

Herverpanding
K.J. Krzemiński

a

Herverpanding
K.J. Krzemiński

ISBN: 978-90-5850-987-1

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers (WLP)
Postbus 313
5060 AH Oisterwijk
info@wolfpublishers.nl
www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 882, 1180 AW te Amstelveen. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© WLP, K.J. Krzemiński

HERVERPANDING

REPLEDGE OF COLLATERAL

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam

op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. H.G. Schmidt

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
vrijdag 7 juni 2013 om 9:30 uur

door

Kasper Jan Krzemiński
geboren te Breda



Promotiecommissie

Promotor: Prof.mr. A.I.M. van Mierlo

Leden: Mr.dr. R. Westrik
Prof.mr. R.M. Wibier (Tilburg University)
Prof.mr. L.C. Winkel

INHOUDSOPGAVE

LIJST VAN AFKORTINGEN	XI
1 INLEIDING.....	13
1.1 INTRODUCTIE TOT HET ONDERWERP.....	13
1.2 VRAAGSTELLING.....	17
1.3 OPZET VAN HET ONDERZOEK	18
1.4 DOEL VAN HET ONDERZOEK	19
1.5 PLAN VAN BEHANDELING.....	20
2 HERVERPANDING ONDER HET OUD BURGERLIJK WETBOEK	21
2.1 INLEIDING.....	21
2.2 (HER)BELENING EN (HER)PROLONGATIE VAN EFFECTEN	21
2.2.1 Belening en prolongatie.....	22
2.2.2 Herbelening en herprolongatie	24
2.3 RECHTSONTWIKKELING ONDER HET OUD BW	26
2.3.1 Oud BW (1838).....	26
2.3.2 Wetswijziging van 1874	30
2.3.3 Literatuur en jurisprudentie.....	35
2.3.3.1 <i>Bevoegdheid tot herverpanding</i>	36
2.3.3.2 <i>Tenietgaan van eerste pandrecht</i>	40
2.3.3.3 <i>Verboden toe-eigening</i>	42
2.3.3.4 <i>Risico's voor de eerste pandgever</i>	45
2.3.4 Deelconclusie.....	47
2.4 BEURSWET 1914 EN BEURSVORSCHRIFTEN 1914	47
2.4.1 Literatuur en jurisprudentie.....	57
2.4.1.1 <i>Bevoegdheid tot herverpanding</i>	57
2.4.1.2 <i>Kritiek op artikel 6 Beurswet 1914</i>	59
2.4.1.3 <i>Gevolgen voor het eerste pandrecht</i>	61
2.4.1.4 <i>Rechtsgevolgen van standaardclausules in belenings- en prolongatiecontracten</i>	62
2.4.2 Behoeftte aan een algemene, wettelijke regeling.....	73
3 HERVERPANDING IN HET ONTWERP NIEUW BURGERLIJK WETBOEK ..	77
3.1 INLEIDING.....	77
3.2 ONTWERP MEIJERS.....	77
3.2.1 Rechtsvergelijkende verwijzing in Toelichting Meijers	81
3.3 HERVERPANDING NAAR ZWITSERS RECHT	84
3.3.1 Herverpanding op grond van artikel 887 ZGB	84
3.3.1.1 <i>Toestemming van de pandgever</i>	86
3.3.1.2 <i>Gevolgen van herverpanding</i>	88
3.3.1.3 <i>Ontbreken van toestemming van de pandgever</i>	90

3.3.2	Plaats van herverpanding in het Zwitsers goederenrecht	91
3.3.3	Bijzondere regels voor herverpanding door banken	92
3.3.3.1	<i>Artikel 17 Bankengesetz en artikel 33 Bankverordnung</i>	93
3.3.3.2	<i>Artikel 22 en 23 Bucheffektengesetz</i>	95
3.4	PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS NIEUW BURGERLIJK WETBOEK.....	97
3.5	BESPREKING VAN HET ONTWERP NIEUW BW IN DE LITERATUUR	102
3.6	INVOERING NIEUW BW	103
4	HERVERPANDING ONDER ARTIKEL 3:242 BW	105
4.1	INLEIDING.....	105
4.2	TOTSTANDKOMING	106
4.2.1	Bevoegdheid tot herverpanding	106
4.2.1.1	<i>Ondubbelzinnige toekenning</i>	107
4.2.1.2	<i>Moment van bevoegdheidsverlening</i>	112
4.2.1.3	<i>Beperkingen van de herverpandingsbevoegdheid</i>	115
4.2.1.4	<i>Voorbeelden van herverpandingsclausules</i>	116
4.2.2	Object van het (her)pandrecht	122
4.2.2.1	<i>Herverpandbare goederen</i>	123
4.2.2.2	<i>Verwisselbaarheid van het pandobject</i>	125
4.2.3	Gesecureerde vordering.....	127
4.2.4	Vestiging van herpandrecht.....	131
4.2.4.1	<i>Aard van het pandobject</i>	132
4.2.4.2	<i>Relevantie van de vestigingswijze van het oorspronkelijke pandrecht</i>	134
4.2.4.3	<i>Herverpanding bij voorbaat van toekomstige goederen</i>	137
4.2.4.4	<i>Meervoudige herverpanding</i>	139
4.2.4.5	<i>Doorgeven van de herverpandingsbevoegdheid</i>	140
4.3	GEVOLGEN VAN HERVERPANDING	141
4.3.1	Rangwisseling tussen het oorspronkelijke pandrecht en het herpandrecht	141
4.3.1.1	<i>Rangwisseling bij herverpanding in het kader van meervoudige verpanding: vier oplossingsrichtingen</i> .	145
4.3.1.2	<i>De gevolgen van de rangwisseling bij herverpanding</i>	149
4.3.1.3	<i>Deelconclusie</i>	153
4.3.2	Rechtspositie van de pandgever	154
4.3.3	Rechtspositie van de pandhouder/herpandgever	156
4.3.4	Rechtspositie van de herpandhouder	158
4.4	EINDE PANDRECHT EN HERPANDRECHT	159
4.4.1	Tenietgaan oorspronkelijke pandrecht	160
4.4.2	Tenietgaan herpandrecht	162

5	PRAKTISCHE TOEPASSING VAN HERVERPANDING	165
5.1	INLEIDING.....	165
5.2	AANWENDEN VAN PANDOBJECT ALS ZEKERHEID VOOR EIGEN SCHULDEN	166
5.3	TOEPASSING IN FINANCIERINGSSTRUCTUREN	167
5.4	ONZEKERHEID OMTRENT ACCESSORITEIT	173
5.5	BEWERKSTELLIGEN VAN EEN AFWIJKENDE RANGORDE VAN PANDRECHTEN	176
6	KNELPUNTEN BIJ HERVERPANDING	179
6.1	INLEIDING.....	179
6.2	UITLEG VAN ALGEMENE OFWEL ONGECLAUSULEERDE HERVERPANDINGSBEDINGEN	179
6.3	ONTBREKEN VAN DE HERVERPANDINGSBEVOEGDHEID OF OVERSCHRIJDING VAN DAARAAN GESTELDE BEPERKINGEN	184
6.3.1	Ontbreken van de herverpandingsbevoegdheid	184
6.3.2	Overschrijding beperkingen van de herverpandingsbevoegdheid.....	186
6.4	EXECUTIE VAN HET (HER)PANDRECHT	188
6.4.1	Executie door de pandhouder/herpandgever	190
6.4.2	Executie door herpandhouder	191
6.5	FAILLISSEMENT EN HERVERPANDING.....	199
6.5.1	Faillissement van de pandgever.....	201
6.5.2	Faillissement van de pandhouder/herpandgever	204
6.5.3	Faillissement van de herpandhouder	210
6.6	BESLAG EN HERVERPANDING	210
6.6.1	Beslag op het (her)pandobject	212
6.6.2	Beslag op de gecureerde vordering	213
6.7	RANGORDE BIJ MEERVOUDIGE (HER)VERPANDING	218
6.7.1	Rangorde bij herverpanding in het kader van meervoudige verpanding.....	219
6.7.2	Rangorde bij meervoudige herverpanding	221
6.7.3	Rangorde bij opvolgende herverpanding	223
6.7.4	Rangorde bij meervoudige herverpanding en meervoudige verpanding.....	224
6.7.5	Rangorde bij opvolgende herverpanding en meervoudige verpanding.....	226
6.8	TOEKENNING VAN STEMRECHT BIJ HERVERPANDING VAN AANDELEN.....	230
7	VERGELIJKING MET ANDERE RECHTSFIGUREN	235
7.1	INLEIDING.....	235
7.2	MEERVOUDIGE VERPANDING	235
7.2.1	Meervoudige verpanding in het algemeen	236
7.2.2	Vergelijking met herverpanding	236
7.3	DERDENPAND	239
7.3.1	Derdenpand in het algemeen	239

7.3.2	Vergelijking met herverpanding.....	241
7.4	VERPANDING VAN DE GESECUREERDE VORDERING.....	244
7.4.1	Verpanding van een geseceureerde vordering.....	244
7.4.2	Vergelijking met herverpanding.....	249
7.5	ONEIGENLIJK PANDRECHT.....	252
7.5.1	Oneigenlijk pandrecht in het algemeen.....	252
7.5.2	Vergelijking met herverpanding.....	254
7.6	FINANCIËLEZEKERHEIDSOVEREENKOMSTEN.....	256
7.6.1	Collateral Richtlijn.....	260
7.6.2	Titel 7.2 BW (Financiële zekerheidsovereenkomsten).....	262
7.6.2.1	<i>Reikwijdte van de regeling in Titel 7.2 BW.....</i>	<i>264</i>
7.6.2.2	<i>Financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht....</i>	<i>266</i>
7.6.2.3	<i>Financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht.....</i>	<i>267</i>
7.6.3	Gebruiksrecht (right of use).....	270
7.6.3.1	<i>Inhoud en strekking van het gebruiksrecht.....</i>	<i>271</i>
7.6.3.2	<i>Overdracht van gelijkwaardige goederen en bijzondere substitutieregel.....</i>	<i>274</i>
7.6.3.3	<i>Gevolgen voor de positie van de fzo-pandgever.....</i>	<i>278</i>
7.6.3.4	<i>Behoeftte aan een algemeen gebruiksrecht.....</i>	<i>280</i>
7.6.4	Vergelijking met herverpanding.....	283
7.6.4.1	<i>Overeenkomsten.....</i>	<i>284</i>
7.6.4.2	<i>Verschillen.....</i>	<i>286</i>
8	HERVERPANDING IN HET GOEDERENRECHTELIJK SYSTEEM.....	289
8.1	INLEIDING.....	289
8.2	BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID VAN DE PANDHOUDER/HERPANDGEVER.....	290
8.2.1	Beschikkingsbevoegdheid.....	291
8.2.2	Beschikkingsbevoegdheid van niet-rechthebbenden.....	292
8.2.2.1	<i>Beschikkingsbevoegdheid op grond van de wet.....</i>	<i>293</i>
8.2.2.2	<i>Beschikkingsbevoegdheid krachtens rechtshandeling.....</i>	<i>294</i>
8.2.3	Het karakter van de herverpandingsbevoegdheid.....	300
8.3	TOTSTANDKOMING VAN HET HERPANDRECHT.....	306
8.3.1	Leverings- en vestigingsformaliteiten.....	306
8.3.1.1	<i>Bevoegdelijke levering door niet-rechthebbende.....</i>	<i>307</i>
8.3.1.2	<i>Bevoegdelijke vestiging van een pandrecht door niet-rechthebbende.....</i>	<i>310</i>
8.3.1.3	<i>Bevoegdelijke vestiging van een herpandrecht door niet-rechthebbende.....</i>	<i>312</i>
8.3.2	Totstandkoming van het herpandrecht.....	313
8.4	HET KARAKTER VAN PANDRECHT ALS BEPERKT ZEKERHEIDSRRECHT.....	315
8.4.1	Karakter van pand als zekerheidsrecht.....	316

8.4.2	Verhouding tussen herverpandingsbevoegdheid en het karakter van pandrecht als beperkt zekerheidsrecht	319
8.5	PRIORITEITSBEGINSEL	324
8.5.1	Prioriteitsbeginsel en de rangorde van pandrechten.....	325
8.5.2	Rangwisseling bij herverpanding.....	329
8.6	ACCESSORITEITSBEGINSEL	333
8.6.1	Accessoriteit van pandrechten in het algemeen	333
8.6.2	Afhankelijkheid van het herpandrecht	334
9	SLOTBESCHOUWING	339
9.1	INLEIDING.....	339
9.2	WISSELWERKING TUSSEN BEHOEFTE VAN DE PRAKTIJK EN GOEDERENRECHTELIJKE SYSTEMATIEK	339
9.3	ACHTERLIGGEND BELANG BIJ HERVERPANDING EN MOGELIJKE ALTERNATIEVEN	345
9.4	AANBEVELINGEN VOOR AANPASSING VAN DE WETTELIJKE REGELING VAN HERVERPANDING IN ARTIKEL 3:242 BW.....	349
9.4.1	Aanscherping van de vereisten voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid.....	349
9.4.2	Maximering van de door het herpandrecht te zekeren vordering.....	352
9.4.3	Wettelijke verankering van de rangwisseling bij herverpanding.....	353
9.4.4	Verklaring pandhouder omtrent het herpandrecht	354
9.4.5	Concepttekst voor aanpassing van artikel 3:242 BW.....	354
	SAMENVATTING	357
	SUMMARY	365
	VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR.....	373
	JURISPRUDENTIE.....	395
	WET- EN REGELGEVING.....	397
	BIJLAGEN	401
	BIJLAGE I: TITEL 2.19 OUD BW (1838)	401
	BIJLAGE II: TITEL 2.19 OUD BW (NA WETSWIJZIGING VAN 1874)	403
	BIJLAGE III: REGLEMENT VOOR DEN EFFECTENHANDEL	405
	BIJLAGE IV: BEURSWET 1914	409
	BIJLAGE V: BEURSVORSCHRIFTEN 1914	411

TREFWOORDENREGISTER	415
CURRICULUM VITAE.....	419

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	<i>Ars Aequi</i>
Aant.	Aantekening(en)
AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel(en)
BankG	<i>Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen</i> (Zwitserland)
BankV	<i>Verordnung über die Banken und Sparkassen</i> (Zwitserland)
BEG	<i>Bundesgesetz über Bucheffekten</i> (Zwitserland)
BEHG	<i>Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel</i> (Zwitserland)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Duitsland)
BW (NBW)	Burgerlijk Wetboek (1992)
C.	<i>Codex (Corpus Iuris Civilis)</i>
Cc.	<i>Code civil</i>
D.	Digesten (<i>Corpus Iuris Civilis</i>)
Diss.	Dissertatie
Fw	Faillissementswet
Fzo	Financiële zekerheidsovereenkomst
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JIN	Jurisprudentie Insolventierecht
JBPR	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
Necigef	Nederlands Centraal Instituut voor Giraal Effectenverkeer ('Euroclear Nederland')
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
Nrgfo	Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
Oud BW	Oud Burgerlijk Wetboek
Par.	Paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
Rb	Rechtbank
r.o.	Rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SPV	<i>Special purpose vehicle</i>
Sr	Wetboek van Strafrecht
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Zwitserland)
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TM	Toelichting Meijers
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
W.	Weekblad voor het Recht

Lijst van afkortingen

Wft	Wet op het financieel toezicht
Wge	Wet giraal effectenverkeer
Wna	Wet op notarisambt
Wte	Wet Toezicht Effectenverkeer 1991
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
ZGB	<i>Zivilgesetzbuch</i> (Zwitserland)

1 INLEIDING

1.1 Introductie tot het onderwerp

Herverpanding is een opmerkelijke figuur in het Nederlandse zekerhedenrecht. De in artikel 3:242 BW geregelde vorm van verpanding houdt in dat een pandhouder een door hem in pand verkregen goed verpand aan een derde. De pandhouder vestigt dus tot zekerheid van een eigen schuld een nieuw pandrecht – het 'herpandrecht' – op een goed dat aan de pandgever toebehoort. Een pandhouder is slechts tot herverpanding bevoegd indien de pandgever hem "ondubbelzinnig" de herverpandingsbevoegdheid heeft toegekend. De essentie van herverpanding kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende – vereenvoudigde – casus:

(A) is eigenaar van een horloge. (A) leent geld van Bank (B). Omdat Bank (B) zekerheid verlangt voor terugbetaling van deze geldlening, vestigt (A) een pandrecht op zijn horloge ten gunste van Bank (B). In het kader van dit pandrecht verleent (A) tevens de bevoegdheid aan Bank (B) om het in pand gegeven horloge te herverpanden. Om haar leningsactiviteiten te financieren, leent Bank (B) op haar beurt geld van Bank (C). Omdat ook Bank (C) zekerheid verlangt voor deze geldlening, vestigt Bank (B) op grond van de herverpandingsbevoegdheid een nieuw pandrecht – het 'herpandrecht' – ten gunste van Bank (C) op het horloge van (A).

Zoals blijkt uit het voorbeeld, zijn bij herverpanding steeds drie partijen betrokken, namelijk: (i) een pandgever, die in de regel eigenaar/rechthebbende van het pandobject is (hierna: de *pandgever*), (ii) een pandhouder die – op grond van de hem door de pandgever verleende bevoegdheid – een herpandrecht vestigt op het pandobject (hierna: de *pandhouder/herpandgever*), en (iii) een derde aan wie het pandobject wordt herverpand (hierna: de *herpandhouder*). Als gevolg van herverpanding komen twee pandrechten op het pandobject te rusten, namelijk: het pandrecht van de pandhouder/herpandgever en het herpandrecht van de herpandhouder. Voor de leesbaarheid spreek ik in deze studie van het *oorspronkelijke pandrecht*, respectievelijk het *herpandrecht*.

Herverpanding vindt haar wettelijke grondslag in artikel 3:242 BW. Dit artikel vormt in vergelijking met het tot 1 januari 1992 geldende recht een opvallende toevoeging aan de wettelijke regeling van pandrecht in het huidige BW. In het Oud BW ontbrak immers een wettelijke regeling van herverpanding. Ook belangrijke Europese codificaties die van invloed zijn geweest op het Nederlandse privaatrecht – zoals het Duitse *Bürgerliche Gesetzbuch* en de Franse *Code civil* – bevatten geen algemene regeling van herverpanding. De vraag is derhalve wat de

oorsprong van artikel 3:242 BW is, en waarom deze bepaling in het huidige BW is opgenomen.

De tekst van artikel 3:242 BW en de bijbehorende parlementaire toelichting zijn tamelijk summier. Hieruit kan men eigenlijk niet meer opmaken dan dat een pandhouder in beginsel onbevoegd is een in pand verkregen goed te herverpanden. Een pandhouder is alleen bevoegd het pandobject te herverpanden – ofwel, in de woorden van de parlementaire toelichting: "*op eigen naam op het aan de pandgever toebehorende goed een nieuw pandrecht te vestigen*" – indien hem de bevoegdheid daartoe "*ondubbelzinnig*" is toegekend.¹ Over de strekking en gevolgen van herverpanding wordt in de wet en parlementaire toelichting maar weinig duidelijkheid gegeven. Een groot aantal vragen blijft onbeantwoord.

De figuur van herverpanding roept echter vrijwel direct vragen op. Om de lezer een idee te geven van de uiteenlopende knelpunten en onzekerheden die herverpanding tot gevolg kan hebben, zet ik deze kort uiteen aan de hand van de hiervoor weergegeven casus.

Wanneer de pandhouder van de hem toegekende herverpandingsbevoegdheid gebruik maakt, vestigt hij in eigen naam een nieuw pandrecht (het herpandrecht) op het pandobject. Wat terstond in het oog springt, is dat de pandhouder daarbij beschikt over een goed van een ander, namelijk: het pandobject dat aan de pandgever (eigenaar/rechthebbende) toebehoort. Zo herverpand in het voorbeeld Bank (B) het horloge van (A). Dit druist op het eerste gezicht in tegen een van de meest fundamentele beginselen van het Nederlands goederenrecht: het *nemo plus*-beginsel. Dit beginsel houdt in dat niemand meer recht aan een ander kan overdragen dan hij zelf heeft. Het brengt mee dat in beginsel uitsluitend de eigenaar/rechthebbende bevoegd is om over een hem toebehorend goed te beschikken, bijvoorbeeld door het met een pandrecht te bezwaren. Herverpanding lijkt van dit uitgangspunt af te wijken. Een pandhouder is namelijk – buiten het geval van executie – niet bevoegd om over het pandobject te beschikken. De vraag is dus hoe het kan dat een pandhouder beschikt over een hem in pand gegeven goed dat niet aan hem, maar aan de pandhouder toebehoort. In dit verband kan men zich tevens afvragen hoe de herverpandingsbevoegdheid moet worden opgevat. Kan een eigenaar/rechthebbende 'zomaar' aan een ander de bevoegdheid verlenen om een pandrecht op een hem toebehorend goed te vestigen? Hoe moet een dergelijke bevoegdheidsverlening goederenrechtelijk worden gekwalificeerd en hoe verhoudt deze zich met het karakter van pand als zekerheidsrecht?

¹ Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht), p. 766-767.

Zoals reeds opgemerkt, moet de herverpandingsbevoegdheid "*ondubbelzinnig*" door de pandgever aan de pandhouder worden toegekend. Uit de wet en parlementaire toelichting blijkt echter niet duidelijk wat onder "*ondubbelzinnig*" moet worden verstaan. Kennelijk heeft de wetgever beoogd geen formeel vereiste te stellen aan toekenning van de herverpandingsbevoegdheid. De herverpandingsbevoegdheid behoeft aldus niet noodzakelijkerwijs schriftelijk te worden vastgelegd in de pandakte. De vraag rijst dan hoe de bevoegdheid dan wél moet worden toegekend? En welke eisen moeten worden gesteld aan de bewijsbaarheid van (toekenning van) de bevoegdheid tot herverpanding, mede gezien het uitgangspunt dat een pandhouder buiten executie niet bevoegd is over het aan de pandgever toebehorende goed te beschikken?

Ook bij de inhoud en strekking van de herverpandingsbevoegdheid kan men een aantal vraagtekens plaatsen. Zo kan men zich afvragen waartoe de herverpandingsbevoegdheid nu eigenlijk precies de bevoegdheid geeft. Blijkens de parlementaire toelichting geeft zij – zoals wij hiervoor al zagen – de bevoegdheid om "*op eigen naam op het aan de pandgever toebehorende goed een nieuw pandrecht te vestigen*". Maar tot hoever reikt deze bevoegdheid? Mag de pandhouder bijvoorbeeld een herpandrecht vestigen tot zekerheid van een hogere vordering dan hij zelf op de pandgever heeft? Stel dat Bank (B) in het voorbeeld een vordering van EUR 100,- op (A) heeft uit hoofde van de onderlinge geldlening, en Bank (B) tot zekerheid van deze vordering een oorspronkelijk pandrecht heeft verkregen op het horloge van (A), dat EUR 1000,- waard is. Mag Bank (B) in dat geval een herpandrecht vestigen tot zekerheid van een eigen schuld aan Bank (C) van EUR 1000,-? De vraag is – met andere woorden – of een pandhouder/herpandgever de volle waarde van het pandobject mag 'belenen', of dat hij in dit opzicht beperkt is tot de hoogte van de vordering tot zekerheid waarvan het oorspronkelijke pandrecht is gevestigd?

Ook over de gevolgen van herverpanding bestaat de nodige onduidelijkheid. Als gevolg van herverpanding verkrijgt de herpandhouder een zelfstandig pandrecht op het pandobject, dat naast het oorspronkelijke pandrecht op het pandobject komt te rusten. Het pandobject – het horloge van (A) in het voorbeeld – is aldus met twee pandrechten bezwaard: het oorspronkelijke pandrecht van Bank (B) en het herpandrecht van Bank (C). Daarbij wordt aangenomen dat het herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever gaat. Dit bevreedt op het eerste gezicht, omdat het oorspronkelijke pandrecht eerder in tijd is gevestigd dan het herpandrecht. Tussen het herpandrecht en het oorspronkelijke pandrecht vindt echter een bijzonder soort rangwisseling plaats. De vraag is echter hoe deze rangwisseling zich verhoudt tot het prioriteitsbeginsel, dat gewoonlijk de rangorde van pandrechten beheerst.

Herverpanding kan, met name voor de pandgever, verstrekkende gevolgen hebben, zoals blijkt uit het volgende. Zoals hiervoor reeds opgemerkt, vormt het herpandrecht een zelfstandig pandrecht dat tot zekerheid van een vordering van de herpandhouder strekt. In het voorbeeld krijgt herpandhouder Bank (C) een zelfstandig herpandrecht op het horloge van (A) tot zekerheid van de schuld van Bank (B). De zelfstandigheid van het herpandrecht brengt mee dat het herpandrecht op het pandobject blijft rusten, wanneer de pandgever zijn schuld aan de pandhouder/herpandgever voldoet en daarmee het oorspronkelijke pandrecht doet tenietgaan. Indien (A) in het voorbeeld zijn lening aan Bank (B) aflost, krijgt hij daarmee niet automatisch zijn horloge onbezwaard terug. Bank (C) behoudt hierop haar herpandrecht, dat zij ook aan (A) kan tegenwerpen. Het herpandrecht van Bank (C) vervalt pas op het moment dat de schuld van Bank (B) aan Bank (C) wordt afgelost. Als gevolg hiervan zal (A), indien hij zijn horloge wil terugkrijgen, ofwel moeten bewerkstelligen dat Bank (B) haar schuld aan Bank (C) aflost, ofwel zelf de (herpand)schuld van Bank (B) aan Bank (C) moeten voldoen.

In geval van executie van het herpandrecht, manifesteren de aan herverpanding verbonden risico's zich in volle omvang. Wanneer de door het herpandrecht gezekerde vordering niet wordt voldaan, kan de herpandhouder het pandobject executeren. In het voorbeeld, kan herpandhouder Bank (C) – indien Bank (B) in verzuim is met voldoening van haar schuld aan Bank (C) – het horloge van (A) executoriaal verkopen en zich bij voorrang op de executieopbrengst verhalen. Het gevolg hiervan is onder meer dat (A) de eigendom van het horloge verliest. Dit is de ultieme consequentie van het verlenen van de herverpandingsbevoegdheid: de pandgever kan de eigendom van het pandobject – het horloge in het voorbeeld – verliezen voor een schuld van een ander. Voor dit eigendomsverlies zal de pandgever vervolgens compensatie moeten zoeken bij de pandhouder/herpandgever, met alle denkbare complicaties van dien. Men kan zich afvragen waarom een pandgever überhaupt bereid zou zijn de herverpandingsbevoegdheid aan een pandhouder te verlenen. Herverpanding draait in de feite de rollen tussen partijen om: de pandgever zou zich moeten vergewissen van de kredietwaardigheid van zijn eigen financier, opdat zijn goed niet (zomaar) zal worden uitgewonnen en hij – in geval zijn goed wél wordt uitgewonnen – voldoende mogelijkheden tot verhaal heeft. Gezien deze potentieel verstrekkende gevolgen van herverpanding dringt de vraag zich op of de wet wel voldoende waarborgen biedt ter bescherming van de pandgever. Het wettelijke vereiste van "*ondubbelzinnige*" toekenning van de herverpandingsbevoegdheid lijkt in dit verband slechts een beperkte waarborg te bieden.

Tot slot kan de vraag worden gesteld waarom een pandhouder belang zou hebben bij herverpanding. Waarom zou aan een pandhouder de bevoegdheid moeten worden verleend om het pandobject te kunnen gebruiken als onderpand voor een

eigen schuld? De herverpandingsbevoegdheid lijkt met de zekerheidsfunctie van het oorspronkelijke pandrecht niets te maken te hebben. De herverpandingsbevoegdheid vormt immers geen versterking van de verhaals- en zekerheidspositie van een pandhouder ten opzichte van de pandgever/schuldenaar. In het voorbeeld wordt de zekerheidspositie van Bank (B) wat betreft de terugbetaling van de schuld van (A) niet sterker door een herpandrecht ten gunste van Bank (C) op het horloge te vestigen. Sterker nog: met uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid lijkt een geheel ander – en mogelijk zelfs een tegengesteld – belang te zijn gediend dan het primaire zekerheidsbelang van de pandhouder. De herverpandingsbevoegdheid geeft de pandhouder namelijk een zeker gebruiksrecht ten aanzien van het pandobject. In het voorbeeld kan Bank (B) het horloge aanwenden als onderpand voor een eigen schuld aan Bank (C). Een dergelijk gebruiksrecht lijkt niet goed te passen in de traditionele opvatting van pand als beperkt zekerheidsrecht en lijkt bovendien op gespannen voet te staan met verplichtingen en (beperkte) bevoegdheden van een pandhouder ten aanzien van het pandobject. Zo moet een (vuist)pandhouder als goed pandhouder voor het pandobject zorg dragen; mag hij het pandobject niet voor eigen doeleinden gebruiken; en mag hij slechts in geval van executie – wanneer de schuldenaar in verzuim is met voldoening van de gezeekerde vordering – het pandobject executeren. Tegen deze achtergrond dringt de vraag zich op hoe herverpanding zich verhoudt tot het karakter van pand als zekerheidsrecht.

1.2 Vraagstelling

Zoals blijkt uit voorgaande introductie, bestaat de nodige onduidelijkheid over de vereisten, kenmerken en rechtsgevolgen van herverpanding onder artikel 3:242 BW. Deze en vele andere vragen omtrent herverpanding vormen het onderwerp van dit boek.

De vragen en onduidelijkheden die in de vorige paragraaf aan de orde kwamen, hebben met elkaar gemeen dat zij in essentie de verhouding raken tussen herverpanding en een aantal fundamentele beginselen van het Nederlandse goederenrecht. Zo bestaat een zekere spanning tussen de rechtsfiguur van herverpanding en het vereiste van beschikkingsbevoegdheid (de pandhouder vestigt een herpandrecht op een goed van een ander), het prioriteitsbeginsel (het later in tijd gevestigde herpandrecht gaat in rang boven het eerder gevestigde, oorspronkelijke pandrecht) en het karakter van pandrecht als beperkt zekerheidsrecht (herverpanding draagt niet bij aan de zekerheidspositie van de pandhouder/herpandgever). Dit alles maakt herverpanding een moeilijk te plaatsen rechtsfiguur. De plaats van herverpanding in het goederenrechtelijke systeem vormt het thema van dit onderzoek.

De centrale vraagstelling laat zich als volgt formuleren:

Wat is de plaats van herverpanding in het goederenrechtelijk systeem?

Deze centrale vraagstelling valt in de volgende deelvragen uiteen:

- (i) *Wat is de oorsprong van de huidige regeling van herverpanding in artikel 3:242 BW?*
- (ii) *Wat zijn de kenmerken en rechtsgevolgen van herverpanding onder artikel 3:242 BW?*
- (iii) *Hoe verhoudt de figuur van herverpanding zich tot andere rechtsfiguren in het Burgerlijk Wetboek?*
- (iv) *Hoe verhoudt de figuur van herverpanding zich tot de fundamentele beginselen van het goederenrecht?*

Deze deelvragen vertalen zich naar de opzet van mijn onderzoek en de hoofdstukindeling van dit boek.

1.3 Opzet van het onderzoek

Dit onderzoek bestaat uit drie onderdelen, waarbij ieder onderdeel staat voor een bepaalde benadering van de rechtsfiguur. Het eerste deel van het onderzoek bestaat uit een rechtshistorische benadering (hoofdstukken 2 en 3). In dit deel zal worden onderzocht welke historische ontwikkelingen hebben geleid tot de huidige wettelijke regeling van herverpanding in artikel 3:242 BW. Het tweede deel van het onderzoek bestaat uit een positiefrechtelijke benadering (hoofdstukken 4, 5, en 6). In dit deel zal worden ingegaan op de wettelijke vereisten, de kenmerken en rechtsgevolgen van herverpanding onder artikel 3:242 BW, de praktische toepassing van herverpanding, alsmede de verschillende knelpunten die zich bij toepassing van herverpanding kunnen voordoen. Het derde en laatste deel van het onderzoek bestaat uit een rechtssystematische benadering (hoofdstukken 7 en 8). In dit deel zal de plaats van herverpanding in het goederenrechtelijke systeem worden onderzocht. Daartoe zal de figuur van herverpanding worden vergeleken met andere rechtsfiguren, waaronder derdenpand, verpanding van een gecureerde vordering, oneigenlijk pandrecht en het gebruiksrecht bij een financiële zekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht. Tevens zal de verhouding van herverpanding met een aantal fundamentele beginselen van het goederenrecht worden besproken.

Voor het schrijven van een proefschrift is een duidelijke afbakening van het onderzoeksterrein noodzakelijk. Dit dwingt tot het maken van – soms moeilijke – keuzes. Zo heb ik ervoor gekozen de rechtshistorische benadering van het onderwerp te beperken tot de ontwikkeling vanaf de invoering van het Oud Burger-

lijk Wetboek in 1838. Een bespreking van de figuur van herverpanding in het Romeinse recht laat ik in dit onderzoek buiten beschouwing. De reden hiervoor is tweeledig. In de eerste plaats vindt de thans in artikel 3:242 BW opgenomen wettelijke regeling van herverpanding – anders dan de meeste privaatrechtelijke figuren – haar oorsprong niet in het gereciperde Romeinse recht, maar veeleer in de bancaire praktijk van belening en prolongatie van effecten in de 19e en begin 20e eeuw. In de tweede plaats vormen de Romeinsrechtelijke basis van 'herverpanding' en haar receptiegeschiedenis onderwerp voor een afzonderlijke studie. Hierover is reeds het nodige geschreven.² Dit onderzoek bevat evenmin een algemeen rechtsvergelijkend onderzoek naar herverpanding in de ons omringende rechtssystemen. Hoewel een dergelijk onderzoek mogelijk een aanvullend perspectief zou kunnen bieden, gingen de mogelijkheden daartoe het bestek van dit boek te buiten. Hierbij komt dat ons omringende rechtssystemen, waaronder Frankrijk en Duitsland, geen algemene wettelijke regeling van herverpanding kennen. Een verklaring hiervoor kan worden gezocht in het feit dat herverpanding niet is terug te voeren op een gereciperde, Romeinsrechtelijke grondslag. Wel besteed ik in de bespreking van de herverpandingsregeling in het Ontwerp Meijers (hoofdstuk 3) aandacht aan de regeling van herverpanding in artikel 887 van het Zwitserse *Zivilgesetzbuch*. Deze Zwitserse regeling heeft namelijk model gestaan voor de door Meijers in artikel 3.9.2.4 van het Ontwerp voor een Nieuw BW opgenomen regeling en biedt een aanvullend perspectief voor bestudering van de figuur van herverpanding naar Nederlands recht in het algemeen en artikel 3:242 BW in het bijzonder.

1.4 Doel van het onderzoek

Het belang van dit onderzoek schuilt mijns inziens primair in de informatieve waarde ervan. Zoals opgemerkt, zijn zowel de tekst van artikel 3:242 BW als de parlementaire toelichting hierop tamelijk summier. Over de vereisten, kenmerken en rechtsgevolgen van herverpanding wordt in de wettekst en parlementaire toelichting onvoldoende duidelijkheid gegeven. Bovendien is over herverpanding in de zin van artikel 3:242 BW tot op heden relatief weinig geschreven en lijkt het onderwerp vrijwel geen jurisprudentie te hebben voortgebracht. Een volledig overzicht van de vereisten, kenmerken en rechtsgevolgen van herverpanding ontbrak tot nu toe. Dit onderzoek strekt in de eerste plaats ten doel deze leemte op te vullen. Daarbij hoop ik dat dit onderzoek de rechtspraktijk handvatten kan bieden voor de uiteenlopende problemen die zich bij herverpanding kunnen voordoen. In de tweede plaats hoop ik een aanzet te geven voor verdere gedachtevorming over de rechtsfiguur van herverpanding, alsmede over het achterliggende spanningsveld tussen goederenrechtelijke systematiek enerzijds en de in

² Zie onder meer: Out 2005, p. 116-130; en Zwolve 1994, p. 446 e.v.; beiden met verdere literatuurverwijzingen.

de praktijk bestaande behoefte aan een flexibel zekerhedenrecht anderzijds. In dat verband zal ik onder meer de bestaande regeling van herverpanding in artikel 3:242 BW tegen het licht houden en suggesties doen ter verbetering.

1.5 Plan van behandeling

De opbouw van dit onderzoek is als volgt. Allereerst bespreek ik de historische ontwikkeling van herverpanding naar oud recht, zoals deze heeft geleid tot de huidige wettelijke regeling in artikel 3:242 BW. In hoofdstuk 2 ga ik in op het verschijnsel van (her)belening en (her)prolongatie van effecten, zoals in de effectenhandel en bancaire praktijk van de 19e en begin 20e eeuw veelvuldig voorkwam. Aansluitend wordt ingegaan op de eerste wettelijke regeling van herverpanding in artikel 6 Beurswet 1914 en de in de praktijk gegroeide behoefte aan het opnemen van een algemene regeling van herverpanding in het Burgerlijk Wetboek. In aansluiting op de ontwikkeling van herverpanding onder het Oud BW, bespreek ik in hoofdstuk 3 de regeling van herverpanding in artikel 3.9.2.4 van het Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek. In dat verband zal ik een rechtsvergelijkende uitstap maken naar Zwitsers recht. Vervolgens bespreek ik in hoofdstuk 4 de figuur van herverpanding onder de huidige regeling in artikel 3:242 BW. De kenmerken van herverpanding zullen aldaar worden behandeld in de thematische volgorde van totstandkoming, gevolgen en einde van het herpandrecht. Aansluitend bespreek ik de mogelijke, praktische toepassingen van herverpanding in hoofdstuk 5. Aansluitend ga ik in hoofdstuk 6 in op de uiteenlopende complicaties die zich bij herverpanding kunnen voordoen. Uit de bespreking van deze knelpunten komt naar voren dat herverpanding op gespannen voet staat met een aantal basisprincipes van het goederenrecht.

Het derde deel van het onderzoek, dat wordt gevormd door hoofdstukken 7 en 8, is gericht op het in kaart brengen van de plaats van herverpanding in het goederenrechtelijk systeem. In hoofdstuk 7 zal de figuur van herverpanding worden vergeleken met andere rechtsfiguren, waaronder derdenpand, verpanding van een geseceerde vordering, oneigenlijk pandrecht en het gebruiksrecht bij een financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht. In hoofdstuk 8 ga ik in op de verhouding van herverpanding met een aantal fundamentele goederenrechtelijke beginselen. Het onderzoek wordt afgesloten met een beschouwing over de plaats van herverpanding in het goederenrechtelijk systeem, de wenselijkheid van een dergelijke rechtsfiguur in het algemeen en de noodzaak van wettelijke vereisten en waarborgen ter bescherming van de belangen van betrokken partijen. In deze slotbeschouwing zal tevens een aantal aanbevelingen worden gedaan voor aanpassing van de huidige wettelijke regeling van herverpanding zoals neergelegd in artikel 3:242 BW.

Het manuscript is afgesloten op 31 december 2012.

2 HERVERPANDING ONDER HET OUD BURGERLIJK WETBOEK

2.1 Inleiding

Anders dan in het huidig BW, ontbrak in het Oud BW een wettelijke regeling van herverpanding. In de praktijk vond herverpanding desondanks veelvuldig plaats. De rechtsfiguur kwam voort uit de effectenhandel en de bancaire praktijk van de 19^e eeuw. Effectenhandelaren – zoals banken en commissionairs – verstrekten geregeld leningen tegen onderpand van effecten. De in pand ontvangen effecten gaven zij op hun beurt in pand teneinde zelf krediet te verkrijgen. Deze vorm van herverpanding was in de praktijk algemeen geaccepteerd, maar onomstreden was de rechtsfiguur bepaald niet.

In dit hoofdstuk geef ik een overzicht van de ontwikkeling van herverpanding naar oud recht, die heeft geleid tot de huidige wettelijke regeling. Met deze bespreking pretendeer ik geenszins alle aspecten van deze historische ontwikkeling te belichten. Het hoofdstuk vormt echter een noodzakelijke en verdiepende inleiding tot de bespreking van de rechtsfiguur herverpanding in het huidig Nederlands privaatrecht. In die bespreking zal ik teruggrijpen op de in dit hoofdstuk te bespreken historische achtergrond. Hierna zal ik achtereenvolgens ingaan op de praktijk van (her)belening en (her)prolongatie van effecten, de wettelijke regeling van pand in het Oud BW en de vastlegging van de herverpandingsbevoegdheid in artikel 6 van de Beurswet 1914. Ter afsluiting van dit hoofdstuk bespreek ik de totstandkoming van de wettelijke regeling van herverpanding in het huidig BW: artikel 3:242 BW.

2.2 (Her)belening en (her)prolongatie van effecten

Voor een goed begrip van de ontwikkeling van de rechtsfiguur herverpanding moet kort worden stilgestaan bij het verschijnsel van (her)belening en (her)prolongatie, dat vooral in de effectenhandel en bancaire praktijk in de 19^e en begin 20^e eeuw veel voorkwam.

In de tweede helft van de 19^e eeuw had de effectenhandel een hoge vlucht genomen. Tegen de achtergrond van de Industriële Revolutie groeiden industriële en handelsondernemingen en werden grote infrastructurele projecten (zoals spoorwegen) opgezet met particulier kapitaal.³ De vraag naar vrij beschikbaar kapitaal

³ Zie onder meer: Grundmann-van de Krol 2012, p. 4; en Schukking 1947, p. 8-12.

nam daardoor sterk toe. In dezelfde periode ontstond een bloeiende emissiepraktijk. Voor de grotere ondernemingen bleek de publieke naamloze vennootschap de meest geschikte financiële organisatievorm en door de emissie van aandelen konden dergelijke ondernemingen grote sommen geld aantrekken, die zij anders op de kapitaalmarkt zouden moeten lenen.⁴ Het effectenbezit en de effectenhandel maakten als gevolg hiervan een enorme groei door.

In de praktijk verstrekten banken en commissionairs⁵ zeer vaak leningen tegen onderpand van effecten. Dit gebeurde in verschillende vormen en onder verschillende benamingen. De meest voorkomende vormen van geldlening tegen onderpand van effecten waren '*belening*' en '*prolongatie*'. Belening of prolongatie van effecten was een eenvoudige wijze van financiering van andere, kortlopende schulden.⁶ Effecten waren bij uitstek geschikt als onderpand, omdat zij snel en gemakkelijk verhandelbaar waren. Daarnaast kon door middel van belening of prolongatie met geleend geld worden belegd in effecten. Omdat de effectenhandel destijds vrijwel uitsluitend een contante handel was, waren beleggers die over onvoldoende liquide middelen beschikten, genoodzaakt geld te lenen van hun bank of commissionair. De effecten die met het geleende geld werden gekocht, konden voor deze leningen als onderpand dienen.⁷

2.2.1 *Belening en prolongatie*

Bij zowel belening als prolongatie werd een geldlening tegen onderpand van effecten verstrekt. De twee leningsvormen waren vrijwel identiek en verschilden voornamelijk wat betreft de looptijd van de lening en, daaraan gekoppeld, het toepasselijk rentetarief en de vereiste overwaarde (surplus) van het onderpand.⁸ Prolongatie was een overeenkomst van geldlening tegen onderpand van effecten, die voor een periode van één maand werd gesloten. De waarde van het onderpand moest bij prolongatie in beginsel minimaal 110% van de geleende som be-

⁴ Schukking 1947, p. 10; en Van Deventer 1929 (slot), p. 785.

⁵ Omwille van de leesbaarheid zal ik hierna steeds over banken als geldgever/herpandgever spreken.

⁶ Da Costa 1893, p. 5.

⁷ Edersheim 1914, p. 7 e.v.; De Vries 1915, p. 5; De Kat 1932, p. 581; en Wertheim 1935, p. 24. Op deze wijze konden beleggers een grote hefboomwerking realiseren. Door met geleend geld te beleggen, kon men potentieel enorme rendementen behalen. De risico's die hiertegenover stonden waren begrijpelijkerwijs navenant. Daarnaast kwam het voor dat effectenbezitters effecten, die zij om een bepaalde reden niet te gelde wilden maken, beleenden om in een tijdelijke geldbehoefte te voorzien.

