

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/126501>

Please be advised that this information was generated on 2019-09-16 and may be subject to change.

Potharst/Serrée in het Romeinse recht. Enige opmerkingen over het overdragen van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht¹

Inleiding

Artikel 3:81 lid 1 tweede zin BW maakt het mogelijk dat degene aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt dit recht onder voorbehoud van een beperkt recht kan overdragen.² Hierbij dient de rechthebbende zowel aan de eisen voor overdracht van het goed, als voor het vestigen van het beperkte recht te voldoen. Het is onduidelijk hoe de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht precies geconstrueerd wordt. Een voorbeeld: A draagt zijn fiets onder voorbehoud van een pandrecht over aan B. Uit de Parlementaire Geschiedenis en rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat B eigenaar wordt van een aan A verpande fiets.³ Het pandrecht wordt dus niet door B ten behoeve van A gevestigd, maar wordt als het ware simultaan met de overdracht van het goed door A zelf bewerkstelligd. A is dan dus, zij het slechts voor korte duur, pandhouder van een zaak waarvan hij ook eigenaar is. In het algemeen wordt aangenomen dat het niet mogelijk is om tegelijkertijd eigenaar en beperkt gerechtigde van een goed te zijn. De eigenaar heeft immers het meest omvattende recht dat men kan hebben en heeft dus geen belang bij de bevoegdheden die de wet aan een beperkt gerechtigde geeft. Wanneer men eigenaar van een goed wordt waarop men een beperkt recht kan laten gelden, gaat dit beperkte recht dan ook door vermenging teniet.⁴ Moet de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht worden beschouwd als een uitzondering op deze regel? Reehuis stelt zich op dit standpunt:

'De overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht past in dogmatisch opzicht eigenlijk slecht in ons systeem van ontstaan van beperkte rechten, dat er immers van uitgaat dat zo'n recht altijd ten behoeve van een ander dan de hoofdgerechtigde wordt gevestigd. Het tenietgaan van beperkte rechten door vermenging (art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e) stoelt ook op dit beginsel. Uit de regeling van de overdracht onder voorbehoud moet men echter wel afleiden, dat het beperkte recht daadwerkelijk ontstaat mits gelijktijdig het hoofdrecht wordt overgedragen en dat er dan geen ruimte is voor een tussentijds tenietgaan door vermenging.'⁵

De wetgever besteedt geen aandacht aan deze dogmatische kanttekeningen bij de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht. Het is daarom waarschijnlijk dat de wetgever overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht anders ziet dan Reehuis.

¹ Dit artikel is de (iets uitgebreide) weergave van een lezing die ik d.d. 29 oktober 2008 hield voor het Romeinsrechtelijke en rechtshistorisch dispuut Philips van Leyden.

² Recent verscheen over dit onderwerp een artikel van de hand van A Steneker, 'Overdracht onder voorbehoud van pandrecht', in: *WPNR* 6766 (2008) p. 644-655.

³ Ik ga hieronder uitgebreid in op de Parlementaire Geschiedenis en de relevante rechtspraak van de Hoge Raad.

⁴ Art. 3:81 lid 2 aanhef en sub e.

⁵ Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, *Goederenrecht*, 12e druk, Deventer, p. 464.

Hoe? In de Parlementaire Geschiedenis wordt over overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht het volgende opgemerkt:

'In het Nieuwe B.W. geldt op dit punt het volgende. In een geval als het onderhavige kan wel overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht plaatsvinden, maar slechts indien zowel aan de eisen voor levering van het goed als aan die voor vestiging van het beperkte recht is voldaan. (...) Maar het is wel van belang voor registergoederen. Dat mede aan de eisen voor de vestiging van het beperkte recht moet zijn voldaan, uit zich immers uiteindelijk hierin dat de overdracht met voorbehoud van een beperkt recht tot twee onderscheiden inschrijvingen in de openbare registers leidt.'⁶

Artikel 3:81 lid 1 tweede zin bepaalt dus dat bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht aan de vestigingseisen van dat beperkte recht moet zijn voldaan, omdat anders de bij sommige beperkte rechten vereiste vestiging door inschrijving in de openbare registers achterwege blijft. Registervervuiling wordt zo door art. 3:81 lid 1 tweede zin voorkomen.

'Een ander stelsel zou de overzichtelijkheid en daarmee de bruikbaarheid van de registers voor het publiek in gevaar brengen. Daarbij moet in de praktijk vooral worden gedacht aan het niet zeldzame geval van overdracht van een onroerende zaak onder voorbehoud van een erfdienstbaarheid, waarvan door een afzonderlijke inschrijving dient te blijken, wil zij voor het publiek uit de registers kenbaar zijn.'⁷

De redenering van de wetgever doet op het eerste gezicht wat vreemd aan. Het lijkt immers logisch dat wanneer A zijn huis onder voorbehoud van een erfdienstbaarheid aan B verkoopt de erfdienstbaarheid gevestigd moet worden. Partijen willen immers een beperkt recht vestigen en moeten dus voldoen aan de vestigingsvereisten. De wetgever heeft in de tweede zin van artikel 3:81 lid 1 echter expliciet als eis gesteld dat aan de vestigingsvereisten van het beperkte recht is voldaan. Hiermee heeft de wetgever, zoals gezegd, willen voorkomen dat erfdienstbaarheden en hypotheek buiten de registers om tot stand kunnen komen. De vestigingshandeling, is anders gezegd, in de visie van de wetgever niet noodzakelijk om het beperkte recht te vestigen. Waarvoor is de vestiging dan wel nodig? In de Parlementaire Geschiedenis wordt het volgende antwoord gegeven:

'De vestiging is slechts nodig om het vruchtgebruik als afzonderlijk recht van de volle eigendom af te splitsen, zodat het in het vermogen van de vervreemder kan *blijven*.'⁸

Uit dit citaat blijkt waarin de visie van de wetgever verschilt van die van Reehuis. De wetgever gaat ervan uit dat de eigenaar die een goed onder het voorbehoud van vruchtgebruik overdraagt enkel het recht van vruchtgebruik van de eigendom hoeft te

⁶ Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 407.

⁷ Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 407.

⁸ Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 407 (cursivering toegevoegd).

