



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Pandgebruik en de geest van vernieuwing: bespreking van het proefschrift van mr. R. Bobbink

Koops, E.

Citation

Koops, E. (2023). Pandgebruik en de geest van vernieuwing: bespreking van het proefschrift van mr. R. Bobbink. *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 2023(1), 12-19.
doi:10.5553/MvV/157457672023033001002

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3721887>

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

Pandgebruik en de geest van vernieuwing

Bespreking van het proefschrift van mr. R. Bobbink

*Prof. mr. E. Koops**

1 Inleiding

Onzekerhedenrecht? Het lijkt alsof er een geest van vernieuwing rondgaat in het Nederlandse goederenrecht, in het bijzonder in de financieringspraktijk. Een paar heilige huisjes van het BW van 1992 zijn omvergehaald. De wetgever voerde stille cessie (2004) in en ter uitvoering van een Europese richtlijn de financiële zekerheidsvereenkomst (fzo, 2006), en hevelde pandbelening over naar titel 7.2D van het wetboek (2014). Het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW staat in de literatuur onder druk. Over nut en noodzaak van het fiducia verbod van art. 3:84 lid 3 BW worden niet alleen in de literatuur, maar inmiddels ook in de Kamer vragen gesteld.¹ Door goedkeuring te hechten aan de verzamel pandakte (Dix q.q./ING),² nieuwe pandrechten op een zaakvervangend aandeel (Zalco I)³ en de verpanding van voorwaardelijke eigendom (Rabobank/Reuser)⁴ heeft de Hoge Raad het bed opgeschud. Dat is nog afgezien van de verduidelijkende arresten omtrent fiduciaire overdracht (BTL Lease/Van Summeren)⁵ en het contractuele cessieverbod (Coface/Intergamma)⁶. Securitatisaties en repo's nopen ertoe om op de academische tekentafels of de whiteboards van de Zuidas de grenzen op te zoeken van het goederenrechtelijke systeem. Het gaat wel eens mis. Een assurantieportefeuille is niet voor verpanding vatbaar omdat het geen goed is (ING/Thielen q.q.)⁷. En het zekerheidsvruchtgebruik van een huurvordering strekt niet tot toe-eigening van het geïnde, zodat het voor financieringen minder bruikbaar is dan wellicht

was gehoopt (Telecom Vastgoed/KPN)⁸. Inventiviteit kan aan deze constructies niet worden ontzegd.

Op het eerste gezicht inspireert de geest van vernieuwing ook het proefschrift over antichresis en pandgebruik, waarop Rian Bobbink in Nijmegen promoveerde op 14 juni 2021.⁹ Het proefschrift gaat over de bevoegdheid van de zekerheidsge-rechtigde tot gebruik, beheer en vruchttrekking van het zekerheidsobject. Die constructie staat volop in de belangstelling, zo blijkt wel uit de aanpalende discussie in de literatuur over de toelaatbaarheid van zekerheidsvruchtgebruik¹⁰ en het arrest Telecom Vastgoed/KPN.¹¹ Toch biedt het proefschrift geen *ius novum*. Bobbink haalt zijn inspiratie voor het moderne recht uit het verleden. Aan de hand van een rechtshistorische vergelijking betoogt hij dat het Romeinse recht, en daarvan afgeleide systemen, de mogelijkheid kende van een beheersbeding met goederenrechtelijk effect ten behoeve van de zekerheidsge-rechtigde. Dat lijkt hem voor het Nederlandse recht ook een goed idee. De conclusie is echter behoudend, want het wenselijke recht wordt gelukkig niet in het geldende recht ge-

* Prof. mr. E. Koops is hoogleraar Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit Leiden.

1 Aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met een nieuwe titel 2D (regels met betrekking tot pandbeleningen), Kamerstukken II 2012/13, 33334, nr. 6, p. 13 (NV).

2 HR 6 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen.

3 HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192, NJ 2016/263 m.nt. H.J. Snijders.

4 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen.

5 HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8241, NJ 2006/151.

6 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 m.nt. H.J. Snijders.

7 HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, NJ 2020/357 m.nt. H.J. Snijders.

8 HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, RvdW 2022/887.

9 R. Bobbink, Antichresis en pandgebruik. De bevoegdheid van de zekerheidsge-rechtigde tot gebruik, beheer en vruchttrekking in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief (diss. Nijmegen) (Onderneming en Recht nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021 (hierna: Bobbink 2021). Ik was lid van de oppositiecommissie. Bobbink gaf in WPNR een toelichting bij zijn proefschrift: R. Bobbink, Proefschrift: drie stellingen. Antichresis en pandgebruik, WPNR 2021, afl. 7342, p. 768-773. Het proefschrift werd eerder besproken door Schanbacher, zie D. Schanbacher, Antichresis en pandgebruik, De bevoegdheid van de zekerheidsge-rechtigde tot gebruik, beheer en vruchttrekking in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief, *written by* R. Bobbink, TvR 2022/90, p. 559-566.

10 W.H.B.K. Nieuwesteeg, Vruchtgebruik op verhuurde zaken: grof geschut voor de financieringspraktijk of een brug te ver?, WPNR 2019, afl. 7258, p. 779-781 en de daaropvolgende discussie met E.F. Verheul (WPNR 2020, afl. 7280, p. 321-323) en J.E. Jansen (WPNR 2020, afl. 7280, p. 324-327), met naschrift van Nieuwesteeg (WPNR 2020, afl. 7280, p. 328-332); R. van Dijken, Het gebruik van vruchtgebruik in financieringsconstructies, MvV 2019, afl. 12, p. 426-431; P.C. van Es, Vruchtgebruik (Mon. BW nr. B10), Deventer: Wolters Kluwer 2020/5, 23-24 en 42; L.C.M. Admiraal, Vruchtgebruik als complementair financieringsinstrument, WPNR 2022, afl. 7372, p. 420-426.