⁸ Het begrip 'prolongatie' kan naast het begrip 'belening', dat de lading van de transactie beter verwoordt, mogelijk tot enige verwarring leiden. In essentie, betreffen belening en prolongatie van effecten dezelfde leningsvorm, zij het voor een verschillende termijn afgesloten. In de literatuur werd dan ook opgemerkt dat wellicht beter gesproken zou kunnen worden van korte belening (1 maand; i.e. 'prolongatie') en lange belening (3 maanden; i.e. 'belening'). Ik zal hier echter steeds spreken van "prolongatie" respectievelijk "belening". Zie ook: Levy 1860, p. 1-2.

dragen.⁹ Belening was een geldlening tegen onderpand die voor een periode van drie maanden werd verstrekt. Bij belening kon het onderpand naast effecten ook uit andere goederen bestaan, al kwam belening van effecten veruit het meeste voor.¹⁰ Bij belening diende de waarde van de beleende effecten of goederen minimaal 120% van de som van de lening te bedragen.¹¹

Verder hadden prolongatie en belening veel overeenkomsten. Zo werden beide leningsvormen geacht na afloop van de contractperiode stilzwijgend te zijn gecontinueerd met een nieuwe periode van één maand respectievelijk drie maanden tegen ofwel dezelfde rentekoers als overeengekomen ofwel tegen de op de dag van verlenging geldende rentekoers. Dit was slechts anders indien één van partijen voorafgaand aan de vervaldag had aangegeven de leningsovereenkomst te willen beëindigen. Bij zowel belening als prolongatie kon de geldnemer de lening tussentijds aflossen, met dien verstande dat hij bij prolongatie rente over ten minste 15 dagen en bij belening rente over de volle drie maanden verschuldigd was. Indien gedurende de looptijd de overwaarde van het onderpand door een daling van beurskoersen tot onder de vereiste grens (i.e. een surplus van 20% bij belening en 10% bij prolongatie) daalde, was de geldnemer onder beide overeenkomsten verplicht het onderpand met andere effecten aan te vullen. Tot slot was het onderpand bij zowel prolongatie als belening subsidiair verbonden voor alle andere beleningen of prolongaties die tussen partijen waren of mochten worden gesloten.¹²

Prolongatiecontracten kwamen in de praktijk veruit het meeste voor.¹³ Zoals reeds opgemerkt, bood deze korte leningsvorm een aantrekkelijke financieringsmogelijkheid voor de aankoop van effecten. Illustratief is onderstaand voorbeeld dat De Kat in zijn *rechtskundig, economisch en administratief handboek* gaf.

"I. A., wonende te Haarlem, doch te Amsterdam werkzaam, die over f 2000 in geld beschikt, wil gewoone aandelen Union Pacific koopen tegen 160%. Als hij \$ 5000 van dit fonds laat koopen, luidt de afrekening:

<i>\$ 5000 Unions Common à 160%</i>	<i>f 20.000,-</i>
<i>Provisie ¼ %</i>	<i>„ 50,-</i>
	<i>f 20.050,-</i>

Hij betaalt daarop f 2000 en sluit over het saldo van f 18.050,- een prolongatie af, met de gekochte effecten als onderpand. Van rechtskundig standpunt komt dit hierop neer, dat de commissionair van A. tegen rentevergoeding crediet geeft voor het

⁹ Vergelijk: Art. 42 en 49 Reglement voor den Effectenhandel 1876. Zie tevens: Stoop 1891, p. 1-2; Da Costa 1893, p. 4, Delprat 1894, p. 1-3; Molengraaff 1923, p. 417.

¹⁰ In deze bespreking beperk ik mij tot de belening van effecten.

¹¹ Art. 49 Reglement voor den Effectenhandel 1876. Zie tevens: Da Costa 1893, p. 4; Delprat 1894, p. 1; De Kat 1932, p. 581.

¹² Art. 50 Reglement voor den Effectenhandel 1876. Zie tevens: Delprat 1894, p. 1-3.

¹³ Zie onder meer: De Kat 1932, p. 582.

onbetaalde gedeelte der koopsom, waartegen A. den commissionair pandrecht op de gekochte effecten verleent. (...) De overwaarde der effecten is, naar de bepalingen van het reglement voldoende, immers de waarde van het onderpand moet bedragen f 18.050,- + f 1805,- = f 19.855, terwijl de stukken op de aankoopkoers waard zijn f 20.000. Is de koers na eenige dagen gedaald tot 155%, dan is de waarde van het onderpand geworden f 19.375. Zij moet steeds bedragen ten minste f 19.855, zoodat A. of zijn onderpand met een waard van ten minste f 480 moet aanvullen, of het voorschot tot $100/110 \times f 19.375 = f 17.613,64$ moet verminderen. De afbetaling op het voorschot of de aanvulling van het onderpand wordt op de prolongatie-akte aangeteekend. (...)"¹⁴

2.2.2 Herbelening en herprolongatie

Nu kwam het in de praktijk regelmatig voor dat banken de in belening of op prolongatie ontvangen effecten op hun beurt in onderpand gaven aan derden teneinde in hun eigen kredietbehoefte te voorzien. Dit noemde men *herbelening* of *herprolongatie*.¹⁵

Deze gewoonte van banken lijkt te zijn ontstaan zonder dat daarvoor een duidelijke juridische grondslag bestond. De gewoonte van herbelening en herprolongatie moet dan ook primair worden begrepen tegen de achtergrond van de economische realiteit van de 19^e-eeuwse effectenhandel. Herbelening en herprolongatie werden gedreven door de financieringsbehoefte van geldgevers. Om hun leningsactiviteiten te financieren, waren (zeker de wat kleinere) banken veelal genoodzaakt geld te lenen van andere (vaak grotere) banken.¹⁶ Voor deze leningen dienden de banken vanzelfsprekend ook zekerheid te stellen, waarvoor zij gewoonlijk de effecten in hun effectenvoorraad aanwendden. Herbelening en herprolongatie werden door geldgevers als een economische noodzaak gezien.¹⁷

Daarbij moet worden bedacht dat veel banken als gevolg van het sluiten van een groot aantal prolongaties en beleningen over een aanzienlijke effectenvoorraad beschikten. Hoewel deze feitelijk bestond uit de effecten die de bank van verschillende cliënten in pand had ontvangen, vormde een effectenvoorraad voor de bank een belangrijk financieringsmiddel. Met een omvangrijke effectenvoorraad als onderpand kon de bank immers eenvoudig en tegen gunstige voorwaarden het

¹⁴ De Kat 1932, p. 582-584.

¹⁵ Stoop 1891, p. 2.

¹⁶ Ook kwam voor dat beleningen of prolongatiecontracten – al dan niet op de beurs – werden overgesloten. De bank trad in dat geval op als commissionair tussen de geldnemer en de uiteindelijke geldgever. Oversluiting van belenings- of prolongatiecontracten valt buiten het bestek van deze bespreking. Herbelening of herprolongatie bood met name een uitkomst indien de bank een groot aantal kleine leningen tegen effecten in onderpand had verstrekt. Hoewel de kleine leningen afzonderlijk niet op de beurs konden worden overgesloten, kon de bank zelf wel een financiering verkrijgen op basis van het geheel van beleende effecten.

¹⁷ Van Deventer 1925, p. 738. Zie tevens: De Vries 1915, p. 5 e.v.

benodigde krediet verkrijgen om haar leningsactiviteiten te financieren.¹⁸ Dit gold niet in de laatste plaats omdat effecten naar hun aard in hoge mate inwisselbaar waren. Het derde een geldnemer die effecten aan de bank verpandde, gewoonlijk niet zozeer of hij bij aflossing exact dezelfde stukken – dat wil zeggen: effecten met dezelfde nummers – retour ontving, zolang de terugontvangen effecten maar van eenzelfde soort en waarde waren als de in pand gegeven stukken.¹⁹ Daarbij kwam dat het registreren en het per cliënt apart bewaren van effecten voor de bank een administratieve last vormden. Om deze redenen werd bij beleeningen en prolongaties gewoonlijk overeengekomen dat de bank geen nummers van in pand ontvangen effecten behoefde te verantwoorden en dat de stukken in de algemene effectenvoorraad van de bank mochten worden opgenomen.²⁰ Deze clausules stonden centraal in de latere discussie over de herverpandingsbevoegdheid en eigendomsovergang, zoals in volgende paragrafen zal worden besproken.

De betreffende clausules brachten met zich dat het voor een bank praktisch gezien niet langer strikt noodzakelijk was de in belening of op prolongatie ontvangen effecten fysiek – en per cliënt gescheiden – in haar kluis te bewaren totdat de betreffende cliënt deze bij aflossing kwam opeisen. Juist dit gegeven maakte het 'doorschuiven' van effecten mogelijk. Een bank kon de effecten tussentijds vervreemden of in pand geven. Wanneer een cliënt zijn lening afloste en de in pand gegeven effecten opeiste, kon de bank – indien de oorspronkelijke stukken zich op dat moment niet (langer) in haar effectenvoorraad bevonden – volstaan met het retourneren van een gelijk aantal soortgelijke stukken.²¹ Feitelijk hadden banken zich op deze wijze de vrije beschikkingsmacht over de effecten verschaft.²²

Voor de banken was het om begrijpelijke redenen aantrekkelijk en – zoals hierboven omschreven – feitelijk ook mogelijk de van hun cliënten ontvangen effecten aan te wenden als zekerheid voor het verkrijgen van eigen krediet. Deze handelwijze was in de praktijk algemeen geaccepteerd. De juridische implicaties van herbelening en herprolongatie van effecten waren daarentegen minder onomstreden, zoals ik in de volgende paragraaf zal bespreken.

¹⁸ Stoop 1891, p. 60-61.

¹⁹ Zie onder meer: Pitlo 1951, p. 383.

²⁰ Stoop 1891, p. 62; Van Goudoever 1901, p. 286.

²¹ Had de bank op het moment van aflossing door de cliënt geen of onvoldoende soortgelijke effecten in haar effectenvoorraad, dan diende de bank door aflossing van haar eigen schuld de herbeleende effecten terug te krijgen opdat zij deze aan haar cliënt kon retourneren. Het risico dat de bank niet aan deze verplichting kon voldoen, was niet ondenkbeeldig.

²² Over de rechtsgevolgen van deze standaardclausules kom ik in de paragraaf 2.3.3 nader te spreken.

2.3 Rechtsontwikkeling onder het Oud BW

De opkomst en ontwikkeling van de rechtsfiguur herverpanding onder het Oud BW was ingegeven door de financieringsbehoefte van geldschieters in de effectenhandel. Zoals hierboven opgemerkt, ontstond een *usance* van banken om in belening of op prolongatie ontvangen effecten op hun beurt in pand te geven aan eigen kredietverschaffers. In de ontwikkeling van herbelening en herprolongatie speelde de wettelijke regeling van pand een belangrijke – doch enigszins reactieve – rol. De wettelijke regeling van pand was namelijk van invloed op voor de wijze waarop en vorm waarin (her)beleningen en (her)prolongaties werden afgesloten.

In deze paragraaf bespreek ik de ontwikkeling van (her)belening en (her)prolongatie tegen de achtergrond van de wettelijke regeling van pand in het Oud BW.

2.3.1 Oud BW (1838)

Voor deze bespreking vormt de wettelijke regeling van pand in het Oud BW (1838) het uitgangspunt. Deze regeling treft men aan in de artikelen 1196 t/m 1207 van Titel 2.19 ("*van pand*") Oud BW (1838).²³ De bepalingen van deze titel waren grotendeels overgenomen uit de Franse *Code civil*.²⁴ Evenals in de *Code civil* ontbrak in Titel 2.19 Oud BW (1838) een regeling van herverpanding. Wel had de Nederlandse wetgever in artikel 1202 Oud BW (1838) een bijzondere regeling getroffen voor de "*beleening of inpandgeving van effecten*". Op grond van deze wetsbepaling kon bij belening of inpandgeving van effecten de beleener/pandhouder bij uitdrukkelijk beding worden gemachtigd tot executoriale verkoop van de effecten bij niet-nakoming door de debiteur.

Artikel 1202 Oud BW (1838) luidde:

"Bij beleening of inpandgeving van effecten of obligaties, kunnen partijen, insgelijks bij uitdrukkelijk beding, overeenkomen dat, bij nalatigheid des schuldenaars om aan alle zijne verplichtingen, uit de akte van beleening of verpanding voortvloeiende, te voldoen, de beleener of pandhouder onherroepelijk zal zijn gemachtigd om, na voorafgaande sommatie, de beleende of verpande voorwerpen te doen verkoopen, en uit derzelve opbrengst alles te verhalen waartoe de beleener of pandgever zich heeft verbonden.

Courante effecten en obligaties kunnen, in dit geval, daags na de gedane sommatie, ter beurze door twee in dat vak aangestelde makelaars worden verkocht; terwijl de verkoop van niet courante effecten of obligaties in het openbaar zal moeten geschieden, met inachtneming der plaatselijke gewoonten, en op de gebruikelijke voorwaarden."

²³ De wetsartikelen uit titel 2.19 Oud BW (1838) zijn opgenomen in Bijlage I.

²⁴ Zie: art. 2073-2084 *Code civil*. Voor een vergelijkende studie naar de regelingen van pand in beide codificaties zie: Asser 1838, p. 418-420.

Het artikel vormde een uitwerking van het algemenere artikel 1201 Oud BW (1838), dat de machtiging tot executoriale verkoop bij een pandrecht op andersoortige zaken regelde.²⁵ De mogelijkheid om effecten snel executoriaal te verkopen, was ten behoeve van de handel in de wet opgenomen. In de praktijk wilde men effecten immers snel kunnen verkopen bij plotselinge en onvoorziene koersdalingen.²⁶ De wetgever had deze bijzondere regeling voor verpanding van effecten in de wet opgenomen – zo vermeldt Asser – om te voorkomen dat "*men, bij gebrek aan doelmatige verordeningen, (...) zijn toevlugt zal behoeven te nemen, om de handelingen met den naam van prolongatiën, koop met wederinkoop enz. te bemantelen*".²⁷ Ondanks deze specifieke voorzieningen bleek de wettelijke regeling van pand in de praktijk niet goed werkbaar.

In de effectenhandel en de bancaire praktijk stuitte de regeling van pand op grote weerstand. Volgens Zubli hadden geldgevers tegen onderpand van effecten moeite met de executieregels – en in het bijzonder de voorgeschreven sommatie van artikel 1202 Oud BW (1838) – bij pand. Door deze formaliteiten kon kostbare tijd verloren gaan. Zubli meende dat dit sommatievereiste en een mogelijk daaruit volgend uitstel de handel bewogen belening en prolongatie vorm te geven als een overeenkomst met dezelfde zekerheid als een pandrecht, maar zonder de strikte executieregels.²⁸ De meeste schrijvers namen echter aan dat juist het vereiste van een schriftelijke akte ex artikel 1197 Oud BW (1838) in de praktijk als te restrictief werd ervaren.

Artikel 1197 Oud BW (1838) luidde:

"Ten opzichte van schulden meer dan honderd gulden bedragende, heeft geen pandrecht plaats, tenzij daarvan zij opgemaakt eene schriftelijke akte, van eene zekere dagteekening voorzien, en bevattende de opgave der verschuldigde som, alsmede die der in pand gegeven voorwerpen."

Voor de vestiging van ieder pandrecht dat tot zekerheid van een vordering van meer dan f 100 strekte, was een schriftelijke pandakte vereist. Hoewel de akte onderhands mocht worden opgesteld, moest deze om tegen derden te werken zijn voorzien van een dagtekening. Een dagtekening van onderhandse akten kon alleen worden verkregen door registratie. Het was juist deze formaliteit van registratie waartegen de handel grote bezwaren had. Volgens Levy en Stoop hadden

²⁵ Hierbij moet worden opgemerkt dat het recht van parate executie, zoals wij dat thans kennen (zie: art. 3:248 BW), nog niet bestond onder het Oud BW (1838). Een pandhouder moest door de pandgever "*bij een uitdrukkelijk beding*" worden gemachtigd om bij niet-voldoening van de schuld tot executoriale verkoop van het pandobject over te gaan. Zie: art. 1201 Oud BW (1838), opgenomen in Bijlage I. Bij de wetwijziging van 1874, die hierna aan de orde zal komen, heeft de wetgever de pandhouder van rechtswege deze bevoegdheid toegekend.

²⁶ Delprat 1894, p. 36.

²⁷ Asser 1838, p. 419.

²⁸ Zubli 1854, p. 33.

banken en effectenhandelaren weinig op met het formele vereiste van artikel 1197 Oud BW (1838), niet alleen omdat het opstellen van een schriftelijke akte de in de handel gewenste spoed verminderde en de nodige kosten met zich bracht, maar ook omdat registratie van pandakten ambtenaren inzage zou geven in de zaken van de kooplieden.²⁹ Ook Delprat wees op het verlies van tijd, geld en vertrouwelijkheid door registratie van onderhandse pandakten.³⁰

In de praktijk werd artikel 1197 Oud BW (1838) – evenals voordien het gelijklopende artikel 2074 *Code civil* – op grote schaal omzeild. Belenings- en prolongatiecontracten – feitelijk normale geldleningen tegen onderpand van effecten – werden vormgegeven als overeenkomsten van verkoop met het recht van wederinkoop.³¹ Het was juist deze 'sluiproute', waarover Asser opmerkte dat de wetgever deze met het opnemen van bijzonder regeling voor verpanding van effecten in artikel 1202 Oud BW (1838) had willen afsluiten.³²

Stoop omschreef de constructie van verkoop met het recht van wederinkoop als volgt. Geldnemer (A) en geldgever (B) kwamen overeen dat B de effecten (het onderpand) van A zou kopen. De koopprijs was betaalbaar na een maand en werd vastgesteld ofwel op de na die maand geldende taxatiewaarde van de effecten, ofwel op de (netto) verkoopopbrengst in het geval de effecten na afloop van de termijn zouden worden verkocht. Partijen kwamen tevens overeen dat B (de 'koper') een zeker bedrag van de koopprijs zou voorschieten. Over deze voorgesloten som diende A (de 'verkoper') rente te betalen. A had het recht de effecten op ieder moment vóór de overeengekomen betaaldag terug te kopen tegen betaling van de door B voorgesloten som vermeerderd met rente. Het terugkooprecht van A verviel tussentijds indien de koers van de effecten zodanig daalde dat hun waarde minder dan 110% van de voorschoten som bedroeg en A de waardevermindering niet compenseerde door extra effecten aan B te verstrekken. In dat geval – of indien A niet vóór de overeengekomen betaaldag gebruik maakte van zijn terugkooprecht – kon B de door hem voorgesloten som plus rente met de taxatiewaarde of verkoopopbrengst van de effecten verrekenen.³³

De hierboven geschetste constructie kon als een wederkerige overeenkomst dan wel als een eenzijdig verklaring worden vormgegeven. In het laatste geval werden de voorwaarden van de belening/koop met recht van wederinkoop in een

²⁹ Levy 1860, p. 8-10; en Stoop 1891, p. 7.

³⁰ Delprat 1894, p. 38. Zie tevens: Da Costa 1893, p. 8-9.

³¹ Alleen De Nederlandsche Bank paste dergelijke koopconstructies niet toe, maar bleef de dwingende bepalingen van pand toepassen op haar effectenbelenings- en prolongatiecontracten. Zie: Levy 1860, p. 4 e.v.; Stoop 1891, p. 7-9; Delprat 1894, p. 38; en Eggens 1929, p. 536.

³² Zie de hierboven en Asser 1838, p. 419. Zie over deze 'sluiproute' alsmede de juridische bezwaren tegen de 'simulatie' van een geldlening tegen onderpand van effecten als zijnde een koopovereenkomst uitgebreider: Levy 1860, p. 12-22.

³³ Stoop 1891, p. 7-8. Zie tevens: Levy 1860, p. 57-63.

brief van geldnemer (A) aan geldgever (B) opgenomen. Stoop geeft het volgende voorbeeld van een gebruikelijk unilateraal prolongatiecontract: "

"Den Heer Geldgever.

Mijnheer!

Accepteere mits deze van UEd. om van UEd. te ontvangen ter mijner keuze van heden tot ____ aanstaande tegen betaling van ____ gulden met bijvoeging van ____ pCt. interest 's jaars, over dit montant ingaande van heden voor een halve maand fix, en verder tot den dag der ontvangst, onder uitdrukkelijke voorwaarde dat bijaldien de waarde der verkochte, doch niet geleverde effecten naar beursnotering volgens den middenkoers zoodanig mocht worden bevonden verminderd te zijn, dat zij niet kunnen gezegd worden, volle tien percent boven den in dit contract aangeduiden prijs waarde te hebben, ik van dat oogenblik af aan gehouden zal zijn, UEd. tot waarborg van de uitbetaling der door UED. bedongen koopsom zoovele effecten te verstrekken, als noodig zullen worden bevonden, om die waardevermindering op te wegen: welke verplichting op mij zal blijven rusten tot op het oogenblik mijner inontvangstneming, als wanneer tegen uitbetaling van den in dit contract aangeduiden prijs UEd. mij zal zult stellen in het bezit zoowel der verkochte als der in waarborg verstrekte effecten, zullende UEd. voor het geval dat ik, nadat mij bij billet van uwentwege van de waardevermindering is kennis gegeven, in gebreke mocht blijven, deze aan den koop verbonden voorwaarde oogenblikkelijk na te leven, zonder verwijl gerechtigd te zijn, den verkoop als niet geschied te beschouwen.

(get.)

GELDNEMER"³⁴

Het herbelenen of herprolongeren van de 'verkochte' effecten kon in deze verkoopconstructie tamelijk eenvoudig. Vanuit goederenrechtelijk perspectief was de geldgever (B) immers eigenaar van de effecten geworden en als zodanig kon hij de effecten aan een derde in pand geven.³⁵ Maakte de geldnemer (A) gebruik van zijn terugkooprecht – feitelijk: loste hij zijn lening af – dan was geldgever (B) uiteraard verplicht de 'verkochte' effecten aan A terug te verkopen en te leveren. Had B de effecten intussen aan een derde in pand gegeven, dan diende hij door aflossing van zijn eigen schuld de effecten zien terug te krijgen teneinde deze (onbezwaard) aan A te kunnen leveren.

Gebruik van deze constructie van koop met recht van wederinkoop had tot gevolg dat geldleningen en verpandingen van effecten niet langer als zodanig herkenbaar werden gesloten. Hierdoor was een onwenselijke situatie ontstaan. De gecompliceerde constructies, die uitsluitend waren bedoeld om de restrictieve wet-

³⁴ Stoop 1891, p. 8-9. Voor ander voorbeelden van belenings- en prolongatieakten verwijs ik naar: Levy 1860, 85-93.

³⁵ Zie onder meer: Stoop 1891, p. 13-16. Stoop komt tot de conclusie dat herprolongatie in de vorm van een verkoop met recht van wederinkoop nooit verduistering kan opleveren, omdat daarmee eigendom wordt overgedragen.

telijke regeling van pand te omzeilen, boden immers niet de vereiste rechtszekerheid.³⁶

2.3.2 Wetswijziging van 1874

De bezwaren tegen het formele vereiste van artikel 1197 Oud BW (1838) en de daaruit voortgekomen handelsgebruiken waren voor de wetgever aanleiding de regeling van pand te herzien. De handel – bij monde van de Kamers van Koophandel – had haar onvrede over de ontstane situatie herhaaldelijk kenbaar gemaakt en bij de wetgever aangedrongen op wijziging van de wettelijke regeling. Men was het er algemeen over eens dat de toestand van beleningen van effecten en andere goederen onhoudbaar was geworden. De bestaande wettelijke regeling van pand vormde een struikelblok voor het handelsverkeer en diende te worden gewijzigd.³⁷

Om tegemoet te komen aan de in de praktijk gerezen bezwaren werd de wettelijke regeling van pand in 1874 gewijzigd.³⁸ Bij deze wetswijziging werden de artikelen 1197 t/m 1202 Oud BW (1838) op een aantal punten versoepeld.³⁹ Zo werd het vereiste van een schriftelijke akte ex artikel 1197 Oud BW (1838) afgeschaft met als gevolg dat een pandovereenkomst voortaan kon worden bewezen door alle middelen die voor het bewijs van de hoofdverbintenis zijn toegelaten. Een pandrecht op roerende zaken of vorderingen aan toonder kon voortaan worden gevestigd door het brengen van het pandobject in de macht van de pandhouder of van een door partijen aangewezen derde (art. 1198 Oud BW).

Het gewijzigde artikel 1197 Oud BW luidde:

"Pandovereenkomst wordt bewezen door alle middelen, die voor het bewijs der hoofdverbintenis zijn toegelaten."

Het gewijzigde artikel 1198 Oud BW luidde:

"(1) Pandrecht op lichamelijke roerende zaken en op inschulden aan toonder wordt gevestigd door het brengen van het pand onder de magt van den schuldeischer of van een derde, omtrent wien partijen zijn overeengekomen.

(2) Het is niet bestaanbaar op zaken, die in de magt van den schuldenaar worden gelaten of met den wil van den schuldeischer terugkeeren.

³⁶ Pitlo 1951, p. 376. Delprat merkte hierover op: *"Dagelijks werden tonnen goud verhandeld, voor welke pand werd verleend of welke in den vorm van effecten werden in pand gegeven; en dat in contracten, waarbij de werkelijke verhouding van partijen, die van geldschieder en geldopnemer, zorgvuldig verborgen werd, waarbij in de meeste nauwkeurigheid vermeed van inpandgeving of beleening te gewagen, waarbij in één woord, eene aan het wezen der zaak geheele vreemde overeenkomst werd gesloten."* Zie: Delprat 1894, p. 38.

³⁷ Delprat 1894, p. 40.

³⁸ Wet van 8 juli 1874 tot wijziging der wettelijke bepalingen omtrent het pandrecht, *Staatsblad* 1874, 95.

³⁹ De gewijzigde wetsartikelen uit titel 2.19 Oud BW (1874) zijn opgenomen in Bijlage II.

(3) *Het gaat te niet, wanneer het pand uit de magt van den pandhouder geraakt.*

(4) *Is het echter door dezen verloren of aan hem ontstolen, dan heeft hij regt van terugvordering bij art. 2014, tweede lid, bedoeld, en wordt bij terugbekoming van het pand het pandregt geacht nooit verloren te zijn geweest.*

(5) *De onbevoegdheid van den pandgever om over de zaak te beschikken, kan aan den schuldeischer, die haar in pand heeft genomen, niet worden tegengeworpen, onverminderd het regt tot terugvordering van hem, die de zaak verloren heeft, of aan wien zij is ontstolen."*

Na de wetswijziging van 1874 was het voor de banken niet langer nodig belenings- en prolongatiecontracten als overeenkomsten van verkoop met recht van wederinkoop vorm te geven. Registratie van een schriftelijke pandakte was immers niet langer vereist. Na 1874 werden beleningen en prolongaties dan ook als normale overeenkomsten van geldlening met vestiging van een pandrecht op de effecten vormgegeven. De verpanding van de effecten geschiedde op eenzelfde wijze als verpanding van andere roerende zaken, namelijk door het stuk in de macht van de pandhouder te brengen.⁴⁰ Hoewel een pandakte strikt genomen niet langer noodzakelijk was, werden voor effectenbeleningen in de praktijk nog regelmatig pandaktes opgesteld, waarin in de regel de pandovereenkomst en de afgifte van het pandobject werden vastgelegd.⁴¹ Daarbij werd veelal gebruik gemaakt van standaardformulieren, zoals de formulieren vastgesteld door de Vereeniging van Effectenhandel⁴² te Amsterdam.⁴³

Het door deze Vereeniging vastgestelde "*Reglement voor den Effektenhandel*" uit 1876 bevatte een regeling van belening en prolongatie van effecten (artikel 42 t/m 52 van het Reglement).⁴⁴ Op grond van artikel 52 van het Reglement werden

⁴⁰ Zie art. 1198 Oud BW hierboven. Zie tevens: Stoop 1891, p. 6; Eggens 1929, p. 535.

⁴¹ Wertheim 1935, p. 15.

⁴² De Vereeniging voor den Effectenhandel werd op 17 mei 1876 opgericht als een samenvoeging van het Beurscomité voor publieke fondsen en de Effecten-sociëteit en ontving op 5 juni 1876 de Koninklijke goedkeuring. Op 27 december 1876 stelde de Vereeniging een beursreglement vast, het zogeheten "*Reglement voor den Effektenhandel*", dat op 1 maart 1877 in werking trad. Het Reglement werd nadien enkele malen gewijzigd, onder meer in 1892, 1894, 1895 en 1903. Voor dit onderzoek ben ik uitgegaan van het originele Reglement uit 1876 en de gewijzigde Reglementen uit 1895 en 1903, die via het archief van de Stichting Vereeniging voor de Effectenhandel en NYSE Euronext beschikbaar waren. Zie voor de achtergrond van het Reglement tevens: Van Ogtrop 1893, p. 5; en De Kat 1932, p. 434.

⁴³ Voor de effectenhandel op de beurs in Rotterdam gold het Reglement der Vereeniging van Effectenhandelaren uit 1897, dat nagenoeg gelijk was aan het Reglement voor de Effectenhandel. Zie: Van Ogtrop 1893, p. 26; Van Goudoever 1901, p. 285; en Camijn 1987, p. 20 e.v. In de verdere bespreking zal ik steeds uitgaan van het 'Amsterdamse' Reglement voor de Effectenhandel.

⁴⁴ Bij de wijziging van het Reglement in 1903 is de regeling vernummerd naar art. 44 t/m 54 (onder de gewijzigde titel '*Van geldleningen tegen onderpand van effecten*'). De tekst van art. 42 t/m 52 Reglement 1876 alsmede art. 44 t/m 54 Reglement 1903 is opgenomen in Bijlage III. Voor een bespreking van het Reglement voor de Effectenhandel verwijs ik naar: Van Ogtrop 1893, p. 47-137.

beleningen en prolongaties gesloten bij akte, opgesteld op basis van de Formulieren F en G.⁴⁵ Het standaardformulier voor belening van effecten treft men aan als Formulier F (*beleening-akte*) van het Reglement voor den Effectenhandel. Het vrijwel gelijklopende standaardformulier voor prolongatie van effecten was opgenomen in Formulier G (*prolongatie-akte*) van dit reglement. Formulier F luidde als volgt:

"Formulier F, vastgesteld door de Vereeniging voor den Effectenhandel te Amsterdam.

Beleenings-akte.

De ondergeteekenden verklaren, dat de eerste ondergeteekende _____ op heden op beleening he(eft) van de tweede ondergeteekende _____ de som van _____ tegen eene rente gerekend à _____ ten honderd in het jaar, en tot zekerheid van de verbintenissen, uit deze beleening voortvloeiende, aan laatstgenoemde in pand gegeven en ter hand gesteld he(eft) de volgende effecten:

_____ met verbindtenis tot zoodanige aanvulling van het onderpand als noodig zal zijn om daarin steeds een surplus van _____ procent te doen liggen, en op al zulke verdere voorwaarden als vervat zijn in het „Reglement voor den Effectenhandel”, vastgesteld in de algemeene vergadering van 27 December 1876. Het onderpand wordt subsidiair mede verpand tot zekerheid voor alle beleeningen en prolongatiën, welke tusschen de ondergeteekenden zijn of zullen worden gesloten, op den voet van art. 50 van bovengenoemd reglement.

Hiervan twee eensluitenden opgemaakt.

_____ 18__

(Handtekeningen)“⁴⁶

Naast de formulieren van de Vereeniging voor de Effectenhandel, werd ook gebruik gemaakt van de standaardformulieren van De Nederlandsche Bank. Deze formulieren, alsook een aantal afwijkende belenings- en prolongatieakten, zijn door Delprat weergegeven en besproken in zijn proefschrift uit 1894.⁴⁷ Met het oog op de hierna volgende bespreking van de machtiging tot herverpanding, geef ik ter illustratie hieronder twee van de door Delprat aangehaalde belenings- en prolongatieakten weer.

⁴⁵ Naast de Formulieren F en G bevatte het Reglement voor den Effectenhandel tevens een standaardformulier voor aanvulling van het vereiste surplus: Formulier H (*Akte van Surplus*).

⁴⁶ Zie: Formulier F, Reglement voor den Effectenhandel 1876. Het standaardformulier voor een prolongatie-akte (Formulier G) was gelijk aan het hier weergegeven Formulier F, met dien verstande dat steeds van "*prolongatie*" in plaats van "*beleening*" werd gesproken. In het latere Reglement uit 1903 was tevens een standaardformulier voor geldleningen on call opgenomen: Formulier G¹ (*Akte van ter leening van geld on call*). Zie tevens: Delprat 1894, p. 83 (Bijlage I); Stoop 1891, p. 5-6.

⁴⁷ Delprat 1894, p. 81 e.v (Bijlagen I t/m XXVI).

De eerste akte betreft een belening van effecten uit de jaren 1890. De vrij uitvoerige akte⁴⁸ bevat de uitdrukkelijke bepaling dat de pandhouder (*geldschieder*) de in pand ontvangen effecten onder zijn verantwoordelijkheid bij derden mocht belenen of in prolongatie mocht geven.

"Akte van Beleening van Effecten.

De ondergeteekende _____ te eene als geldschieder en _____ ter andere zijde, als geldopnemer, verklaren met elkander overeengekomen te zijn als volgt:

De geldopnemer erkent van den geldschieder ter leen ontvangen te hebben de som van _____ Gulden (f. _____) en verbindt zich op die som terug te geven uiterlijk op den _____.

De geldopnemer is verschuldigd aan den geldschieder een rente tegen ____ ten honderd in het jaar en een provisie van _____ ten honderd in de maand.

De rente en provisie moeten bij vooruitbetaling voldaan worden. Alle betalingen, zoo van kapitaal als van interessen, zullen geschieden ten kantore van den geldschieder.

Tot zekerheid voor de nakoming van de boven omschrevene verbintenis en van alle verplichtingen, uit de onderscheidene bepalingen deze akte voortvloeiende, worden door den geldopnemer in pand gegeven de hierna vermelde effecten, die onder de macht van den geldschieder zijn gebracht en zullen blijven tot dat aan alle bedoelde verplichtingen zal zijn voldaan, en die de geldschieder onder zijn verantwoordelijkheid bij derden zal mogen beleenen en in prolongatie geven.

Wanneer de waarde van de verpande effecten zoodanig mocht verminderden, dat daarin naar de prijscourant der Beurs te Amsterdam of Rotterdam, of volgens een waardeering van door den geldschieder gekozen of goedgekeurde deskundigen (Makelaars of Commissionairs in effecten) niet meer gevonden wordt een surplus van dertig⁴⁹ ten honderd van de waarde der verpande effecten boven het beloop van het verschuldigde kapitaal, zoo verbindt de geldopnemer zich, om, op de eerste aanmaning van den geldschieder hetzij door aflossing, hetzij door vermeerdering van onderpand ten genoegen van den geldschieder, het zoo even genoemd surplus weder te zullen aanvullen.

In geval de opnemer niet aan zijne verplichtingen voldoet, alsook in geval van blijk-bare staking van betaling van den geldopnemer zelfs zonder faillissement of verklaring van kennelijk onvermogen, vervallen de termijnen hierboven vermeld, en zal de geldschieder bevoegd zijn, om dadelijk en in eens de teruggave te vorderen van de ter leen verstrekte gelden.

Bij ruiling of vermeerdering van onderpand zullen de alsdan in pand gegeven voorwerpen onderworpen zijn aan al hetgeen bij deze akte ten opzichte van het oorspronkelijk onderpand betaald is.

Tot verdere zekerheid van bovengenoemde geldleening en van alle uit deze akte voortvloeiende verplichtingen, worden mede verpand de effecten welke zich reeds

⁴⁸ De in de akte uitdrukkelijk opgenomen verwijzing naar de wetwijziging van 1874 en het citaat van de daarbij gewijzigde artikelen 1200 t/m 1202 Oud BW heb ik niet weergegeven.

⁴⁹ Het valt op dat in deze beleningsakte een surplus van 30% wordt bedongen, dat aanzienlijk hoger is dan het gebruikelijke surplus bij prolongatie van 10%. Zie: art. 49 Reglement voor den Effectenhandel 1876.

onder de macht van den geldschieder of van een derde voor hem bevinden als onderpanden van vroeger door den geldschieder of van een derde voor hem bevinden als onderpanden van vroeger door den geldschieder met den geldopnemer gesloten leeningen; gelijk wederkeerig de thans ten onderpand gegeven effecten mede worden verpand voor die reeds vroeger gesloten leeningen. (...)

Indien deze beleening belening vóór het verstrijken van den gestelden termijn niet opgezegd is zal zij telkens voor _____ maanden geprolongeerd zijn op gelijke voet, en tot dezelfde rente en provisie als voor den afgelopen tijd bepaald was, behoudens nadere overeenkomst betreffende de rente.

De thans in onderpand gegeven effecten, welke de geldschieder bij deze erkend ontvangen te hebben, zijn de volgende:

Hiervan zijn twee eensluitende opgemaakt:

Den _____ 189_

(...)

als geldschieder: _____

*als geldopnemer: _____*⁵⁰

Het tweede formulier betreft een prolongatieakte waarbij een lening wordt verstrekt in de vorm van een creditering in rekening-courant. Ik wijs in het bijzonder op de laatste alinea van het formulier, waarin een destijds veel voorkomende bepaling over het beheer en gebruik van de in pand gegeven effecten door de pandhouder is opgenomen. Hierover kom ik in paragraaf 2.3.3 nader te spreken.

"Mijne Heeren!

Ik heb de eer U te bevestigen, dat ik van U in prolongatie ontvangen heb door creditering in rekening-courant de som van _____ gulden, tegen ___ pCt. rente 's jaars, op zulke voorwaarden als vervat zijn in het „Reglement voor den Effectenhandel“, d.d. 27 December 1876, en wel op de volgende fondsen:

Het onderpand wordt subsidiair mede verpand tot zekerheid voor alle andere beleeningen en prolongatieën, welke tusschen ons zijn of zullen worden gesloten op den voet van art. 50 van bovengenoemd Reglement, en verder voor alle engagementen welke thans of te eeniger tijd tusschen ons zullen bestaan.

Ik neem nota, dat gij het onder pand van prolongatieën en beleeningen onder uwen algemeenen effecten-voorraad opneemt, onder uwe verantwoordelijkheid in uwe zaken gebruikt, en geene nummers verantwoordt, behalve die van obligatiën van premiebeleeningen en loten.

*(Handteekening.)*⁵¹

Uit de Formulieren F en G van het Reglement voor den Effectenhandel en de hierboven weergegeven belenings- en prolongatieakten blijkt dat overeenkomsten

⁵⁰ Delprat 1894, p. 108-110 (Bijlage VVIII).

⁵¹ Delprat 1894, p. 111 (Bijlage XXIV).

van belening en prolongatie van effecten na de wetwijziging van 1874 weer onder noemer van pandrecht waren gebracht.

2.3.3 Literatuur en jurisprudentie

Het was nu juist de juridische kwalificatie van belening en prolongatie als verpanding, die de rechtsgeleerde discussie over de bevoegdheid tot, het karakter en de rechtsgevolgen van *herbelening* en *herprolongatie* – of beter gezegd: *herverpanding*⁵² – deed oplaaien. Nu de bank die effecten in belening of op prolongatie ontving, als *pandhouder* werd aangemerkt, rees de vraag of deze in die hoedanigheid wel bevoegd was de in pand ontvangen effecten voor een eigen schuld aan een derde te verpanden. Aangezien de pandhouder de effecten herverpandde door deze in de macht van de herpandnemer te brengen, was het de vraag of zijn pandrecht tenietging op grond van artikel 1198 lid 3 Oud BW.⁵³ In de literatuur werd voorts de vraag opgeworpen of herverpanding kwalificeerde als een ongeoorloofde toe-eigening of zelfs als een (strafbare) verduistering van de in pand gegeven effecten. Tot slot wees een aantal auteurs reeds op de grote risico's van herverpanding voor de pandgever.

In deze paragraaf geef ik een overzicht van de discussie in de literatuur over bovengenoemde punten. Deze discussie over de onderwerpen was van wezenlijk belang voor de rechtsontwikkeling van de rechtsfiguur herverpanding en heeft mede geleid tot het aannemen van de eerste wettelijke regeling van herverpanding in de Beurswet 1914, die in de volgende paragraaf aan de orde komt. In paragraaf 2.4.1 vervolg ik mijn bespreking van de discussie in de literatuur en jurisprudentie, waarbij ik tevens zal ingaan op het debat over het karakter van de (her)verpanding van effecten en de rechtsgevolgen van de standaardclausules over opneming in de algemene effectenvoorraad en uitsluiting van nummerverantwoording.⁵⁴

⁵² Delprat definieert herbelening en herprolongatie, oftewel "*het feit, dat een pandhouder zijn pand opnieuw aan een derde in pand geeft*", als "*herverpanding*". Zie: Delprat 1894, p. 4, voetnoot 3. Voor de leesbaarheid zal ik ook deze term hanteren.

⁵³ Artikel 1198 lid 3 Oud BW luidde: "*Het gaat te niet, wanneer het pand uit de magt van den pandhouder geraakt.*"

⁵⁴ Waar relevant zal ik in deze paragraaf – hoewel niet geheel in lijn met de chronologische opzet van deze bespreking van de rechtsontwikkeling – tevens verwijzen naar de standpunten van latere auteurs. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat verschillende discussies – zoals het debat over de rechtsgevolgen van de bij belening en prolongatie gebruikelijke clausules over nummerverantwoording en opneming in de algemene effectenvoorraad van de geldgever – de gemoederen tot ver in de 20^e eeuw hebben beziggehouden.

2.3.3.1 Bevoegdheid tot herverpanding

Een eerste punt van discussie was de vraag of een pandhouder überhaupt bevoegd was in pand ontvangen zaken aan een derde in pand te geven. De wet gaf op deze vraag geen antwoord. Ook na de wetwijziging van 1874 bevatte titel 2.19 Oud BW immers geen wettelijke regeling van (de bevoegdheid tot) herverpanding.

Delprat benaderde de vraag vanuit het doel en de strekking van het pandrecht als zekerheidsrecht. Naar zijn mening lag in het begrip 'pandrecht' reeds besloten dat de pandhouder niet meer bevoegdheden toekwamen dan deze strikt genomen nodig had om zekerheid voor de voldoening van zijn vordering te hebben. Naar zijn aard gaf een pandrecht de pandhouder derhalve niet de bevoegdheid het pandobject tot zekerheid van een eigen schuld aan een derde te verpanden. Ook Scholten meende dat uit het zakelijke zekerheidsrecht geen bevoegdheid tot herverpanding kon worden afgeleid. Een pandhouder had geen recht van gebruik en kon – naar de mening van Scholten – het pandobject niet op zijn beurt aan een derde verpanden. Herverpandde de pandhouder zonder toestemming van de pandgever, dan leverde dat een onrechtmatige daad jegens de pandgever op.⁵⁵ Omdat een pandhouder de bevoegdheid tot herverpanding niet aan zijn pandrecht kon ontlenen, werd algemeen aangenomen dat hiervoor een specifieke machtiging door de pandgever noodzakelijk was. Zo concludeerde Delprat dat herverpanding niet geoorloofd kon zijn zonder dat hierover tussen partijen een speciaal beding was gesloten.⁵⁶ Een dergelijk herverpandingsbeding kon – volgens Delprat – zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend worden gesloten. Een voorbeeld van een uitdrukkelijke machtiging tot herverpanding zagen wij reeds in de aangehaalde beleningsakte uit de jaren 1890: "*de geldschieter (zal) onder zijn verantwoordelijkheid bij derden zal mogen beleenen en in prolongatie geven.*"⁵⁷ De bevoegdheid tot herverpanding kon door de pandgever ook in een aparte brief of nadere overeenkomst aan de pandhouder worden verleend. Indien een uitdrukkelijk beding ontbrak, kon mogelijk een stilzwijgende machtiging tot herverpan-

⁵⁵ Asser/Scholten 1905, p. 333. Naar de mening van Scholten verkreeg de derde desondanks een geldig pandrecht op grond van artikel 1198 lid 4 Oud BW. Zie in gelijke zin: De Kat 1932, p. 612. Volgens De Kat, leverde een herverpanding zonder daartoe strekkende machtiging misbruik van het pandrecht op. Een pandhouder die het pand aan een derde verpandde teneinde geld te kunnen opnemen, gebruikte het pand voor een ander doel dan waartoe het in zijn macht was gesteld en ging aldus zijn bevoegdheid te buiten. Een dergelijke misbruik van het in pand gegeven goed gaf de oorspronkelijke pandgever op grond van artikel 1205 Oud BW – volgens De Kat – het recht het pand onmiddellijk op te eisen, zelfs indien de pandgever zijn schuld aan de pandhouder nog niet had terugbetaald. Daarnaast kon de pandgever indien hij door de herverpanding schade leed, de pandhouder tot vergoeding daarvan aanspreken. De pandgever kon echter niet het pand van de herpandnemer opeisen wegens het in artikel 1198 lid 5 Oud BW bepaalde.

⁵⁶ Delprat 1894, p. 43 en 55.