POTHARST/SERRÉE IN HET ROMEINSE RECHT

splitsen zodat hij bloot eigendom overdraagt en zelf vruchtgebruiker kan blijven. De wetgever gaat er kennelijk vanuit dat de eigenaar in een dergelijk geval geen nieuw beperkt recht vestigt, maar een *bestaand* beperkt recht scheidt van het meeromvattende eigendomsrecht. Omdat beperkte rechten echter slechts op de door de wet genoemde wijzen tot stand kunnen komen moet de scheiding die plaatsvindt bij overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht onder de noemer van een door de wet erkende wijze van het totstandkomen van een beperkt recht worden gebracht:

'In het Nieuwe B.W. geldt op dit punt het volgende. In een geval als het onderhavige kan wel overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht plaatsvinden, maar slechts indien zowel aan de eisen voor levering van het goed als aan die voor vestiging van het beperkte recht is voldaan. Een beperkt recht kan immers niet dan op de in de wet geregelde wijzen tot stand komen, waarvan hier slechts vestiging overeenkomstig artikel 3.4.2.11 in aanmerking komt; men zie de toelichting van het driemanschap op Boek 5, blz. 378-379, punt 7(a).'⁹

Alhoewel degene die een goed onder voorbehoud van een beperkt recht overdraagt moet voldoen aan de vestigingseisen van het beperkte recht dat hij zich wil voorbehouden, wordt in de visie van de wetgever geen beperkt recht gevestigd, maar een bestaand beperkt recht van de eigendom gescheiden. De wetgever gaat er kennelijk van uit dat de eigenaar de meest volstrekte bevoegdheid heeft die de bevoegdheden van beperkt gerechtigden omvat. Wanneer de eigenaar zijn goed onder voorbehoud van een beperkt recht wil overdragen hoeft hij slechts de bevoegdheden die bij het gewenste beperkte recht horen af te zonderen van de eigendom, om vervolgens de bloot eigendom, de bezwaarde eigendom, over te dragen. De bevoegdheden die de wet aan de beperkt gerechtigde toekent zijn dan achtergebleven bij de vervreemder. Centraal in deze zienswijze staat het beperkte recht als afsplitsing van het eigendomsrecht. Door de term afsplitsing te kiezen haakt de wetgever expliciet aan bij Meijers, die in zijn Toelichting een beperkt recht als volgt omschrijft:

'Het wordt omschreven als een recht, dat uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard, is afgeleid. Het begrip beantwoordt aan het oude begrip *ius in re aliena*, mits men onder res dan ook *res incorporales* begrijpt. De beperkte rechten zijn afgesplitste rechten (...).'¹⁰

Het gevolg van deze zienswijze is dat bij overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht het voorbehouden beperkte recht niet uit het eigendomsrecht van de *verkrijger* wordt afgeleid, maar wordt afgesplitst van het eigendomsrecht van de vervreemder. Wanneer er zich vragen van rangorde tussen verschillende beperkt gerechtigden voordoen, zal het voorbehouden beperkte recht steeds de hoogste rang hebben. De Hoge Raad heeft deze zienswijze in zijn arrest Potharst/Serrée bevestigd. De Hoge Raad moest in deze zaak – enigszins versimpeld weergegeven – beslissen wie het sterkere pandrecht had, degene die

⁹ Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 407.

¹⁰ Parlementaire Geschiedenis, TM bij art. 3.1.1.7, p. 93, vgl. in gelijke zin Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden, 1948, p. 281.

zich bij de overdracht een pandrecht had voorbehouden, of degene ten behoeve van wie al vóór de overdracht bij voorbaat een pandrecht was gevestigd. De Hoge Raad overweegt:

‘Ingeval van eigendomsovergang onder voorbehoud van pandrecht wordt een recht verkregen dat van meet af aan met het pandrecht is belast. *Dat pandrecht is immers bij de oorspronkelijk rechthebbende blijven berusten* zodat de verkrijger geen pandrecht heeft kunnen vestigen dat als eerder gevestigd zou moeten worden aangemerkt.’¹¹

Hoe moeten we de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht zien? Wordt er in een dergelijk geval een nieuw recht gevestigd dat bij wijze van uitzondering niet door vermenging teniet gaat? Of wordt een bestaand recht afgesplitst van het eigendomsrecht, dat dus in bezwaarde toestand wordt overgedragen? Om die vraag te beantwoorden komt hieronder het Romeinse recht op dit punt aan de orde. Wellicht kan de vergelijking met het Romeinse recht het inzicht in de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht verhelderen.

Romeins recht

Het is wel zeker dat het in de tijden van Gaius mogelijk was om een goed over te dragen en ervoor te zorgen dat een beperkt recht achterbleef bij de vervreemder. Gaius schrijft het volgende:

Waar wij echter hebben gezegd, dat vruchtgebruik slechts voor in iure cessio vatbaar is, is dit niet zonder reden gezegd, ofschoon het ook door mancipatio kan worden gevestigd in zover, dat het bij de mancipatio van de eigendom kan worden teruggehouden; want niet het vruchtgebruik zelf wordt gemancipeerd, maar, omdat het bij de mancipatio van de eigendom wordt afgetrokken, wordt toch bewerkt, dat bij de een het vruchtgebruik en bij de ander de eigendom is.¹²

Het gevolg van een dergelijke transactie was dus, zoals ook naar huidig Nederlands recht wordt aangenomen, dat de verkrijger eigenaar werd van een aan de vervreemder in vruchtgebruik gegeven zaak. Deze tekst kan volgens Dernburg¹³ slechts begrepen worden tegen de achtergronden van de tijd waarin Gaius schreef. Ten eerste was het vestigen van een dienstbaarheid destijds slechts mogelijk in een schijnproces ten overstaan van de

¹¹ HR 4 december 1998, Potharst/Serrée, NJ 1999, nr 549, r.o. 3.6.4. (cursivering toegevoegd)

¹² Gaius, Instituten, 2,33 *Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tentum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.* De vertaling ontleende ik aan A.C. Oltmans, *De instituten van Gaius*, 3e druk, Deventer 1967.

¹³ Heinrich Dernburg is de schrijver van een tweedelig standaardwerk over zekerheidsrechten, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts dargestellt*, Leipzig, 1860, deel II verscheen in 1864. De 24e aflevering van de Groninger Opmerkingen en Mededelingen is geheel gewijd aan leven en werk van Dernburg.

POTHARST/SERRÉE IN HET ROMEINSE RECHT

praetor in Rome¹⁴, zodat het praktischer was een en ander bij de overdracht direct te regelen.¹⁵ Bovendien had men destijds een heel andere kijk op de verhouding tussen eigendom en beperkte rechten:

'Doch dies alles kann höchstens darthun, dass man sich zur Zeit der Entwerfung der Mancipationsformel "fundus emptus mihi est pretio, deducto usufructu" an die vulgäre Auffassung anlehnte, welche in der Reservation eines Ususfructs die Erhaltung eines Theils der bisherigen Gerechtsame des Übertragenden sieht.'¹⁶

De Romeinse juristen huldigden ten tijde van Gaius de 'vulgäre Auffassung' dat de eigenaar die zich een vruchtgebruik voorbehield een deel van zijn bevoegdheden behield. Dernburg merkt het volgende op over de periode waarin deze opvatting werd gehuldigd:

'Jene Periode geht ohne Zweifel der Ausbildung der wissenschaftlichen Jurisprudenz um viele Jahrhunderte voraus.'¹⁷

In later tijden werd al snel duidelijk dat beperkte rechten geen *partes dominii*, delen van het eigendomsrecht, waren:

Met recht zeggen wij dat een perceel grond, ook wanneer een ander het vruchtgebruik ervan heeft, geheel aan ons toebehoort, omdat het vruchtgebruik geen bestanddeel van de eigendom, maar een dienstbaarheid is, net zoals het recht van weg en overpad. Het is immers niet onjuist te zeggen dat iets geheel aan mij toebehoort, wanneer van geen enkel deel ervan kan worden gezegd dat het aan een ander toebehoort. Ook Julianus zegt dit en het is inderdaad de meest juiste opvatting.¹⁸

De gedachte dat het eigendomsrecht de bevoegdheden omvat, die de wet aan beperkt gerechtigden toekent kan gemakkelijk opkomen doordat de eigenaar stelde dat de zaak hem geheel toebehoort. Het eigendomsrecht zou zo bezien alle denkbare bevoegdheden omvatten, beperkte rechten behelzen dan steeds een van de eigendom af te splitsen specifieke bevoegdheid. Het is echter volgens Julianus mogelijk te zeggen dat een zaak geheel aan mij toebehoort, ook wanneer de zaak met beperkte rechten is bezwaard. De

¹⁴ Vgl. over dit schijnproces bijvoorbeeld Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, 8^e druk, Groningen 2008, p. 120.

¹⁵ Dernburg, *Pfandrecht I*, p. 277.

¹⁶ Dernburg, *Pfandrecht I*, p. 277.

¹⁷ *Ibidem*, p. 277.

¹⁸ D.50,16,25 *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et iulianus, et est verius*. De vertaling van deze en de volgende Digestenteksten ontleende ik aan Spruit c.s. Zwolve gaat in zijn *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag, 2006, p. 77 e.v. uitgebreid in op deze materie. Zie verder in gelijke zin nog dezelfde Zwolve, *Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, I Inleiding en zakenrecht*, 3e druk, Den Haag, 2006, p. 87-88.

bevoegdheden van de beperkt gerechtigde maken geen deel uit van het eigendomsrecht, maar staan naast het eigendomsrecht. Het is daarom onjuist om het vestigen van een beperkt recht te beschouwen als het afstaan van een deel van het eigendomsrecht. Dat blijkt bijvoorbeeld duidelijk bij het vestigen van een recht van overpad. Wanneer A een recht van overpad vestigt ten behoeve van B betekent dit dat B gebruik mag maken van een pad dat over A's land loopt. A kan uiteraard als eigenaar gebruik blijven maken van dit pad, deze bevoegdheid is hem door het vestigen van de erfdiensbaarheid niet ontnomen.¹⁹ Het is verder mogelijk eenzelfde erfdiensbaarheid op verschillende tijdstippen ten behoeve van meerdere personen te vestigen.²⁰ Ook deze mogelijkheid zou niet verklaard kunnen worden wanneer het vestigen van een beperkt recht als een gedeeltelijk afstand doen van bevoegdheden zou worden beschouwd. Ook bij beperkte zekerheidsrechten blijkt de ondeugdelijkheid van wat wel de afsplitsingsmetafoor wordt genoemd. Kan immers gezegd worden dat de eigenaar die een zekerheidsrecht vestigt de bevoegdheid om de zaak in het openbaar te verkopen bij wanprestatie aan de zekerheidsgerechtigde afstaat?²¹ De vestiging van een beperkt recht dient daarom te worden beschouwd als 'Creierung einer bisher noch nicht existierenden Rechtsbefugnis.'²²

Wat betekent de veranderende opvatting over de verhouding tussen eigendom en beperkte rechten voor de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht? De meeste schrijvers nemen aan dat het niet (meer) mogelijk is dat een beperkt recht achterblijft bij de traderende eigenaar die een voorbehoud maakt. Ter ondersteuning wijzen Dernburg, Windscheid en Vangerow²³ op de volgende Digestentekst:

D. 27,9,1,4 Indien iemand onder de 25 jaar percelen koopt in dier voege dat deze jegens de verkoper als pand verbonden zouden zijn totdat hij de koopprijs zou betalen, is de pandovereenkomst naar mijn mening niet geldig. Want vanaf het moment waarop voor een minderjarige eigendom verworven is, kan dit niet als pand verbonden worden.²⁴

A heeft aan de minderjarige B enkele percelen verkocht onder voorbehoud van een pandrecht. Het pandrecht komt volgens Ulpianus niet geldig tot stand omdat een

¹⁹ Dernburg, Pfandrecht I, p. 126.

²⁰ Dernburg, Pfandrecht I, p. 127.

²¹ Verdere voorbeelden zijn bijvoorbeeld in het verjaringsrecht te vinden. Degene die langs de weg van verkrijgende verjaring, *usucapio*, de eigendom van een zaak verkrijgt hoeft in het geheel geen eigenaar van een onbezwaarde zaak te worden. Zie hierover uitgebreid mijn 'Enige opmerkingen en mededelingen over originele en derivatieve wijzen van eigendomsverkrijging', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXII* (2005), p. 49-69.

²² Dernburg, I, p. 127.

²³ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I 1906, par. 212, p. 1084-1085, Vangerow *Lehrbuch der Pandekten* Erster Theil, Marburg-Leipzig, 1845, par. 385, p. 280.

²⁴ (Ulpianus) *Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut, quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere: nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.*

POTHARST/SERRÉE IN HET ROMEINSE RECHT

minderjarige eigenaar op grond van de *Oratio Severi*²⁵ zijn goederen niet met een zekerheidsrecht mag bezwaren. Het pandrecht dient dus door verkrijger B gevestigd te worden en kan niet door de enkele afspraak bij vervreemder A ‘achterblijven’. Windscheid wijst naast deze tekst nog op een dogmatisch bezwaar:

(..) begriffsmässig notwendig; denn der Eigentümer kann die Sache nicht mit einer Dienstbarkeit zu seinen eigenen Gunste belasten. Man könnte sagen, er belaste sie in dem Momente wo er Eigentümer zu sein aufhöre; aber in diesem Momente ist er auch unfähig, die Sache zu belasten. Er kann nicht für den einen Akt der Dienstbarkeitsbestellung als Eigentümer und Nichteigentümer gelten.²⁶

De bezwaren van Windscheid zijn dezelfde die Reehuis voor het Nederlandse recht naar voren brengt. Wanneer A een zaak onder het voorbehoud van een beperkt recht aan B wil overdragen kan hij er niet voor zorgen dat B een bezwaarde zaak in eigendom ontvangt. Voor het vestigen van het beperkte recht zou A dan immers én eigenaar én beperkt gerechtigde zijn: het beperkte recht gaat dan door vermenging teniet. A wil weliswaar dat het beperkte recht pas tot stand komt wanneer B eigenaar is geworden, maar vanaf dat ogenblik is A niet langer beschikkingsbevoegd: B, en niet A, zal het beperkte recht moeten vestigen.