11 HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, RvdW 2022/887 (Telecom Vastgoed/KPN). Het proefschrift van Bobbink werd aangehaald door A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor dit arrest.

sleept. Het Nederlandse recht kent op dit moment geen faillissementsbestendig recht van pandgebruik (hoe dit werkt, komt straks aan de orde). Het beheersbeding van art. 3:276 lid 1 BW opent die deur wel voor een hypotheekhouder. Maar ook hier is het de vraag of een hypotheekhouder bevoegd is om, bijvoorbeeld, geïnde huurpenningen te verrekenen staande het faillissement van de eigenaar, of bevoorrecht is op door de curator geïnde huurpenningen. ‘Verdedigbaar’, is het voorzichtige antwoord op p. 372-380, met een beroep op een arrest uit 1953 (Faillissement Van den Brom).¹²

Bobbink kijkt dus vooruit door terug te kijken. De titel van het proefschrift is veelzeggend. *Antichresis* zal de meesten onbekend zijn. Dat is een recht van gebruik en vruchttrekking van andermans goederen met een zekerheidsfunctie. De term is ontleend aan de Griekstalige papyri, die vooral in Egypte zijn gevonden. Hij komt op twee plaatsen voor in de Digesten, het wetboek dat de Romeinse keizer Justinianus in 533 liet compileren.¹³ Onder *pandgebruik* verstaat Bobbink net iets anders. Dat is de bevoegdheid tot gebruik, beheer en vruchttrekking, of kort gezegd tot exploitatie, die onderdeel uitmaakt van een gecategoriseerd zekerheidsrecht zoals pand of hypotheek. ‘Zelfstandige antichrese’ is dus een eigen ideaaltype: een apart beperkt recht. ‘Pandgebruik’ is een mogelijke variant op het ideaaltype van ‘pandrecht’. Het laat zich raden dat hierdoor de vraag rijst of een bepaald stelsel *Typenzwang* kent, een gesloten stelsel van bij naam omschreven beperkte rechten. Dan heeft het potentieel moeite met buitenissige beperkte rechten als *antichresis*. Een stelsel kan los daarvan, of ook daarnaast, echter geneigd zijn tot *Typenfixierung*. Dan kan er meer of minder ruimte zijn voor een recht van *pandgebruik* met goederenrechtelijke werking, afhankelijk van de vraag wat als de kern van het pandrecht wordt beschouwd.¹⁴

De bevoegdheid tot pandgebruik kon met goederenrechtelijk gevolg worden overeengekomen in het Romeinse recht (hoofdstuk 2). De constructie keert terug in stelsels die van het Romeinse recht zijn afgeleid, zoals het middeleeuwse en vroegmoderne *ius commune* (hoofdstuk 3) en als uitvloeisels daarvan het Rooms-Hollandse recht (hoofdstuk 4), het recht van Zuid-Afrika (hoofdstuk 5) en het Duitse recht (hoofdstuk 6). Historisch gezien vervulde dat twee functies (hoofdstuk 1). De vruchten van het zekerheidsobject kunnen worden verrekend met de verzekerde vordering en rente (aflossingsfunctie), of dienen als een zelfstandige rente op de verzekerde vordering (rentefunctie). Dit laatste dreigde wel eens in conflict te komen met wetgeving over maximale rente of algehele renteverboden. De aflossingsfunctie is daarom de belangrijkste geweest.¹⁵ Pandgebruik raakte in vergetelheid in de codificatiepe-

riode (hoofdstuk 7) en kreeg maar beperkt aandacht onder het BW van 1838 (hoofdstuk 8). Als gezegd is de hoofdvraag of het geldende Nederlandse recht ruimte heeft voor deze constructie (hoofdstuk 9). Het proefschrift wordt natuurlijk afgesloten met een conclusie (hoofdstuk 10).

In zijn proefschrift toont Bobbink zich niet een jurist met de hamer. Als adept van de ‘leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag’¹⁶ wil hij het Nederlandse recht beter begrijpen ‘vanuit zijn oorsprong’, om te bezien of er nu nog ruimte bestaat voor de figuur van pandgebruik. Die methode impliceert een nauwgezette reconstructie van de beschreven rechtssystemen, finesse in de interpretatie daarvan, en waardering voor ‘het systeem’. Anders heeft rechtsvergelijking ook geen zin. Specifiek voor de historische rechtsvergelijking moet de promovendus Latijn kunnen lezen, nog afgezien van de moderne talen voor secundaire literatuur. Specifiek voor dit proefschrift moet hij zijn weg kunnen vinden in het Romeinse, middeleeuwse, Rooms-Hollandse, Zuid-Afrikaanse, Duitse en het tot 1992 geldende Nederlandse recht. Gelukkig was hij opgewassen tegen deze taak. Ondanks een grote hoeveelheid literatuur en een brede opzet is het proefschrift helder gestructureerd. Het bevat nieuwe ideeën voor het moderne recht. Bovendien is het geschreven in een welluidende en kernachtige stijl. Bobbink verdient daarvoor alle lof. Mijn opmerkingen hieronder doen daar niet aan af. Ik zeg dat expliciet erbij, want ik heb één noot te kraken.¹⁷

2 Zelfstandige antichrese

Een organiserend principe van het proefschrift is dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen een goederenrechtelijke gebruiksbevoegdheid met een zekerheidsfunctie (zelfstandige antichrese) en een overeengekomen gebruiksbevoegdheid die onderdeel uitmaakt van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht (onzelfstandig pandgebruik). Voor ieder beschreven stelsel wordt onderzocht of een zelfstandige antichrese bestond, en vervolgens hoe het pandgebruik tot stand kwam, of het goederenrechtelijke werking had, en hoe het werd uitgeoefend.¹⁸ Ik verlaat hier de chronologische lijn van het proefschrift om eerst de zelfstandige antichrese te bespreken, en vervolgens het pandgebruik. In paragraaf 4 kom ik terug op het Nederlandse recht.

Bobbink stelt dat het Romeinse recht een zelfstandig recht van antichrese kende. De gerechtigde had ‘wel een gebruiksrecht, maar geen voorrang op een eventuele executieopbrengst van de goederen’.¹⁹ Het betrof een goederenrechtelijk recht. De crediteur kon de zaak opeisen onder een derde-bezitter en afgifte weigeren aan de eigenaar zolang de schuld niet was betaald. Het recht was afhankelijk van een verzekerde schuld.

12 HR 2 januari 1953, ECLI:NL:HR:1953:186, NJ 1953/789.

13 D. 13,7,33 en D. 20,1,11,1, beide ontleend aan een boek van de derde-eeuwse jurist Marcianus over de vorderingen van de hypotheekhouder.

14 Zie voor de (onbewuste) positie van de Nederlandse wetgever ten aanzien van deze begrippen T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 17-23.

