

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	139
Publicatiedatum	13-09-2008
Afleveringsnummer	6766
Titel	Overdracht onder voorbehoud van pandrecht
Auteurs	Mr. A. Steneker, Universitair hoofddocent burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen. De auteur dankt A.S. Hartkamp, E. Loesberg en J.B. Spath voor de vruchtbare discussie over het onderwerp van dit artikel.
Samenvatting	Dogmatiek en praktijk bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht, in het bijzonder een pandrecht. Mogelijkheden en onmogelijkheden bij openbare en stille cessie onder voorbehoud van een openbaar of stil pandrecht.
Paginnummers	644-655
Rubriek	Artikel



WPNR 2008(6766) Overdracht onder voorbehoud van pandrecht

Overdracht onder voorbehoud van pandrecht

Dogmatiek en praktijk bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht, in het bijzonder een pandrecht. Mogelijkheden en onmogelijkheden bij openbare en stille cessie onder voorbehoud van een openbaar of stil pandrecht.

1. Inleiding

De overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht op dat goed blijkt onder de microscoop een interessante figuur te zijn, die veel vragen oproept. Aan welke vereisten moet de titel van overdracht voldoen? Welke vereisten moeten worden gesteld aan de eventuele leveringsakte en/of pandakte? Wat zijn de gevolgen van beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder/pandhouder of van de verkrijger/pandgever? Wat zijn de consequenties wanneer de vereiste vestigingshandelingen worden voltooid ná de levering? Deze vragen vormen het onderwerp van dit artikel.

De overdracht onder voorbehoud van een pandrecht vindt vooral toepassing bij overdracht van roerende zaken, veelal als aanvulling op een eigendomsvoorbehoud. Voorbehoud van een pandrecht is echter ook mogelijk bij overdracht van vorderingen. Met de invoering van art. 3:94 lid 3 BW is de vraag actueel geworden of voorbehoud van pandrecht ook kan worden gecombineerd met een stille cessie. De mogelijkheden en onmogelijkheden worden onderzocht in nr. 7.

Goederen kunnen ook worden overgedragen onder voorbehoud van een ander beperkt recht dan pand. Zo komt het wel voor dat goederen worden overgedragen onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik.[\[noot:1\]](#) Onroerende zaken kunnen ook worden overgedragen onder voorbehoud van een recht van gebruik en bewoning,[\[noot:2\]](#) erfdiensbaarheid, erfpacht of opstal. Onroerende zaken en andere registergoederen kunnen voorts worden overgedragen

onder voorbehoud van een recht van hypotheek. Deze bijdrage richt zich voornamelijk op de overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht. Een belangrijk deel van de bevindingen daaromtrent is echter ook meer algemeen van toepassing op de overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht.[\[noot:3\]](#)

2. Praktische toepassingen

Voorbehoud van een pandrecht op roerende zaken is vaak opgenomen in algemene voorwaarden die worden gebruikt bij overeenkomsten tot levering van zaken. Zo'n voorbehouden pandrecht kan een complement vormen van een overeengekomen eigendomsvoorbehoud.[\[noot:4\]](#) De eigendom van de te leveren zaken wordt dan voorbehouden voor de vorderingen genoemd in art. 3:92 lid 2 BW. Het voorbehouden pandrecht strekt dan tot zekerheid van vorderingen waarvoor gelet op art. 3:92 lid 2 BW geen eigendomsvoorbehoud kan worden overeengekomen. Wanneer de vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud geldt, worden voldaan, gaat de eigendom over onder voorbehoud van het pandrecht.[\[noot:5\]](#)

In zijn dissertatie heeft Struycken er, in navolging van Molenaar, voor gepleit om de figuur van het eigendomsvoorbehoud te schrappen en te vervangen door de overdracht onder voorbehoud van pandrecht.[\[noot:6\]](#) Kort samengevat komt hun pleidooi erop neer dat de figuur van het eigendomsvoorbehoud veel vragen oproept, dat een eigendomsvoorbehoud vrijwel altijd alleen een zekerheidsfunctie vervult, en dat een voorbehouden pandrecht die zekerheidsfunctie ook kan vervullen. Ik onderschrijf deze gedachtegang niet. Het eigendomsvoorbehoud heeft inmiddels in wetenschap en praktijk zijn weg gevonden en biedt een duidelijk sterkere zekerheid dan een voorbehouden pandrecht. Nu voor de vorderingen genoemd in art. 3:92 lid 2 BW het eigendomsvoorbehoud is toegestaan, valt niet in te zien waarom deze eenvoudige en sterke zekerheid zou moeten worden ingewisseld voor een (zoals hierna zal blijken) gecompliceerdere en minder sterke zekerheid.[\[noot:7\]](#)

Voorbehoud van een pandrecht op vorderingen is minder gebruikelijk dan voorbehoud van een pandrecht op zaken. Toch is ook voor die figuur wel een rol weggelegd. Een voorbehouden pandrecht kan bijvoorbeeld zekerheid bieden voor voldoening van de tegenprestatie van een cessie. Wanneer bij openbare cessie een stil pandrecht wordt voorbehouden, kan de cedent/pandhouder wiens vorderingen op de cessionaris/pandgever niet worden voldaan, door enkele mededeling aan de schuldenaren van de gecedeerde vorderingen de inningsbevoegdheid over die vorderingen herkrijgen (art. 3:239 lid 3 jo. 3:246 lid 1 BW). Of voorbehoud van pand ook bij stille cessie zinvol kan zijn, zal de praktijk moeten uitwijzen. Daarvoor moeten dan wel eerst de mogelijkheden daarvan worden onderzocht. Zie daarover nr. 7.

3. Dogmatische duiding

Bij de gewone *vestiging van een beperkt recht* op een goed wordt het eigendomsrecht (of een ander volledig recht) 'gesplitst' in een beperkt recht en een met dat beperkte recht bezwaard eigendomsrecht (het 'blote' eigendomsrecht). Het blote eigendomsrecht blijft bij de eigenaar achter en het beperkte recht wordt door de beperkt gerechtigde verkregen (art. 3:81 lid 1 eerste zin BW). Het beperkte recht wordt als het ware overgedragen door de eigenaar aan de beperkt gerechtigde. Daarom gelden voor de vestiging van een beperkt recht op een goed ook dezelfde vereisten als voor de overdracht van dat goed (art. 3:98 BW).[\[noot:8\]](#)

Bij *overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht* wordt het eigendomsrecht op eenzelfde wijze gesplitst, alleen wordt nu niet het beperkte recht door de ander verkregen, maar het met dat beperkte recht bezwaarde eigendomsrecht (art. 3:81 lid 1 tweede zin BW).[\[noot:9\]](#) Het beperkte recht komt dus tot stand doordat het ‘achterblijft’ bij de vervreemder van het goed. De verkrijger krijgt aldus een met het beperkte recht bezwaard goed overgedragen.[\[noot:10\]](#)

Overigens is het in beginsel ook mogelijk om niet een eigendomsrecht, maar een beperkt recht over te dragen onder voorbehoud van een beperkt recht.

Dogmatisch beschouwd vindt bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht slechts één goederenrechtelijke beschikkingshandeling plaats. Aan het ‘achterblijven’ van het beperkte recht bij de vervreemder ligt geen afzonderlijke beschikkingshandeling ten grondslag, net zoals bij de gewone vestiging van een beperkt recht het ‘achterblijven’ van het moederrecht geen afzonderlijke beschikkingshandeling is. In beginsel is daarom bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht alleen voor de overdracht een geldige titel, een levering en beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder vereist (art. 3:84 lid 1 BW). Slaagt die overdracht, dan komt het beperkte recht dat daarbij wordt voorbehouden, dáárdoor tot stand. Slaagt die overdracht niet, dan komt niet alleen de overdracht, maar ook het beperkte recht niet geldig tot stand.