Potharst/Serrée in het Romeinse recht

Wat betekent het bovenstaande nu voor het oordeel in een Potharst-Serrée geval? Wie heeft, anders gezegd, het sterkste zekerheidsrecht wanneer een zaak onder voorbehoud van een zekerheidsrecht wordt overgedragen aan iemand die op deze zaak al bij voorbaat een zekerheidsrecht had gevestigd? Een voorbeeld:

B is met A in onderhandeling over de aanschaf van een kostbare vaas. C, die van de onderhandelingen weet, leent geld aan B en bedingt hiervoor een zekerheidsrecht op de vaas die B binnenkort hoopt aan te schaffen. B vestigt op 5 januari het zekerheidsrecht bij voorbaat, even later, op 7 januari wordt hem de vaas door A overgedragen. A behoudt zich bij de overdracht een zekerheidsrecht op de vaas voor.

Op het ogenblik dat B de eigendom van de vaas verkrijgt kan B over de vaas beschikken. Pas vanaf dat ogenblik kan hij de vaas met een zekerheidsrecht ten behoeve van A bezwaren. Pas vanaf dat ogenblik kan het zekerheidsrecht dat al eerder ten behoeve van C werd gevestigd tot stand komen. De rangorde tussen de beide zekerheidsrechten is in dit geval lastig te bepalen: beide zekerheidsrechten ontstaan op hetzelfde ogenblik. Wanneer zekerheidsrechten op *verschillende* tijdstippen tot stand komen is het eenvoudig de rangorde te bepalen. Het oudste zekerheidsrecht is dan sterker dan het jongere. Wanneer A

²⁵ Keizerlijke wet (oorspronkelijk een redevoering in de senaat) die het minderjarigen verbod zonder toestemming van de praetor goederen van hun voogd te vervreemden of met een zekerheidsrecht te bezwaren.

²⁶ Windscheid, a.w. par. 212, p. 1085 noot 12.

immers zijn vaas eerst met een zekerheidsrecht ten behoeve van B bezwaart om dezelfde zaak de volgende dag nogmaals met een zekerheidsrecht ten behoeve van C te bezwaren, beschikt hij over een met een zekerheidsrecht ten behoeve van B bezwaarde zaak. De Romeinen gaven deze regel bondig weer in het adagium: *prior tempore, potior iure*.²⁷ Het zekerheidsrecht dat als eerste ontstaat, is het sterkst. Wat nu wanneer het adagium geen oplossing kan bieden omdat de zekerheidsrechten op hetzelfde ogenblik ontstaan?²⁸ Wat bijvoorbeeld wanneer A een zaak die hij op een later tijdstip verwerft meermalen bij voorbaat met een zekerheidsrecht heeft bezwaard?²⁹ Sommige schrijvers hebben verdedigd dat de verschillende zekerheidsrechten in een dergelijk geval allemaal op hetzelfde ogenblik ontstaan en dus gelijk in rang zijn. De heersende leer neemt echter aan dat het tijdstip waarop het pandrecht werd *gevestigd* in een dergelijk geval doorslaggevend is.³⁰ Het is in een dergelijk geval dus niet het tijdstip van ontstaan dat beslissend is, maar het tijdstip van vestiging.

Om te bepalen hoe de Romeinen in een Potharst-Serrée geval hadden geoordeeld moet bekeken worden hoe de Romeinen een overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht construeerden. Ik neem hierbij de hierboven al geciteerde Digestentekst D. 27,9,1,4 tot uitgangspunt:

Indien iemand onder de 25 jaar percelen koopt in dier voege dat deze jegens de verkoper als pand verbonden zouden zijn totdat hij de koopprijs zou betalen, is de pandovereenkomst naar mijn mening niet geldig. Want vanaf het moment waarop voor een minderjarige eigendom verworven is, kan dit niet als pand verbonden worden.³¹

Ulpianus ontleedt de overdracht onder voorbehoud van een zekerheidsrecht in twee delen. Ten eerste is de overeenkomst die vervreemder en verkrijger sluiten niet alleen titel van eigendomsoverdracht, maar fungeert zij tegelijkertijd als pandovereenkomst.³² De

²⁷ Vgl. CJ 8,17(18), 3 en D.20,4,12,2.

²⁸ Potjewijd besteedt in zijn proefschrift, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie. Een romanistische studie*, Deventer, 1998, uitgebreid aandacht aan deze kwestie, p. 292 e.v.

²⁹ Dat het naar Romeins recht mogelijk was om een zaak waarvan men nog geen eigenaar was met een zekerheidsrecht te bezwaren wordt op grond van D. 20,1,16,7 aangenomen. Vgl. hierover Zwolve, *Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, I Inleiding en zakenrecht*, 3e druk, Den Haag, 2006, p. 478.

³⁰ Vgl. met uitgebreide verwijzingen naar literatuur over deze 'berühmte Controverse', Dernburg, I, p. 246-247.

³¹ Zie noot 24.

³² Het vestigen van een pandrecht geschiedde naar Romeins recht in beginsel door afgifte van de zaak, de pandovereenkomst was een reële overeenkomst. De Romeinen stonden het vestigen van een pandrecht echter ook toe zonder afgifte van de zaak, bijvoorbeeld wanneer de eigenaar de zaak direct terughuurde van de pandhouder. Uiteindelijk kon een pandrecht, net als het recht van hypotheek, door de enkele overeenkomst worden gevestigd. Vgl. Windscheid, a.w., I, par. 230, p. 1152, Vangerow, a.w. par. 372 Anm. 1 en Dernburg I,

POTHARST/SERRÉE IN HET ROMEINSE RECHT

handeling die voor het vestigen van het zekerheidsrecht geëist werd, lag dus besloten in de translatieve overeenkomst die vervreemder en verkrijger sloten. In de woorden van Windscheid:

‘Ein Pfandvertrag liegt auch in dem Vorbehalt eines Pfandrechtes bei der Eigenthumsübertragung.’³³

Volgens Ulpianus is de pandovereenkomst echter ongeldig omdat de verkrijger als minderjarige zijn goederen (als gevolg van de *Oratio Severi*)³⁴ niet zonder toestemming van de voogd met een zekerheidsrecht mag bezwaren. Dat bezwaar blijkt op het ogenblik dat de minderjarige de eigendom verwerft: het pandrecht zou dan tot stand komen omdat vanaf dat ogenblik aan de drie vereisten voor het vestigen van een pandrecht is voldaan. Pas wanneer degene die het pandrecht eerder op grond van een 1) geldige titel heeft 2) gevestigd ook 3) beschikkingsbevoegd is, komt het pandrecht tot stand. De *Oratio Severi* verhindert dat wanneer de minderjarige eigenaar wordt de zaak als pand wordt verbonden. Ulpianus stelt zich daarom op het standpunt dat ook de pandovereenkomst ongeldig is. Ulpianus gaat er dus vanuit dat de *Oratio Severi* niet alleen verhindert dat een minderjarige zijn goederen met een zekerheidsrecht bezwaart, maar ook de vestigingshandeling verbiedt. Dogmatisch bezien is de overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht dus te ontleden in de vestiging bij voorbaat van het zekerheidsrecht die simultaan met de eigendomsoverdracht plaatsvindt, en de totstandkoming van het zekerheidsrecht die dogmatisch bezien pas na de overdracht kan plaatsvinden. Voor een Potharst-Serrée geval betekent dit dat degene die zich bij de overdracht van een zaak een zekerheidsrecht voorbehoudt een lager gerangschikt zekerheidsrecht heeft, dan de verkrijger van op een eerder tijdstip bij voorbaat gevestigde zekerheidsrechten. Beide zekerheidsrechten ontstaan weliswaar op hetzelfde tijdstip, maar omdat het gaat om een goed dat meermalen bij voorbaat met een zekerheidsrecht is bezwaard, is niet het tijdstip van ontstaan van het zekerheidsrecht, maar het tijdstip van vestiging doorslaggevend. Wanneer A dus zijn vaas op 5 januari onder voorbehoud van een pandrecht aan B verkoopt, en B de vaas al op 4 januari bij voorbaat aan C heeft verpand geldt dat C's pandrecht sterker is omdat het één dag eerder werd gevestigd.