15 Bobbink 2021, p. 121-123.

16 Bobbink 2021, p. 5.

17 En één aanvulling te geven. De schrijver stelt dat hij alle Romeinse teksten over pandgebruik behandelt (p. 19). D. 41,2,37 ontbreekt, maar levert weinig nieuwe inzichten op.

18 Bobbink 2021, p. 13.

19 Bobbink 2021, p. 19.

Dit is opmerkelijk. Want als Bobbink gelijk heeft, zou ‘zelfstandige antichrese’ toegevoegd moeten worden aan de opsomming van beperkte rechten zoals die in de handboeken staat. Na zoveel jaar nog een nieuwe voor de lijst! Stellen is echter niet hetzelfde als bewijzen. De stelling loopt namelijk aan tegen een groot methodologisch probleem, dat samenhangt met de casuïstische aard van de Romeinse rechtsbronnen. Het is ruimschoots bekend dat een pandhouder een gebruiksbevoegdheid kon verwerven met een nevenbeding bij de pandovereenkomst.²⁰ Zo’n pandhouder heeft óók een gebruiksbevoegdheid en óók een recht dat hij tegen derden kan invoeren. Maar in tegenstelling tot de ‘zelfstandige zekerheidsgebruiker’ heeft hij krachtens zijn pandrecht wél voorrang en de mogelijkheid van executie. Nog afgezien van de economische vraag waarom een crediteur dan de optie van zelfstandige antichrese zou kiezen,²¹ leidt dit tot een probleem dat ik illustreer met een rescript van keizer Diocletianus:

‘Indien na het opnemen van een geldlening werd afgesproken dat de schuldeiser de diensten van een bepaalde slaaf met de schuld zou verrekenen, moet, na het verrichten van deze prestaties overeenkomstig de toezegging uit de overeenkomst, de inhoud van de afspraak betreffende het teruggeven van de slaaf worden nagekomen.’²²

Bobbink voert deze tekst aan als voorbeeld van het sluiten van een overeenkomst van zelfstandige antichrese.²³ Maar zegt de tekst dat? Derdenwerking komt niet aan de orde. Voorrang of het ontbreken daarvan ten aanzien van de executieopbrengst evenmin. De tekst kan evengoed betrekking hebben op een simpele overeenkomst, of op een pandovereenkomst met een nevenbeding van pandgebruik. De keizer geeft antwoord op een voorliggende rechtsvraag (die ontbreekt), en in de context van die rechtsvraag vonden zijn juristen het misschien niet nodig om de inhoud van de overeenkomst uit te spellen. De vraag rijst wat dan wel het bestaan van het beperkte recht van zelfstandige antichrese kan bewijzen. Dat moet een tekst zijn, volgens de kaders van het onderzoek, die buiten twijfel stelt dat géén pandrecht is gevestigd, dat het recht als afhankelijk recht een zekerheidsfunctie vervult en goederenrechtelijke werking heeft, en dat de gerechtigde géén executiebevoegdheid of voorrang heeft op de executieopbrengst. Zo’n tekst, durf ik wel te stellen, is er niet.

20 Bobbink 2021, p. 25.

21 Bobbink suggereert dat zelfstandige antichrese geschikter is voor goederen die zich niet goed lenen voor executoriale verkoop maar wel een economische gebruikswaarde hebben (p. 81). Dat is slim bedacht. De teksten die hij aanhaalt, gaan echter over verhuurde huizen, grond en (de diensten van) slaven. Executoriale verkoop levert daar niet onmiddellijk problemen op.

22 C. 8,42(43),20 (Diocletianus en Maximianus, a. 294): ‘Si operas certi servi pecunia sumpta creditorem sibi in debitum compensare placuit, his secundum conventionis fidem praestitis de mancipio restituendo pacti tenor servari debet.’

23 Bobbink 2021, p. 26.

De plaatsen die Bobbink aanhaalt,²⁴ kunnen mij niet overtuigen.²⁵ In ieder geval bespreekt géén van die teksten de positie ten aanzien van een executieopbrengst. Bij het Gordiaans retentierecht van de voormalige pandhouder, voor ongedekte vorderingen na aflossing van de verzekerde schuld, aarzel ik of er wel een gebruiksbevoegdheid bestaat.²⁶ De novelle van Justinianus over schulden van kerken voorziet juist wel in executoriale verkoop door uitoefening van een zekerheidsrecht, zij het na een nogal lang proces.²⁷ Dan blijft de ‘missio Antoniniana’ uit het erfrecht over.²⁸ Op grond van deze verordening kon een legataris bezit ter retentie verkrijgen, van goederen uit de erfenis of van de weigerachtige erfgenaam die het legaat of fidei-commis na zes maanden niet had uitgekeerd, of zekerheid daarvoor had gesteld. Dat bezit wordt, zoals gebruikelijk, beschermd door een interdict.²⁹ Vruchten komen toe aan de erfgenaam, maar als die niet oogst, mag de retentor dat doen. Als het nodig is, mag hij de vruchten verkopen en de opbrengst in retentie nemen.³⁰ Uiteindelijk volgt dan verrekening, waarbij de waarde net zoals bij verzekerde vorderingen eerst wordt toegerekend aan de rente en daarna aan de hoofdschuld. Anders dan bij pandrechten heeft de retentor geen executiebevoegdheid.³¹ Hoe interessant dit ook mag zijn, verrekening van inge oogste vruchten met de rente over het fidei-commis is geen overeengekomen zelfstandige antichrese, maar een bevoegdheid die aan een retentor, de onbevredigde legataris, is verleend door de keizer. De sterk geclausuleerde gebruiksbevoegdheid zit vast aan de status als retentor en legataris. De parallel die Ulpianus hier trekt, is met het reguliere pandrecht en niet met een conventionele zelfstandige antichrese, terwijl dit toch het betere vergelijkingsmateriaal zou leveren, als het bestond. Ik zou de wettelijke bevoegdheid van de retentor in

24 Bobbink 2021, p. 27, noot 52, en p. 46-48.

25 D. 20,1,11,1: de tekst is ontleend aan het boek van Marcianus over de hypotheekactie, de omringende teksten gaan over pand, *possessio* kan ook ontechnisch gebruikt zijn voor een onroerende zaak (dat komt vaker voor), de crediteur behoudt het bezit *pignoris loco* en gebruikt een *actio in factum* omdat hij eerst een hypotheek heeft die wordt omgezet in een vuispand nadat hij toegang heeft gekregen (*inducatur*). D. 20,1,20: de crediteur leent geld uit voor renovatie en komt overeen dat hij betaald krijgt uit de huuroopbrengst *iure pignoris*, de vertaling ‘bij wijze van pand’ is misleidend (beter: krachtens een pandrecht), en het gevolg is dat de crediteur *actiones utiles* tegen de huurders verkrijgt naar analogie van de verpanding van een vordering, de tekst gaat dus over stilzwijgende verpanding van opengevallen huurtermijnen – zie ook p. 62-64. C. 4,32,14: gaat over de berekening van huurwaarde als rente op een geldschuld, goederenrecht komt niet aan de orde. C. 4,26,6: bewoning in plaats van rente afgesproken door een onbevoegde vertegenwoordiger, de crediteur eist het zakelijke recht van bewoning op (*habitatio*), vandaar een *vindicatio*.