In Pitlo/Reehuis/Heisterkamp wordt ervan uitgegaan dat bij overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht de vestiging van het beperkte recht juridisch vóór de overdracht plaatsvindt, dat dit beperkte recht bij wijze van uitzondering niet door vermenging (art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e BW) tenietgaat, en dat het goed vervolgens bezwaard met het beperkte recht wordt overgedragen.[\[noot:11\]](#)

Het is mijns inziens zuiverder om aan te nemen dat het beperkte recht niet vóór, maar dóór de overdracht tot stand komt. Vóór de overdracht wordt de totstandkoming van het beperkte recht nog niet gerealiseerd, maar slechts voorbereid.[\[noot:12\]](#)

De zienswijze dat alleen de overdracht moet voldoen aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BW, geeft wel een wat eenzijdig beeld. In de titel van overdracht moet zijn bepaald dat het beperkte recht wordt voorbehouden, anders vormt de titel geen rechtsgrond voor de overdracht van een bezwaard goed. Bovendien voldoet de titel dan niet aan het vereiste van voldoende bepaalbaarheid (art. 6:227 BW). Wilsovereenstemming omtrent overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht impliceert echter wilsovereenstemming omtrent de bezwaring met het beperkte recht. Zo bezien dient dus ook omtrent de totstandkoming van het beperkte recht wilsovereenstemming te bestaan. Iets soortgelijks geldt voor het vereiste van beschikkingsbevoegdheid. De vervreemder dient bevoegd te zijn tot overdracht. Die bevoegdheid impliceert dat hij bevoegd is bij de overdracht een beperkt recht ten behoeve van zichzelf voor te behouden. Impliciet is dus voor totstandkoming van een voorbehouden beperkt recht ook een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid vereist, alleen zien die vereisten niet rechtstreeks op het beperkte recht, maar op de overdracht onder voorbehoud van dat beperkte recht (zie over de beschikkingsbevoegdheid echter hierna onder 4.3).[\[noot:13\]](#) Dat de vestigingshandelingen voor het beperkte recht moeten worden verricht, wordt uitdrukkelijk bepaald door art. 3:81 lid 1 tweede zin BW. Daardoor voldoet ook een voorbehouden beperkt recht aan de voor goederenrechtelijke rechten gewenste publiciteitseisen.[\[noot:14\]](#)

De overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht moet worden onderscheiden van de overdracht van een goed gecombineerd met vestiging bij voorbaat van een beperkt recht op dat goed. In het eerste geval wordt het goed in bezwaarde toestand overgedragen. In het tweede geval wordt het goed onbezwaard overgedragen en vervolgens (een ondeelbaar moment later) bezwaard met het bij voorbaat gevestigde recht. Dit onderscheid kan van belang zijn voor de rang van het beperkte recht.[\[noot:15\]](#) Wanneer een goed wordt overgedragen onder voorbehoud van een beperkt recht, wordt het goed bezwaard met het voorbehouden beperkte recht verkregen. Het door de vervreemder voorbehouden beperkte recht gaat daarom in rang boven alle door de verkrijger gevestigde beperkte rechten, dus ook boven door de verkrijger op grond van art. 3:98 jo. 3:97 lid 1 BW bij voorbaat gevestigde beperkte rechten.[\[noot:16\]](#) Wanneer een goed onbezwaard wordt overgedragen en het goed bij voorbaat door de verkrijger aan de vervreemder is verpand, kan het ten behoeve van de vervreemder bij voorbaat gevestigde beperkte recht lager in rang zijn dan andere door de verkrijger bij voorbaat gevestigde beperkte rechten (art. 3:97 lid 2 BW).[\[noot:17\]](#) Het is dus voor de vervreemder van groot belang dat de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht ook juridisch als zodanig wordt vormgegeven.[\[noot:18\]](#)

Een voorbehouden beperkt recht gaat dus in rang boven alle door de verkrijger van het goed (bij voorbaat) gevestigde beperkte rechten. Art. 3:98 jo. 3:97 lid 2 BW is bij samenloop van een door de vervreemder voorbehouden pandrecht en een door de verkrijger bij voorbaat gevestigd pandrecht dan ook niet van toepassing. Een voorbehouden beperkt recht is echter niet per definitie het oudste op het goed rustende beperkte recht. Wanneer het goed reeds vóór de overdracht is bezwaard met andere, door de vervreemder gevestigde beperkte rechten, blijven deze in beginsel na de overdracht op het goed rusten. Deze beperkte rechten zijn per definitie ouder dan het bij de overdracht voorbehouden beperkte recht, omdat het voorbehouden beperkte recht dóór de overdracht tot stand komt en dus altijd het laatste beperkte recht is dat de vervreemder kan doen ontstaan.

4. Vereisten voor overdracht onder voorbehoud van pandrecht

4.1. Titel

De stellingname dat bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht slechts één beschikkingshandeling plaatsvindt, brengt mee dat voor deze beschikkingshandeling ook slechts één geldige titel vereist is. Voor de geldigheid van de titel dient tussen partijen wilsovereenstemming te bestaan omtrent overdracht van het goed onder voorbehoud van een pandrecht.

In Pitlo/Reehuis/Heisterkamp wordt in dit verband opgemerkt: ‘De verkrijger staat in wezen ook buiten de (afzonderlijke) titel voor de vestiging van dat beperkte recht’.[\[noot:19\]](#) Voor de totstandkoming van het beperkte recht is echter geen (afzonderlijke) titel vereist. De rechtsgrond voor totstandkoming van het beperkte recht maakt deel uit van de titel van overdracht van het goed onder voorbehoud van het beperkte recht. De verkrijger van het goed staat niet buiten die titel, maar is daarbij juist partij.

4.2. Levering

Volgens art. 3:81 lid 1 tweede zin BW moeten voor overdracht onder voorbehoud van een pandrecht de voorschriften voor zowel overdracht als verpanding in acht worden genomen. Aldus is bij overdracht onder voorbehoud van een vuistloos pandrecht op roerende zaken of

een stil pandrecht op vorderingen een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist (art. 3:237 lid 1 en 3:239 lid 1 BW). Volgens Struycken is in die gevallen het vormvereiste van een geregistreerde akte ‘overbodig’, omdat het voorbehoud van een pandrecht ‘in feite aan de verkoper een absolute voorrang biedt’.^[noot:20] Struyckens benadering is in zoverre juist dat een voorbehouden pandrecht per definitie hoger in rang is dan alle *door de verkrijger* (bij voorbaat) gevestigde beperkte rechten. Bovendien is een voorbehouden pandrecht per definitie lager in rang dan alle *door de vervreemder* gevestigde beperkte rechten (zie hiervóór onder 3). Als een pandrecht door voorbehoud tot stand komt, is het voor de rangbepaling van het voorbehouden pandrecht ten opzichte van andere op het goed rustende beperkte rechten dus niet nodig om het ontstaansmoment van het voorbehouden pandrecht door middel van registratie te kunnen vaststellen. Vaststelling van het tijdstip van verpanding is echter wel noodzakelijk om te kunnen vaststellen *of* het pandrecht door voorbehoud tot stand is gekomen. Dit is alleen het geval wanneer de voor het pandrecht vereiste vestigingshandelingen vóór of gelijktijdig met de overdracht worden voltooid. Wanneer de vestigingshandelingen eerst ná de overdracht worden voltooid, komt het pandrecht niet door voorbehoud tot stand. Onder omstandigheden kan het dan nog wel door gewone vestiging tot stand komen, maar dan is het pandrecht lager in rang dan reeds eerder door de verkrijger (bij voorbaat) gevestigde beperkte rechten en hoger in rang dan later gevestigde beperkte rechten (zie hierna onder 6). Registratie van de pandakte kan dus van belang zijn wanneer moet worden vastgesteld of de vestigingshandelingen voor het pandrecht vóór of na de overdracht zijn voltooid. In het laatste geval is registratie van belang om de rang van het pandrecht ten opzichte van andere door de verkrijger gevestigde beperkte rechten te kunnen vaststellen. Wanneer registratie niet vereist zou zijn, zou een onderhandse pandakte kunnen worden geantedateerd, om het pandrecht ná de overdracht alsnog door voorbehoud tot stand te laten komen.

