; Scheltema 2013, p. 156; Stolz 2015, p. 909, die spreekt over tussenbeschikkingen door de vervreemder; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/126; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/542; Snijders & Rank-Berenschot 2022/411 en 493. Vgl. HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0766, NJ 1990/252 (Puinbreekinstallatie).

de derde verkregen eigendom of ten behoeve van deze derde gevestigde beperkte rechten eindigen in dat geval van rechtswege, behoudens indien een beroep kan worden gedaan op derdenbeschermende bepalingen.¹⁴⁵ Het gevolg is dat een beschikking door de vervreemder hangende de voorwaarde, een door een schuldeiser van de vervreemder gelegd beslag en een tussentijds uitgesproken faillissement niet kunnen voorkomen dat het recht overgaat op de verkrijger bij vervulling van de voorwaarde.

6.6.4 Verklaring van de werking van overdracht onder opschortende voorwaarde

6.6.4.1 *Inleiding*

251. *Verschillende opvattingen over de werking van de voorwaardelijk overdracht.* Pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW geschiedt op basis van overdracht onder opschortende voorwaarde van de zaak, gecombineerd met een pandrecht op de zaak. De pandbelener verschaft, tegen ter beschikkingstelling van een geldsom, aan het pandhuis de macht over de zaak onder opschortende voorwaarde. De opschortende voorwaarde is vervuld als de pandbelener niet binnen de beleenttermijn de volledige geldsom volledig heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan. Zoals hierboven aangegeven, wordt algemeen aangenomen dat de voorwaardelijke overdracht goederenrechtelijke werking heeft. Alle vereisten voor overdracht die artikel 3:84 lid 3 BW stelt, zijn vervuld. De eigendomsverkrijging is nog slechts afhankelijk van het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde.

In de literatuur bestaat veel discussie over de vraag hoe de werking van de voorwaardelijke overdracht kan worden verklaard. De voorwaardelijkheid wordt verbonden aan een van de vereisten voor overdracht: de titel, beschikkingsbevoegdheid en levering. De vraag is aan welke van deze vereisten de voorwaarde is verbonden. Over deze vraag is veel geschreven en zijn verschillende opvattingen geuit.¹⁴⁶ De discussie heeft zich hierbij met name toegespitst op de constructie van het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde. De verschillende opvattingen kunnen ruwweg in drie categorieën worden onderverdeeld. Deze drie categorieën worden hieronder besproken.

6.6.4.2 *Voorwaardelijke verbintenis tot overdracht*

252. *Opschortend voorwaardelijk titel.* Door een aantal schrijvers wordt aangenomen dat de voorwaardelijkheid van de overdracht volgt uit de

145 Scheltema 2003, p. 311 e.v.; Reehuis 2010/104; Scheltema 2013, p. 156; Stolz 2015, p. 910-911; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/126; Snijders & Rank-Berenschot 2022/494.

146 Zie voor een uitgebreid overzicht van de 'wildgroei' aan opvattingen in de literatuur, Stolz 2015, p. 984-1006 en Verheul 2018, p. 115-158.

voorwaardelijkheid van de verbintenis die de titel voor de overdracht vormt.¹⁴⁷ Doordat de verbintenis voorwaardelijk is, is de werking van de titel opgeschort tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Voor deze verklaring wordt een beroep gedaan op artikel 3:84 lid 4 BW dat uitdrukkelijk spreekt van de mogelijkheid om ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis te leveren. Als gevolg van de levering wordt een recht verkregen dat aan dezelfde voorwaarde als de verbintenis is onderworpen. Deze constructie veronderstelt dat de titel voor de overdracht een verbintenis onder voorwaarde is. De levering is echter onvoorwaardelijk. De constructie is met name verdedigd in het kader van overdracht onder opschortende voorwaarde bij eigendomsvoorbehoud.

253. *Kritiek op deze visie.* Een aanzienlijk aantal auteurs meent dat de overdracht onder opschortende voorwaarde, in het bijzonder het eigendomsvoorbehoud geconstrueerd als overdracht onder opschortende voorwaarde, niet kan worden gebaseerd op een voorwaardelijke verbintenis. De verbintenis ter uitvoering waarvan de zaak wordt geleverd, moet in de visie van deze auteurs onvoorwaardelijk zijn. Dit standpunt hangt sterk samen met het karakter van de opschortende voorwaarde. Door sommige van deze auteurs wordt beargumenteerd dat geen sprake kan zijn van een voorwaardelijke titel, omdat in dat geval de vervreemder pas gehouden zou zijn om te leveren nadat de voorwaarde is vervuld. De verplichting tot overdracht ontstaat pas op het moment dat de opschortende voorwaarde in vervulling gaat, zodat de vervreemder voor vervulling van de voorwaarde nog tot niets verplicht is. Dat is nu juist niet het geval. De vervreemder is al voor vervulling van de opschortende voorwaarde gehouden de zaak aanstonds en onvoorwaardelijk te leveren door de macht over de zaak te verschaffen.¹⁴⁸

Anderen menen dat een opschortende voorwaardelijke titel nog geen werking heeft, waardoor er nog niet kan worden geleverd. De levering heeft dan niet krachtens een geldige titel plaatsgevonden.¹⁴⁹

147 Zie onder meer Vriesendorp 1985, p. 25; Scheltema 2003, p. 316; Reehuis 2010, nr. 93; Verheul 2018, p. 117-126; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 121. Ook wordt verdedigd dat sprake is van een verbintenis met voorwaardelijke en onvoorwaardelijke componenten door Verstijlen 2007, p. 825 en Reehuis 2013, nr. 18.

148 Zie onder meer Faber 1997, p. 212-213; Peter 2007, p. 138; Faber 2007, p. 39; Rongen 2014, p. 304; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/522.

149 Zie onder meer Peter 2007, p. 137; Verstijlen 2007, p. 825; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/238; Stolz 2015, p. 988-989, met name omdat het verval van tussenbeschikkingen niet goed kan worden verklaard; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/522; zie ook Scheltema 2003, p. 316, die echter meent dat op grond van artikel 3:84 lid 4 BW toch direct een recht dat aan een opschortende voorwaarde is onderworpen wordt verkregen. In Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/238 is het standpunt dat bij levering op grond van een verbintenis onder opschortende voorwaarde geen sprake is van een geldige titel verlaten, omdat voor een geldige titel een afdwingbare verbintenis geen vereiste is. In hun visie is artikel 3:84 lid 4 BW nu niet alleen van toepassing op de overdracht onder ontbindende voorwaarde, maar ook op de overdracht onder opschortende voorwaarde.

254. *Verbintenis met een voorwaardelijke en een onvoorwaardelijke component.* Verstijlen heeft het standpunt ingenomen dat bij een eigendomsvoorbehoud sprake is van een meerledige verbintenis. Naast een voorwaardelijk element heeft de verbintenis in zijn visie een onvoorwaardelijk element. De verbintenis verplicht de vervreemder bij eigendomsvoorbehoud in de regel om te leveren op de voet van art. 3:91 BW voordat de voorwaarde is vervuld.¹⁵⁰ Verheul heeft in zijn dissertatie verdedigd, op basis van uitleg van de wettelijke regeling van het eigendomsvoorbehoud, dat de vervreemder terstond verplicht is om de overdracht onder opschortende voorwaarde tot stand te brengen. Ook bij een verbintenis onder opschortende voorwaarde rusten er terstond verplichtingen op de vervreemder om de rechtsovergang van rechtswege mogelijk te maken. De voorwaardelijkheid van de titel werkt in zijn visie ingevolge het causale stelsel door in de rechtsgevolgen van de overdracht, in die zin dat de titel totdat de voorwaarde is vervuld slechts een voorwaardelijk overdracht rechtvaardigt.¹⁵¹ Omdat de verbintenis de vervreemder ertoe verplicht terstond te leveren, heeft de verbintenis in zijn visie ook een onvoorwaardelijke component. De onvoorwaardelijke component betreft de verplichting van de vervreemder om terstond de macht over de zaak aan de verkrijger te verschaffen.¹⁵²

6.6.4.3 Voorwaardelijke levering

255. *De opschortende voorwaarde is verbonden aan de levering.* In de literatuur is ook het standpunt ingenomen dat de opschortende voorwaarde wordt verbonden aan een ander vereiste voor overdracht: levering. In die opvatting wordt ervan uitgegaan dat de goederenrechtelijke werking van de eigendomsoverdracht onder voorwaarde moet worden verklaard op basis van de voorwaarde die is verbonden aan de levering.¹⁵³ Ook wordt de mogelijkheid van een voorwaardelijke levering erkend naast de mogelijkheid van een voorwaardelijke verbintenis.¹⁵⁴ Hierbij kan echter niet worden

150 Verstijlen 2007, p. 825 en Verstijlen, in GS Vermogensrecht, art. 91 BW, aant. 7 (online, bijgewerkt t/m 20-12-2018); in deze zin ook Reehuis 2013, nr. 18.

151 Verheul 2018, p. 119-124.

152 Verheul 2018, p. 121.

153 Zie onder meer Peter 2007, p. 139-140; Struycken 2007, p. 552 die bij voorwaardelijke levering bepleit dat voor zover goederenrechtelijke werking hieraan niet inherent zou zijn, analogische toepassing van art. 3:84 lid 4 hiervoor de basis vormt.; Stolz 2015, p. 990-994 en 1019 e.v. Stolz meent dat geen van de verklaringen voor de goederenrechtelijke werking sluitend is, maar dat de voorwaardelijkheid van de levering met name van de goederenrechtelijke overeenkomst de beste papieren heeft. Voor dit standpunt zou steun kunnen worden gevonden in HR 13 juli 2001, NJ 2001/506. Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/239, waar bij een eigendomsvoorbehoud naast een onvoorwaardelijke levering van een voorwaardelijk recht een voorwaardelijke levering mogelijk wordt geacht. Anders Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/242.

154 Volgens Hartkamp 2017, nr.140 leiden een levering op basis van een voorwaardelijke verbintenis en een voorwaardelijke levering op basis van een onvoorwaardelijke verbintenis tot hetzelfde rechtsgevolg. In Snijders & Rank-Berenschot 2022/413 lijkt ervan uit te worden gegaan dat als de verbintenis voorwaardelijk is de levering ook voorwaardelijk zal zijn.

uitgesloten dat bij een aantal auteurs verwarring bestaat over de begrippen levering en overdracht.¹⁵⁵ Die verwarring kan worden verklaard doordat in de Toelichting Meijers de begrippen levering en overdracht soms door elkaar worden gebruikt.¹⁵⁶ Hierbij speelde een rol dat met de term levering in het oude BW vaak werd bedoeld op het begrip overdracht, zoals dat in het BW wordt gehanteerd.¹⁵⁷

256. *Levering door machtsverschaffing.* Voor levering is een leveringshandeling vereist, de beschikkingshandeling die strekt tot overdracht. Levering van roerende zaken geschiedt op grond van art. 3:90 lid 1 BW door bezitsverschaffing aan de verkrijger. Voor levering van roerende zaken onder opschortende voorwaarde, zoals het geval is bij pandbelening bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW, verschaft art. 3:91 BW een bijzondere regeling. In plaats van bezitsverschaffing is machtsverschaffing over de zaak door de vervreemder (de pandbelener) aan de verkrijger (het pandhuis) vereist.¹⁵⁸

Artikel 7:130 lid 1 BW bepaalt voor beide varianten van pandbelening dat de pandbelener, tegenover het ter beschikking stellen van een geldsom door het pandhuis, een roerende zaak in de macht van het pandhuis brengt. Hieruit volgt dat machtsverschaffing geschiedt door feitelijke overgave van de zaak. De leveringshandeling, de machtsverschaffing, kan niet afhankelijk worden gemaakt van een opschortende voorwaarde. De begrippen ‘macht’ en ‘machtsverschaffing’ hebben een feitelijk karakter. Hiermee valt een voorwaardelijk karakter niet te combineren.¹⁵⁹

257. *Voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst.* Meestal wordt aangenomen dat voor levering naast machtsverschaffing een goederenrechtelijke (of zakelijke) overeenkomst is vereist.¹⁶⁰ In de literatuur is verdedigd dat bij een levering onder eigendomsvoorbehoud in de goederenrechtelijke overeenkomst een opschortende voorwaarde is opgenomen. Aldus resulteert een levering onder opschortende voorwaarde in een overdracht onder dezelfde voorwaarde. De opschortende voorwaarde werkt door in

155 Faber 2007, p. 37.

156 Verheul 2018, p. 126, met name de in voetnoot 47 genoemde parlementaire stukken.

157 Scheltema 2003, p. 312, voetnoot 17 en p. 323-325; Verheul 2018, p. 126 e.v.

158 Zie meer uitgebreid par. 6.6.2.3.

159 Zie onder meer Scheltema 2003, p. 324; Verstijlen 2007, p. 827; Reehuis 2013, nr. 17; Verheul 2018, p. 149 e.v. Verheul betoogt dat het resultaat van de leveringshandeling onderdeel is van het leveringsvereiste zelf, waardoor het niet mogelijk is om de totstandkoming van de leveringshandeling en het hieruit voortspruitende gevolg te scheiden, omdat de levering pas daadwerkelijk tot stand is gekomen als het gevolg ook is ingetreden. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 246. Anders: Stolz 2015, p. 875-879, die verdedigt dat voorwaardelijk bezit mogelijk is.

160 Zie onder meer Asser/Sieburgh 6-III 2018/23 e.v.; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2021/527; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/222 e.v. Snijders & Rank-Berenschot 2022/325 e.v. Anders: Reehuis 2010, nr. 54 e.v.; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 131 e.v.

de terstond gerealiseerde overdracht. Hierdoor zou de goederenrechtelijke werking van de overdracht onder opschortende voorwaarde worden verklaard.¹⁶¹ Voor deze opvatting moet wel worden aanvaard dat levering zou bestaan uit een onvoorwaardelijke leveringshandeling gecombineerd met een voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst. Deze opvatting vertoont gelijkenis met de gedachte dat de goederenrechtelijke werking voortvloeit uit de voorwaardelijkheid van de titel.¹⁶² Het zal immers, zeker ook bij pandbelening, lastig zijn om onderscheid te maken tussen de obligatoire voorwaardelijke verbintenis en de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst.

258. *Bezwaren tegen deze opvatting.* Door verschillende auteurs wordt tegen deze opvatting ingebracht dat de overdracht onder opschortende voorwaarde alleen goederenrechtelijke werking heeft, als de levering onvoorwaardelijk geschiedt.¹⁶³ De gedachte hierbij is dat de levering als gevolg van de opgeschorte werking pas effect heeft op het moment dat de opschortende voorwaarde is vervuld. De levering is pas voltooid bij vervulling van de opschortende voorwaarde. Het wettelijk systeem van overdracht van goederen, zoals voorzien in art 3:84 lid 1 BW, brengt mee dat de vervreemder beschikkingsbevoegd dient te zijn op het moment dat de levering haar werking krijgt. Omdat de levering onder opschortende voorwaarde pas werkt bij vervulling van de voorwaarde, zou de vervreemder op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld beschikkingsbevoegd moeten zijn. Indien de vervreemder op dat moment niet beschikkingsbevoegd is, bijvoorbeeld als gevolg van een faillissement, dan belemmert dit de eigendomsovergang.¹⁶⁴ Omdat de levering voor vervulling van de voorwaarde geen werking heeft, kan aan de verkrijger ook geen goederenrechtelijke aanspraak op de zaak worden verleend.¹⁶⁵ Deze opvatting wordt in de literatuur ook bestreden. Door deze auteurs wordt verdedigd dat de levering onder opschortende voorwaarde een voltooide levering is. Alleen het rechtsgevolg is afhankelijk van vervulling van de voorwaarde.¹⁶⁶

161 Peter 2007, p. 139. Verheul 2018, p. 130 e.v., acht dit voor het eigendomsvoorbehoud niet ondenkbaar, hoewel er in de wet geen steun voor te vinden is. Stolz 2015, p. 1019 e.v. meent dat de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst een redelijk aanvaardbare verklaring vormt, doch minder goed werkt als verklaring voor de werking tegenover derden. Hij beroept zich voor zijn visie mede op HR 13 juli 2001, NJ 2001/502.

162 Verheul 2018, p. 130.

163 Faber 1997, p. 208 e.v.; Scheltema 2003, p. 314, noot 23; Faber 2007, p. 38-41; Reehuis 2013, nr. 21; Rongen 2014, p. 303-304; Asser/ Van Mierlo & Krzeminski 2020/528.

164 Faber 1997, p. 208 e.v.; Faber 2007, p. 38-41; Reehuis 2013/21; Rongen 2014, p. 303-304; Asser/ Van Mierlo & Krzeminski 2020/528.

165 Rongen 2014, p. 304.

166 Struycken 2007, p. 551 e.v.; Van Drunen 2013, p. 52-55; Stolz 2015, p. 1020, noot 431, althans voor zover het betreft goederenrechtelijke werking tussen partijen; Asser/Bartels & Van Mierlo 2021/242. Bartels en Van Mierlo vinden steun hiervoor in het arrest Rabobank/Reuser, waar de Hoge Raad ervan uitgaat dat een levering onder opschortende voorwaarde een voltooide levering is.

6.6.4.4 Voorwaardelijke overdracht

259. *Voorwaardelijkheid verbonden aan de overdracht zelf.* In de literatuur wordt ook een andere constructie voor de overdracht onder voorwaarde verdedigd. Het gaat om een variant waarbij sprake is van onvoorwaardelijke levering ter uitvoering van een onvoorwaardelijke verbintenis die strekt tot overdracht onder ontbindende of opschortende voorwaarde.¹⁶⁷ In deze visie is de voorwaardelijkheid niet verbonden aan een van de vereisten voor overdracht maar aan de overdracht zelf. Bij de overdracht onder voorwaarde wordt op het tijdstip van levering aan alle vereisten van artikel 3:84 lid 1 BW voldaan. De overdracht wordt echter door partijen afhankelijk gesteld van de vervulling van een voorwaarde. Door de enkele vervulling van de voorwaarde wordt de verkrijger rechthebbende van het voorwaardelijk overgedragen goed, zonder dat op dat moment nog aan de vereisten van artikel 3:84 lid 1 BW hoeft te worden voldaan.

260. *De voorwaarde is niet verbonden aan een van de vereisten voor overdracht.* Als bezwaar tegen deze opvatting is genoemd dat overdracht het rechtsgevolg is van vervulling van de voor overdracht geldende vereisten (artikel 3:84 lid 1 BW), te weten de levering door een beschikkingsbevoegde krachtens een geldige titel. Het is lastig is om te verklaren dat de overdracht (het rechtsgevolg) voorwaardelijk is, terwijl de aan de overdracht ten grondslag liggende rechtshandelingen onvoorwaardelijk zijn.¹⁶⁸

Tegen dit bezwaar is ingebracht dat de constructie wordt verklaard door de partijbedoeling die ten grondslag ligt aan de overdracht. De opschortende voorwaarde is onderdeel van de inhoud van de verbintenis, doordat de partijbedoeling is gericht op een overdracht onder opschortende voorwaarde. Daarvoor is niet nodig dat de levering en/of de verbintenis tot overdracht voorwaardelijk is.¹⁶⁹ Verheul heeft naar aanleiding hiervan opgemerkt dat, door aan te nemen dat de titel tot overdracht slechts strekt tot voorwaardelijke overdracht, voor de voorwaardelijkheid wel degelijk aansluiting wordt gezocht bij het titelvereiste voor overdracht. Per saldo lijkt deze constructie daarom sterk op de door hem voorgestane constructie

167 Zie onder meer Faber 1997, p. 208 e.v.; Faber 2007, p.38; Rongen 2014, p. 304; Snijders & Rank-Berenschot 2022/489; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/522; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/239.

168 Verstijlen 2007, p. 825; Struycken 2007, p. 552, voetnoot 209; Reehuis 2013/19; Stolz 2015, p. 995-996; Verheul 2018, p. 132; Snijders & Rank-Berenschot 2022/489.