26 C. 8,26(27),1,2 geeft hier geen aanknopingspunt voor. C. 4,32,4 *pr.*: *usuras servari posse* is eerder rente veiligstellen, bewaren dan ‘verkrijgen’ door retentie. Bobbink’s ‘andere verklaring’ (p. 31) is de betere.

27 Nov. 120,4 en 120,6,2 (Justinianus, a. 544). Anders dan Bobbink stelt (p. 24 en 28), gaan die teksten niet over zelfstandige antichrese of goederenrechtelijke zekerheid op de Hagia Sophia. De novelle behandelt speciale verpanding van een onroerende zaak tot zekerheid van een schuld van een kerk. Een kerk als zekerheidsobject is niet aan de orde.

28 Bobbink 2021, p. 28-30 en 49.

29 D. 36,4,5,23. Bobbink wil hier een uitoefening van het recht van zelfstandige antichrese in lezen (p. 49), naar ik meen ten onrechte.

30 D. 36,4,5,22.

31 D. 36,4,5,21.

dit geval niet een ‘zelfstandig recht van verzuim-antichrese’³² noemen. Partijen kunnen die positie niet naar believen creëren.

Volgens Dernburg leidde het overeenkomen van een ‘antichrese’ tot herkaracterisering als de vestiging van een pandrecht.³³ Dat lijkt mij volkomen juist, en Bobbink's weerlegging hiervan kan ik moeilijk volgen.³⁴

Zelfstandige antichrese is een steen in de vijver van het semi-gesloten³⁵ stelsel van beperkte rechten in het Romeinse recht. De vijver rimpelt na in de rest van het proefschrift. In ieder hoofdstuk keert de vraag immers terug of het systeem in kwestie zelfstandige antichrese kende. Voor het *ius commune* schrijft Bobbink (p. 93-95) dat ‘zelfstandige antichrese’ geen goederenrechtelijke werking had en op een simpele overeenkomst beruiste. De andere optie is dat zij de vorm kreeg van een overeengekomen beperking van de executiebevoegdheid van een pandhouder, door de schuld niet opeisbaar te maken. Ten derde kon kort gezegd een conservatoir beslaglegger verplicht zijn tot het gebruik van de zaak en verrekening van de opbrengsten met de schuld. Vergelijkbare methodologische problemen als eerder rijzen hier. Het eerste is geen beperkt recht, het tweede is een beding in een pandakte, en het derde bestaat niet zelfstandig. Is het dan wel een zelfstandige antichrese? Bovendien kan de vraag worden omgedraaid. Als zelfstandige antichrese wel bestond, waarom dan een pandrecht vestigen voor een schuld die expliciet niet opeisbaar werd gemaakt?

In het Rooms-Hollandse recht vindt Bobbink steun bij de Leidse hoogleraar Arnoldus Vinnius.³⁶ Die geeft echter maar twee argumenten: een geleerd argument over de etymologie van het woord antichresis en een beroep op D. 20,1,11,1, terwijl hij zijn beschouwing opent met de mededeling dat alle interpreten zeggen dat antichresis een type pandrecht is.³⁷ Hij vertegenwoordigt dus niet het standpunt van de meerderheid. Te bedenken is nog dat de elegante Vinnius hier niet schrijft over de praktijk van zijn tijd, maar over het Romeinse recht. In die praktijk bestond een open stelsel van goederenrechtelijke rechten, mits op de juiste manier gevestigd. Een formeel obsta-

kel voor zelfstandige antichrese was er dus niet.³⁸ Deze Rooms-Hollandse praktijk, die Bobbink met prachtige voorbeelden illustreert, had echter veel meer op met pandgebruik voor de verpanding van landerijen en zelfs hele steden.³⁹ Voor zover mij bekend werd geen gebruik gemaakt van zelfstandige antichrese. Dat is dus, nogmaals, een goederenrechtelijk gebruiksrecht dat afhankelijk is van een gezeekerde schuld, zonder voorrang of executierecht, dat niet onderdeel is van of ondersteund wordt door een pandrecht, en dat de verplichting oplegt om de geïnde vruchten in mindering te brengen op de gezeekerde schuld.⁴⁰ Geen wonder dat het Zuid-Afrikaanse recht de zelfstandige antichrese niet heeft overgenomen,⁴¹ en dat ieder spoor ervan ontbreekt in het Duitse recht.⁴² Stelsels die een goederenrechtelijk werkend pandgebruik erkennen, hebben er weinig behoefte aan. In navolging van het Franse recht is de zelfstandige antichrese evenmin in het gesloten stelsel van zakelijke rechten van het BW van 1838 beland.⁴³ In de ogen van de wetgever stond het partijen vrij een verbintenisrechtelijke *overeenkomst* van antichrese te sluiten, zonder enig goederenrechtelijk gevolg. In al deze stelsels bestaat de beschreven figuur dus niet. Ik maak mij sterk dat zij in de ogen van de Romeinse juristen evenmin heeft bestaan.

Daarmee is de noot gekraakt. De lezer zal deze technische discussie hopelijk vergeven. Het kost meer ruimte om uiteen te zetten waar een recensent het niet mee eens is, dan de inhoud van het proefschrift weer te geven en waardering uit te spreken voor het werk. Het vervolg kan precies om deze reden korter zijn.