⁵⁷ Delprat 1894, p. 108-110. Zie tevens: Wertheim 1935, p. 28 e.v.

ding uit de daden van de pandgever of de omstandigheden van het geval worden afgeleid. Als voorbeeld noemde Delprat de situatie waarin een pandgever bekend was met het feit dat een bank effecten gewoonlijk herbeleende of herprolongeerde, maar desondanks bij de inpandgeving niet te kennen gaf dat hij met een dergelijke herverpanding niet akkoord ging. In een dergelijk geval zou de pandgever – naar de mening van Delprat – stilzwijgend de bevoegdheid tot herverpanding aan de bank hebben (kunnen) verleend. Een stilzwijgende machtiging liet zich uiteraard lastiger bewijzen dan een schriftelijke. Ook Eggens onderschreef de opvatting dat de pandhouder toestemming van de pandgever nodig had omdat de pandhouder op grond van zijn pandrecht geen recht tot herverpanding had. Naar zijn mening kreeg de pandhouder hiermee een recht dat zijn pandrecht te buiten ging en dat naast het pandrecht stond.⁵⁸

In de praktijk ontbrak een uitdrukkelijke machtiging echter vaak. In zijn proefschrift uit 1894 stelde Delprat vast dat de meeste, destijds gebruikelijke belenings- en prolongatieformulieren geen herverpandingsbeding bevatten.⁵⁹ Ook de hiervoor besproken Formulieren F (belening) en G (prolongatie) van het Reglement voor den Effectenhandel hielden geen uitdrukkelijke machtiging tot herbelening of herprolongatie in.⁶⁰ De bevoegdheid tot herverpanding werd in de praktijk veelal aangenomen op grond van de standaardclausules over het opnemen van de effecten in de algemene effectenvoorraad van de bank en de uitsluiting van nummerverantwoording.

⁵⁸ Schermer/Eggens 1928, p. 64. Eggens merkte op dat met de verlening van de herverpandingsbevoegdheid twee zaken bedoeld konden zijn, namelijk (i) herverpanding 'in eigenlijke zin' en (ii) zelfstandige herverpanding. Bij herverpanding 'in eigenlijke zin' werd de pandhouder een persoonlijk beschikkingsrecht verleend om een aan de pandgever toebehorend goed voor een eigen schuld te verbinden. Daarbij diende de herpandgever te vermelden dat het goed aan de pandgever toebehoorde, waardoor de pandhouder – door de pandgever op deze wijze te vertegenwoordigen – de pandgever als derde-pandgever aan de herpandnemer bond. Bij zelfstandige herverpanding – die in de praktijk volgens Eggens steeds bedoeld werd – werd de pandhouder gemachtigd om te 'herverpanden' zonder te vermelden dat hij dit als pandhouder deed. De pandhouder was in dat geval gemachtigd om zelfstandig als pandgever op te treden, dat wil zeggen: als eigenaar. Naar de mening van Eggens kreeg degene die zelfstandig de bevoegdheden van eigenaar uitoefende, daarbij ook de hoedanigheid van eigenaar. Zie anders: Asser/Scholten 1933, p. 410. Op deze problematiek kom ik in volgende paragrafen terug.

⁵⁹ Delprat 1894, p. 55.

⁶⁰ Zie paragraaf 2.3.2 hiervoor. Zie tevens: De Kat 1932, p. 585. De formulieren onder Reglement van de Effectenhandelaren te Rotterdam bevatten – in tegenstelling tot de meeste andere standaardformulieren – wél een herverpandingsbeding: "*De tweede ondergetekende (geldgever) heeft het recht, de in deze akte vermelde effecten onder zijn verantwoordelijkheid aan anderen in onderpand te geven.*"

Een ontheffing van nummerverantwoording⁶¹ werd in het algemeen opgevat als, althans steeds in samenhang gezien met een toekenning van de herverpandingsbevoegdheid. Afgezien van verlichting van de administratieve last voor een bank, had een dergelijke ontheffing op zichzelf weinig praktische betekenis wanneer de pandhouder niet tegelijkertijd tot herverpanding bevoegd was. Indien de bank (de pandhouder) de effecten in de kluis moest bewaren totdat hij de stukken bij aflossing aan de pandgever moest retourneren, had een ontheffing van nummerverantwoording weinig nut. Het mogen retourneren van soortgelijke stukken met andere nummers had alleen praktische betekenis indien de bank (pandhouder) gedurende de looptijd van de lening de ontvangen effecten bij derden in pand mocht geven of anderszins mocht gebruiken⁶² In de literatuur werd dan ook aangenomen dat een pandhouder die geen nummers behoefde te verantwoorden, de in pand ontvangen effecten niet onder zich behoefde te houden en mocht herverpanden mits hij bij aflossing door de pandgever soortgelijke stukken aan deze kon verstrekken.⁶³

Ook uit de clause over het opnemen van de in pand gegeven effecten in de algemene effectenvoorraad van de pandhouder, werd – hierbij afgezien van een mogelijke eigendomsovergang⁶⁴ – een bevoegdheid tot herverpanding afgeleid. Scholten meende dat een dergelijk beding de pandhouder de bevoegdheid gaf over de effecten te beschikken – en dus te herverpanden – indien hij gelijktijdig soortgelijke stukken ervoor in de plaats legde.⁶⁵ De Kat meende dat het beding een ruimere werking toekwam. Zijns inziens, had een pandhouder die de effecten in zijn algemene effectenvoorraad mocht opnemen, vrije beschikking over de effecten. Hij behoefde de ontvangen effecten niet voor de pandhouder apart te leggen noch gelijksoortige stukken ter beschikking van de pandhouder te houden. De pandhouder kon aldus – naar de mening van De Kat – vrij over de in pand ontvangen effecten beschikken en deze herverpanden.⁶⁶

Was een bevoegdheid tot herverpanding aan de pandhouder toegekend, dan deed zich vrijwel onmiddellijk de vraag voor of de door de pandgever aan de pandhouder verleende bevoegdheid tot herverpanding (het "*onder zijn verantwoordelijk-*

⁶¹ Een (stilzwijgende) ontheffing van nummerverantwoording, mocht – volgens onder meer De Kat – tevens worden aangenomen indien de nummers van de oorspronkelijk in pand gegeven effecten niet in de akte waren vermeld. Zie: De Kat 1932, p. 617; en Wertheim 1935, p. 29

⁶² Zie: De Kat 1932, p. 618. Zie anders: Van Meer 1926, p. 310.

⁶³ Van Goudoever 1901, p. 286; Eggen 1929, p. 547; Losecaat Vermeer, p. 48 e.v.; De Kat 1932, p. 618; en Wertheim 1935, p. 29.

⁶⁴ Zie hierna paragraaf 2.4.1.4.

⁶⁵ Asser/Scholten 1905, p. 333.

⁶⁶ De Kat 1932, p. 619. Het aannemen van de bevoegdheid tot herverpanding op basis van vernoemde standaardclausules, hing in sterke mate samen met de – in de literatuur aangenomen – rechtsgevolgen voor de eigendom van en het pandrecht op de effecten. Hierover kom ik in de volgende paragraaf te spreken.

heid mogen beleenen of in prolongatie geven") een algemene of een beperkte bevoegdheid betrof. Tot welk bedrag mocht de pandhouder bijvoorbeeld de in pand ontvangen effecten aan een derde verpanden? En mocht de pandhouder de effecten die hij van verschillende cliënten in pand heeft ontvangen, samengevoegd tot één post aan een derde herverpanden? Delprat meende dat zonder uitdrukkelijke beperking van de machtiging de pandhouder bevoegd was de effecten te herverpanden voor een hoger bedrag dan waarvoor deze oorspronkelijk in pand waren gegeven. Dit betekende dat een bank ook de overwaarde van de in pand verkregen effecten kon belenen. De pandhouder mocht bij het ontbreken van enige beperking van zijn bevoegdheid tevens de effectenposten die hij van verschillende cliënten in belening of op prolongatie had ontvangen, samengevoegd of juist gesplitst herverpanden.⁶⁷ Ook De Kat meende dat de pandhouder vrij was in de uitoefening van zijn herverpandingsbevoegdheid, maar merkte daarbij wel op dat de pandhouder zijn bevoegdheid te goeder trouw diende uit te oefenen. Dit betekende dat een pandhouder van zijn herverpandingsbevoegdheid geen gebruik mocht maken indien hij (naar verwachting) niet in staat was te zijner tijd soortgelijke effecten aan de pandgever te retourneren.⁶⁸

Met het oog op de risico's die verbonden waren aan het toekennen van een ongeclausuleerde herverpandingsbevoegdheid, meende men dat het noodzakelijk was dat een beperking van de herverpandingsbevoegdheid in de belenings- en prolongatieakten werd opgenomen. Stoop stelde voor een clause aan het belenings- en prolongatieformulieren F en G van het Reglement voor den Effectenhandel toe te voegen, met de volgende tekst:

*"De tweede ondergetekende (i.e. de pandhouder) heeft het recht bovengenoemde effecten te doen strekken tot onderpand van door hem in prolongatie opgenomen gelden, mits hun bedrag niet te boven gaat de in deze akte vermelde som, alsmede om bovengenoemde effecten te zamen met de onderpanden van andere door hem gesloten prolongatiën te doen strekken tot onderpand van door hem in prolongatie opgenomen gelden, mits hun bedrag niet te boven gaat de som der in voornoemde prolongatiën te leen gegeven gelden."*⁶⁹

Door een dergelijk beding werd de bevoegdheid van de pandhouder tot herverpanding van de in pand gegeven effecten uitdrukkelijk beperkt tot het bedrag van de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering(en). Hierdoor kon de herbelening of herprolongatie van de effecten niet voor een hoger bedrag worden gesloten dan waarvoor de oorspronkelijke belening of prolongatie was aangegaan. Op deze wijze werd voorkomen dat de effecten door toedoen van de pandhouder (de herpandgever) tot zekerheid van een hogere vordering strekten en

⁶⁷ Delprat 1894, p. 55-56.

⁶⁸ De Kat 1932, p. 619. Vergelijk: HR 23 juni 1930, *NJ*1931, p. 596; en Völlmar 1951, p. 339.

⁶⁹ Zie tevens: Da Costa 1893, p. 80-81; en Delprat 1894, p. 61.

daarvoor ook konden worden geëxecuteerd.⁷⁰ Evenals Stoop was ook Delprat een voorstander van het opnemen van een uitdrukkelijk beperking van de herverpandingsbevoegdheid.⁷¹ In de conclusie van zijn proefschrift stelde hij voor de volgende clausule aan de hierboven besproken Formulieren F en G van het Reglement voor den Effectenhandel toe te voegen:

"De geldnemer geeft hierbij aan den geldschieter de bevoegdheid de bovengenoemde effecten onder verantwoordelijkheid des laatsten voor een hoger/hetzelfde bedrag dan/als de in deze akte vermelde som bij derden in beleening (en prolongatie) te geven."

2.3.3.2 Tenietgaan van eerste pandrecht

Het feit dat effectenbeleening en prolongatie weer als pandrecht werden gekwalificeerd, was tevens aanleiding voor de vraag of het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder (herpandgever) mogelijk door herverpanding van de effecten tenietging.⁷² De basis voor onzekerheid hierover was gelegen in artikel 1198 lid 3 Oud BW. Op grond deze bepaling ging een pandrecht teniet wanneer het uit de macht van de pandhouder geraakte.

Om de door hem in pand ontvangen effecten aan een derde te herverpanden, moest de pandhouder (herpandgever) de effecten in de macht van de herpandnemer te brengen.⁷³ Als gevolg daarvan raakten de effecten noodzakelijkerwijs uit de macht van de pandhouder, hetgeen – volgens onder meer Delprat – tot gevolg had dat het oorspronkelijke pandrecht tenietging.⁷⁴ Ook Scholten meende aanvankelijk dat het eerste pandrecht door herverpanding tenietging. Door de feitelijke macht over het pand aan een derde te geven, verloor de pandhouder het voor zijn recht vereiste bezit en daarmee zijn pandrecht.⁷⁵ In latere bewerkingen van het Asser-deel schreef Scholten echter dat deze opvatting "*minder juist*" was, omdat de herpandnemer als houder voor de pandhouder (herpandgever) moest worden beschouwd.⁷⁶ Het pandrecht van de pandhouder ging door herverpanding – gelijk bewaargeving – niet teniet.⁷⁷

⁷⁰ Het herbelenen voor een hoger bedrag was voor een pandhouder aantrekkelijk indien de koers van de beleende effecten steeg. Een herbelening voor een hoger bedrag leverde uiteraard een groter risico voor de oorspronkelijk pandgever op. Als gevolg strekten de effecten tot zekerheid van een hogere vordering dan waarvoor de pandgever een pandrecht aan de pandhouder had verleend.

⁷¹ Delprat 1894, p. 62.

⁷² Losecaat Vermeer 1928, p. 46.

⁷³ Zie: art. 1198 lid 1 Oud BW.

⁷⁴ Delprat 1894, p. 57.

⁷⁵ Asser/Scholten 1905, p. 333.

⁷⁶ Zie in gelijke zin: Suijling 1940, p. 550-553 en p. 560. Zie tevens: Asser/Van Oven 1967, p. 83. Naar de mening van Van Oven, had de pandgever door akkoord te gaan met een herverpan-

De Kat bestreed de redenering van Scholten. Hij meende dat door de herverpanding de effecten uit de *macht* van de pandhouder geraakten, hetgeen het enige criterium voor het tenietgaan van het pandrecht ex artikel 1198 lid 3 Oud BW was. De vergelijking van Scholten met bewaargeving scheen De Kat onjuist, omdat het "*bloote houden*" van een bewaarnemer niet kon worden gelijkgesteld met het meeromvattend "*pandbezit*" van een pandhouder.⁷⁸ Ook Eggens plaatste een kanttekening bij de analyse van Scholten. De herpandnemer kon naar de mening van Eggens slechts dan als houder voor de eerste pandhouder (herpandgever) worden beschouwd indien deze bij zijn herverpanding uitdrukkelijk had bedongen dat hij pandhouder zou blijven en dat de herpandnemer dus niet alleen als pandhouder, maar ook (in de eerste plaats) als houder voor de eerste pandhouder het pand onder zich zou krijgen.⁷⁹

Kreeg de herpandgever (oorspronkelijk pandhouder) na aflossing van zijn schuld aan de herpandnemer de effecten weer terug, dan deed de vraag zich voor of het oorspronkelijk pandrecht herleefde. Delprat meende zeer stellig van niet. In een dergelijk geval kon niet naar analogie van artikel 1198 lid 4 Oud BW⁸⁰ worden aangenomen dat het pandrecht van de herpandgever nooit verloren was gegaan.⁸¹ Nu het oorspronkelijke pandrecht teniet was gegaan op het moment van herverpanding (door machtsverlies) en nadien niet herleefde, had de herpandgever in dit geval volgens Delprat niet de rechtspositie van pandhouder, doch slechts van houder.⁸² De vraag naar de rechtspositie van partijen ten aanzien van

dingsbeding op voorhand ingestemd met de aanwijzing van een derde-houder in de zin van art. 1198 lid 1 Oud BW.

⁷⁷ Asser/Scholten 1913, p. 347. Later schreef Scholten dat het eerste pandrecht bleef bestaan zolang de pandhouder beschikking over het pand had. Nu de pandhouder in zijn ogen moest worden geacht de beschikking over het pand te behouden – omdat hij het pand te allen tijden weer in zijn macht kon krijgen, zij het door betaling van zijn schuld aan de herpandnemer – zou het pandrecht niet teniet gaan. Zie: Asser/Scholten 1933, p. 409. Deze mening werd nadien door Van Oven bestreden. Naar de mening van Van Oven was wél verdedigbaar dat de herpandnemer ten aanzien van het eerste pandrecht de positie van derde-houder in de zin van artikel 1198 lid 1 innam. De eerste pandgever moest immers worden geacht zich (door instemming met het herverpandingsbeding) te hebben aangesloten bij de aanwijzing van de derde-houder door de pandhouder. Zie: Asser/Van Oven 1967, p. 83.

⁷⁸ Een bewaarnemer is immers verplicht de zaak desgevraagd onmiddellijk aan de bewaargever terug te geven (zie: art. 1762 Oud BW; vergelijk: art. 7:605 BW). In tegenstelling daartoe houdt een pandhouder het pand onder zich tot zekerheid van terugbetaling van zijn vordering. Zie: De Kat 1932, p. 615.

⁷⁹ Schermer/Eggens 1928, p. 63.

⁸⁰ Art. 1198 lid 4 luidde: "*Is het echter door dezen verloren of aan hem ontstolen, dan heeft hij recht van terugvordering bij art. 2014, tweede lid, bedoeld, en wordt bij terugbekoming van het pand het pandrecht geacht nooit verloren te zijn geweest.*".

⁸¹ Delprat wees op het woord "*echter*" in lid 4, waarmee een duidelijke uitzondering werd gemaakt op de hoofdregel van lid 3. Zie: Delprat 1894, p. 57.

⁸² Daarbij merkte hij op dat partijen voorzichtigheidshalve een beding over herleving van het oorspronkelijke pandrecht in de belenings- of prolongatieakte zouden kunnen opnemen. Zie: Delprat 1894, p. 57-58.

de na herverpanding terugontvangen effecten, kwam nadien aan de orde in het *Maas en Waalsche Bank*-arrest⁸³, dat hierna in paragraaf 2.4.1 zal worden besproken.

2.3.3.3 Verboden toe-eigening

Een derde onderwerp van debat was de vraag of herverpanding een verboden toe-eigening door de pandhouder opleverde. Door het pand tot zekerheid van een eigen schuld aan een derde in pand te geven, gedroeg de pandhouder zich mogelijk niet langer als pandhouder, maar als eigenaar. Op grond van artikel 1200 Oud BW was toe-eigening door de pandhouder uitdrukkelijk verboden.

Artikel 1200 Oud BW luidde:

"De schuldeischer mag, ingeval de schuldenaar of de pandgever niet aan zijn verplichtingen voldoet, zich het pand niet toeëigenen. Alle hiermee strijdende bedingen zijn nietig."

In de literatuur werd de vraag opgeworpen of herverpanding als een daad van toe-eigening kon worden opgevat. Het valt op dat de vraag van verboden toe-eigening in de zin van artikel 1200 Oud BW door de meeste schrijvers werd benaderd vanuit een feitelijke, in plaats van een juridisch-dogmatische invalshoek. Men onderzocht de vraag van toe-eigening niet zozeer vanuit de vermogensrechtelijke begrippen van bezit en eigendom, maar keek vooral naar het – voor de praktijk van meer belang zijnde – feitelijke vermogen van de pandhouder om bij aflossing aan de pandgever soortgelijke stukken te retourneren. De discussie over toe-eigening lijkt dan ook samen te hangen met de discussie over de rechtsgevolgen van standaardclausules met een uitsluiting van nummerverantwoording.⁸⁴ De discussie concentreerde zich bovendien voor een groot deel op de vraag of herverpanding als strafbare verduistering kwalificeerde. De strafrechtelijke kwalificatie van herverpanding valt buiten het bestek van dit boek.⁸⁵ Ik beperk mij hier tot de punten die voor de privaatrechtelijke discussie van belang zijn.

In zijn proefschrift uit 1891 stelde Stoop de strafrechtelijke kwalificatie van herverpanding centraal. Hij onderzocht of herprolongatie voldeed aan de vier vereisten van verduistering in de zin van artikel 321 Wetboek van Strafrecht (oud).⁸⁶

⁸³ HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 882. Zie tevens: De Kat 1932, p. 620 e.v.; Asser/Van Oven 1967, p. 83.

⁸⁴ De rechtsgevolgen van standaardclausules over uitsluiting nummerverantwoording komen in paragraaf 2.4.1.4 aan de orde.

⁸⁵ Hiervoor verwijs ik naar: Stoop 1891, p. 3 e.v.; en De Kat 613, p. 612 – 614. De Kat geeft een overzicht van de strafrechtelijke jurisprudentie over dit vraagstuk.

⁸⁶ Art. 321 Sr (oud) luidde: "*Hij die opzettelijk eenig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort en dat hij anders dan door een misdrijf onder zich heeft, wederrechtelijk zich toeëigent,*

Stoop benaderde het bestanddeel toe-eigening vanuit de wil van de pandhouder. Wanneer de pandhouder (herpandgever) het voornemen had "*het pand weder te rechter tijd in te lossen*" – dat wil zeggen: het voornemen had zijn schuld aan de herpandnemer tijdig te voldoen, opdat hij de herverpande effecten terugontving en deze bij aflossing aan de pandgever kon retourneren – en bovendien niet kon worden voorzien dat hij daartoe niet in staat zou zijn, dan was naar de mening van Stoop geen sprake van toe-eigening.⁸⁷ Ontbrak één van bovengenoemde omstandigheden dan was wél sprake van toe-eigening. De pandhouder (herpandgever) wist dan immers, althans aanvaardde de reële kans dat het herpandrecht door de herpandnemer zou worden geëxecuteerd met als gevolg dat de oorspronkelijke pandgever de eigendom van de effecten zou verliezen.⁸⁸

De opvatting van Stoop stond in contrast met de strenge opvatting die nadien door onder meer Rethaan Macaré⁸⁹ en Noyon⁹⁰ is verwoord. Zij waren van mening dat herverpanding altijd een strafbare toe-eigening door de pandhouder opleverde, ongeacht of de pandhouder de mogelijkheid had het pandobject bij aflossing aan de pandgever te retourneren door het herpandrecht in te lossen. In dit verband merkte Rethaan Macaré op dat "*het eigenmachtig als heer en meester door den houder beschikken over eenig goed in strijd met den aard van het recht*" toe-eigening opleverde. Dit was in zijn ogen nu juist wat de pandhouder bij herverpanding deed: hij gaf het pandobject *alsof het hem toebehoorde* in pand aan een derde. Dit was naar het oordeel van Rethaan Macaré overduidelijk in strijd met de aard van het zekerheidsrecht van de pandhouder.⁹¹

De praktische benadering van Stoop heeft nadien zijn weerslag gevonden in de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁹² Zo oordeelde de Hoge Raad (strafkamer) in zijn arrest van 23 juni 1930⁹³ dat een pandhouder de bevoegdheid tot het vreemden of herverpanden van aan hem in pand gegeven effecten niet toekwam – zo die bevoegdheid op grond van een algemeen gebruik in de effectenhandel al kon worden aangenomen – indien hij niet in staat is deze door anderen gelijkwaardige en gelijksoortige stukken te vervangen. Omdat de commissionair in dat geval tot verkoop van de aan hem verpande effecten was overgegaan, terwijl hij

wordt, als schuldig aan verduistering, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of een geldboete van ten hoogste zestig gulden."

⁸⁷ In dat geval ontbrak bij de herpandgever de op toe-eigening gerichte opzet. Zie: Stoop 1891, p. 42-46.

⁸⁸ Aldus Stoop, wist herpandgever in dat geval dat "*zijn gebruik waarschijnlijk op verbruik zal uitloopen*". Zie: Stoop 1891, p. 30. Zie in gelijke zin: Asser/Scholten 1933, p. 410.

⁸⁹ Rethaan Macaré 1914, p. 37. De opvatting van Rethaan Macaré en zijn kritiek op artikel 6 Beurswet 1914 zal ik in paragraaf 2.4.1 bespreken.

⁹⁰ Noyon 1954, p. 394.

⁹¹ Rethaan Mararé 1914, p. 35-37.

⁹² Ik verwijs voor een jurisprudentieoverzicht naar: De Kat 1932, p. 613 e.v.

⁹³ HR 23 juni 1930, NJ 1931, p. 592.

wist dat hij in zodanige financiële moeilijkheden verkeerde, werd hij wél schuldig geacht aan verduistering van de effecten.

Ook in de literatuur kreeg de benadering van Stoop navolging van onder meer Hamaker, Simons, De Kat, Suijling, Scholten en Van Oven. Zo meende Hamaker dat een geldschietter die de in prolongatie verkregen effecten ten eigen bate aanwendde door deze voor eigen rekening te verpanden of te vervreemden voor verduistering veroordeeld zou kunnen worden, wanneer hij nadien niet in staat was de effecten terug te geven of te vergoeden en bovendien bleek dat hij op het moment van de verpanding of vervreemding wist of moest weten dat hij gevaar liep zijn verplichtingen niet te zullen kunnen nakomen.⁹⁴ Simons meende dat herverpanding toe-eigening kon opleveren, indien de wil van de pandhouder daarop gericht was. Had de pandhouder de "*ernstige*" bedoeling het herpandrecht in te lossen en de effecten bij aflossing aan de pandgever terug te geven, dan kon geen toe-eigening worden aangenomen.⁹⁵ Ook De Kat kende betekenis toe aan de bedoeling van de herpandgever. Naar zijn mening leverde herverpanding – dat wil zeggen "*verpanding van een zaak die men onder zich heeft, met het ernstige voornemen haar na gebruik weer ter beschikking van den eigenaar te houden*" – geen toe-eigening op, maar daarbij merkte De Kat wel op dat een dergelijk voornemen alleen mocht worden aangenomen indien objectief gezien een aanmerkelijk kans bestond dat de pandhouder het herpandrecht tijdig kon inlossen.⁹⁶ Deze opvatting had tot gevolg dat een pandhouder de effecten niet mocht herverpanden, indien hij wist of behoorde te weten dat zijn financiële situatie zodanig was, dat hij geen soortgelijke effecten (met andere nummers) of de geldwaarde daarvan aan de pandgever zou kunnen teruggeven.⁹⁷

Scholten leek aanvankelijk een tussenopvatting in te nemen. Hij meende dat van verduistering slechts sprake kon zijn, indien de pandhouder de in pand ontvangen effecten vervreemde of verpandde zonder deze gelijktijdig te vervangen met soortgelijke stukken.⁹⁸ Later schreef hij dat herverpanding geen verduistering opleverde, mits de pandhouder in staat was bij aflossing gelijke stukken aan de pandgever terug te geven. In het verlengde daarvan kan de mening van Suijling en Van Oven worden gezien. Gelijk de latere opvatting van Scholten, meende Suijling dat de verwisseling van stukken niet onmiddellijk behoefde plaats te vinden, zolang aan het einde van de rit – dat wil zeggen: bij aflossing – maar een gelijk aantal soortgelijke effecten in de plaats van de oorspronkelijk in pand ontvangen

⁹⁴ Hamaker 1901 (II), p. 543.

⁹⁵ Simons 1941, p. 101.

⁹⁶ De Kat 1932, p. 614.

⁹⁷ Vergelijk: Suijling 1940, p. 568.

⁹⁸ Asser/Scholten 1927, p. 403. Vergelijk in dit verband de hiervoor besproken opvatting van Scholten met betrekking tot het aannemen van de herverpandingsbevoegdheid. Zie paragraaf 2.3.3.

effecten kon worden gesteld. Slechts indien de pandhouder op het ogenblik dat hij over de verpande stukken beschikte, reeds wist of behoorde te weten nooit tot de overeengekomen verwisseling in staat te zijn, pleegde een onrechtmatige en strafbare daad.⁹⁹ Ook Van Oven was de mening toegedaan dat van verduistering geen sprake kon zijn indien de herpandgever bij aflossing van de lening door de oorspronkelijke pandgever in staat was het vereiste aantal soortgelijke effecten te retourneren.¹⁰⁰ Zoals Suijling het samenvatte, had het voorgaande tot gevolg – nu het vermogen van de pandhouder om bij aflossing stukken te retourneren tot criterium voor opzettelijke toe-eigening was geworden – dat een solvente pandhouder in dit opzicht meer vrijheid genoot dan een insolvente.¹⁰¹

2.3.3.4 Risico's voor de eerste pandgever

Herverpanding van beleende of in prolongatie gegeven effecten was voor de eerste pandgever (geldnemer) niet zonder risico. Naast het risico van eigendomsverlies als gevolg van opnemings in de algemene effectenvoorraad en ontheffing van nummerverantwoording¹⁰², dat hierna in paragraaf 2.4.1 zal worden besproken, liep een pandgever het risico dat zijn effecten – eenmaal herverpand – werden geëxecuteerd voor een schuld van een ander.

Dit risico was natuurlijk inherent aan de herverpanding. De pandhouder gaf de in pand ontvangen effecten immers voor een eigen schuld in pand aan een derde.¹⁰³ Indien geen beperking van de herverpandingsbevoegdheid was bedongen, kon een pandhouder – zoals hiervoor opgemerkt – de effecten zelfs voor een hoger bedrag herverpanden dan waarvoor hij zelf een pandrecht had. De effecten konden op die manier worden blootgesteld aan executie voor een hogere schuld van de pandhouder dan waarvoor de eerste pandgever de effecten oorspronkelijk in pand had gegeven. Met andere woorden, ook de overwaarde van de verpande effecten – het bij belening en prolongatie vereiste surplus van 20% respectievelijk 10% – kon daardoor aan executie worden blootgesteld.¹⁰⁴

⁹⁹ Suijling 1940, p. 560 en p. 568.

¹⁰⁰ Asser/Van Oven 1967, p. 84.

¹⁰¹ Suijling 1940, p. 569. Zie tevens het hiervoor genoemde arrest: HR 23 juni 1930, *NJ* 1931, p. 592.

¹⁰² Op dit risico werd onder meer gewezen door Van Goudoever en Eggens. Zie: Van Goudoever 1901, p. 287; en Schermer/Eggens 1928, p. 67.

¹⁰³ Suijling wees er op dat de eigenaar van de herverpande zaak het gevaar liep zijn eigendom te verliezen door een executie op grond van een geheel buiten zijn wil om gevestigd pandrecht. Zie: Suijling 1940, p. 560-561. Suijling lijkt hier overigens te zijn uitgegaan van een onbevoegde herverpanding, waarbij de *bona fide* herpandnemer (of beter gezegd: derde-pandhouder) tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de herpandgever werd beschermd. Hij besprak niet de opvatting dat de pandhouder door het verlenen van de herverpandingsbevoegdheid werd geacht het executierisico te aanvaarden.

¹⁰⁴ Juist voor deze overwaarde (het verschil tussen de waarde van het onderpand en de hoogte van de geseceureerde vordering) liep de eerste pandgever een wezenlijk risico. Bij verlies van de

Maar ook bij een gelimiteerde herverpandingsbevoegdheid was herverpanding voor de eerste pandgever niet zonder risico. Wanneer een pandhouder (een bank) de effecten die hij onder belenings- en prolongatiecontracten van verschillende cliënten had ontvangen, gezamenlijk als één post herverpandde – hetgeen in de praktijk geregeld voorkwam – bestond een reëel executierisico. Indien de koers van effecten onder één van de oorspronkelijke belenings- of prolongatiecontracten daalde, moest de betreffende cliënt het vereiste surplus met andere effecten aanvullen. Hetzelfde gold voor de bank, die zich onder de herbelening of herprolongatie jegens haar geldgever ook had verplicht tot het in stand houden van de overwaarde. Slaagde de betreffende cliënt er niet in tijdig het vereiste surplus aan te vullen, waardoor ook de bank (herpandgever) geen aanvullende effecten aan de herpandnemer kon verstrekken, dan liepen ook de overige cliënten van de bank (de eigenaren van de overige (her)beleende effecten) het risico dat hun effecten door de herpandnemer werden geëxecuteerd.

Het steeds per cliënt afzonderlijk herverpanden van de effecten bood voor dit probleem overigens geen oplossing. Nog afgezien van het feit dat dit gezien de relatief kleine bedragen van de afzonderlijke posten praktisch niet mogelijk was, was in vrijwel alle (her)belenings- en (her)prolongatiecontacten bepaald dat de in pand gegeven effecten subsidiair verbonden waren voor alle andere, tussen partijen bestaande schulden. Juist in deze subsidiaire verbondenheid schulde voor de oorspronkelijke pandgevers een groot gevaar. Als gevolg daarvan kon – ook bij afzonderlijke herverpanding – een tekortkoming onder één herbelening of herprolongatie tot executie leiden van andere, subsidiair verbonden effecten. Of zoals Delprat schreef:

*"De positie van den eersten geldnemer wordt bij een herbeleening of herprolongatie een minder gunstige. Een herbeleening of één herprolongatie van eenige omvang gesloten op onsoliede fondsen, kan alle tusschen den eersten en tweeden geldschieder nog loopenden herbeleeningen of herprolongatieën, aangegaan op de meest soliede papieren, aan het wankelen brengen."*¹⁰⁵

Om een dergelijk nadeel voor de pandgever te voorkomen, stelde Delprat voor de subsidiaire verbondenheid bij herbelening en herprolongatie uit te sluiten of de herbelening of herprolongatie steeds op naam van de eerste pandgever af te sluiten. Terstond voegde hij echter hieraan toe dat de handel daartoe hoogstwaarschijnlijk niet bereid zou zijn.¹⁰⁶ Herverpanding leverde voor de pandgever eigen-

effecten door executie door de herpandnemer, kon de geseceureerde vordering (het ter leen aan de eerste pandgever verstrekte bedrag) slechts een deel van de waarde van de effecten compenseren. Voor de eventuele overwaarde en/of surplus van de effecten was de eerste pandgever op geen enkele wijze gevrijwaard. Zie onder meer: Schermer/Eggens 1928, p. 67.

¹⁰⁵ Delprat 1894, p. 63.

¹⁰⁶ Delprat 1894, p. 64.

lijk per definitie een extra – en soms ook hoger – risico op. Met het oog op de risico's, merkte Delprat dan ook terecht op:

"Men vergeete evenwel niet, dat, indien meen een herverpanding den geldschieder inwilligt, de eerste geldgever daartoe niet moet overgaan, tenzij hij het volste vertrouwen in de solide wijze van beleening en prolongatie sluiten des eersten geldschieders hebbe. De debiteur heeft hier – met omkeering van den algemeen aangenomen regel – het volle vertrouwen in zijn crediteur te stellen."

2.3.4 Deelconclusie

De ontwikkeling van (her)belening en (her)prolongatie van effecten had, zoals in deze paragraaf besproken, hoofdzakelijk betrekking op de wettelijke regeling van pand in het Oud BW. Omdat wettelijke vestigingsvereisten voor pand onder het Oud BW (1838) in de praktijk als te restrictief werden ervaren, werden beleenings- en prolongatiecontracten aanvankelijk in de vorm van contracten van verkoop met recht van wederinkoop vormgegeven. Na de wetswijziging van 1874 waarin de vestigingsvereisten voor pand werden versoepeld, konden effecten door eenvoudige machtsovergave worden verpand. Dit had tot gevolg dat beleenings- en prolongatiecontracten na 1874 weer in de vorm van pandrechten werden afgesloten. Die juridische kwalificatie als pandrecht gaf echter aanleiding voor de nodige discussie in jurisprudentie en literatuur. De praktijk van (her)belening en (her)prolongatie van effecten – of beter gezegd: herverpanding – ging ondanks de juridische onzekerheden en discussie onverminderd door.

Begin 20^e eeuw werd het terrein waarop de juridische discussie over herverpanding van effecten deels verlegd naar de beursregelgeving. Deze ontwikkeling zal in de volgende paragraaf worden besproken. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de hierna te bespreken beursregelgeving uitsluitend zag op de bevoegdheid of machtiging tot herverpanding van effecten. Dit veranderde echter niets aan de juridische kwalificatie van effectenbelening en prolongatie als zijnde pandrecht. De wettelijke regeling van pand bleef van toepassing, waardoor de hiervoor besproken onduidelijkheden over het karakter en de rechtsgevolgen van herverpanding bleven bestaan en zich daarnaast nieuwe vraagstukken voordeden. De discussie in de jurisprudentie en literatuur werd dan ook voortgezet, zoals ik in paragraaf 2.4.1 zal bespreken.

2.4 Beurswet 1914 en Beursvoorschriften 1914

De onzekerheid over de toelaatbaarheid van in de praktijk veelvuldig toegepaste herbelening en herprolongatie¹⁰⁷ vormde de aanleiding voor een eerste wettelijk

¹⁰⁷ Zie in dit verband de in paragraaf 2.3.3.1 besproken literatuur.

ke regeling van herverpanding van effecten. Deze regeling treft men echter – anders dan men wellicht zou verwachten – niet in de wettelijke regeling van pand in titel 2.19 Oud BW aan. De bevoegdheid van een pandhouder om in pand ontvangen effecten op zijn beurt te 'beleenen', werd daarentegen neergelegd in de noodwet die werd aangenomen om de financiële crisis die bij het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog was ontstaan, te bedwingen: de Beurswet 1914.¹⁰⁸

Bij het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog in juli 1914 kelderden de effectenkoersen. Uit angst voor een totale beurscrash werden op 29 juli 1914 de effectenbeurzen gesloten. Deze beurscrisis had niet alleen grote gevolgen voor de effectenhandel, maar ook voor de geldhandel. De geldhandel en meer in het bijzonder de vele leningen die tegen onderpand van effecten waren verstrekt, werden zwaar geraakt door de beurscrisis.¹⁰⁹ Enerzijds trokken geldgevers zich massaal terug waardoor geen nieuwe leningen verkregen konden worden, anderzijds waren de koersdalingen zo groot dat de dekking van de leningen niet meer voldoende was.¹¹⁰ Kort gezegd, zagen geldgevers onder de vele belenings- en prolongatiecontracten zich geconfronteerd met een sterk in waarde verminderd onderpand. Bovendien leidde het gesloten blijven van de beurs tot onvoorziene complicaties voor geldgevers. Ik licht het een en ander toe.

Door de koersdalingen waren de in pand gegeven effecten in veel gevallen waardeloos geworden en was het vereiste surplus verdampt. Veel geldnemers waren om dezelfde reden niet langer in staat het onderpand tot het vereiste surplus aan te vullen. Als de effectenbeurzen zouden zijn heropend zonder dat de wetgever bijzondere maatregelen zou hebben getroffen, zouden de geldgevers vrijwel onmiddellijk hun geld hebben opgeëist. Het merendeel van de geldnemers zou – nu het vrijwel onmogelijk was geworden vervangende leningen te verkrijgen – niet in staat zijn geweest hun schulden af te lossen. Dit zou onvermijdelijk hebben geleid tot een grootschalige executie van de in pand gegeven effecten; hetgeen opnieuw een golf van koersdalingen tot gevolg zou hebben gehad. Daarbij kwam nog dat de executieopbrengsten van de verpande effecten gezien de lage koersen veelal te laag zou zijn om de vorderingen van de geldgevers volledig te voldoen. Als gevolg zouden veel geldnemers met aanzienlijke restschulden achterblijven.¹¹¹

¹⁰⁸ Wet van 4 september 1914 houdende bepalingen betreffende den geld- en fondsenhandel in de tegenwoordige buitengewone omstandigheden, Staatsblad 1914, nr. 445. De bepalingen van de Beurswet 1914 zijn opgenomen in Bijlage IV.

¹⁰⁹ Voor een uitgebreide uiteenzetting van de gevolgen van de beurscrisis op de geldmarkt, verwijst ik naar De Kat 1932, p. 624 e.v. In het kader van deze bespreking beperk ik mij tot een korte toelichting van de zogeheten "*prolongatie-kwestie*". Zie tevens: Edersheim 1914, p. 1 e.v.

¹¹⁰ Camijn 1987, p. 51.

¹¹¹ Rethaan Macaré 1914, p. 3-5; en De Kat 1932, p. 625-626.

Daarnaast leidde het gesloten blijven van de beurs tot complicaties onder lopen-de effectenbeleningen en prolongaties. Allereerst deed zich een probleem voor met betrekking tot de waardering van het (vereiste surplus van het) onderpand. Op grond van artikel 51 van het Reglement voor den Effectenhandel (1903) gold dat de waarde van verpande effecten "*volgens de beursprijs*" werd vastgesteld. Die beursprijs werd, nu de beurzen gesloten waren, bepaald aan de hand van de koersen van de laatste beursdag, i.e. 28 juli 1914. De koersen van die dag waren in de gegeven omstandigheden echter niet representatief voor de waarde van de effecten. Een en ander had tot gevolg dat veel geldnemers een aanzienlijk hoger surplus eisten.¹¹² Een bijkomend probleem was dat op de beurs afgesloten effectenbeleningen en prolongaties op grond van artikel 47 Reglement (1903) alleen op een "*beursdag*" konden worden opgezegd. Nu de beurzen gesloten waren, deden beursdagen zich niet meer voor. Zolang de beurzen gesloten bleven, konden geldgevers de contracten niet opzeggen en dus de daaronder verstrekte gelden niet opeisen.¹¹³ Uit hetzelfde artikel 47 Reglement voor den Effectenhandel (1903) volgde dat de contracten bij niet-opzegging werden verlengd tegen de rentekoers van de vervalddag, dan wel, indien de vervalddag geen beursdag was, tegen de rentekoers van de laatste, voorafgaande beursdag. De – feitelijk niet-opzegbaar geworden – contracten zouden dus steeds worden verlengd tegen de rentekoers van de laatste beursdag voor de sluiting van de beurzen, i.e. 28 juli 1914. Deze rentekoers was aanzienlijk lager was dan de nadien geldende rentekoersen.¹¹⁴ Dit renteprobleem leidde voor veel geldgevers tot onbillijke gevolgen.¹¹⁵

De hiervoor kort weergegeven problemen maakten een overheidsingrijpen noodzakelijk. Om tot een trapsgewijs herstel van de prijscouranten en een geleidelijke afwikkeling van de lopende effectenbeleningen en prolongaties te komen¹¹⁶, nam de wetgever als noodregeling de Beurswet 1914 aan. De wet, die de eerste pu-

¹¹² Waar bij prolongatiecontracten aanvankelijk 10% surplus was vereist, verlangden geldgevers destijds een surplus van 20% tot 30%. Zie: De Kat 1932, p. 629.

¹¹³ Zie tevens: De Vries 1915, p. 6.

¹¹⁴ De rentekoers van 28 juli 1914 was 4,5%. Ter vergelijking, de rentekoers van De Nederlandsche Bank voor belening op onderpand van buitenlandse effecten was ongeveer 7% – 8%. Zie: De Kat 1932, p. 627.

¹¹⁵ Teneinde dit renteprobleem te verhelpen, werd artikel 47 door de Vereniging voor den Effectenhandel tijdelijk vervangen. Op grond van de vervangende regeling, werd bij continuatie van de belening of prolongatie uitgegaan van een rentekoers van 2% boven de op de dag van continuatie geldende rentekoers van De Nederlandsche Bank. Zie: De Kat 1932, p. 627. Het renteprobleem werd tevens aan de orde gesteld door Meijers in het WPNR. Meijers meende dat de Vereeniging voor den Effectenhandel ten aanzien van oude belenings- en prolongatiecontracten niet het recht had een afwijkende rentekoers te bepalen. Zie voor deze problematiek nader: Meijers 1914, p. 426 en De Kat 1932, p. 629.

¹¹⁶ Zie: art. 2 lid 2 sub (3^o) Beurswet 1914, welk artikel de Minister de bevoegdheid gaf daartoe nadere voorschriften te geven. Zie tevens: Zie tevens: Memorie van Toelichting Beurswet 1914, *Handelingen* II 1913-1914, Bijlagen 373, nr. 3.

blikrechtelijke regeling van de Nederlandse effectenhandel vormde¹¹⁷, was door de wetgever uitdrukkelijk als tijdelijke regeling bedoeld.¹¹⁸

In de wet trof de wetgever met het oog op hierboven omschreven "*prolongatie-kwestie*" een aantal maatregelen. Zo werd in artikel 4 Beurswet 1914 een regeling getroffen voor het waarderingsprobleem met betrekking tot de effecten die tot zekerheid van vóór 29 juli 1914 gesloten beleningen en prolongaties in pand waren gegeven. De effecten dienden te worden gewaardeerd tegen de koersen die door de Minister werden bepaald (de zogeheten "*onderpandkoersen*").¹¹⁹ Ook de termijn waarbinnen een geldnemer het vereiste surplus moest aanvullen, werd door de Minister vastgesteld.¹²⁰ Om te voorkomen dat geldnemers in geval van executie hun effecten beneden een redelijke prijs zouden verliezen¹²¹, nam de wetgever tevens een beperking van de executiebevoegdheid van de pandhouders (de geldgevers) in de wet op. Op grond van artikel 5 lid 1 Beurswet 1914 konden effecten die in het kader van belenings- en prolongatiecontracten waren verpand, niet zonder toestemming van de pandgever worden verkocht, tenzij de pandhouder bij de verkoop van het onderpand op de beurs zelf een bod op de effecten uitbracht tegen minimaal de door de Minister bepaalde koers.¹²² De Beurswet 1914 verklaarde voorts alle contractuele bepalingen en reglementen die strijdig waren met de bepalingen van de Beurswet ongeldig.¹²³

In de Beurswet 1914 werd ten behoeve van geldgevers tevens een regeling opgenomen die een einde moest maken aan de onzekerheid over de toelaatbaarheid van herverpanding (herbelening c.q. herprolongatie) van effecten. Deze eerste wettelijke regeling van herverpanding treft men in artikel 6 Beurswet 1914 aan.