169 Zie bijv. Rongen 2014, p. 304-305. Rongen meent dat een voorwaardelijk element in de titel niet nodig is. Het voorwaardelijk karakter van de overdracht wordt volgens hem afdoende verklaard door aan te nemen dat dit het gevolg is van de bedoeling van partijen. Hoogstens kan men volgens Rongen zeggen dat de titel voor overdracht in die zin voorwaardelijk is dat partijen daarmee een voorwaardelijke overdracht beogen. Faber (Faber 2007, p. 39) meent dat men hooguit kan stellen dat de opschortende voorwaarde waaronder de overdracht geschiedt, in de titel en in de levering besloten ligt.

waarbij de goederenrechtelijke werking wordt verklaard door de voorwaardelijkheid van de verbintenis die de titel vormt voor de overdracht.¹⁷⁰

261. *De voorwaarde heeft betrekking op het recht dat wordt overgedragen.* Sommige schrijvers verklaren de werking van de opschortende voorwaarde door een beperking van het goed dat wordt overgedragen.¹⁷¹ In die visie wordt een voorwaarde verbonden aan het eigendomsrecht dat wordt overgedragen. Partijen komen onvoorwaardelijk overeen dat de vervreemder 'slechts' een recht onder voorwaarde verschaft. Er is hierbij sprake van een onvoorwaardelijke verbintenis tot het verschaffen van een recht onder opschortende voorwaarde en tevens van een onvoorwaardelijke levering. Meestal wordt voor een verklaring hiervoor verwezen naar de werking van artikel 3:84 lid 4 BW.¹⁷² Hierover is in de literatuur opgemerkt dat Nederlands recht niet de mogelijkheid biedt om voorwaarden te bedingen die zijn verbonden aan zaken die worden overgedragen.¹⁷³ Ook is twijfel geuit hoe een dergelijke 'bezwaring' met een voorwaarde van de zaak de goederenrechtelijke werking kan verklaren.¹⁷⁴

6.6.5 Opschortende (zuiver) potestatieve voorwaarde

262. *Inleiding.* Pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW geschiedt op basis van overdracht onder opschortende voorwaarde van de zaak, gecombineerd met een pandrecht op de zaak. De opschortende voorwaarde is vervuld als de pandbelener niet binnen de beleentermijn de volledige geldsom volledig heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan. Omdat vervulling van de opschortende voorwaarde volledig afhangt van de niet-voldoening door de pandbelener van de beleensom en de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn, heeft deze trekken van een potestatieve voorwaarde, een voorwaarde waarvan de vervulling volledig afhangt van de wil van de schuldenaar. Van een potestatieve voorwaarde wordt gesproken, wanneer de vervulling of niet-vervulling van de voorwaarde alleen afhankelijk is van de wil van een

170 Verheul 2018, p. 134.

171 Zie voor een bespreking van deze visie en de standpunten van de verschillende schrijvers Stolz 2015, p. 947 e.v. en 994 e.v. en Verheul 2018, p. 132 e.v. Stolz spreekt over 'voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigheid'.

172 Zie in deze zin Asser/Bartels & Van Mierlo 2021/240.Vg. Scheltema 2003, p. 348-351.

173 Verheul 2018, p. 132-133.

174 Stolz (Stolz 2015, p. 1002) vraagt zich af hoe de zaak wordt 'bezwaard' met de voorwaarde en waarom een dergelijke bezwaring goederenrechtelijk effect zou hebben.

van partijen of van beide.¹⁷⁵ Indien in de voorwaarde de wil van een partij zodanig wordt geformuleerd dat deze afhankelijk is van een daarmee in de toekomst nog overeenstemmende wil, bijvoorbeeld door de toevoeging 'indien ik wil' zal sprake zijn van een potestatieve voorwaarde. In dat geval ontbreekt de op een rechtsgevolg gerichte wil. Als gevolg van de vrijheid die de schuldenaar zich voorbehoudt om niet na te komen, verbindt hij zich niet om na te komen. Er is dus nog geen verbintenis, omdat het aan zijn enkele wil is overgelaten om al dan niet na te komen.¹⁷⁶

263. *Geen opschortende (zuiver) potestatieve voorwaarde.* De vraag is of de opschortende voorwaarde verbonden aan de overdracht bij pandbelening krachtens artikel 7:130 lid 1 onder a BW moet worden beschouwd als een (zuiver) potestatieve voorwaarde. En als dit het geval is, heeft dit dan tot gevolg dat de overeenkomst van pandbelening een geldige verbintenis ontbeert?¹⁷⁷

Naar mijn mening moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Er is alleen sprake van een (zuiver) potestatieve voorwaarde als vervulling hiervan uitsluitend afhankelijk is van de wil van de pandbelener. Zoals betoogd in par. 5.2.6 zijn er goede argumenten om aan te nemen dat bij pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW de pandbelener een schuld heeft aan het pandhuis, waarbij de verhaalspraakelijkheid is beperkt tot de zaak. Bij een eventueel tekort na verhaal op het pand, blijft de schuld bestaan zij het dat betaling niet kan worden afgedwongen. Aangenomen wordt dat sprake is van een natuurlijke verbintenis. Vervulling van de opschortende voorwaarde is daarom niet slechts afhankelijk van de wil van de pandbelener.¹⁷⁸

Ook om een andere reden zal er geen gebrek aan bindingswil van de zijde van de pandbelener zijn. De pandbelener komt met het pandhuis overeen om de zaak in de macht van het pandhuis te brengen, waartegen-

175 De in de literatuur gebruikte terminologie met betrekking tot de potestatieve voorwaarde is sterk wisselend. Soms wordt de term potestatieve voorwaarde helemaal niet meer gebruikt. Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-I 2020/175 en 176. Dikwijls wordt de term potestatieve voorwaarde gebruikt voor alle gevallen waarin de voorwaarde uitsluitend bestaat uit de toekomstige wil van de betreffende partij. Zie hiervoor de literatuur genoemd in Stolz 2015, p. 588, voetnoot 18. Ook wordt binnen de term potestatieve voorwaarde onderscheid gemaakt tussen twee types voorwaarden. De eerste is de zuiver potestatieve voorwaarde, waarbij de vervulling van de voorwaarde afhangt van de enkele toekomstige wil van een partij bij de rechtsverhouding. De tweede vorm betreft de 'onzuivere' potestatieve voorwaarde waarbij de vervulling van de voorwaarde een partij doorslaggevende invloed heeft op het intreden van een objectief vaststelbare gebeurtenis, die uit iets anders bestaat dan een enkele wilsverklaring.

176 Ruygvoorn 2017, p. 17-18; Krans, in: De Jong, Krans & Wissink 2022/71; Valk, in: Hijma e.a. 2022/47; Asser/Sieburgh 6-I 2020/175.

177 Zie over deze vraag met betrekking tot de ontbindende (zuiver) potestatieve voorwaarde par. 7.4.5.

178 Zie voor een gelijksoortige redenering bij de vraag of de pandbelener een wilsrecht heeft, par. 6.7.2.

over het pandhuis de geldsom ter beschikking stelt. De overdracht van de zaak vindt plaats onder de opschortende voorwaarde van niet-tijdige betaling van de geldsom en de pandbeleningsvergoeding door de pandbelener. Er is van de zijde van de pandbelener geen gebrek aan wil om deze verbintenis aan te gaan. De wil van de pandbelener is gericht op het aangaan van de verbintenis voortvloeiende uit de pandbeleningstransactie. In een dergelijk geval is geen sprake van een (zuiver) potestatieve voorwaarde, althans niet van een ongeoorloofde potestatieve voorwaarde. Een ongeoorloofde potestatieve voorwaarde is alleen aanwezig, indien het ontstaan van de verbintenis uitsluitend van de wil van de schuldenaar afhankelijk is.¹⁷⁹ Er kan geen twijfel over bestaan dat partijen bij een overeenkomst van pandbelening de wil hebben om zich te binden.

6.7 RECHTSPOSITIE VAN DE PANDBELENER ALS EIGENAAR ONDER ONTBINDENDE VOORWAARDE

6.7.1 Inleiding

264. *Plan van behandeling.* Indien de pandbelener een overeenkomst van pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW aangaat met een pandhuis, brengt deze de zaak in de macht van het pandhuis met het beding dat het pandhuis volledig eigenaar wordt, indien volledige betaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding uitblijft binnen de beleentermijn. Als volledige betaling binnen de beleentermijn plaatsvindt, is het pandhuis verplicht de zaak terug te geven. De overdracht door de pandbelener kwalificeert als een overdracht onder opschortende voorwaarde. De opschortende voorwaarde verleent de pandbelener een sterke positie. Tot het moment van de vervulling van de voorwaarde blijft de pandbelener eigenaar van de zaak. Die sterke positie stemt overeen met het belangrijkste uitgangspunt van de regeling voor pandkrediet in Titel 7.2D BW: de bescherming van de consument.¹⁸⁰

In deze paragraaf staat de positie van de pandbelener gedurende de beleentermijn – de periode gedurende welke onzeker is of de opschortende voorwaarde wordt vervuld – centraal. De pandbelener is, behalve pandgever, eigenaar onder ontbindende voorwaarde van de zaak en ontleent hieraan een sterke positie. De aard van dit recht van de pandbelener wordt in par. 6.7.2 besproken. Voor de pandbelener kan het van belang zijn om gedurende de periode van onzekerheid over de voorwaardelijke eigendom te beschikken. Met name indien de pandbelener er niet in slaagt om de

179 Krans, in: De Jong, Krans & Wissink 2022/72, met een beroep op HR 28 mei 1952, NJ 1953/394. In dit arrest was sprake van de bevoegdheid van de werkgever om de jaarlijkse bijdrage aan de premie voor een pensioenfonds te verminderen of beëindigen. Zie hierover ook Asser/Sieburgh 6-I 2020/176.

180 Kamerstukken II 2009/10, 24515, 182, p. 5. Zie par. 4.7.

zaak terug te krijgen door de geldsom en de pandbeleningsvergoeding te financieren en tevens de zaak een hogere waarde heeft dan de geldsom en de pandbeleningsvergoeding tezamen, kan het voor de pandbelener aantrekkelijk zijn om de voorwaardelijke eigendom van de zaak tegen een vergoeding over te dragen aan een derde. In par. 6.7.3 wordt onderzocht of en in hoeverre de pandbelener over de voorwaardelijke eigendom kan beschikken. In par. 6.7.4 wordt onderzocht of en in hoeverre derden zijn beschermd in het geval dat de pandbelener onbevoegd heeft beschikt over de zaak. Hierna volgt een conclusie met betrekking tot de rechtspositie van de pandbelener (par. 6.7.5).

De pandbelener is behalve eigenaar onder ontbindende voorwaarde van de zaak tevens pandgever met betrekking tot de zaak. In deze paragraaf wordt uitsluitend de rechtspositie van de pandbelener als eigenaar onder ontbindende voorwaarde onderzocht. Voor de rechtspositie van de pandbelener als pandgever wordt verwezen naar par. 6.4.

6.7.2 De aard van het recht van de pandbelener

265. *Sterke positie van de pandbelener.* Door de zaak onder opschortende voorwaarde over te dragen, heeft de pandbelener over het goed beschikt. De overdracht vindt plaats onder de opschortende voorwaarde dat de pandbelener binnen de beleentermijn de geldsom en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan aan het pandhuis. De voorwaarde schort de werking van de overdracht op. Bij vervulling van de voorwaarde krijgt de overdracht van rechtswege werking, waardoor van rechtswege rechtsovergang plaatsvindt. De pandbelener is daarom nog wel rechthebbende, maar als gevolg van de beschikking is sprake van een voorwaardelijk recht. De pandbelener heeft een recht onder ontbindende voorwaarde, welke voorwaarde correspondeert met de opschortende voorwaarde waaronder hij het goed heeft overgedragen.

Een faillissement van het pandhuis laat het recht van de pandbelener om teruggave van de zaak te eisen onverlet. Hiervoor is uiteraard wel vereist dat de pandbelener binnen de beleentermijn de beleensom volledig heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan. De pandbelener wordt in die omstandigheden immers onvoorwaardelijk eigenaar van de zaak. Hetzelfde geldt in geval van beslag op de zaak door een crediteur van het pandhuis.

266. *Verlies van de eigendom.* De sterke positie die de pandbelener als eigenaar onder ontbindende voorwaarde heeft, gaat verloren bij verlies van de eigendom van de zaak. Dat zal gebeuren bij vervulling van de opschortende voorwaarde waaronder de zaak is overgedragen. Omdat de zaak zich gedurende de periode van onzekerheid in de macht van het pandhuis zal bevinden, bestaat de kans dat de pandbelener reeds voor vervulling van de voorwaarde zijn eigendomsrecht verliest. Hierbij speelt de aard van pandbelening een grote rol. Anders dan bij overdracht onder eigendoms-

voorbehoud heeft bij pandbelening de overdacht onder opschortende voorwaarde een sterk zekerheidskarakter. Het belang van het pandhuis bij de zaak is gedurende de beleentermijn beperkt. Het pandhuis zal er immers mee rekening moeten houden dat hij de zaak aan het einde van de termijn zal moeten teruggeven. Het pandhuis dient de beleende zaak in bewaring te nemen en daarvoor als een goed bewaarder zorg te dragen zolang de beleende zaak niet is 'gelost'.¹⁸¹ Uit hoofde van het pandrecht dat wordt gevestigd bij pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW, vloeit de zorgplicht reeds voort uit artikel 3:243 lid 1 BW.¹⁸² Dit betekent dat het pandhuis niet alleen de zaak zorgvuldig zal moeten bewaren, maar de zaak ook niet in zijn onderneming zal mogen gebruiken. Gezien de aard van pandbelening en de hieruit voortvloeiende positie van het pandhuis, is daarom het risico dat de pandbelener de eigendom onder ontbindende voorwaarde van de zaak door toedoen van het pandhuis verliest niet groot.¹⁸³

267. *Directe werking.* De ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding bestaat direct en heeft vanaf haar ontstaansmoment werking.¹⁸⁴ Het gevolg hiervan is dat gedurende de periode van onzekerheid de bepalingen met betrekking tot onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing zijn. In artikel 6:26 BW wordt voor de voorwaardelijke rechtsverhouding aansluiting gezocht bij de onvoorwaardelijke rechtsverhouding, voor zover het voorwaardelijk karakter van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. De vraag is wanneer het voorwaardelijk karakter zich tegen toepassing verzet. Het ontbindend voorwaardelijke karakter is gericht op een mogelijke beëindiging van de rechtsverhouding. Het voorwaardelijk karakter verzet zich daarom tegen toepassing van bepalingen voor onvoorwaardelijke nakoming die ertoe leiden dat toekomstige beëindiging van de rechtsverhouding en eventuele ongedaanmaking niet meer mogelijk is.¹⁸⁵

181 Art. 7:602 BW; Van der Weide 2019/119.

182 Zie par. 6.5.2.1.

183 Met het oog op de specifieke situatie bij pandbelening worden andere gevallen waarin de eigendom verloren kan gaan, niet besproken. Hierbij speelt een belangrijke rol dat de zaak niet in de onderneming van het pandhuis zal mogen worden gebruikt anders dan als 'zekerheid' voor betaling door de pandbelener. Zaaksvorming (art. 5:16 BW) zal zich niet voordoen omdat geen sprake zal zijn van grondstoffen of halffabricaten. Bestanddeelvorming (art. 5:14 BW) zal zich niet voordoen omdat moeilijk voorstelbaar is dat de zaak een bestanddeel zal worden van een andere zaak. De mogelijkheid van oneigenlijke vermenging (art. 5:15 BW) wordt niet besproken. Natrekking doet zich niet voor omdat geen sprake zal zijn van verbinding met een onroerende zaak. De mogelijkheid van oneigenlijke vermenging (art. 5:15 BW) wordt ondervangen door de verplichting om de beleende zaak te omschrijven in de overeenkomst van pandbelening (art. 7:134 lid 1 sub b BW). Zie hierover bij overdracht onder eigendomsvoorbehoud Verheul 2018, p. 223-271.

184 Stolz 2015, p. 492.

185 Stolz (Stolz 2015, p. 492) noemt als voorbeeld de vordering tot onvoorwaardelijke nakoming indien beoogd is dat bij vervulling van de voorwaarde ongedaan gemaakt dient te worden.

268. *Wilsrecht?* De pandbelener is in staat om de voorwaarde te laten vervallen door de volledige geldsom terug te betalen en de volledige pandbeleningsvergoeding te voldoen. Omdat de pandbelener het eenzijdig in zijn macht heeft om door betaling de volledige eigendom terug te krijgen, is het de vraag is of dit recht kan worden gekwalificeerd als een wilsrecht. Het begrip wilsrecht is in het begin van de vorige eeuw, in navolging van de Duitse doctrine, geïntroduceerd.¹⁸⁶ Onder een wilsrecht wordt verstaan de bevoegdheid om door een eenzijdige wilsverklaring een verandering in een bestaande rechtstoestand te scheppen.¹⁸⁷ Het wordt ook wel aangeduid als ‘recht op rechtsvorming’.¹⁸⁸ Zoals besproken in 7.5.2.3, kwalificeert het recht van terugkoop van de pandbelener bij pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder b BW als wilsrecht. Het recht van terugkoop verschaft de pandbelener het recht om gedurende de beleentermijn door een enkele wilsverklaring de zaak terug te kopen tegen terugbetaling van de volledige geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding. De vraag is of hetzelfde geldt voor de pandbelener met een overeenkomst van pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW.

Naar mijn mening dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord. Bij een wilsrecht staat de volledige keuzevrijheid om het recht al dan niet in te roepen voorop.¹⁸⁹ Bij de overeenkomst van pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW heeft de pandbelener deze vrijheid niet. Zoals betoogd in par. 5.2.6 zijn er goede argumenten om aan te nemen dat bij deze vorm van pandbelening de pandbelener een schuld heeft aan het pandhuis, waarbij de verhaalsaansprakelijkheid is beperkt tot de zaak. Verhaalsaansprakelijkheid zonder schuld wordt ondenkbaar geacht, omdat de verhaalsaansprakelijkheid er juist is ter wille van de schuld. Uit hoofde van deze schuld heeft de pandbelener in beginsel een verplichting om binnen de beleentermijn te betalen. Bij een eventueel tekort na verhaal op het pand, blijft de schuld bestaan zij het dat betaling niet kan worden afgedwongen. Aangenomen wordt dat sprake is van een natuurlijke verbintenis.¹⁹⁰ Van volledige keuzevrijheid van de pandbelener kan daarom niet worden gesproken bij pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW.

186 Rüpke 1914, waar de term wilsrechten ook werd geïntroduceerd.

187 Suijling 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.

188 Suijling 1948, p. 102; W. Snijders 1999, p. 558.

189 Meijers 1948, p. 266; Suijling 1948, p. 103-104.

190 Zie voor de argumentatie, par. 5.2.

6.7.3 Beschikken over het voorwaardelijk eigendomsrecht door de pandbelener

6.7.3.1 Inleiding

269. *Belang van beschikken door de pandbelener.* De pandbelener met een overeenkomst van pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW is eigenaar van de zaak onder ontbindende voorwaarde. Door volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbelenningsvergoeding, heeft de pandbelener de mogelijkheid om de ontbindende voorwaarde in vervulling te laten gaan en afgifte van de zaak te eisen. Het kan voor de pandbelener van belang zijn om een derde het recht te geven tegen betaling afgifte van de zaak te vorderen. Bijvoorbeeld in het geval dat de pandbelener onvoldoende financiële middelen heeft om de geldsom en de pandbelenningsvergoeding volledig terug te betalen resp. te voldoen. Afhankelijk van de omstandigheden zal de pandbelener hiervoor een vergoeding kunnen bedingen. Met name indien de waarde van de beleende zaak (veel) hoger is dan de geldsom en de pandbelenningsvergoeding tezamen, kan het aantrekkelijk voor een derde zijn om het recht om afgifte te vorderen te verwerven tegen betaling van een vergoeding.

6.7.3.2 Pandbewijs

270. *Pandbriefje.* Al in de tijd van de Lombarden was bij pandbelening het recht van de pandbelener met betrekking tot de zaak overdraagbaar. Het pandkrediet werd verstrekt op basis van een aan toonder gesteld pandbriefje.¹⁹¹ Onder de Pandhuishwet 1910 was er een verplichting om van de overeenkomst van pandbelening een akte op te maken, het pandbewijs. Het pandbewijs, dat de relevante gegevens met betrekking tot de beleende zaak en de overeenkomst van pandbelening moest vermelden, had het karakter van een toonderpapier.¹⁹² Het was vrij overdraagbaar. De rechtmatige houder van het pandbewijs was de rechthebbende van het goed (art. 12 lid 4 en art. 34 lid 4 PHW). Het pandbewijs verleende het recht om lossing te vorderen tegen betaling van de beleensom en van hetgeen voor de belening verschuldigd was.

Net als het geval was onder de Pandhuishwet 1910, is in Duitsland vereist dat onmiddellijk na het afsluiten van het *Pfandleihvertrag* het pandhuis aan de pandbelener een door of namens hem ondertekende pandbrief (*Pfandschein*) dient te overhandigen. (§6 (1) *PfandlV*). Het *Pfandschein* is een toonderstuk. Door afgifte aan de houder van het document wordt het pandhuis (*Pfandleiher*) bevrijd van zijn verplichting tot afgifte, behoudens in het geval van grove nalatigheid.¹⁹³ Het *Pfandschein* heeft geen legitimerende

191 Zie par. 2.1.1.

192 Molengraaff/Zevenbergen 1954, p. 534.

193 Damrau 2020, AGB, Nr.1, Rz.4.

werking. Bij betwisting zal de houder van het Pfandschein zijn aanspraak moeten bewijzen. (§ 808 (1) tweede zin BGB). Het pandhuis is slechts verplicht tot afgifte tegen overhandiging van het Pfandschein (§ 808 (2) BGB).