3 Pandgebruik

Het recht van pandgebruik is de bevoegdheid van een zekerheidsgerechtigde (kort: pandhouder)⁴⁴ om het zekerheidsobject te gebruiken en de vruchten daarvan te trekken. Dat impliceert controle van de pandhouder over het pandobject, of dat nu een flatgebouw of een openbaar verpande vordering is.⁴⁵ De vruchten worden als aflossing in mindering gebracht op de verzekerde schuld en rente, of dienen als rente zonder aflossing. In het laatste geval moet een surplus boven een wettelijk rentemaximum toch in mindering worden gebracht op de schuld. De twee functies lopen dus in elkaar over. In tegenstelling tot retentie en executie is de bevoegdheid tot het gebruik van andermans zaak niet een wezenskenmerk van het pandrecht. Deze bevoegdheid is anders gezegd niet van nature aan het pandrecht verbonden. Zij moet worden overeengeko-

32 Bobbink 2021, p. 30.

33 D. 13,7,33 (Marcianus, *ad formulam hypothecariam*): ‘Als de schuldenaar de geldsom betaald heeft, kan hij gebruik maken van de pandactie (*pignoratitia actione*) om een in pandgenot (*ἀντιχρησiv*) gegeven zaak terug te krijgen; want omdat het hier om een pandrecht gaat (*cum pignus sit*) zal hij van deze term (*hoc verbo*) gebruik kunnen maken.’ Bobbink 2021, p. 27.

34 Bobbink 2021, p. 27-28 en 48.

35 Naar klassiek Romeins recht kan de praetor in een bepaalde rechtsverhouding door toekenning van een zakelijke rechtsvordering (*vindicatio utilis*) de facto nieuwe typen van beperkte rechten creëren. Zo komen wij historisch gezien aan erfpacht en opstal.

36 Bobbink 2021, p. 140-141.

37 A. Vinnius, *Selectarum juris quaestionum libri duo* (tweede druk), Leiden: Voorn 1660, deel 2, cap. 7: *interpretibus omnibus antichresis est species pignoris*. Zo ook Donellus: *antichresis est pignus* (p. 87). Zie verder noot 24.

38 Bobbink 2021, p. 147.

39 Bobbink 2021, p. 133-138.

40 Bobbink 2021, p. 261.

41 Bobbink 2021, p. 196-198.

42 Bobbink 2021, p. 261.

43 Bobbink 2021, p. 294-295.

44 Het Romeinse recht en het middeleeuwse *ius commune* koppelen het onderscheid tussen pand en hypotheek niet aan het verschil tussen roerende en onroerende zaken, of niet-registergoederen en registergoederen. Dit onderscheid komt pas op met Hugo de Groot in de zeventiende eeuw en zet pas door in de codificaties van de negentiende eeuw.

45 Bobbink 2021, p. 49-64.

men tussen de zekerheidsgever en de pandcrediteur. Twee vragen dienen zich dan aan. De eerste is de vraag welke eisen gesteld kunnen worden aan de overeenkomst van pandgebruik. Kan de bevoegdheid bijvoorbeeld stilzwijgend worden verleend? De tweede is de vervolgvraag naar het effect van de bevoegdheidsverlening tegen derden. Beschikt de pandcrediteur bijvoorbeeld over zelfstandige rechtsmiddelen tegen inbreukmakende derden, ook als de verzekerde vordering nog niet opeisbaar is of de debiteur daarvan niet in verzuim verkeert?

Allereerst stelt Bobbink vast dat de bevoegdheid tot pandgebruik naar Romeins recht expliciet kon worden verleend bij een nevenbeding in de pandovereenkomst.⁴⁶ Veel teksten zijn daar niet voor, maar wel een paar. Een grotere groep teksten noemt geen expliciet beding, maar veronderstelt wel een bevoegdheid tot pandgebruik.⁴⁷ Betekent dit dat er een beding was dat in de casus niet is vermeld, of betekent het dat een beding tot pandgebruik stilzwijgend werd ingelezen? Zekerheid is niet te verkrijgen. Maar de verhouding tussen pandgever en pandhouder wordt bepaald door de goede trouw, en dan valt er veel voor te zeggen dat de pandhouder verplicht is om de economische waarde van de zaak te benutten.⁴⁸ De vruchten komen immers in mindering op de schuld en daar heeft de pandgever profijt van.⁴⁹ Dit ligt anders als het pandobject geen opbrengsten genereert in het economisch verkeer, zoals zilverwerk dat in pand is gegeven.⁵⁰ Dan heeft de crediteur geen bevoegdheid tot pandgebruik, tenzij deze expliciet is overeengekomen. Gebruikt hij de zaak zonder een daartoe strekkend beding toch, dan handelt hij tegen de veronderstelde wil van de pandgever en pleegt hij diefstal van de gebruikswaarde (*furtum usus*).⁵¹

De volgende stap is om vast te stellen wat de status was van een beding van pandgebruik. Dat beding maakte niet alleen onderdeel uit van de pandovereenkomst, maar ook van het daarvoor gevestigde pandrecht. Dit betekent dat de pandhouder zijn aanspraak op het gebruik kon handhaven tegen derden. Bobbink illustreert dat met een fraaie tekst van Marcianus en Papinianus.⁵² Een vruchtgebruiker verpandt zijn vruchtgebruik aan een crediteur en verleent een beheersbevoegdheid. De bloot eigenaar probeert de pandhouder te verbieden om de vruchten te trekken. De pandhouder kan zich echter verweren met een beroep op de pandovereenkomst die hij met de vruchtgebruiker heeft gesloten. Het beding had dus goederenrechtelijke werking.

Het Romeinse model van pandgebruik is in het middeleeuwse *ius commune* en de vroegmoderne periode leidend geweest.