Artikel 6 Beurswet 1914 luidde:

"1. De pandhouder heeft – behoudens het bepaalde in het derde lid – de bevoegdheid de hem in onderpand gegeven fondsen, met uitzondering van loten en obligaties van premieleeningen, hetzij geheel, hetzij gedeeltelijk op zijne beurt bij derden te beleenen; hij blijft niettemin tegenover den pandgever ten volle verantwoordelijk.

2. Fondsen, welke op den dag van het in werking treden van dit artikel reeds in onderpand waren gegeven en door den pandhouder op genoemden dag reeds waren

¹¹⁷ Op grond van artikel 2 lid 1 Beurswet 1914 kwamen de effectenbeurzen onder toezicht van de Minister van Financiën (aanvankelijk: de Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel). Zie: De Kat 1932, p. 630; en Grundmann-van de Krol 2012, p. 6.

¹¹⁸ Zie onder meer: Art. 10 lid 2 Beurswet 1914.

¹¹⁹ Art. 4 lid 1 Beurswet 1914. Zie tevens: De Kat 1932, p. 630.

¹²⁰ Art. 4 lid 2 Beurswet 1914.

¹²¹ Memorie van Toelichting Beurswet 1914, *Handelingen* II 1913-1914, Bijlagen 373, nr. 3.

¹²² Art. 5 lid 1 Beurswet 1914. Daarnaast diende een executerend pandhouder de door de Minister vast te stellen regels in acht te nemen.

¹²³ Zie: art. 2 lid 2 (slot) en art. 7 Beurswet 1914. Door de Beurswet 1914 en de daarop voortbouwende Beursvoorschriften 1914 werd het beursreglement van de Vereeniging voor den Effectenhandel grotendeels buiten werking gesteld.

herbeleend, zullen geacht worden aldus te zijn herbeleend met goedvinden van den pandgever, onverminderd de verantwoordelijkheid van hem, die herbeleende.

3. De bevoegdheid, bij dit artikel aan den pandhouder gegeven, geldt ten aanzien van fondsen, in pand gegeven na het in werking treden van dit artikel, alleen wanneer zij in de pandovereenkomst is voorbehouden."¹²⁴

In de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor de Beurswet 1914 – die gezien de noodtoestand zeer kort was – werden door verschillende Kamerleden kritische kanttekeningen geplaatst bij het voorgestelde artikel 6.¹²⁵ Zo werd opgemerkt dat het toestaan van herverpanding een eenzijdige regeling ten behoeve van geldschieters was en feitelijk neerkwam op een algehele onteigening van alle in pand gegeven effecten. Door geldschieters de bevoegdheid te geven in pand ontvangen effecten voor eigen schulden aan derden te verpanden, verschaft de wetgever eigenlijk een wettelijke basis voor een onwenselijke handelspraktijk, die bovendien als schending van de goede trouw moest worden aangemerkt.¹²⁶

Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel Treub verdedigde het wetsvoorstel met een beroep op de ontstane financiële noodtoestand. Van enige bevoordeling van geldschieters wilde de Minister niet weten. Zonder overheidsingrijpen zou de geldmarkt instorten en zouden veel geldnemers bij de onvermijdelijke grootschalige executies van effecten worden "*afgeslacht*". De regeling diende derhalve niet uitsluitend het belang van de geldschieters, maar het algemeen belang.¹²⁷ Voorts merkte de Minister op dat de herverpandingsbevoegdheid nu eenmaal in lijn was een reeds bestaande en wijdverbreide handelspraktijk.¹²⁸ Hoewel men deze usance laakbaar mocht achten, was het – volgens de Minister – de realiteit van de financiële markt en mocht men de voorgestelde regeling niet als een wettelijke vastlegging van een schending van de goede trouw kwalificeren. Bovendien

¹²⁴ Lid 2 en 3 zijn beraadslaging in de Tweede Kamer aan het voorgestelde artikel 6 Beurswet 1914 toegevoegd. Zo werd ter bescherming van pandgevers opgenomen dat herverpanding slechts met hun toestemming werd toegestaan. Zie: Gewijzigd wetsontwerp Beurswet 1914, *Handelingen II* 1913-1914, Bijlagen 373, nr. 7; Wetsvoorstel Beurswet 1914, *Handelingen II* 1913-1914, Bijlagen 373, nr. 1-2; Verslag van vergadering Tweede Kamer van 31 augustus 1914, *Handelingen II* 1913-1914, p. 2626.

¹²⁵ Lezenswaardig is het verslag van de vergadering van de Tweede Kamer op 31 augustus 1914. Zie: *Handelingen II* 1913-1914, p. 2615-2627. Zie tevens: Wertheim 1935, p. 29-31; De Kat 1932, p.

¹²⁶ Zie opmerkingen Kamerlid Marchant in: Verslag van vergadering Tweede Kamer van 31 augustus 1914, *Handelingen II* 1913-1914, p. 2618. Of – zoals Van der Biesen het verwoordde: "*Bij deze wet wordt amnestie verleend aan degenen, die m.i. tegen de wet gezondigd hebben; hetgeen zij gedaan hebben wordt wettig verklaard (...)*". Verslag van vergadering Eerste Kamer van 4 september 1914, *Handelingen I* 1913-1914, Bijlagen 162, p. 589.

¹²⁷ Minister Treub in: Verslag van vergadering Tweede Kamer van 31 augustus 1914, *Handelingen II* 1913-1914, p. 2625.

¹²⁸ Verslag, *Handelingen II* 1913-1914, Bijlagen 373, nr. 6, p. 11.

moest artikel 6 Beurswet 1914 blijkens de Memorie van Toelichting in samenhang met artikelen 4 en 5 Beurswet 1914 worden gezien.

*"Tegenover de moeilijkheden, die de toepassing van deze wet wellicht voor den geldgever kan doen ontstaan is het billijk hem de gelegenheid te geven door de beleening van het onderpand op zijne beurt zich contanten te verschaffen, ten einde aan zijne verplichtingen te voldoen. Waar de pandgever immers het pand aan de verantwoordelijkheid van de geldgever heeft toevertrouwd, kan tegen de voorgestelde uitbreiding der bevoegdheid van hem, wien hij op dit stuk reeds zijn vertrouwen schonk, geen bezwaar bestaan. Het behoeft geen betoog, dat de verantwoordelijkheid van de pandhouder tegenover den pandgever onverlet moet blijven voortbestaan."*¹²⁹

Tegenover de strenge bepalingen van artikel 4 en 5, zou artikel 6 Beurswet 1914 geldgevers de mogelijkheid bieden door herbelening de hoognodige liquide middelen te verkrijgen.¹³⁰ Uit de toelichting van de Minister blijkt dat dit compromis was ingegeven door overleg met vertegenwoordigers van het bankwezen en andere geldgevers. Kennelijk wilde het bankwezen de noodmaatregelen van artikel 4 en 5 Beurswet 1914 slechts aanvaarden, indien hen in dezelfde wet een herverpandingsbevoegdheid werd toegekend. De Minister achtte, met andere woorden, het toestaan van herbelening en herprolongatie van effecten (i.e. herverpanding) in de gegeven omstandigheden – waarin "een groot deel van het nationaal vermogen is vastgelegd en geblokkeerd" – noodzakelijk om voldoende liquide middelen voor het handelsverkeer en economisch herstel beschikbaar te maken zonder dat het daarbij op gedwongen aflossingen en executies behoefde aan te komen. Volgens de Minister was het de "enige uitweg om in dezen noodtoestand te voorzien".¹³¹

In de parlementaire behandeling werd – voortbouwend op de hiervoor geschetste discussie in de literatuur – de vraag opgeworpen of het oorspronkelijke pandrecht door herverpanding teniet zou gaan, nu de eerste pandhouder/herpandgever daardoor de macht over het pand verloor.¹³² De Minister maakte stellig een einde aan deze discussie met de opmerking:

"Ik wil (...) aanstonds toegeven, dat art. 6 van dit ontwerp in dit opzicht derogeert aan art. 1198 B.W. Hier wordt in dit wetsontwerp in art. 6 de bevoegdheid gegeven

¹²⁹ *Handelingen* II 1913-1914, Bijlagen 373, nr. 3.

¹³⁰ Minister Treub in: Verslag van vergadering Tweede Kamer van 31 augustus 1914, *Handelingen* II 1913-1914, p. 2622 en 2625.

¹³¹ Minister Treub in: Verslag van vergadering Tweede Kamer van 31 augustus 1914, *Handelingen* II 1913-1914, p. 2626.

¹³² Zie onder meer: Van de Biesen in: Verslag van vergadering Eerste Kamer van 4 september 1914, *Handelingen* I 1913-1914, Bijlagen 162, p. 590.

tot herbeleening, d.w.z. dat het pandrecht blijft bestaan, niettegenstaande de pandhouder het pand niet in zijn macht behoudt."¹³³

Bij de behandeling in de Eerste Kamer werd voorts de beperking van de herverpandingsbevoegdheid tot het bedrag van de schuld van de pandgever aan de orde gesteld. Een pandhouder zou slechts tot dit bedrag mogen herbelenen. Op een bevoegdheid tot herbelening van een eventueel surplus zou de pandhouder geen aanspraak kunnen maken. Men ging echter aan dit punt voorbij wegens de door de crisismomstandigheden vereiste spoed bij totstandkoming van de noodwet en in de kennelijke overtuiging dat gevaar van misbruik niet erg groot zou zijn.¹³⁴

Ter uitvoering van de nieuwe regelgevende bevoegdheid van artikel 2 lid 2 Beurswet 1914, stelde de Minister van Financiën bij beschikking van 15 januari 1915 nadere voorschriften voor het beurshandel en het toezicht daarop vast, de zogeheten "Beursvoorschriften 1914".¹³⁵ In de Beursvoorschriften 1914 werd – in navolging van het Reglement voor den Effectenhandel – een regeling voor belening en prolongatie van effecten opgenomen. Artikel 16 t/m 44 hielden een regeling in voor (de afwikkeling van) effectenbeleningen en prolongaties die vóór 29 juli 1914 waren gesloten. In artikel 61 t/m 78 werd een regeling opgenomen voor toekomstige effectenbeleningen en prolongaties, die na heropening van de beurs zouden worden gesloten.¹³⁶

In aansluiting op artikel 6 Beurswet 1914 werden in de Beursvoorschriften 1914 nadere regels voor herverpanding (*herbelening of herprolongatie*) bij ter beurze afgesloten leningen¹³⁷ gegeven. Voor effectenbeleningen en prolongaties die vóór 29 juli 1914 waren gesloten, werd een nadere regeling opgenomen in artikel 22 en 23 Beursvoorschriften 1914.

Artikel 22 Beursvoorschriften 1914 luidde:

"1. Bij herbeleening blijft het pandrecht van dengene die in herbeleening gaf, bestaan. De houder van het onderpand wordt geacht door allen die hierop pandrecht hebben, en door de oorspronkelijken pandgever te zijn aangewezen om dit voor die pandhouders te houden. Na beëindiging van zij pandrecht moet hij het onderpand, voor zoover dit net is verkocht, afgeven aan dengene van wie hij het in pand kreeg."

¹³³ Minister Treub in: Verslag van vergadering Eerste Kamer van 4 september 1914, *Handelingen I 1913-1914*, Bijlagen 162, p. 596. Vergelijk: art. 22 lid 1 Beursvoorschriften 1914.

¹³⁴ Zie de opmerking van Van Nierop in: Verslag van vergadering Eerste Kamer van 4 september 1914, *Handelingen I 1913-1914*, Bijlagen 162, p. 592. Zie tevens: De Kat 1932, p. 631.

¹³⁵ Beursvoorschriften 1914, *Staatscourant* 16 januari 1915, N°13.

¹³⁶ De relevante bepalingen van de Beursvoorschriften 1914 zijn opgenomen in Bijlage V. Zie voor een uiteenzetting van de Beursvoorschriften 1914: De Kat 1932, p. 633 e.v.

¹³⁷ Zie onder meer: Suijling 1940, p. 572.

Artikel 23 Beursvoorschriften 1914 luidde:

"1. De geldgever, die het hem door de geldnemer gegeven onderpand heeft herbeleend, blijft jegens deze voor de teruggave aansprakelijk.

2. Hij moet teruggeven ter beurze te Amsterdam leverbaar verklaarde stukken van dezelfde benamingen en soort en in dezelfde coupures als hij ontving. Alle voor- en nadeelen, welke in het algemeen aan de in pand gegeven stukken zijn verbonden, blijven voor rekening van den oorspronkelijken pandgever.

3. Bij aflosbaarstelling of uitloting van eenig in pand gegeven stuk is de geldgever bevoegd dit te incasseren en strekt de aflossingsom tot vermindering van het verschuldigde. Heeft bij de teruggave de aflossing nog niet plaats gehad, dan moet bij niet-teruggave van hetzelfde stuk het hieraan verbonden voor- en nadeel worden verrekend.

4. Wanneer was overeengekomen dat geen nummers zouden worden verantwoord of dat de geldgever het onderpand onder zijn fondsenvoorraad mocht opnemen, geldt lid 3 van dit artikel niet, doch kan de geldgever volstaan met de teruggave van een ter beurze te Amsterdam leverbaar verklaard stuk van dezelfde benaming, soort en in dezelfde coupure als hij ontving.

5. Van loten en obligatiën moeten steeds de oorspronkelijk in pand gegeven stukken worden teruggegeven."

Ook voor toekomstige effectenbeleningen en prolongaties werd in de Beursvoorschriften 1914 een uitdrukkelijke regeling van herverpanding gegeven: artikel 73 Beursvoorschriften 1914. Dit artikel sloot aan op artikel 6 Beurswet 1914 en bevestigde de bevoegdheid van een pandhouder om de in pand ontvangen effecten te herverpanden. Voorwaarde hiervoor was wel dat hij hiertoe schriftelijk was gemachtigd.

Artikel 73 Beursvoorschriften 1914 luidde:

"1. De geldgever heeft de bevoegdheid de hem in onderpand gegeven fondsen, hetzij geheel, hetzij gedeeltelijk op zijne beurt bij derden te beleenen, voorzover de geldnemer hem hiertoe schriftelijk gemachtigd heeft.

2. De geldgever blijft niettemin tegenover den geldnemer ten volle verantwoordelijk voor de teruggave van dezelfde stukken als die hij van de geldnemer heeft ontvangen."

In de Beursvoorschriften 1914 was – evenals in het Reglement voor den Effectenhandel – een aantal standaardformulieren opgenomen voor akten van daggeldlening, prolongatie, surplus, ruiling en van gedeeltelijk aflossing tegen terugontvangst van een deel van het onderpand.¹³⁸ Het standaard prolongatieformulier (Formulier B) was vrijwel gelijk aan het Formulier G van het Reglement voor den Effectenhandel. In het formulier was echter – in overeenstemming met artikel 6 Beurswet 1914 en artikel 73 Beursvoorschriften 1914 – een uitdrukkelijke machtiging van de pandhouder tot herverpanding opgenomen.

¹³⁸ Zie: Formulier A t/m E bij de Beursvoorschriften 1914.

"Formulier B, vastgesteld door de Minister van Financiën ingevolge art. 2 lid 2 der Beurswet 1914

Prolongatie-akte.

De ondergeteekenden verklaren, dat de eerste ondergeteekende _____ op heden als prolongatie he(eft) van de tweede ondergeteekende _____ de som van _____ tegen eene rente gerekend à ___ ten honderd in het jaar, en tot zekerheid van de verbintenissen, uit deze prolongatie voortvloeiende, aan de tweede ondergeteekende in pand gegeven en ter hand gesteld he(eft) de volgende effecten:

_____ met verbintenis tot zoodanige aanvulling van het onderpand als noodig zal zijn om daarin steeds een surplus van ___ procent te doen liggen, en voort op de voorwaarden, die vervat zijn in de „Beursvoorschriften 1914” en in de daarbij van kracht gelaten bepalingen van het „Reglement voor den Effectenhandel” van de Vereniging voor den Effectenhandel te Amsterdam.

Het onderpand wordt subsidiair mede verpand tot zekerheid voor alle andere geldleeningen, welke tusschen de ondergeteekenden na 28 Juli 1914 zijn of zullen worden gesloten, op den voet van art. 72 van bovengenoemde Beursvoorschriften.

De eerste ondergeteekende machtig(t) de tweede ondergeteekende tot herbeleening van het onderpand.

Hiervan twee eensluidenden opgemaakt.

Amsterdam _____ 19__

(Handteekeningen)¹³⁹

Na een relatief snel herstel van het economische verkeer en het financiële stelsel eind 1914, werd op 9 februari 1915 de Amsterdamse effectenbeurs heropend. Hoewel de Beurswet 1914 als tijdelijke noodregeling was bedoeld en zelfs een regeling bevatte voor haar intrekking zodra de buitengewone omstandigheden waren geweken¹⁴⁰, bleef de wet nog lange tijd van kracht.¹⁴¹

In 1918 werd een wetsvoorstel ingediend voor een nieuwe wet die de Beurswet 1914 zou vervangen: de zogeheten Effectenbeurswet 1919.¹⁴² De Beurswet 1914 en de daarin opgenomen noodregeling voor de afwikkeling van belenings- en prolongatiecontracten kon bij invoering van de Effectenbeurswet 1919 volgens de Minister worden ingetrokken omdat de beursomstandigheden zich sindsdien vrijwel hadden hersteld en aldus niet langer reden bestond de afwikkeling van de

¹³⁹ Het standaardformulier voor daggeldleeningen (Formulier A bij de Beursvoorschriften 1914) was gelijkkluidend, met dien verstande dat in plaats van "prolongatie" steeds van "daggeldleening" of "geldleening" werd gesproken.

¹⁴⁰ Art. 10 lid 2 Beurswet 1914 luidde: "Zoodra de tegenwoordige buitengewoone omstandigheden hebben opgehouden te bestaan, zal aan de Staten-Generaal een voorstel van wet worden gedaan, waarbij de intrekking van deze wet, zoomede de overgang tot den normale toestand worden geregeld."

¹⁴¹ Kort na invoering werd de wet op een paar ondergeschikte punten aangevuld. Zie: Wet van 31 december 1914 tot aanvulling van artikel 2 der Beurswet 1914, Staatsblad 1914, nr. 645.

¹⁴² Schukking 1947, p. 69. De Beurswet 1914 zou worden ingetrokken, krachtens art. 21 (later art. 17) van het wetsontwerp Effectenbeurswet 1919.

belenings- en prolongatiecontracten te laten geschieden op een andere wijze dan tussen partijen overeengekomen.¹⁴³ Het wetsvoorstel voor de Effectenbeurswet 1919 stuitte in de Tweede Kamer echter op de nodige bezwaren. Eén van de bezwaren was gericht op de gevolgen van intrekking van de Beurswet 1914 voor de herbeleningsbevoegdheid ex artikel 6 Beurswet 1914.

Zo blijkt uit het Voorlopig Verslag:

*"Vele leden meenden dat in een effectenbeurswet eene regeling van het prolongatiestelsel niet moge ontbreken en daarbij in de eerste plaats de zo gewichtige vraag der herbeleening. De Beurswet 1914 regelt deze vraag wel in art. 6 voor het oogenblik, doch die wet is een noodwet en voorziet er ook niet op afdoende wijze in. Acht men wellicht eene afdoende regeling niet op haar plaats in eene Beurswet, dan diende daarin voorzien te worden door eene wijziging van art. 1198 B.W."*¹⁴⁴

Om aan dit bezwaar tegemoet te komen werd bij wijziging van het wetsvoorstel een uitdrukkelijke regeling van herverpanding opgenomen, met de strekking dat herbeleening van effecten alleen geoorloofd was met toestemming van de pandgever. Deze toestemming liet evenwel de aansprakelijkheid van de herbeleener voor teruggave van de effecten onverlet.¹⁴⁵

Artikel 17 (nieuw) van het gewijzigde ontwerp Effectenbeurswet 1919 luidde:

"1. De Beurswet 1914 vervalt.

2. Herbeleening van fondsen is geoorloofd met toestemming van den pandgever.

3. De herbeleener blijft jegens den pandgever voor de teruggave der fondsen burgerrechtelijk aansprakelijk op dezelfde wijze als of geen herbeleening had plaats gehad."

Het gewijzigde wetsvoorstel voor de Effectenbeurswet 1919 werd nooit aangenomen.¹⁴⁶ De Beurswet 1914 werd dan ook niet ingetrokken. Tegen de achtergrond van een nieuwe oorlogsdreiging heeft de wetgever in 1939 de Beurswet 1914 op enkele punten gewijzigd¹⁴⁷, waarmee het min of meer blijvende karakter

¹⁴³ Memorie van Toelichting Effectenbeurswet 1919, *Handelingen* II 1918 -1919, Bijlagen 255, nr. 3, p. 8.

¹⁴⁴ Voorlopig Verslag Effectenbeurswet 1919, *Handelingen* II 1918 -1919, Bijlagen 255, nr. 4, p. 12.

¹⁴⁵ Nota van Wijziging wetsvoorstel Effectenbeurswet 1919, *Handelingen* II 1920-1921, Bijlagen 56, nr. 2, p. 5 (artikel 17 (nieuw)).

¹⁴⁶ Het wetsvoorstel Effectenbeurswet 1919 is uiteindelijk in 1929 ingetrokken. Zie: Brief houdende intrekking wetsvoorstel Effectenbeurswet 1919, *Handelingen* II 1928-1929, Bijlagen 18, nr. 1.

¹⁴⁷ Wet van 6 september 1939, *Staatsblad* 1939, 405. De wetwijziging van 1939 betrof wijziging van art. 2, 4 en 8 van de Beurswet 1914. Zie: Wetsvoorstel Wijziging van de Beurswet 1914, *Handelingen* II 1938-1939, Bijlagen 528, nr. 1-3; Verslag van vergadering Tweede Kamer van 4 september 1939, *Handelingen* II 1938-1939, Bijlagen 587, p. 2265; en Verslag van vergadering Eerste Kamer van 5 september 1939, *Handelingen* I 1938-1939, Bijlagen 204.

van de wet werd erkend.¹⁴⁸ In dat verband werden ook de Beursvoorschriften gewijzigd en op 3 juli 1940 vastgesteld als de "Beursvoorschriften 1940".¹⁴⁹ De Beurswet 1914 is uiteindelijk pas in 1992 ingetrokken bij de invoering van de Wet Toezicht Effectenverkeer 1991 (Wte 1991).¹⁵⁰ Zo bleef de als de noodmaatregel in artikel 6 Beurswet 1914 opgenomen bevoegdheid van de pandhouder tot herverpanding van effecten gedurende het grootste deel van de 20^e eeuw gehandhaafd.

2.4.1 Literatuur en jurisprudentie

Ook na invoering van de Beurswet 1914 bleef herverpanding van effecten onderwerp van rechtsgeleerd debat. In de eerste plaats werd uitgebreid aandacht besteed aan de gevolgen van artikel 6 Beurswet 1914 voor de bevoegdheid tot herverpanding, waarbij door enkele schrijvers ook felle kritiek werd geleverd op deze wetsbepaling. Daarnaast vormden het karakter en rechtsgevolgen van herverpanding onderwerp van discussie. Tot slot werd in de literatuur gepleit voor een algemene, wettelijke regeling van herverpanding.

In aansluiting op paragraaf 2.3.3 geef ik in deze paragraaf een overzicht van de discussie op deze punten.

2.4.1.1 Bevoegdheid tot herverpanding

De invoering van artikel 6 Beurswet 1914 had voor de rechtsgeldigheid van herverpanding van effecten – i.e. de in de praktijk op grote schaal afgesloten herbelemingen en herprolongaties – grote gevolgen. Op grond van artikel 6 lid 1 Beurswet 1914 was een pandhouder immers wettelijk bevoegd de effecten¹⁵¹ die hij in pand had ontvangen, op zijn beurt geheel of gedeeltelijk aan derden te verpanden ("*beleenen*"). Ten aanzien van effecten die een pandhouder na inwerkingtreding

¹⁴⁸ Schukking 1947, p. 181.

¹⁴⁹ Beursvoorschriften 1940, vastgesteld op 3 juli 1940 door de waarnemend Secretaris-Generaal, waarnemend hoofd van het Departement Financiën. De hiervoor genoemde artikelen 22, 23, en 73 Beursvoorschriften bleven daarbij ongewijzigd.

¹⁵⁰ Wet van 7 maart 1991 houdende regelen inzake het toezicht op het effectenverkeer, Staatsblad 1991, nr. 141. Op grond van artikel 38 lid 1 Wte 1991 werd de Beurswet 1914 ingetrokken.

¹⁵¹ Deze wettelijke regeling van de herverpandingsbevoegdheid had uitsluitend betrekking op effecten (lid 1: "*fondsen*"), met uitzondering van loten en obligatiën van premieleningen. Premieleningen waren obligatieleningen met een couponrente beneden de gangbare marktrente op het moment van plaatsing. Het verschil met de marktrente werd bij periodieke uitlotingen aan een beperkt aantal af te lossen obligaties toegewezen. De houders van deze obligaties ontvingen dan een premie bovenop de hoofdsom. Zie: Molengraaff 1923, p. 422. Ten aanzien van deze twee soorten effecten, waarvan de nummers van de specifieke stukken bepalend was voor de (aflossings)waarde, kon men zich dus nog steeds de vraag stellen – aldus De Kat – of een herverpandingsbeding geldig was. Zie: De Kat 1932, p. 616.

van de wet¹⁵² in pand ontving, had een pandhouder deze bevoegdheid slechts dan indien deze in de pandovereenkomst aan de pandhouder was toegekend. Bij verpanding van effecten kon in de pandovereenkomst aldus rechtsgeldig aan de pandhouder de bevoegdheid tot herverpanding worden verleend. Daarnaast legitimeerde de wetsbepaling met terugwerkende kracht de eerder afgesloten herbelegingen en herprolongaties. Op grond van artikel 6 lid 2 Beurswet werden effecten die vóór inwerkingtreding van de wet reeds door de pandhouder waren herverpand ("*herbeleend*"), geacht te zijn herverpand met toestemming van de pandgever. Wel bleef in een dergelijk geval de pandhouder (*herbelener*) onverminderd verantwoordelijk jegens de pandhouder.

Het artikel stelde aldus de rechtsgeldigheid van de in de praktijk gebruikelijke herverpanding van effecten buiten twijfel.¹⁵³ Hierbij dient echter wel te worden bedacht dat herverpanding van andere goederen dan effecten, zoals roerende zaken en vorderingen, buiten de reikwijdte van de Beurswet 1914 vielen. Ten aanzien van dergelijke goederen – evenals ten aanzien van op grond van artikel 6 lid 1 Beurswet 1914 uitgesloten "*loten en obligatiën van premieleningen*" – was herverpanding derhalve niet (zonder meer) toegestaan. Hieraan is in de literatuur niet veel aandacht besteed, waarschijnlijk omdat herverpanding van andere goederen dan effecten in de praktijk niet voorkwam.

Van Deventer vatte de consequenties van artikel 6 Beurswet 1914 aldus samen:

"1°. De Beurswet heeft de kracht van een langdurige usance in den effectenhandel erkend door ze wettelijk met terugwerkende kracht vast te leggen.

2°. De herprolongatie is thans stellig wèl geoorloofd, zonder dat echter – gelijk we hierna zullen aantonen – over den juisten aard van deze transactie afdoende is beslist.

3°. Voor de herverpanding is na inwerkingtreding der Beurswet 1914 wèl verlot van den pandgever noodig (art. 6, 3de lid)."¹⁵⁴

Ook Scholten kende een dergelijke betekenis aan artikel 6 Beurswet 1914 toe:

"Her-prolongatie is dus geoorloofd, indien de pandnemer uitdrukkelijk of stilzwijgend de bevoegdheid daartoe is verleend."¹⁵⁵

¹⁵² Artikel 6 Beurswet 1914 trad in werking op het moment van afkondiging van de wet, namelijk op 6 september 1914. Zie: art. 10 lid 1 Beurswet 1914 en Staatsblad 1914, nr. 445.

¹⁵³ Gezien de algemene bewoordingen van artikel 6 lid 3 Beurswet 1914 gold de bepaling voor alle vormen van leningen tegen onderpand van effecten, ongeacht of deze op de beurs of daarbuiten waren gesloten. Zie: De Kat 1932, p. 616. Artikel. 22, 23 en 73 van de Beursvoorschriften 1914 hadden slechts betrekking op ter beurze gesloten leningen tegen onderpand van effecten.

¹⁵⁴ Van Deventer 1925, p. 738.

¹⁵⁵ Asser/Scholten 1927, p. 27

Had de pandgever de pandhouder in overeenstemming met artikel 6 lid 3 Beurswet 1914 in de pandovereenkomst de bevoegdheid tot herverpanding verleend, dan deed zich opnieuw de vraag voor of deze herverpandingsbevoegdheid absoluut of juist beperkt was.¹⁵⁶ Zoals hiervoor opgemerkt, had de wetgever een beperking van de bevoegdheid tot bijvoorbeeld het bedrag van de met het eerste pandrecht gezeekerde vordering uiteindelijk niet in de noodregeling opgenomen. Onder andere De Kat leidde hieruit af dat een pandhouder in beginsel geheel vrij was ten aanzien het bedrag waarvoor hij de verpande effecten wil herverpanden. De pandgever kon aldus de in pand ontvangen effecten voor een hoger bedrag dan waarvoor hij zelf een pandrecht had, herverpanden.¹⁵⁷ Dit was slechts anders indien in de pandovereenkomst een beperking was opgenomen.¹⁵⁸

2.4.1.2 Kritiek op artikel 6 Beurswet 1914

Artikel 6 Beurswet 1914 werd niet onverdeeld positief ontvangen. Oud Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad Rethaan Macaré¹⁵⁹ was een van de felste critici van de regeling. Hij meende dat artikel 6 Beurswet 1914 niet alleen een gebrekkige onderbouwing had, maar ook in strijd was met de grondbeginselen van pandrecht. Een pandrecht strekte naar zijn mening uitsluitend tot het verschaffen aan de geldgever (pandhouder) van zekerheid voor terugbetaling van zijn vordering op de geldnemer. Een pandhouder werd geen eigenaar van het in pand ontvangen goed en kon daarover dus nooit als heer en meester beschikken.¹⁶⁰ Wanneer een pandhouder desondanks tot herverpanding overging, maakte hij niet alleen misbruik van zijn pandrecht en het vertrouwen dat de pandgever in hem had gesteld, maar maakte hij zich ook schuldig aan een strafbare toe-eigening.

Rethaan Macaré was fel gekant tegen de summiere onderbouwing en rechtvaardiging van de maatregel in de Memorie van Toelichting op de Beurswet 1914. Anders dan de meeste schrijvers¹⁶¹, meende hij dat de in de handel gebruikelijke toekenning van de herverpandingsbevoegdheid – al dan niet op basis van de standaardclausules over uitsluiting van nummerverantwoording en opneming in de algemene effectenvoorraad – nietig zouden moeten worden verklaard.¹⁶² Hij voerde hiervoor een drietal redenen aan. Ten eerste druiste een herverpandings-

¹⁵⁶ Zie paragraaf 2.3.3.1.

¹⁵⁷ Zoals reeds opgemerkt, liep de eerste pandgever in een dergelijk geval vooral voor de overwaarde van de effecten een risico omdat die niet gecompenseerd kon worden door het aan de pandgever ter lening verstrekte bedrag. Aangenomen werd dat de "*volle verantwoordelijkheid*" ex artikel 6 lid 1 Beurswet 1914 hierop zag.

¹⁵⁸ De Kat 1932, p. 616.

¹⁵⁹ Zie: Rethaan Macaré 1914, naar aanleiding van zijn eerdere artikel in *De Nieuwe Courant* van 30 augustus 1914.

¹⁶⁰ Rethaan Macaré 1914, p. 12.

¹⁶¹ Zie onder meer: Asser/Scholten 1927, p. 402; en De Kat 1932, p. 614 e.v.

¹⁶² Rethaan Macaré 1914, p. 16; p. 44 e.v.

clausule lijnrecht in tegen de aard van de pandovereenkomst en de wil van partijen. Een pandgever kon immers niet worden geacht zich van de eigendom van het pand te willen ontdoen. Juist door de effecten in pand te geven – en niet te verkopen – gaf de pandgever aan dat hij de eigendom van de effecten wilde behouden. Een bepaling die de pandhouder de bevoegdheid gaf om op zodanige wijze over het pand te beschikken dat het voor andere schulden zou kunnen worden geëxecuteerd, was dan ook in strijd met de aard van het pandrecht. Ten tweede waren dergelijke, in een formulier verscholen clausules naar de mening van Rethaan Macaré immoreel. Op die wijze werd misbruik gemaakt van de onwetendheid van (particuliere) geldnemers. Ten derde was herverpanding volgens Rethaan Macaré in strijd met het toe-eigeningsverbod van artikel 1200 Oud BW. Door de effecten voor een eigen schuld in pand te geven, gedroeg de pandhouder zich niet langer als pandhouder, maar als eigenaar.¹⁶³

Het valt op dat Rethaan Macaré – anders dan andere schrijvers, zoals bijvoorbeeld De Kat – het vraagstuk van herverpanding primair vanuit het vermogensrechtelijke systeem benaderde. Hij liet zich niet leiden door de feitelijke gebruiken in de effectenhandel en bancaire praktijk, zoals de wijdverbreide gewoonte van herbelening en herprolongatie van effecten en de financieringsbehoefte van geldgevers, maar richtte zich juist op de positie van de pandgever en de gevolgen van herverpanding voor het vermogensrechtelijk systeem.¹⁶⁴ Zoals reeds opgemerkt, achtte Rethaan Macaré herverpanding vooral ook uit moreel oogpunt verwerpelijk. Het was in zijn ogen onaanvaardbaar dat een pandhouder het onderpand zonder medeweten van de pandgever met andere schulden belastte.¹⁶⁵ Of zoals Rethaan Macaré het verwoordde:

¹⁶³ Rethaan Macaré 1914, p. 44-47. Zie anders: De Kat 1932, p. 615. Volgens De Kat, verbood artikel 1200 Oud BW een pandhouder, bij een niet-voldoening van de gecureerde vordering, zich het pand toe te eigenen in plaats van het te verkopen en zich uit de opbrengst te voldoen en zich zodoende te bevoordelen met de meerwaarde van het pand. Volgens De Kat was van een dergelijke toe-eigening bij herverpanding geen sprake.

¹⁶⁴ Rethaan Macaré meende dat de in de handelspraktijk ontstane denkfout schulde in de begripsverwarring tussen herbelening c.q. herprolongatie en oversluiting dan wel subrogatie. Door een bank die leningen tegen onderpand in effecten aan cliënten had verstrekt, werden nieuwe schulden bij een financier aangegaan op basis van dezelfde effecten. Anders dan in de praktijk kennelijk werd aangenomen, dekten deze effecten niet het totaal van alle leningen (i.e. de leningen van de bank aan cliënten en de lening van de financier aan de bank), maar slechts de laatste vordering van de financier. Op deze manier hield de handel – aldus Rethaan Macaré – zichzelf voor de gek; men had miskend dat in deze situatie eigenlijk sprake was van oversluiting van de door de bank aan cliënten verstrekte leningen, waarbij de financier de leningen met de bijbehorende zekerheidspositie overnam, althans werd gesubrogeerd. Bij oversluiting deden de vermogensrechtelijke problemen en de nadelige gevolgen voor de oorspronkelijke geldnemers zich niet voor. Zie: Rethaan Macaré 1914, p. 53-60.

¹⁶⁵ Rethaan Macaré 1914, p. 9 en p. 14.

*"Alle herbeleening is onvoorwaardelijk af te wijzen omdat daarbij de slechts tot dekking van één schuld toevertrouwde waarden buiten weten van den eigenaar tot dekking van tal van andere, hem vreemde schulden, misbruikt worden."*¹⁶⁶

Rethaan Macaré pleitte dan ook voor de onmiddellijke intrekking van artikel 6 Beurswet 1914, welke aanbeveling door de wetgever niet is opgevolgd.

2.4.1.3 Gevolgen voor het eerste pandrecht

Naast de bevoegdheid tot herverpanding raakte artikel 6 Beurswet 1914 ook andere punten van het in paragraaf 2.3.3 geschetste debat, waaronder de vraag of het eerste pandrecht door herverpanding teniet ging. De meeste schrijvers waren het er over eens dat artikel 6 Beurswet 1914 de in paragraaf 2.3.3 geschetste discussie over het tenietgaan van het eerste pandrecht door verlies van de macht over het pandobject afdeed.¹⁶⁷ De Minister had immers uitdrukkelijk opgemerkt dat artikel 6 Beurswet 1914 aan artikel 1198 lid 3 Oud BW derogeerde. Ondanks dat de effecten daarbij strikt genomen uit de macht van de pandhouder raakten, bleef bij herverpanding het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder (herpandgever) in afwijking van artikel 1198 lid 3 Oud BW in stand. Indien de pandhouder overging tot herverpanding zonder hiertoe op voet van artikel 6 lid 3 Beurswet 1914 gemachtigd te zijn, ging het oorspronkelijke pandrecht – naar de mening van onder meer De Kat en Van Oven – op grond van artikel 1198 lid 3 Oud BW wél teniet.¹⁶⁸

Op basis van bovengenoemde afwijking van artikel 1198 lid 3 Oud BW concludeerde De Kat dat in geval van een herverpanding krachtens artikel 6 lid 3 Beurswet 1914, de eerste pandgever eigenaar van de effecten bleef¹⁶⁹, de oorspronkelijk pandhouder (herpandgever) zijn pandrecht behield en de herpandnemer een volwaardig pandrecht verkreeg tot zekerheid van zijn vordering op de herpandgever.¹⁷⁰ Hierbij merkte De Kat op dat de pandhouder (herpandgever) de

¹⁶⁶ Rethaan Macaré 1914, p. 17-18.

¹⁶⁷ Asser/Scholten 1927, p. 402; en De Kat 1932, p. 615.

¹⁶⁸ De Kat 1932, p. 615; en Asser/ Van Oven 1967, p. 83. Van Oven noemde als tweede reden voor het tenietgaan van het oorspronkelijke pandrecht bovendien het feit dat onbevoegd herverpanden als misbruik in de zin van artikel 1205 Oud BW kon worden aangemerkt. De pandgever kon in dat geval teruggave van het in pand gegeven eisen. Van misbruik was geen sprake indien de pandhouder tot herverpanding gemachtigd was ex art. 6 Beurswet 1914.

¹⁶⁹ Zie anders: Wertheim 1935, p. 34. Wertheim meende dat de "*verantwoordelijkheid*" van een pandhouder ex art. 6 lid 3 Beurswet 1914 niet goed te begrijpen was, indien de wetgever geen verlies van eigendom voor ogen had gehad. Naar de mening van Wertheim had een dergelijke "*verantwoordelijkheid*" alleen betekenis wanneer de eigendom voor de oorspronkelijk pandgever door herverpanding verloren was gegaan en hem slechts een persoonlijke vordering resteerde.

¹⁷⁰ De Kat 1932, p. 616-617. Algemeen aanvaard was deze opvatting overigens niet. Zo meende Eggens dat de herpandgever eigenaar van de effecten werd, omdat hij zelfstandig als pandgever

bevoegdheden van zijn pandrecht niet kon uitoefenen totdat hij zijn schuld aan de herpandnemer had afgelost, hiermee het herpandrecht had doen tenietgaan en het pandobject weer in zijn macht had gekregen. Feitelijk had de pandhouder (herpandgever) zich in de uitoefening van zijn rechten als pandhouder achtergesteld ten opzichte van de herpandhouder. Ook Van Oven meende dat in herverpanding besloten lag dat de eerste pandhouder (herpandgever) de hem als pandhouder toekomende bevoegdheden tijdelijk afstond aan de herpandhouder.¹⁷¹

2.4.1.4 Rechtsgevolgen van standaardclausules in belenings- en prolongatiecontracten

Een kwestie die de literatuur zowel voor als na inwerkingtreding van de Beurswet 1914 verdeeld hield, was de vraag naar de rechtsgevolgen van de standaardclausules over opneming van de effecten in de algemene effectenvoorraad en de uitsluiting van nummerverantwoording.¹⁷² Zoals hierboven in paragraaf 2.2.2 reeds kort aan de orde kwam, werden dergelijke clausules standaard in belenings- en prolongatiecontracten opgenomen. Op grond van deze clausules verwierven banken feitelijk vrije beschikkingsmacht over de effecten die zij van hun cliënten ontvingen; de banken konden de effecten in hun bedrijf gebruiken, bijvoorbeeld door deze aan derden in pand te geven of zelfs te vervreemden.

Naar aanleiding van deze clausules werd in de literatuur de vraag opgeworpen of men bij belening en prolongatie nog wel van pandrecht kon spreken. Een pandrecht kon immers slechts bestaan indien de pandgever eigenaar van de effecten bleef. Een groot aantal schrijvers ging ervan uit dat indien geen nummers van effecten behoefden te worden verantwoord en/of de effecten in de algemene effectenvoorraad van de bank (pandhouder) werden opgenomen, daarmee de eigendom van de effecten van de pandgever overging op de pandhouder.¹⁷³ Samengevat, lagen aan deze veronderstelde overgang van eigendom van de effecten twee gedachten ten grondslag, namelijk (i) de vervangbaarheid van het pandobject, en (ii) vermenging. Ik licht deze twee punten achtereenvolgens toe.¹⁷⁴

optrad. Daarmee ging het oorspronkelijke pandrecht teniet. Zie: Schermer/Eggens 1918, p. 64. De Kat bestreed de opvatting van Eggens. Naar de mening van De Kat was het goed mogelijk dat men een zaak op eigen naam verpandde zonder daarvan eigenaar te zijn. Een herpandgever gedroeg zich jegens de herpandnemer – aldus De Kat – niet als eigenaar van de verpande zaak, maar als iemand die tot herverpanding bevoegd is. Zie: De Kat 1932, p. 617. Zie tevens: Van Deventer 1925, p. 752.

¹⁷¹ Asser/Van Oven 1967, p. 83.

¹⁷² Ook kwamen nog algemenere clausules voor met de strekking dat de pandhouder de in pand gegeven effecten "*in zijn zaken mag gebruiken*". Zie: Asser/Scholten 1913, 348.

¹⁷³ Zie onder meer: Stoop 1891, p. 63; Delprat 1894, p. 57 en 59; Asser/Scholten 1905, p. 333; en Wertheim 1935, p. 28.

¹⁷⁴ In dit hoofdstuk over de historische ontwikkeling van herverpanding is een uitvoerige bespreking van het complexe vraagstuk van (verpanding van) vervangbare zaken en vermenging naar oud recht niet goed in te passen. Ik zal dit vraagstuk hier slechts beknopt bespreken, waar-

Uitsluiting van nummerverantwoording en vervangbaarheid

In de eerste plaats werd de overgang van eigendom van de effecten aangenomen omdat de effecten als gevolg van de wijze van verpanding vervangbare zaken waren geworden. Vervangbare zaken waren (en zijn) zaken die niet individueel, maar uitsluitend naar hun generieke eigenschappen – soort en hoeveelheid – bepaald zijn.¹⁷⁵ (On)vervangbaarheid was niet een inherente eigenschap van een zaak, maar hing in belangrijke mate af van de bedoeling van partijen of een zaak in een bepaald geval al dan niet als vervangbaar was te beschouwen.¹⁷⁶ Hierbij dient te worden bedacht dat het onderscheid tussen vervangbare en onvervangbare zaken primair op het terrein van het verbintenissenrecht ligt. Zakenrechtelijk is immers iedere zaak onvervangbaar. Eigendom en bezit van uitsluitend naar generieke eigenschappen bepaalde zaken was – ook naar oud recht – niet mogelijk. Men kon slechts eigenaar of bezitter zijn van een bepaalde zaak, en dus van een – zakenrechtelijk gezien – onvervangbare zaak.¹⁷⁷ Derhalve kon ook een pandrecht uitsluitend op individueel bepaalde objecten rusten¹⁷⁸ en diende voor

bij ik hoofdzakelijk aandacht besteed aan de onderwerpen voor het vraagstuk van herverpanding relevant zijn. Voor een meeromvattende bespreking van deze onderwerpen verwijs ik naar: Van Deventer 1925; Asser/Scholten 1927, p. 402 e.v.; Eggens 1929, p. 547 e.v.; en Suijling 1940, p. 48 e.v. Zie tevens: Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 93.

¹⁷⁵ Van Goudoever 1901, p. 286; Asser/Scholten 1927, p. 11; Pitlo 1951, p. 384; en Asser/Beekhuis 1957, p. 72. Vergelijk naar huidig recht: Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 93.