271. *Titel 7.2D BW.* In Titel 7.2D BW wordt ervan uitgegaan dat de overeenkomst van pandbelening wordt aangegaan als in de vorm van een onderhandse akte. Artikel 7:134 lid 1 BW bepaalt dat de overeenkomst op papier of op een andere duurzame drager zal worden aangegaan. Het pandhuis is verplicht een exemplaar van de overeenkomst van pandbelening aan de pandbelener te verstrekken en zelf een exemplaar te behouden.¹⁹⁴ De vraag is of de overeenkomst van pandbelening als waardepapier kan worden beschouwd, zoals bij het pandbewijs onder de Pandhuishet 1910 het geval was. Omdat de zaak door het pandhuis in bewaring wordt genomen, zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de bepalingen omtrent de overeenkomst van bewaarneming (art. 7:600 e.v. BW).¹⁹⁵ Omdat de bewaarneming een ondergeschikt onderdeel uitmaakt van de overeenkomst van pandbelening, zal geen sprake zijn van een zelfstandige overeenkomst van bewaarneming. De bepalingen van bewaarneming zouden wel naar analogie kunnen worden toegepast of op basis van artikel 6:215 BW. Artikel 7:607 BW geeft een regeling voor het geval dat ter zake van de bewaring een ceel of een ander waardepapier wordt afgegeven.¹⁹⁶ Er is echter geen enkele aanwijzing dat de wetgever van de overeenkomst van pandbelening een waardepapier heeft willen maken of anderszins heeft willen voorzien in afgifte van een pandbewijs in de vorm van een ceel of enig ander waardepapier. In de parlementaire geschiedenis van Titel 7.2D is geen enkel woord gewijd aan de afwijking van deze eeuwenoude traditie bij pandbelening om aan de pandbelener een pandbewijs in de vorm van een waardepapier af te geven. Ook over overdraagbaarheid van de rechtspositie door de pandbelener aan een derde is in de parlementaire geschiedenis niets te vinden. Voor toepassing bij pandbelening van de mogelijkheid om bij bewaarneming een ceel af te geven of op enige andere basis een waardepapier af te geven bestaat daarom geen aanleiding.¹⁹⁷ De vraag of en in hoeverre de pandbelener bij pandbelening als bedoeld in art. 7:130 lid 1 onder a BW over zijn rechtspositie kan beschikken dient daarom te worden bekeken op basis van algemene beginselen van burgerlijk recht rekening houdende met de specifieke aspecten van pandbelening.

194 Deze vereisten zijn gebaseerd op de redactie van artikel 7:61 BW betreffende het consumentenkrediet.

195 Zie hiervoor par. 6.8.2.4.

196 Zie hierover Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/48.

197 In de Beleenovereenkomst van de Stadsbank van Lening in Amsterdam bepaalt art. 9 dat de overeenkomst van pandbelening persoonsgebonden is en dat slechts de pandbelener of een gemachtigde de zaak kan ophalen (zie Bijlage 2).

6.7.3.3 Beschikken over het voorwaardelijk recht door de pandbelener

272. *Beperkte beschikkingsmacht.* Zolang de opschortende voorwaarde niet is vervuld, kan de pandbelener als rechthebbende over de voorwaardelijk overgedragen zaak beschikken. Deze beschikkingsmacht van de pandbelener is echter gedurende de periode van onzekerheid over de vervulling van de voorwaarde beperkt. Op de beschikking door de vervreemder over de zaak is op grond van de nemo plus-regel dezelfde opschortende voorwaarde van toepassing. De derde of de beperkt gerechtigde verkrijgt een recht dat aan dezelfde voorwaarde onderhevig is.¹⁹⁸ De gevolgen van een dergelijke beschikking eindigen op het moment dat de opschortende voorwaarde wordt vervuld. Door de derde verkregen eigendom of ten behoeve van deze derde gevestigde beperkte rechten eindigen in dat geval van rechtswege, behoudens indien een beroep kan worden gedaan op derdenbescherming.

273. *Overdraagbaarheid van de voorwaardelijke eigendom.* Voor overdracht van een goed en voor vestiging van een beperkt recht daarop is vereist dat het goed voor overdracht vatbaar is.¹⁹⁹ De overdraagbaarheid van voorwaardelijke eigendom volgt uit artikel 3:83 lid 1 BW, dat bepaalt dat eigendom overdraagbaar is, tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet. Dat geldt ook voor voorwaardelijke eigendom.²⁰⁰ De wettelijke regeling van pandbelening in Titel 7.2D BW verzet zich niet tegen overdraagbaarheid van de voorwaardelijke eigendom door de pandbelener. Ook de aard van het voorwaardelijke eigendomsrecht van de pandbelener staat niet in de weg aan overdraagbaarheid. Een recht kan naar zijn aard onoverdraagbaar indien dit een sterk persoonlijk karakter heeft.²⁰¹ Het gaat om gevallen waarin het recht zodanig aan de persoon van de gerechtigde is verbonden dat het naar zijn aard onoverdraagbaar is. De persoon van de pandbelener zal normaal gesproken voor het pandhuis niet van belang zijn. Het gaat om een zakelijke transactie waarbij het belang van de voorwaarden van de transactie voorop staat. De overeenkomst van pandbelening lijkt daarom niet zo persoonsgebonden dat dit in de weg staat aan overdraagbaarheid.

198 Scheltema 2003, p. 311 e.v.; Faber 2007, p. 50; Struycken 2007, p. 553-554; Reehuis 2010/104; Reehuis 2013/53; Scheltema 2013, p. 156; Stolz 2015, p. 909, die spreekt over tussenbeschikkingen door de vervreemder; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/126; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/542; Snijders & Rank-Berenschot 2022/411 en 493. Vgl. HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0766, NJ 1990/252 (Puinbreekinstallatie).

199 Art. 3:83 jo 3:98 BW, alsmede art. 3:81 lid 1 en 3:228 BW.

200 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Reuser), r.o. 5.2.2; Faber & Kortmann, JOR 2016/287, onder 9; Schuijling 2017, onder 3.2; Scheltema 2017, Verheul 2018, p. 349.

201 Reehuis 2010, nr. 11; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr 104.

274. *Levering.* Voor de overdracht door de pandbelener van zijn voorwaardelijk eigendomsrecht dient te worden voldaan aan de vereisten van artikel 3:84 lid 1 BW jo 3:90 BW. De pandbelener is middellijk bezitter. Levering dient te geschieden door bezitsverschaffing.²⁰² Omdat de zaak zich in de macht van het pandhuis bevindt, zal de bezitsverschaffing dienen te geschieden door middel van een tweezijdig document zonder feitelijke handeling: levering per *constitutum possessorium* (art. 3:115 sub a BW) of levering *longa manu* (art. 3:115 sub c BW).²⁰³ Bij levering per *constitutum possessorium* verklaart de pandbelener in het vervolg de zaak te houden voor de derde-verkrijger. Het pandhuis gaat de zaak houden voor de derde en hoeft niet betrokken te worden bij de transactie. Bij levering *longa manu* vindt levering plaats doordat het pandhuis de levering erkent of de levering aan hem wordt medegedeeld. Deze vorm van levering ligt gezien de betrokkenheid van het pandhuis wellicht minder voor de hand. Ook levering per *constitutum possessorium* is minder gebruiksvriendelijk dan levering door middel van afgifte van het pandbriefje. Het is jammer dat de wetgever in Titel 7.2D BW van deze usance bij pandbelening is afgestapt.

275. *Vestiging van een pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht.* De pandbelener kan eveneens beschikken over het voorwaardelijk eigendomsrecht door hierop een pandrecht te vestigen ten gunste van een derde. Ook hier geldt dat de vestiging van het pandrecht geschiedt met inachtneming van de ontbindende voorwaarde dat de geldsom en de pandbeleningsvergoeding niet binnen de beleentermijn volledig worden betaald. Het pandrecht zal moeten worden gevestigd conform de vereisten die gelden voor vestiging van een pandrecht op het onvoorwaardelijk eigendomsrecht van de zaak. Omdat de zaak zich in de macht bevindt van het pandhuis, zal vestiging van het pandrecht dienen te geschieden bij authentieke of geregistreerde akte, zonder dat de zaak in de macht van de derde-pandhouder wordt gebracht (art. 3:237 BW).

6.7.3.4 Rechtsgevolgen van beschikken door de pandbelener

276. *Rechtspositie van de derde-verkrijger.* Als gevolg van de overdracht van, of vestiging van een pandrecht op, het voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt de derde-verkrijger of pandhouder het recht onder dezelfde voorwaarde als die waaronder de pandbelener de zaak aan het pandhuis heeft overgedragen. Als vervolgens de opschortende voorwaarde waaronder de zaak is overgedragen aan het pandhuis in vervulling gaat, zal de beschikking door de pandbelener niet kunnen voorkomen dat de

202 Reehuis 2013/53; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/543; Snijders & Rank-Berenschot 2022/493.

203 Reehuis 2013/53; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/543; Snijders & Rank-Berenschot 2022/493.

volledige eigendom overgaat naar het pandhuis. Datzelfde geldt in geval van een tussentijds uitgesproken faillissement van de pandbelener of een door een schuldeiser van de pandbelener gelegd beslag. Aan de rechten van het pandhuis kan in die gevallen geen afbreuk worden gedaan.²⁰⁴ Ook het pandrecht ten gunste van het pandhuis zal op de zaak blijven rusten (*droit de suite*). Indien bij volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding de opschortende voorwaarde vervalt, vervalt tevens het pandrecht. Het volledige eigendomsrecht valt dan in het vermogen van de derde-verkrijger.

277. *Rechtsverhouding tussen derde-verkrijger en het pandhuis.* De contractuele verhouding voortvloeiende uit de overeenkomst van pandbelening wijzigt niet als gevolg van de overdracht van de voorwaardelijke eigendom van de zaak door de pandbelener. De contractuele verhouding gaat in beginsel niet mee over naar de derde-verkrijger, behoudens kwalitatieve rechten (art. 6:251 BW). De contractuele verhouding zal alleen mee overgaan indien een contractsovername wordt overeengekomen (art. 6:159 BW). Hiervoor is medewerking van het pandhuis als wederpartij bij de overeenkomst van pandbelening vereist. Ook zouden de rechten van de pandbelener voortvloeiende uit de overeenkomst van pandbelening aan de derde-verkrijger kunnen worden gecedeerd.²⁰⁵

De derde-verkrijger heeft dus in beginsel geen contractuele relatie met het pandhuis, tenzij het pandhuis hiermee heeft ingestemd. De rechtsverhouding wordt daarom niet langer bepaald door de overeenkomst van pandbelening. Op contractuele rechten kan geen beroep worden gedaan.²⁰⁶ De verhouding tussen de derde-verkrijger en het pandhuis is geheel goederenrechtelijk van aard. De derde-verkrijger is na overdracht eigenaar onder ontbindende voorwaarde van de zaak geworden en het pandhuis is eigenaar onder opschortende voorwaarde gebleven. De derde-verkrijger zal de zaak bij het pandhuis als volledig eigenaar kunnen opeisen, indien binnen de beleentermijn de beleensom en de pandbeleningsvergoeding volledig door hem zijn voldaan.

6.7.4 Derdenbescherming bij onbevoegd beschikken door de pandbelener

278. *Vervreemding van de onvoorwaardelijke eigendom door de pandbelener.* De pandbelener zou kunnen pretenderen dat hij onvoorwaardelijk eigenaar is van de onder opschortende voorwaarde aan het pandhuis overgedragen zaak en dat hij de onvoorwaardelijke eigendom overdraagt. In beginsel staat de nemo-plus-regel in de weg aan een dergelijke overdracht. Aange-

204 Scheltema 2003, p. 311 e.v.; Reehuis 2013, nr. 61; Scheltema 2013, p. 156; Faber en Kortmann 2016/287, onder 11; Schuijling 2017, onder 3.4.; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/542 Snijders & Rank-Berenschot 2022/493.

205 Scheltema 2017, onder 7.

206 Scheltema 2003, p. 364.

nomen moet worden dat de pandbelener onbevoegd is tot overdracht van de onvoorwaardelijke eigendom. Uit de rechtsverhouding tussen de pandbelener en het pandhuis uit hoofde van de overeenkomst van pandbelening vloeit een dergelijke bevoegdheid niet voort. Dit zou slechts anders kunnen zijn indien tussen partijen uitdrukkelijk is overeengekomen dat de pandbelener deze bevoegdheid heeft. Een dergelijke afspraak lijkt in de praktijk niet goed denkbaar.

Ondanks de onbevoegdheid van de pandbelener is overdracht van de onvoorwaardelijke eigendom aan een derde rechtsgeldig, indien de derde een beroep zal kunnen doen op artikel 3:86 lid 1 BW. Uit hoofde van artikel 3:86 lid 1 BW is de overdracht ondanks de onbevoegdheid van het pandhuis rechtsgeldig, mits de derde-verkrijger te goeder trouw was en de zaak anders dan om niet verkreeg. De overeenkomst van pandbelening vereist dat de zaak door de pandbelener in de macht van het pandhuis wordt gebracht. Zoals hiervoor besproken, zal de voor levering vereiste bezitsverschaffing daarom slechts kunnen geschieden door een tweezijdig document en niet door een feitelijke handeling (levering per *constitutum possessorium* of *longa manu*). In die omstandigheden zal de derde-verkrijger niet (eenvoudig) kunnen beweren dat hij te goeder trouw meende dat de pandbelener bevoegd was de onvoorwaardelijke eigendom over te dragen.²⁰⁷ Een succesvol beroep op artikel 3:86 lid 1 BW zal daarom weinig kans van slagen hebben in geval van onbevoegde vervreemding van de onvoorwaardelijke eigendom door de pandbelener.

279. *Geen bescherming bij onbevoegde verpanding door de pandbelener.* De pandbelener kan na voltooiing van de levering van de zaak aan het pandhuis een pandrecht vestigen op de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak. Omdat de zaak onder opschortende voorwaarde is overgedragen aan het pandhuis en zich in de macht van het pandhuis bevindt, kan de pandbelener gedurende de beleentermijn alleen een bezitloos pandrecht op het onvoorwaardelijke eigendomsrecht van de zaak vestigen (art. 3:237 BW). De pandbelener zou bij vestiging van een zodanig bezitloos pandrecht beschikkingsonbevoegd zijn. Artikel 3:238 BW beschermt de pandhouder alleen tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever als de zaak in de macht van de pandhouder is gebracht. Dit blijkt uit de tekst van artikel 3:238 BW, die vereist dat sprake is van goede trouw op het moment dat de zaak in de macht van de pandhouder is gebracht. Een latere stille pandhouder kan daarom geen beroep doen op de bescherming van artikel 3:238 BW.²⁰⁸

6.7.5 Conclusie

280. *Sterke positie van de pandbelener.* De pandbelener heeft als gevolg van de opschortende voorwaarde waaronder de overdracht van de zaak plaatsvindt

207 Reehuis 2013/53; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/543.

208 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/770; Snijders & Rank-Berenschot 2022/531.

een sterke positie. De voorwaarde schort de werking van de overdracht op. De pandbelener heeft een recht onder ontbindende voorwaarde, welke voorwaarde correspondeert met de opschortende voorwaarde waaronder hij het goed heeft overgedragen. Bij vervulling van de voorwaarde krijgt de overdracht van rechtswege werking, waardoor van rechtswege rechtsovergang plaatsvindt. Een faillissement van het pandhuis laat het recht van de pandbelener om teruggave van de zaak te eisen onverlet. Hiervoor is uiteraard wel vereist dat de pandbelener binnen de beleentermijn de beleensom volledig heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan. De pandbelener wordt bij volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn immers onvoorwaardelijk eigenaar van de zaak. Hetzelfde geldt in geval van beslag op de zaak door een crediteur van het pandhuis.

Het risico dat de pandbelener de eigendom onder ontbindende voorwaarde zal verliezen, is niet groot. Uit de aard van de pandbelening volgt dat het pandhuis de zaak in bewaring zal moeten nemen en daarvoor als een goed huisvader zal moeten zorgen zolang de zaak tijdens de beleentermijn niet is 'gelost'. Het pandhuis mist de bevoegdheid om gedurende de beleentermijn over de voorwaardelijke eigendom te beschikken.

281. *Beschikken door de pandbelener over het voorwaardelijk eigendomsrecht.* Al in de tijd van de Lombarden werd een pandkrediet verleend op basis van een pandbriefje. Een pandkrediet was geen persoonlijke lening. Een van de redenen hiervoor was dat de pandbeleners onbekend wilden blijven. Lenen bij een bank van lening werd als minderwaardig beschouwd. Voor de pandbelener was het daarbij van belang over het recht te kunnen beschikken door middel van het pandbriefje. Met name zal dit het geval zijn indien de pandbelener over onvoldoende middelen beschikt om de opschortende voorwaarde waaronder de zaak is overgedragen te laten vervallen, terwijl er wel een overwaarde aanwezig is in de zaak. In Titel 7.2D BW heeft de wetgever er om onduidelijke redenen voor gekozen om deze eeuwenoude traditie niet te volgen. Dat betekent niet dat het voorwaardelijk eigendomsrecht niet overdraagbaar is. De wettelijke regeling in Titel 7.2D BW verzet zich niet tegen overdraagbaarheid en de aard van het recht lijkt ook niet aan overdraagbaarheid in de weg te staan. Levering zal dienen te geschieden door middel van een tweezijdig document zonder feitelijke handeling en voor vestiging van een pandrecht zal een authentieke of onderhandse akte zijn vereist.

De derde-verkrijger of pandhouder verkrijgt het recht onder dezelfde voorwaarde als die waaronder de zaak is overgedragen aan het pandhuis. De derde-verkrijger wordt volledig eigenaar van de zaak bij volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn. Bij gebreke hiervan gaat de volledige eigendom over naar het pandhuis. Een tussentijds uitgesproken faillissement van de pandbelener of een door een schuldeiser van de pandbelener gelegd beslag staat hier niet aan in de weg.

De pandbelener heeft een voorwaardelijk recht en is niet bevoegd om de volledige eigendom van de zaak aan een derde over te dragen. Ondanks de onbevoegdheid van de pandbelener is overdracht van de onvoorwaardelijke eigendom rechtsgeldig, indien de derde-verkrijger een beroep kan doen op derdenbescherming (art. 3:86 lid 1 BW). Omdat de zaak zich in de macht van het pandhuis zal bevinden en als gevolg daarvan levering niet door een feitelijke handeling kan geschieden, is het onwaarschijnlijk dat de derde-verkrijger zal kunnen aantonen dat hij te goeder trouw meende dat de pandbelener bevoegd was de volledige eigendom over te dragen. Een succesvol beroep op artikel 3:86 lid 1 BW lijkt daarom weinig kansrijk. Ingeval van vestiging van een stil pandrecht door de pandbelener komt de pandhouder geen beroep toe op artikel 3:238 BW.

6.8 RECHTSPOSITIE VAN HET PANDHUIS ALS VERKRIJGER ONDER OPSCHORTENDE VOORWAARDE

6.8.1 Inleiding

282. *Inleiding en plan van behandeling.* Bij de overeenkomst van pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW wordt tegen het ter beschikking stellen van een geldsom de zaak in de macht van het pandhuis gebracht met het beding dat het pandhuis eigenaar wordt, indien volledige betaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding uitblijft binnen de beleentermijn. Als volledige betaling binnen de beleentermijn plaatsvindt, is het pandhuis verplicht de zaak terug te geven.