De Romeinen hebben dit gevolg van de veranderende ideeën over de verhouding tussen eigendom en beperkt recht als ongewenst beschouwd. De keizers Diocletianus en Justinianus hebben degene die een aanschaft financiert en daarvoor een zekerheidsrecht bedingt dan ook tegen andere zekerheidsrechtigden willen beschermen. De bescherming

paragraaf 22, p. 181 e.v., vgl. verder Brandsma, ‘Mabilia habent sequelam’: Van hypotheek op koeien en paarden, het zesde hoofdstuk van *Het Rooms Friese Recht*, J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen, F. Brandsma, Leeuwarden, 1999, p. 87-104, m.n. p. 88-89 en Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, deel I, 3^e druk, Den Haag, 2006, p. 474.

³³ Windscheid, a.w., I, par. 230, p. 1155.

³⁴ Zie hierboven noot 25.

die de keizers boden gaat waarschijnlijk terug op enkele Digestenteksten waarin de financier die een zekerheidsrecht bedingt welwillend wordt behandeld.³⁵ Een voorbeeld van zo'n tekst is D.20,4,3,1:

Aan Titius, wiens zaken waren waargenomen, was op grond van een lastgevingsovereenkomst een stuk land verschuldigd. Voordat hem het bezit overgedragen werd, gaf hij het in pand; na de bezitsoverdracht gaf hij hetzelfde stuk land nogmaals in pand aan een ander. Het is duidelijk geworden dat de positie van de eerste schuldeiser het sterkst was, tenzij de tweede schuldeiser de koopprijs had betaald aan de zaakwaarnemer. Dan zou vaststaan dat laatstgenoemde de sterkste positie had, en wel met betrekking tot het bedrag dat hij betaald had plus de rente ervan (...)³⁶

X, zaakwaarnemer van Titius, heeft een lastgevingsovereenkomst gesloten met Y, die op grond van die overeenkomst verplicht is een stuk land aan Titius over te dragen. Titius vestigt al voordat Y hem het stuk land in eigendom heeft overgedragen een zekerheidsrecht op het land ten behoeve van A. Nadat Y hem de eigendom van het stuk land heeft overgedragen vestigt hij nogmaals een zekerheidsrecht, nu ten behoeve van B. In beginsel is het zekerheidsrecht van A sterker dan dat van B. Het zekerheidsrecht van A ontstaat immers op het ogenblik dat Titius eigenaar van het land wordt. Als Titius het land nadat hij eigenaar wordt nogmaals met een zekerheidsrecht bezwaart ten behoeve van B, beschikt hij over een reeds ten behoeve van A met een zekerheidsrecht bezwaard stuk land. Het zekerheidsrecht van A is ouder en dus sterker: *prior tempore, potior iure*. Dit ligt alleen anders wanneer B de koopprijs voor het stuk land aan zaakwaarnemer X heeft betaald. In dat geval is B's zekerheidsrecht tot het bedrag van de koopprijs plus rente hoger gerangschikt dan A's oudere zekerheidsrecht. De gedachte achter deze uitzondering op de *prior tempore* regel is duidelijk: A is voor het ontstaan van zijn zekerheidsrecht afhankelijk van de financiering van de aanschaf door B. Het lijkt dan gerechtvaardigd dat A's zekerheidsrecht een lagere rang heeft dan dat van B. Arndts vat de rechtvaardiging van deze bijzondere behandeling van de financier samen onder de noemer van de woorden uit D.20,4,6pr. *huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam*; het daaraan bestede geld heeft immers gediend tot behoud³⁷ van het gehele pandrecht.³⁸ De latere keizers

³⁵ Naast de hieronder besproken Digestentekst kan gewezen worden op D. 20,4,21,1 en D.20,4,7,1.

³⁶ (Papinianus) *Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. prioris causam esse potioem apparuit, si non creditor secundus pretium ei qui negotium gesserat solvisset: verum in ea quantitate, quam solvisset eiusque usuries potioem fore constaret (...)*

³⁷ Wanneer dit beginsel voor degene die het behoud van het zekerheidsrecht financiert geldt, geldt het uiteraard ook voor degene die de financiering voor het ontstaan van zekerheidsrechten op zich neemt.

³⁸ Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, München, 1868, par. 385 a onder nr 2, p. 615. Vgl. ook Out, *Vormen van accessoriëteit. Een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijk zekerheidsrecht*, Nijmegen 2005, p. 53.

Diocletianus en Justinianus erkennen dit principe beiden in een constitutie:

CJ 8.17.7. Ook al worden, wanneer dezelfde zaken aan vele schuldeisers op verschillende tijdstippen in pand zijn gegeven, de eerste (schuldeisers) geacht de sterkste positie te hebben, toch wordt op gezag van het recht verklaard dat boven allen diegene voorrang heeft, van wie bewezen wordt dat met zijn geld de grond is gekocht, die terstond bij overeenkomst met zoveel woorden aan hem is verpand.³⁹

Nov. 97 (96) c 3: (..) Op grond van door de wet verleende privileges worden jongere zekerheidsrechten boven oudere zekerheidsrechten gesteld, dit doet zich voor wanneer de crediteur geld heeft verschaft voor de aanschaf, bouw of reparatie van een schip, of de bouw van een huis of de koop van een stuk land of iets anders. (Het zekerheidsrecht) van diegenen met wiens geld een zaak gekocht of gerenoveerd is wordt dan boven (het zekerheidsrecht van) alle oudere schuldeisers gesteld, alhoewel (hun zekerheidsrechten) die veel ouder zijn.⁴⁰

In de literatuur wordt wel van het *privilegium* vanwege *versio in rem* gesproken.⁴¹ Het toepassingsbereik van het *privilegium* is niet geheel duidelijk. Sommige schrijvers willen het beperken tot de financiering van de in de teksten genoemde zaken, te weten grond, huizen en schepen.⁴² Dat is, gezien de bewoordingen van de Novelle zeer onwaarschijnlijk. In de Novelle wordt immers gesproken van de aanschaf van grond, een schip of welke zaak dan ook (In de oorspronkelijke Griekse tekst van de Novelle ἡ τι τῶν ἄλλων).⁴³ Het lijkt verder ook onlogisch om het *privilegium* wel toe te passen bij de financiering van een schip en niet bij de financiering van een wagen. De in de Novelle genoemde zaken zullen genoemd zijn als zaken waarbij de financiering vaak met het vestigen van een zekerheidsrecht gepaard ging, een uitputtende opsomming geeft de Novelle niet. De meeste schrijvers gaan er dan ook vanuit dat het *privilegium* gold bij de financiering van de aanschaf van om het even welk type zaak.⁴⁴

Gold het *privilegium* ook wanneer de *tradens* zich een zekerheidsrecht had voorbehouden

³⁹ CJ.8.17.7 *Imperatores Diocletianus, Maximianus Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur.* De vertaling ontleende ik aan Spruit, c.s.