¹⁷⁶ Partijen konden bijvoorbeeld een zaak, die in het algemeen als vervangbaar gold, in een bepaald geval onvervangbaar maken door individuele kenmerken te omschrijven, zoals bij de nummers bij een effect. Zie onder meer: Asser/Scholten 1905, p. 21; Asser/Scholten 1927, p. 11; Hofmann 1935, p. 19; Völlmar 1942, p. 11; Pitlo 1951, p. 26-27; en Asser/Beekhuis 1957, p. 72.

¹⁷⁷ Asser/Scholten 1927, p. 11; en Pitlo 1951, p. 26-27. Dat partijen bij overhandiging van bepaalde zaken (bijvoorbeeld in het kader van belening) konden overeenkomen dat de ontvanger niet precies dezelfde zaken behoefde terug te geven, maar – contractueel – kon ontstaan met teruggave van een gelijk aantal zaken van dezelfde soort, had zakenrechtelijk slechts in zoverre betekenis dat – zoals Suijling het samenvatte – de al dan niet vervangbaarheid van de te retourneren zaak het zakenrechtelijke karakter van de overhandiging (leveringshandeling) bepaalde. Werd een aantal zaken overhandigd en moest de ontvanger dezelfde individuele zaken retourneren, dan strekte de handeling slechts tot "*detentie*" (houderschap). Kon de ontvanger echter ontstaan met teruggaven van een gelijk aantal zaken van dezelfde soort, dan strekte de handeling tot eigendomsoverdracht. Zie: Suijling 1940, p. 50.

¹⁷⁸ In dat verband was de toelichting van Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel Treub in de parlementaire behandeling van de voorgestelde Beurswet 1914 op zijn minst opmerkelijk te noemen. Minister Treub merkte op dat in de effectenhandel (behalve bij premieloten) niet op nummers werd gelet en dat effecten om die reden "*volgens de usantie en het reglement van de Beurs, (als) vervangbare zaken*" moesten worden opgevat en dat "*het pandrecht op zulke fondsen (...) dus niet een pandrecht op een bepaald effect (is), maar op een bepaalde hoeveelheid effecten van een bepaalde soort, evenals altijd het geval is, wanneer men fungibele zaken uitleent of in pand geeft. Dan rust het pandrecht niet op elk individueel onderdeel, maar op het complex van fondsen van een bepaalde soort of soorten, die zijn beleend.*" Zie: Verslag van vergadering Eerste Kamer van 4 september 1914, *Handelingen I 1913-1914*, Bijlagen 162, p. 595. Kennelijk onbewust nam de Minister hier een tamelijk revolutionair standpunt in de goederenrechtelijke discussie over pandrecht op vervangbare zaken in. Ook Van Deventer heeft nadien gepleit voor een

vestiging van een pandrecht in de pandovereenkomst steeds het pandobject te worden geïndividualiseerd.¹⁷⁹

Door uitsluiting van nummerverantwoording waren de effecten verwisselbaar geworden: de pandhouder behoefde bij aflossing niet precies dezelfde, maar slechts een gelijk aantal soortgelijke stukken aan de pandgever terug te geven. De discussie over de rechtsgevolgen van nummerverantwoordingsclausules raakte in de kern het onderwerp van vervangbaarheid en – meer in het bijzonder – de vraag of een pandrecht op dergelijke, door partijen vervangbaar geachte zaken wel mogelijk was.¹⁸⁰ Tegen de achtergrond van dat onderwerp kunnen de in de literatuur verwoorde standpunten globaal in twee kampen worden verdeeld.

Aan de ene kant stond een groep schrijvers die meende dat de ontheffing van nummerverantwoording de effecten tot vervangbare zaken maakten; met als gevolg dat bij overhandiging van de effecten door de geldnemer aan de bank geen pandrecht op de effecten werd gevestigd, maar de eigendom op de bank overging. Deze opvatting werd door onder meer Goudoever, Eggens, Wertheim en – later – Pitlo verdedigd. Naar de mening van Van Goudoever waren de in belening of prolongatie gegeven effecten bij uitsluiting van nummerverantwoording vervangbare zaken geworden, waardoor de bank geen pandrecht, maar de eigendom van de effecten verkreeg.¹⁸¹ Eenzelfde mening waren Eggens en Wertheim toegeedaan. Ook zij beschouwden een ontheffing van nummerverantwoording als een vervangbaarstelling van het pandobject, omdat bij aflossing niet de oorspronkelijk aan de bank toevertrouwde effecten dienden te worden geretourneerd, maar slechts een gelijk aantal effecten van dezelfde soort. Dit had tot gevolg dat de geldnemer bij aflossing slechts een persoonlijk vorderingsrecht op de bank had tot teruggave van een gelijk aantal soortgelijke effecten en niet langer een eigendomsrecht ter zake van de effecten kon uitoefenen. Dit had tot gevolg dat de bank op het moment dat de effecten aan de geldgever werden overhandigd in plaats van een pandrecht de eigendom van de effecten verkreeg.¹⁸² Voor Eggens speelde

"*verschuifbaar*" of "*vloeibaar*" pandrecht op een wisselend c.q. verwisselbaar pandobject. Zie: Van Deventer 1925, p. 752.

¹⁷⁹ Suijling 1940, p. 537.

¹⁸⁰ Voor een overzicht van de discussie over pandrecht op vervangbare zaken verwijs ik naar: Van Deventer 1925, p. 740 e.v.; Losecaat Vermeer 1928, p. 48-51; Suijling 1940, p. 48-52 en p. 566-570; Dekhuijzen 1965, p. 98 e.v.

¹⁸¹ Naar de mening van Van Goudoever verloor een prolongatiecontract aldus het karakter van geldlening met zakelijke zekerheid. Bovendien verhield het gebruik door de pandhouder van het pandobject zich – aldus Van Goudoever – niet met het karakter van pandrecht, omdat het in strijd kwam met het toe-eigeningsverbod van art. 1200 Oud BW. Zie: Van Goudoever 1901, p. 286-287.

¹⁸² Over het moment van eigendomsovergang merkte Eggens op dat de Hoge Raad in het hierna te bespreken *Maas en Waalsche Bank*-arrest het moment van herverpanding door de bank "*voor eigen rekening*", dan wel het moment van waarop de herpandnemer een ander stuk aan de bank teruggaf, beslissend leek te achten. Zie: Eggens 1929 (II), p. 548. Zie tevens: Losecaat Vermeer

hierbij tevens een rol dat de bank – door de ontheffing van nummerverantwoording – vanaf het moment van overhandiging feitelijk met de effecten kon doen en laten wat hij wilde (met andere woorden, zich als eigenaar kon gedragen).¹⁸³

Als gevolg van de overgang van eigendom op de "pandhouder" kon volgens verschillende auteurs niet langer van pandrecht worden gesproken. Volgens Van Goudoever verloor een effectenbelening of prolongatie als gevolg van voornoemde clausules het karakter van pandrecht.¹⁸⁴ Eggens¹⁸⁵, Losecaat Vermeer¹⁸⁶, Van Nierop¹⁸⁷ en Pitlo¹⁸⁸ kwalificeerden de figuur als "*oneigenlijk pandrecht*". Effectenbelening en prolongatie leek naar hun mening neer te komen op een fiduciaire eigendomsoverdracht.¹⁸⁹ De figuur werd dan ook door meerdere schrijvers vergeleken met een op de Romeinsrechtelijke *fiducia* gelijkende zekerheidsoverdracht.¹⁹⁰

Aan de andere kant waren er auteurs die het standpunt innamen dat inpandgeving van effecten met uitsluiting van nummerverantwoording gewoon een pandrecht opleverde. Het enkele feit dat de bank bij aflossing de bevoegdheid had stukken met andere nummers aan de geldnemer te retourneren, had naar hun mening geen eigendomsovergang tot gevolg. Dit standpunt werd ingenomen door onder meer Hamaker, De Kat en Molengraaff.

1928, p. 49-50; Wertheim 1935, p. 28 e.v.; en Pitlo 1951, p. 383. Pitlo meende dat bij uitsluiting van nummerverantwoording, de bank slechts een gelijk aantal effecten van dezelfde soort behoefte terug te geven. De geldnemer had bij aflossing slechts daarop recht; enig zakelijk recht kon hij niet doen gelden. Dit had – aldus Pitlo – tot gevolg dat de bank eigenaar is en dat de geldnemer schuldeiser is van de effecten.

¹⁸³ Schermer/Eggens 1928, p. 64; en Eggens 1929, p. 548. Andere auteurs, zoals Scholten en Van Deventer, meenden juist dat eigendomsovergang plaatsvond niet op het moment dat de bank de eigenaarsbevoegdheden kon uitoefenen, maar eerst op het moment dat de bank dat ook daadwerkelijk deed. Zie: Asser/Scholten 1927, p. 402; Van Deventer 1928, p. 751. Zie tevens: Houwing 1952, p. 170-171; Dekhuijzen 1965, p. 100; en Asser/Van Oven 1967, p. 84-85.

¹⁸⁴ Een prolongatiecontract was volgens Van Goudoever een onbenoemde overeenkomst, die hij definieerde als: "*eene verbruiklening van geld tegen interessen gepaard aan een eigendomsoverdracht van effecten, aangegaan onder gebruikelijke voorwaarden, met verplichting aan de zijde van den geldschieder gelijksoortige effecten aan den geldnemer in eigendom over te dragen, als deze aan al zijne verplichtingen zal hebben voldaan.*" Van Goudoever 1901, p. 286-287.

¹⁸⁵ Eggens 1929, p. 547. Eggens merkte op dat bij effectenbelening en prolongatie – opvallend genoeg in tegenstelling tot de destijds in zwang geraakte fiduciaire eigendomsoverdracht door levering *constitutum possessorium* – naar zijn mening ten onrechte werd vastgehouden aan de vorm van pandrecht, waarbij aan de pandhouder eigenaarsbevoegdheden werden toebedeeld.

¹⁸⁶ Losecaat Vermeer 1928, p. 49-51.

¹⁸⁷ Van Nierop 1928, p. 5 e.v.

¹⁸⁸ Pitlo 1951, p. 384.

¹⁸⁹ De Hoge Raad bevestigde de rechtsgeldigheid van fiduciaire eigendomsoverdracht in een tweetal arresten uit 1929. Zie: HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, p. 616 (*Bierbrouwerij*) en HR 21 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1096 (*Hakkers / Van Tilburg*).

¹⁹⁰ Delprat 1894, p. 59; Asser/Scholten 1905, p. 333; Van Goedeoever 1901, p. 287. Zie tevens: Wertheim 1935, p. 44-48; en Asser/Van Oven 1967, p. 84.

Naar de mening van Hamaker¹⁹¹ leverde een prolongatiecontract met uitsluiting van nummerverantwoording een volkomen normaal pandcontract op. Het enkele feit dat de in pand gegeven effecten vervangbaar¹⁹² werden geacht – waarbij het volgens Hamaker neerkwam op de wil van partijen – wijzigde de verplichtingen van de pandhouder slechts op één punt (namelijk: de bank mocht andere nummers teruggeven), maar liet de overige rechten en verplichtingen van partijen onaangetast. De bank verkreeg – naar de mening van Hamaker – derhalve niet de eigendom, maar een pandrecht op de effecten.¹⁹³ Een vergelijkbare mening treft men aan bij De Kat. Ook hij stelde die zich op het standpunt dat clausules betreffende het opnemen van de effecten in de algemene effectenvoorraad en ontheffing van nummerverantwoording weliswaar tot gevolg hadden dat de pandhouder bevoegd was over de effecten te beschikken en deze te herverpanden¹⁹⁴, maar geen directe eigendomsovergang van pandgever op pandhouder met zich brachten. Van een "*oneigenlijk pandrecht*" kon volgens De Kat niet worden gesproken, waarbij hij primair een beroep deed op het feit dat de overeenkomsten als pandrecht waren geredigeerd.¹⁹⁵ Ook in zijn optiek bleef de pandgever eigenaar van de effecten¹⁹⁶ en verkreeg de pandhouder gewoon een pandrecht.¹⁹⁷ Ook Molengraaff meende dat de geldnemer (eerste pandgever) – bij herverpanding – eigenaar van de effecten bleef zolang deze niet door de geldgever waren vervangen.¹⁹⁸ Over het geheel genomen, deelden deze schrijvers de mening dat enkele toekenning aan de pandhouder van eigenaarsbevoegdheden – zoals de bevoegdheid tot (her)verpanding – of de bevoegdheid het pandobject te vervangen, niet direct tot eigendomsovergang leidde. Pas op het moment van daadwerkelijke uitoefening van de bevoegdheden door de pandhouder – i.e. herverpanding – kon de eigendom van het pandobject overgaan.

¹⁹¹ Zie voor het debat tussen Van Goudoever en Hamaker: *WPNR* 1901/1643, 1650, 1658 en 1660.

¹⁹² Zie voor een uiteenzetting van de verschillende theorieën omtrent vervangbaarheid tevens: Van Deventer 1925, p. 740.

¹⁹³ Hamaker 1901, p. 422. Hamaker gaf op p. 423 wel aan Van Goudoever toe dat uitsluiting van nummerverantwoording afdeed aan de positie van de pandgever in een faillissement van de pandhouder.

¹⁹⁴ Zie paragraaf 2.3.3.1 hiervoor.

¹⁹⁵ De Kat 1932, p. 618-619. In dit verband dient te worden opgemerkt dat zowel Hamaker als De Kat het vermogensrechtelijke vraagstuk ten onrechte lijken te benaderen vanuit een verbintenrechtelijke invalshoek, waarbij niet wordt gekeken naar de goederenrechtelijke rechtsgevolgen, maar veeleer belang wordt toegekend aan de bedoeling van partijen en bestaande handelsgebruiken.

¹⁹⁶ De eigendom ging – naar de mening van De Kat – niet door inpandgeving op gebruikelijke voorwaarden, waaronder uitsluiting van nummerverantwoording. Evenmin ging de eigendom voor de pandgever verloren door de herverpanding. De pandgever verloor de eigendom pas op het moment dat de pandhouder de effecten aan een derde in eigendom overdroeg of wanneer de effecten door de herpandhouder werden geëxecuteerd. De Kat 1932, p. 620.

¹⁹⁷ De Kat 1932, p. 618-620.

¹⁹⁸ Molengraaff 1923, p. 417. Werden de oorspronkelijk in pand gegeven effecten door de geldgever vervangen door andere, soortgelijke effecten, dan werd de geldnemer – aldus Molengraaff – eigenaar van de vervangende stukken. Zie tevens: Molengraaff 1954, p. 515.

Een tussenopvatting treft men bij onder meer Scholten aan. In zijn Asserbewerking uit 1913 schreef deze dat uitleg van de gebruikelijke clausules in een concreet geval tot de conclusie kón leiden dat de pandhouder de eigendom van de beleende effecten verkreeg, maar dat dit niet als een algemene regel kon worden aangenomen.¹⁹⁹ Het feit dat de pandhouder de ontvangen effecten met andere mocht verwisselen, leidde op zichzelf nog niet tot een overgang van eigendom, maar gaf – aldus Scholten – de pandhouder de *bevoegdheid* zich de effecten toe te eigenen. De eigendom van de effecten ging pas op de bank over op het moment dat de effecten werden herverpand of vervreemd en de bank van zijn bevoegdheid tot nummervervisseling gebruik maakte.²⁰⁰ Zolang de bank de oorspronkelijke, in pand gegeven effecten nog onder zich had – en deze als zodanig konden worden geïndividualiseerd – bleef de pandgever eigenaar van de effecten. Aldus bleef het karakter van pand gehandhaafd.²⁰¹

De discussie over de rechtsgevolgen van het ontbreken van nummerverantwoording leidde onvermijdelijk tot de vraag of, nadat de pandhouder (herpandgever) zijn schuld aan de herpandhouder had ingelost, een door de herpandhouder teruggegeven stuk van rechtswege toebehoorde aan de oorspronkelijk pandgever, ongeacht of dit stuk hetzelfde nummer had als de oorspronkelijk in pand gegeven effecten. Deze vraag stond centraal in het *Maas en Waalsche Bank*-arrest.²⁰²

Kort weergegeven, was de casus van dit arrest als volgt: Meijboom beleende één aandeel Soekowono N°. 583 bij de Maas en Waalsche Bank te Nijmegen. De bank behield zich het recht tot herbelening voor op grond van de volgende clausule: *"Hoewel wij zooveel mogelijk trachten voor onder onze berusting gegeven en/of te geven fondsen dezelfde nummers terug te geven, nemen wij daarvoor geene aan-*

¹⁹⁹ Asser/Scholten 1913, p. 347. In zijn latere bewerking was Scholten nog stelliger. In beginsel krijgt de geldgever een pandrecht; dit is de aard van de overeenkomst, want alleen *"het object der overeenkomst is vervangbaar, aan het zakelijke recht doet dit (...) niet af."* Zie: Asser/Scholten 1927, p. 402.

²⁰⁰ Asser/Scholten 1927, p. 402; en later: Asser/Scholten 1933, p. 410. Anders dan Van Goudoever en Eggens, die meenden dat overgang van eigendom op het moment van overhandiging van de effecten door de geldnemer aan de bank plaatsvond, was Scholten van oordeel dat de eigendom pas overging op het moment dat de bank van zijn bevoegdheid tot nummervervisseling gebruik maakte en/of de effecten herverpandde of vervreemde. Zie in gelijke zin: Dekhuijzen 1965, p. 101; en Asser/Van Oven 1967, p. 84-85.

²⁰¹ Zie in gelijke zin: Van Deventer 1925, p. 751; en Dekhuijzen 1965, p. 101. Dekhuijzen schreef dat nummervervisseling op zichzelf niet noodzakelijkerwijs behoefde te leiden tot eigendomsverlies. Naar zijn mening was van belang wat de bank daadwerkelijk met de effecten deed en dat moest uit de administratie van de bank blijken. Voortbouwend op het hierna te bespreken *Maas en Waalsche Bank*-arrest, meende Dekhuijzen dat uiteindelijk de administratie van de bank van doorslaggevend belang was. In het verlengde van de opvatting van Scholten, kan ook die van Van Oven in zijn bewerking van het Asser-deel Zekerheidsrechten worden beschouwd. Zie: Asser/Van Oven 1967, p. 85.

²⁰² HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 882. Zie voor een bespreking van dit arrest onder meer: Eggen 1929 (II), p. 547-548; Dekhuijzen 1965, p. 98-101.

sprakelijkheid op ons, met uitzondering van premieloten – onze aansprakelijkheid bepaalt zich tot verantwoording van de waarde der bedoelde fondsen". De Maas en Waalsche Bank herbeleende het genoemde aandeel vervolgens bij Incassobank te Amsterdam, welke bank in haar voorwaarden eveneens nummerverantwoording had uitgesloten. Nadat de Maas en Waalsche Bank failliet was verklaard en haar debetsaldo bij de Incassobank was aangezuiverd, ontvingen de curatoren van de Maas en Waalsche Bank een aandeel Soekowono N°. 182 van Incassobank terug. Nadat de rechtsopvolger van Meijboom – Donker – diens schuld aan de Maas en Waalsche Bank had voldaan en het laatstgenoemde aandeel, als aan hem toebehorend, opeiste, weigerden de curatoren dit aan hem te verstrekken. De curatoren stelden zich op het standpunt dat Donker slechts een aan verificatie onderworpen vordering ten bedrage van de waarde van het stuk toekwam. Het Gerechtshof Arnhem wees de vordering van Donker toe. Daartoe overwoog het Hof dat bij de belening de effecten slechts tot zekerheid aan de bank waren gegeven en niet in eigendom waren overgedragen en dat de bank verplicht was na aflossing hetzelfde stuk, dan wel een gelijksoortig aandeel met een ander nummer, dan wel de waarde van het aandeel te restitueren. De curatoren gingen tegen het arrest in cassatie.

De Hoge Raad vernietigde het arrest van het Hof. Naar het oordeel van de Hoge Raad was oorspronkelijk pandgever Meijboom, althans zijn rechtsopvolger Donker, niet van rechtswege eigenaar van het aandeel Soekowono N°. 182 geworden. Op het moment dat de Incassobank – op grond van zijn contractuele bevoegdheid tot nummerverwisseling – het aandeel Soekowono N°. 182 in plaats van N°. 583 aan de inmiddels gefailleerde Maas en Waalsche Bank retourneerde, kreeg de Maas en Waalsche Bank het aandeel in eigendom overgedragen.²⁰³ Anders dan het Hof, aanvaardde de Hoge Raad hier geen zaaksvervanging ten gunste van de oorspronkelijke pandgever (Meijboom) op voet van een "*zeker beginsel krachtens hetwelk het aandeel N°. 182, toen het in den boedel van de Maas en Waalsche Bank kwam, van rechtswege daarin dezelfde positie ging innemen, die tevoren het aandeel N°. 583 daarin had ingenomen, te weten van pand toebehorend aan den oorspronkelijke pandgever Meijboom*".²⁰⁴ Toepassing van een dergelijk beginsel – nu dit in het onderhavige geval niet op enige bijzondere wetsbepaling berustte en gezien het faillissement van de bank evenmin op de wil van partijen kon berusten – was naar het oordeel van de Hoge Raad in strijd met artikel 639 Oud BW, op grond waarvan eigendom slechts kan worden verkregen op een wijze door de wet bepaald.

²⁰³ De Hoge Raad lijkt in de formulering van zijn derde rechtsoverweging (zie het woord: "zodat") te suggereren dat de verkrijging van de eigendom door de Maas en Waalsche Bank is gelegen in het feit dat de bank het aandeel voor eigen rekening herbeleende. De titel van deze eigendomsoverdracht was, aldus de Hoge Raad, gelegen in de op de overeenkomst van herbelening gegronde ruil van het aandeel N°. 583 tegen het aandeel N°. 182.

²⁰⁴ HR 8 februari 1929, NJ 1929, p. 884-885.

De Hoge Raad maakte nadrukkelijk een onderscheid tussen de verkrijging van de eigendom van rechtswege en de contractuele verplichting tot levering van een gelijksoortig aandeel. De Maas en Waalsche Bank was weliswaar jegens Meijboom contractueel verplicht om in plaats van het aandeel Soekowono N°. 583 (dat zij niet meer kon teruggeven) een ander aandeel Soekowono te leveren, maar Meijboom zou de eigendom van een vervangend aandeel Soekowono pas hebben verkregen op het moment dat de bank het vervangende stuk aan hem had geleverd, dan wel voor hem was gaan houden. Met andere woorden: de oorspronkelijk pandgever werd eerst rechthebbende van het door de pandhouder na herverpanding terugontvangen stuk zodra de pandhouder (de bank) het stuk individualiseerde en op naam van de oorspronkelijke pandgever stelde.²⁰⁵ Nu de Maas en Waalsche Bank inmiddels in staat van faillissement was gesteld, waren de curatoren – naar het oordeel van de Hoge Raad – niet verplicht²⁰⁶ om, ten nadele van de overige concurrente schuldeisers, aan de verplichting tot levering van een gelijksoortig aandeel volledig te voldoen door aan oorspronkelijk pandgever (Meijboom) het terugontvangen aandeel Soekowono N°. 182 te leveren of dit voor hem te gaan houden.

In dit verband dient te worden opgemerkt dat de Hoge Raad zich in dit arrest niet kon uitlaten over de vraag of belening met uitsluiting van nummerverantwoording eigendomsovergang tot gevolg had. Het oordeel van Hof Arnhem dat Meijboom bij de belening van het aandeel Soekowono N°. 583 de eigendom van dit aandeel niet aan de bank had overgedragen, was in cassatie namelijk niet aangetaast. Wel overwoog de Hoge Raad dat het recht van eigendom van de pandgever (Meijboom) nadien verloren was gegaan "*door hetgeen daarna, in overeenstemming met de tusschen hem en de Maas en Waalsche Bank gesloten overeenkomst, met het stuk was geschied*". De Hoge Raad liet echter in het midden waardoor en op welk moment de eigendom voor de pandgever verloren was gegaan. Dit verlies van eigendom zou blijkens het oordeel van de Hoge Raad gelegen kunnen zijn in de herbelening van het aandeel zelf, waarover de Hoge Raad opmerkte dat de Maas en Waalsche Bank toen zij het stuk herbeleende niet voor rekening van Meijboom, maar voor eigen rekening handelende.²⁰⁷ Het zou ook gelegen kunnen zijn in het feit dat de Incassobank niet hetzelfde aandeel Soekowono, maar een soortgelijk aandeel met een ander nummer teruggaf.²⁰⁸ Dit had immers tot gevolg dat in de faillissementsboedel zich een aandeel Soekowono bevond, waarvan niet

²⁰⁵ Individualisatie van het aandeel was noodzakelijk met het oog op de hierna te bespreken oneigenlijke vermengingsproblematiek en derhalve een constitutief voor eigendomsverkrijging. Zie tevens: Asser/Van Mierlo 2010, p. 142.

²⁰⁶ In een faillissement van de bank waren de curatoren zelfs niet bevoegd dit te doen. Vergelijk het hierna te bespreken arrest *Teixeira de Mattos* (HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274). Zie tevens: Asser/Van Mierlo 2010, p. 142.

²⁰⁷ Zie: Eggens 1929 (II), p. 547.

²⁰⁸ Losecaat Vermeer 1928, p. 46. Zie tevens: Eggens 1929 (II), p. 548.

(bijvoorbeeld aan de hand van het nummer) kon worden aangetoond dat Meijboom dit stuk aan de bank had overhandigd en dit stuk derhalve aan hem, althans zijn rechtsopvolger, toebehoorde.²⁰⁹

In zijn noot onder het arrest schreef Scholten dat voor de vraag of een pandhouder de terugontvangen effecten voor zichzelf of voor de oorspronkelijk pandgever gaat houden, niet de subjectieve bedoelingen van partijen, maar de rechtsverhouding waarin de verkrijger stond, bepalend was.²¹⁰ Nu de Maas en Waalsche Bank (pandhouder) op grond van haar rechtsverhouding met Meijboom (pandgever) verplicht was het terugontvangen effect voor hem aan te nemen, verkregen de curatoren van de bank – aldus Scholten – het aandeel niet voor de boedel, maar voor Meijboom.²¹¹ A-G Berger volgde in zijn conclusie bij het arrest een soortgelijke redenering. Nu vaststond dat Maas en Waalsche Bank door de inpandgeving geen eigenaar was geworden en naar zijn mening de bank dit ook door herverpanding niet werd, meende A-G Berger dat de bank evenmin eigenaar was geworden door een ander aandeel dan het oorspronkelijk door haar beleende aandeel in ontvangst te nemen. De levering van het aandeel N°. 182 was naar zijn mening niet anders dan teruggave door de Incassobank van het haar verstrekte pand, i.e. aandeel N°. 583.

Het antwoord op dit probleem moet niet zozeer in de herverpanding of de verwisselbaarheid van het pandobject, maar in de individualiseerbaarheid worden gezocht. Nu de Maas en Waalsche Bank een ander aandeel van de Incassobank had terugontvangen, dan Meijboom oorspronkelijk aan de bank in pand had gegeven, kon Meijboom onmogelijk het hem toebehorende effect in de effectenvoorraad van de bank aanwijzen. Het aandeel was daarmee niet langer individualiseerbaar, met als gevolg dat de eigendom voor Meijboom verloren ging. Dit brengt mij in deze bespreking tot de tweede grondslag voor het aannemen van eigendomsovergang bij effectenbelening.

Opneming in de algemene effectenvoorraad en oneigenlijke vermenging

In belenings- en prolongatiecontracten werd gebruikelijk een beding opgenomen met de strekking dat de bank de van de cliënt ontvangen effecten mocht opnemen in haar algemene effectenvoorraad. De meeste schrijvers gingen ervan uit dat een dergelijk beding tot gevolg had dat de eigendom van de effecten voor de oorspronkelijk pandgever verloren ging.²¹²

²⁰⁹ Een nadere individualisatie door de bank van het terugontvangen stuk was derhalve nodig.

²¹⁰ Noot Scholten bij HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 885; zie tevens: Dekhuijzen 1965, p. 98.

²¹¹ Noot Scholten bij HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 885.

²¹² Door opneming van de effecten in de algemene, telkens wisselende effectenvoorraad van de bank, verloor de geldnemer ('pandgever') de eigendom van de effecten met als gevolg dat hij

Wanneer in de pandakte (het belenings- of prolongatiecontract) geen nummers van de in pand gegeven stukken waren vermeld en de effecten vervolgens in de algemene, telkens wisselende effectenvoorraad van de bank werden opgenomen, konden de effecten veelal niet meer worden geïndividualiseerd.²¹³ Individualisatie van de effecten kon plaatsvinden aan de hand van ofwel de nummers van de stukken, ofwel de plaats waar de effecten zich bevonden, bijvoorbeeld indien de bank de effecten van verschillende cliënten van elkaar gescheiden bewaarde.²¹⁴ Was individualisatie van de aan de oorspronkelijk pandhouder toebehorende effecten niet (langer) mogelijk, dan kon de cliënt zijn eigendomsrecht niet bewijzen met als gevolg dat de eigendom van de effecten voor hem verloren ging en de bank ('pandhouder') de eigendom van de effecten verkreeg.

Deze problematiek stond later centraal in het bekende arrest HR 12 januari 1968, AA 1968, p. 144 en NJ 1968, 274 (*Teixeira de Mattos*).

In het arrest *Teixeira de Mattos* was de casus als volgt. Drie beleggers hadden ieder apart aan Gebr. Teixeira de Mattos C.V. certificaten Nilmij en Amev in open bewaring gegeven. Daarbij waren de nummers van de betreffende effecten niet genoteerd. Teixeira was immers op grond van haar (aanvankelijk van toepassing zijnde) algemene voorwaarden niet verplicht tot op nummerverantwoording. De in bewaring ontvangen effecten had Teixeira in haar algemene effectenvoorraad opgenomen, zonder dat uit enige administratie viel af te leiden welke stukken zij voor welke cliënt onder zich had. Nadien ontving Teixeira ook van andere cliënten effecten Nilmij en Amev. Nadat Teixeira in financiële moeilijkheden was geraakt en surseance van betaling was verleend, vorderden de drie beleggers de certificaten als rechthebbenden op. Er kon echter niet meer worden vastgesteld of de certificaten in de effectenvoorraad van Teixeira de originele door de drie beleggers aangeboden stukken waren, of andere stukken die op een later moment door Teixeira zijn verworven. De Hoge Raad stelde de beleggers in het ongelijk.

In *Teixeira de Mattos* bevestigde de Hoge Raad – verkort weergegeven – dat degene die als rechthebbende een effect revindiceert, de bewijslast draagt van zijn eigendomsrecht; ook indien zich in de effectenvoorraad van de bank eenzelfde aantal gelijksoortige effecten bevindt als door hem aan de bank zijn toevertrouwd. Nu de effecten, waarvan de nummers aan de beleggers onbekend waren,

slechts een persoonlijke vordering op de bank had tot levering van een gelijk aantal soortgelijke effecten als hij aan de bank had overhandigd. Zie: Stoop 1891, p. 63; Delprat 1894, p. 60; en Asser/Scholten 1905, p. 333-334. Zie anders: De Kat 1932, p. 619.

²¹³ Hetzelfde gold indien – zoals in het hiervoor besproken *Maas en Waalsche Bank*-arrest – de effecten bij herverpanding waren verwisseld. Ook in een dergelijk geval kon de oorspronkelijk pandgever niet meer aantonen welke effecten in de effectenvoorraad van de bank (pandhouder) hem toebehoorden.

²¹⁴ Zie voor een uiteenzetting van bewaargeving en administratie van effecten onder het pre-V.A.B.E.F. systeem verwijs ik naar: Meijer 1974, p. 4-50.

door Teixeira zonder nummernotering in haar telkens wisselende algemene effectenvoorraad waren opgenomen, kon niet (langer) worden vastgesteld of de nadien in de algemene effectenvoorraad aanwezige, soortgelijke effecten de destijds door de beleggers in bewaring gegeven stukken waren of andere. Daarmee strandde reeds de vordering tot revindicatie. De Hoge Raad overwoog voorts dat het niet van belang was dat Teixeira jegens de beleggers contractueel verplicht was een gelijk aantal effecten van dezelfde soort terug te geven. Omdat Teixeira, op het moment dat aan haar surseance van betaling werd verleend, nog niet was overgegaan bepaalde nummers in haar administratie op naam van bepaalde cliënten te stellen, kon niet onmiskenbaar worden vastgesteld dat Teixeira de soortgelijke effecten in haar voorraad voor de beleggers (al dan niet gezamenlijk) was gaan houden. Na surseanceverlening konden de bewindvoerders van Teixeira de effecten ook niet meer aan de beleggers toewijzen en uitleveren, omdat zij daarmee tekort zouden doen aan de gelijke behandeling van concurrente schuldeisers.²¹⁵ De soortgelijke certificaten in de algemene effectenvoorraad moesten aldus als eigendom van Teixeira gelden.²¹⁶

Zoals Drion in zijn noot bij het arrest terecht opmerkte, gaf de Hoge Raad met deze laatste rechtsoverweging "*op juiste wijze het bewijsrechtelijke karakter van deze eigendomsuitspraak aan*".²¹⁷ De beleggers zagen zich echter voor een bewijs-onmogelijkheid gesteld: zij konden niet aantonen welke effecten in de effectenvoorraad van de bank aan hen toebehoorden en om die reden hadden de effecten als eigendom van de bank te gelden.²¹⁸ Het arrest maakte aldus duidelijk dat uitoefening van een eigendomsrecht in dit soort gevallen primair een bewijsprobleem is.

²¹⁵ Vergelijk het hiervoor besproken *Maas en Waalsche Bank*-arrest (HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 885).

²¹⁶ De vraag of bewaargeving van effecten zonder nummerverantwoording onmiddellijk eigendomsovergang tot gevolg had, bleef in dit arrest – evenals in het *Maas en Waalsche Bank*-arrest – buiten beschouwing. Zie: nr. 3 van de noot van H. Drion bij het arrest (*NJ* 1968, 274). Dat bezit of eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken niet mogelijk is, is nadien door de Hoge Raad bevestigd in het *Nieuwe Matex*-arrest (HR 10 februari 1978, *NJ* 1979, 338).

²¹⁷ Zie: nr. 3 van de noot van H. Drion bij het arrest (*NJ* 1968, 274). Zie ook de noot van Van der Grinten: *Ars Aequi* 1968, p. 147.

²¹⁸ Vergelijk onder het huidige recht de wettelijke vermoedens van artikel 3:109 (houder wordt vermoed bezitter te zijn) en 3:119 BW (bezitter wordt vermoed rechthebbende te zijn). Indien de goederen van verschillende eigenaren oneigenlijk zijn vermengd, zal het bewijs van eigendom van de afzonderlijke goederen niet meer mogelijk zijn. De houder van het geheel – zoals in voormeld arrest: Teixeira – zal dan als eigenaar worden aangemerkt indien hij zich op de wettelijke vermoedens van artikel 3:109 en 3:119 BW beroept. Tegenbewijs is in dat geval – wegens onmogelijkheid van individualisatie – op praktische gronden zijn uitgesloten. Zie: Hijma/Olthoff 2011, nr. 228; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 561; en Verstijnen 2002, p. 468.

Consequenties voor herverpanding

Een overgang van eigendom op basis van standaardclausules over uitsluiting van nummerveraantwoordening en opneming in de algemene effectenvoorraad had – zoals hiervoor reeds opgemerkt – verstrekkende gevolgen. De geldnemer ('pandgever') verloor de eigendom van de effecten met als gevolg dat hij slechts een persoonlijke vordering op de bank had tot levering van een gelijk aantal soortgelijke effecten als hij aan de bank had overhandigd. Dit gevolg deed zich vooral in geval van een faillissement van de bank voelen: de geldnemer kon in dat geval de effecten niet revindiceren, maar had slechts een concurrente vordering tot levering van soortgelijke effecten.²¹⁹ Ook voor het bestaan van het pandrecht en de bevoegdheid van de pandhouder tot herbelening of herprolongatie was dit rechtsgevolg van evident belang. De bank ('pandhouder') werd door overhandiging van de effecten – althans, op het moment dat de bank haar herverpandingsbevoegdheid uitoefende – niet pandhouder, maar eigenaar van de effecten.²²⁰ Als zodanig kon de bank vrijelijk over de effecten beschikken, bijvoorbeeld door de effecten aan een derde in pand geven.²²¹

2.4.2 Behoefte aan een algemene, wettelijke regeling

In de literatuur werd – zowel vóór als na invoering van de Beurswet 1914 – gepleit voor het aannemen van een algemene, wettelijke regeling van herverpanding. Reeds in 1894 concludeerde Deprat dat het recht van herpandhouder ten opzichte van de eerste pandgever en de herpandgever een afzonderlijke regeling vereiste.²²² Hij beval aan in het Burgerlijk Wetboek plaats in te ruimen voor:

1° een bepaling, waarbij den pandhouder de bevoegdheid wordt toegekend, met uitdrukkelijke toestemming des pandgevers, het pandvoorwerp opnieuw te verpanden. Het liefst zag ik een art. in ons B.W. gelijk het Zwitserse Obl. R. in art. 218 bevat.

2° een bepaling, dat de pandhouder niet dan met uitdrukkelijke toestemming des pandgevers, het pand voor een hooger bedrag dan bij de eerste verpanding, mag verder verpanden. Een art. dus ongeveer gelijk aan § 130 A.L.R.

²¹⁹ Vergelijk de casus van het *Maas en Waalsche Bank*-arrest, HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 882. Zie tevens: Wertheim 1935, p. 28; en Pitlo 1951, p. 384.

²²⁰ Voor zover een pandrecht bij overhandiging van de effecten reeds tot stand was gekomen, ging dit door de overgang van eigendom teniet.

²²¹ Vergelijk in dit verband de situatie bij verkoop met recht van wederinkoop, zoals hiervoor in paragraaf 2.3.1 besproken. Van herverpanding was in dat geval strikt genomen geen sprake. De bank verpandde de van de geldnemer ontvangen effecten immers als eigenaar, en niet als pandhouder.

²²² Delprat 1894, p. 42. Zoals besproken, merkte Delprat op dat herverpanding niet zonder speciaal beding daaromtrent tussen partijen geoorloofd kon zijn. Zie: Delprat 1894, p. 43; en paragraaf 2.3.3 hierboven.

3°. een bepaling omtrent het niet verloren zijn van het Pandrecht des eersten pandhouders bij terugbekoming van het pandvoorwerp uit de handen des tweedes pandhouders. Redactie-wijziging dus van art. 1198, lid 3 B.W.

4°. Regeling der verpanding van vervangbare zaken."

Ook uit de Parlementaire Geschiedenis rond de Beurswet 1914 blijkt dat behoefte bestond aan een algemene, wettelijke regeling van herverpanding in het geval de Beurswet 1914 op den duur zou worden ingetrokken. Deze behoefte leek vooral te leven onder geldgevers in de effectenhandel en bancaire praktijk. In het Voorlopig Verslag van 3 februari 1916 schreef de Commissie van Rapporteurs:

"Beurswet 1914.

*Men wenschte bij den Minister aan te dringen op het tijdig voorbereiden van eene wettelijke regeling van de herbeleening van in prolongatie gegeven effecten, opdat na intrekking van de thans vigerende beurswet, deze belangrijke zaak dadelijk voldoende geregeld zij."*²²³

Ook Losecaat Vermeer pleitte in zijn praeadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging uit 1928 voor de introductie van een algemene bepaling van herverpanding. Anders dan de Commissie van Rapporteurs, lijkt de aanbeveling van Losecaat Vermeer vooral te zijn ingegeven door de vele onduidelijkheden omtrent (de rechtsgevolgen van) herverpanding.

*"Ik wil thans op deze onzekerheden in ons geldend recht niet ingaan, doch meen, dat de wet omtrent deze herverpanding een bepaling behoort te bevatten, waaruit blijkt èn dat het verleenen van de bevoegdheid tot herverpanding zonder meer den pandhouder niet eigenaar maakt èn dat door herverpanding zijn pandrecht niet verloren gaat. Daartoe zou m.i. kunnen volstaan worden met de bepaling dat de pandhouder met toestemming van den pandgever op zijn beurt het pand aan derden mag verpanden en dat zulk een herverpanding zijn pandrecht niet doet tenietgaan."*²²⁴

Losecaat Vermeer verwees daarbij niet alleen naar artikel 6 Beurswet 1914, maar ook naar artikel 887 van het Zwitserse Burgerlijk Wetboek (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, hierna: "SZB")²²⁵, waarin een algemene wettelijke regeling van herverpanding was opgenomen. Artikel 887 van het SZB luidde (en luidt):

Art. 887 SZB:

"Der Gläubiger kann die Pfandsache nur mit Zustimmung des Verpfänders weiter verpfänden."

²²³ Voorlopig verslag der Commissie van Rapporteurs *Kamerstukken I* 1915-1916, nr. 2, p. 111.

²²⁴ Losecaat Vermeer 1928, p. 46-47.

²²⁵ Losecaat Vermeer 1928, p. 47, voetnoot 66.

Op grond van deze bepaling kon herverpanding slechts plaatsvinden met de voorafgaande toestemming van de oorspronkelijk pandgever. Zoals in het volgende hoofdstuk zal worden besproken, heeft artikel 887 van het Zwitserse *Zivilgesetzbuch* in zekere zin model gestaan voor de regeling van herverpanding in artikel 3.9.2.4 van het Ontwerp Meijers voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek.

3 HERVERPANDING IN HET ONTWERP NIEUW BURGERLIJK WETBOEK

3.1 Inleiding

In het Ontwerp voor het Nieuw BW werd voor het eerst een algemene, wettelijke regeling van herverpanding opgenomen, namelijk: artikel 3.9.2.4 BW. Deze bepaling heeft – na enkele wijzigingen – geresulteerd in het huidige artikel 3:242 BW.

In aansluiting op het vorige hoofdstuk, bespreek ik in dit hoofdstuk de regeling van herverpanding in het Ontwerp voor het Nieuw BW. Daartoe bespreek ik allereerst artikel 3.9.2.4 van het Ontwerp Meijers. Omdat dit artikel is zekere zin is gebaseerd op de herverpandingsregeling in artikel 887 van het Zwitserse *Zivilgesetzbuch*, sta ik in paragraaf 3.3 stil bij herverpanding naar Zwitsers recht. Na deze rechtsvergelijkende paragraaf, vervolg ik mijn bespreking met een overzicht van de parlementaire geschiedenis met betrekking tot artikel 3.9.2.4 Ontwerp Nieuw BW en de bespreking van deze herverpandingsregeling in de literatuur.

3.2 Ontwerp Meijers

In het Ontwerp voor het Nieuw BW werd voor het eerst een algemene, wettelijke regeling van herverpanding opgenomen. Voortbouwend op de praktijk van effectenbelening en prolongatie onder artikel 6 Beurswet 1914 nam Meijers – naar Zwitsers voorbeeld – een bepaling op dat herverpanding uitsluitend met toestemming van de pandgever geldig kan zijn: artikel 3.9.2.4 Ontwerp Meijers.

Artikel 3.9.2.4 Ontwerp Meijers luidde:

*"Een pandhouder is niet bevoegd het goed dat hij in pand heeft te herverpanden, wanneer hem deze bevoegdheid niet bij uitdrukkelijk beding is gegeven"*²²⁶

De Toelichting Meijers op artikel 3.9.2.4 was – gezien de in het vorig hoofdstuk weergegeven discussies – opvallend kort. Ten behoeve van hiernavolgende bespreking geef ik de tekst van de toelichting volledig weer:

"Artikel 3.9.2.4.

Tegen de geldigheid van herverpanding door de pandhouder met toestemming van de pandgever worden twee bezwaren aangevoerd. Zo is beweerd, dat herverpan-

²²⁶ Ontwerp Meijers 1954, p. 143. Zie tevens: Ontwerp van Wet (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1954/55, 3770, nr. 2, p. 17.

ding een door de wet (artikel 1200 B.W.) verboden toeëigening zou opleveren. Dit is onjuist. De pandhouder wordt geen eigenaar, hij blijft pandhouder. In de tweede plaats heeft men gezegd, dat het eerste pandrecht tenietgaat, omdat het pand uit de macht van de pandhouder geraakt (artikel 1198 lid 3 B.W.). Terecht heeft men dit argument weerlegd door er op te wijzen dat de pandhouder de beschikking over het pand behoudt, omdat de tweede pandhouder als houder voor de eerste pandhouder (zijn pandgever) moet worden beschouwd.

De heersende leer is dan ook, dat de herverpanding met toestemming van de pandgever geldig is. Zie Asser/Scholten II, p. 430. Het is echter gewenst dit in het ontwerp vast te leggen (voetnoot: Zo ook Zwitserland 887), temeer daar artikel 3.9.2.1. lid 2 de eis stelt, dat de derde, die het pand houdt als regel bij overeenkomst door pandgever en pandhouder moet zijn aangewezen. Heeft de pandhouder geen toestemming tot herverpanding gekregen, dan handelt hij onrechtmatig als hij toch herverpand. De twee pandhouder wordt echter beschermd. In de huidige wet is dit in artikel 1198 lid 5 B.W. bepaald. Men vergelijkte het derde lid van artikel 3.4.2.3 jo. artikel 3.4.2.11.