Gewoonterecht en leenrecht hebben daar nauwelijks verandering in gebracht. Wel veranderde de aard van het pandobject. ‘De middeleeuwse landadel [heeft] honderden steden en domeinen verpand.’⁵³ Feodale heersers waren gebonden aan gewoonte en privilege, en konden in hun gebieden niet zomaar belastingen heffen of verhogen. Wel konden zij privaatrechtelijk over hun heerlijke rechten beschikken. Daaruit laat zich ook de populariteit verklaren van de constructie van het pandgebruik met een rentefunctie, en aanpalende rechtsfiguren als de grondrente en de rentekoop. Het algehele renteverbod van het canonieke recht kon hierin geen grote verandering brengen.⁵⁴

Voor het Rooms-Hollandse recht betoogt een enkele auteur, zoals Vinnius, dat het beding van pandgebruik niet stilzwijgend kan worden gemaakt. Ook hier neemt hij een minderheidspositie in.⁵⁵ Wel is er in het Rooms-Hollandse recht veel debat over de vraag of een stilzwijgend overeengekomen bevoegdheid slechts een rentefunctie heeft of ook een afflossingsfunctie.⁵⁶ De goederenrechtelijke werking van de gebruiksbevoegdheid blijft intact. Het adagium ‘roerend goed heeft geen gevolg van hypotheek’ gaat alleen op in geval van vervreemding. De vuistpandhouder verliest bijgevolg niet zijn pandrecht wanneer hij de zaak verhuurt om opbrengsten te genereren.⁵⁷ De opvatting van Johannes Voet dat het pandrecht wél tenietgaat wanneer de zaak wordt verhuurd aan de pandgever zelf, vond in Holland uiteindelijk geen ingang, maar is nagevolgd in Zuid-Afrika.⁵⁸

In zijn hoofdstuk over Zuid-Afrika geeft Bobbink een nuttig en beknopt overzicht van het zekerhedenrecht.⁵⁹ De doorontwikkeling van het Rooms-Hollandse recht aldaar heeft geleid tot het formuleren van twee abstracte regels met betrekking tot pandgebruik in de jurisprudentie.⁶⁰ Enerzijds mag de pandhouder zonder een daartoe strekkend beding de zaak niet gebruiken ‘for his own benefit’. Anderzijds is hij verplicht tot economische exploitatie van het pandgoed en tot het afleggen van rekening en verantwoording over dit beheer. Een expliciet beheersbeding wordt vaak overeengekomen om de status en bevoegdheden van de pandhouder beter af te bakenen.⁶¹ De verplichting tot pandgebruik maakt onderdeel uit van het pandrecht en is met de bijbehorende rechtsmiddelen tegen derden te handhaven.⁶² De *plicht* tot gebruik trekt vooral de aandacht. Hij voorkomt dat het vuistpandobject ‘economisch steriel’ is:

46 Bobbink 2021, p. 25.

47 Bobbink 2021, p. 32-38.

48 Bobbink 2021, p. 33-36 en 92.

49 Bobbink 2021, p. 75-77.

50 Bobbink 2021, p. 36-38.

51 Bobbink 2021, p. 39-42.

52 D. 20,1,11,2. Bobbink 2021, p. 45.

53 Bobbink 2021, p. 104.

54 Bobbink 2021, p. 118-123.

55 Bobbink 2021, p. 140.

56 Bobbink 2021, p. 173-179.

57 Bobbink 2021, p. 148-151.

58 Bobbink 2021, p. 150-151.

59 Bobbink 2021, p. 186-192.

60 Bobbink 2021, p. 193 en 215-221.

61 Bobbink 2021, p. 195-196.

62 Bobbink 2021, p. 198-200.

‘Dit kan een argument vormen voor de introductie van een goederenrechtelijk recht van pandgebruik als onderdeel van het Nederlandse pandrecht.’⁶³

Uit het Duitse recht haalt Bobbink vooral de uitgebreide regeling van de *Zwangsverwaltung* na rechterlijke machtiging van een executerende hypotheekhouder (nu in de moderne zin van dat woord!).⁶⁴ Die kan ten voorbeeld worden gesteld aan de Nederlandse regeling voor hypothecair beheer, die met één artikellid wat karig door de wetgever is bedeed (art. 3:267 lid 1 BW).⁶⁵ Pandgebruik van roerende zaken en vorderingen wordt in het Duitse systeem gevestigd door een uitdrukkelijk beding, en dit beding wordt vermoed stilzwijgend te zijn opgenomen voor zaken die natuurlijke vruchten dragen.⁶⁶ Partijen kunnen ook overeenkomen om een irregulier pandrecht te vestigen op courant verhandelbare zaken. Dit geeft de vuistpandhouder een verteringsbevoegdheid en legt hem de verplichting op om een gelijke hoeveelheid terug te geven na aflossing.⁶⁷ Het overeengekomen pandgebruik heeft goederenrechtelijke werking en is (dus) faillissementsbestendig.⁶⁸ De Duitse constructie van zekerheidseigendom voorziet in de behoefte aan een stil zekerheidsrecht, waarbij de macht over het goed blijft bij de zekerheidsgever.⁶⁹ Als logisch gevolg speelt pandgebruik daar minder een rol. Dat is anders wanneer de verzekerde schuld niet wordt terugbetaald. Na verzuim kan de zekerheidseigenaar de macht aan zich trekken. Vaak wordt bedongen dat hij dan ook recht heeft op de vruchten van de zaak. Ook bij vuistpand speelt het pandgebruik vooral een rol in de context van verzuim, terwijl dit bij executoriaal hypothecair beheer een gegeven is.

En Nederland dan? In navolging van wat daarvoor kwam, heeft Zuid-Afrika kennelijk goede ervaringen opgedaan met een goederenrechtelijk versterkte plicht tot pandgebruik door de vuistpandhouder. Duitsland heeft een uitgebreide regeling voor het executoriaal hypothecair beheer en ziet geen problemen in het toekennen van pandgebruik aan vuistpandhouders of zekerheidseigenaren in geval van verzuim. Met dit al rijst de vraag waar het Nederlandse recht van pandgebruik toch is gebleven. Het antwoord wordt gegeven in het korte hoofdstuk over de codificatieperiode. De eerste ontwerpen en het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland (WNH) van 1809 gingen nog uit van een wettelijke regeling van het pandgebruik.⁷⁰ In 1811 voerde Napoleon echter de Code civil in voor zijn Nederlandse gebieden. Dit Franse wetboek heeft gegolden tot 1838. Het kende géén regeling voor het gebruik van een zaak die in vuistpand was gegeven. Voor onroerende zaken bestond de ‘ongelukkig geregelde’ schriftelijke overeen-

komst van *antichrèse*.⁷¹ Destijds nam vrijwel iedereen aan dat deze overeenkomst geen derdenwerking had. In de ontwerpen voor het BW van 1838 keerde zij niet terug: te buitenlands, te weinig gebruikt.⁷² Het stond partijen verder uiteraard vrij om het gebruik van het zekerheidsobject verbintenisrechtelijk te regelen. Om voor de hand liggende redenen werd daarvan sindsdien in de praktijk nauwelijks gebruik gemaakt.⁷³