Wanneer verpanding bij akte moet plaatsvinden, is het de vraag aan welke vereisten de pandakte moet voldoen wanneer het pandrecht bij overdracht wordt voorbehouden. Bij de gewone vestiging van een pandrecht dient de *pandgever* normaal gesproken in de akte te verklaren dat hij een pandrecht vestigt ten behoeve van de pandhouder.^[noot:21] Bij voorbehoud van een pandrecht dient de akte mijns inziens niet een zodanige verklaring in te houden, maar dient de *pandhouder* (i.e. de vervreemder onder voorbehoud van pandrecht) te verklaren dat hij zich bij overdracht van het goed een pandrecht voorbehoudt.^[noot:22] Wanneer de akte een verklaring bevat dat de pandgever verpand aan de pandhouder, zou dit tot resultaat kunnen hebben dat het over te dragen goed door de verkrijger/pandgever bij voorbaat wordt verpand als toekomstig goed. Dat is niet wat partijen, in het bijzonder de pandhouder, beogen (zie hiervóór onder 3, voorlaatste alinea). Daarom moet worden aangenomen dat met een pandakte waarin de pandhouder verklaart dat hij zich bij overdracht van een goed een pandrecht voorbehoudt, indien vereist gecombineerd met mededeling of registratie, de door art. 3:81 lid 1 tweede zin BW vereiste vestigingshandelingen geldig kunnen worden verricht. Het voorgaande is vooral van belang bij levering van een roerende zaak onder voorbehoud van een vuistloos pandrecht. In dat geval is alleen voor de verpanding een akte nodig (art. 3:90 lid 1 jo. 3:114 en 3:237 lid 1 BW). Ook in dat geval dient in de pandakte niet te worden verklaard dat de pandgever de zaak verpand aan de pandhouder, maar dat de pandhouder zich het pandrecht voorbehoudt bij overdracht van de zaak aan de pandgever. Is zowel voor de levering als voor de verpanding een akte vereist, bijvoorbeeld bij openbare cessie van een vordering onder voorbehoud van een stil pandrecht, dan kan met één akte worden volstaan. Van belang is dan wel dat het voorbehoud van het pandrecht afzonderlijk en duidelijk wordt vermeld.^[noot:23]

4.3. Beschikkingsbevoegdheid

De zienswijze dat een voorbehouden pandrecht tot stand komt door de overdracht van het goed, laat zien dat het bij voorbehoud van een pandrecht de vervreemder/pandhouder is die bevoegd dient te zijn om over het goed te beschikken. De verkrijger/pandgever hoeft niet bevoegd te zijn tot vestiging van een pandrecht ten behoeve van de vervreemder/pandhouder.[\[noot:24\]](#) Het is daarom bijvoorbeeld mogelijk dat een goed onder voorbehoud van een pandrecht aan een gefailleerde verkrijger wordt overgedragen. Niet alleen de overdracht, maar ook het voorbehouden pandrecht komt dan geldig tot stand. Hieruit kan worden afgeleid dat een voorbehouden pandrecht niet door de pandgever ten behoeve van de pandhouder wordt gevestigd, maar door de pandhouder ten behoeve van zichzelf wordt voorbehouden.

4.4. Derdenbescherming

4.4.1. Een casus met een multiplechoicevraag

Het wordt dogmatisch interessant wanneer een goed onder voorbehoud van een pandrecht wordt overgedragen door een beschikkingsonbevoegde aan een verkrijger die tegen die beschikkingsonbevoegdheid wordt beschermd. Ter illustratie geef ik het volgende voorbeeld. A draagt een goed over aan B. B draagt het goed onder voorbehoud van een pandrecht over aan C. Vervolgens wordt de titel A-B vernietigd. B was dan achteraf gezien, vanwege de terugwerkende kracht van de vernietiging (art. 3:53 lid 1 BW), beschikkingsonbevoegd bij de overdracht van het goed aan C.[\[noot:25\]](#) Wanneer het een roerende zaak betreft, wordt C ondanks de vernietiging toch eigenaar, wanneer hij of een derde de zaak in handen heeft (art. 3:90 lid 2 BW), hij de zaak anders dan om niet heeft verkregen en hij te goeder trouw is ten aanzien van de vernietigingsgrond A-B (art. 3:86 lid 1 BW). Wanneer het een vordering betreft, wordt C ondanks de vernietiging toch rechthebbende, wanneer de cessie B-C is medegedeeld aan de schuldenaar, en C op het moment van die mededeling te goeder trouw was (art. 3:94 lid 3 laatste zin jo. 3:88 lid 1 BW). De beschikkingsonbevoegdheid van B vloeit immers voort uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht (de overdracht AB), die niet het gevolg was van beschikkingsonbevoegdheid van de toenmalige vervreemder A (maar van een ongeldige titel). C wordt dan op grond van derdenbescherming eigenaar van de zaak of rechthebbende op de vordering.[\[noot:26\]](#) Maar welke gevolgen heeft B's beschikkingsonbevoegdheid voor het voorbehouden pandrecht? Er zijn logischerwijs drie antwoorden mogelijk: (a) het pandrecht behoort toe aan A, (b) het pandrecht behoort toe aan B, en (c) het pandrecht vervalt ten gunste van C.

4.4.2. Antwoordmogelijkheid a

Om tot een oplossing te komen is het zinvol eerst de 'omgekeerde' situatie te analyseren, waarin B het goed niet onder voorbehoud van een pandrecht aan C overdraagt, maar waarin B het goed aan C verpandt. In dat geval heeft de vernietiging van de titel A-B tot gevolg dat, achteraf gezien, het goed nooit door A aan B is overgedragen en dus A wordt geacht altijd eigenaar/rechthebbende te zijn gebleven. De verpanding door B aan C is, ondanks B's beschikkingsonbevoegdheid, toch geldig, indien C zich op een bepaling van derdenbescherming kan beroepen. Daarvoor is in geval van een roerende zaak vereist dat de zaak in de macht van C of van een derde is gebracht en dat C op dat tijdstip te goeder trouw is (art. 3:238 lid 1 BW). In geval van een vordering is vereist dat het pandrecht is medegedeeld en dat C op het tijdstip van de mededeling te goeder trouw is (art. 3:239 lid 4 jo. 3:88 lid 1

BW). Is aan deze vereisten voldaan, dan heeft de vernietiging van de titel A-B geen gevolgen voor het pandrecht van C. De vernietiging heeft dan alleen tot gevolg dat het goed met terugwerkende kracht toebehoort aan A.

Wanneer de overdracht onder voorbehoud van een pandrecht wordt beschouwd als het goederenrechtelijke spiegelbeeld van de vestiging van een pandrecht (zoals hiervóór onder 3 verdedigd), dan lijkt het dogmatisch het meest zuiver om aan te nemen dat bij de overdracht onder voorbehoud van een pandrecht door B aan C, het pandrecht door de vernietiging van de titel A-B met terugwerkende kracht aan A toebehoort. Door de vernietiging wordt de volledige eigendom immers geacht nooit door A aan B te zijn overgedragen en C heeft, weliswaar met behulp van derdenbescherming, alleen de bezwaarde eigendom verkregen. In deze zienswijze heeft het pandrecht, als deel van het eigendomsrecht, het vermogen van A nooit verlaten.

Er zijn twee redenen om toch aan bovenstaande zienswijze te twijfelen. In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat het pandrecht nooit ten behoeve van A is gevestigd of voorbehouden. A is dus van tevoren nooit pandhouder geweest, en dus kan hij ook niet worden geacht altijd pandhouder te zijn gebleven. In het spiegelbeeldige geval van verpanding door B aan C, kan A wél worden geacht altijd eigenaar te zijn gebleven. Het is de vraag of aan het concept dat een beperkt recht een gedeelte van het eigendomsrecht belichaamt, zo sterk kan worden vastgehouden dat kan worden gezegd dat in het onderhavige geval het pandrecht, als deel van het eigendomsrecht, het vermogen van A nooit heeft verlaten.

De tweede reden voor twijfel houdt verband met het afhankelijke karakter van een pandrecht. Het pandrecht is door B voorbehouden tot zekerheid van een vordering van B op C (of een derde). Als het pandrecht vervolgens (met terugwerkende kracht) door A wordt verkregen, ontstaat de situatie dat A een pandrecht heeft op een goed van C, terwijl niet A maar B rechthebbende is op de door dat pandrecht gecureerde vordering. Zeker is dat de afhankelijkheid van het pandrecht niet meebrengt dat ook de vordering van B op C door A wordt verkregen. Daarvoor zal die vordering eerst door B aan A moeten worden overgedragen. Ook is zeker dat het pandrecht niet kan gaan strekken tot zekerheid van vorderingen die wél aan A toebehoren. Het afhankelijke karakter van een pandrecht verhindert dat vorderingen die niet door het pandrecht worden gedekt, alsnog onder het pandrecht worden gebracht.

Niet geheel zeker is of een pandrecht wel afzonderlijk van de gecureerde vordering kan overgaan en, in het verlengde daarvan, of het pandrecht wel kan bestaan indien zekerheidsrecht en gecureerde vordering niet in één hand zijn. Mijns inziens staat de afhankelijkheid van het pandrecht hieraan niet in de weg.[\[noot:27\]](#) Het afhankelijke karakter van pand houdt in dat het pandrecht vanaf het moment van totstandkoming is verbonden aan de gecureerde vordering en dat deze band in beginsel niet wordt verbroken als de vordering óf het pandrecht overgaat. Als de vordering overgaat, gaat het pandrecht in beginsel van rechtswege mee over (art. 3:82 en 6:142 lid 1 BW). Als het pandrecht afzonderlijk overgaat, gaat de vordering niet van rechtswege mee over. Het pandrecht is afhankelijk van de gecureerde vordering, niet andersom.