Herverpanding is in het algemeen niet toegelaten, doch de pandhouder kan zich de bevoegdheid hiertoe bedingen. Ondanks deze bevoegdheid blijft hij pandhouder. Mocht het evenwel de bedoeling van partijen zijn, dat de pandhouder door herverpanden zich eigenaar van het pand mag maken, dan zou een dergelijk beding als in strijd met artikel 3.9.1.7 (is artikel 1200 B.W.) nietig zijn.

Ten slotte zij er op gewezen, dat de bevoegdheid tot herverpanding uitdrukkelijk moet zijn bedongen. Men zal dus geen bevoegdheid daartoe uit het gebruik mogen afleiden.²²⁷

De Toelichting Meijers gaf aldus op een aantal vragen dat in het vorige hoofdstuk aan de orde kwam²²⁸, uitsluitel. Uit de negatieve formulering van artikel 3.9.2.4 en de Toelichting blijkt allereerst dat Meijers als uitgangspunt heeft genomen dat herverpanding in beginsel niet is toegestaan. De pandhouder is in beginsel niet bevoegd tot herverpanding, maar hem kan een dergelijke bevoegdheid wel door de pandgever worden verleend. Kennelijk doelend op de praktijk van herverpanding van effecten op grond van artikel 6 Beurswet 1914, merkte Meijers op dat het de 'heersende leer' is dat herverpanding met toestemming van de pandgever geldig is en dat het wenselijk is dat deze 'heersende leer' in het Ontwerp Nieuw BW wordt vastgelegd. Op grond van artikel 3.9.2.4 Ontwerp Meijers, diende de herverpandingsbevoegdheid echter wel bij uitdrukkelijk beding aan de pandhouder te worden verleend. Daarmee zette Meijers een duidelijke streep door het impliciet aannemen van deze bevoegdheid op basis van handelsgebruiken en standaardclausules van banken. De herverpandingsbevoegdheid mag, zo blijkt uit de Toelichting, niet uit gebruik worden afgeleid. De Toelichting Meijers stelde voorts buiten twijfel dat de pandhouder door het bedingen en uitoefenen van deze bijzondere beschikkingsbevoegdheid niet de hoedanigheid van pandhouder

²²⁷ Toelichting Meijers 1954, p. 277. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht), p. 766.

²²⁸ Zie: paragraaf 3.2.

verloor. De pandhouder wordt door (machtiging tot) herverpanding geen eigenaar van het pandobject; hij blijft pandhouder. Herverpanding levert dan ook geen verboden toe-eigening van het object van het pandrecht door de pandhouder op. Daarnaast werd duidelijk gemaakt dat de pandhouder door herverpanding niet de macht over het pandobject verliest; de herpandnemer moet als houder voor de pandhouder/herpandgever worden beschouwd.²²⁹

In de Toelichting Meijers bleef echter ook een aantal fundamentele punten onbesproken. Zo werd geen aandacht besteed aan het feit dat de regeling van herverpanding – anders dan voorheen onder artikel 6 Beurswet 1914 – op alle voor verpanding vatbare goederen van toepassing zou worden als gevolg van de algemene formulering van artikel 3.9.2.4, meer in het bijzonder door het gebruik van het begrip "*goed*". Dit vormde een niet onaanzienlijke uitbreiding ten opzichte van de herverpandingsregeling ex artikel 6 Beurswet 1914, dat immers uitsluitend zag op een beperkte categorie effecten ("*fondsen, met uitzondering van loten en obligatiën van premieleningen*"). Andere voor verpanding vatbare goederen, zoals roerende zaken en vorderingen, vielen buiten de reikwijdte van de Beurswet 1914. Daarbij komt nog dat de effecten waarop artikel 6 Beurswet 1914 zag – zoals hiervoor reeds opgemerkt – naar hun aard in hoge mate verwisselbaar waren en door partijen gebruikelijk contractueel vervangbaar werden gemaakt. Aan het feit dat onder artikel 3.9.2.4 herverpanding ook kon worden bedongen ten aanzien van andersoortige (door partijen niet-vervangbaar geachte) pandobjecten, werd in de Toelichting geen aandacht besteed.

In het verlengde daarvan is evenzeer opvallend dat de toelaatbaarheid van herverpanding met toestemming van de pandgever – kennelijk op grond van artikel 6 Beurswet 1914 en de daaropvolgende literatuur²³⁰ – als 'heersende leer' werd aangenomen, zonder dat herverpanding onder artikel 6 Beurswet 1914 in de juiste context werd geplaatst. Zoals in het voorgaande hoofdstuk uiteengezet, was de herverpandingsregeling als tijdelijke noodmaatregel in de Beurswet 1914 opgenomen om de problemen rond de afwikkeling van effectenbeleningen en prolongaties ten tijde van de beurscrisis in 1914 te verhelpen. Aan deze regeling lag de praktische behoefte van geldgevers ten grondslag om veelal verwisselbare effecten gedurende de looptijd van een belening of prolongatie te kunnen herbelenen of te herprolongeren. Dat deze behoefte niet, althans in veel mindere mate, speelde bij andersoortige verpandbare goederen bleef – evenals de tegen de fi-

²²⁹ Meijers volgt in dit opzicht de opvatting van Scholten. Zie: Asser/Scholten 1945, p. 430. Zie tevens paragraaf 2.3.3.2.

²³⁰ In de Toelichting wordt verwezen naar: Asser/Scholten 1945, p. 430. Daarin schrijft Scholten: "*Herverpanding door den pandhouder (herprolongatie) is dus geoorloofd, indien deze uitdrukkelijk de bevoegdheid daartoe is verleend. Of deze uit de wet of het gebruik voortvloeit. Zie art. 73 Beursvoorschriften 1914, art. 6 Beurswet.*" Scholten's opmerking ziet overigens uitsluitend op herverpanding van effecten en niet op herverpanding in het algemeen.

guur van herverpanding aangevoerde goederenrechtelijke bezwaren – in de Toelichting onbesproken. Juist gezien de uitvoerige discussie in de jurisprudentie en literatuur over de geldigheid en de rechtsgevolgen van herverpanding is niet goed te begrijpen dat Meijers een algemene regeling van herverpanding in het Ontwerp voor het Nieuw BW introduceerde, zonder de inpassing van deze rechtsfiguur in het goederenrechtelijk systeem uitvoeriger toe te lichten.

Ook wanneer de herziening van de regeling van pand in het Ontwerp Nieuw BW in breder perspectief wordt geplaatst, is het opmerkelijk dat een dogmatisch moeilijk te plaatsen figuur als herverpanding in het Nieuw BW werd opgenomen, terwijl tegelijkertijd fiduciaire eigendomsoverdracht werd verboden. Bij zijn Ontwerp voor het Nieuw BW had Meijers fiduciaire eigendomsoverdracht immers geweerd.²³¹ Meijers was van mening dat fiduciaire rechtsverhoudingen moesten worden vermeden, omdat dergelijke constructies tot een ondoorzichtige verdeling van goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden leidden.²³² Van herverpanding kon echter evenzeer gezegd worden dat het een onduidelijke verdeling van goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden tot gevolg had.²³³ Gezien de voordien in de literatuur aangevoerde bezwaren over de onduidelijke rechtsgevolgen en risico's van herverpanding, was het zeer wel denkbaar dat herverpanding om voormelde reden uit het Nieuw BW zou zijn geweerd.

Wat de reden is geweest voor de ogenschijnlijk zo voor de hand liggende²³⁴ invoering van een algemene regeling van herverpanding in het Nieuw BW, laat zich moeilijk vaststellen. Naar het zich laat aanzien is groot belang toegekend aan de

²³¹ Art. 3.4.2.2 lid 3 Ontwerp Nieuw BW. Thans: Art. 3:84 lid 3 BW.

²³² Naar de mening van Meijers was fiduciaire eigendomsoverdracht steeds een middel geweest om de dwingende bepalingen van pand, die in de praktijk als verouderd werden gezien, te omzeilen. Zie onder meer: Toelichting Meijers 1954, p. 212 (ad art. 2.4.2.2 lid 3); en Meijers 1958, p. 89 e.v. Zie tevens: Van Mierlo 1988, p. 176-177. Met het oog daarop werd de regeling van pand in het Ontwerp Nieuw BW vereenvoudigd, waarbij onder meer de vestiging van een pandrecht op roerende zaken zonder dat deze in de macht van de pandhouder worden gebracht (i.e. vuistloos pandrecht) mogelijk werd gemaakt. Daarmee werd tegemoetgekomen aan de in de praktijk bestaande behoefte aan verpanding van roerende zaken zonder verplichte machtsverschaffing. Het vereiste van machtsverschaffing onder het Oud BW was immers de aanleiding geweest voor de opkomst van fiduciaire eigendomsoverdracht in het begin 20^e eeuw, zoals door de Hoge Raad werd erkend in: HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, p. 616; en HR 21 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1096.

²³³ Over de goederenrechtelijke gevolgen van herverpanding kom ik uitgebreider te spreken in hoofdstuk 8

²³⁴ Meijers noemt de invoering van herverpanding niet als belangrijke verandering (in tegenstelling tot de erkenning van bezitloos pandrecht en de herziening van pandrecht op vorderingen en de executieregels). Zie: Toelichting Meijers 1954, p. 272, ad afdeling 3.9.2 (*algemene opmerkingen*).

bestaande bancaire praktijk van herbelening en herprolongatie van effecten²³⁵, de wettelijke regeling van herverpanding van effecten in artikel 6 Beurswet 1914 en de vergelijkbare regeling van herverpanding naar Zwitsers recht. Men lijkt zich – evenals ten aanzien van de invoering van vuistloos pandrecht – te hebben gericht naar de in de rechtspraktijk bestaande behoefte.²³⁶ Tegen de hierboven geschetste achtergrond is het desalniettemin opvallend hoe beknopt de – hierboven reeds weergegeven – toelichting op artikel 3.9.2.4 van het Ontwerp Meijers is.

3.2.1 Rechtsvergelijkende verwijzing in Toelichting Meijers

De toelichting op artikel 3.9.2.4 Ontwerp Nieuw BW bevat één rechtsvergelijkende verwijzing, namelijk naar artikel 887 van het Zwitserse *Zivilgesetzbuch* ("ZGB"). Op grond van artikel 887 ZGB, die in de volgende paragraaf zal worden besproken, is herverpanding uitsluitend mogelijk indien de pandgever daarvoor zijn toestemming geeft.

Wat de reden is geweest dat in de Toelichting Meijers uitsluitend naar artikel 887 ZGB is verwezen, is niet geheel duidelijk. Mogelijk dat Meijers heeft gemeend dat – indien herverpanding met toestemming van de pandgever wettelijk moest worden toegestaan – artikel 887 ZGB het beste aansloot op de Nederlandse situatie. Artikel 887 ZGB vertoonde gelijkenis met de regeling in artikel 6 Beurswet 1914 voor herbelening en herprolongatie van effecten, in de zin dat herverpanding ("*herbeelening*") onder die bepaling slechts mogelijk was indien de bevoegdheid daartoe in de pandovereenkomst aan de pandhouder was toegekend. Een pandhouder had, met andere woorden, slechts een herverpandingsbevoegdheid indien deze hem door de pandgever was toegekend. In de toelichting op artikel 3.9.2.4 wordt dan ook opgemerkt, dat ook in Nederland als heersende leer moet worden aangenomen dat herverpanding met toestemming van de pandgever geldig was.

De enkele rechtsvergelijkende verwijzing in de Toelichting Meijers naar artikel 887 ZGB springt in het oog. Aan de enkele vermelding van de Zwitserse bepaling in de Toelichting Meijers mag natuurlijk niet worden afgeleid dat andere rechtssystemen niet in ogenschouw zijn genomen. Wel weten we dat het Zwitserse recht – onder meer gezien zijn relatief jonge codificatie (1912) – de bijzondere

²³⁵ In de algemene inleiding van de Toelichting benadrukt Meijers dat een nieuwe codificatie oog moet hebben voor de voortdurende wijzigende maatschappelijke behoeften. Zie: Toelichting Meijers 1954, p. 7.

²³⁶ Op die praktische behoefte kan thans echter wel het een en ander worden afgedongen. Sinds de invoering van de Wet giraal effectenverkeer, is de herverpanding van effecten door overhandiging (zoals voordien) niet langer mogelijk. Zie hierna onder paragraaf 3.3.

belangstelling van Meijers had.²³⁷ De verwijzing naar artikel 887 ZGB valt echter op, te meer wanneer men bedenkt dat andere Europese codificaties die van invloed zijn geweest op het Nederlandse burgerlijk recht – zoals het Duitse *Bürgerliche Gesetzbuch* en de Franse *Code civil* – geen wettelijke regeling van herverpanding bevatten. Om de keuze van Meijers om in artikel 3.9.2.4 aan te sluiten op de Zwitserse regeling, in perspectief te plaatsen, maak ik hier een korte uitstap naar Duits en Frans recht.²³⁸

Zowel naar Duits als naar Frans recht geldt als uitgangspunt dat herverpanding niet mogelijk is. Dit herverpandingsverbod vloeit voort uit enerzijds de positie van de pandhouder als beperkt zekerheidsgerechtigde en anderzijds uit de op de pandhouder rustende plicht om als een goed pandhouder voor het pand zorg te dragen. Daarbij komt dat, zowel naar Duits als naar Frans recht, wordt aangenomen dat tussentijds gebruik en beschikkingshandelingen door de pandhouder ten aanzien van het pandobject strijdig zijn met het karakter van het pandrecht als beperkt zekerheidsrecht. Naar Duits recht wordt aangenomen dat een pandhouder als gevolg van de in §1215 BGB²³⁹ neergelegde bewaringsplicht (*Verwahrungspflicht*) in beginsel niet bevoegd is het pandobject te herverpanden of te gebruiken.²⁴⁰ Een pandhouder is bovendien niet bevoegd om over het pandobject te beschikken. Onbevoegd gebruik van het pandobject levert naar Duits recht een strafrechtelijk vergrijp (§290 *Strafgesetzbuch*²⁴¹) op²⁴² en heeft tot gevolg dat de pandhouder jegens de pandgever aansprakelijk is voor eventuele schade.²⁴³ Naar Frans recht vloeit het verbod van herverpanding op eenzelfde wijze voort uit de beschikkingsonbevoegdheid van de pandhouder en de op deze rustende plicht om als een goed pandhouder het pandobject te bewaren en ervoor zorg te dragen (art. 2344 lid 1 jo. art. 1137 *Code civil*²⁴⁴).²⁴⁵ Een pandhouder is immers ook naar

²³⁷ Zie onder meer: Florijn 1994, p. 113; en Sütö 2004, p. 37 e.v. In dit verband kan ook worden gewezen op het feit dat de Toelichting Meijers met betrekking tot afdeling 3.9.2 drie verwijzingen naar het Zwitserse ZGB bevat, in verhouding tot slechts één verwijzing naar het Duitse BGB.

²³⁸ Voor een overzicht van pandrecht naar Duits recht verwijs ik naar: Palandt 2010, p. 1544 e.v.; Staudinger/Wiegand 2009; en Schwab/Prütting 1994, p. 338-357. Voor een (Nederlandstalige) uiteenzetting van pandrecht naar Duits recht zie: Sniijders e.a. 1996, p. 557 e.v. Voor een overzicht van pandrecht naar Frans recht – welke regeling in 2006 is gewijzigd – verwijs ik naar Simler/Delebecque 2009, p. 532 e.v.

²³⁹ Artikel 1215 BGB luidt: "*Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet*".

²⁴⁰ Palandt 2010, p. 1632; Staudinger/Wiegand 2009, p. 94; Damrau 2009, p. 4588; en Schwab/Prütting 1994, p. 344.

²⁴¹ Artikel 290 StGB luidt: "*Öffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft*".

²⁴² Staudinger/Wiegand 2009, p. 94.

²⁴³ §1215 BGB. Staudinger/Wiegand 2009, p. 97; en Damrau 2009, p. 2488.

²⁴⁴ Artikel 2344 Code civil luidt: "*Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage*". Artikel 1137 Cc luidt: "*L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que*

Frans recht niet bevoegd het pand te gebruiken of erover te beschikken.²⁴⁶ Onbevoegde herverpanding leidt ook naar Frans recht tot civiele aansprakelijkheid van de pandhouder en kwalificeert als een strafrechtelijk delict (art. 314-5 van de France *Code pénal*²⁴⁷).²⁴⁸

Het voorgaande neemt echter niet weg dat – naar zowel Duits als Frans recht – herverpanding onder voorwaarden toch mogelijk is. De gedachte hierachter is dat partijen in de pandovereenkomst ruimere bevoegdheden aan de pandhouder kunnen toekennen. Zo kan een pandgever ook de pandhouder de bijzondere bevoegdheid verlenen om het pandobject ter herverpanden. Herverpanding is aldus uitsluitend mogelijk met de toestemming van of machtiging door de oorspronkelijke pandgever.²⁴⁹ Naar Duits recht is herverpanding (*Weiterverpfändung*) uitsluitend mogelijk is met een bijzondere machtiging of toestemming (*Einwilligung*) van de pandgever.²⁵⁰ Hetzelfde wordt aangenomen naar Frans recht.²⁵¹ Voorts moet erop worden gewezen dat ook in financiële wet- en regelgeving van beide landen bijzondere herverpandingsregelingen zijn opgenomen. Zo bevat Duitse *Depotgesetz* in artikel 12 (*Ermächtigung zur Verpfändung*) een bijzondere regeling van herverpanding van effecten (*Wertpapiere*).²⁵²

l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille."

²⁴⁵ Simler/Delebecque 2009, p. 542; Planiol/Ripert/ Becqué 1953, nr. 108.

²⁴⁶ Zie onder meer: Malaurie/Aynès 1994, p. 185; Marty/Raynaud/Jestaz 1987, p. 68; en Ferid/Sonnenberger 1986, p. 685-686.

²⁴⁷ Artikel 314-5 Code pénal luidt: "*Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende.*"

²⁴⁸ Simler/Delebecque 2009, p. 542-543.

²⁴⁹ In dit opzicht is de inhoud van de wettelijke regeling van herverpanding in artikel 887 ZGB en artikel 3.9.2.4 Ontwerp Nieuw BW niet uitzonderlijk. Overigens wordt ook naar Belgisch recht aangenomen dat herverpanding mogelijk is met toestemming van de pandgever. Zie onder meer: Dirix/De Corte 2006, p. 321.

²⁵⁰ Staudinger/Wiegand 2009, p. 94. Zie in gelijk zin: Zobl/Thurnherr 2010, p. 993. Voor de genoemde *Einwilligung* zie: §185 lid 1 BGB (*Verfügung eines Nichtberechtigten*). Zie tevens: Keijser 2006, p. 223-224.

²⁵¹ Planiol/Ripert/ Becqué 1953, nr. 108-110. Zie ook: Zobl/Thurnherr 2010, p. 993.

²⁵² Artikel 12 van *Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz)* luidt: "*§12 Depotgesetz (Ermächtigungen zur Verpfändung) luidt:*

"(1) Der Verwahrer darf die Wertpapiere oder Sammelbestandanteile nur auf Grund einer Ermächtigung und nur im Zusammenhang mit einer Krediteinräumung für den Hinterleger und nur an einen Verwahrer verpfänden. Die Ermächtigung muß für das einzelne Verwahrungsgeschäft ausdrücklich und schriftlich erteilt werden; sie darf weder in Geschäftsbedingungen des Verwahrers enthalten sein noch auf andere Urkunden verweisen.

(2) Der Verwahrer darf auf die Wertpapiere oder Sammelbestandanteile Rückkredit nur bis zur Gesamtsumme der Kredite nehmen, die er für die Hinterleger eingeräumt hat. Die Wertpapiere oder Sammelbestandanteile dürfen nur mit Pfandrechten zur Sicherung dieses Rückkredits belastet werden. Der Wert der verpfändeten Wertpapiere oder Sammelbestandanteile soll die Höhe des für den Hinterleger eingeräumten Kredits mindestens erreichen, soll diese jedoch nicht unangemessen übersteigen.

3.3 Herverpanding naar Zwitsers recht

Zoals in de vorige paragraaf besproken, heeft Meijers voor de regeling van herverpanding in artikel 3.9.2.4 van zijn Ontwerp voor het Nieuw BW inspiratie ontleend aan Zwitsers recht.²⁵³ Het uit 1912 stammende Zwitserse *Zivilgesetzbuch* was destijds niet alleen een van de modernste codificaties, maar bevatte ook een bijzondere, wettelijke regeling van herverpanding: artikel 887 ZGB. Op grond van dit artikel is herverpanding uitsluitend mogelijk indien de pandgever daarvoor zijn toestemming geeft.

Art. 887 ZGB luidt:

"Der Gläubiger kann die Pfandsache nur mit Zustimmung des Verpfänders weiter verpfänden."

Nu artikel 887 ZGB min of meer model heeft gestaan voor artikel 3.9.2.4 Ontwerp Meijers – en daarmee voor het huidige artikel 3:242 BW – mag een bespreking van de Zwitserse herverpandingsregeling hier niet ontbreken. Bestudering van de Zwitserse herverpandingsregeling biedt een aanvullend perspectief op de rechtsfiguur van herverpanding naar Nederlands recht in het algemeen en artikel 3:242 BW in het bijzonder. In deze paragraaf bespreek ik de achtergrond en strekking van de Zwitserse herverpandingsregeling. Daarbij staan drie onderwerpen centraal, namelijk (i) de strekking van herverpandingsbevoegdheid ex artikel 887 ZGB, (ii) het karakter en de vorm van de machtiging tot herverpanding en (iii) de rechtsverhouding tussen betrokken partijen. Ten slotte bespreek ik in paragraaf 3.3.3 de bijzondere voorwaarden van herverpanding door banken naar Zwitsers recht.

3.3.1 Herverpanding op grond van artikel 887 ZGB

Net als in Nederland kwam herverpanding in Zwitserland van oudsher in de bancaire praktijk voor. Kredietgevers wendden in pand verkregen goederen aan om

(3) Ermächtigt der Hinterleger den Verwahrer nur, die Wertpapiere oder Sammelbestandanteile bis zur Höhe des Kredits zu verpfänden, den der Verwahrer für diesen Hinterleger eingeräumt hat (beschränkte Verpfändung), so bedarf die Ermächtigung nicht der Form des Absatzes 1 Satz 2. Absatz 2 Satz 3 bleibt unberührt.

(4) Ermächtigt der Hinterleger den Verwahrer, die Wertpapiere oder Sammelbestandanteile für alle Verbindlichkeiten des Verwahrers und ohne Rücksicht auf die Höhe des für den Hinterleger eingeräumten Kredits zu verpfänden (unbeschränkte Verpfändung), so muß in der Ermächtigung zum Ausdruck kommen, daß der Verwahrer das Pfandrecht unbeschränkt, also für alle seine Verbindlichkeiten und ohne Rücksicht auf die Höhe des für den Hinterleger eingeräumten Kredits bestellen kann. Dies gilt sinngemäß, wenn der Hinterleger den Verwahrer von der Innehaltung einzelner Beschränkungen des Absatzes 2 befreit.

(5) Der Verwahrer, der zur Verpfändung von Wertpapieren oder Sammelbestandanteilen ermächtigt ist, darf die Ermächtigung so, wie sie ihm gegeben ist, weitergeben."

²⁵³ Zie: Toelichting Meijers 1954, p. 277; en tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht), p. 766.

in hun eigen kredietbehoefte te voorzien. Zij gaven de goederen op hun beurt in pand tot de zekerheid van een eigen schuld aan hun financiers.²⁵⁴ Op deze wijze konden zij op eenvoudige en voordelige wijze voorzien in hun eigen kredietbehoefte met ontvangen pandobjecten als onderpand.²⁵⁵ Het ging daarbij steeds om verpandbare goederen – en in het bijzonder: effecten aan toonder – die zich in de feitelijke macht van de vuistpandhouder bevonden, waardoor de pandhouder naar buiten toe beschikkingsbevoegd leek. Dit maakte herverpanding feitelijk mogelijk. Artikel 887 ZGB bood voor deze praktijk van herverpanding een juridische grondslag. Gezien de risico's van herverpanding voor pandgevers, gelden echter al sinds de eerste helft van de 20^e eeuw bijzondere wettelijke voorschriften voor herverpanding door banken.²⁵⁶ Deze voorschriften komen in paragraaf 3.3.3 aan bod.

Zoals gezegd, bevat artikel 887 ZGB een bijzondere wettelijke regeling van herverpanding. Onder herverpanding (*Weiterverpfändung*) in de zin van artikel 887 ZGB moet worden verstaan: het zelfstandig door een daartoe gemachtigde vuistpandhouder (*Faustpfandgläubiger*) vestigen van een nieuw pandrecht op een in zijn bezit bevindende pandobject voor een eigen schuld of een schuld van een derde.²⁵⁷ In deze definitie komen verschillende elementen naar voren.

In de eerste plaats is herverpanding op grond van artikel 887 ZGB uitsluitend toegestaan indien de pandgever hiervoor zijn toestemming geeft. Herverpanding zonder toestemming van de pandgever is niet mogelijk. De formulering van artikel 887 ZGB is om deze reden negatief ("*nur mit Zustimmung de Verpfänders*"). Artikel 887 ZGB vormt aldus een uitzondering op een algemeen verbod²⁵⁸ van herverpanding door de pandhouder (*Verbot der Weiterverpfändung*). Dit herverpandingsverbod wordt opgevat als een concretisering van de op een pandgever rustende zorg- en bewaringsplicht (*Verwahrungspflicht*).²⁵⁹ Over het toestem-

²⁵⁴ Naar zuivere *Wiederverpfändung*, kwam in de bancaire praktijk ook het zogeheten "*Hingabe in Report*" voor. Hieronder moet de verkoop van het pandobject door de bank (pandhouder) met een gelijktijdige wederinkoop op termijn worden begrepen. Zie: Bösch 2005, p. 376; en Oftinger/Bär 1981, p. 256. Volgens Zobl & Thurnherr komen dergelijke transacties tegenwoordig nog maar zelden voor. Zie: Zobl/Thurnherr 2010, p. 1000. Zie tevens: Kaderli 1938, p. 50; en Wiegand 1998, p. 124-12.

²⁵⁵ Vergelijk in dit verband de Nederlandse bancaire praktijk van herbelening en herprolongatie. Zie: hoofdstuk 2.

²⁵⁶ Bösch 2005, p. 376.

²⁵⁷ Zobl/Thurnherr 2010, p. 994; Bauer 2007, p. 1950; Wiegand 1998, p. 123; en Kaderli 1938, p. 48.

²⁵⁸ Of beter gezegd: de algemene goederenrechtelijke onmogelijkheid.

²⁵⁹ Zobl/Thurnherr 2010, p. 994; Bauer 2007, p. 1951-1952; en Schnyder/Schmid 1995, p. 880. In dit verband schrijft Wiegand dat de pandgever met de verlening van de bevoegdheid tot herverpanding de pandhouder ontheft van zijn bewaringsplicht, maar daarbij zich wel de positie van *Drittpfandeigentümer* met de daarbij behorende rechten (zoals het lossingsrecht) voorbehoudt. Zie: Wiegand 1998, p. 123.

mingsvereiste van artikel 887 ZGB kom ik in de volgende paragraaf nader te spreken. In de tweede plaats – anders dan de 'machtiging' door de pandgever mogelijk doet vermoeden – treedt de pandhouder/herpandgever bij herverpanding zelfstandig op. Hij vestigt in eigen naam en voor eigen rekening een nieuw (her)pandrecht op het pandobject. De tot herverpanding gemachtigde pandhouder treedt dus uitdrukkelijk niet op als vertegenwoordiger of gevolmachtigde van de eigenaar/pandgever.²⁶⁰ In de derde plaats wordt het herpandrecht gevestigd op het pandobject oftewel het in pand gegeven goed. Het onderwerp van het herpandrecht is dus het pandobject dat zich onder de pandhouder/herpandgever bevindt. Er wordt dus geen pandrecht gevestigd op de gecureerde vordering of op het eerste pandrecht zelf.²⁶¹ In de vierde plaats heeft herverpanding uitsluitend betrekking op vuistpand (*Faustpfand*). Artikel 887 ZGB is immers opgenomen in onderdeel 1 (*Faustpfand und Retentionsrecht*) van Titel 4.2.23 ZGB (*Fahrnispfand*).²⁶² De plaats van de herverpandingsregeling brengt mee dat herverpanding alleen mogelijk ten aanzien van roerende zaken, vorderingen en andere rechten²⁶³ waarop de pandhouder een vuistpand heeft; dat wil zeggen: verpandbare goederen die zich in de macht²⁶⁴ van de pandhouder bevinden. Tot slot brengt het karakter van vuistpand mee dat voor vestiging van een herpandrecht het pandobject in de macht van de herpandnemer moet worden gebracht (art. 884 lid 1 ZGB). Voor herverpanding gelden namelijk de normale regels voor vestiging van een vuistpand.²⁶⁵

3.3.1.1 Toestemming van de pandgever

Bij herverpanding vestigt de herpandgever in eigen naam en voor eigen rekening een beperkt recht op een goed van een ander. De pandhouder/herpandgever oefent ter zake van het goed een beschikkingsbevoegdheid uit die een pandhouder normaalgesproken niet heeft en die is voorbehouden aan de eigenaar. Ook naar Zwitsers recht heeft een pandhouder ten aanzien van het pandobject immers normaal gesproken geen algemene beschikkingsbevoegdheid over het pandobject.²⁶⁶ Bovendien vormt de bevoegdheid tot herverpanding geen inherent

²⁶⁰ Zobl/Thurnherr 2010, p. 996; en Wiegand 1998, p. 123.

²⁶¹ Dit laatste wordt *Afterverpfändung* genoemd, hetgeen naar Zwitsers recht niet mogelijk is. Dit is overigens anders naar Oostenrijks recht. Op grond van §454 ABGB is *Afterverpfändung* uitdrukkelijk wél toegelaten. Zie ook: Bauer 2007, p. 1951.

²⁶² Titel 4.2.23 ZGB staat voor Deel 4 (*Das Sachenrecht*), afdeling 2 (*Die beschränkten dinglichen Rechte*) van het ZGB.

²⁶³ Op grond van artikel 899 ZGB zijn de bepalingen van vuistpand – tenzij anders is bepaald – van overeenkomstige toepassing op verpanding van vorderingen en andere rechten.

²⁶⁴ In artikel 884 lid 1 ZGB wordt gesproken van "*Besitz*" (pandbezit). Ter voorkoming van verwarring rond de verschillende bezitsbegrippen, spreek ik hier van "macht".

²⁶⁵ Artikelen 884 t/m 895 ZGB.

²⁶⁶ Wiegand 1998, p. 123; Oftinger/Bär 1981, p. 254. Zie ook: Kaderli 1938, p. 47.

onderdeel van een pandrecht.²⁶⁷ De herverpandingsbevoegdheid moet derhalve afzonderlijk aan de pandhouder worden toegekend.

De bevoegdheid tot het vestigen van een herpandrecht op een in pand verkregen goed ontleent de herpandgever aan een bijzondere machtiging door de pandgever. Wanneer de pandgever toestemming geeft voor herverpanding, wordt de pandhouder geacht te beschikken over een zogeheten machtiging (*Ermächtigung*) of beschikkingsbevoegdheid (*Verfügungsmacht*) tot herverpanding.²⁶⁸ De machtiging geeft de pandhouder de bevoegdheid om het pandobject in eigen naam en voor eigen rekening te verpanden.²⁶⁹ Deze toestemming is abstract, in de zin dat het te vestigen herpandrecht niet afhankelijk is van het eerste pandrecht en/of de daarmee gecureerde vordering (*Pfandvordering*). Bovendien is de machtiging zaaksgebonden; het heeft uitsluitend betrekking op het in pand gegeven goed (i.e. het pandobject).²⁷⁰

De op grond van artikel 887 ZGB vereiste toestemming is niet aan vormvoorschriften gebonden.²⁷¹ De pandhouder kan zijn toestemming zowel vooraf als achteraf – dat wil zeggen: na (her)verpanding door de pandhouder – verlenen. In dat laatste geval is de pandhouder onbevoegd tot (her)verpanding overgegaan. De pandhouder had immers niet de benodigde beschikkingsbevoegdheid om het pandobject te bezwaren, waardoor geen geldig herpandrecht tot stand is gekomen. Geeft de eerste pandgever echter nadien alsnog toestemming voor herverpanding, dan zou het (aanvankelijk onbevoegd gevestigde) herpandrecht – naar de mening van Oftinger en Bär – met terugwerkende kracht gelding krijgen.²⁷² Toestemming voor herverpanding zal echter in de meeste gevallen vooraf worden verleend in de pandovereenkomst. Daarbij kunnen partijen beperkingen en voorwaarden ten aanzien van de herverpandingsbevoegdheid overeenkomen. Zo kan de bevoegdheid worden beperkt wat betreft de hoogte van de met het herpandrecht gezeekerde vordering en de duur van het herpandrecht.

²⁶⁷ Zobl/Thurnherr 2010, p. 996.

²⁶⁸ Bauer 2007, p. 1952.

²⁶⁹ In deze zin onderscheid de hier bedoelde machtiging zich van een volmacht (*Vollmacht*). De tot herverpanding gemachtigde pandhouder treedt immers niet op als vertegenwoordiger van de eigenaar/pandgever. De machtiging sluit mogelijke civiele (art. 890 lid 2 ZGB) en strafrechtelijke aansprakelijkheid (art. 138 StGB) voor de herpandgever/pandhouder uit. Zie onder meer: Kaderli 1938, p. 48. Voormelde aansprakelijkheidsrisico's komen hierna in paragraaf 3.3.1.3 aan de orde.

²⁷⁰ Zobl/Thurnherr 2010, p. 996-997. Zie ook: Oftinger/Bär 1981, p. 255.

²⁷¹ Bauer 2007, p. 1952; Kaderli 1938, p. 47. Voor herverpanding door banken gelden wel formele vereisten voor verlening van de herverpandingsbevoegdheid. Zie hierna: paragraaf 3.3.3.

²⁷² Oftinger/Bär 1981, p. 254. Zie ook: Zobl/Thurnherr 2010, p. 997; en Bauer 2007, p. 1952.

Algemeen wordt aangenomen dat de herverpandingsbevoegdheid slechts geldt tot het moment waarop het pandobject aan de oorspronkelijke pandhouder moet worden teruggegeven.²⁷³

3.3.1.2 Gevolgen van herverpanding

Door herverpanding op grond van artikel 887 ZGB verkrijgt de herpandnemer een nieuw vuistpand op het betreffende goed.²⁷⁴ Dit herpandrecht is abstract. Het is niet afhankelijk is van het eerste pandrecht en/of de door het eerste pandrecht gecureerde vordering. De herpandnemer heeft aldus de positie van een gewone vuistpandhouder en heeft als zodanig alle gebruikelijke (executie)bevoegdheden (art. 891 e.v. ZGB).

Door herverpanding gaat de eigendom van de eerste pandgever, noch het pandrecht van de pandhouder/herpandgever teniet. De eerste pandgever blijft derhalve eigenaar van het betreffende goed en de pandhouder/herpandgever behoudt zijn daarop rustende pandrecht.²⁷⁵ Herverpanding leidt aldus tot een bijzondere vorm van derdenpand (*Drittpfandrechts*).²⁷⁶ De pandhouder/herpandgever vestigt immers een pandrecht op een goed van een ander, namelijk op het aan de pandgever toebehorende pandobject. Dit heeft tot gevolg dat het goed van de pandgever tot zekerheid strekt van een schuld van de pandhouder/herpandgever (of een schuld van een derde).²⁷⁷ Bij deze rechtsfiguur zijn aldus drie partijen betrokken, namelijk: (i) de pandhouder/herpandgever (*weiterverpfändende Pfandgläubiger*), (ii) de herpandnemer (*neue Pfandgläubiger*) en (iii) de oorspronkelijke pandgever/eigenaar (*Verpfänder*). De rechtsverhoudingen tussen de verschillende partijen kunnen als volgt worden omschreven.

De rechtsverhouding tussen herpandgever en herpandhouder wordt – net als iedere vuistpandrecht – beheerst door de pandovereenkomst (*Pfandvertrag*) en de wet (art. 884 e.v. ZGB). Een bijzonderheid van herverpanding betreft echter de rangwisseling tussen het herpandrecht en het oorspronkelijke pandrecht. Bij executie worden het herpandrecht en het pandrecht van de pandhouder/herpandgever beschouwd als respectievelijk het eersterangs en het tweederangs pandrecht.²⁷⁸ Het eerste pandrecht van de pandhouder/herpandgever, dat – zoals gezegd – niet door herverpanding teniet gaat, wordt bij herverpanding in rang achtergesteld op het herpandrecht. De herpandgever doet als het ware ten gunste

²⁷³ Oftinger/Bär 1981, p. 255.

²⁷⁴ Het pandobject moet op grond van artikel 884 lid 1 ZGB in de macht van de herpandnemer worden gebracht.

²⁷⁵ Wiegand 1998, p. 124.

²⁷⁶ Zie onder meer: Wiegand 1998, p. 123.

²⁷⁷ Zobl/Thurnherr 2010, p. 994; en Bauer, p. 1950.

²⁷⁸ Zobl/Thurnherr 2010, p. 1001.

van de herpandnemer afstand van zijn rang als eerste pandhouder. Herverpanding vormt in deze zin een uitzondering op het prioriteitsbeginsel van artikel 893 lid 2 ZGB²⁷⁹, op grond waarvan de rang van pandrechten wordt bepaald door het tijdstip van vestiging.

De rechtsverhouding tussen de eerste pandgever en de pandhouder/herpandgever kan op verschillende manieren worden gekwalificeerd. De relatie tussen pandgever en pandhouder wordt in de eerste plaats beheerst door de wettelijke regels van vuistpand en de pandovereenkomst. Deze rechtsrelatie houdt immers niet op te bestaan door de enkele herverpanding. Door de machtiging tot herverpanding krijgt de rechtsverhouding echter wel een extra dimensie. De pandhouder krijgt immers beschikkingsmacht over het pandobject die aanzienlijk verder strekt dan de bevoegdheden van een pandhouder als beperkt zekerheidsgerechtigde. De rechtsverhouding uit pand wordt als het ware aangevuld met verbintenisrechtelijke element. Gezien deze bijzondere beschikkingsmacht van de tot herverpanding gemachtigde pandhouder wordt de rechtsverhouding ook wel opgevat als een vorm van bruikleen (*Gebrauchsleihe*)²⁸⁰, waarbij de pandhouder de in pand ontvangen goederen gedurende de looptijd van het pandrecht mag gebruiken. De machtiging tot herverpanding is aldus bepalend voor de rechtsverhouding tussen de eerste pandgever en de tot herverpanding gemachtigde pandhouder. Aan deze machtiging kunnen partijen in de pandovereenkomst nadere voorwaarden verbinden en beperkingen stellen, zoals een maximale hoogte van de vordering waarvoor het goed kan worden herverpand en een maximale duur van het herpandrecht.²⁸¹

De rechtsverhouding tussen de eerste pandgever en de herpandhouder wordt gekenmerkt door de situatie van derdenpand (*Drittpfandrechts*). De pandhouder/herpandgever heeft immers ten gunste van de herpandhouder een pandrecht gevestigd op een goed dat aan de eerste pandgever toebehoort. De eerste pandgever neemt daarbij de positie van derdenpandeigenaar (*Driffpfandeigentümer*) in. Als zodanig heeft de eerste pandgever lossingsrecht (*ius offerendi*): de oor-

²⁷⁹ Wiegand 1998, p. 124.

²⁸⁰ Kaderli spreekt van een "*unentgeltliche Gebrauchsuberlassung*". Zie: Kaderli 1938, p. 47. Zie tevens: Zobl/Thurnherr 2010, p. 1001. Kritisch over deze kwalificatie: Wiegand 1998, p. 123. Naar de mening van Wiegand stemt het karakter van bruikleen niet overeen met de bedoeling van partijen. Wiegand ziet verlening van de herverpandingsbevoegdheid slechts als een modificatie van een tussen pandgever en pandhouder bestaande *Schuldverhältnis*. Voor de wettelijke regeling van bruikleen naar Zwitsers recht verwijs ik naar: art. 305 e.v. *Obligationenrecht* (OR) ZGB.

²⁸¹ Wordt bijvoorbeeld de temporele beperking van de herverpandingsbevoegdheid overschreden, dan wordt naar analogie van het hierna te bespreken artikel 33 lid 1 *Bankverordnung* (oud) aangenomen dat de toestemming tot herverpanding komt te ontvallen op het moment dat de eerste pandgever zijn schuld aan de pandhouder/herpandgever aflost en deze het pandobject aan de eerste pandgever moet teruggeven (art. 889 lid 1 ZGB). Zie: Oftinger/Bär 1981, p. 255.

spronkelijk pandgever kan uitwinning van het hem toebehorende goed door de herpandgever voorkomen door de herpandschuld af te lossen. Daardoor treedt de eerste pandgever in de rechten van de herpandhouder.²⁸² De pandgever verkrijgt aldus de vordering van de herpandhouder op de herpandgever (pandhouder), welke vordering hij in de regel met zijn eigen schuld aan de pandhouder (i.e. de geseceureerde vordering) zal kunnen verrekenen.

De verschillende – soms tegengestelde – belangen van betrokken partijen maakt herverpanding gevoelig voor conflicten.²⁸³ Aan herverpanding kleven immers met name voor de eerste pandgever aanzienlijke risico's. Zo behoeft een pandgever niet bekend te zijn met de partij aan wie de pandhouder herverpand, terwijl het pandobject wel in de macht van deze partij moet worden gebracht.²⁸⁴ Daarbij komt dat een inherent risico van herverpanding is dat de herpandhouder het aan de eerste pandgever toebehorende goed voor zijn vordering op de herpandgever uitwint. In de literatuur wordt herverpanding dan ook als een ongewoon en voor de pandgever/eigenaar gevaarlijk fenomeen omschreven.²⁸⁵

3.3.1.3 Ontbreken van toestemming van de pandgever

Zonder machtiging door de pandgever, is de pandhouder niet bevoegd om over het pandobject te beschikken.²⁸⁶ Herverpand de pandhouder het pandobject zonder toestemming van de pandgever aan een derde, dan komt geen geldig herpandrecht tot stand.²⁸⁷ Op grond van de regels van derdenbescherming kan dan echter wel een gewoon pandrecht tot stand komen. Daarvoor is vereist dat de derde-pandnemer te goeder trouw was ten aanzien van de verpanding door de pandhouder (art. 884 lid 2 ZGB).²⁸⁸ Is de derde-pandnemer echter te kwader trouw, dan komt in het geheel geen pandrecht tot stand.²⁸⁹

Onbevoegde herverpanding leidt tot civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid van de pandhouder. Zo kan de pandgever de pandhouder die zonder

²⁸² Zie: art. 110 lid 1 *Obligationenrecht* (OR) ZGB. Zie tevens: Wiegand 1998, p. 124; Zobl/Thurnherr 2010, p. 1001.

²⁸³ Bauer 2007, p. 1950-1951.

²⁸⁴ Art. 884 ZGB.

²⁸⁵ Oftinger/Bär 1981, p. 255. Zie ook: Bauer 2007, p. 1951.

²⁸⁶ Zie ook: Bauer 2007, p. 1951.

²⁸⁷ Dit is mogelijk anders indien de pandgever achteraf zijn toestemming geeft voor de herverpanding. Zoals hiervoor besproken, komt volgens Oftinger/Bär in een dergelijk geval met terugwerkende kracht een geldig herpandrecht tot stand. Zie: Oftinger/Bär 1981, p. 254. Zie ook: Zobl/Thurnherr 2010, p. 997; en Bauer 2007, p. 1952.

²⁸⁸ Vergelijk 933 ZGB. Zie tevens: Zobl/Thurnherr 2010, p. 994; en Oftinger/Bär 1981, p. 254-255.

²⁸⁹ Bauer 2007, p. 1951.

zijn toestemming het pandobject heeft herverpand, aansprakelijk houden voor eventuele schade op grond van art. 890 lid 2 ZGB.

Artikel 890 lid 2 ZGB luidt:

"Hat der Gläubiger das Pfand eigenmächtig veräußert oder weiter verpfändet, so haftet er für allen hieraus entstandenen Schaden."