In deze paragraaf staat de rechtspositie van het pandhuis als verkrijger van de zaak onder opschortende voorwaarde centraal. De constructie waarbij pandbelening geschiedt door overdracht onder opschortende voorwaarde zorgt ervoor dat de overdracht nog geen werking heeft totdat de opschortende voorwaarde is vervuld, maar heeft tevens tot gevolg dat het pandhuis van rechtswege eigenaar wordt als de opschortende voorwaarde, i.e. uitblijven van volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn, wordt vervuld. De vraag is of de omstandigheid dat de overdracht reeds is tot stand gekomen gevolgen heeft voor de rechtspositie van het pandhuis als verkrijger van de zaak. Omtrent de rechtspositie van de verkrijger onder opschortende voorwaarde met betrekking tot de zaak voor vervulling van de opschortende voorwaarde en de vraag of en in hoeverre over die rechtspositie kan worden beschikt door vervreemding of bezwaring is lange tijd in de literatuur een discussie gevoerd. Deze discussie heeft zich toegespitst op de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud. Om die reden wordt deze paragraaf begonnen met een behandeling van de rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud (par. 6.8.2.1). Hierna wordt onderzocht of en in hoeverre het pandhuis, net als de koper onder eigendomsvoorbehoud, als gevolg van de overdracht onder opschortende voorwaarde de

voorwaardelijke eigendom van de zaak verkrijgt (6.8.2.2). Hierna worden de aard van het recht van het pandhuis (par. 6.8.2.3), de zorgplicht van het pandhuis ten aanzien van de in bewaring gegeven zaak (par. 6.8.2.4), de bescherming van het pandhuis tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener (6.8.2.5), de bescherming van het pandhuis tegen faillissement van de pandbelener (par. 6.8.2.6) en de bescherming van het pandhuis tegen beslag ten laste van de pandbelener (par. 6.8.2.7) besproken.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of en in hoeverre het pandhuis kan beschikken over het voorwaardelijk eigendomsrecht door dit over te dragen aan een derde of hierop een pandrecht te vestigen. Allereerst wordt de overdraagbaarheid van het voorwaardelijk recht van het pandhuis onderzocht (par. 6.8.3.1), gevolgd door de wijze van overdracht en verpanding van het voorwaardelijk recht door het pandhuis (par. 6.8.3.2) en de rechtsgevolgen van beschikken door het pandhuis (par. 6.8.3.3). Hierna wordt onderzocht of en, zo ja, in hoeverre het pandhuis bevoegd over de zaak zelf te beschikken (par. 6.8.3.4) en de bescherming van derden indien door het pandhuis onbevoegd wordt beschikt over de zaak (par. 6.8.3.5).

Het pandhuis is behalve eigenaar onder opschortende voorwaarde ook pandhouder van de zaak. In deze paragraaf komt uitsluitend de rechtspositie van het pandhuis als eigenaar onder opschortende voorwaarde aan de orde. Voor de positie van het pandhuis als pandhouder wordt verwezen naar par. 6.5.2.

6.8.2 Het pandhuis als eigenaar onder opschortende voorwaarde

6.8.2.1 *Rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud*

283. *Inleiding.* Op grond van artikel 3:92 BW wordt degene die in de titel tot overdracht van de zaak een eigendomsvoorbehoud bedingt, vermoed zich te verbinden tot overdracht van de zaak onder opschortende voorwaarde van voldoening van de tegenprestatie. Het eigendomsvoorbehoud heeft een tweeledig doel. Met het beding is beoogd dat de verkoper eigenaar blijft van de verkochte zaak tot het moment dat de koper de verschuldigde tegenprestatie, meestal de koopprijs, voldoet. Daarnaast is eveneens beoogd dat de koper zonder meer eigenaar van de verkochte zaak wordt, indien en wanneer hij de verschuldigde tegenprestatie voldoet. De automatische eigendomsverkrijging door de koper wordt gerealiseerd doordat terstond een overdracht plaatsvindt waaraan een opschortende voorwaarde is verbonden.²⁰⁹ De vraag is of en in hoeverre de koper reeds voor vervulling van de opschortende voorwaarde waaronder de koopovereenkomst is aangegaan, als eigenaar kan worden beschouwd.

²⁰⁹ Zie over eigendomsvoorbehoud onder meer: Reehuis 2013; Verheul 2018; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/962 e.v.; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/522 e.v.; Snijders & Rank-Berenschot 2022/486 e.v.

284. *Verschillende opvattingen in de literatuur omtrent de rechtpositie van de koper bij eigendomsvoorbehoud.* Globaal gezien zijn in de literatuur twee opvattingen omtrent de rechtpositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud te onderscheiden.²¹⁰

Volgens een aantal auteurs heeft de koper onder eigendomsvoorbehoud enkel een eigendomsverwachting.²¹¹ In deze opvatting, die omdat er slechts een rechthebbende is, namelijk de verkoper, ook wel als ‘monistisch’ wordt aangeduid, verworft de koper geen enkele vorm van eigendom, ook geen voorwaardelijke eigendom, of een andere goederenrechtelijke positie. De verkoper blijft eigenaar en bezitter van de zaak. De koper houdt deze voor de verkoper als eigenaar. Totdat de opschortende voorwaarde is vervuld, is de koper niet beschikkingsbevoegd en aanzien van de zaak. De koper kan slechts bij voorbaat over de zaak beschikken. De koper onder eigendomsvoorbehoud is beschermd bij een faillissement van de verkoper, in die zin dat een faillissement van de vervreemder niet verhindert dat de voorwaarde in vervulling gaat en de eigendom overgaat. Omdat de koper tot de vervulling van de opschortende voorwaarde niet beschikkingsbevoegd is, staat een faillissement van de verkoper op het moment van vervulling van de voorwaarde wel in de weg aan de overdracht of vestiging van een beperkt recht door de koper.

Aan het eind van de vorige eeuw werd een alternatieve, als ‘dualistisch aangeduide’, zienswijze meer gangbaar, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud een eigen goederenrechtelijke positie heeft verkregen met betrekking tot de onder opschortende voorwaarde verworven zaak.²¹² De verkrijger heeft al geleverd gekregen ex artikel 3:91 BW. De eigendomsoverdracht is nog slechts afhankelijk van het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde waaronder de overdracht heeft plaatsgevonden. In deze visie, staat een eventueel faillissement van de vervreemder op het moment van het vervuld raken van de voorwaarde niet aan de eigendomsoverdracht of verpanding van de zaak door de verkrijger in de weg. Dit geldt ook voor een tussentijds door een schuldeiser van de vervreemder gelegd beslag of een tussentijdse beschikking door de vervreemder over de zaak. Dit volgt uit het feit dat aan alle vereisten die artikel 3:84 lid 3 BW voor overdracht stelt aanstonds wordt voldaan. Alleen de vervolmaking van het beoogde rechtsgevolg is afhankelijk van de vervulling van de voorwaarde.

210 Zie voor een fraai overzicht van de literatuur de conclusie van A-G Rank-Berenschot onder HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

211 Zie voor een overzicht van deze literatuur Verstijlen, in GS Vermogensrecht, art. 3:92 BW, aant. 5.3.1 (online, bijgewerkt t/m 01-02-2019).

212 Zie voor een overzicht van de literatuur waarin deze opvatting wordt verdedigd, Verstijlen, in GS Vermogensrecht, art. 3:92 BW, aant. 5.3.2 (online, bijgewerkt t/m 01-02-2019).

285. *Rabobank/Reuser*. In het *Rabobank/Reuser* arrest koos de Hoge Raad in 2016 voor deze laatste opvatting.²¹³ Uit enkele – in het arrest geciteerde – passages uit de parlementaire geschiedenis blijkt volgens de Hoge Raad dat een overdracht onder eigendomsvoorbehoud wordt aangemerkt als een overdracht onder opschortende voorwaarde, waarbij de levering van de roerende zaken is voltooid op het moment dat de zaken in de macht van de verkrijger zijn gebracht, met als gevolg dat de verkrijger een ‘terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’, respectievelijk ‘voorwaardelijk eigendomsrecht’ verkrijgt. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het aldus door de wetgever beoogde systeem meebrengt ‘dat de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud als bedoeld in ar. 3:92 lid 1 BW uit hoofde van de voltooide levering een positie verkrijgt waarvan de uitgroei tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht uitsluitend nog afhankelijk is van vervulling van de opschortende voorwaarde.’ Zolang de voorwaarde niet is vervuld, zijn zowel de vervreemder als de verkrijger voorwaardelijk eigenaar, de vervreemder onder ontbindende voorwaarde en de verkrijger onder opschortende voorwaarde, en is hun beider beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de desbetreffende zaken dienovereenkomstig beperkt. Er is derhalve sprake van twee (voorwaardelijke) eigendomsrechten op dezelfde zaak die complementair zijn. Het recht van de vervreemder is onderworpen aan een ontbindende voorwaarde en het recht van de verkrijger is onderworpen aan de daarmee corresponderende opschortende voorwaarde. Er is geen strijd met de aard van het eigendomsrecht, dat door artikel 5:1 BW wordt omschreven als het ‘meest omvattende recht dat een persoon op de zaak kan hebben’. Er doet zich geen splitsing van bevoegdheden voor. Voor vervulling van de voorwaarde kan de vervreemder de eigenaarsbevoegdheden uitoefenen. Het recht onder opschortende voorwaarde werkt pas bij vervulling van de voorwaarde.²¹⁴

In de casus die ten grondslag lag aan het *Rabobank/Reuser* arrest ging het om een pandrecht op de voorwaardelijke eigendom van een roerende zaak, dat was gevestigd door de koper onder opschortende voorwaarde van de zaak, waarbij de koper voor vervulling van de opschortende voorwaarde in staat van faillissement was verklaard. De Hoge Raad oordeelde dat de koper onder opschortende voorwaarde zijn eigendomsrecht slechts onder dezelfde voorwaarden kan vervreemden of bezwaren, als welke zijn voorzien voor de levering, respectievelijk bezwaring, van de zaken zelf. Wordt een pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht gevestigd, dan ontstaat met de voltooiing van de vestigingshandeling een onvoorwaardelijk pandrecht op het voorwaardelijke eigendomsrecht. Een dergelijk pandrecht

213 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2016/287, m.nt. N.E.D. Faber & S.C.J.J. Kortmann; AA 2017, p. 417, m.nt. W.H. van Boom; TvI 2016/31, m.nt. B.T.M. van der Wiel & S. Houdijk; JIN 2016/154 m.nt. G.J. de Bock & R.A.G. de Vaan (*Rabobank/Reuser*).

214 Zie hierover Rongen 2013, p. 313; A.G. Rank-Berenschot, nr. 2.27 in haar conclusie bij *Rabobank/Reuser*; Verstijlen 2016, nr. 7.

moet volgens de Hoge Raad worden beschouwd als een onvoorwaardelijk pandrecht op een bestaand goed, waarvan de levering is voltooid voordat het faillissement intreedt. Artikel 35 lid 1 en 2 Faillissementswet zijn daarom bij een later intredend faillissement niet van toepassing. Raakt de opschortende voorwaarde tijdens het faillissement van de verkrijger vervuld, dan groeit het pandrecht van rechtswege uit tot een pandrecht op de volle eigendom van de zaak en daarmee op de zaak zelf, aldus de Hoge Raad.²¹⁵

286. *Grondslag voor de goederenrechtelijke positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud.* De beslissing van de Hoge Raad dat de koper onder eigendomsvoorbehoud een goederenrechtelijke positie verwerft is gebaseerd op de parlementaire geschiedenis. De passages uit de parlementaire geschiedenis die de Hoge Raad aanhaalt, zijn relatief recent en hebben betrekking op de verhouding tussen de machtsverschaffing voorzien in artikel 3:91 BW en de bezitsverschaffing voorzien in artikel 3:90 BW. In de literatuur zijn kritische geluiden geuit over de onderbouwing van het arrest en is betoogd dat deze passages onvoldoende basis bieden om een goederenrechtelijke positie op te baseren.²¹⁶

In het arrest van de Hoge Raad wordt niet ingegaan op de dogmatische argumenten in de literatuur die waren aangevoerd tegen erkenning van een voorwaardelijk eigendomsrecht voor de koper onder eigendomsvoorbehoud. Ook wordt niet ingegaan op de wenselijkheid en de economische gevolgen hiervan. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat met de uitspraak wordt voldaan aan de behoeften van de financieringspraktijk. De verkrijger onder eigendomsvoorbehoud is in staat om de waarde van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken te gebruiken door hierover te beschikken. Met name wordt de kans vergroot dat financiering wordt verkregen tegen onderpand van de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken.²¹⁷

Over de grondslag van de goederenrechtelijke positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud bestaan verschillende opvattingen in de literatuur. De meeste auteurs vinden de wettelijke grondslag voor de goederenrechtelijke werking in artikel 3:84 lid 4 BW.²¹⁸ Dit artikel bepaalt dat indien ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis wordt geleverd, slechts

215 Zie over het arrest *Rabobank/Reuser* onder meer: Verstijlen 2016; Faber & Kortmann 2016; Struycken 2016; Salomons & Orbán 2016; Spanjaard 2016; Van Boom 2017; Rongen 2017; Scheltema 2017; Schuijling 2017; Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2019/127 a t/m e; Asser/ Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/522 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/241; Snijders & Rank-Berenschot 2022/493-494.

216 Salomons & Orban 2016; Van Boom 2017, nr. 2.

217 Zie onder meer Faber & Kortmann 2016, nr.1; Struycken 2016, nr. 2; Rongen 2017, nr. 3.1; Schuijling 2017, nr. 1. Anders: Van Boom 2017, nr. 3.

218 Zie onder meer Scheltema 2003, p. 310 e.v.; Verstijlen 2007, p. 825; Scheltema 2013, p. 161; Rongen 2014, p. 312-313; Verheul 2018, p. 283; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/243. Zie tevens de door Stolz (Stolz 2015, p. 931-932, noot 108) genoemde literatuur en jurisprudentie. Stolz zelf is kritisch over deze opvatting.

een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen. De Toelichting Meijers maakt duidelijk dat artikel 3:84 lid 4 BW beoogt een vermoeden te geven dat wanneer ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis wordt geleverd, de overdracht onder dezelfde voorwaarde geschiedt.²¹⁹ Partijen kunnen van dit wettelijk vermoeden afwijken.²²⁰ Door een aantal auteurs wordt verdedigd dat artikel 3:84 lid 4 BW, naast het vermoeden dat de overdracht onder dezelfde voorwaarde geschiedt, er ook voor zorgdraagt dat wanneer een overdracht plaatsvindt onder voorwaarde, door de verkrijger een recht wordt verkregen dat is onderworpen aan dezelfde voorwaarde. De bepaling geeft aan wat het rechtsgevolg is van de voorwaardelijke overdracht en vormt daarmee de grondslag voor het voorwaardelijk eigendomsrecht van de verkrijger. De aan de overdracht verbonden voorwaarde werkt door in het recht dat wordt verkregen als gevolg van de overdracht.²²¹ Andere auteurs menen dat uit artikel 3:84 lid 4 kan worden afgeleid dat een voorwaarde kan worden verbonden aan het recht dat wordt overgedragen.²²²

Door andere auteurs wordt artikel 3:84 lid 4 als grondslag voor de goederenrechtelijke werking afgewezen. Op basis van de parlementaire geschiedenis is betoogd dat het niet de bedoeling van Meijers is geweest om een wettelijke grondslag voor de goederenrechtelijke werking in artikel 3:84 lid 4 BW op te nemen.²²³ Ook is door sommigen beargumenteerd dat artikel 3:84 lid 4 BW een te smalle basis vormt om de gevolgen van een voorwaardelijke overdracht op te baseren.²²⁴ Ook menen enkele auteurs, mede op basis van parlementaire geschiedenis, dat artikel 3:84 lid 4 BW alleen geschreven is voor de overdracht onder ontbindende voorwaarde en niet voor de overdracht onder opschortende voorwaarde.²²⁵

219 TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 318. Zie hierover onder meer Stolz 2015, p. 933-936 en Verheul 2018, p. 281 e.v. De Hoge Raad gaat in het *Rabobank/Reuser* arrest niet in op de Toelichting Meijers. Artikel 3:84 lid 4 BW wordt in het arrest wel genoemd, maar het is minder duidelijk wat de Hoge Raad daarmee wil onderbouwen. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/127b, nt. 96.

220 Hartkamp 1991, p. 870-871; Scheltema 2003, p. 311 e.v.; Asser/Sieburgh 6-I 2020/184; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/124.

221 Scheltema 2003, p. 310 e.v.; Verstijlen 2007, p. 825; Scheltema 2013, p. 161; Rongen 2014, p. 312-313; Verheul 2018, p. 283.

222 Zie in deze zin Asser/Bartels & Van Mierlo 2021/240. Vgl. Scheltema 2003, p. 348-351. Zie voor een bespreking van deze visie en de standpunten van de verschillende schrijvers Stolz 2015, p. 947 e.v. en 994 e.v. en Verheul 2018, p. 132 e.v. Stolz spreekt over 'voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigheid.'

223 Stolz 2015, p. 931-936; H.B. Reehuis 2016, p. 121-145.

224 Kortmann 1992, p. 211; Peter 2007, p. 137-138; Wibier 2013, p. 288-290; Kok 2015, p. 689; Wibier 2016, p. 214.

225 H.B. Reehuis 2016, p. 121 e.v.; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/127b.

6.8.2.2 Een voorwaardelijk eigendomsrecht voor het pandhuis?

287. *Krijgt het pandhuis een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde?* De vraag is of de beslissing van de Hoge Raad in *Rabobank/Reuser*, dat de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud een ‘terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’ verkrijgt, van toepassing is op de rechtspositie van de verkrijger bij iedere overdracht onder opschortende voorwaarde. Meer in het bijzonder: verkrijgt het pandhuis in geval van een overeenkomst van pandbelening als bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW een ‘terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’? Ik denk dat deze vraag bevestigend beantwoord dient te worden.²²⁶

Rabobank/Reuser had betrekking op een verkoop onder eigendomsvoorbehoud als bedoeld in artikel 3:92 lid 1 BW. Het oordeel dat de verkrijger een ‘terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’ wordt toegekend, is echter gebaseerd op de rechtsfiguur van ‘overdracht onder opschortende voorwaarde’ in het algemeen. De titel die aan de overdracht onder opschortende voorwaarde ten grondslag ligt kan heel verschillend zijn en dat geldt ook voor de goederen die onder opschortende voorwaarde worden overgedragen. Systematisch is het consistent om het standpunt van de Hoge Raad in *Rabobank/Reuser* dat de koper onder eigendomsvoorbehoud een ‘eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’ verkrijgt, door te trekken naar iedere overdracht onder opschortende voorwaarde.²²⁷ In de literatuur wordt er ook vanuit gegaan dat de verkrijger onder opschortende voorwaarde het door de Hoge Raad in *Rabobank/Reuser* aan de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud toegekende ‘terstond ingaande eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’ toekomt.²²⁸

Er is geen reden om hierover in geval van pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW anders te oordelen. Aan de wettelijke regeling van pandbelening in Titel 7.2D BW valt geen argument te ontleen voor het standpunt dat het pandhuis op grond van de overdracht (onafhankelijk van het pandrecht) geen goederenrechtelijke positie verkrijgt. Hetzelfde geldt voor de aard van de rechtsverhouding. Het is nu juist de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever dat het pandhuis beschermd is tegen faillissement van de pandbelener of een beslag op de zaak ten laste van de pandbelener.

226 In deze zin ook Van Boom 2022, p. 464-465.

227 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/127^e.

228 Zie bijv. Snijders & Rank-Berenschot 2022/411, waar Snijders stelt ten aanzien van de rechtsposities van partijen bij een overdracht onder opschortende voorwaarde: ‘De verkrijger (B) heeft een voorwaardelijk recht op het goed in de zin van een recht onder opschortende voorwaarde, een recht dat vatbaar is voor vervreemding en bezwaring. [...] Aan beide zijden bestaat dus voorwaardelijke eigendom en deze is als zodanig vatbaar voor vervreemding en bezwaring. Dat geldt in het bijzonder ook voor het eigendomsvoorbehoud, [...]’ Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/241, waar de opvatting van de Hoge Raad in *Rabobank/Reuser* van toepassing wordt geacht op iedere overdracht van een goed onder (opschortende of ontbindende) voorwaarde.

6.8.2.3 Aard van het recht van het pandhuis

288. *Goederenrechtelijk recht.* In *Rabobank/Reuser* geeft de Hoge Raad aan dat de verkrijger krachtens een overdracht onder opschortende voorwaarde als gevolg van de overdracht een goederenrechtelijke positie verwerft. De verkrijger verkrijgt een zelfstandig en voor beschikking vatbaar vermogensrecht.²²⁹ Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is een goederenrechtelijk recht dat aangroeit tot het volle eigendomsrecht op het moment dat de opschortende voorwaarde intreedt. Het goederenrechtelijk karakter volgt uit de tegenwerpbaarheid van het recht tegenover derden.²³⁰ Als gevolg van de voorwaardelijke overdracht wordt het eigendomsrecht van de vervreemder (de pandbelener) beperkt. De vervreemder heeft nog slechts een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Deze kan daarover slechts beschikken onder dezelfde voorwaarde en schuldeisers kunnen zich slechts op het aldus beperkte recht verhalen.