Toch is het mijns inziens ook om deze reden niet mogelijk dat het pandrecht na vernietiging van de titel A-B aan A toebehoort. In de gevallen waarin een scheiding tussen vordering en zekerheidsrecht mogelijk wordt geacht, is er steeds een verbintenisrechtelijke band tussen de schuldeiser en de zekerheidsgerechtigde, op grond van waarvan de zekerheidsgerechtigde

gehouden is het zekerheidsrecht (als 'trustee') ten behoeve van de schuldeiser uit te oefenen. Zo is het (mijns inziens) mogelijk dat de vorderingen van meerdere banken afzonderlijk op een schuldenaar, worden gecureerd door zekerheidsrechten die toebehoren aan één van die banken of aan een speciaal daartoe opgerichte rechtspersoon. Bij zo'n constructie worden tussen de zekerheidsgerechtigde en de (overige) schuldeisers van de gecureerde vorderingen afspraken gemaakt over de uitoefening van de zekerheidsrechten.[\[noot:28\]](#) Een dergelijke verbintenisrechtelijke band tussen schuldeiser en zekerheidsgerechtigde ontbreekt in het onderhavige geval. A zou het pandrecht weliswaar slechts kunnen uitoefenen wanneer C in verzuim is met de voldoening van zijn schuld aan B, maar hij zou daartoe niet verplicht zijn, ook niet als B dat wil. In deze situatie zou het pandrecht daarom van weinig praktische waarde zijn. Dit zou alleen anders worden wanneer A wil meewerken aan afspraken met B op grond waarvan A gehouden is het pandrecht ten behoeve van B uit te oefenen, of wanneer B wil meewerken aan overdracht van de gecureerde vordering aan A.

4.4.3. Antwoordmogelijkheid b

De onzekerheid rond het afhankelijke karakter van het pandrecht zou geen rol spelen als het pandrecht na vernietiging van de titel A-B zou toebehoren aan B. Ook deze oplossing is volgens mij echter niet juist. B heeft in het onderhavige geval een pandrecht willen voorbehouden door de blote eigendom van A's goed over te dragen aan C. B was niet bevoegd tot die overdracht en dus was hij ook niet bevoegd bij die overdracht een pandrecht ten behoeve van zichzelf voor te behouden. B kan zich met betrekking tot het pandrecht ook niet op derdenbescherming beroepen. De verpanding die plaatsvindt bij overdracht onder voorbehoud van een pandrecht, is op zichzelf niet een beschikkingshandeling waarop art. 3:98 jo. 3:86 BW of art. 3:98 jo. 3:88 BW kan worden toegepast. B verkrijgt geen pandrecht van een ander, maar behoudt zichzelf het pandrecht voor door de blote eigendom over te dragen aan C. B is, met andere woorden, geen 'derde', die zich kan beroepen op 'derdenbescherming'. Wanneer B niet de blote eigendom aan C zou overdragen, maar ten behoeve van C een pandrecht zou vestigen, zou B zich met betrekking tot de bij hem achtergebleven blote eigendom ook niet op derdenbescherming kunnen beroepen. Het doet er dus niet toe of B ten aanzien van zijn eigen beschikkingsonbevoegdheid te goeder trouw is (bijvoorbeeld wanneer de titel A-B wordt vernietigd op grond van wederzijdse dwaling, art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW), of niet (bijvoorbeeld wanneer de titel A-B wordt vernietigd op grond van bedreiging of bedrog, art. 3:44 leden 2 en 3 BW).

4.4.4. Antwoordmogelijkheid c

De laatste mogelijke oplossing zou zijn dat het pandrecht niet toebehoort aan A of aan B en dus vervalt ten gunste van C. C zou dan, wanneer hij zich op derdenbescherming kan beroepen, een onbezwaard goed hebben verkregen.[\[noot:29\]](#) Deze oplossing lijkt, wanneer de overdracht B-C wordt geanalyseerd, op het eerste gezicht niet juist. De titel B-C vormde slechts een rechtsgrond voor de overdracht van de blote eigendom. De levering van het 'meerdere' heeft dus niet krachtens een geldige titel plaatsgevonden. Ook de levering zelf betrof slechts de blote eigendom en niet de onbezwaarde eigendom. Ten overvloede zij nog opgemerkt dat, ook als overigens wél aan de vereisten zou zijn voldaan, C zich ten aanzien van méér dan de blote eigendom ook niet op derdenbescherming kan beroepen. Hij was ten aanzien van het meerdere immers niet te goeder trouw.

De hiervóór beschreven soep van een ongeldige titel, een ongeldige levering en onbeschermd beschikkingsonbevoegdheid wordt echter niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend. Voor

de totstandkoming van een voorbehouden pandrecht is méér nodig dan een geslaagde overdracht van de blote eigendom. Wanneer bijvoorbeeld niet aan de vestigingsvereisten voor het pandrecht is voldaan, komt het pandrecht niet tot stand (art. 3:81 lid 1 tweede zin BW). De overdracht blijft dan echter intact. De consequentie is dan dat het goed onbezwaard wordt overgedragen en dat dus de verkrijger van het goed méér verkrijgt dan waarop de titel en de levering betrekking hadden.[\[noot:30\]](#) Nu in de voorgaande twee paragrafen is geconcludeerd dat in onze casus het pandrecht niet aan A of aan B toebehoort, is mijn conclusie dat het pandrecht vervalt ten gunste van C, de in de vorige alinea genoemde bezwaren ten spijt. Geen van de antwoordmogelijkheden is vrij van dogmatische bezwaren, maar antwoordmogelijkheid c is mijns inziens dogmatisch het minst onjuist en praktisch het meest gewenst. Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, zal het vervallen van het pandrecht ten behoeve van C langs verbintenisrechtelijke weg moeten worden gecorrigeerd.

5. Beschikkingsbevoegdheidsverklaring

Bij de gewone vestiging van een vuistloos pandrecht op roerende zaken of een stil pandrecht op vorderingen is de pandgever verplicht in de akte te verklaren dat hij beschikkingsbevoegd is alsmede hetzij dat op het te verpanden goed geen beperkte rechten rusten, hetzij welke rechten daarop rusten (art. 3:237 lid 2 en 3:239 lid 2 BW). Deze informatie is van belang bij een eventueel beroep van de pandhouder op derdenbescherming. Verklaart de pandgever ten onrechte dat hij beschikkingsbevoegd is en/of dat er geen oudere beperkt gerechtigden zijn, dan zal de pandhouder waarschijnlijk te goeder trouw zijn op het moment dat de verpande zaak in zijn macht komt of de verpanding van de vordering wordt medegedeeld (art. 3:238 leden 1 en 2 en 3:239 lid 4 jo. 3:88 lid 1 BW). Legt de pandgever een juiste verklaring af en vermeldt hij wél oudere beperkt gerechtigden, of legt de pandgever helemaal geen verklaring af, dan zal de pandhouder op de hiervóór genoemde momenten niet te goeder trouw zijn.[\[noot:31\]](#)

De verklaring van de pandgever vormt geen vestigingsvereiste. De wetgever is ervan uitgegaan dat de pandhouder, gelet op zijn belang bij de verklaring, zal staan op naleving van deze verplichting.[\[noot:32\]](#)

Moet een beschikkingsbevoegdheidsverklaring ook worden afgelegd bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht? De verklaring vormt weliswaar geen constitutief vereiste voor totstandkoming van een pandrecht, maar art. 3:81 lid 1 tweede zin BW hanteert een ruimer begrip; bepaald wordt dat de 'voorschriften' voor vestiging in acht moeten worden genomen. De letterlijke tekst van de wet lijkt dus voor te schrijven dat ook bij voorbehoud van een pandrecht een beschikkingsbevoegdheidsverklaring moet worden afgelegd. Toch is dat volgens mij niet zo. Bij overdracht onder voorbehoud van pand is het de vervreemder/pandhouder die beschikkingsbevoegd moet zijn (zie hiervóór onder 4.3). Een verklaring van de verkrijger/pandgever over zijn eigen beschikkingsbevoegdheid is dan zinledig.

Een verklaring van de vervreemder/pandhouder zelf over zijn bevoegdheid tot overdracht onder voorbehoud van pand en over eventuele eerdere beperkte rechten die op het goed rusten, zou geen verklaring zijn als bedoeld in art. 3:237 lid 2 en 3:239 lid 2 BW en zou ook geen functie kunnen vervullen bij een beroep van de vervreemder/ pandhouder zelf op derdenbescherming. De vervreemder onder voorbehoud van pand wordt nooit beschermd tegen zijn eigen (beperkte) beschikkingsonbevoegdheid (zie hiervóór onder 4.4.3). Bovendien

weet de vervreemder/ pandhouder zelf al of hij al dan niet (beperkt) beschikkingsbevoegd is, en als hij dat niet weet, kan hij daarover ook niet verklaren.