⁴⁰ G.E. Heimbach, *Authenticum, Novellarum Constitutionum Iustianum versio vulgata*, Leipzig 1861, p. 772, (..) *Novibus et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas preponi iuniores existentes ex privilegiis a legibus datis, quale est quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare, aut fabricare aut reparare aut domum forsan aedificare aut etiam emi agrum aut aliquid horum in his enim omnibus priores existunt posteriores creditores quorum pecuniis emta aut renovata res est, his qui etiam multum antiquiores sunt.*

⁴¹ Arndts, a.w., par. 385 onder a, Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 427.

⁴² Hufeland, *Lehrbuch des in deutschen Ländern geltenden gemeinen Civilrechts*, Giesen 1814, Band 2, p. 536, Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, 7^e druk Band 2, Jena 1828, p. 96.

⁴³ Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld* Band 19,2 Erlangen 1818, p. 307, Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 430.

⁴⁴ Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 430, Vangerow, a.w., par. 386 Anmerkung 1 onder 3, Glück, 19-II, p. 307.

op een zaak waarop de verkrijger tevoren al bij voorbaat zekerheidsrechten ten behoeve van andere schuldeisers had gevestigd? Gold het *privilegium*, anders gezegd, ook in een Potharst-Serrée geval? Sommige schrijvers menen van niet omdat de financier geen geld uitleent ter aanschaf van de zaak, maar zich een zekerheidsrecht voorbehoudt als onderdeel van een overdracht.⁴⁵ De meeste schrijvers nemen aan dat dit in strijd is met het uitgangspunt van het *privilegium* wegens *versio in rem*.⁴⁶ Steeds wanneer iemand de aanschaf financiert zou het *privilegium* moeten gelden, het is daarbij niet vereist dat de financier geld leent aan de koper om de zaak van een ander te kopen. Ook wanneer de financier geld leent aan de koper om de zaak van hemzelf te kopen moet het privilege gelden, het *privilegium* gold dus ook in een Potharst-Serrée geval:

‘Endlich ist es gewiss nicht zu billigen, wenn Viele den Fall ausschliessen wollen, wenn Jemand eine Sache auf Kredit verkauft und sich wegen des Pretium ein Pfandrecht vorbehalten hat, (...) denn es ist für unsre Frage offenbar einerlei, ob ich Jemanden geld zum Ankauf einer Sache leihe, oder ob ich ihm den Kaufpreis kreditiere (...).⁴⁷

Slotsom Romeins recht

De wijze waarop degene die zich een zekerheidsrecht heeft voorbehouden tegen crediteuren wordt beschermd die eerder bij voorbaat een zekerheidsrecht op de over te dragen zaak bedongen is veelzeggend. Wanneer de overdracht onder voorbehoud van een zekerheidsrecht als gevolg zou hebben gehad dat de verkrijger eigenaar wordt van een met een zekerheidsrecht bezwaarde zaak, was de gehele vraag naar prioriteit immers niet aan de orde. De vervreemder die zich een zekerheidsrecht had voorbehouden was dan zonder twijfel de hoogst gerangschikte zekerheidsgerechtigde geweest. De zienswijze waarin de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht tot gevolg heeft dat de verkrijger een beperkt recht vestigt ten behoeve van de vervreemder moet heersende leer zijn geworden.⁴⁸

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld, Sintenis, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle 1836, p. 628. Sintenis erkent dat het privilege in de praktijk ook aan degene die zich een zekerheidsrecht voorbehoudt wordt verleend, maar stelt dat deze uitbreiding ontoelaatbaar is ten opzichte van de bewoordingen van de Novelle.

⁴⁶ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1862, p. 647-648, noot 6, Arndts, a.w., par 385, Anmerkung 2, p. 615, Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, 9^e druk, Leipzig 1863, p. 326, Thibaut, *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg, 1814, p. 317. De bewoordingen waarin de Codextekst is gesteld maken het bovendien waarschijnlijk dat het *privilegium* ook in een Potharst/Serrée geval geldt. Justinianus lijkt geen onderscheid te maken tussen gevallen waarin de prioriteit aan de hand van het tijdstip van ontstaan bepaald moet worden, en gevallen waarin het tijdstip van vestiging beslissend is.

⁴⁷ Vangerow, a.w, par 386 Anmerkung 1 onder 3, p. 880.

⁴⁸ Pleysier verdedigt in een tweedelig artikel in het WPNR de tegenovergestelde mening. Zie zijn ‘Over het voorbehoud van beperkte zakelijke rechten’, deel I WPNR 5509 p. 181-183, deel II WPNR 5510 p. 197-200. Hij verwijst onder andere naar het leerboek *Institutionen Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, Sohm-Mitteis-Wenger, 9^e druk, München, 1933, p. 330-331 noot 6. Ook daar wordt verdedigd dat bij de overdracht onder

De financier die zich een zekerheidsrecht voorbehoudt moet dan ook beschermd worden tegen zekerheidsrechten die de verkrijger al eerder ten behoeve van andere schuldeisers had gevestigd. Het Romeinse recht loste dit op door het zekerheidsrecht van de financier een hogere rang toe te kennen, dan het op grond van de regel dat in een dergelijk geval de datum van vestiging de rangorde bepaalt, zou hebben gehad:

‘Nach den allgemeinen Principien, wie wir sie früher entwickelt haben, hätte unter den mehreren anticipirt bestellten Pfandrechten das Datum der Bewilligung entscheiden müssen. Aber es schien hier, wo wir ein dingliches recht der ältern Gläubiger vor dem Erwerb der Sache noch gar nicht existirte, ein Ablassen von der Rechtsconsequenz zu Gunsten des späteren Hypothekars, der den Erwerb vermittelte, besonders natürlich.’⁴⁹

Nederlands recht

De verhouding tussen eigendom en beperkt recht is bepalend voor de vraag hoe de overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht wordt geconstrueerd. Wanneer de eigenaar niet alleen eigenaar is, maar ook als vruchtgebruiker, erfpachter etc. moet worden beschouwd lijkt het mogelijk dat degene die een goed onder voorbehoud van een beperkt recht overdraagt dit beperkte recht behoudt. Beschouwt men de eigenaar niet tevens als beperkt gerechtigde dan levert de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht de hierboven door Reehuis geuite dogmatische problemen op. Het is dus de vraag hoe de verhoudingen tussen eigendom en beperkt recht naar Nederlands recht precies liggen.