Het alternatief zou zijn dat het recht van de pandbelener moet worden beschouwd als obligatoir recht. Bij obligatoire rechten die een werking tegen derden hebben, vloeien de rechten voort uit de overeenkomst. Het gaat om rechten die kunnen worden tegengeworpen aan een bepaalde wederpartij of rechtsopvolgers. De werking tegenover derden komt tot stand door de rechten en verplichtingen uit de overeenkomst over te laten gaan op rechtsopvolgers.²³¹ Bij de overdracht door de pandbelener van het voorwaardelijk eigendomsrecht is geen sprake van overgang van de contractuele relatie. De overeenkomst van pandbelening blijft bestaan tussen de pandbelener en het pandhuis. De kwalificatie als obligatoir recht ligt daarom niet voor de hand.

289. *Een sluimerend recht.* Omdat het recht van het pandhuis een recht onder opschortende voorwaarde betreft, is aan dit recht nog geen werking verbonden. De werking van de verbintenis vangt eerst aan met het plaatsvinden van de gebeurtenis (art. 6:22 BW). Het is een sluimerend eigendomsrecht dat pas bij vervulling van de voorwaarde werking verkrijgt.²³²

Uit *Rabobank/Reuser* kan niet worden afgeleid welke rechten en verplichtingen verbonden aan de eigendom als voorzien in Boek 5 BW de eigenaar onder opschortende voorwaarde heeft.²³³ In de literatuur is betoogd dat hangende de voorwaarde de verkrijger geen actieve eigenaarsbevoegd-

229 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

230 Rank-Berenschot 1992, p. 228-230; Scheltema 2003, p. 337 e.v.; Peter 2007, p. 148; Scheltema 2013, p. 162; Scheltema 2017, p. 102; Verheul 2018, p. 310 e.v.

231 Rank-Berenschot 1992, p. 228-230; Scheltema 2003, p. 337 e.v.; Peter 2007, p. 148; Scheltema 2013, p. 162; Verheul 2018, p. 310 e.v.

232 Verstijlen 2007, p. 826; Rongen 2014, p. 313; Rongen 2017, nr. 3.1; Verheul 2018, p. 312.

233 Rongen 2017, nr. 3.1; Scheltema 2017, nr. 8.

heden met betrekking tot de zaak kan uitoefenen.²³⁴ Dat betekent niet dat de overgang van voorwaardelijke eigendom geen enkel goederenrechtelijk effect heeft. De eigenaar onder opschortende voorwaarde kan onvoorwaardelijk over het voorwaardelijk recht beschikken met goederenrechtelijk effect. Ook wordt wel aangenomen dat bepaalde bepalingen van Boek 5 toepasselijk zijn, zoals de regel dat het eigendomsrecht al zijn bestanddelen omvat (artikel 5:3 BW) en ook dat de eigenaar onder opschortende voorwaarde de voorwaardelijke en in veel gevallen zelfs de onvoorwaardelijke eigendom toekomt van door de zaak afgescheiden vruchten (artikel 5:1 lid 3 BW).²³⁵ Voor het recht op revindicatie (artikel 5:2 BW) is dit omstredden.²³⁶ Een gebruiks- en genotsrecht voor de eigenaar onder opschortende voorwaarde zal waarschijnlijk niet uit de voorwaardelijke eigendom voortvloeien. Dergelijke rechten zullen in de onderliggende overeenkomst moeten worden afgesproken en zijn obligatoir van aard.²³⁷ Gezien de aard van de overeenkomst van pandbelening zal, normaal gesproken, geen gebruiks- of genotsrecht zijn afgesproken in de overeenkomst van pandbelening.

290. *Geen afhankelijk recht of nevenrecht.* Het recht onder opschortende voorwaarde is een zekerheidsrecht. In die zin lijkt het op een pandrecht. Het doel is om de vordering van het pandhuis veilig te stellen. Anders dan bij een regulier pandrecht in de zin van Boek 3 BW, wordt geen verhaal uitgeoefend. Het recht onder opschortende voorwaarde garandeert de volledige eigendom van de zaak. Het recht onder opschortende voorwaarde kan niet worden beschouwd als afhankelijk recht (artikel 3:7 BW) of nevenrecht (artikel 6:142 BW). Steun hiervoor kan worden gevonden in het arrest Nijverdal Ten Cate/Wildervank q.q. In dit arrest werd door de Hoge Raad geoordeeld dat eigendom overgedragen tot zekerheid naar oud BW geen accessoir karakter heeft.²³⁸ Ook ten aanzien van voorbehouden eigendom wordt algemeen aangenomen dat dit geen afhankelijk recht of nevenrecht is.²³⁹ De consequentie hiervan is dat bij overdracht van de vordering van

234 Rongen 2014, nr. 5; Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:HR:2016:73 (*Rabobank/Reuser*), nr. 2.27; Verstijlen 2016, nr. 7; Rongen 2017, nr. 3.; Scheltema 2017, nr.8. Anders: Faber & Kortmann 2016, onder 11; Schuijling 2017, nr. 2.2, die betogen dat aan de eigenaar onder opschortende voorwaarde reeds uit de voorlopige eigendom voortvloeiende bevoegdheden toekomen en dat de bevoegdheden van de eigenaar onder ontbindende voorwaarde reeds zijn beperkt.

235 Faber & Kortmann 2016, nr. 11; Schuijling 2017, nr. 2.2; Rongen 2017, nr. 3. Anders: Scheltema 2017, nr. 8.

236 Bevestigend: Faber & Kortmann 2016, nr. 11; Schuijling 2017, nr. 2.2. Ontkennend: Rongen 2017, nr. 3, Scheltema 2017, nr. 8.

237 Scheltema 2017, nr. 8.

238 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1278, NJ1994/462.

239 Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/533; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/348; Snijders & Rank-Berenschot 2022/498.

het pandhuis op de pandbelener, de voorwaardelijke eigendom van de zaak zal moeten worden overgedragen aan de verkrijger van de vordering.²⁴⁰

6.8.2.4 *Zorgplicht van het pandhuis voor de zaak*

291. *Inhoud zorgplicht.* Het pandhuis heeft als eigenaar onder opschortende voorwaarde een bijzondere positie. Het pandhuis is verplicht de zaak terug te geven, indien de pandbelener de opschortende voorwaarde laat vervallen door binnen de beleentermijn de volledige geldsom terug te betalen en de volledige pandbeleningsvergoeding te voldoen. Dit maakt het voor het pandhuis bezwaarlijk om over de zaak te beschikken. Het pandhuis zal er immers mee rekening moeten houden dat het de zaak zal moeten teruggeven. Algemeen wordt daarom aangenomen dat op de persoon aan wie een goed onder opschortende voorwaarde is overgedragen een zorgplicht rust met betrekking tot het betreffende goed.²⁴¹ De verplichting geldt direct na overdracht en kan van dat moment af worden afgedwongen door de persoon die de zaak onder opschortende voorwaarde heeft overgedragen.²⁴²

Volgens de Toelichting Meijers is de inhoud van de zorgplicht afhankelijk van de 'aard van de overeenkomst en van de omstandigheden'.²⁴³ Het ligt voor de hand dat de zorgplicht feitelijke handelingen omvat zoals bewaren, beschermen en onderhouden van de overgedragen zaak. Daarnaast zal de verkrijger geen juridische handelingen mogen verrichten die kunnen leiden tot nadeel voor de persoon die de zaak onder ontbindende voorwaarde heeft overgedragen. De verkrijger handelt in strijd met zijn zorgplicht als hij over de zaak beschikt op zodanige wijze dat dit nadeel oplevert bij vervulling van de voorwaarde.²⁴⁴ De zorgplicht van het pandhuis zal normaal gesproken de verplichting om zich afdoende te verzekeren tegen brand- en inbraakschade aan de zaak inhouden, zoals in de Pandhuiswet 1910 uitdrukkelijk was bepaald.²⁴⁵ Ook een gebruiksrecht zal niet uit het voorwaardelijk eigendomsrecht voortvloeien, tenzij dit uitdrukkelijk is overeengekomen.

De zaak is op basis van de overeenkomst van pandbelening in de macht van het pandhuis gebracht. Het pandhuis dient de beleende zaak in bewa-

240 Zie voor beschikken over het voorwaardelijk eigendomsrecht door het pandhuis par. 6.8.3.

241 Stolz 2015, p. 535 en de daar genoemde literatuur en jurisprudentie.

242 Stolz 2015, p. 536.

243 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 154. Volgens de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Boek 6, MVA II, p. 155) zal de inhoud van de verplichtingen van de zorgplicht 'afhangen van de omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud en strekking van de verbintenis, de gewoonte, de aard van het door hem uitgeoefende beroep of bedrijf en de middelen waarover een schuldenaar die een zodanig bedrijf uitoefent, pleegt te beschikken.

244 Stolz 2015, p. 535.

245 Van der Weide 2019/119. Vgl. Art. 23 PHW. Stolz (Stolz 2015, p. 535-536) vindt dit een twijfelgeval omdat de risico's die overmacht vormen en niet voor rekening van de verkrijger zouden moeten komen, alsnog in economische zin voor zijn rekening zouden komen.

ring te nemen. Van een zelfstandige overeenkomst van bewaarneming in de zin van artikel 7:600 ev. BW zal geen sprake zijn, omdat de bewaarneming een integraal onderdeel uitmaakt van de overeenkomst van pandbelening en in dat opzicht van ondergeschikt belang is.²⁴⁶ Uit hoofde van zijn verplichtingen als bewaarnemer zal het pandhuis als een goed bewaarder zorg dienen te dragen voor de zaak zolang de beleende zaak niet is 'gelost' door het vervallen van de opschortende voorwaarde.²⁴⁷

6.8.2.5 Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener

292. *Inleiding.* Voor de praktijk van pandbelening is van groot belang of en, zo ja, in hoeverre het pandhuis is beschermd, indien de pandbelener niet bevoegd is om over de beleende zaak te beschikken. Voor het pandhuis is dit een reëel risico. Er worden dagelijks veel zaken aangeboden en het zal niet altijd gemakkelijk zijn om te onderzoeken of de pandbelener beschikkingsbevoegd is. Tijdens de parlementaire behandeling van Titel 7.2D BW is ook het risico van heling van gestolen zaken via pandhuizen aan de orde geweest.²⁴⁸

In verband met het risico van beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener kende de Pandhuismet 1910 een aparte regeling voor gestolen en verloren zaken die afweek van de regeling in het OBW.²⁴⁹ Alleen als bij de bank van lening aangifte was gedaan van diefstal of verlies van een zaak met een duidelijke omschrijving van die zaak en de bank de zaak daarna in belening nam, dan kon binnen zes maanden na de aangifte de zaak zonder vergoeding worden teruggevorderd.²⁵⁰ In alle andere gevallen kon het gestolen of verloren pand slechts worden teruggevorderd tegen betaling van de beleensom en hetgeen ter zake van de belening verschuldigd is.²⁵¹ Deze van het BW afwijkende regeling is niet teruggekomen in Titel 7.2D BW. De vraag is hoe het pandhuis beschermd wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener en of, en in hoeverre, hij zich kan verweren tegen een vordering tot revindicatie door de eigenaar gedurende de beleentermijn.

293. *Werking van artikel 3:86 BW.* Voor een geldige overdracht van de zaak is ingevolge 3:84 lid 1 BW, onder meer, vereist dat de pandbelener beschikkingsbevoegd is. Artikel 3:86 lid 1 BW biedt bescherming voor het geval

246 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/6.

247 Art. 7:602 BW; Van der Weide 2019/119.

248 Kamerstukken II 2012/13, 33334, 5, p. 4-5. Zie hierover par. 4.11.1.

249 Art. 2014 jo 1198 lid 5 OBW. Deze artikelen in het OBW boden de mogelijkheid voor degene van wie een zaak is gestolen of die deze is verloren, de zaak gedurende een periode van drie jaar zonder vergoeding terug te vorderen van de pandhouder. Art. 639 OBW maakte hierop voor de koper op een openbare jaarmarkt een uitzondering. Zie hierover par. 3.2.7.

250 Art. 11 lid 1 en art. 33 lid 1 PHW.

251 Art. 11 lid 2 en art. 33 lid 2 PHW.

de vervreemder beschikkingsonbevoegd is, indien de overdracht anders dan om niet geschiedt en de verkrijger te goeder trouw is. In artikel 3:86 lid 1 BW wordt overdracht overeenkomstig artikel 3:91 BW uitdrukkelijk genoemd als een van de mogelijke wijzen van overdracht. Algemeen wordt dan ook aangenomen dat artikel 3:86 BW ook van toepassing is bij een overdracht onder opschortende voorwaarde.²⁵² Indien aan de vereisten van artikel 3:86 BW is voldaan, zal de overdracht door de pandbelener aan het pandhuis geldig zijn. Hieruit volgt dat het moment waarop de levering overeenkomstig artikel 3:91 plaatsvindt, ook het moment is waarop aan de vereisten van artikel 3:86 BW, met name het vereiste van goede trouw van de verkrijger, moet zijn voldaan. Door de toepassing van artikel 3:86 BW vindt op dat moment een geldige overdracht plaats. Of de verkrijger op het moment dat de opschortende voorwaarde wordt vervuld te goeder trouw is, is niet relevant.²⁵³ Dit stemt overeen met de algemene opvatting in de literatuur dat bij een onvoorwaardelijke overdracht de goede trouw moet worden beoordeeld op het moment van de levering.²⁵⁴

Het pandhuis wordt eigenaar onder opschortende voorwaarde van de door een beschikkingsonbevoegde pandbelener overgedragen zaak, mits op het moment van levering aan de vereisten van artikel 3:86 BW is voldaan. Met name is vereist dat het pandhuis op dat moment te goeder trouw is. De vraag is of het pandhuis gedurende de periode van onzekerheid (de beleentermijn) dit recht kan inroepen jegens de eigenaar onder ontbindende voorwaarde van de zaak waarover de pandbelener onbevoegd heeft beschikt. Een bevestigend antwoord op deze vraag vloeit voort uit de werking van artikel 3:86 BW. Hoewel niet aan de eis van beschikkingsbevoegdheid van artikel 3:84 lid 1 BW wordt voldaan, wordt dit gebrek door de werking van artikel 3:86 BW 'als het ware geheeld.'²⁵⁵ Artikel 3:86 BW verleent aan de verkrijger die aan de vereisten van het artikel voldoet, dezelfde positie als die welke hij zou hebben gehad indien de vervreemder beschikkingsbevoegd zou zijn geweest.²⁵⁶ Indien de zaak door een beschikkingsbevoegde pandbelener zou zijn overgedragen door machtsverschaffing conform artikel 3:91 BW zou de pandbelener de zaak ook niet kunnen opvorderen bij het pandhuis, behalve indien de pandbelener de opschortende voorwaarde laat vervallen door de geldsom en de pandbeleningsvergoeding volledig te betalen binnen de beleentermijn. Het pandhuis kan

252 Scheltema 2003, p. 366; Peter 2007, p. 141; Reehuis 2013/60; Verheul 2018, p. 322; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/152, 964 en 968; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/530; Reehuis & Verheul 2022/45; Snijders & Rank-Berenschot 2022/489.

253 Peter 2007, p. 141-142; Faber 2007, p. 49; Reehuis 2013/60; Faber & Kortmann, JOR 2016/287, onder 5; Verheul 2018, p. 322; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/964 en 968; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/530; Reehuis & Verheul 2022/46; Snijders & Rank-Berenschot 2022/489.

254 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/155; Asser/Bartels & van Mierlo 3-IV 2021/422; Snijders & Rank-Berenschot 2022/373.

255 Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/530.

256 Faber 1997, p. 210; Verheul 2018, p.324; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 2020/530.

een beroep op revindicatie afweren vanaf het moment dat de levering door machtsverschaffing is voltooid.²⁵⁷ De opvatting waarbij het pandhuis pas na vervulling van de opschortende voorwaarde bescherming van artikel 3:86 BW zou genieten, zou het onwenselijke gevolg hebben dat het pandhuis de zaak aan de eigenaar zou moeten afgeven en pas weer zou kunnen opvorderen bij vervulling van de opschortende voorwaarde na afloop van de beleentermijn.²⁵⁸ Omdat het pandhuis pandhouder is zolang de opschortende voorwaarde niet is vervuld of vervallen, zal het pandhuis een beroep toekomen op artikel 3:238 BW.

294. *Maatstaf voor goede trouw.* De vraag of het pandhuis als verkrijger te goeder trouw is aan te merken, berust op de waardering van de omstandigheden van het geval. Artikel 3:11 BW bepaalt, toegepast op artikel 3:86 BW, dat goede trouw ontbreekt niet alleen wanneer de derde wist van de beschikkingsonbevoegdheid, maar ook indien hij de beschikkingsonbevoegdheid in de gegeven omstandigheden had behoren te kennen. Het pandhuis heeft een onderzoeksplicht. De omvang hiervan is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.²⁵⁹ Gezien het risico dat bij pandhuizen gestolen zaken worden aangeboden, is aannemelijk dat het pandhuis een relatief zware onderzoeksplicht heeft om een beroep te kunnen doen op de bescherming van artikel 3:86 BW. In die omstandigheden lijkt het redelijk om aan te nemen dat het pandhuis verplicht is om onderzoek te doen naar de herkomst van de aangeboden zaak door te vragen naar een bewijs van aankoop of een ander bewijs van rechtmatige verkrijging. Ook zal het pandhuis op basis van artikel 437 lid 1 onder e Sr verplicht zijn de gegevens van de aangeboden zaak te vergelijken met de gegevens die zijn te vinden op de website www.stopheling.nl van de politie en het openbaar ministerie.²⁶⁰ Of verder onderzoek door het pandhuis vereist is om bescherming van artikel 3:86 BW te genieten, zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de aangeboden zaak.

295. *Wegwijsplicht.* Artikel 3:87 BW ontnemt het pandhuis een beroep op de bescherming van artikel 3:86 lid 1 BW indien het, binnen drie jaren na de verkrijging hierom gevraagd, niet de gegevens kan verschaffen die nodig zijn om de vervreemder terug te vinden of die hij op dat moment voldoende mocht achten (de wegwijsplicht). De omstandigheden van het geval bepalen de omvang van de wegwijsplicht.²⁶¹ De wegwijsplicht impliceert dat het pandhuis de werkelijke identiteit van de pandbelener zal moeten kunnen aangeven. Op grond van artikel 437 lid 1 onder b Sr is het pandhuis hiertoe verplicht. Ook zal het pandhuis de adresgegevens van de pand-

257 Reehuis 2013, nr. 60; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr.155.

258 Verheul 2018, p. 325.

259 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/153 e.v.

260 Kamerstukken II 2012/13, 33 334, 6, p. 8.

261 Snijders & Rank-Berenschot 2022/379; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/157.

belener moeten kunnen aangeven. De overeenkomst van pandbelening zal deze gegevens ook dienen te bevatten (art. 7:134 lid 2 onder a BW).

296. *De beleende zaak is gestolen.* Voor het geval dat de door de pandbelener aangeboden zaak gestolen is, geldt een belangrijke uitzondering op de bescherming van de verkrijger te goeder trouw. Op grond van artikel 3:86 lid 3 BW is de eigenaar van de beleende zaak, die het bezit daarvan door diefstal heeft verloren, bevoegd om de zaak gedurende een periode van drie jaar als zijn eigendom op te eisen, ongeacht of het pandhuis te goeder trouw was. Het pandhuis kan geen beroep doen op de uitzonderingsbepaling van artikel 3:86 lid 3 onder a BW, omdat het pandhuis de zaak verkrijgt van een consument.²⁶² Lid 3 van artikel 3:86 BW is geformuleerd als een uitzondering op lid 1. Het is daarom ook van toepassing indien de overdracht plaatsvindt onder opschortende voorwaarde. Voor de definitie van diefstal dient aansluiting te worden gezocht bij het strafrechtelijke begrip diefstal in artikel 310 e.v. Sr. Het geldt niet voor andere gevallen van onvrijwillig bezitsverlies.²⁶³ Het begrip diefstal in artikel 3:86 lid 3 dient echter wel autonoom te worden uitgelegd.²⁶⁴ Verduistering valt buiten de werkingssfeer van lid 3 van artikel 3:86 BW.²⁶⁵

De uitzondering voor gestolen zaken betreft een uitzondering op de hoofdregel van artikel 3:86 lid 1 BW. Is niet aan de voorwaarden van bescherming voldaan, dan is buiten artikel 3:86 lid 3 BW om al revindicatie mogelijk op grond van artikel 5:2 BW.²⁶⁶

297. *De beleende zaak is verpand.* Artikel 3:86 lid 2 BW geeft een regeling voor het geval dat op de zaak die wordt overgedragen een beperkt recht rust dat de verkrijger kent noch behoorde te kennen.²⁶⁷ Met name kan hierbij worden gedacht aan een stil pandrecht op de zaak. Artikel 3:86 lid 2 BW bepaalt dat in het geval van een overdracht overeenkomstig artikel 3:91 BW het beperkte recht vervalt onder dezelfde voorwaarde als waaronder geleverd is. De vraag is welke positie het pandhuis heeft, als de derde-pandhouder op grond van zijn pandrecht gedurende de beleentermijn afgifte van de zaak vordert. Geniet het pandhuis in dat geval ook de bescherming van artikel 3:86 BW?²⁶⁸ De wetstekst van artikel 3:86 lid 2 BW lijkt erop te duiden dat pas als de opschortende voorwaarde in vervulling gaat, het pandrecht op de zaak vervalt, wat tot gevolg zou hebben dat het

262 Asser/Biemans & van Schaick 7-IA 2021/278.

263 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 163.