Een verklaring van de vervreemder aan de verkrijger omtrent eerdere beperkte rechten zou, in geval van overdracht van een roerende zaak onder voorbehoud van een pandrecht, wel van belang kunnen zijn voor de verkrijger. Beperkte rechten die al op het goed rusten vóór de overdracht onder voorbehoud van nóg een beperkt recht, gaan immers in beginsel mee over bij overdracht van het goed en gaan in beginsel vóór het voorbehouden beperkte recht (zie hiervóór onder 3, slot). Een voorbeeld: B heeft een roerende zaak vuistloos verpand aan A. Vervolgens draagt B de roerende zaak onder voorbehoud van een (tweede) vuistloos pandrecht over aan C. Als B bij die overdracht C informeert omtrent het eerdere pandrecht van A, weet C dat hij een goed verkrijgt waarop naast het pandrecht van B nog een ander, hoger gerangschikt pandrecht rust. Als C niet op de hoogte is van het eerdere pandrecht van A, zou hij tegen dat pandrecht beschermd kunnen worden op grond van art. 3:86 lid 2 BW.[\[noot:33\]](#) Dat artikellid bepaalt dan dat het eerdere pandrecht van A ‘vervalt’. Die consequentie zou ik echter voor dit geval willen relativeren. Zeker is dat A zijn pandrecht niet meer tegen C kan invoeren wanneer C beschermd wordt. Als dit zou betekenen dat het pandrecht van A geheel is komen te vervallen, zou de consequentie daarvan zijn dat B's voorbehouden pandrecht promoveert van een tweede naar een eerste pandrecht, terwijl B zelf niet tegen het pandrecht van A wordt beschermd. Ik zou daarom menen dat A zijn pandrecht weliswaar niet tegenover C geldend kan maken, maar wél tegenover B. Praktisch gezien houdt dit in dat wanneer B zijn eigen pandrecht uitwint, A voorrang heeft bij verdeling van de executieopbrengst boven B. Vanuit C bezien heeft het vervallen van het pandrecht van A echter een vrij absoluut karakter. Dat het pandrecht is vervallen, geldt niet alleen voor C zelf, maar ook voor zijn rechtsopvolgers en voor zijn schuldeisers. Wanneer bijvoorbeeld ná de overdracht onder voorbehoud van een pandrecht door B aan C, maar vóór de uitwinning van dat pandrecht door B, een schuldeiser van C beslag heeft gelegd op de roerende zaak, hoeft de beslaglegger alleen het pandrecht van B vóór zich te dulden. Bij de verdeling van het bedrag dat aldus vóór het beslag gaat, heeft A echter voorrang boven B, omdat A zijn pandrecht nog wel tegenover B geldend kan maken.

In geval van overdracht van een roerende zaak onder voorbehoud van een pandrecht kan een verklaring van de vervreemder aan de verkrijger omtrent eerdere beperkte rechten dus van belang zijn voor de verkrijger, omdat bij een juiste verklaring daaromtrent de verkrijger zich niet op art. 3:86 lid 2 BW zal kunnen beroepen. Dit heeft met de verklaring bedoeld in art. 3:237 lid 2 en 3:239 lid 2 BW echter niets van doen. Hier zou niet de pandgever verklaren in hoeverre hij tot verpanding bevoegd is, maar zou de vervreemder verklaren in hoeverre hij tot overdracht bevoegd is. Een uitdrukkelijke bepaling dat de vervreemder van een goed verplicht is te verklaren dat hij tot vervreemding bevoegd is alsmede hetzij dat op het over te dragen goed geen beperkte rechten rusten, hetzij welke rechten daarop rusten, kent het BW niet.

6. Vestiging na overdracht

Bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht is het van groot belang dat de vestigingshandelingen die ingevolge art. 3:81 lid 1 tweede zin BW zijn vereist voor verpanding, worden verricht eerder dan of gelijktijdig met de leveringshandelingen die zijn vereist voor de overdracht. Wordt bijvoorbeeld een roerende zaak overgedragen onder voorbehoud van een vuistloos pandrecht, dan dient de pandakte te worden opgemaakt en, indien het een onderhandse akte betreft, te worden geregistreerd voordat het bezit van de zaak wordt verschafte aan de verkrijger/pandgever. Wordt een vordering openbaar gecedeerd onder

voorbehoud van een stil pandrecht, dan dient de pandakte te worden opgemaakt en, wanneer het pandrecht wordt gevestigd bij onderhandse akte, de registratie van die akte plaats te vinden vóór mededeling van de cessie aan de schuldenaar van de vordering. Wanneer de vestigingshandelingen pas na voltooiing van de overdracht worden verricht, komt het pandrecht niet door voorbehoud tot stand.[\[noot:34\]](#)

Het hier gesignaleerde probleem kan worden voorkomen door de overdracht vorm te geven als een overdracht onder de opschortende voorwaarde van vervulling van alle vestigingsvereisten voor het voorbehouden pandrecht (art. 3:84 lid 4 BW).[\[noot:35\]](#) Dit heeft als voordeel dat door vervulling van de vestigingsvereisten altijd een *voorbehouden* pandrecht tot stand komt. Deze constructie heeft als nadeel dat, zolang de vestigingshandelingen niet geldig zijn verricht, ook de (onvoorwaardelijke) overdracht vooralsnog achterwege blijft.

Wanneer wordt gekozen voor een onvoorwaardelijke overdracht en de voor verpanding vereiste vestigingshandelingen zijn op het moment van de overdracht nog niet verricht, is de eerste vraag of de overdracht zelf wel rechtsgeldig is. Er zou dan namelijk een onbezwaard goed worden overgedragen krachtens een titel en door middel van een levering die beide slechts betrekking hebben op een bezwaard goed. Toch lijkt mij dit geen problemen op te leveren. De titel bevat wilsovereenstemming omtrent overdracht én omtrent verpanding. Als de vestigingsvereisten voor verpanding vervolgens niet geldig worden verricht, moet worden aangenomen dat de titel ook dienst kan doen als titel voor onbezwaarde overdracht. Iets vergelijkbaars geldt voor de levering. Voor de levering van een bezwaard goed gelden in hoofdlijnen dezelfde vereisten als voor de levering van een onbezwaard goed, zij het dat bij de levering van een bezwaard goed niet alleen het goed maar ook het beperkte recht met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven (art. 3:84 lid 2 BW). Als bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht de levering wél voldoet aan de vereisten van voldoende bepaaldheid, maar vervolgens de vestigingsvereisten voor het voorbehouden pandrecht niet worden verricht, moet worden aangenomen dat de overdracht gewoon geldig plaatsvindt, maar het pandrecht (vooralsnog) niet geldig tot stand komt (zie ook hiervóór onder 4.4.4).

De tweede vraag is of, wanneer de voor verpanding vereiste vestigingshandelingen ná overdracht alsnog worden voltooid, alsnog een pandrecht tot stand komt, doordat het door de verkrijger ten behoeve van de vervreemder wordt gevestigd. Bij overdracht onder voorbehoud van pand is strikt genomen alleen voor de overdracht een geldige titel, een levering en beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder/pandhouder vereist. Voor de verpanding is dan alleen een geldige vestigingshandeling vereist, omdat art. 3:81 lid 1 tweede zin BW dat voorschrijft. Bij vestiging van een pandrecht ná onbezwaarde overdracht is echter ook voor de verpanding afzonderlijk een geldige titel, een vestigingshandeling en beschikkingsbevoegdheid van de verkrijger/pandgever vereist.

Allereerst zal dus de titel van overdracht onder voorbehoud van pand, dienst moeten doen als afzonderlijke titel voor verpanding. Dat zal normaal gesproken geen probleem zijn. De titel van overdracht onder voorbehoud van pand bevat ook wilsovereenstemming omtrent de verpanding. Bovendien zal een titel van overdracht onder voorbehoud van pand die voldoet aan de vereisten van voldoende bepaaldheid (art. 6:227 BW), ook voor verpanding een titel opleveren die aan die vereisten voldoet.