Zo kwam het dat alleen het pandgebruik van vorderingen en aandelen geregeld was in art. 1204 OBW.⁷⁴ Daar leidde de literatuur zelfs uit af dat het een vuistpandhouder verboden was om economisch gebruik te maken van het pandobject, op straffe van verval van zijn recht, als die bevoegdheid niet uitdrukkelijk was verleend.⁷⁵ En zelfs als de bevoegdheid wel was verleend, had zij geen goederenrechtelijke werking.⁷⁶ Voor het beheer van een verhypothekerde zaak gold dit niet anders.⁷⁷ De lacuneuze wet kon hierdoor niet voorzien in een behoefte die in de praktijk ontstond, om een vorm van goederenrechtelijke zekerheid te verkrijgen op toekomstige natuurlijke en burgerlijke vruchten. Al onder het OBW werden inventieve oplossingen bedacht en soms ook ingevoerd, waaronder de bijzondere wettelijke regeling van het ‘Nederlands-Indisch oogstverband’⁷⁸ en Suijlings suggestie van een zekerheidsvruchtgebruik in combinatie met een hypotheek.⁷⁹ Het pandgebruik van roerende zaken werd in de literatuur echter stiefmoederlijk bedeed, temeer omdat het niet te verenigen was met de vanaf de Eerste Wereldoorlog opkomende stille fiduciaire overdracht. Het stond daardoor niet in de belangstelling van de wetgever van 1992. Het NBW kent geen regeling van het pandgebruik, maar opvallend genoeg wel een nieuwe bepaling voor de beheersbevoegdheid van de hypotheekhouder.⁸⁰ De parlementaire geschiedenis zwijgt over de onderliggende motieven.

4 Het Nederlandse recht

De pandhouder mag naar geldend Nederlands recht geen gebruik maken van de verpande zaak. Zijn zorgplicht strekt tot bewaring en onderhoud, niet tot economische exploitatie.⁸¹ Uiteraard kunnen partijen expliciet iets anders overeenkomen. Voor bijzondere gevallen, zoals het oogstrecht van planten (art. 3:237 lid 4 BW), het pandrecht op aandelen (art. 2:89 en 2:198 lid 2 BW) en het fzo-pandrecht (art. 7:53 lid 1 BW), is er een wettelijke regeling.⁸² Nu een dergelijke regeling niet be-

63 Bobbink 2021, p. 225.

64 Bobbink 2021, p. 245-257.

65 Bobbink 2021, p. 228.

66 Bobbink 2021, p. 231.

67 Bobbink 2021, p. 233-234.

68 Bobbink 2021, p. 235-236 en 240.

69 Bobbink 2021, p. 257-260.

70 Bobbink 2021, p. 268-275.

71 Bobbink 2021, p. 277. De auteur schreef uitgebreider over pandgebruik in het Franse recht in: R. Bobbink, *Antichrèsis: het vergeten zekerheidsrecht. Een historische vergelijking met het Franse recht*, Groninger Opmerkingen en Mededelingen 2016/33, p. 77-119.

72 Bobbink 2021, p. 279.

73 Bobbink 2021, p. 280-282.

74 Bobbink 2021, p. 286-287 en 295-298.

75 Bobbink 2021, p. 287-289.

76 Bobbink 2021, p. 290-291.

77 Bobbink 2021, p. 291-293.

78 Bobbink 2021, p. 300-301.

79 Bobbink 2021, p. 302-304.

80 Bobbink 2021, p. 309.

81 Bobbink 2021, p. 311-313.

82 Bobbink 2021, p. 339-350.

staat voor het generieke pandrecht, en een partijbeding van pandgebruik onvoldoende verband houdt met het wezen van het pandrecht (verhaal door executie), leidt dit ertoe dat een beding van pandgebruik geen goederenrechtelijke werking heeft.⁸³ Die redenering lijkt mij sluitend. Een uitzondering is de als nevenrecht meevertende rente op een verpande vordering,⁸⁴ maar daar heeft de vuistpandhouder niets aan. Bobbink heeft voor deze vuistpandhouder wel de suggestie om een recht op de vruchten van de pandzaak te creëren dat aan derden tegenwerpbaar is.⁸⁵ Als de pandhouder de zaak van de pandgever huurt, kunnen zij overeenkomen dat de huurprijs bestaat uit de waarde van de vruchten, en dat die huurprijs verrekend zal worden met de verzekerde schuld. De regels van het huurrecht geven de pandhouder voldoende aanvullende bescherming. Het alternatief, een verbintenisrechtelijke bevoegdheid tot vruchttrekking en verrekening met de schuld, is minder aantrekkelijk. Als die bevoegdheid pas intreedt bij verzuim van de schuldenaar en/of omzetting van een stil pandrecht naar een vuistpandrecht, dan komt zij in potentie in strijd met het verbod van toe-eigening of het fiduciaverbod.⁸⁶

Faillissementsbestendig is de vruchttrekkings- of huurconstructie echter niet. Het fixatiebeginsel verhindert dat toekomstige vruchten van het pandgoed, die tijdens faillissement opkomen, toekomen aan de pandhouder.⁸⁷ Als het de pandhouder is die verhuurt, dan komen de vruchten van de verhuur wel bij hem op, maar is hij niet bevoegd nieuwe overeenkomsten van dat type te sluiten na faillissement, afgaande op de lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad sinds het Nebula-arrest.⁸⁸ Zelfs de plicht tot afgifte van vruchten uit bestaande huurovereenkomsten zal de pandgebruiker lang niet altijd in verrekening kunnen brengen met de gezeekerde schuld, zo volgt uit Tiethoff q.q./NMB (1989).⁸⁹