264 Reehuis & Verheul 2022/17.

265 Snijders & Rank-Berenschot 2022/374; Asser/Bartels & van Mierlo 3-IV 2021/436; Reehuis & Verheul 2022/17.

266 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/163.

267 Zie voor de bescherming van het pandhuis als pandhouder op grond van art. 3:238 BW, par. 6.5.2.2.

268 Zie ingeval van verpanding aan het pandhuis voor de bescherming tegen een ouder stil pandrecht uit hoofde van art. 3:238 lid 2 BW, par. 6.5.2.2.

recht onder opschortende voorwaarde van het pandhuis niet zou kunnen worden tegengeworpen aan de pandhouder gedurende de beleentermijn. Uit de hierboven besproken werking van artikel 3:86 BW volgt echter dat ook voor vervulling van de opschortende voorwaarde het recht kan worden tegengeworpen aan de houder van het pandrecht op de zaak.²⁶⁹

De derde-pandhouder heeft, aannemende dat het pandhuis het pandrecht niet kende of behoorde te kennen, na de voorwaardelijke overdracht van de zaak aan het pandhuis een pandrecht op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de pandbelener.²⁷⁰ De pandhouder kan de zaak niet opvorderen van het pandhuis, maar zou wel verhaal kunnen nemen op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Op grond van artikel 3:86 lid 2 BW vervalt het pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht bij vervulling van de opschortende voorwaarde, mits het pandhuis het pandrecht niet kende of behoorde te kennen op het moment van levering. Indien de opschortende voorwaarde vervalt, groeit het eigendomsrecht van de pandbelener aan tot een volledig eigendomsrecht en heeft de derde-pandhouder weer een pandrecht op dit volledige eigendomsrecht.

6.8.2.6 Bescherming tegen faillissement van de pandbelener

298. *Faillissement van de pandbelener.* Het pandhuis verkrijgt op basis van de overdracht onder opschortende voorwaarde een voorwaardelijk eigendomsrecht op de beleende zaak. Een faillissement of toepassing van de schuldsaneringsregeling op de pandbelener nadat de levering is voltooid, doch voor vervulling van de opschortende voorwaarde, zal geen effect hebben op de geldigheid van de overdracht. De levering is onvoorwaardelijk. Alle handelingen die voor levering nodig zijn, hebben plaatsgevonden. De eigendomsoverdracht is slechts afhankelijk van het vervullen van de opschortende voorwaarde. Artikel 35 lid 1 Faillissementswet is daarom niet van toepassing.²⁷¹

In het geval van pandbelening lijkt het vervallen van de opschortende voorwaarde bij faillissement of toepassing van de schuldsaneringsregeling onwaarschijnlijk. De curator, in geval van faillissement, of de bewindvoerder, in geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, van de pandbelener zal niet snel meewerken aan betaling van de geldsom en de pandbeleningsvergoeding aan het pandhuis om de zaak weer terug te krijgen, behalve wellicht als er een grote overwaarde in de zaak zit.

269 Reehuis 2013/60; Verheul 2018, p. 326-327; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/172.

270 Verheul 2018, p. 326-327.

271 Faber 2007, p.38-39; Peter 2007, p. 132 en 141; Reehuis 2013/62; Rongen 2014, onder 3; Faber & Kortmann, JOR 2016/287, nr.11; Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2019/125a; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/531; Snijders & Rank-Berenschot 2022/489.

6.8.2.7 Bescherming tegen beslag

299. *Later beslag.* Een na de levering gedurende de beleentermijn gelegd beslag ten laste van de pandbelener op de roerende bij het pandhuis in bewaring gegeven zaak kan niet aan het pandhuis worden tegengeworpen. Het beslag treft slechts het eigendomsrecht. Dit is na de onvoorwaardelijke levering aan het pandhuis een recht onder ontbindende voorwaarde. Als de geldsom en de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn niet worden terugbetaald, respectievelijk betaald aan het pandhuis, gaat de eigendom van de zaak over naar het pandhuis en gaat het beslag teniet.²⁷²

300. *Eerder beslag.* De overdracht aan het pandhuis kan in beginsel niet worden ingeroepen tegen een eerdere beslaglegger ingeval van een executoriaal verhaalsbeslag (artikel 453a lid 1 Rv).²⁷³ Hiervoor geldt echter een uitzondering wanneer de verkrijger de zaak anders dan om niet heeft verkregen, mits de zaak in zijn macht is gekomen en hij op dat moment te goeder trouw was (artikel 453a lid 2 Rv). In dat geval kan het pandhuis zijn recht als eigenaar onder opschortende voorwaarde inroepen tegen eerdere beslagleggers. Bij pandbelening in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW komt de zaak in de macht van het pandhuis. De overdracht geschiedt als tegenprestatie voor het ter beschikking stellen van de geldsom door het pandhuis en is dus anders dan om niet verkregen. Het pandhuis is te goeder trouw wanneer het niet wist dat er beslag op de zaak was gelegd en dit in de gegeven omstandigheden ook niet behoorde te weten.²⁷⁴

6.8.2.8 Heeft het pandhuis een retentierecht?

301. *Inleiding.* De pandbelener heeft gedurende de beleentermijn te allen tijde recht op onverwijld afgifte van de beleende zaak tegen terugbetaling van de ter beschikking gestelde geldsom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding (artikel 7:135 lid 2 BW). Als eigenaar van de zaak (na het vervallen van de opschortende voorwaarde waaronder de zaak was overgedragen) heeft de pandbelener ook een recht op afgifte op basis van artikel 5:2 BW. De vraag is of het pandhuis ondanks de verplichting tot afgifte een retentierecht heeft met betrekking tot de beleende zaak. Kan het pandhuis de verplichting tot afgifte opschorten, indien het een vordering op de pandbelener heeft? Omdat de pandbelener slechts een recht op afgifte heeft tegen terugbetaling van de ter beschikking gestelde geldsom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding, zal het in de praktijk gaan om een vordering

272 Reehuis 2013/63; Rongen 2014, onder 3; Faber en Kortmann JOR 2016/287, onder 11; Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2019/125a; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/532.

273 Zie Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/449. Hetzelfde geldt voor een conservatoir beslag op grond van art. 712 Rv, dat art. 453a Rv van overeenkomstige toepassing verklaart.

274 Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/449.

uit hoofde van andere verbintenissen, zoals een andere overeenkomst van pandbelening.

302. *Retentierecht.* In artikel 3:290 BW wordt het retentierecht omschreven als de bevoegdheid die in de bij wet aangegeven gevallen aan een schuldeiser toekomt, om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldenaar op te schorten totdat de vordering is voldaan. Als opschortingsbevoegdheid geldt het retentierecht als een species van het genus opschortingsrecht zoals geregeld in afdeling 6.1.7 van Boek 6 BW. Het retentierecht is echter ruimer dan het algemene opschortingsrecht, omdat het ook de verplichting tot teruggave van een zaak betreft die niet als een verbintenis kan worden aangemerkt.²⁷⁵ De vraag of het pandhuis een retentierecht toekomt, valt uiteen in twee deelvragen. Omdat het retentierecht als een species van de opschortingsrechten beschouwd kan worden, zal er een opschortingsrecht moeten bestaan. De tweede deelvraag is of het opschortingsrecht voldoet aan de in artikel 3:290 BW voor het retentierecht gestelde eisen.²⁷⁶

Uit de in artikel 3:290 BW gestelde eisen, blijkt allereerst dat het moet gaan om een verplichting tot afgifte van een zaak. Het moet derhalve een zaak betreffen die zich in de macht bevindt van de houder.²⁷⁷ Aan deze eis wordt bij pandbelening voldaan. De schuldeiser heeft slechts een retentierecht 'in de bij wet aangegeven gevallen'. Voor deze gevallen moet elders in de wet worden gezocht. Het retentierecht kan voortvloeien uit de algemene wettelijke regeling voor opschortingsrechten van afdeling 6.1.7 van Boek 6 BW (zie hierna) of uit bijzondere wettelijke bepalingen.²⁷⁸ Titel 7.2D BW kent geen bijzondere wettelijke bepaling die een retentierecht verschaft aan het pandhuis.

Het retentierecht (indien aanwezig) kan in beginsel alleen worden ingeroepen tegen de schuldenaar.²⁷⁹ Artikel 3:291 BW geeft de schuldeiser de bevoegdheid om het retentierecht in bepaalde gevallen tegen een derde-rechthebbende in te roepen. Hierbij kan worden gedacht aan een derde die de voorwaardelijke eigendom van de zaak heeft verkregen van de pandbelener. In artikel 3:291 BW wordt onderscheid gemaakt tussen een derde met een recht dat is ontstaan na het ontstaan van het retentierecht en een derde met een recht dat voorafgaand aan de totstandkoming van het retentierecht is ontstaan. In het eerste geval kan het retentierecht worden ingeroepen tegen een derde-rechthebbende. In het tweede geval, waarin de derde

275 Fesevur 2017/12; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/942. Snijders & Rank-Berenschot 2022/721.

276 Fesevur 2017/15; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/943; Snijders & Rank-Berenschot 2022/721-722.

277 Fesevur 2017/15 onder c. Snijders & Rank-Berenschot 2022/723.

278 Fesevur 2017/16; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/945-946. Snijders & Rank-Berenschot 2022/722.

279 Fesevur 2017/119. Vgl. de tekst van art. 3:290 BW.

een ouder recht heeft op de zaak, is een beroep op het retentierecht ook mogelijk, als de vordering van de retentor voortvloeit uit een overeenkomst met betrekking tot de zaak tot het sluiten waarvan de schuldenaar bevoegd was. De bevoegdheid heeft betrekking op de relatie van de schuldeiser (het pandhuis) met de derde en zal zich bij pandbelening niet voordoen.

303. *Opschortingsrecht.* Het algemene opschortingsrecht in artikel 6:52 BW verleent aan een persoon die een zaak onder zich heeft de bevoegdheid om afgifte hiervan op te schorten, indien hij een opeisbare vordering heeft op de wederpartij en tussen deze vordering en de verplichting tot afgifte voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen. De norm is hierbij de vraag of de wederpartij van de retentor in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt door afgifte van de zaak te vorderen zonder zelf te presteren.²⁸⁰ In artikel 6:52 lid 2 BW wordt het vereiste van samenhang uitgewerkt met enkele voorbeelden waarin samenhang kan worden aangenomen. Genoemd worden de omstandigheid dat de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan.²⁸¹ Indien de pandbelener vaker zaken heeft gedaan met het pandhuis, zou in beginsel aan het samenhang vereiste kunnen worden voldaan. Van een opeisbare vordering van het pandhuis, zoals vereist door artikel 6:52 BW, zal echter uit hoofde van een andere samenhangende overeenkomst van pandbelening geen sprake kunnen zijn. Een vordering van het pandhuis voor een tekort na verkoop zal slechts kunnen ontstaan indien de beleenttermijn van de (samenhangende) overeenkomst van pandbelening onbetaald is verstreken. In dat geval is het pandhuis door vervulling van de opschortende voorwaarde eigenaar van de zaak geworden en resteert voor het pandhuis slechts een vordering uit natuurlijke verbintenis voor een tekort na verkoop van de zaak.²⁸² Omdat een opeisbare vordering ontbreekt, zal het pandhuis in die omstandigheden geen opschortingsrecht en derhalve geen retentierecht toekomen op de zaak.

Meer fundamenteel is de vraag of het recht op afgifte uit hoofde van artikel 7:135 lid 2 BW niet in de weg staat aan het bestaan van een opschortingsbevoegdheid. Artikel 7:135 lid 2 BW verleent aan de pandbelener een recht op onverwijlde afgifte tegen terugbetaling van de ter beschikking gestelde geldsom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding. De bewoordingen van het artikel zijn uitdrukkelijk beperkt tot de betreffende

280 Fesevur 2017/15 onder b.

281 Artikel 6:54 BW noemt drie omstandigheden waarin een opschortingsrecht (en dus een retentierecht) ontbreekt, die zich niet snel zullen voordoen bij pandbelening. Het inroepen van het retentierecht zal niet in strijd mogen zijn met de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW), ook als aan de vereisten voor het inroepen van een retentierecht is voldaan. Zie Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 207; TM, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 212; Fesevur 2017/15; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/954.

282 Zie par. 5.2.6.

overeenkomst van pandbelening.²⁸³ Voor opschorting op basis van een vordering uit hoofde van een andere overeenkomst lijkt artikel 7:135 lid 2 BW geen ruimte te laten.²⁸⁴ Artikel 7:135 lid 2 BW spreekt alleen over een recht op afgifte van de pandbelener. Het lijkt voor de hand te liggen dat het recht op afgifte ook geldt voor een derde-belanghebbende bij de zaak, zoals een derde die de voorwaardelijke eigendom van de zaak heeft verkregen, zodat ook in dat geval een opschortingsrecht niet beschikbaar zal zijn.

6.8.3 Beschikken over de rechtspositie door het pandhuis

6.8.3.1 Overdraagbaarheid

304. *Overdraagbaarheid is uitgangspunt.* Een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6, waarover de rechthebbende terstond onvoorwaardelijk kan beschikken door dit over te dragen of hierop een beperkt recht te vestigen. Voor overdracht van een goed en voor vestiging van een beperkt recht daarop is vereist dat het goed voor overdracht vatbaar is.²⁸⁵ Artikel 3:83 lid 1 BW bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet. Voor voorwaardelijke eigendom geldt hetzelfde als voor gewone eigendom. Uit de overdraagbaarheid van eigendom volgt dat ook een voorwaardelijk eigendomsrecht overdraagbaar is.²⁸⁶ Het voorwaardelijk recht van het pandhuis is dus overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet.

De wettelijke regeling van pandbelening in Titel 7.2D BW verzet zich niet tegen overdraagbaarheid van het voorwaardelijke eigendomsrecht door het pandhuis. Ook de aard van het voorwaardelijke eigendomsrecht lijkt zich niet te verzetten tegen overdracht. Het voorwaardelijke recht van het pandhuis heeft geen persoonlijk karakter of andere kenmerken die aan overdraagbaarheid in de weg staan.²⁸⁷

305. *Onoverdraagbaarheidsbeding.* Zaken en beperkte rechten kunnen niet door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar onoverdraagbaar gemaakt worden. Een dergelijk beding komt in strijd met de principiële

283 Zie ook de memorie van toelichting waarin wordt gesproken over afgifte 'tegen betaling van wat hij uit hoofde van de pandbeleningsovereenkomst aan het pandhuis verschuldigd is.' Kamerstukken II 2011/12, 33 334, 3, p. 14. Vgl. par. 6.2.1.3 waar wordt betoogd dat het pandrecht slechts de vordering uit hoofde van de betreffende overeenkomst van pandbelening secureert.

284 In die zin Biemans & van Schaick die menen dat artikel 7:135 lid 2 BW 'als een inkleuring van art. 6:52 BW kan worden beschouwd'. Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/279.

285 Art. 3:83 jo 3:98 BW, alsmede art. 3:81 lid 1 en 3:228 BW.

286 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 5.2.2; Faber & Kortmann, JOR 2016/287, onder 9; Schuijling 2017, onder 3.2; Scheltema 2017, nr.7; Verheul 2018, p. 349; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/127d.

287 Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/104.

keuze voor de verhandelbaarheid van eigendomsrechten en beperkte rechten in artikel 3:83 lid 1 BW.²⁸⁸ Omdat een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een eigendomsrecht is als ieder ander eigendomsrecht, volgt dat de overdracht hiervan niet door een beding kan worden uitgesloten.²⁸⁹ Artikel 3:83 BW dient op dezelfde wijze te worden toegepast, ongeacht of het recht een volledig of een voorwaardelijk recht is. Een verbod om een voorwaardelijk recht te vervreemden of te verpanden heeft derhalve geen goederenrechtelijke werking.²⁹⁰ Alleen ten aanzien van vorderingsrechten kan een dergelijk beding tussen schuldeiser en schuldenaar met goederenrechtelijke werking worden afgesproken (artikel 3:83 lid 2 BW). Een beding in de overeenkomst van pandbelening waarbij de overdracht van de zaak of vestiging van een pandrecht op de zaak door het pandhuis wordt uitgesloten, heeft daarom geen goederenrechtelijke werking en staat niet in de weg aan rechtsgeldige overdracht of verpanding. Omdat de onderhandelingspositie van de pandbelener bij de totstandkoming van de overeenkomst van pandbelening normaal gesproken zwak is, lijkt het ook uiterst onwaarschijnlijk dat het pandhuis een dergelijk beding zal accepteren.

306. *Is beschikken over het voorwaardelijk eigendomsrecht in strijd met de zorgplicht van het pandhuis?* Hiervoor is besproken (par. 6.8.2.4) dat het pandhuis als bewaarder van de zaak een zorgplicht voor die zaak heeft. Uit hoofde van zijn verplichtingen als bewaarnemer zal het pandhuis als een goed bewaarder zorg dienen te dragen voor de zaak zolang de beleende zaak niet is 'gelost' door het vervallen van de opschortende voorwaarde.²⁹¹ De vraag is of het pandhuis in strijd met de overeenkomst van pandbelening handelt als het voorwaardelijk eigendomsrecht door het pandhuis wordt overgedragen of wordt bezwaard met een pandrecht. Ligt een beperking van de bevoegdheid om over het voorwaardelijke eigendomsrecht te beschikken besloten in de overeenkomst van pandbelening?

De pandbelener is eigenaar onder ontbindende voorwaarde van de zaak en zal bij verval van de opschortende voorwaarde weer volledig eigenaar van de zaak worden. De pandbelener heeft er daarom belang bij dat de zaak zorgvuldig wordt bewaard. Niet alleen heeft de pandbelener er belang bij dat de zaak zorgvuldig wordt bewaard, maar ook dat de zaak zich gedurende de beleentermijn bij het pandhuis bevindt zodat hij op eenvoudige wijze kan overgaan tot opeisen van de zaak bij het vervallen van de opschortende voorwaarde. Als het pandhuis niet langer de macht over de zaak heeft, zal de pandbelener moeten uitzoeken waar

288 TM, Parl.Gesch. Boek 3, p. 314. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/107; Snijders & Rank-Berenschot 2022/308.

289 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 5.2.2; Verheul, p. 349.

290 TM, Parl.Gesch. Boek 3, p. 314.

291 Art. 7:602 BW; Van der Weide 2019/119.

de zaak zich op dat moment bevindt en wie de laatste verkrijger van de voorwaardelijke eigendom is. De pandbelener is in dat geval afhankelijk van de medewerking van het pandhuis. De contractuele verplichting om de zaak terug te geven aan de pandbelener bij verval van de opschortende voorwaarde binnen de beleentermijn rust op het pandhuis, ook nadat het pandhuis over de zaak heeft beschikt. De pandbelener heeft een redelijk belang dat het pandhuis hiertoe ook in staat is en dat hij niet op zoek moet gaan naar een derde-verkrijger of pandhouder en daarbij afgifte moet trachten te verkrijgen. Er zijn daarom goede argumenten om aan te nemen dat de overeenkomst van pandbelening een verplichting van het pandhuis inhoudt om gedurende de beleentermijn de macht over de zaak te behouden. Overdracht van de voorwaardelijke eigendom door het pandhuis zonder verlies van de macht over de zaak zal minder snel is strijd zijn met de overeenkomst van pandbelening.²⁹²

6.8.3.2 *Levering en verpanding van het voorwaardelijk recht door het pandhuis*

307. *Wijze van levering.* Over de vraag hoe het voorwaardelijke eigendomsrecht door het pandhuis moet worden geleverd, wordt in de literatuur verschillend gedacht. Voor levering van het voorwaardelijke eigendomsrecht gelden dezelfde leveringsvoorschriften als de voorschriften die gelden voor levering van het volledige eigendomsrecht. In *Rabobank/Reuser* stelt de Hoge Raad dat vervreemden of bezwaren van het voorwaardelijk eigendomsrecht geschiedt 'op de wijze voorzien voor de levering respectievelijk bezwaring, van de zaken zelf'.²⁹³ Het probleem bij de levering van het voorwaardelijk eigendomsrecht door de verkrijger is dat deze houder is en dat de eigenaar onder ontbindende voorwaarde bezitter blijft. De vraag is daarom of de verkrijger het voorwaardelijk recht wel via bezitsverschaffing conform artikel 3:90 lid 1 BW zou kunnen leveren. In verband hiermee wordt door sommigen aangenomen dat levering dient te geschieden door machtsverschaffing analoog aan artikel 3:91 BW.²⁹⁴ Ook is verdedigd dat levering dient te geschieden op de voet van artikel 3:95 BW bij gebreke van toepasbaarheid van artikel 3:90 en 91 BW.²⁹⁵ Een derde groep auteurs neemt aan dat levering volgens artikel 3:90 lid 1 BW kan geschieden. Door sommige van deze auteurs wordt er hierbij vanuit gegaan dat bezitsverschaffing van het voorwaardelijk eigendomsrecht mogelijk is en door anderen wordt de

292 Verheul (Verheul 2018, p. 351) verdedigt dat in een eigendomsvoorbehoud stilzwijgend een contractuele beperking van de bevoegdheid om te beschikken besloten ligt.