Een beperkt recht wordt in artikel 3:8 omschreven als een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht. Artikel 5:1 omschrijft het eigendomsrecht als het meest omvattende recht dat men op een zaak kan hebben. De conclusie lijkt duidelijk: het eigendomsrecht omvat alle beperkte rechten. Beperkte rechten vormen *partes dominii* ofwel afsplitsingen van het eigendomsrecht. Het lastig te omschrijven karakter van het eigendomsrecht wreekt zich hier. Dat de eigenaar het meest omvattende recht heeft betekent dat de eigenaar de meest uiteenlopende bevoegdheden ten aanzien van zijn goed heeft.⁵⁰ De eigenaar heeft de meest volledige bevoegdheid over zijn goed, een beperkt gerechtigde heeft slechts een bepaalde,

voorbehoud van een beperkt recht het beperkte recht bij de vervreemder ‘achterblijft’. Deze zienswijze is naar mijn mening dogmatisch onjuist, in strijd met de teksten en ook niet te rijmen met de toepasselijkheid van het privilege op de verkoper die zich een zekerheidsrecht heeft voorbehouden.

⁴⁹ Dernburg, II, p. 429. Vgl. ook Glück, 16 1, p. 235 e.v.

⁵⁰ Scholten, *Zakenrecht*, 6^e druk, Zwolle 1927, p. 98, verwoordt het als volgt: ‘Onbepaald is dus de eigendom, het is de samenvatting van alle denkbare, door de rechtsorde erkende bevoegdheden ten aanzien der zaak en de toekenning daarvan aan een enkele persoon met uitsluiting van derden.’

bepaalde bevoegdheid over het goed. Brahn schrijft in dit verband dat het eigendomsrecht in de kiem alle zakelijke rechten in zich bergt.⁵¹ Ook in deze omschrijving van het eigendomsrecht schuilt een gevaar⁵², Van Maanen waarschuwt:

‘De stelling dat het eigendomsrecht in de kiem alle zakelijke rechten in zich heeft, is echter vooral een beeldspraak; de rechten bestaan immers nog niet, ze ontstaan pas bij vestiging. Letterlijk genomen is de uitspraak dus niet juist, dat wil zeggen, opgevat als een uitspraak die er op neer komt dat de eigenaar tevens vruchtgebruiker, gebruiker, hypotheekgerechtigde, erfpachtgerechtigde, enzovoorts is, moet gezegd worden dat dit niet juist is, enkel al vanwege het feit dat eigendomsrecht en beperkte zakelijke rechten niet in één hand kunnen bestaan.’⁵³

Het eigendomsrecht geeft de meest volledige bevoegdheid die men op een goed kan hebben. Beperkte rechten geven steeds een minder volledige, beperkte bevoegdheid. In die zin is het eigendomsrecht het meest omvattende recht dat men op een goed kan hebben. Het eigendomsrecht omvat echter niet de beperkte rechten. Beperkte rechten vormen geen afsplitsing van het eigendomsrecht. De argumenten die tegen deze wat Dernburg noemde ‘vulgäre Auffassung’ naar voren werden gebracht hebben niets aan kracht verloren. Zo verliest de eigenaar die een recht van overpad verleent niet de bevoegdheid om van zijn tuinpad gebruik te maken. Zo is bij het vestigen van een zekerheidsrecht bezwaarlijk aan te nemen dat de zekerheidsgerechtigde de bevoegdheid om het verzekerde goed bij wanprestatie in het openbaar te verkopen van de eigenaar heeft verkregen.⁵⁴ Verder valt te wijzen op de mogelijkheid om langs de weg van artikel 3:105 de bezwaarde eigendom van een goed te verkrijgen. Een voorbeeld: A heeft zijn horloge tot zekerheid van een schuld stil aan B verpand. Het horloge wordt op 1 maart 1993 gestolen door C. Na drie jaar staakt A zijn betalingen aan B. C zal twintig jaar en een dag na de diefstal⁵⁵ eigenaar van het horloge worden, hij zal B’s pandrecht moeten respecteren, de bevrijdende verjaring van de rechtsvordering waarmee pandhouder B het horloge op kan eisen loopt pas drie jaar later af.⁵⁶

⁵¹ Pitlo-Brahn, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 2, Het Zakenrecht*, 9^e druk Arnhem, p. 103.

⁵² Omnis definitio periculosa.

⁵³ Van Maanen, *Eigendomsschijnbewegingen. Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom*, Nijmegen, 1987, p. 57.

⁵⁴ T.F. de Jong houdt in zijn proefschrift een krachtig pleidooi tegen de afsplitsingsmetafoor waarin deze argumenten aan de orde komen, *De structuur van het goederenrecht. Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem*, 2006, p. 15.

⁵⁵ Art. 3:105 io. 3:314 lid 2.

⁵⁶ Meijers schetst dit systeem in zijn toelichting bij artikel 3:105, *Parlementaire Geschiedenis Boek 3*, p. 417: ‘Heeft ten slotte de bezitter het goed verkregen door het te niet gaan van de opeisingsvordering, dan is beslissend of ook de vordering van de tot het beperkte recht gerechtigde is verjaard; is dit niet het geval, dan blijft dit recht bestaan.’

Conclusies

De overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht is naar Nederlands recht op onjuiste en ondoordachte wijze geregeld. De onjuiste opvatting waarin beperkte rechten als delen van het eigendomsrecht worden beschouwd, een ‘vulgäre Auffassung’ waar de Romeinse juristen al snel van af zijn gestapt, lijkt hieraan debet. Anders dan wetgever en Hoge Raad aannemen is het begripsmatig onmogelijk dat degene die zich bij een overdracht een beperkt recht voorbehoudt dit beperkte recht behoudt. Wanneer iemand een goed onder voorbehoud van een beperkt recht overdraagt is het steeds de verkrijger die het beperkte recht voor de vervreemder vestigt. Als A zijn erf onder voorbehoud van een recht van overpad aan B overdraagt, zal B deze erfdiensbaarheid ten behoeve van A moeten vestigen. A kan immers geen erfdiensbaarheid op zijn eigen erf hebben. Dat dit de enige juiste zienswijze is, wordt ook bevestigd door het Nederlandse recht op dit punt met het Engelse recht te vergelijken. Lord Herschell merkt in zijn ‘leading opinion’ in de zaak *A Knox McEntire vs Crossley Brothers Ltd*⁵⁷ over de overdracht onder het voorbehoud van een zekerheidsrecht het volgende op:

‘Therefore, in that case there were provisions in the agreement which pointed to the intention being that the substance of the transaction was a sale in which the property passed with a security, eo instanti, given by the purchaser to the vendor.’⁵⁸

De koper vestigt het zekerheidsrecht dus ook naar Engels recht ten behoeve van de verkoper. De reden? Het is onmogelijk een zekerheidsrecht op de eigen zaak te hebben:

(..) the vendors were to have a lien or charge until the full price was paid - a lien or charge implying that the property had passed to others, for a man does not have a lien on his own property or a charge.’⁵⁹

De gevolgen van het feit dat het de verkrijger, en niet de vervreemder, is die het beperkte recht vestigt wanneer hem een goed onder het voorbehoud van een beperkt recht wordt overgedragen zijn in een Potharst-Serrée geval verstrekkend. Wanneer A een goed onder voorbehoud van een zekerheidsrecht aan B overdraagt kan het zekerheidsrecht immers slechts ontstaan als B beschikkingsbevoegd wordt. Vóór dat ogenblik kan B enkel de vereiste vestigingshandelingen verrichten.⁶⁰ Dogmatisch bezien vindt bij de overdracht

⁵⁷ *A Knox McEntire and another v. Crossley Brothers Ltd*. Appeal Cases (1895), p. 457 e.v. De zaak is online te vinden op het volgende adres: <http://law.atolaw.gov.au/atolaw/view.htm>.

⁵⁸ Lord Herschell, a.w. (cursivering toegevoegd). Herschell bespreekt de uitspraak in de zaak *Coburn v. Collins*, 35. Ch. D. 373.

⁵⁹ Herschell, a.w., p.

⁶⁰ Steneker (a.w. p. 651 nr 6) wijst er met nadruk op dat het in het systeem dat de Hoge Raad hanteert van groot belang is de vestiging van het zekerheidsrecht vóór de overdracht te voltooien. Gebeurt dit niet dan komt het beperkte recht niet door voorbehoud tot stand en krijgt de vervreemder in een Potharst-Serrée geval het laagst gerangschikte zekerheidsrecht.

onder voorbehoud van een zekerheidsrecht dus eerst overdracht en *vestiging* van het zekerheidsrecht plaats, en volgt het ontstaan van het zekerheidsrecht na de overdracht. De vestiging vindt (dogmatisch bezien) eerder plaats dan het ontstaan van het zekerheidsrecht en dient dus te worden gekwalificeerd als een vestiging bij voorbaat. Wanneer deze vestiging bij voorbaat botst met andere door de verkrijger bij voorbaat gevestigd beperkt recht geldt naar Nederlands recht – net als naar Romeins recht – dat het tijdstip van vestiging de onderlinge rangorde bepaalt.⁶¹ Een voorbeeld: A draagt zijn fiets op 10 november over aan B en behoudt zich bij die overdracht een pandrecht op de fiets voor. B heeft dezelfde fiets al op 9 november bij voorbaat aan C verpand. Op het ogenblik dat B eigenaar van de fiets wordt komen de pandrechten van A en C weliswaar op hetzelfde tijdstip tot stand, maar is om hun onderlinge rang te bepalen het tijdstip van vestiging bepalend. C's pandrecht is op 9 november gevestigd en dat van A op 10 november: C's pandrecht is dus sterker dan dat van A. De vervreemder die zich een zekerheidsrecht voorbehoudt krijgt dus, anders dan de Hoge Raad aanneemt,⁶² een zekerheidsrecht dat lager gerangschikt is dan eerder bij voorbaat gevestigde zekerheidsrechten.

Net als de Romeinse juristen lijkt mij dit gevolg van de wijze waarop eigendom en beperkte rechten zich tot elkaar verhouden ongewenst. Degenen ten behoeve van wie al in het verleden een zekerheidsrecht werd gevestigd danken het ontstaan van hun zekerheidsrecht immers aan de financiering van degene die zich een zekerheidsrecht heeft voorbehouden. Het is dan billijk die financier het hoogst gerangschikte zekerheidsrecht toe te kennen.⁶³ Om dit te bereiken zou een volgende wetgever een uitzondering kunnen maken op de regel dat in een dergelijk geval het tijdstip van vestiging beslissend is voor de

Anders dan de Hoge Raad aanneemt komt echter zoals blijkt uit het bovenstaande het zekerheidsrecht altijd (dogmatisch bezien) ná de overdracht tot stand.

⁶¹ Vgl. art. 3:97 lid 2 dat via de schakelbepaling van art. 3:98 van toepassing is op het vestigen van beperkte rechten. Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, a.w., nr 782, Sniijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer 2001, nr 535.

⁶² In zijn meermalen genoemde arrest van 4 december 1998, Potharst/Serrée, *NJ* 1999, nr 549.

⁶³ Bovendien zou de verkoper die de moeite neemt een akte op te stellen en zich een pandrecht voorbehoudt zonder ingrijpen van de wetgever in het door mij voorgestane systeem slechter af zijn dan degene die zich (binnen de grenzen van art. 3:92 lid 2) vormloos de eigendom voorbehoudt. Struycken heeft er in dit verband in zijn proefschrift (*De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer 2007, p. 568-569) voor gepleit om degene die zich de eigendom voorbehoudt te behandelen als iemand die zich een pandrecht heeft voorbehouden. De voor het vestigen van een pandrecht vereiste achterwege gebleven akte zou geen bezwaar vormen omdat degene die zich een pandrecht voorbehoudt als gevolg van de constructie van art. 3:81 lid 1 per definitie de hoogst gerangschikte is. Rangbepaling aan de hand van het in de akte vermelde tijdstip van vestiging is dan onnodig. Struyckens standpunt hangt nauw samen met de onjuiste uitleg die de Hoge Raad (in navolging van de wetgever) aan artikel 3:81 lid 1 geeft. Wanneer de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht op juiste wijze wordt beschouwd is een akte om het tijdstip waarop het zekerheidsrecht werd gevestigd juist wel noodzakelijk, zonder wetswijziging heeft degene die zich een pandrecht voorbehoudt immers niet per definitie het sterkste pandrecht.

rangorde van het zekerheidsrecht. Een voorbeeld van een dergelijke regeling kan die wetgever vinden in het Romeinse recht.⁶⁴

J.E. Jansen

Utrecht

⁶⁴ De oplossing is dus gelegen in het ‘rangorderecht’. Aanknopingspunten kunnen bijvoorbeeld gevonden worden in de artikelen 3:284 en 3:285. Die artikelen geven degene die een zaak van de ondergang heeft gered, of kosten tot bearbeiding van een zaak heeft gemaakt onder bepaalde omstandigheden een voorrecht dat sterker is dan op de zaak gevestigde zekerheidsrechten. Het Romeinse recht kende het *privilegium de in rem versione* ook toe wanneer kosten tot behoud of waardevermeerdering waren gemaakt en voor die kosten een zekerheidsrecht was bedongen, vgl. Dernburg, Pfandrecht, II, p. 431. Zoals wij hierboven zagen kende het Romeinse recht het *privilegium* ook toe wanneer het niet de verkoper was die zich een zekerheidsrecht voorbeheld, maar wanneer een derde de aanschaf financierde en met de koper afsprak dat deze een zekerheidsrecht te zijnen behoeve op de aan te schaffen zaak zou vestigen.