Op grond van deze bepaling is de pandhouder jegens de eerste pandgever aansprakelijk voor alle schade die uit een eigenmachtige herverpanding voortvloeit.²⁹⁰ Schade zal zich met name voordoen in de gevallen waarin de pandhouder/herpandgever niet meer in staat is het pandobject aan de pandhouder terug te geven, bijvoorbeeld omdat de herpandhouder zijn herpandrecht heeft uitgewonnen.²⁹¹ De schadevergoedingsvordering – die in een dergelijk geval neerkomt op vergoeding van de waarde van het pandobject – zal de pandgever in de meeste gevallen kunnen verrekenen met zijn schuld aan de pandhouder (i.e. de geseceureerde vordering). Daarnaast levert onbevoegde herverpanding – naar Zwitsers recht – verduistering (*Veruntreuung*) in de zin van artikel 138 van het Zwitserse *Strafgesetzbuch* op.²⁹²

3.3.2 Plaats van herverpanding in het Zwitsers goederenrecht

Herverpanding wordt naar Zwitsers goederenrecht onderscheiden van drie andere rechtsfiguren, namelijk (i) meervoudige verpanding van het pandobject (*Nachverpfändung*), (ii) verpanding van de geseceureerde vordering (*Verpfändung der Pfandvorderung*), en (iii) oneigenlijk pand (*irreguläres Pfandrecht*). Ik licht de verschillen kort toe.

In de eerste plaats wordt herverpanding onderscheiden van meervoudige verpanding (*Nachverpfändung*). Bij meervoudige verpanding wordt het pandobject – net als bij herverpanding – met een tweede pandrecht bezwaard. De partij die dit tweede pandrecht vestigt, is echter niet in beide gevallen dezelfde. Bij meervoudige verpanding worden beide pandrechten namelijk gevestigd door de pandgever, terwijl bij herverpanding het tweede pandrecht wordt gevestigd door (de tot herverpanding gemachtigde) pandhouder. In dit verband moet worden gewezen op artikel 886 ZGB. Op grond van deze bepaling moet de (eerste) vuistpandhouder op de hoogte worden gesteld van de latere verpanding; hij moet het pandobject na zijn aflossing immers aan de tweede pandhouder doen toekomen.²⁹³ Voorts geldt bij *Nachverpfändung* het prioriteitsbeginsel onverkort. Het op een

²⁹⁰ Oftinger/Bär 1981, p. 255.

²⁹¹ Bauer 2007, p. 1951.

²⁹² Zobl/Thurnherr 2010, p. 1002. Zie ook: Oftinger/Bär 1981, p. 254.

²⁹³ Bauer 2007, p. 1950.

later moment door de pandgever gevestigde pandrecht komt in rang na het eerste pandrecht. Zoals reeds opgemerkt, vindt bij herverpanding – in afwijking van het prioriteitsbeginsel – een rangwisseling plaats.²⁹⁴

In de tweede plaats wordt herverpanding onderscheiden van verpanding van de geselecteerde vordering door de pandhouder (*Verpfändung der Pfandvordering*). Het onderscheid schuilt in het object van het (her)pandrecht. Bij herverpanding wordt, zoals reeds opgemerkt, het pandobject opnieuw bezwaard met een pandrecht. Bij verpanding van de geselecteerde vordering wordt niet het pandobject van het eerste pandrecht opnieuw verpand, maar wordt een pandrecht gevestigd op de vordering die door het eerste pandrecht wordt gezeurd. Verpanding van de geselecteerde vordering betreft een normale verpanding van vorderingen onder artikel 899 e.v. ZGB (*Pfandrecht an Forderungen und andern Rechten*). Voor verpanding van de geselecteerde vordering is geen toestemming van de eerste pandgever (van het als nevenrecht aan de vordering verbonden pandrecht) vereist.²⁹⁵ Wanneer de geselecteerde vordering wordt verpand, strekt dit pandrecht zich ook uit over de aan de vordering verbonden nevenrechten (*Nebenrechten*) en in het bijzonder ook het eerste pandrecht.²⁹⁶ In geval van executie kan de pandhouder dus verhaal nemen op de geselecteerde vordering én de rechten onder het eerste pandrecht uitoefenen.

Tot slot wordt herverpanding ex artikel 887 ZGB onderscheiden van het zogeheten oneigenlijke pandrecht (*irreguläres Pfandrecht*). Bij oneigenlijk pandrecht, verkrijgt de pandhouder de eigendom van het pandobject en daarmee ook de vrij beschikkingsmacht over het pandobject. Deze situatie valt echter niet onder artikel 887 ZGB.²⁹⁷

3.3.3 Bijzondere regels voor herverpanding door banken

Gezien de potentiële risico's van herverpanding voor pandgevers, heeft de Zwitserse wetgever al in de eerste helft van de twintigste eeuw herverpanding door banken aan nadere, wettelijke vereisten onderworpen. Hierbij dient te worden bedacht dat herverpanding in Zwitserland – net zoals in Nederland (zie hoofdstuk 2) – voortkomt uit de bancaire praktijk van belening van in vuistpand ontvangen effecten. De wettelijke vereisten voor herverpanding door banken strekken uitdrukkelijk ter bescherming van pandgevers (veelal: kredietnemers) als economi-

²⁹⁴ Zie tevens: Bösch 2005, p. 337.

²⁹⁵ De geselecteerde vordering van de pandhouder behoort immers tot zijn vermogen. De pandhouder kan als rechthebbende vrij over deze vordering beschikken. Zie: Zobl/Thurnherr 2010, p. 995; en Oftinger/Bär 1981, p. 256.

²⁹⁶ Oftinger/Bär 1981, p. 256; en Bösch 2005, p. 377.

²⁹⁷ Oftinger/Bär 1981, p. 255; en Kaderli 1938, p. 49. Zie uitgebreider: Zobl/Thurnherr 2010, hoofdstuk 13.2.

sche zwakkere partij. Het gaat hier om een vroege vorm van consumentenbescherming.²⁹⁸

Tot 31 december 2009 werd herverpanding door banken gereguleerd door artikel 17 *Bankengesetz* jo. artikel 33 *Bankverordnung*. Met de inwerkingtreding van de *Bucheffektengesetz* op 1 januari 2010 is artikel 17 *Bankgesetz* vervallen. Een bijzondere regeling voor herverpanding door banken is thans opgenomen in artikel 22 en 23 *Bucheffektengesetz*. Omdat beide regelingen van belang zijn voor de gedachtevorming over bescherming van pandgevers tegen de risico's van herverpanding, bespreek ik in deze paragraaf zowel de oude als de huidige regeling.

3.3.3.1 Artikel 17 Bankengesetz en artikel 33 Bankverordnung

Op grond van artikel 17 *Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen* van 8 november 1934 (SER 952.0) (*Bankengesetz*, hierna: "BankG") golden voor banken en effectenhandelaren²⁹⁹ aanvullende voorwaarden voor herverpanding.

Artikel 17 BankG luidde:

- (1) *Eine Bank, welche das Recht zur Weiterverpfändung eines Faustpfandes oder zu dessen Hingabe in Report beanspruchen will, hat sich die Ermächtigung dazu in einer besondern Urkunde vom Verpfänder geben zu lassen.*
- (2) *Die Bank darf das Faustpfand für keinen höhern Betrag weiter verpfänden oder in Report geben, als sie selbst von ihrem Pfandschuldner zu fordern berechtigt ist. Sie hat dafür zu sorgen, dass auch sonst keine Rechte Dritter für einen höhern Betrag an dem Faustpfand begründet werden.*

Uit het hierboven weergegeven artikel 17 BankG volgden twee aanvullende voorwaarden voor herverpanding door banken. In de eerste plaats gold een aanvullend formeel vereiste (lid 1). De toestemming van de pandgever voor herverpanding – de op grond van artikel 887 ZGB vereiste machtiging – moest in een bijzonder schriftelijk stuk ("*in einer besondern Urkunde*") zijn vastgelegd. Een enkele toekenning van de herverpandingsbevoegdheid in de pandovereenkomst of de algemene voorwaarden van de bank volstond niet.³⁰⁰ De ratio van dit vereiste is dat wordt gewaarborgd dat de pandgever zich bewust is van de reikwijdte van verlening van de herverpandingsbevoegdheid, namelijk dat het pandobject

²⁹⁸ Wiegand 1998, p. 125; en Bösch 2005, p. 376.

²⁹⁹ Artikel 17 Bankgesetz was van overeenkomstige toepassing verklaard op effectenhandelaren in artikel 11a *Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel* van 24 maart 1995 (SR 954.1) (*Börsengesetz*, hierna: "BEHG"). Artikel 11a BEHG was op 1 januari 2009 in werking getreden op grond van de *Finanzmarktaufsichtsgesetzes* van 22 juni 2007. Het artikel is vervallen met de inwerkingtreding van de BEG. Zie ook: Zobl/Thurnherr 2010, p. 998.

³⁰⁰ Bösch 2005, p. 379; en Oftinger/Bär 1981, p. 255.

kan worden aangewend als zekerheid voor een onbekend krediet.³⁰¹ In de tweede plaats gold een beperking van de herverpandingsbevoegdheid wat betreft de hoogte van de herpandschuld (lid 2). Een bank mocht het pandobject niet voor een hoger bedrag herverpanden³⁰², dan waarvoor zij zelf een pandrecht had. Met andere woorden: de vordering tot zekerheid waarvan het herpandrecht werd gevestigd, mocht de hoogte van de door het eerste pandrecht geseceerde vordering niet overstijgen. Daarnaast moest de bank ervoor zorg dragen dat geen rechten van derden – zoals retentierechten – voor een hoger bedrag op het pandobject werden gevestigd. De bank moest in haar relaties met derden dergelijke rechten uitsluiten.³⁰³

Artikel 17 BankG is verder uitgewerkt in artikel 33 van de *Verordnung über die Banken und Sparkassen* van 17 mei 1972 (SR 952.02) (*Bankverordnung*, hierna: "BankV").

Artikel 33 BankV luidt:

- (1) *Die zur Weiterverpfändung eines Faustpfandes ermächtigte Bank hat gemäss Artikel 17 Absatz 2 des Gesetzes dafür zu sorgen, dass an den weiterverpfändeten Titeln keine Rechte Dritter, namentlich keine Retentionsrechte, für einen höheren Betrag entstehen, als sie von ihrem Pfandschuldner zu fordern hat. Sie ist verpflichtet, nach vertragsgemässer Bezahlung der Pfandschuld die Pfandtitel dem Verpfänder sofort freizugeben.*
- (2) *Die Ermächtigung zur Verwendung eines Faustpfandes für Reportgeschäfte der Bank muss die Angabe des Zeitpunktes enthalten, auf den die Bank dem Verpfänder für die reportierten Pfandtitel das Eigentum an gleichen Titeln (nicht notwendigerweise mit den gleichen Nummern) wieder zu übertragen hat.*
- (3) *Die gesamte Weiterverpfändung verschiedener Faustpfanddepots ist unzulässig.*
- (4) *Lässt sich eine Bank von ihrem Schuldner für ihre Forderung zusätzlich Wechsel unterzeichnen, so hat sie bei der Verpfändung oder Rediskontierung dieser Wechsel dafür zu sorgen, dass gegenüber ihrem Schuldner keine höheren Forderungen begründet werden, als sie ihm gegenüber selber hat.*

Uit artikel 33 BankV kunnen nog een aantal aanvullende voorwaarden en beperking van het herverpandingsbevoegdheid van banken worden afgeleid. Zo was een bank op grond van lid 1 verplicht om na voldoening van de geseceerde vordering het pand onmiddellijk vrij te geven. De machtiging tot herverpanding

³⁰¹ Bauer 2007, p. 1952; Bösch 2005, p. 375 e.v.; en Wiegand 1998, p. 124.

³⁰² Artikel 17 lid 2 *Bankgesetz* strekte zich ook uit tot het aanwenden van het pandobject voor zogeheten "*Hingabe in Report*", i.e. verkoop van het pandobject door de bank (pandhouder) met een gelijktijdige wederinkoop op termijn. Zie: Oftinger/Bär 1981, p. 256; en Zobl/Thurnherr 2010, p. 1000.

³⁰³ Oftinger/Bär 1981, p. 255.

diende op grond van lid 2 het moment te vermelden waarop de bank aan de pandgever de eigendom van de in verpande effecten moest teruggeven. Daarbij werd uitdrukkelijk aangegeven dat de bank aan de pandgever niet noodzakelijkerwijs effecten met dezelfde nummers behoefte terug te geven³⁰⁴ Voorts was het een bank op grond van lid 3 niet toegestaan om verschillende vuistpanddepots – i.e. posten van door verschillende cliënten in vuistpand gegeven effecten – gezamenlijk te herverpanden.

3.3.3.2 Artikel 22 en 23 Bucheffektengesetz

Met de inwerkingtreding van de *Bundesgesetz über Bucheffekten* van 3 oktober 2008 (SR 957.1) (*Bucheffektengesetz*, hierna: "BEG") op 1 januari 2010 is de regeling van artikel 17 BankG en artikel 33 BankV komen te vervallen. Thans is in artikel 22 en 23 BEG een bijzondere regeling voor herverpanding door banken opgenomen.

Artikel 22 BEG (Nutzungsrecht) luidt:

- (1) *Die Kontoinhaberinnen und Kontoinhaber können der Verwahrungsstelle das Recht einräumen, über ihre Bucheffekten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu verfügen, namentlich die Bucheffekten als Sicherheit weiter zu verwenden.*
- (2) *Ist die Kontoinhaberin oder der Kontoinhaber keine qualifizierte Anlegerin oder kein qualifizierter Anleger, so ist die Ermächtigung schriftlich zu erteilen. Die Ermächtigung darf nicht in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein.*

Artikel 23 BEG (Rückerstattung von Sicherheiten) luidt:

- (1) *Hat die Kontoinhaberin oder der Kontoinhaber der Verwahrungsstelle Bucheffekten als Sicherheit übertragen und nutzt die Verwahrungsstelle diese Bucheffekten ihrerseits als Sicherheit, so muss die Verwahrungsstelle der Kontoinhaberin oder dem Kontoinhaber spätestens bei Fälligkeit der gesicherten Forderung Bucheffekten derselben Zahl und Gattung rückerstatten.*
- (2) *Diese Bucheffekten unterliegen demselben Sicherungsrecht wie das ursprüngliche Sicherungsrecht und werden so behandelt, als wären sie zum selben Zeitpunkt wie das ursprüngliche Sicherungsrecht bestellt worden. Bundesgesetz*
- (3) *Soweit im Sicherungsvertrag mit der Kontoinhaberin oder dem Kontoinhaber vorgesehen, kann die Verwahrungsstelle die Bucheffekten, statt sie zurückzuerstatten, nach Artikel 31 verwerten.*

Voordat ik inga op de nadere voorwaarden voor herverpanding onder artikel 22 en 23 BEG, merk ik op dat reikwijdte van deze bepalingen beperkt is. Anders dan

³⁰⁴ Vergelijk de bevoegdheid van nummervwisseling in de Nederlandse bancaire praktijk onder oud recht. Zie: paragraaf 2.2.

artikel 17 BankG³⁰⁵, hebben artikel 22 en 23 BEG alleen betrekking op gedematerialiseerde effecten (*Bucheffekten*) in de zin van artikel 3 BEG. Het gaat daarbij om verwisselbare³⁰⁶ vorderings- en deelnemersrechten ten opzichte van een uitgevende instelling, die op een effectenrekening bij een bewaarinstelling (zoals een bank³⁰⁷ of een effectenhandelaar³⁰⁸) zijn geboekt en waarover de rekeninghouder in overeenstemming met de bepalingen van de BEG kan beschikken.³⁰⁹ Artikel 22 en 23 BEG bevatten, zoals gezegd, nadere bepalingen betreffende het gebruik van effecten door bewaringsinstellingen, zoals banken en effectenhandelaren. De regeling ziet niet alleen op herverpanding; maar ook op bijvoorbeeld *securities lending en borrowing* (*Wertpapierleihe*).³¹⁰

Op grond van artikel 22 lid 1 BEG kunnen rekeninghouders³¹¹ aan een bewaringsinstelling – ik spreek hierna steeds van een bank³¹² – de bevoegdheid verlenen om in eigen naam en voor eigen rekening over hun effecten te beschikken. Dit gebruiksrecht ziet hoofdzakelijk op het opnieuw aanwenden van de effecten als zekerheid. Hieronder wordt niet alleen herverpanding (*Weiterverpfändung*), maar ook fiduciaire eigendomsoverdracht en cessie (*Sicherungsübereignung en Sicherungszession*), maar ook *securities lending en borrowing* (*Wertpapierleihe*) gerekend.³¹³ Is de rekeninghouder geen gekwalificeerd belegger³¹⁴ – bijvoorbeeld een consument – dan moet deze bevoegdheid schriftelijk worden verleend en

³⁰⁵ Artikel 17 *Bankgesetz* zag in beginsel op alle verpandbare goederen. In de praktijk had herverpanding door banken hoofdzakelijk betrekking op effecten (*Titeln*). Vergelijk: Artikel 33 *Bankverordnung*.

³⁰⁶ De aanduiding verwisselbaar (*vertretbar*) houdt in dat de vorderings- en deelnemersrechten fungibel zijn, in de zin dat de rechten ten behoeve van de handel zijn gestandaardiseerd. Zie ook: Hess/Friedrich 2008, p. 105. Vergelijk de definitie van effecten in de BEHG: "*vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) und Derivate*". Zie: art. 2 (a) BEHG.

³⁰⁷ Zie: art. 4 lid 2 (a) BEG.

³⁰⁸ Zie: art. 4 lid 2 (b) BEG.

³⁰⁹ Artikel 3 *Bucheffektengesetz* luidt: "*Bucheffekten im Sinne dieses Gesetzes sind vertretbare Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber dem Emittenten: (a.) die einem Effektenkonto gutgeschrieben sind; und (b.) über welche die Kontoinhaberinnen und Kontoinhaber nach den Vorschriften dieses Gesetzes verfügen können.*" Zie tevens: Zobl/Thurnherr 2010, p. 997; en Hess/Friedrich 2008, p. 103.

³¹⁰ Zie ook: Hess/Friedrich 2008, p. 117.

³¹¹ In artikel 5 (b) BEG is het begrip "*Kontoinhaberin oder Kontoinhaber*" gedefinieerd als: "*eine Person oder Personengesamtheit, auf deren Namen eine Verwahrungsstelle ein Effektenkonto führt*". Vergelijk het begrip 'deelgenoot' in de Nederlandse Wge.

³¹² Met 'bank' doel ik hierna ook andere bewaringsinstellingen (Verwahrungsstelle) in de zin van artikel 4 BEG.

³¹³ Zobl/Thurnherr 2010, p. 998.

³¹⁴ Zie artikel 5 (c) BEG.

mag het gebruiksrecht niet in de algemene voorwaarden van de bank worden bedongen (lid 2).³¹⁵

Artikel 23 lid 2 BEG lijkt in veel opzichten op artikel 5 van de Richtlijn nr. 2002/47/EG van 6 juni 2002 betreffende de financiëlezekerheidsovereenkomsten ("Collateral Richtlijn").³¹⁶ Gebruikt een bank de door een rekeninghouder in zekerheid gegeven effecten op haar beurt als zekerheid, dan moet de bank op grond van artikel 23 lid 1 BEG uiterlijk op het moment van aflossing van de gese-
cureerde vordering gelijksoortige effecten (dat wil zeggen: effecten in een zelfde aantal en van eenzelfde soort) aan de rekeninghouder restitueren. Deze restitutie strekt ter compensatie van het eigendomsverlies voor de rekeninghouder. Door uitoefening van het gebruiksrecht door de bank verliest de rekeninghouder (i.e. de zekerheidgever) de eigendom van de effecten. De rekeninghouder rest dan uitsluitend nog een verbintenisrechtelijke vordering op de bank tot overdracht van soortgelijke effecten (*Rückübereignungsanspruch*).³¹⁷ In lid 2 is bepaald dat deze gelijksoortige effecten worden geacht door hetzelfde zekerheidsrecht te zijn bezwaard als de oorspronkelijke effecten. De effecten worden derhalve behandeld alsof ze op hetzelfde moment als het oorspronkelijke zekerheidsrecht zijn bezwaard. Zobl & Thurnherr voegen hieraan toe dat de bank – overeenkomstig artikel 5 lid 2 Collateral Richtlijn – in plaats van bij aflossing gelijksoortige effecten aan de rekeninghouder te retourneren, de effecten ook kan toe-eigenen of verkopen en de waarde respectievelijk de verkoopprijs van de effecten met zijn vordering op de rekeninghouder (i.e. de gese-
cureerde vordering) kan verrekenen, voor zover hierin in de overeenkomst tussen partijen is voorzien.³¹⁸

3.4 Parlementaire Geschiedenis Nieuw Burgerlijk Wetboek

Na de bespreking van herverpanding naar Zwitsers recht vervolg ik mijn bespreking met de parlementaire geschiedenis van artikel 3.9.2.4 Ontwerp Nieuw BW, zoals dit uiteindelijk heeft geleid tot het huidige artikel 3:242 BW.

³¹⁵ Zobl/Thurnherr 2010, p. 998-999. Zie ook: Hess/Friedrich 2008, p. 117-118. Is de rekeninghouder wel een gekwalificeerde belegger dan geldt het formele vereiste van schriftelijke toestemming niet. De toestemming – die evengoed bij gekwalificeerde beleggers is vereist – kan dan vormvrij worden verleend. Vergelijk het ontbreken van enig vormvereiste in artikel 887 ZGB.

³¹⁶ Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende de financiëlezekerheidsovereenkomst (*Collateral Richtlijn*), *PbEG* L168/43. De Collateral Richtlijn is in 2009 gewijzigd door de Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG en Richtlijn 2002/47/EG, *PbEG* L146/37 (hierna ook wel aangeduid als de "Wijzigingsrichtlijn"). Zie hierover: paragraaf 7.6.

³¹⁷ Zobl/Thurnherr 2010, p. 998.

³¹⁸ Zobl/Thurnherr 2010, p. 998.

In de parlementaire behandeling van het Ontwerp Nieuw BW heeft ook de Minister weinig aandacht besteed aan de fundamentele vragen rond herverpanding. De toelichting op artikel 3.9.2.4 is ook tamelijk kort. De parlementaire behandeling spitst zich voornamelijk toe op de wijze waarop de bevoegdheid tot herverpanding kan worden verleend. Bij wijziging van het Wetsontwerp Boek 3 BW werd het voorgestelde artikel 3.9.2.4 gewijzigd.³¹⁹ Daarbij werd het vereiste van "*bij uitdrukkelijk beding*" vervangen door "*ondubbelzinnig*" en werd de negatieve formulering ("*niet, tenzij*") benadrukt. De definitieve tekst van de bepaling werd aldus:

*"Artikel 3.9.2.4: Een pandhouder is niet bevoegd het goed dat hij in pand heeft, te herverpanden, tenzij deze bevoegdheid hem ondubbelzinnig is toegekend."*³²⁰

In de Memorie van Antwoord gaf de Minister aan dat deze wijziging enkel ten doel had al te formalistische verwerpen af te snijden:

"Artikel 3.9.2.4. De vervanging van "uitdrukkelijk" door "ondubbelzinnig" in de slotzinsnede van het artikel heeft enkel tot doel al te formalistische verwerpen af te snijden. Voldoende grondslag voor de bevoegdheid tot herverpanden is een beding waarin weliswaar de herverpanding niet met zoveel woorden genoemd wordt, doch waarvan niet twijfelachtig is dat deszelfs strekking is haar toe te staan. Bij deze gelegenheid is tevens om taalkundige redenen "...wanneer niet..." vervangen door: tenzij.

*Voor een goed begrip van wat een beding tot herverpanding inhoudt, merkt de ondergetekende nog op, dat het de pandhouder de bevoegdheid geeft op eigen naam op het aan de pandgever toebehorende goed een nieuw pandrecht te vestigen. Dit komt in rang boven zijn eigen pandrecht, omdat hij door deze vestiging geacht kan worden jegens de herpandnemer afstand van zijn rang te hebben gedaan. Door de herverpanding gaat, zoals in de toelichting is uiteengezet, de eigendom of het recht van de pandgever op het verpande goed niet verloren. Vond de herverpanding onbevoegd plaats en vindt de herpandnemer bescherming in artikel 3.9.2.2A³²¹, dan kan hij binnen de grenzen daarvan slechts de verkrijging van een pandrecht tegen de eigenaar gebleven oorspronkelijke pandgever inroepen."*³²²

Het beding waarmee aan de pandhouder de bevoegdheid tot herverpanding werd verleend, behoefde niet met zoveel woorden van herverpanding te spreken, zo-

³¹⁹ Zie: art. 3.9.2.4 van het Gewijzigd Ontwerp van Wet (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, nr. 8, p. 43.

³²⁰ Zie: Nader Gewijzigd Ontwerp van Wet (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1976/77*, 3770, nr. 13.

³²¹ Art. 3.9.2.2a van het Gewijzigd Ontwerp NBW – thans artikel 3:238 BW – houdt een regeling in van bescherming tegen een beschikkingsonbevoegde vuistpandgever.

³²² Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht), p. 766-767.

lang maar duidelijk was dat herverpanding op grond van het beding was toegestaan. Voorts gaf de Minister een korte toelichting op enkele rechtsgevolgen van herverpanding.

In de eerste plaats benadrukte de Minister dat een herverpandingsbeding de pandhouder de bevoegdheid geeft op eigen naam een nieuw pandrecht op het aan de pandgever toebehorende goed te vestigen. Herverpanding mag aldus niet worden opgevat als een vorm van vertegenwoordiging, in de zin dat de pandhouder in naam van de pandgever een nieuw pandrecht vestigt op het goed van de pandgever. In de tweede plaats, bevestigde de Minister dat een rangwisseling plaatsvindt, waarbij – in afwijking van het beginsel van "*prior tempore, potior iure*" – het later gevestigde herpandrecht in rang voorgaat op het eerder gevestigde, oorspronkelijke pandrecht. Deze rangwisseling moest, aldus de Minister, worden begrepen als het doen van afstand door de pandhouder/herpandgever van zijn rang als eerste pandhouder ten behoeve van de herpandnemer. In de derde plaats, herhaalde de Minister de opmerking in de Toelichting Meijers dat de pandgever door herverpanding *an sich* niet de eigendom van het (her) verpande goed verloor. Herverpanding leidde op zichzelf dus niet tot een overgang van eigendom.³²³ Ten slotte merkte de Minister op dat, indien de herpandnemer bij een onbevoegde herverpanding wordt beschermd op grond van artikel 3.9.2.2a (het huidige artikel 3:238 BW), hij binnen de grenzen van dat artikel slechts de verkrijging van een pandrecht tegen de oorspronkelijk pandgever/eigenaar kan invoeren. De Minister lijkt hier terecht – doch enigszins cryptisch – te verwoorden dat indien een pandhouder zonder toestemming van de pandgever tot herverpanding overgaat, hij onbevoegdlijk over het pand beschikt en de tweede pandhouder mogelijk wordt beschermd door artikel 3.9.2.2a. In een dergelijk geval kan de 'herpandnemer'³²⁴ binnen de grenzen van artikel 3.9.2.2a (artikel 3:238 BW) slechts verkrijging van een pandrecht – en dus niet een *herpandrecht* – tegen de eigenaar kan invoeren.³²⁵

Na de bovengenoemde wijziging bleef het voorgestelde artikel 3.9.2.4 ongewijzigd. Het artikel werd uiteindelijk opgenomen in artikel 3:242 BW. In de parlementaire behandeling kwam de voorgestelde wetsbepaling niet meer aan de orde, afgezien van één korte opmerking van de Minister in het kader van de aanvulling van de Overgangswet Nieuw BW. Op een vraag van de vaste Kamercommissie

³²³ Zoals eerder opgemerkt, neemt dit niet weg dat de eigendom voor de eerste pandgever verloren kon gaan door oneigenlijke vermenging oftewel door het verlies van individualiseerbaarheid van het pandobject.

³²⁴ 'Herpandnemer' schrijf ik met opzet tussen aanhalingstekens, omdat bij de bescherming van de tweede pandnemer tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de pandhouder/tweede pandgever op grond van artikel 3.238 BW een gewoon pandrecht – en geen herpandrecht – tot stand komt.

³²⁵ Zie: paragraaf 6.3.1.

voor Justitie over artikel 108 Overgangswet Nieuw BW, dat zag op werking van artikel 3:244 BW (pandrecht voor rente), benadrukte de Minister nogmaals dat de voorgestelde wetsbepaling de pandhouder geen herverpandingsbevoegdheid toekent. Een dergelijke bevoegdheid zal door de pandgever – niet uitdrukkelijk, doch ondubbelzinnig – aan de pandhouder moeten worden verleend.

"Terecht merkt de Commissie op dat onder huidig recht partijen bij verpanding een beding omtrent het verhaal van rente achterwege kunnen laten, omdat de wet daarin nu eenmaal voorziet. Zij vraagt of om soortgelijke reden onder het huidige recht niet ook soms een uitdrukkelijk beding inzake de bevoegdheid van de pandhouder tot herverpanding achterwege blijft, voor welk geval dan eveneens een overgangsbepaling op haar plaats zal zijn. Ik meen dat daartoe geen aanleiding bestaat: de huidige wet verleent de pandhouder zo'n bevoegdheid niet, en ook uit de literatuur blijkt niet dat de pandhouder de bevoegdheid zonder beding toekomt (zie Asser-Mijnssen, Zakenrecht III, nr. 129). Integendeel, veeleer wordt de toelaatbaarheid van het beding zelf betwist (vgl. Mon. Nieuw BW B-12a (Molenaar)). In de praktijk kwam herverpanding vooral bij effecten voor; zij berust dan op de Algemene Bankvoorwaarden die de contractuele verhouding tussen de bank als pandhouder en de cliënt als pandgever beheersen; intussen is ten gevolge van de regeling van de effectengiro in de Wet giraal effectenverkeer het belang van de herverpanding sterk teruggelopen. Nu de huidige wetgeving in elk geval herverpanding niet zonder meer toelaat, is er derhalve m.i. een duidelijk verschil met de kwestie van het renteverhaal."³²⁶

In de hierboven weergegeven toelichting valt de opmerking van de Minister over het sterk teruggelopen praktische belang van herverpanding van effecten op. Kennelijk ging de Minister ervan uit dat de voorheen zo gebruikelijke herverpanding van effecten onder het systeem van de Wet giraal effectenverkeer (hierna: "Wge") niet langer, althans niet in dezelfde mate, zou voorkomen. Het gaat wat ver om in dit kader de verpanding van effecten onder de Wge uitvoerig te bespreken.³²⁷ Desalniettemin wil ik hier de volgende kanttekeningen plaatsen.

In de eerste plaats moet worden bedacht dat de voorgestelde regeling van herverpanding in artikel 3.9.2.4 Ontwerp Nieuw BW niet uitsluitend betrekking heeft op effecten. Zoals eerder opgemerkt, is de reikwijdte van de herverpandingsregeling in het Ontwerp Nieuw BW uitgebreid naar alle voor verpanding vatbare goederen. Met zijn opmerking dat het belang van herverpanding als gevolg van de giralisering van effecten onder de Wge sterk is teruggelopen, lijkt de Minister daaraan voorbij te gaan. Bovendien zou men zich – indien men gelijk de Minister aanneemt dat het belang van herverpanding als gevolg sterk is teruggelopen – kunnen afvragen of in dat geval nog wel een belang bestaat bij invoering van het

³²⁶ Memorie van Antwoord, *Kamerstukken II* 18 998, nr. 5, p. 25.

³²⁷ Voor een uiteenzetting van verpanding onder de Wge, verwijst ik naar onder meer: Schim 2006, p. 178-183; en Asser/Van Mierlo 2010, nr. 198.

voorgestelde artikel 3.9.2.4 Ontwerp BW. De maatschappelijke behoefte waarin de wettelijke regeling van herverpanding kennelijk beoogt te voorzien, zou dan immers niet langer bestaan, althans sterk zijn afgenomen.³²⁸

In de tweede plaats dient te worden bedacht dat, hoewel herverpanding van effecten onder de Wge niet langer in de zelfde vorm als voorheen kon plaatsvinden, de mogelijkheid van herverpanding ook onder de Wge niet ondenkbeeldig is.³²⁹ Kort gezegd, brengt de Wge met zich dat toondereffecten in beginsel zijn gegiraliseerd en zijn opgenomen in een verzameldepot en een girodepot.³³⁰ De belegger is derhalve niet langer rechthebbende ten aanzien van één of meer specifieke effecten, maar deelgenoot in een verzameldepot. Verpanding van dergelijke effecten vindt niet langer plaats door machtsverschaffing – dat wil zeggen: overhandiging van de betreffende effecten aan de pandhouder (art. 1198 lid 1 Oud BW) – maar door vestiging van een pandrecht op een aandeel van een belegger in een verzameldepot. Een dergelijke verpanding ten behoeve van een derde vindt plaats door bijschrijving ten name van de pandhouder in de administratie van de instelling (art. 20 Wge). Indien een pandrecht ten behoeve van een aangesloten instelling wordt gevestigd, geschiedt dat door enkele overeenkomst (artikel 21 Wge).³³¹ Het is niet uitgesloten dat de aangesloten instelling³³² zich in deze overeenkomst – of in de toepasselijke algemene voorwaarden – het recht voorbehoudt dit aandeel van de belegger in het verzameldepot te herverpanden. De Wge voorziet weliswaar niet, althans niet uitdrukkelijk, in de mogelijkheid van herverpanding van het aan de aangesloten instelling verpande aandeel van de cliënt

³²⁸ Wellicht dat een onverminderd maatschappelijke belang bij invoering van een wettelijke regeling van herverpanding in het Nieuw BW kan worden afgeleid uit het feit dat de algemene voorwaarden van veel banken en effecteninstellingen nog steeds een herverpandingsbeding bevatten, al maakt een dergelijk beding niet langer deel uit van de Algemene Bankvoorwaarden. Zie: paragraaf 4.2.1.4.

³²⁹ Door verschillende schrijvers wordt echter aangenomen dat herverpanding onder de Wge niet mogelijk is. Zie: Stein (Vermogensrecht), aantekening 5; en Asser/Mijnssen/Van Velten 1986, p. 110.

³³⁰ Een verzameldepot wordt door een aangesloten instelling voor iedere soort effecten aangehouden en bevat onder meer alle effecten van die soort die onder de instelling berusten, het ten name van de instelling staande aandeel in het verzameldepot van de betreffende soort effecten bij een andere instelling en het ten name van de instelling staande aandeel in het girodepot van effecten van de betreffende soort. Zie: art. 9-15 Wge. Een girodepot wordt voor iedere soort effecten afzonderlijk aangehouden door het centrale instituut (i.e. Necigef / Euroclear) en bestaat – kort weergegeven – uit de effecten van een bepaalde soort die door aangesloten instellingen bij het centraal instituut in bewaring zijn gegeven. Zie: art. 34-39 Wge.

³³¹ Zie tevens: Asser/Van Mierlo 2010, p. 201.

³³² Ik beperk mij – in aansluiting op de praktijk van herbelening en herprolongatie van effecten – hierbij tot eventuele herverpanding door de aangesloten instelling (de 'bank'). Op voorhand is echter niet uitgesloten dat ook een derde tot herverpanding van een krachtens artikel 20 Wge verpand aandeel in een verzameldepot zou kunnen overgaan. In dat geval zou – op basis van de hoofdregel – de herverpandingsbevoegdheid in een afzonderlijke overeenkomst "ondubbelzinnig" moeten worden bedongen.

in het verzameldepot, maar op voorhand kan die mogelijkheid niet worden uitgesloten.³³³

3.5 Bespreking van het Ontwerp Nieuw BW in de literatuur

In de literatuur is het voorstelde artikel 3.9.2.4 in het algemeen met instemming ontvangen. Zo merkte Bast op dat artikel 3.9.2.4 een nieuwe wetsbepaling betrof, dat de bestaande twistvraag over de toelaatbaarheid van herverpanding oploste. Herverpanding was op grond van deze bepaling geldig, indien de bevoegdheid daartoe uitdrukkelijk was bedongen. Dit was – aldus ook Bast – in overeenstemming met de heersende leer.³³⁴ Ook Dekhuijzen zag in het voorgestelde artikel weinig nieuws. Hij vatte artikel 3.9.2.4 op als een bestendiging van bestaande wetgeving, i.e. artikel 6 Beurswet 1914.³³⁵ Zowel Bast als Dekhuijzen gingen aan de aanzienlijke uitbreiding van de reikwijdte van regeling ten opzichte van de herverpanding van effecten onder artikel 6 Beurswet 1914 voorbij.

Van Oven concludeerde eveneens dat het Nieuw BW de bevoegdheid tot herverpanding, mits uitdrukkelijk bedongen, erkende. Met het oog op de problematiek uit het *Maas en Waasche Bank*-arrest, stelde hij vast dat het Nieuw BW zaaksvervanging bij pand uitdrukkelijk toelaat (artikel 3.9.1.3 Ontwerp Nieuw BW, het huidige artikel 3:229 BW), maar dat deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op vorderingen tot schadevergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden. De bepaling ziet dus niet op zaaksvervanging door andere zaken, die in de plaats van het verbonden goed zouden kunnen treden, zoals het geval was in voornoemd arrest. Naar de mening van Van Oven zou alle onzekerheid over de problematiek ter zijde gesteld kunnen worden door een uitdrukkelijk aan dit probleem van herverpanding gewijde bepaling.³³⁶ Met het oog op dezelfde problematiek van nummerverwisseling en verlies van eigendom, pleitte ook eerder Gerbrandy in zijn bespreking van het *Maas en Waalsche Bank*-arrest voor de invoering van een tweede lid van artikel 3.9.2.4 Ontwerp Nieuw BW. Gerbrandy stelde daartoe de volgende tekst voor:

“Geeft de schuldeiser van de pandhouder die herverpand heeft, ingevolge hem door deze laatste verleende bevoegdheid, aan hem in plaats van het herverpande goed een ander gelijksoortig goed terug, dan is de oorspronkelijke pandgever van

³³³ Wel voorziet de Wge in de mogelijkheid dat een aangesloten instelling een pandrecht vestigt op haar aandeel in het girodepot, waarvoor bijschrijving ten name van die andere instelling vereist is in de administratie van het centrale instituut (artikel 42 Wge). In dat geval is, strikt genomen, echter geen sprake van herverpanding. Zie: Asser/Van Mierlo 2010, p. 201; Schim 2006, p. 176 e.v.

³³⁴ Bast 1956, p. 230. Zie in gelijke zin: Molenaar 1985, p. 45.

³³⁵ Dekhuijzen 1965, p. 98.

³³⁶ Asser/Van Oven 1967, p. 86-87.

*rechtswege daarvan eigenaar, tenzij de pandhouder bevoegdelyk een ander gelijksoortig goed daarvoor in de plaats stelt.*³³⁷

Deze toevoeging moest niet alleen de mogelijkheid tot herverpanding en nummervisseling open houden, maar ook voorkomen dat de pandgever zonder noodzaak zijn eigendom kwijt raakte. Deze toevoeging verloor echter zijn waarde door invoering van het girale effectensysteem onder de Wge. Omdat een aandeelhouder onder dat systeem niet langer rechthebbende was ten aanzien van specifieke, genummerde stukken, maar een aandeel in een verzameldepot verkreeg, deden problemen van eigendomsverlies door geen of onvoldoende nummervantwoordening – zoals in *Teixeira de Mattos* – zich niet langer voor. In dit verband kan ook worden gewezen naar de eerder in de literatuur voorgestelde bepalingen, zoals weergegeven in paragraaf 2.2.2. Deze in de literatuur aangedragen suggesties zijn door de wetgever echter niet overgenomen.

3.6 Invoering Nieuw BW

Artikel 3.9.2.4 van het Ontwerp Nieuw BW is in zijn gewijzigde vorm uiteindelijk in 1980 vastgesteld³³⁸ en nadien hernummerd tot artikel 3:242 van het Nieuw BW.³³⁹ Artikel 3:242 BW luidt:

"Een pandhouder is niet bevoegd het goed dat hij in pand heeft, te herverpanden, tenzij deze bevoegdheid hem ondubbelzinnig is toegekend."

Met de invoering van Boeken 3, 5 en 6 BW op 1 januari 1992 trad artikel 3:242 BW in werking.

³³⁷ Gerbrandy 1956, p. 337.

³³⁸ Wet van 9 mei 1980 houdende vaststelling van Boek 3 van het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Staatsblad* 1980, 430. Voor artikel 3.9.2.4 zie: p. 23.

³³⁹ Beschikking van de Minister van Justitie van 22 november 1991, *Staatsblad* 1991, 600, p. 44.

4 HERVERPANDING ONDER ARTIKEL 3:242 BW

4.1 Inleiding

Herverpanding in de zin van artikel 3:242 BW houdt in dat een pandhouder het goed dat hij in pand heeft, op zijn beurt in pand geeft aan een derde. Bij herverpanding zijn steeds drie partijen betrokken, namelijk: (A) de pandgever, die in de regel eigenaar of rechthebbende van het pandobject is (hierna: de *pandgever*), (B) de pandhouder die – daartoe gemachtigd door de pandgever – een herpandrecht vestigt op het pandobject (hierna: de *pandhouder/herpandgever*), en (C) de derde aan wie het goed wordt herverpand (hierna: de *herpandhouder*). Als gevolg van een geldige herverpanding komen twee pandrechten op het pandobject te rusten, namelijk: het pandrecht van de pandhouder/herpandgever (hierna: het *oorspronkelijke pandrecht*) en het pandrecht van de herpandhouder (het *herpandrecht*).

Zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde kwam, is zowel de tekst van artikel 3:242 BW als de parlementaire toelichting daarop uiterst summier.³⁴⁰ Hieruit kan men eigenlijk niet veel meer opmaken dan dat een pandhouder in beginsel onbevoegd is het goed dat hij in pand heeft te herverpanden. Hij kan het pandobject slechts herverpanden – aldus de parlementaire toelichting: in eigen naam een nieuw pandrecht vestigen op het aan de pandgever toebehorend goed – indien hem de bevoegdheid daartoe "ondubbelzinnig" is toegekend. Ook over de gevolgen van herverpanding wordt in de wet en de parlementaire toelichting weinig duidelijkheid gegeven. Uit de parlementaire toelichting op artikel 3:242 BW blijkt dat door herverpanding de eigendom of gerechtigdheid van de pandgever niet verloren gaat, het oorspronkelijke pandrecht in stand blijft en een rangwisseling plaatsvindt tussen de pandhouder/herpandgever en de herpandhouder.³⁴¹ De wettekst en toelichting laten echter een groot aantal vragen onbeantwoord. Zo blijft onder meer onduidelijk welke eisen moeten worden gesteld aan de in de wet genoemde "ondubbelzinnige" toekenning van de herverpandingsbevoegdheid; op welk moment deze bevoegdheid moet worden verleend; of herverpanding bij voorbaat mogelijk is; en in hoeverre de strekking en vestigingswijze van het herpandrecht wordt bepaald door het oorspronkelijke pandrecht.

In dit hoofdstuk, waarin de kenmerken van herverpanding onder artikel 3:242 BW centraal staan, ga ik op deze vragen en onduidelijkheden in. Het hoofdstuk is

³⁴⁰ De parlementaire geschiedenis van artikel 3:242 BW is besproken in Hoofdstuk 3.

³⁴¹ Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766-767.

gezien zijn opzet voornamelijk beschrijvend van aard. Het vormt een opmaat voor de bespreking van de plaats van herverpanding in het systeem van het Nederlands goederenrecht in hoofdstuk 8. In de hiernavolgende paragrafen bespreek ik de kenmerken van herverpanding in de thematische volgorde van totstandkoming, rechtsgevolgen en einde van het herpandrecht.

4.2 Totstandkoming

Een herpandrecht in de zin van artikel 3:242 BW komt tot stand doordat een pandhouder aan wie de bevoegdheid tot herverpanding is verleend, in eigen naam een nieuw pandrecht vestigt op het pandobject. Bij de totstandkoming van een herpandrecht kunnen vier elementen worden onderscheiden, namelijk: (i) de (verlening van de) herverpandingsbevoegdheid, (ii) het (her)pandobject, (iii) de gecureerde vordering en (iv) de wijze van vestiging van het herpandrecht. Deze vier elementen komen hierna aan de orde.

4.2.1 Bevoegdheid tot herverpanding

Artikel 3:242 BW vormt een bevestiging van de hoofdregel dat een pandhouder onbevoegd is het pandobject te (her)verpanden.³⁴² Dit is in lijn met de systematiek van het Nederlands goederenrecht, waarin een pandhouder als beperkt (zekerheids)gerechtigde het goed dat hij in pand heeft, niet voor eigen doeleinden mag gebruiken en/of hierover – buiten het geval van executie – mag beschikken.³⁴³ Juist omdat een pandhouder in beginsel onbevoegd is om over het pandobject te beschikken, moet de herverpandingsbevoegdheid hem specifiek door de pandgever worden toegekend.³⁴⁴ Zonder daartoe strekkende toestemming van de pandgever (eigenaar c.q. rechthebbende van het pandobject)³⁴⁵ is herverpanding niet mogelijk.³⁴⁶

³⁴² Zie ook uitdrukkelijk: Toelichting Meijers 1954, p. 277.