293 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Reuser), r.o. 4.2.3.

294 Scheltema 2003, p. 363; Verstijlen 2007, p. 826; Schuijling 2017, p. 20, voetnoot 29; Rongen 2017, p. 224.

295 Reehuis 2013, nr. 78; zie voorts de literatuur genoemd door A-G Rank-Berenschot in haar conclusie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Reuser), nr. 2.29, voetnoot 68 en door Verheul in Verheul 2018, p.352, voetnoot 339.

mogelijkheid van bezitsverschaffing door de verkrijger gebaseerd op analoge toepassing van artikel 3:90 lid 1 BW.²⁹⁶

308. *Vestiging van een pandrecht op het voorwaardelijk recht.* Het pandhuis kan eveneens beschikken over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde door hierop een pandrecht te vestigen ten gunste van een derde.²⁹⁷ Ook hier geldt dat de vestiging van het pandrecht geschiedt met inachtneming van de opschortende voorwaarde. Het pandrecht zal moeten worden gevestigd conform de vereisten die gelden voor vestiging van een pandrecht op het onvoorwaardelijk eigendomsrecht van de zaak. Omdat de zaak zich in de macht bevindt van het pandhuis, kan het pandrecht worden gevestigd door de zaak in de macht van de derde-pandhouder te brengen (art. 3:236 BW). Ook vestiging van een bezitloos pandrecht is mogelijk (art. 3:237 BW).

6.8.3.3 *Rechtsgevolgen van beschikken over het voorwaardelijk recht door het pandhuis*

309. *Rechtsgevolg van de beschikking.* Het pandhuis kan op grond van de nemo plus-regel slechts (onvoorwaardelijk) over zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde beschikken. Als gevolg van overdracht of verpanding door het pandhuis van het voorwaardelijke recht verkrijgt de derde-verkrijger of pandhouder terstond dit recht onder dezelfde voorwaarde als die waaronder de pandbelener de zaak aan het pandhuis heeft overgedragen. Als vervolgens de opschortende voorwaarde in vervulling gaat doordat de pandbelener niet binnen de beleentermijn de volledige geldsom terugbetaalt en de volledige pandbeleningsvergoeding voldoet aan het pandhuis, groeit het voorwaardelijk eigendomsrecht aan tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht. Omdat het pandhuis reeds heeft beschikt over zijn voorwaardelijk eigendomsrecht, is het met zijn vermogen niet betrokken bij de verkrijging van de onvoorwaardelijke eigendom door de uiteindelijke verkrijger.²⁹⁸ Indien het pandhuis op een later tijdstip maar voor vervulling van de opschortende voorwaarde de beschikkingsbevoegdheid over het recht verliest als gevolg van een faillissement of surseance van betaling, raakt dit de overdracht of verpanding aan de derde niet.²⁹⁹ Het fixatiebeginsel (art. 23 Fw en art. 35 Fw) heeft slechts betrekking op het ver-

²⁹⁶ Faber 2007, p. 56; Peter 2007, p. 153-154; A-G Rank-Berenschot in haar conclusie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), nr. 2.29; Verheul 2018, p. 352-353; Asser/ Van Mierlo & Krzeminski 3-IV 2020/551.

²⁹⁷ HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

²⁹⁸ Scheltema 2003, p. 364; Scheltema 2013, p. 163; Verheul 2018, p. 358.

²⁹⁹ HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), ro. 4.2.4-4.2.5. Anders: Wibier & Smid 2009, p. 729-731 en Wibier 2013 p. 289. Zie ook Salomons & Orbán (Salomons & Orbán 2016) die menen dat het oordeel van de Hoge Raad in strijd lijkt te zijn met het fixatiebeginsel.

mogen van de failliet op het moment van faillietverklaring. Ook een na de overdracht maar voor vervulling van de voorwaarde gelegd beslag onder het pandhuis raakt de derde-verkrijger niet, omdat het voorwaardelijk recht na overdracht het vermogen van het pandhuis heeft verlaten.

310. *Rechtsverhouding tussen de pandbelener en het pandhuis.* Indien het pandhuis over het voorwaardelijk eigendomsrecht heeft beschikt, wijzigt dit de bestaande rechtsverhouding met de pandbelener niet. De contractuele verhouding voortvloeiende uit de overeenkomst van pandbelening wijzigt niet als gevolg van de overdracht. De contractuele verhouding gaat niet mee over naar de derde-verkrijger, tenzij een contractoverneming wordt overeengekomen door alle betrokkenen, inclusief de pandbelener.³⁰⁰ De zorgplicht en de teruggaveplicht ten aanzien van de zaak rusten nog op het pandhuis als wederpartij bij de overeenkomst van pandbelening. De pandbelener kan door binnen de beleentermijn de beleensom terug te betalen en de pandbeleningsvergoeding te betalen, de onbelaste eigendom van de zaak bij het pandhuis opeisen, ook als het pandhuis over het voorwaardelijke eigendomsrecht heeft beschikt. Zoals hiervoor verdedigd, zijn er goede argumenten om aan te nemen dat de overeenkomst van pandbelening een verplichting van het pandhuis inhoudt om gedurende de beleentermijn de macht over de zaak te behouden. Overdracht van de voorwaardelijke eigendom door het pandhuis zonder verlies van de macht over de zaak zal minder snel is strijd zijn met de overeenkomst van pandbelening.³⁰¹ Indien het pandhuis over de zaak beschikt en niet langer de macht over de zaak heeft, zal het pandhuis toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van zijn verplichtingen jegens de pandbelener indien de pandbelener binnen de beleentermijn de beleensom terugbetaalt en de pandbeleningsvergoeding betaalt. Het pandhuis zal de door de pandbelener als gevolg hiervan geleden schade moeten vergoeden.

311. *Rechtsverhouding tussen de pandbelener en de derde-verkrijger.* De derde-verkrijger wordt na overdracht eigenaar onder opschortende voorwaarde van de zaak en de pandbelener blijft eigenaar onder ontbindende voorwaarde. De vraag is wat de verhouding is tussen het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de pandbelener en het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de derde-verkrijger. De contractuele relatie voortvloeiende uit de overeenkomst van pandbelening is niet overgegaan op de derde-verkrijger, behoudens indien de pandbelener met een contractoverneming heeft ingestemd. De rechtsverhouding wordt daarom niet langer bepaald door de koopovereenkomst. Op contractuele rechten kan daarom door partijen geen beroep worden gedaan.³⁰² De verhouding tussen de derde-verkrijger en het pandhuis is geheel goederenrechtelijk

300 Scheltema, MvV 2017/3, onder 7.

301 Zie par. 6.8.3.1.

302 Scheltema 2003, p. 364.

van aard. De pandbelener zal daarom de zaak ook bij de derde-verkrijger als volledig eigenaar kunnen opeisen, indien binnen de beleentermijn de beleensom en de pandbeleningsvergoeding volledig zijn voldaan of, indien het pandhuis niet in staat is tot afgifte van de zaak en hierdoor vervulling van de opschortende voorwaarde wordt verhinderd, hiervoor door de pandbelener een aanbod tot betaling is gedaan.

De vraag is wat die goederenrechtelijke verhouding tussen de pandbelener en de derde-verkrijger inhoudt. Uit de overeenkomst van pandbelening volgt normaal gesproken dat het pandhuis de zaak gedurende de beleentermijn als bewaarder onder zich houdt. Ook volgt uit de overeenkomst van pandbelening dat het pandhuis het voorwaardelijk eigendomsrecht niet zal mogen vervreemden of bezwaren op zodanige wijze dat het pandhuis de macht over de zaak verliest.³⁰³ Als desondanks de derde-verkrijger de zaak door machtsverschaffing geleverd heeft gekregen, is het de vraag of deze ook het recht heeft om de zaak onder zich te houden. In de literatuur wordt verdedigd dat het recht om de macht over de zaak te behouden moet worden gezien als een recht dat verbonden is met het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Dit recht vloeit voort niet alleen uit de overeenkomst, maar ook uit het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde en is hiervan een onderdeel.³⁰⁴

Een gebruiksrecht van de derde-verkrijger ten aanzien van de zaak kan echter niet uit het voorwaardelijk eigendomsrecht worden afgeleid. Uit de overeenkomst van pandbelening volgt dat het pandhuis de zaak niet door machtsverschaffing mag vervreemden en de zaak niet mag gebruiken. Omdat het pandhuis geen gebruiksrecht heeft, heeft de derde-verkrijger ook geen gebruiksrecht dat kan worden tegengeworpen aan de pandbelener.

312. *Rechtsgevolg voor het pandrecht ten gunste van het pandhuis.* Ingevolge de overeenkomst van pandbelening bedoeld in artikel 7:130 lid 1 onder a BW komt een pandrecht tot stand op het voorwaardelijk recht van de pandbelener ten gunste van het pandhuis. Zoals betoogd in par. 5.2.6 zijn er goede argumenten om aan te nemen dat het pandhuis een vordering heeft op de pandbelener en dat het pandrecht is gevestigd voor de vordering van het pandhuis uit hoofde van de overeenkomst van pandbelening. Deze vordering blijft, evenals de contractuele verhouding, bij het pandhuis. Het pandrecht blijft in dat geval op het voorwaardelijk eigendomsrecht van de pandbelener rusten ten gunste van het pandhuis. Indien de vordering tezamen met het voorwaardelijke recht op de zaak door het pandhuis wordt overgedragen, gaat het pandrecht mee naar de verkrijger van zowel het voorwaardelijk recht als de vordering.

303 Zie par 6.8.3.1.

304 Rank-Berenschot 1992, p. 230; Scheltema 2017, p. 101; Verheul 2018, p. 366. Anders: Verstijlen, p. 828 en Rongen 2017, p. 223, die verdedigen dat sprake is van een obligatoir recht.

6.8.3.4 Bevoegd beschikken over de zaak

313. *Inleiding.* In beginsel is het pandhuis niet bevoegd om over het onvoorwaardelijke eigendomsrecht met betrekking tot de zaak te beschikken. Het pandhuis heeft een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde en niet het volledige eigendomsrecht over de zaak. Over dit recht kan het pandhuis beschikken.³⁰⁵ Op grond van de nemo plus-regel is de beschikkingsbevoegdheid van het pandhuis beperkt tot het recht zoals dat aanwezig is in zijn vermogen. Om over de zaak zelf te kunnen beschikken, is vereist dat het pandhuis volledig rechthebbende is van de zaak.³⁰⁶ In de literatuur wordt aangenomen dat iemand die geen eigenaar is van een zaak, toch als beschikkingsbevoegde over de zaak kan beschikken, wanneer de eigenaar hiervoor toestemming heeft gegeven.³⁰⁷ Met name voor de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud speelt de mogelijkheid om over de zaak te kunnen beschikken een belangrijke rol en heeft dit geleid tot uitgebreide literatuur en jurisprudentie over dit onderwerp. Om die reden zal in deze paragraaf worden begonnen met een bespreking van de bevoegdheid van de koper onder eigendomsvoorbehoud om over de zaak te beschikken. Vervolgens zal worden onderzocht of en, zo ja, in hoeverre het pandhuis bevoegd is om te beschikken over de zaak.

314. *Bevoegd vervreemden van de zaak door de koper onder eigendomsvoorbehoud.* Zoals hiervoor besproken, wordt aangenomen dat de koper onder eigendomsvoorbehoud bevoegd is om de zaak te vervreemden, wanneer dat tussen partijen is overeengekomen. Dit zal zich met name voordoen in situaties waarin de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken bestemd zijn om te worden doorverkocht. In die omstandigheden hebben zowel de verkoper als de koper er belang bij dat doorverkoop plaatsvindt, zodat de koper inkomsten genereert waarmee de koopprijs kan worden voldaan. De vraag of en in hoeverre de koper onder eigendomsvoorbehoud bevoegd is om de zaak over te dragen, moet worden beantwoord door uitleg van de overeenkomst waarin het eigendomsvoorbehoud is opgenomen. De bevoegdheid om de zaak over te dragen hoeft niet uitdrukkelijk te zijn gegeven in de overeenkomst. Deze kan ook impliciet volgen uit de tussen partijen bestaande rechtsverhouding. De enkele omstandigheid dat de zaak voor doorlevering is bestemd leidt niet tot zulk een bevoegdheid.³⁰⁸ In de regel zal in de overeenkomst uitdrukkelijk zijn bepaald dat de koper onder

305 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

306 Reehuis 2013/70; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/127d, 137 en 969; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/234.

307 Peter 2007, p. 111; Reehuis 2013/69; Verheul 2018, p. 390; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/969b; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/545; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/324; Snijders & Rank-Berenschot 2022/495; Zie voorts de in Verheul 2018, p. 390, voetnoot 500 genoemde auteurs.

308 HR 14 februari 1992, NJ 1993/623 (Hinck/Van der Werff).

eigendomsvoorbehoud in het kader van de normale bedrijfsuitoefening bevoegd zal zijn tot overdracht van de zaak, doch niet tot bezwaring van de zaak met een beperkt recht ten behoeve van de financiers. Dikwijls zullen aan de toestemming van de verkoper om de zaak door te verkopen nadere voorwaarden worden verbonden, die tot doel hebben om de positie van de verkoper te versterken.³⁰⁹

Over de verklaring van de bevoegdheid om over de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak te beschikken, wordt verschillend gedacht. In het verleden werd veelal aangenomen dat de overdracht door de verkoper aan de koper onder eigendomsvoorbehoud niet alleen geschiedt onder de opschortende voorwaarde van voldoening van de tegenprestatie, meestal de koopprijs, maar ook onder een tweede alternatieve opschortende voorwaarde.³¹⁰ Deze alternatieve voorwaarde houdt in dat de koper overgaat tot overdracht van de zaak in zijn normale bedrijfsuitoefening. De koper wordt derhalve niet alleen eigenaar als hij de koopprijs voor de zaak voldoet, maar ook als hij overgaat tot overdracht aan zijn afnemer in de normale bedrijfsuitoefening. De alternatieve voorwaarde zorgt ervoor dat zodra de koper de zaak in zijn normale bedrijfsuitoefening overdraagt, hij een moment eigenaar wordt en daarmee beschikkingsbevoegd. De zaak wordt op die wijze door een beschikkingsbevoegde geleverd (artikel 3:84 lid 1 BW).³¹¹

Meer recent wordt de beschikkingsbevoegdheid van de koper veelal verklaard doordat de toestemming van de verkoper om de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak door te verkopen, aan de koper beschikkingsbevoegdheid verleent om de overdracht aan de derde-verkrijger te bewerkstelligen.³¹² Voor deze constructie wordt verwezen naar het arrest *Mesdag II* van de Hoge Raad.³¹³ Het ging in deze zaak om een consignatie-overeenkomst, waarin de geconsigneerde gemachtigd werd om het schilderij van Mesdag te vervreemden. Deze constructie werd door de Hoge Raad geaccepteerd met de overweging dat de geconsigneerde niet de rechthebbende van de Mesdag was, maar de beschikkingsbevoegdheid kon ontlelen aan de opdracht tot verkoop opgenomen in de consignatieovereenkomst. Het gaat hier om een afgeleide bevoegdheid. De koper ontleent de bevoegdheid aan zijn rechtsverhouding met de verkoper. Clausuleringen

309 Zie voor voorbeelden van dergelijke voorwaarden, Reehuis 2013, nr. 70; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/545, Snijders & Rank-Berenschot 2022/495.

310 Zie de literatuur genoemd in Verheul 2018, p. 390, voetnoot 504. In recente literatuur wordt deze constructie ook als alternatief genoemd naast de hierna te bespreken constructie waarbij beschikkingsbevoegdheid wordt verklaard via machtiging door de verkoper, zoals in Asser/Kortmann 3-III 2017/135 en Asser/Bartels & Van Mierlo 2021 3-IV 2021/234.

311 Zie over deze constructie onder meer Reehuis 2013/70; en Verheul 2018, p. 390-393.

312 Onder meer Reehuis 2013/71; Asser/Kortmann 3-III 2017/136; Verheul 2018, p. 393-401; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/ 926b; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/546; Snijders & Rank-Berenschot 2022/495.

313 HR 14 januari 2011, NJ 2012, 88 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Mesdag II*).

in de koopovereenkomst ten aanzien van de bevoegdheid voor de koper om de zaak door te verkopen, hebben rechtstreeks invloed op de beschikkingsbevoegdheid van de koper. Overschrijding hiervan heeft niet alleen tot gevolg dat de verkrijger tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen jegens de verkoper, maar ook dat hij aan de tussen hen bestaande overeenkomst geen beschikkingsbevoegdheid kan ontleen om de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak aan een derde over te dragen.³¹⁴

315. *Bevoegde overdracht van de zaak door het pandhuis?* Zoals hierboven werd besproken, kan een ander dan de rechthebbende de bevoegdheid hebben om over een zaak te beschikken, waarbij die bevoegdheid door de rechthebbende contractueel aan die ander kan worden verleend. De beschikkingsbevoegdheid van de gemachtigde is afgeleid van de bevoegdheid van de rechthebbende en gaat niet verder dan de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende zelf. De vraag is of deze constructie ook kan worden toegepast, indien het pandhuis de uit hoofde van een overeenkomst van pandbelening onder opschortende voorwaarde overgedragen zaak zou willen vervreemden? Vloeit uit de rechtsverhouding tussen de pandbelener en het pandhuis voort dat het pandhuis bevoegd is de zaak te in de normale bedrijfsuitoefening te vervreemden en, zo ja, zijn er beperkingen aan deze bevoegdheid? Indien deze bevoegdheid niet voortvloeit uit de rechtsverhouding, kan de pandbelener de toestemming om de zaak over te dragen ook contractueel verlenen? Deze vragen worden hierna besproken.

316. *Impliciete toestemming om de zaak te vervreemden?* Indien de overeenkomst van pandbelening geen bepaling bevat die aan het pandhuis de bevoegdheid geeft om de zaak over te dragen gedurende de beleentermijn, is het pandhuis niet bevoegd om de zaak te vervreemden. Anders dan bij de verkoop onder eigendomsvoorbehoud hebben bij pandbelening noch de pandbelener, noch het pandhuis belang bij vervreemding van de zaak door het pandhuis in de normale bedrijfsuitoefening. Pas na vervulling van de opschortende voorwaarde ligt vervreemding door het pandhuis van de volledige eigendom in het kader van de normale bedrijfsuitoefening voor de hand. De pandbelener heeft de zaak onder opschortende voorwaarde overgedragen, maar behoudt uitdrukkelijk de mogelijkheid om door binnen de beleentermijn de volledige geldsom terug te betalen en de volledige pandbeleningsvergoeding te voldoen, afgifte van de zaak te verlangen. De pandbelener heeft er daarom belang bij dat het pandhuis de zaak niet vervreemdt gedurende de beleentermijn. Indien de pandbelener geen belang zou hechten aan teruggave van de zaak, had hij de zaak ook gewoon kunnen verkopen aan het pandhuis. Ook het pandhuis moet ermee reke-

314 Zie HR 14 januari 2011, NJ 2012, 88 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Mesdag II*); Reehuis 2013, nr. 70; Verheul 2018, p. 390; Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/546; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/234.

ning houden dat het de zaak zal moeten afgeven aan de pandbelener, indien de laatste door het vervallen van de opschortende voorwaarde volledig eigenaar van de zaak is geworden. Het pandhuis heeft als bewaarder van de zaak een zorgplicht voor de zaak. Het vereiste om als goed bewaarder voor de zaak te zorgen brengt mee dat het pandhuis bij vervreemding van de zaak tekortschiet in zijn zorgplicht en aansprakelijk wordt voor de als gevolg hiervan door de pandbelener geleden schade.