Wanneer de vestigingshandelingen die zijn vereist bij overdracht onder voorbehoud van pand (art. 3:81 lid 1 tweede zin BW), ná overdracht alsnog worden voltooid, lijken deze

vestigingshandelingen op het eerste gezicht geldig. Wanneer voor de totstandkoming van een pandrecht door voorbehoud een akte nodig is, gelden echter, zoals hiervóór onder 4.2 besproken, andere vereisten dan voor de totstandkoming van een pandrecht door gewone vestiging bij akte. Gewoonlijk bevat de pandakte in ieder geval een verklaring van de *pandgever* dat hij het goed aan de pandhouder verpandt.^[noot:36] Bij voorbehoud van een pandrecht bevat de pandakte een verklaring van de *pandhouder* dat hij zich het pandrecht bij overdracht voorbehoudt. Is die pandakte nu ook geldig wanneer het pandrecht niet bij overdracht wordt voorbehouden, maar na overdracht wordt gevestigd? Mijns inziens is dat alleen het geval wanneer uit de akte volgt dat de pandgever met de verpanding instemt. De verkrijger van het goed is in eerste instantie volledig rechthebbende geworden. Het kan niet zo zijn dat vervolgens een pandrecht op dat goed wordt gevestigd door middel van een akte met een eenzijdige verklaring van de *pandhouder*. Van een akte met een eenzijdige verklaring van de *pandgever* zal in het voorliggende geval geen sprake zijn, omdat de akte is opgesteld in de veronderstelling dat het pandrecht door de pandhouder zou worden voorbehouden bij overdracht, en niet dat het door de pandgever zou worden gevestigd ná overdracht. Praktisch komt het voorgaande erop neer dat er een tweezijdige pandakte moet worden opgemaakt, wil er na overdracht alsnog een pandrecht gevestigd worden in het geval dat het pandrecht onverhoopt niet door voorbehoud tot stand komt. In het geval dat alleen het pandrecht bij akte wordt gevestigd (bij overdracht van een roerende zaak onder voorbehoud van vuistloos pand), dient de afzonderlijke pandakte een tweezijdige verklaring te bevatten. In het geval dat ook de overdracht bij akte geschiedt, kan één akte van overdracht onder voorbehoud van pand volstaan, mits deze tweezijdig is.

De vestigingshandelingen kunnen na overdracht in ieder geval niet meer geldig worden voltooid, wanneer de verkrijger/pandgever vóór voltooiing in staat van faillissement is verklaard (art. 35 lid 1 Fw). Hierin verschilt de vestiging van pand na overdracht duidelijk van het voorbehoud van pand bij overdracht. In het laatstgenoemde geval staat het faillissement van de verkrijger/pandgever niet aan totstandkoming van een pandrecht in de weg (zie hiervóór onder 4.3).

Wanneer het pandrecht niet bij overdracht wordt voorbehouden, maar na overdracht wordt gevestigd, is ook beschikkingsbevoegdheid van de verkrijger/pandgever vereist, terwijl voor overdracht onder voorbehoud van pand nu juist de vervreemder/pandhouder beschikkingsbevoegd moet zijn. Bij vestiging na overdracht leidt een geldige overdracht in beginsel tot beschikkingsbevoegdheid van de verkrijger/pandgever. Dat is echter anders wanneer hij in staat van faillissement is verklaard (art. 23 Fw). Bij overdracht onder voorbehoud van pand staat beschikkingsonbevoegdheid van de verkrijger dus niet aan verpanding in de weg, bij vestiging van pand ná overdracht wél.

Wanneer het pandrecht na overdracht alsnog geldig wordt gevestigd, komt dat pandrecht in rang ná eerder door de verkrijger (bij voorbaat) gevestigde pandrechten en andere beperkte rechten. Ook hierin verschilt het na overdracht gevestigde pandrecht van het bij overdracht voorbehouden pandrecht.

7. Mogelijkheden en onmogelijkheden

7.1. Voorbehoud van vuistpand op een roerende zaak

Overdracht van een roerende zaak onder voorbehoud van een vuistpand vindt plaats doordat de zaak wordt overgedragen (art. 3:84 lid 1 BW), waarbij de levering *constituto possessorio*

plaatsvindt (art. 3:90 lid 1 jo. 3:115 aanhef en onder a BW).[\[noot:37\]](#) Aan de vereisten voor vestiging van het pandrecht is dan vanzelf voldaan (art. 3:236 lid 1 BW).

7.2. Voorbehoud van vuistloos pand op een roerende zaak

Vaker zal een roerende zaak worden overgedragen onder voorbehoud van een vuistloos pandrecht. Bij de levering van de zaak wordt dan het onmiddellijke bezit verschafte aan de verkrijger (art. 3:90 lid 1 jo. 3:114 BW). Voor de totstandkoming van een voorbehouden pandrecht is dan een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist (art. 3:237 lid 1 BW).

7.3. Openbare cessie onder voorbehoud van openbaar pand

Voorbehoud van pandrecht is ook denkbaar bij overdracht van vorderingen. Zowel de cessie als de verpanding van vorderingen kan openbaar en stil plaatsvinden. Een openbare cessie onder voorbehoud van een openbaar pandrecht zou moeten plaatsvinden doordat zowel de cessie als de verpanding in een akte worden neergelegd en aan de schuldenaar worden medegedeeld (art. 3:94 lid 1 en 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 1 BW). De schuldenaar moet dan nog steeds aan de cedent/pandhouder betalen (art. 3:246 lid 1 BW).

7.4. Openbare cessie onder voorbehoud van stil pand

De voor de praktijk meest bruikbare vorm van overdracht van vorderingen onder voorbehoud van pandrecht, is de openbare cessie onder voorbehoud van een stil pandrecht. De vordering wordt dan geleverd door middel van een akte en mededeling van de cessie aan de schuldenaar (art. 3:94 lid 1 BW). Voor voorbehoud van een stil pandrecht is een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist (art. 3:239 lid 1 BW). De schuldenaar dient dan aan de cessionaris/pandgever te betalen, totdat de verpanding aan hem wordt medegedeeld (art. 3:239 lid 3 jo. 3:246 lid 1 BW).

7.5. Stille cessie onder voorbehoud van openbaar pand

In theorie is ook denkbaar dat een vordering stil wordt gecedeerd onder voorbehoud van een openbaar pandrecht. Wanneer A een vordering op X stil zou cederen aan B onder voorbehoud van een openbaar pandrecht, zou X de merkwaardige mededeling krijgen dat de vordering op hem is verpand aan A, terwijl, voor zover X weet, A zelf de schuldeiser is. Een mogelijkheid zou zijn dat, voor wat betreft de cessie, alleen aan X wordt medegedeeld dat de vordering is overgedragen, maar niet aan wie de vordering is overgedragen. Daarmee zou bewerkstelligd worden dat X weet dat hij ook aan A moet blijven betalen nadat de cessie aan hem is medegedeeld. Men kan zich afvragen of, wanneer wordt medegedeeld dat de vordering is overgedragen, maar niet aan wie, nog gesproken kan worden van een 'stille' cessie. Ik zou menen van wel. Aangenomen moet worden dat een mededeling als bedoeld in art. 3:94 lid 1 BW ook moet bevatten aan wie de betreffende vordering is gecedeerd, omdat de bedoeling van die mededeling is dat de debitor cessus aan de cessionaris gaat betalen. Als daarvan wordt uitgegaan, is voor de hier beschreven cessie een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist (art. 3:94 lid 3 BW). Stille cessie onder voorbehoud van openbaar pand is dus mogelijk, maar het praktisch nut van deze mogelijkheid lijkt gering.

7.6. Stille cessie onder voorbehoud van stil pand

Stille cessie onder voorbehoud van een stil pandrecht lijkt, gelet op de tekst van de wet, op het eerste gezicht niet mogelijk. De schuldenaar van de vordering zou dan immers aan de cedent/pandhouder blijven betalen. Bezien vanuit de stille cessie is dit juist (art. 3:94 lid 3 tweede zin BW),^[noot:38] maar gezien vanuit de stille verpanding zou de schuldenaar juist aan de pandgever dienen te betalen (art. 3:246 lid 1 BW). Laatstgenoemde bepaling gaat er echter van uit dat de schuldenaar van een stil verpande vordering aan de pandgever zal betalen en dat mededeling nodig is om de schuldenaar aan de pandhouder te laten betalen. In het onderhavige geval doet zich echter de bijzondere situatie voor dat de schuldenaar van de verpande vordering aan de pandhouder zal betalen zonder dat mededeling heeft plaatsgevonden. Mij lijkt in ieder geval dat betaling door de schuldenaar aan de cedent/pandhouder in dit geval als bevrijdend moet worden aangemerkt. De cedent/pandhouder en de cessionaris/pandgever hebben noch van de cessie, noch van de verpanding mededeling gedaan aan de schuldenaar. Zij kunnen hem dan niet tegenwerpen dat hij, gezien vanuit de stille verpanding, aan de verkeerde partij heeft betaald. Daarmee is voor de schuldenaar de kous af.