De hypotheekhouder is heel wat beter af. Hij kan een beding opnemen in de hypotheekakte dat hem de bevoegdheid geeft om het goed in beheer te nemen na een rechterlijke machtiging (art. 3:267 lid 1 BW). In tegenstelling tot een simpele overeenkomst van beheer heeft dit beding goederenrechtelijke werking, hetgeen Bobbink verklaart uit de machtiging van de voorzieningenrechter.⁹⁰ De literatuur is unaniem over de bevoegdheid om in beheer te nemen als de eigenaar tekortschiet in het onderhoud, maar verdeeld over de vraag of verzuim van de schuldenaar ook een voldoende grond voor beheer oplevert. Bobbink kiest voor het laatste en dat lijkt mij juist.⁹¹ Be-

heer omvat de normale exploitatie van het goed.⁹² Daaronder valt ook het innen van huurvorderingen uit overeenkomsten die de hypotheekgever met derden heeft gesloten. Omdat het geïnde in mindering komt op de verzekerde schuld, is geen sprake van overbedeling ten opzichte van andere crediteuren van de schuldenaar, en dus ook geen sprake van strijd met de ratio van het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW. Het in mindering brengen is een gevolg van verrekening van de afdrachtplicht van de geïnde vruchten (de huursommen) met de verzekerde schuld. De wet biedt geen verdere grondslag om dit van rechtswege te laten gebeuren.⁹³ In een faillissement van de pandgever kan dit leiden tot discussie met de curator of de beherende hypotheekhouder dan nog bevoegd is tot verrekening. Bobbink meent op redelijke gronden van wel.⁹⁴ Ook als de curator int, lijkt het erop dat de beherende hypotheekhouder voorrang heeft ten aanzien van de opbrengst. Deze stand van zaken berust echter op een arrest uit 1953 (Faillissement Van den Brom),⁹⁵ en het is niet helemaal zeker of dit arrest het geldende recht nog weergeeft. Voor alle zekerheid beveelt Bobbink aan om de opengevallen huurvorderingen te laten verpanden.⁹⁶

Bij deze stand van zaken luidt de conclusie dat het Nederlandse recht van pandgebruik niet, en het recht van hypothecair beheer misschien niet faillissementsbestendig is waar het aankomt op toekomstige vruchten, zoals huurvorderingen die na datum faillissement verschijnen. In de literatuur is discussie gerezen of een zekerheidsvruchtgebruik dit probleem kan ondervangen.⁹⁷ Bobbink bekeert zich hier tot het kamp van de Groningers Jansen en Verheul, die menen dat een zekerheidsvruchtgebruik in strijd komt met het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW. De bevoegdheden van een zekerheidsvruchtgebruiker verschillen immers niet wezenlijk van die van een openbaar pandhouder op de huurvordering, en dienen slechts ter beveiliging van diens verhaalspositie. De betere positie die een vruchtgebruiker in faillissement heeft dan een pandhouder is eerder een argument om wél strijd met het fiduciaverbod aan te nemen dan om dat niet te doen.⁹⁸ De kunstgrepen die nodig zijn om het vruchtgebruik tot zekerheid te laten strekken, denatureren bovendien het recht van vruchtgebruik. Strijd met het gesloten stelsel van beperkte rechten ligt dan op de loer.⁹⁹ Wel ziet Bobbink mogelijkheden voor een vruchtgebruik met rentefunctie op de pandzaak.¹⁰⁰ Hoe meer dit zekerheidsvruchtgebruik het 'gewone' recht van vruchtgebruik benadert, en hoe minder het dient tot verzekering van het verhaal, des te groter is de kans dat het door de rechterlijke beugel kan. Dit betekent dat de pandhouder het vrije genot en gebruik van de zaak moet krijgen, dat de vruch-

83 Bobbink 2021, p. 314-316.

84 Bobbink 2021, p. 336-338.

85 Bobbink 2021, p. 316-317 en 323-324.

86 Bobbink 2021, p. 325-327.

87 Bobbink 2021, p. 332-333.

88 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155 m.nt. P. van Schilfgaarde. Bobbink 2021, p. 329-332.

89 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661 m.nt. P. van Schilfgaarde. Bobbink 2021, p. 333-335.

90 Bobbink 2021, p. 351.

91 Bobbink 2021, p. 351-355.

92 Bobbink 2021, p. 356-366.

93 Bobbink 2021, p. 367.

94 Bobbink 2021, p. 372-380.

95 HR 2 januari 1953, ECLI:NL:HR:1953:186, NJ 1953/789.

96 Bobbink 2021, p. 372.

97 Zie de literatuur die is aangehaald in noot 9. Bobbink 2021, p. 382-395.

98 Bobbink 2021, p. 387.

99 Bobbink 2021, p. 388-391.

100 Bobbink 2021, p. 391-395.

ten geheel in zijn vermogen dienen te vallen, en dat hij de verplichtingen van een vruchtgebruiker niet kan wegschrijven. Of de praktijk daarmee uit de voeten kan, is een andere vraag.¹⁰¹ Zekerheidserfpacht biedt, voor onroerende zaken, een minder bezwaarlijke mogelijkheid.¹⁰² Tot slot verdient het nog opmerking dat deze inventieve, maar soms wat kwestieuze slalombewegingen niet nodig waren geweest als het pandgebruik beter in de wet was geregeld.

5 Conclusie

De slotsom van dit alles luidt, wat mij betreft, dat de wetgever een mooie kans heeft laten liggen om met betrekking tot pandgebruik de band met het verleden te herstellen die in het OBW is doorgesneden. Het moderne Zuid-Afrikaanse recht en het Duitse recht hebben deze band intact gehouden. Naar het schijnt kunnen die systemen goed uit de voeten met een goederenrechtelijk werkend en faillissementsbestendig beding van pandgebruik en/of hypothecair beheer. De geschiedenis laat zien dat een dergelijk beding effectief kan zijn om ‘economisch steriel’ pandgoed in de beheersmacht van de zekerheidsgerechtigde toch ten goede te laten komen aan de schuldenaar. Bobbink heeft mij wat dit betreft geheel overtuigd van nut en noodzaak van een ‘betere regeling van het pandgebruik’.¹⁰³ Waart de geest van vernieuwing dan toch rond? Ach, zoals de Britse filosoof Roger Scruton schreef:

‘Zonder traditie kan originaliteit niet bestaan: want alleen afgezet tegen een traditie is zij waar te nemen.’¹⁰⁴

Bobbink's proefschrift staat stevig in een rijke traditie.

101 Bobbink 2021, p. 393-395.

102 Bobbink 2021, p. 395-397.

103 Vgl. de lijst van 100 verbeterpunten die Meijers publiceerde ten aanzien van het OBW. E.M. Meijers, Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek, WPNR 1928, afl. 3031, p. 49-52. Pandgebruik ontbreekt op die lijst.

104 R. Scruton, *An Intelligent Person's Guide to Modern Culture*, Londen: St. Augustine's Press 2000, p. 45.