Een redelijke uitleg van de overeenkomst van pandbelening leidt ertoe dat het pandhuis niet bevoegd is de beleende zaak onvoorwaardelijk te vervreemden. De rechtsverhouding uit hoofde van de overeenkomst van pandbelening biedt geen basis voor impliciete toestemming voor vervreemding door het pandhuis. Mocht het pandhuis de zaak desondanks gedurende de beleentermijn vervreemden, dan is het pandhuis beschikkingsonbevoegd. Ondanks de onbevoegdheid zal het pandhuis de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak toch rechtsgeldig kunnen overdragen aan een derde indien wordt voldaan aan de vereisten van artikel 3:86 lid 1 BW.³¹⁵

317. *Contractuele beschikkingsbevoegdheidsclausule.* Het lijkt buitengewoon onwaarschijnlijk dat de pandbelener en het pandhuis overeenkomen dat het pandhuis toestemming verkrijgt om de zaak gedurende de beleentermijn te vervreemden. Vervreemding is in beginsel niet in het belang van partijen bij de overeenkomst van pandbelening. Mocht het pandhuis een beschikkingsbevoegdheidsclausule bedingen, dan is mogelijk, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, sprake van een wilsgebrek, met name misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 BW). Indien de bevoegdheid tot vervreemding is opgenomen in de algemene voorwaarden van het pandhuis, is vernietigbaarheid als onredelijk bezwarend beding denkbaar (artikel 6:233 BW).

318. *Bevoegde verpanding.* Ook bevoegde verpanding door het pandhuis van de zaak ligt niet voor de hand. De rechtsverhouding biedt geen aanleiding om aan te nemen dat toestemming voor verpanding door de pandbelener is verleend en ook contractuele toestemming van de pandbelener voor vestiging van een pandrecht op de zaak is evenals in geval van vervreemding buitengewoon onwaarschijnlijk. Ondanks de onbevoegdheid zal het pandhuis de zaak toch rechtsgeldig kunnen verpanden aan een derde, indien wordt voldaan aan de vereisten van artikel 3:238 lid 1 BW.³¹⁶

6.8.3.5 Derdenbescherming bij onbevoegd beschikken door het pandhuis

319. *Onbevoegde vervreemding door het pandhuis van de onvoorwaardelijke eigendom.* Ondanks de onbevoegdheid zal het pandhuis de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak toch rechtsgeldig kunnen overdragen aan een

315 Zie par. 6.8.3.5.

316 Zie par. 6.8.3.5.

derde. Uit hoofde van artikel 3:86 lid 1 BW is de overdracht ondanks de onbevoegdheid van het pandhuis rechtsgeldig mits de derde-verkrijger op het tijdstip van verkrijging te goeder trouw was en de zaak anders dan om niet verkreeg. Levering dient te geschieden door bezitsverschaffing (artikel 3:90 lid 1 BW). Dit kan alleen geschieden door de feitelijke macht over de zaak aan de derde-verkrijger te verschaffen.³¹⁷

320. *Goede trouw.* De derde-verkrijger zal ingevolge artikel 3:86 lid 1 BW te goeder trouw moeten zijn op het moment dat levering van de zaak is voltooid. De maatstaf voor de vraag wanneer de derde-verkrijger te goeder trouw is, wordt gegeven in artikel 3:11 BW. Goede trouw ontbreekt niet alleen wanneer het pandhuis wist dat de pandbelener niet beschikkingsonbevoegd was, maar ook indien hij dit onder de gegeven omstandigheden behoorde te weten. Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen. Het gaat om een waardering van de omstandigheden. Afhankelijk van de omstandigheden zal de verkrijger nader onderzoek moeten doen naar de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder.³¹⁸ Dat betekent dat in het algemeen zal mogen worden verwacht dat de koper zich ervan bewust is dat het pandhuis beleende zaken aanbiedt, die mogelijkerwijs nog 'gelost' kunnen worden door de pandbelener omdat de beleentermijn nog niet onbetaald is verstreken. Hierbij is van belang hoe de transactie plaatsvindt. Vindt deze plaats in het kader van een grote uitverkoop of veiling van 'niet-geloste' zaken door het pandhuis, dan is er minder reden voor de koper om verder onderzoek te doen. Is echter sprake van een verkoop binnen de gebruikelijke activiteiten van het pandhuis, dan is er meer reden om onderzoek te doen naar de beschikkingsbevoegdheid van het pandhuis. De onderzoeksplicht van de derde impliceert naar mijn mening dat deze bij het pandhuis moet navragen of de beleentermijn onbetaald is verstreken en de zaak niet meer door de pandbelener kan worden 'gelost'. De omvang van de onderzoeksplicht zal mede afhangen van de verdere omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de derde-verkrijger. Is dit een professionele koper, dan ligt een verdergaande onderzoeksplicht meer voor de hand dan wanneer sprake is van een consument.

De onderzoeksplicht van de derde-verkrijger wordt nader ingevuld door de wegwijsplicht opgenomen in artikel 3:87 BW. De omstandigheden van het geval bepalen de omvang van de wegwijsplicht.³¹⁹ Ten aanzien van de derde-verkrijger die de zaak van het pandhuis verwerft, lijkt deze verplichting redelijk overzichtelijk. Hij zal het pandhuis waar hij de zaak heeft verworven, voldoende moeten kunnen aanduiden.

317 Snijders & Rank-Berenschot 2022/496.

318 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 771 en 153.

319 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 157; Snijders & Rank-Berenschot 2022/3.

321. *Opeising van de eigendom door de pandbelener.* Indien het pandhuis na vervreemding van de onvoorwaardelijke eigendom niet aan zijn verplichting tot afgifte kan voldoen, lijkt mij dat van de pandbelener niet kan worden verlangd dat deze daadwerkelijk de beleensom en de pandbeleningsvergoeding betaalt. Een aanbod van betaling van de beleensom en de pandbeleningsvergoeding door de pandbelener aan het pandhuis is voldoende om de opschortende voorwaarde te laten vervallen. Opeising bij de derde-verkrijger van de zaak is mogelijk na betaling, mits de derde-verkrijger geen beroep op de bescherming van artikel 3:86 BW toekomt. Mocht opeising van de zaak niet lukken, omdat de derde-verkrijger een succesvol beroep doet op artikel 3:86 BW, dan zit er voor de pandbelener niets anders op dan vergoeding van de geleden schade te vorderen bij het pandhuis. De schade zal normaal gesproken gelijk zijn aan het verschil tussen de marktwaarde van de beleende zaak enerzijds en de som van de beleensom en de pandbeleningsvergoeding anderzijds, beide op het moment van het aanbod van betaling door de pandbelener.

322. *Onbevoegde vervreemding van de voorwaardelijke eigendom.* Ook indien het pandhuis slechts het voorwaardelijke eigendomsrecht overdraagt, zou beschikkingsbevoegdheid kunnen ontbreken. Dit kan zich voordoen indien de pandbelener beschikkingsonbevoegd is en het pandhuis geen succesvol beroep toekomt op artikel 3:86 lid 1 BW. In deze omstandigheden zal de koper worden beschermd door artikel 3:86 lid 1 BW mits aan de voorwaarden voor derdenbescherming wordt voldaan. Indien de zaak van diefstal afkomstig is, kan de eigenaar van de zaak deze bij de koper als zijn eigendom opeisen conform het bepaalde in artikel 3:86 lid 3 BW, tenzij de koper de zaak in de bedrijfsruimte van het pandhuis heeft gekocht en deze ruimte voldoet aan de eisen van artikel 3:86 lid 3 onder a BW.³²⁰ Indien het pandhuis niet te goeder trouw was bij de verkrijging van de gestolen zaak, handelt het onrechtmatig jegens de eigenaar die de zaak door diefstal heeft verloren. De eigenaar kan in dat geval schadevergoeding vorderen van het pandhuis.³²¹

323. *Onbevoegde verpanding door het pandhuis.* Ondanks de onbevoegdheid zal het pandhuis de zaak toch rechtsgeldig kunnen verpanden aan een derde. Uit hoofde van artikel 3:238 lid 1 BW is de vestiging van het pandrecht ondanks de onbevoegdheid van het pandhuis rechtsgeldig, mits de derde-verkrijger te goeder trouw is op het tijdstip dat de zaak in zijn macht wordt gebracht. Vereist is dat een geldig vuistpand wordt gevestigd, behoudens de eis van beschikkingsbevoegdheid. De derde-pandhouder moet daarnaast te goeder trouw zijn op het tijdstip waarop het in zijn macht is gekomen. De hiervoor beschreven criteria die gelden voor de vraag of de

320 Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/278; Biemans 2021, p. 233.

321 Kamerstukken II 2012/13, 33 334, 6, p. 8.

derde-verkrijger bij vervreemding van de onvoorwaardelijke eigendom te goeder trouw was, gelden ook in geval van de vestiging van een pandrecht door het pandhuis.

6.8.4 Conclusie

324. *Terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.* Niet alleen de pandbelener, maar ook het pandhuis heeft als eigenaar onder opschortende voorwaarde een sterke positie. De zaak wordt in de macht van het pandhuis gebracht onder de opschortende voorwaarde dat volledige betaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding uitblijft binnen de beleentermijn. Het pandhuis wordt als gevolg hiervan niet alleen pandhouder van de zaak (vgl. artikel 7:138 BW) maar ook eigenaar onder opschortende voorwaarde van de in zijn macht gebrachte zaak. Als gevolg van de overdracht onder opschortende voorwaarde verkrijgt het pandhuis een 'terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde'. Er is geen reden om aan te nemen dat de beslissing in het *Rabobank/Reuser* arrest niet van toepassing zou zijn, indien de zaak onder opschortende voorwaarde wordt overgedragen in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW. De wettelijke regeling in Titel 7.2D BW noch de aard van de rechtsverhouding voortvloeiende uit de overeenkomst van pandbelening verzetten zich tegen totstandkoming van een goederenrechtelijke positie van het pandhuis.

Het pandhuis krijgt als gevolg van de overdracht een zelfstandig en voor beschikking vatbaar vermogensrecht. Het is een goederenrechtelijk recht dat aan derden kan worden tegengeworpen. Een faillissement van de pandbelener of toepassing van de schuldsaneringsregeling op de pandbelener nadat de levering is voltooid, doch voor vervulling van de opschortende voorwaarde, zal geen effect hebben op de geldigheid van de overdracht. De levering is onvoorwaardelijk. Alle handelingen die voor levering vereist zijn, hebben plaatsgevonden. Het pandhuis is ook beschermd tegen een latere beslaglegger en tegen een eerdere beslaglegger als aan de eisen voor derdenbescherming is voldaan.

Omdat het recht van het pandhuis een recht onder opschortende voorwaarde betreft is dit een recht zonder werking. Pas bij vervulling van de opschortende voorwaarde vangt de werking aan. Daarvoor kan het worden beschouwd als een sluimerend recht. Dat wil niet zeggen dat de overgang van de voorwaardelijke eigendom geen enkel goederenrechtelijk effect heeft. De eigenaar onder opschortende voorwaarde kan onvoorwaardelijk beschikken over het voorwaardelijk recht. Ook wordt wel verdedigd dat sommige bepalingen in Boek 5 ten aanzien van eigendom toepasselijk zijn.

Het pandhuis is minder goed beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener. De regeling in de Pandhuismet 1910 die het pandhuis beschermde in het geval dat de zaak was gestolen of verloren, is niet teruggekeerd in Titel 7.2D BW. Als de pandbelener beschikkingsonbevoegd is omdat het een gestolen zaak betreft, is het pandhuis niet

beschermd bij revindicatie door de eigenaar van de zaak gedurende een periode van drie jaar te rekenen vanaf de datum van de diefstal. Als de beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener een andere oorzaak heeft, is de overdracht wel geldig mits het pandhuis te goeder trouw is op het moment dat de zaak in zijn macht wordt gebracht en aan de overige vereisten voor derdenbescherming wordt voldaan. Algemeen wordt aangenomen dat artikel 3:86 BW ook van toepassing is bij een overdracht onder opschortende voorwaarde.

325. *Beschikken over de rechtspositie door het pandhuis.* De zaak is uit hoofde van de pandbelening door de pandbelener in de macht van het pandhuis gebracht met de afspraak dat deze verplicht is de zaak terug te geven indien de pandbelener binnen de beleentermijn de volledige geldsom terugbetaalt en de volledige pandbeleningsvergoeding voldoet. Het pandhuis neemt de zaak voor de pandbelener in bewaring. Het pandhuis zal als een goed huisvader voor de zaak dienen te zorgen zolang de opschortende voorwaarde niet is vervallen of vervuld. De pandbelener heeft er niet alleen belang bij dat de zaak zorgvuldig wordt bewaard, maar ook dat hij op eenvoudige wijze de zaak kan opeisen bij verval van de opschortende voorwaarde. Als het pandhuis niet langer de macht heeft over de zaak, zal de pandbelener op zoek moeten gaan naar de laatste verkrijger van de voorwaardelijke eigendom, waarbij hij afhankelijk is van de medewerking van het pandhuis. Er zijn daarom goede argumenten om aan te nemen dat uit de overeenkomst van pandbelening voortvloeit dat het pandhuis verplicht is om gedurende de beleentermijn de macht over de zaak te behouden en tekortschiet in de nakoming van deze verplichting door over de zaak te beschikken waarbij hij de macht over de zaak te verliest. Beschikken over de voorwaardelijke eigendom zonder verlies van de macht over de zaak zal minder snel in strijd komen met de overeenkomst van pandbelening.

Op grond van de nemo plus-regel zal het pandhuis slechts (onvoorwaardelijk) over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kunnen beschikken. De derde-verkrijger of pandhouder verkrijgt dit recht terstond onder dezelfde voorwaarde als die waaronder de pandbelener de zaak aan het pandhuis heeft overgedragen. De contractuele verhouding met de pandbelener wijzigt niet als gevolg van de overdracht en gaat in beginsel niet mee over naar de derde-verkrijger. De rechtsverhouding met de derde-verkrijger of pandhouder is goederenrechtelijk van aard. In de literatuur is steun te vinden voor de opvatting dat de derde-verkrijger het recht heeft de zaak onder zich te houden als onderdeel van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.

Het pandhuis is niet bevoegd om over het onvoorwaardelijke eigendomsrecht met betrekking tot de zaak te beschikken. Een redelijke uitleg van de overeenkomst van pandbelening biedt geen basis om aan te nemen dat aan het pandhuis impliciet toestemming is verleend om over de zaak te beschikken. Beschikken over de zaak zou in strijd komen met de zorgplicht die het pandhuis met betrekking tot de zaak. Indien het pandhuis toch

beschikt over de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak, zal de beschikkingshandeling rechtsgeldig zijn indien aan de vereisten van artikel 3:86 BW is voldaan. Om te voldoen aan de vereisten voor goede trouw, zal de derde-verkrijger of pandhouder voldoende onderzoek moeten doen naar de vraag of het pandhuis de volledige eigendom van de zaak heeft en dat de zaak niet meer 'gelost' kan worden door de pandbelener. Bij een succesvol beroep op derdenbescherming resteert de pandbelener slechts een vordering voor schadevergoeding tegen het pandhuis.

6.9 SAMENLOOP VAN DE RECHTSPOSITIE VAN PARTIJEN BIJ HET PANDRECHT EN BIJ DE VOORWAARDELIJKE OVERDRACHT

326. *Inleiding.* Indien de pandbelener en het pandhuis een pandbeleeningsovereenkomst in de zin van artikel 7:130 lid 1 onder a BW aangaan, komt een pandrecht ten gunste van het pandhuis tot stand op de beleende zaak en wordt de beleende zaak tevens onder opschortende voorwaarde overgedragen aan het pandhuis. Omdat de rechtspositie van partijen gedurende de beleentermijn zowel uit het pandrecht voortvloeit als uit de voorwaardelijke overdracht, is er sprake van samenloop. De pandbelener is zowel pandgever als eigenaar onder ontbindende voorwaarde van de zaak. Het pandhuis is zowel pandhouder als eigenaar onder opschortende voorwaarde. De vraag is hoe deze rechtsposities zich tot elkaar verhouden. Kunnen deze posities naast elkaar bestaan? Het lijkt voor de hand te liggen om hierbij naar analogie aansluiting te zoeken bij de regel van artikel 6:215 BW. Beide rechtsposities kunnen naast elkaar bestaan behoudens indien deze niet goed verenigbaar zijn. Hierna wordt onderzocht of sprake is van niet verenigbare posities.

327. *Rechtspositie van de pandbelener.* De pandbelener vestigt uit hoofde van de overeenkomst van pandbelening een pandrecht zonder verhaalsrecht en heeft de hierbij behorende rechten en verplichtingen. De eigendom onder ontbindende voorwaarde van de zaak verschaft aan de pandbelener een goederenrechtelijke positie gericht op het garanderen van de eigendom van de zaak indien binnen de beleentermijn de geldsom volledig wordt betaald en de pandbeleningsvergoeding volledig wordt voldaan. Een faillissement van het pandhuis of een beslag op de zaak ten laste van het pandhuis laat het recht van de pandbelener om teruggave van de zaak te eisen tegen terugbetaling van de beleensom en voldoening van de pandbeleningsvergoeding onverlet. Van onverenigbaarheid van beide rechtsposities is bij de pandbelener geen sprake.

328. *Rechtspositie van het pandhuis.* Het pandhuis verkrijgt op grond van zowel het pandrecht als de overdracht onder opschortende voorwaarde een zekerheidsrecht. Anders dan bij een regulier pandrecht in de zin van Titel 3.9 BW, is het pandrecht niet ingericht op verhaal. Het pandhuis is op grond

van het pandrecht beschermd tegen faillissement van de pandbelener of toepassing van de schuldsanering natuurlijke personen op de pandbelener. Anders dan bij een regulier pandrecht in de zin van Titel 3.9 BW, zal het pandhuis, bij gebreke van een verhaalsrecht, wel moeten afwachten tot de beleentermijn verstrijkt. Indien na het verstrijken van de beleentermijn de beleensom en de pandbeleningsvergoeding niet zijn voldaan, gaat door het vervullen van de opschortende voorwaarde de volledige eigendom van de zaak van rechtswege over naar het pandhuis. De eigendom onder opschortende voorwaarde garandeert de eigendom van de zaak. Als gevolg van de overdracht onder opschortende voorwaarde verkrijgt het pandhuis op grond van het arrest *Rabobank/Reuser* een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Hierdoor is het pandhuis beschermd tegen faillissement van de pandbelener of een beslag op de zaak.

De bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandbelener is voor beide rechtposities hetzelfde. Indien de pandbelener beschikkingsonbevoegd is, kan het pandhuis als pandhouder bescherming ontleen aan artikel 3:238 BW en als voorwaardelijk eigenaar aan artikel 3:86 BW. Indien de door de pandbelener aangeboden zaak door diefstal is verkregen, moet het pandhuis als pandhouder en als eigenaar onder opschortende voorwaarde revindicatie dulden door de eigenaar gedurende een periode van drie jaar.

Het pandhuis heeft als pandhouder een zorgplicht voor de in zijn macht gebrachte zaak. Dat geldt ook voor het pandhuis als voorwaardelijk eigenaar van de zaak. De zaak is uit hoofde van de pandbelening door de pandbelener in de macht van het pandhuis gebracht met de afspraak dat deze verplicht is de zaak terug te geven, indien de pandbelener binnen de beleentermijn de volledige geldsom terugbetaalt en de volledige pandbeleningsvergoeding voldoet. Zolang de opschortende voorwaarde niet is vervallen of vervuld, zal het pandhuis als een goed huisvader voor de zaak moeten zorgen. Er is geen reden om aan te nemen dat de inhoud van de zorgplicht die het pandhuis heeft als voorwaardelijk eigenaar verschilt van de zorgplicht die het pandhuis heeft als pandhouder. Het pandhuis handelt in strijd met zijn zorgplicht als het de over het voorwaardelijk recht beschikt op zodanige wijze dat dit nadeel oplevert bij verval of vervulling van de opschortende voorwaarde. Er zijn daarom goede argumenten om aan te nemen dat de overeenkomst van pandbelening een verplichting van het pandhuis inhoudt om gedurende de beleentermijn de macht over de zaak te behouden. Als pandhouder is het pandhuis niet bevoegd de onbezwaarde eigendom over te dragen. Als voorwaardelijk eigenaar is het pandhuis niet bevoegd de onvoorwaardelijke eigendom over te dragen. Desondanks zal de beschikking in beide gevallen rechtsgeldig zijn, indien de derde-verkrijger een beroep kan doen op derdenbescherming.

Zoals uit het bovenstaande blijkt, sluiten de rechtspositie van het pandhuis uit hoofde van het pandrecht en uit hoofde van de voorwaardelijke overdracht goed bij elkaar aan. Van onverenigbare rechtsposities lijkt, net zoals het geval was bij de pandbelener, geen sprake te zijn.