De vraag die dan resteert, is welke aanspraken de cedent/pandhouder en de cessionaris/pandgever hebben op het door de cedent/pandhouder geïnde. Bezien vanuit de stille cessie zal de cedent/pandhouder het geïnde moeten afdragen aan de cessionaris/pandgever. Voor de vraag welke rechten de cedent/pandhouder in zijn hoedanigheid van pandhouder op het geïnde kan doen gelden, is van belang of op deze situatie de regels omtrent stil pand van toepassing zijn omdat het pandrecht niet is medegegeeld, of dat op deze situatie de regels omtrent openbaar pand van toepassing zijn, omdat de schuldenaar van de verpande vordering nu eenmaal (bevrijdend) aan de pandhouder heeft betaald. Ik zou menen het laatste, omdat voor toepassing van de regels omtrent openbaar pand uiteindelijk niet bepalend is of mededeling heeft plaatsgevonden, maar of de schuldenaar bevrijdend aan de pandhouder heeft betaald.

Praktisch komt het voorgaande op het volgende neer. Wanneer de schuldenaar aan de pandhouder betaalt op een moment dat de pandhouder nog geen opeisbare geseceureerde vordering op de pandgever heeft, komt het pandrecht op grond van art. 3:246 lid 5 BW bij wege van substitutie op het geïnde te rusten. Wanneer de schuldenaar aan de pandhouder betaalt op een moment dat de pandhouder wél een opeisbare geseceureerde vordering op de pandgever heeft, is de pandhouder bevoegd zich met voorrang op het geïnde te verhalen.

8. Conclusies en aanbevelingen

De overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht op dat goed levert een sterk zekerheidsrecht op, dat een aanvulling op of een alternatief voor een eigendomsvoorbehoud kan vormen. Een eigendomsvoorbehoud kan slechts worden overeengekomen voor de vorderingen genoemd in art. 3:92 lid 2 BW. Deze beperking geldt niet voor het voorbehouden pandrecht.

De figuur van overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht vormt dogmatisch het spiegelbeeld van de gewone vestiging van een pandrecht en past als zodanig prima in het systeem van het Nederlandse goederenrecht. Toch leidt zij wel tot vragen. Onder die vragen bevinden zich twee breinbrekers. De eerste betreft de vraag wat rechtens is als een goed onder voorbehoud van een pandrecht wordt overgedragen door een beschikkingsonbevoegde aan een verkrijger die zich op derdenbescherming kan beroepen. Mijn conclusie is dat in dat geval het voorbehouden pandrecht vervalt. De tweede breinbreker

is of een pandrecht kan worden voorbehouden bij stille cessie. Mijns inziens is zowel stille cessie onder voorbehoud van een openbaar pandrecht als stille cessie onder voorbehoud van een stil pandrecht - zij het met een beetje wringen - inpasbaar in het wettelijke systeem van cessie en verpanding.

Als de overdracht onder voorbehoud van een pandrecht slaagt, dan gaat het voorbehouden pandrecht boven ieder door de verkrijger van het goed gevestigd ander pandrecht of ander beperkt recht, zelfs boven reeds eerder door de verkrijger bij voorbaat gevestigde beperkte rechten. In dit opzicht is een overdracht onder voorbehoud van een pandrecht beduidend sterker dan een gewone overdracht met opvolgende gewone vestiging (bij voorbaat) van een pandrecht. Het is daarom van belang de overdracht onder voorbehoud van een pandrecht goed in te richten. Ik doe daartoe een aantal aanbevelingen.

1. Noem het 'voorbehoud', geen 'vestiging'.

De formulering van een overdracht onder voorbehoud van een pandrecht luistert nauw. Het verdient aanbeveling om bij de titel en bij de levering/vestiging steeds te bepalen dat 'de vervreemder/pandhouder het goed onder voorbehoud van een pandrecht aan de verkrijger/pandgever overdraagt', ook wanneer voor de overdracht geen en voor de verpanding wel een akte vereist is en dus de op te stellen akte slechts als pandakte dienst doet. Bij voorkeur wordt niet bepaald dat 'de verkrijger (bij voorbaat) een pandrecht vestigt ten behoeve van de vervreemder' of dat 'de verkrijger het goed (bij voorbaat) aan de vervreemder verpandt'. Gebruik van de termen 'vestiging', 'verpanding' en/of 'bij voorbaat' zou tot gevolg kunnen hebben dat het pandrecht niet wordt voorbehouden, maar na de overdracht wordt gevestigd, met een eventuele lagere rang of mislukking van de totstandkoming van het pandrecht tot gevolg.

2. Voltooi de vestigingshandeling vóór de leveringshandeling.

Een pandrecht komt alleen door voorbehoud tot stand wanneer de op grond van art. 3:81 lid 1 tweede zin BW vereiste vestigingshandelingen eerder dan of gelijktijdig met de overdracht van het goed plaatsvinden. Zijn op het moment van overdracht de vereiste vestigingshandelingen nog niet voltooid, dan wordt het goed in beginsel onbezwaard overgedragen en kan het pandrecht hoogstens nog door gewone vestiging alsnog tot stand komen. Het pandrecht is dan mogelijk lager in rang dan wanneer het zou zijn voorbehouden. Bovendien is dan denkbaar dat het pandrecht in het geheel niet tot stand komt, bijvoorbeeld wanneer de verkrijger/pandgever inmiddels failliet is. Wanneer voor levering én vestiging een akte vereist is en deze in één akte worden neergelegd, liggen deze gevaren niet op de loer.

3. Stel een tweezijdige leverings- en/of pandakte op.

Wanneer de vestigingshandelingen onverhoopt pas ná de overdracht worden voltooid, moet de pandakte ten minste een verklaring van de pandgever bevatten dat hij het goed aan de pandhouder verpandt. Bij overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht bevat de pandakte bij voorkeur juist niet zo'n verklaring van de pandgever (zie hiervóór aanbeveling 1). Om bij voltooiing van de vestigingshandelingen ná de overdracht toch alsnog een pandrecht tot stand te laten komen, verdient het aanbeveling in de pandakte een tweezijdige verklaring op te nemen, waarin de pandhouder verklaart dat hij het goed onder voorbehoud van een pandrecht aan de pandgever overdraagt en waarin de pandgever verklaart daarmee in te stemmen.

4. (In plaats van aanbevelingen 2 en 3) Draag het goed over onder opschortende voorwaarde van verpanding.

De problemen waaraan de voorgaande twee aanbevelingen het hoofd trachten te bieden, kunnen zich niet voordoen wanneer het goed wordt overgedragen onder de opschortende voorwaarde van vervulling van alle vestigingsvereisten voor het voorbehouden pandrecht. Vervulling van de vestigingsvereisten leidt dan altijd tot een *voorbehouden* pandrecht. Deze constructie heeft echter als nadeel dat niet alleen de totstandkoming van het pandrecht, maar ook de (onvoorwaardelijke) overdracht afhankelijk is van de vervulling van de vestigingsvereisten. Wanneer zonder opschortende voorwaarde wordt overgedragen, leidt een mislukte verpanding niet tot een mislukte overdracht en kan het pandrecht later alsnog door middel van gewone vestiging tot stand komen, mits de verkrijger op dat moment beschikkingsbevoegd is en aanbeveling 3 wordt opgevolgd.

[1]

Zie bijvoorbeeld art. 3:85 lid 2, 4:19 en 4:21 BW; HR 7 februari 1979, NJ 1979, 551, m.nt. W.M. Kleijn; en HR 31 maart 2000, NJ 2000, 576, m.nt. W.M. Kleijn.

[2]

Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 19 maart 1980, NJ 1981, 369.

[3]

De figuur van overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht (*deductio*) bestond reeds in het Romeinse recht. Zie daarover uitgebreid A.J.H. Pleysier, Over het voorbehoud van beperkte zakelijke rechten, WPNR (1980) 5509, p. 181-183 en WPNR (1980) 5510, p. 197-200. In het oud BW kwam de figuur voor in de art. 784, 1227 en 1228. Zij wordt reeds beschreven door J.Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht. 5e stuk. Zakenrecht, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, nr. 309. In het huidige BW is de figuur gecodificeerd in art. 3:81 lid 1 tweede zin BW (zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1195-1196). De figuur van overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht wordt voor het eerst beschreven door A.I.M. van Mierlo, Enige zekerheden voor de onbetaalde verkoper van roerende zaken naar NBW, WPNR (1984) 5696, p. 279.

[4]

Vgl. R.D. Vriesendorp, Voorbehoud van pandrecht of voorbehoud van eigendom?, WPNR (1985) 5749, p. 536, die daarmee terugkomt op zijn eerdere voorstel om het eigendomsvoorbehoud te combineren met vestiging van een stil pandrecht bij voorbaat (R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1985, p. 113-114). Voorbehoud van een pandrecht geeft de verkoper een sterkere zekerheid dan vestiging van een pandrecht (bij voorbaat), waarover hierna onder 3. Vgl. voorts W.H.M. Reehuis, Stille verpanding (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987, nr. 313; en Asser/Mijnssen 3-III, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2003, nr. 72.

[5]

Overdracht onder voorbehoud van een pandrecht tot zekerheid van vorderingen waarvoor naar huidig recht geen eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen, heeft ook plaatsgevonden als gevolg van overgangsrecht. Ingevolge art. 89 OW is in deze gevallen het eigendomsvoorbehoud omgezet in een voorbehouden vuistloos pandrecht. Vgl. HR 4 december 1998, NJ 1999, 549, m.nt. W.M. Kleijn; JOR 1999/94, m.nt. J.J van Hees; AA 1999, 288, m.nt. A.I.M. van Mierlo (Potharst/Serrée), r.o. 3.6.4.

[6]

F. Molenaar, Bezitloos pandrecht en stil pandrecht op vorderingen, WPNR (1985) 5724, p. 24; en T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 568-569.

[7]

Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1239-1240; F.B. Bakels, Naschrift, WPNR (1985) 5724, p. 26; B.M. Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985, p. 149-150; R.D. Vriesendorp, Voorbehoud van pandrecht of voorbehoud van eigendom?, WPNR (1985) 5749, p. 533-536; W.H.M. Reehuis, Stille verpanding (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987, nr. 313; en A.I.M. van Mierlo, Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 184-185.

[8]

Zie over dit concept uitgebreid T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 361-366.

[9]

Vgl. J.Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht. 5e stuk. Zakenrecht, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, nr. 309. De mogelijkheid van overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht is gecodificeerd in art. 3:81 lid 1 tweede zin BW omdat discussie bestond over de vraag of, gelet op art. 3:83 lid 1 BW, 'blote eigendom' wel afzonderlijk overdraagbaar is. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1195-1196. Wanneer echter een goed wordt overgedragen dat is bezwaard met een beperkt recht *van een derde* dat na de overdracht op het goed blijft rusten (*droit de suite*), wordt ook 'blote eigendom' overgedragen.

[10]

Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 407-408; HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 (Potharst/Serrée), r.o. 3.6.4; en Asser/Mijnsen 3-III, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2003, nr. 73.

[11]

Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2006, nr. 597.

[12]

Vgl. E.B. Berenschot, Enige aspecten van de plaats van het vruchtgebruik in het vermogensrechtelijk systeem, WPNR (1985) 5730, p. 171.

[13]

Vgl. W.H.M. Reehuis, Stille verpanding (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987, nr. 309.

[14]

Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 407.

[15]

In het navolgende wordt ervan uitgegaan dat de rang van het beperkte recht wordt bepaald door het tijdstip van totstandkoming of, bij samenloop van bij voorbaat gevestigde beperkte rechten, door het tijdstip van vestiging bij voorbaat (art. 3:97 lid 2 BW). Gevallen van rangwisseling worden dus buiten beschouwing gelaten.

[16]

Vgl. HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 (Potharst/Serrée), r.o. 3.6.4.

[17]

Vgl. Asser/Van Dam/Mijnssen/Van Velten 3-II, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 11a; en Asser/Mijnssen 3-III, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2003, nr. 72.

[18]

De redactie van art. 3:85 lid 2 BW is op dit punt wat onduidelijk. Blijkens Parl. Gesch. Boek 3, p. 407, moet hier 'met gelijktijdige vestiging' echter worden verstaan als 'onder voorbehoud'. Zie over het onderscheid tussen voorbehoud van een beperkt recht en vestiging van een beperkt recht na overdracht, nader hierna onder 6.

[19]

Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2006, nr. 597.

[20]

T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 568-569.

[21]

Vgl. HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662, m.nt. W.M. Kleijn; JOR 2001/220; AA 2002, 726, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Meijs q.q./Bank of Tokyo).

[22]

Vgl. A.I.M. van Mierlo, Enige zekerheden voor de onbetaalde verkoper van roerende zaken naar NBW, WPNR (1984) 5696, p. 279. In Asser/Mijnssen 3-III, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2003, nr. 121, wordt gesteld dat de verkrijger moet verklaren 'dat hij bij voorbaat instemt met voorbehoud van het pandrecht'.

[23]

Vgl. met betrekking tot overdracht van een registergoed onder voorbehoud van een beperkt recht art. 24 lid 4 tweede zin Kadasterwet en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1196.

[24]

Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 407-408; B.M. Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985, p. 147; en Pitlo/Reehuis/ Heisterkamp, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2006, nr. 597.

[25]

De rechter kan op grond van art. 3:53 lid 2 BW desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele de terugwerkende kracht ontzeggen. Deze mogelijkheid blijft hierna buiten beschouwing.

[26]

Wanneer niet aan de vereisten van art. 3:86 lid 1 of 3:88 lid 1 BW wordt voldaan, maar C op grond van een verklaring of gedraging van A, overeenkomstig de zin die hij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft aangenomen dat B beschikkingsbevoegd was, is voorts denkbaar dat C zich kan beroepen op art. 3:36 BW. Deze mogelijkheid blijft hierna buiten beschouwing.

[27]

Vgl. S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee', WPNR (2001) 6460, p. 840-846.

[28]

De opvatting dat een scheiding tussen vordering en zekerheidsrecht mogelijk is, vindt tot op heden vooral gehoor in de literatuur. Omdat onzeker is of deze opvatting als geldend recht kan worden aangemerkt, wordt in de praktijk gebruik gemaakt van constructies als de borgtochtconstructie, de actieve hoofdelijkheid en de parallel debt. Met deze constructies wordt voorkomen dat gecureerde vordering en zekerheidsrecht in verschillende handen zijn. Zie hierover S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee', WPNR (2001) 6459, p. 816-823, met verdere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie.

[29]

Vgl. A.I.M. van Mierlo, Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 184.

[30]

Dit sluit aan bij art. 24 lid 4 Kadasterwet, waarin is bepaald dat voor overdracht van een registergoed onder voorbehoud van een beperkt recht de daartoe in te schrijven notariële akte het beperkte recht afzonderlijk en duidelijk dient te vermelden, 'bij gebreke waarvan de inschrijving van het stuk geacht wordt niet mede dit recht (...) te betreffen'. Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1196. Zie uitgebreider hierna onder 6.

[31]

De houder van een pandrecht op een vordering zal overigens ook na mededeling niet tegen oudere beperkt gerechtigden beschermd worden op grond van art. 3:239 lid 4 jo. 3:88 lid 1 BW, ook al is hij dan te goeder trouw.

[32]

Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 749. Het afleggen van een beschikkingsbevoegdheidsverklaring kan mijns inziens, behalve bij vuistloos pand op roerende zaken en stil pand op vorderingen, ook van belang zijn bij openbaar pand op vorderingen. Bij volledige beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever is voor een beroep van de pandhouder op art. 3:98 jo. 3:88 lid 1 BW immers goede trouw vereist. Bij beperkte beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever kan de wetenschap van eerdere verpanding van belang zijn bij de verdeling van de executieopbrengst. Zie hierover A. Steneker, Voorrangsvragen bij stil pand op vorderingen, WPNR (2004) 6578, p. 383. Anders: Asser/Mijnssen 3-III, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2003, nr. 122.

[33]

Een dergelijke bescherming geldt alleen voor de verkrijger van roerende zaken, niet-registergoederen, en rechten aan toonder of order (art. 3:86 lid 2 jo. lid 1 BW) en dus niet voor de verkrijger van registergoederen en vorderingen op naam. Ten overvloede: art. 3:238 lid 2 BW is niet van toepassing. Dat artikel beschermt de *pandhouder* tegen eerdere beperkte rechten die rusten op het aan hem *verpande* goed. In casu beroept de *pandgever* zich op bescherming tegen eerdere beperkte rechten die rusten op het aan hem (onder voorbehoud van een pandrecht) *overgedragen* goed.

[34]

Vgl. W.H.M. Reehuis, Stille verpanding (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987, nr. 309.

[35]

Vgl. A.I.M. van Mierlo, Enige zekerheden voor de onbetaalde verkoper van roerende zaken naar NBW, WPNR (1984) 5696, p. 279.

[36]

Vgl. HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (Meijs q.q./Bank of Tokyo).

[37]

Vgl. J.Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht. 5e stuk. Zakenrecht, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, nr. 309.

[38]

Hoewel hierover wel anders wordt gedacht, is mijns inziens na stille cessie de cedent inningsbevoegd en moet de debitor cessus aan de cedent blijven betalen, totdat de cessie aan de debitor cessus is medegedeeld.