³⁴³ Over de verhouding tussen herverpanding en pandrecht als beperkt zekerheidsrecht kom ik uitgebreider te spreken in paragraaf 8.4.

³⁴⁴ Zie tevens: Stein (*Vermogensrecht*), aant. 3 bij art. 3:242 BW; en Breken 2002, p. 369. Breken onderscheidt overigens een tweeledige basis van de herverpandingsbevoegdheid, namelijk (i) de wettelijke basis in artikel 3:242 BW en (ii) de ondubbelzinnige toekenning. Zie in gelijke zin: Visser 2004, p. 199. Over de dogmatische onderbouwing van de herverpandingsbevoegdheid en haar plaats in het goederenrechtelijk systeem kom ik nader te spreken in paragraaf 8.2.

³⁴⁵ Met "oorspronkelijk pandgever" doel ik op de pandgever van het (gewone) oorspronkelijke pandrecht. Voor alle duidelijkheid merk ik op dat de "oorspronkelijk pandgever" zelf géén herpandgever is. De oorspronkelijk pandgever is de eigenaar van c.q. rechthebbende op het pandobject. Waar nodig, spreek ik ter verduidelijking van "oorspronkelijk pandgever (eigenaar/rechthebbende)".

³⁴⁶ Zoals hierna nader zal worden besproken, is onbevoegde herverpanding niet mogelijk. Vestigt een pandhouder – zonder dat hem door de pandgever de herverpandingsbevoegdheid is toegekend – een pandrecht op het hem in pand gegeven goed, dan is geen sprake van herverpanding, maar van een 'gewone' verpanding door een beschikkingsonbevoegde. In gelijke zin kan van bekrachtiging van onbevoegdelijk gevestigd herpandrecht op voet van artikel 3:58 BW

Voordat ik op de wijze van toekenning en de strekking van de herverpandingsbevoegdheid inga, merk ik het volgende op. Ten eerste is het van belang zich te realiseren dat de bevoegdheid tot herverpanding niet voortvloeit uit het pandrecht van de pandhouder. De herverpandingsbevoegdheid maakt immers geen deel uit van de rechten en bevoegdheden die een pandhouder op grond van de wet heeft. De herverpandingsbevoegdheid moet om die reden afzonderlijk aan de pandhouder worden toegekend.³⁴⁷ Ten tweede moet worden opgemerkt dat de herverpandingsbevoegdheid nauw verbonden is aan de hoedanigheid van de herpandgever als pandhouder. Alleen aan een *pandhouder* kan de herverpandingsbevoegdheid worden toegekend.³⁴⁸ In gelijke zin kan alleen een tot herverpanding bevoegde *pandhouder* een hem in pand gegeven goed herverpanden.³⁴⁹ Ten derde is het – vooruitlopend op de bespreking van de goederenrechtelijke kwalificatie van de herverpandingsbevoegdheid in paragraaf 8.2 – van belang op te merken dat de herverpandingsbevoegdheid een contractueel toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid betreft. De pandhouder kan de herverpandingsbevoegdheid – i.e. de bevoegdheid om in eigen naam een pandrecht op het aan de pandgever toebehorende pandobject te vestigen – uitsluitend ontlenen aan de rechtshandeling waarmee de pandgever (eigenaar/rechthebbende) hem deze bevoegdheid ondubbelzinnig heeft toegekend. De herverpandingsbevoegdheid betreft derhalve een buitengewone bevoegdheid, die in het kader van het oorspronkelijke pandrecht door de pandgever contractueel aan de pandhouder kan worden toegekend en die is afgeleid van de algemene beschikkingsbevoegdheid van de pandgever (eigenaar/rechthebbende).

4.2.1.1 Ondubbelzinnige toekenning

Op grond van artikel 3:242 BW moet de herverpandingsbevoegdheid "*ondubbelzinnig*" aan de pandhouder worden verleend. De herverpandingsbevoegdheid mag niet uit gebruik worden afgeleid.³⁵⁰ Zoals uiteengezet in hoofdstuk 3, stond

geen sprake zijn. Door bekrachtiging door de pandgever van de onbevoegdelijke verpanding door de pandhouder komt geen herpandrecht, maar slechts een 'gewoon' (tweede) pandrecht tot stand. Zie tevens paragraaf: 6.3.1.

³⁴⁷ De herverpandingsbevoegdheid betreft een separaat aan de pandhouder toegekende bevoegdheid, die geen deel uitmaakt van diens oorspronkelijke pandrecht. Anders: Van Hees 2001, p. 230. Zie in dit verband tevens: Breken 2002, p. 369-371; en Faber/Vermunt 2010, p. 175. Laatstgenoemden lijken de mening toegedaan dat de bevoegdheid tot herverpanding deel gaat uitmaken van het (te vestigen) oorspronkelijke pandrecht.

³⁴⁸ Met dien verstande dat ook in het kader van een verpanding bij voorbaat de herverpandingsbevoegdheid aan een beoogd pandhouder kan worden toegekend. Zie hierna uitgebreider paragraaf 4.2.4.3. Overigens staat niets eraan in de weg dat een pandgever aan een ander dan de pandhouder de bevoegdheid tot verpanding verleent. In dat geval ontstaat echter geen herpandrecht, doch slechts een 'normaal' tweede pandrecht. Over toekenning van de (beperkte) beschikkingsbevoegdheid, kom ik uitgebreider te spreken in paragraaf 8.2.3.

³⁴⁹ Zie in gelijke zin: Breken 2002, p. 377 en p. 382.

³⁵⁰ Toelichting Meijers 1954, p. 277. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766.

in de oorspronkelijke tekst van het voorgestelde artikel 3.9.2.4 Ontwerp Meijers dat de bevoegdheid "*uitdrukkelijk*" moest worden toegekend.³⁵¹ Blijkens de parlementaire toelichting heeft de wetgever het woord "*uitdrukkelijk*" vervangen door het woord "*ondubbelzinnig*" teneinde al te formalistische verwerpen af te snijden. Voor verlening van de herverpandingsbevoegdheid is niet vereist dat een beding met zoveel woorden van herverpanding spreekt. Voldoende is een beding waarvan duidelijk is dat het ertoe strekt herverpanding toe te staan.³⁵² In de literatuur wordt aangenomen dat uit het vorenstaande volgt dat toestemming van de oorspronkelijke pandgever weliswaar is vereist, maar niet met zoveel woorden behoeft te worden verleend.³⁵³

De toelichting van de wetgever en de daaraan in de literatuur toegekende betekenis geven niet de gewenste duidelijkheid. Een beding dat niet met zoveel woorden van herverpanding spreekt, maar wel de bevoegdheid daartoe ondubbelzinnig toekent, laat zich immers moeilijk voorstellen. Naar mijn mening moet het erop worden gehouden dat de wetgever met voormelde tekstuele wijziging uitsluitend heeft bepaald dat voor het toekennen van de herverpandingsbevoegdheid geen formele vereisten gelden.³⁵⁴ Een in een akte opgenomen beding is voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid aldus niet vereist. De bewoordingen van artikel 3:242 BW laten ruimte voor de mogelijkheid dat de herverpandingsbevoegdheid niet in de pandakte zelf wordt toegekend, maar door middel van een verwijzing in de pandakte naar de achterliggende kredietovereenkomst of toepasselijke algemene voorwaarden waarin de herverpandingsbevoegdheid is geregeld. In de praktijk vindt toekenning van de herverpandingsbevoegdheid vaak plaats door middel van een beding in de pandakte³⁵⁵, de achterliggende kredietovereenkomst of eventueel van toepassing zijnde algemene voorwaarden^{356,357}. Dit ligt ook voor de hand uit oogpunt van de bewijsbaarheid van de herverpandingsbevoegdheid.³⁵⁸

³⁵¹ Zie: Toelichting Meijers, p. 277. Blijkens de toelichting hield het woord "*uitdrukkelijk*" in dat de bevoegdheid tot herverpanding niet uit het gebruik mag worden afgeleid. Een veronderstelde of impliciet verleende herverpandingsbevoegdheid was – volgens Meijers – niet mogelijk.

³⁵² Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766-767. Zie tevens: paragraaf 3.4.

³⁵³ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 132.

³⁵⁴ Anders: Faber/Vermunt 2010, p. 175; die menen dat het toekennen van de herverpandingsbevoegdheid in ieder geval aan de dezelfde vereisten moet voldoen als de vestiging van het pandrecht zelf. Faber en Vermunt betrekken toekenning van de herverpandingsbevoegdheid echter in de vestiging c.q. wijziging van het oorspronkelijke pandrecht.

³⁵⁵ Een akte is per slot van rekening voor de meeste vormen van pandrecht – met uitzondering van een vuistpand op roerende zaken of op toonder/orderstukken – immers voorgeschreven. Zie: art. 3:236 lid 2; 3:237 en 3:238 BW.

³⁵⁶ Zie in dit verband tevens de in paragraaf 4.2.1.4 weergegeven herverpandingsclausules in de algemene voorwaarden van Nederlandse banken. In dit verband merk ik op dat de Autoriteit Financiële Markten ("AFM") van oordeel is dat het herverpanden door de kredietinstelling van rechten van de cliënt – gezien de daaraan voor de cliënt verbonden risico's – in beginsel niet in

Het ontbreken van formele vereisten neemt echter niet weg dat het op grond van artikel 3:242 BW voor alle betrokken partijen boven elke twijfel verheven moet zijn dat de pandhouder door de pandgever tot herverpanding is gemachtigd.³⁵⁹ De *toekenning* van de herverpandingsbevoegdheid moet dus ondubbelzinnig zijn. In het verlengde hiervan doet de vraag zich voor of het vereiste van ondubbelzinnigheid ook geldt voor de *inhoud en reikwijdte* van de verleende herverpandingsbevoegdheid.

In de literatuur bestaat hierover verschil van mening. Van Hees heeft het standpunt ingenomen dat het vereiste van ondubbelzinnigheid niet alleen ziet op de toekenning van de herverpandingsbevoegdheid, maar ook op de inhoud en strekking ervan.³⁶⁰ Van Hees meent dat gezien de – hierna te bespreken – gevolgen van herverpanding bijzonder gewicht moet worden toegekend aan het vereiste van ondubbelzinnigheid in artikel 3:242 BW. Naar zijn oordeel zou het niet voldoende moeten zijn dat blijkt dat de bevoegdheid tot herverpanding in het algemeen is toegekend. Ook zou duidelijk moeten zijn dat de pandhouder heeft beoogd de bevoegdheid toe te kennen tot herverpanding onder de voorwaarden en omstandigheden van het concrete geval.³⁶¹ De opvatting van Van Hees is bestreden door

overeenstemming is met artikel 6:14 Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft ("Nrgfo"). In artikel 6:14 lid 1 Nrgfo is bepaald dat een beleggingsonderneming met betrekking tot de financiële instrumenten en gelden van cliënten een zodanige regeling dient te treffen dat de rechten van cliënten voldoende zijn beschermd. Herverpanding is – in de ogen van de AFM – slechts met dit vereiste in overeenstemming indien de cliënt voor herverpanding uitdrukkelijk toestemming verleent – in een aparte cliëntenovereenkomst –, de cliënt is gewezen op de risico's en door de beleggingsonderneming voldoende waarborgen zijn getroffen voor de bescherming van de cliënt. De AFM grijpt aldus terug op "uitdrukkelijke" toekenning van de herverpandingsbevoegdheid en wel in een aparte cliëntenovereenkomst. Een herverpandingsbeding in algemene voorwaarden voldoet naar het oordeel van de AFM niet. Daarnaast moet de cliënt/pandgever ook bewust worden gemaakt van de aan herverpanding verbonden risico's. Zie: AFM Inzicht 14 maart 2007, p. 8-9 (beschikbaar via: www.afm.nl). Zie tevens: Rank/Schim 2007, p. 222-223.

³⁵⁷ Zie tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 176.

³⁵⁸ Zie: Breken 2002, p. 372. Kan de pandhouder/herpandgever zijn herverpandingsbevoegdheid niet bewijzen, dan zal de ondubbelzinnige toekenning daarvan niet kunnen worden aangenomen. Breken ziet in dit verband bij betwisting van de bevoegdheid een voor de pandhouder/herpandgever moeilijk te vervullen bewijsopdracht. Voorts wijst Breken op de moeilijkheid bij herpandrecht bij notariële akte, omdat de notaris in het kader daarvan de bevoegdheid tot herverpanding in de regel zal willen controleren.

³⁵⁹ Zie tevens: Koopal 1995, p. 776.

³⁶⁰ Zie in gelijke zin: Visser 2004, p. 201.

³⁶¹ Van Hees 2001, p. 238. Van Hees doelt hierbij onder meer op de grenzen van de herverpandingsbevoegdheid en de omstandigheid van insolventie van de pandhouder/herpandgever (zie hierna paragraaf 6.5.2), de (on)mogelijkheid van meervoudige verpanding door de pandhouder/herpandgever (zie hierna paragraaf 4.2.4.4), en de bevoegdheid van de pandhouder/herpandgever om op zijn beurt de herverpandingsbevoegdheid toe te kennen aan de herpandhouder (zie hierna paragraaf 4.2.4.5). Uit de herverpandingsclausule zou ondubbelzinnig moeten

Breken alsmede door Faber en Vermunt. Breken onderkent de potentieel verstrekkende gevolgen van herverpanding voor de pandgever (i.e. de eigenaar/rechthebbende), maar ziet – anders dan Van Hees – niet in waarom deze gevolgen ertoe zouden moeten leiden dat naast ondubbelzinnige toekenning van de herverpandingsbevoegdheid, ook tevens tal van elementen van de herverpanding³⁶² op voorhand moeten worden vastgelegd.³⁶³ Hij acht het praktisch onwenselijk dat de toekenning van de herverpandingsbevoegdheid welhaast gepaard zou gaan met een specimen van de herverpandingsakte.³⁶⁴ Ook Faber en Vermunt zien geen grond voor het stellen van strenge eisen aan de inhoud of de uitleg van een herverpandingsbeding. Naar hun mening kan niet worden aangenomen dat een herverpandingsbeding, om geldig te zijn, dient te bepalen ten behoeve van wie, tot zekerheid van welke schulden en in welke gevallen de pandhouder/herpandgever tot herverpanding kan overgaan.³⁶⁵

Het moet worden opgemerkt dat zowel Breken als Faber en Vermunt zich primair lijken te richten op de geldigheid van een herverpandingsbeding. Zij menen dat een herverpandingsbeding ook zonder nader gespecificeerd te zijn, geldig kan zijn. Deze gedachte lijkt mij op zichzelf genomen juist. Ik betwijfel echter of met een algemeen ofwel ongeclausuleerd herverpandingsbeding voldoende duidelijk is waartoe de pandhouder/herpandgever bevoegd is. Ik kom hierna op dit punt terug.³⁶⁶ Het door Breken genoemde bezwaar dat het praktisch onwenselijk zou zijn om bij toekenning de herverpandingsbevoegdheid te preciseren – voor zover dit bezwaar in de praktijk überhaupt opgaat³⁶⁷ – weegt mijns inziens niet op tegen het belang van de pandgever/rechthebbende en eventuele derden dat duidelijkheid bestaat over de toegestane reikwijdte en de te verwachten gevolgen van herverpanding. Bovendien doet Breken's opvatting naar mijn mening geen recht aan het goederenrechtelijke uitgangspunt van de beschikkingsonbevoegdheid van de pandhouder, waarop herverpanding een uitzondering vormt.

Naar mijn mening moet aan het vereiste van ondubbelzinnigheid in artikel 3:242 BW bijzonder gewicht worden toegekend; niet alleen gezien de mogelijke, verre-

blijken of de pandgever ook voor deze omstandigheden de bevoegdheid tot herverpanding heeft willen toekennen.

³⁶² Breken spreekt overigens van "elementen van de herpandakte". Zie: Breken 2002, p. 379. Dit lijkt mij een te beperkte formulering, gezien de mogelijkheid van het vestigen van een vuistherpandrecht conform art. 3:236 lid 1 BW.

³⁶³ Breken 2002, p. 278-279.

³⁶⁴ Breken meent dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest dat iedere herverpandingsclausule nog eens uitvoerig getoetst zou worden. Breken 2002, p. 379 (voetnoot 29).

³⁶⁵ Faber/Vermunt 2010, p. 176.

³⁶⁶ Zie: paragraaf 6.2.

³⁶⁷ Een blik op de in de praktijk voorkomende herverpandingsclausules leert immers dat beperkingen en/of preciseringen van de herverpandingsbevoegdheid wel degelijk voorkomen. Zie: paragraaf 4.2.1.4. De stelling dat dergelijke beperkingen en/of preciseringen praktisch onwenselijk zouden zijn, lijkt niet aannemelijk.

gaande consequenties van herverpanding voor de oorspronkelijk pandgever³⁶⁸, maar ook – of beter: juist – gezien het goederenrechtelijke uitgangspunt dat een pandhouder beschikkingsonbevoegd is. Een pandhouder is in beginsel onbevoegd om op welke wijze dan ook het pandobject te gebruiken of hierover – buiten het geval van executie – te beschikken. Dit is slechts anders indien hem daartoe specifiek door de pandgever (eigenaar/rechthebbende) de bevoegdheid is verleend. Het voorgaande brengt mee dat niet alleen boven elke twijfel moet zijn verheven *dat* een bepaalde bevoegdheid is toegekend, maar ook *welke* bevoegdheid de pandhouder is toegekend. Indien niet blijkt dat aan de pandhouder een bepaalde gebruiks- of beschikkingsbevoegdheid is toegekend, geldt als uitgangspunt dat de pandhouder die bevoegdheid niet heeft. In deze zin moet het vereiste van ondubbelzinnigheid in artikel 3:242 BW ook worden geacht betrekking te hebben op de inhoud van de herverpandingsbevoegdheid. Niet alleen de toekenning, maar ook de inhoud en strekking van deze herverpandingsbevoegdheid moeten boven elke twijfel verheven zijn. Hierbij kan worden gedacht aan belangrijke elementen van de herverpandingsbevoegdheid, zoals de toegestane hoogte van de met het herpandrecht te secureren vordering, de wijze waarop het herpandrecht kan/moet worden gevestigd, en de partijen aan wie het herpandrecht mag worden verleend.³⁶⁹ Ook een eventuele bevoegdheid tot meervoudige herverpanding of tot het toekennen van de herverpandingsbevoegdheid aan de herpandhouder zal ondubbelzinnig moeten blijken. Is dit niet het geval, dan geldt het uitgangspunt dat de pandhouder/herpandgever tot meervoudige herverpanding of het 'doorgeven' van de herverpandingsbevoegdheid niet bevoegd is.

Wanneer slechts in algemene bewoordingen de herverpandingsbevoegdheid wordt toegekend – in een algemeen ofwel ongeclausuleerd herverpandingsbeding – zonder dat hieraan door de pandgever voorwaarden of beperkingen worden gesteld, dan moet de inhoud toegekende bevoegdheid door middel van uitleg worden bepaald. Over de uitleg van herverpandingsbedingen kom ik uitgebreider te spreken in paragraaf 6.2. Kort weergegeven, moet bij de uitleg van een herverpandingsbeding een objectieve maatstaf worden gehanteerd, nu dit gevolgen heeft voor de (beperkte) beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever en daarmee ook derden aangaat. Het oorspronkelijke pandrecht biedt immers een objectieve en duidelijke maatstaf aan de hand waarvan in een concreet geval invulling kan worden gegeven aan de herverpandingsbevoegdheid op basis van een ongeclausuleerde herverpandingsbeding. Dit brengt mee dat de herverpandingsbevoegdheid op grond van een dergelijk algemeen beding, wat inhoud en strekking betreft, moet worden geacht te zijn beperkt tot de inhoud en strekking van het oorspronkelijke pandrecht.

³⁶⁸ Van Hees legt vooral op de consequenties van herverpanding de nadruk. Zie: Van Hees 2001, p. 233 e.v.

³⁶⁹ Anders: Faber/Vermunt 2010, p. 176; en Breken 2002, p. 278-279.

4.2.1.2 Moment van bevoegdheidsverlening

De bevoegdheid tot herverpanding moet op grond van artikel 3:242 BW ondubbelzinnig aan de pandhouder worden toegekend. Een vervolgvraag is *op welk moment* deze bevoegdheid moet worden toegekend.

De wettekst lijkt op dit punt geen beperkingen te bevatten. Uit de wetsgeschiedenis valt slechts op te maken dat de herverpandingsbevoegdheid vóór het moment van vestiging van het herpandrecht moet zijn verleend. Dat spreekt voor zich indien men zich bedenkt dat een pandhouder in beginsel beschikkingsonbevoegd is en herverpanding alleen met toestemming³⁷⁰ van de pandgever mogelijk is. Zoals nader wordt besproken in paragraaf 6.3.1, is in geval van verpanding van het pandobject door de pandhouder zonder een voorafgaand toegekende herverpandingsbevoegdheid geen sprake van herverpanding in de zin van artikel 3:242 BW, maar van een 'gewone' verpanding door een beschikkingsonbevoegde. Van bekrachtiging van een onbevoegdelijk gevestigd 'herpandrecht' op voet van artikel 3:58 BW – door toekenning van de herverpandingsbevoegdheid achteraf – kan geen sprake zijn. In dat geval bekrachtigt de pandgever immers geen herpandrecht, maar slechts een 'gewoon' door een beschikkingsonbevoegde gevestigd pandrecht. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de herverpandingsbevoegdheid in ieder geval vóór het moment van vestiging van het herpandrecht aan de pandhouder moet zijn toegekend.

In de praktijk wordt de herverpandingsbevoegdheid vaak gelijktijdig met de vestiging van het oorspronkelijke pandrecht aan de pandhouder toegekend, bijvoorbeeld in een clausele in de pandakte, achterliggende kredietovereenkomst of toepasselijke algemene voorwaarden.³⁷¹ De enkele voorwaarde dat de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder moet zijn toegekend voorafgaand aan de vestiging van het herpandrecht, laat evenwel ruimte voor de gedachte dat de herverpandingsbevoegdheid niet noodzakelijkerwijs gelijktijdig met, maar eventueel ook ná (het moment van) vestiging van het oorspronkelijke pandrecht zou kunnen worden toegekend.

Voor de beantwoording van de vraag op welk moment de herverpandingsbevoegdheid kan worden toegekend, zijn twee elementen van belang. In de eerste plaats speelt een rol of de herverpandingsbevoegdheid als een onderdeel van het

³⁷⁰ Onder 'toestemming' moet in dit verband de door de pandgever (eigenaar/rechthebbende) voorafgaand aan de pandhouder toegekende beschikkingsbevoegdheid worden begrepen. Zonder toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid kan de pandhouder als niet-rechthebbende niet over het pandobject beschikken, i.e. het pandobject met een herpandrecht bezwaren.

³⁷¹ Ik verwijs in dit verband naar de in paragraaf 4.2.1.4 weergegeven herverpandingsclausules in algemene voorwaarden van een aantal Nederlandse banken.

oorspronkelijke pandrecht wordt gezien, of juist als een afzonderlijke bevoegdheid. Dit is voor het moment van toekenning van belang, omdat in het eerste geval het voor de hand ligt dat de herverpandingsbevoegdheid gelijk met vestiging van het oorspronkelijke pandrecht aan de pandhouder wordt verleend; en het in het tweede geval mogelijk zou zijn dat de herverpandingsbevoegdheid afzonderlijk van vestiging van het oorspronkelijke pandrecht kan worden toegekend. In de tweede plaats zijn de rechtsgevolgen van herverpanding voor eventuele derden met rechten op het pandobject (bijv. een tweede pandhouder) – zoals de rangwisseling tussen de pandhouder/herpandgever en de herpandhouder – van belang.³⁷² Indien men aanneemt dat de rangwisseling tot gevolg heeft dat het herpandrecht de plaats van het oorspronkelijke pandrecht inneemt en als gevolg onverkort aan derden (bijv. een tweede pandhouder) kan worden tegengeworpen³⁷³ – zoals ik hierna in paragraaf 4.3.1 uiteenzet, deel ik deze aanname niet – dan is het moment van toekenning van de herverpandingsbevoegdheid, waarmee onder meer deze bijzondere rangwisseling kan worden bewerkstelligd, van evident belang. Het zou een reden kunnen zijn om het moment van toekenning van de herverpandingsbevoegdheid gelijk te stellen met het moment van vestiging van het oorspronkelijke pandrecht.³⁷⁴ Zou men tegen deze achtergrond echter aannemen dat de herverpandingsbevoegdheid ook op een later moment kan worden toegekend, dan is mogelijk dat in de periode tussen het moment van vestiging van het oorspronkelijke pandrecht en het moment van toekenning van de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder, derden nieuwe goederenrechtelijke aanspraken op het pandobject hebben gekregen. Zo kan in deze periode door de pandgever een tweede pandrecht op het betreffende goed zijn gevestigd.³⁷⁵ De vraag doet zich dan voor hoe men in deze situatie met de (tussentijds gevestigde) goederenrechtelijke aanspraken van derden omgaat.³⁷⁶

³⁷² Hierbij moet worden opgemerkt dat het de vraag is of de rangwisseling bij herverpanding tot gevolg heeft dat het herpandrecht onverkort aan derden kan worden tegengeworpen. Deze vraag komt nader aan de orde in paragraaf 4.3.1. Naar mijn mening moet het erop worden gehouden dat de rangwisseling bij herverpanding tot gevolg heeft dat het herpandrecht de plaats van het oorspronkelijke pandrecht in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst in geval meerdere pandrechten op het (her)pandobject rusten – maximaal tot het bedrag van het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering. Dit brengt mee dat dit tweede element geen rol van betekenis speelt voor het moment van toekenning van de herverpandingsbevoegdheid.

³⁷³ Ik verwijs naar de in paragraaf 4.3.1.1 te bespreken oplossingsrichtingen II en III. Hierbij merk ik reeds op dat deze oplossingsrichtingen mij minder juist voorkomen. Zie: paragraaf 4.3.1.2.

³⁷⁴ Breken 2002, p. 373.

³⁷⁵ De herverpandingsbevoegdheid werkt niet privaat. De pandgever blijft bevoegd het goed nogmaals te bezwaren met een (tweede) pandrecht. Privatieve toekenning van beschikkingsbevoegdheid buiten middellijke vertegenwoordiging – in de zin dat de gemachtigde voor eigen rekening over het goed kan beschikken – is niet mogelijk. Dit verdraagt zich niet met het gesloten systeem van het goederenrecht. Zie: anders onder meer: Breken 2002, p. 385; en Fikkers 1998, p. 302. Breken en Fikkers menen – ten onrechte – dat partijen privatieve werking van de

In de literatuur bestaat geen overeenstemming over de vraag op welk moment de bevoegdheid tot herverpanding aan de pandhouder moet worden verleend. Stein betoogt dat de bevoegdheid bij de vestiging van het eerste pandrecht moet worden verleend. In dat geval is niet nodig dat de pandgever zijn toestemming moet geven op het moment van vestiging van het herpandrecht.³⁷⁷ Ook Van Hees is de mening toegedaan dat de herverpandingsbevoegdheid uitsluitend op het moment van vestiging van het oorspronkelijke pandrecht kan worden toegekend. Van Hees betoogt immers dat de herverpandingsbevoegdheid onderdeel uitmaakt van het oorspronkelijk pandrecht en dus niet als afzonderlijke bevoegdheid moet worden gezien. Deze gedachte lijkt overigens primair te zijn ingegeven door het meer aanvaardbaar maken van de werking van de rangwisseling bij herverpanding ten opzichten van derden.³⁷⁸ Dat de herverpandingsbevoegdheid onderdeel uitmaakt van het oorspronkelijke pandrecht brengt mee dat toekenning van de herverpandingsbevoegdheid uitsluitend kan plaatsvinden op het moment van vestiging van het oorspronkelijke pandrecht en niet nadien.³⁷⁹

In tegenstelling tot Stein en Van Hees heeft Breken verdedigd dat de herverpandingsbevoegdheid ook ná vestiging van het oorspronkelijke pandrecht aan de pandhouder kan worden toegekend.³⁸⁰ Daarbij merkt Breken overigens wel op dat indien de herverpandingsbevoegdheid op een later moment aan de pandhouder wordt toegekend, derden die in de tussentijdse periode goederenrechtelijke aanspraken hebben verkregen – bijvoorbeeld een tweede pandrecht op het betreffende goed – tegen de gevolgen van herverpanding, zoals de rangwisseling, moeten worden beschermd.³⁸¹ Faber en Vermunt zijn – evenals Breken – van mening dat de herverpandingsbevoegdheid niet reeds bij vestiging van het oorspronkelijke pandrecht aan de pandhouder moet worden toegekend, maar lijken daarbij een verband te leggen met een latere wijziging van het oorspronkelijke pandrecht. Zij merken namelijk op dat het oorspronkelijke pandrecht nadien kan

herverpandingsbevoegdheid kunnen overeenkomen. Het (niet-)privatieve karakter van de herverpandingsbevoegdheid komt nader aan de orde in paragraaf 8.2.3.

³⁷⁶ Zie hierover uitgebreid: Breken 2002, p. 370-371.

³⁷⁷ Stein geeft voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid bij vestiging van het oorspronkelijke pandrecht geen andere onderbouwing dan dat de bevoegdheid voorafgaand aan de herverpanding moet zijn verleend. Zie: Stein (*Vermogensrecht*), aant. 3.2 bij art. 3:242 BW.

³⁷⁸ Mijns inziens heeft de rangwisseling bij herverpanding tussen herpandgever en herpandhouder overigens niet tot gevolg dat de goederenrechtelijke positie en rang van derden – in afwijking van het prioriteitsbeginsel – wordt gewijzigd. Ik kom hierover uitgebreid te spreken in paragraaf 4.3.1.

³⁷⁹ Van Hees 2001, p. 230. Zie hierover tevens: Breken 2002, p. 369; Visser 2004, p. 202; en Faber/Vermunt 2010, p. 177.

³⁸⁰ Zie: Breken 2002, p. 369-371; en in gelijke zin: Fikkers 1998, p. 302. Breken ziet de herverpandingsbevoegdheid als een aparte bevoegdheid die weliswaar niet zonder eerdere verpanding kan bestaan, maar wel los daarvan bestaat. Vergelijk in dit verband de door Breken besproken visie van Van Hees: Van Hees 2001, p. 230 e.v. Zie tevens: Visser 2004, p. 202.

³⁸¹ Breken 2002, p. 370-371. Zoals wordt besproken in paragraaf 4.3.1.2, deel ik Breken's opvatting over de gevolgen van de rangwisseling bij herverpanding niet.

worden gewijzigd, waarbij de bevoegdheid tot herverpanding alsnog aan de pandhouder kan worden toegekend.³⁸²

De door Breken, Faber en Vermunt verdedigde mening over het moment van toekenning van de herverpandingsbevoegdheid lijkt mij de meest juiste. Naar mijn mening maakt de herverpandingsbevoegdheid geen deel uit van het oorspronkelijke pandrecht³⁸³, maar is het een bijzondere bevoegdheid die specifiek aan de pandhouder moet zijn toegekend. Zoals ik nader zal bespreken in hoofdstuk 8, kan toekenning van de herverpandingsbevoegdheid worden opgevat als een contractuele toekenning van een (beperkte) beschikkingsbevoegdheid aan de pandhouder. Hiermee is in overeenstemming dat de herverpandingsbevoegdheid niet noodzakelijkerwijs gelijktijdig met de vestiging van het oorspronkelijke pandrecht, maar ook nadien – mits vóór vestiging van het herpandrecht – aan de pandhouder kan worden toegekend.

4.2.1.3 Beperkingen van de herverpandingsbevoegdheid

Bij de toekenning van de herverpandingsbevoegdheid kunnen aan deze bevoegdheid beperkingen en/of voorwaarden worden gesteld.³⁸⁴ Zo kan de bevoegdheid worden beperkt ten aanzien van de hoogte van de vordering waarvoor een herpandrecht wordt gevestigd en kan de pandgever alleen herverpanding tot zekerheid van bepaalde schulden van de pandhouder/herpandgever en/of van bepaalde – kredietwaardige – schuldenaren toestaan.³⁸⁵ Tevens kan een beperking worden opgenomen ten aanzien van de partij ten gunste van wie een herpandrecht kan worden gevestigd en/of de wijze van vestiging van het herpandrecht (vuist- of vuistloos; stil of openbaar).³⁸⁶ Van Hees noemt daarnaast de mogelijkheid om de herverpandingsbevoegdheid afhankelijk te stellen van een ontbindende of opschortende voorwaarde of tijdsbepaling, alsmede de mogelijkheid om bij toekenning te bepalen dat de bevoegdheid (onder voorwaarden) eenzijdig door de pandgever kan worden beëindigd.³⁸⁷ Tot slot kunnen partijen tevens nadere af-

³⁸² Faber/Vermunt 2010, p. 175. Faber en Vermunt merken in dit verband tevens op dat de herverpandingsbevoegdheid deel moet gaan uitmaken van het te vestigen of reeds gevestigde pandrecht. Voor wijzigingen van dit pandrecht – in het kader waarvan – aldus Faber en Vermunt – de herverpandingsbevoegdheid kan worden toegekend, gelden dan dezelfde vereisten als voor vestiging van het oorspronkelijke pandrecht. Zie tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 168-169 en p. 177.

³⁸³ In dit opzicht wijkt mijn mening af van die van Faber en Vermunt. Zie hiervoor en tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 175.

³⁸⁴ Faber en Vermunt 2010, p. 176.

³⁸⁵ Zie tevens paragraaf 4.2.3.

³⁸⁶ Zie tevens: Van Hees 2001, p. 233. Op de gevolgen van een overschrijding van dergelijke beperkingen van de herverpandingsbevoegdheid kom ik terug in paragraaf 6.3.

³⁸⁷ Van Hees 2001, p. 233. Een dergelijke beëindigingclausule zal in de praktijk – waarin de zekerheidnemer/geldgever de voorwaarden van zekerheidstelling voor een groot deel zal bepalen – niet veel voorkomen. Zie tevens: Visser 2004, p. 201.

spraken maken over het voortduren van het herpandrecht na een tussentijds eindigen van het oorspronkelijke pandrecht en over hoe in een dergelijk geval wordt omgesprongen met de teruggaveplicht van artikel 3:256 BW.³⁸⁸ Voormelde beperkingen van de herverpandingsbevoegdheid komen in de praktijk geregeld voor, zoals in de hiernavolgende paragraaf 4.2.1.4 zal worden geïllustreerd.

Aan de herverpandingsbevoegdheid gestelde voorwaarden en beperkingen hebben niet louter een obligatoir effect. Dergelijke voorwaarden en beperkingen hebben ook goederenrechtelijke werking: ze beperken rechtstreeks de beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever.³⁸⁹ Zoals ik nader zal bespreken in paragraaf 6.3, heeft een overschrijding van dergelijke beperkingen niet alleen wanprestatie in de contractuele relatie tussen pandgever en pandhouder tot gevolg, maar leidt het ook tot beschikkingsonbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever.³⁹⁰

4.2.1.4 Voorbeelden van herverpandingsclausules

In de praktijk komen modelpandakten en algemene voorwaarden van banken voor, die een uitdrukkelijk beding bevatten waarin – al dan niet geclausuleerd – de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder wordt toegekend.³⁹¹ Ter illustratie geef ik hieronder een aantal herverpandingsclausules uit algemene voorwaarden van Nederlandse banken weer. In dit verband merk ik op dat tot 1988 een herverpandingsbeding was opgenomen in de Algemene Bankvoorwaarden. Artikel 23 Algemene Bankvoorwaarden (versie 1964) gaf de bank het recht tot pand strekkende waarden te herbelenen, mits de schuld van de bank niet hoger was dan haar vordering op de cliënt en de herbeleende waarden onmiddellijk na aflossing van de schuld door de cliënt uit de herbelening worden vrijgemaakt.³⁹²

Artikel 23 Algemene Voorwaarden van de Nederlandse Bankiersvereniging (versie 1964)³⁹³:

(...) De bank is bevoegd de voor een schuld van een cliënt tot pand strekkende waarden te herbelenen voor een door haar aan te gane schuld, mits die schuld niet hoger dan de vordering op de cliënt is, de herbelening slechts geschiedt tot zodanige omvang als de bank zelve voor de dekking van hetgeen zij van de cliënt te vorderen heeft of zal krijgen op het moment van de herbelening redelijkerwijs nodig heeft en de herbeleende waarden onmiddellijk na de aflossing van de schuld door de cliënt uit de herbelening worden vrijgemaakt.

³⁸⁸ Zie hierna paragraaf: 4.4.1.

³⁸⁹ Faber en Vermunt 2010, p. 176; Van Hees 2001, p. 233-235; en Visser 2001, p. 201.

³⁹⁰ Vergelijk: HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241 (*Mesdag II*).

³⁹¹ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 132; Van Hees 2001, p. 233.

³⁹² Zoals besproken in: Molenaar 1985, p. 46.

³⁹³ Geraadpleegd in: Meijer 1974, bijlage (a), p. 155.

Deze bepaling is vervallen bij de herziening van de Algemene Bankvoorwaarden in 1988.³⁹⁴ De huidige Algemene Bankvoorwaarden (versie 1 november 2009) bevatten dan ook geen herverpandingsclausule.³⁹⁵

Voorbeelden van thans geldende herverpandingsclausules zijn:

Algemene Bepalingen voor Effectendienstverlening ING Bank N.V. (juni 2010)³⁹⁶
Artikel 12 (Herverpanding):

*De Bank is bevoegd de Effecten en (andere) vermogensrechten die aan haar zijn verpand te herverpanden tot zekerheid van een schuld van de Bank jegens derden, mits deze schuld het door de Bank van de Cliënt (al dan niet opeisbaar) te vorderen bedrag niet overschrijdt, de herverpanding slechts geschiedt tot een zodanige omvang als de Bank nodig heeft als zekerheid voor hetgeen zij op het moment van herverpanding van de Cliënt (al dan niet opeisbaar) te vorderen heeft of kan krijgen en de herverpande Effecten en (andere) vermogensrechten (onmiddellijk na aflossing van de schuld) van de Cliënt uit de herverpanding worden ontslagen.*³⁹⁷

Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank (versie juni 2010)³⁹⁸ Artikel 3.2:

De Bank is bevoegd goederen, die aan de Bank zijn verpand, te herverpanden tot zekerheid voor een schuld van de Bank, mits de herverpanding slechts geschiedt tot

³⁹⁴ Zie voor de herziening van de Algemene Bankvoorwaarden in 1988 onder meer: Kortmann e.a. 1988, in het bijzonder p. 60-61 en p. 82-84 (pandrecht).

³⁹⁵ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 134; en tevens: Slagter 1999, p. 138

³⁹⁶ Beschikbaar via: www.ing.nl.

³⁹⁷ Vergelijk: artikel 3.2. Algemene Voorwaarden Financiële Derivaten ING Bank N.V. (versie juni 2010): "De Bank is bevoegd goederen, die aan de Bank zijn verpand, te herverpanden tot zekerheid voor een schuld van de Bank, mits de herverpanding slechts geschiedt tot een zodanige omvang als de Bank zelf nodig heeft als zekerheid voor hetgeen zij op het moment van de herverpanding van de Klant te vorderen heeft of kan krijgen en de herverpande goederen onmiddellijk na aflossing van de Klant uit de herverpanding worden ontslagen. Door ondertekening van de Overeenkomst Financiële Derivaten verleent de Klant de Bank toestemming voor deze herverpanding."

Zie tevens: artikel 11.2 ING Algemene Voorwaarden Beleggen (mei 2011): "De ING is bevoegd na uitdrukkelijke voorafgaande schriftelijke toestemming van de Klant, de Effecten, Participaties en (andere) vermogensrechten die aan haar zijn verpand, te herverpanden tot zekerheid van een schuld van de ING tegenover derden, mits: – deze schuld het door de ING van de Klant (al dan niet opeisbaar) te vorderen bedrag niet overschrijdt; – de herverpanding slechts geschiedt tot een zodanige omvang als de ING nodig heeft als zekerheid voor hetgeen zij op het moment van herverpanding van de Klant (al dan niet opeisbaar) te vorderen heeft of kan krijgen, en – de herverpande Effecten, Participaties en (andere) vermogensrechten onmiddellijk na aflossing van de schuld van de Klant uit de herverpanding worden ontslagen.". Het vereiste van uitdrukkelijke voorafgaande schriftelijke toestemming van de Klant is een aanvullende beperking van de herverpandingsbevoegdheid die in deze clausule aan de bank wordt toegekend. Strikt genomen, heeft de bank om tot herverpanding over te gaan de uitdrukkelijke voorafgaande schriftelijke toestemming van de klant niet nodig. Deze aanvullende voorwaarde voor uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid beperkt echter rechtstreeks de (beperkte) beschikkingsbevoegdheid van de bank. Zie hierna: paragraaf 6.3.2.

³⁹⁸ Beschikbaar via: http://www.rabobank.nl/bedrijven/producten/financieringen/renterisicos/interest_rate_swap/

*een zodanige omvang als de Bank zelf nodig heeft als zekerheid voor hetgeen zij op het moment van de herverpanding van de Klant te vorderen heeft of kan krijgen en de herverpande goederen onmiddellijk na aflossing van schuld van de Klant uit de herverpanding worden ontslagen. Door ondertekening van de Overeenkomst Financiële Derivaten verleent de Klant de Bank toestemming voor deze herverpanding.*³⁹⁹

Algemene voorwaarden Effectendienstverlening SNS Bank N.V.⁴⁰⁰

Artikel 32 (Herverpanding):

SNS Bank is bevoegd de Effecten en (andere) vermogensrechten die aan haar zijn verpand te herverpanden tot zekerheid van een schuld van SNS Bank jegens derden, mits deze schuld het door SNS Bank van de Klant (al dan niet opeisbaar) te vorderen bedrag niet overschrijdt, de herverpanding slechts geschiedt tot een zodanige omvang als SNS Bank nodig heeft als zekerheid voor hetgeen zij op het moment van herverpanding van de Klant (al dan niet opeisbaar) te vorderen heeft of kan krijgen en de herverpande Effecten onmiddellijk na aflossing van de schuld door SNS Bank, geen onderwerp van die herverpanding zijn.

Algemene Voorwaarden Bank Insinger de Beaufort N.V. (versie september 2012)⁴⁰¹

Artikel 21.2 (Herverpanding):

De Bank is bevoegd tot herverpanding van het verpande ter securering van een schuld aangegaan of aan te gaan door de Bank, mits die schuld niet hoger is dan de vordering van de Bank op Cliënt, de herverpanding niet verder gaat dan op het moment van de herverpanding redelijkerwijs nodig is ter dekking van hetgeen de Bank van Cliënt te vorderen heeft of zal krijgen en de herverpande goederen onmiddellijk na de aflossing van de schuld door Cliënt uit de herverpanding worden vrijgemaakt.

Voorwaarden voor Insiders BinckBank N.V.⁴⁰²

Artikel 6.4.1 (Herverpanding):

*BinckBank is bevoegd tot herverpanding van de goederen ter securering van een schuld aangegaan of aan te gaan door BinckBank, mits die schuld niet hoger is dan de vordering van BinckBank op Cliënt, de herverpanding niet verder gaat dan op het moment van de herverpanding redelijkerwijs nodig is ter dekking van hetgeen BinckBank van Cliënt te vorderen heeft of zal krijgen en de herverpande Goederen onmiddellijk na de aflossing van de schuld door Cliënt uit de herverpanding worden vrijgemaakt.*⁴⁰³

³⁹⁹ Gelijklopend: Artikel 3.2. Rabobank Algemene Voorwaarden Financiële Derivaten (professionele Klanten); versie mei 2010.

⁴⁰⁰ Beschikbaar via: www.snsbank.nl/particulier/over-sns-bank/juridische-informatie/product-voorwaarden.html.

⁴⁰¹ Beschikbaar via: [www.insinger.com/Onze Bank/Bestuur en toezicht/Compliance and Business Integrity](http://www.insinger.com/Onze-Bank/Bestuur-en-toezicht/Compliance-and-Business-Integrity).

⁴⁰² Beschikbaar via: [www.binck.com/profservices/nlnl/welkom/content/Files/ Documents/ vw-insiders.pdf](http://www.binck.com/profservices/nlnl/welkom/content/Files/Documents/vw-insiders.pdf).

⁴⁰³ Een ongeclausuleerde herverpandingsbevoegdheid treft men in artikel 5.7 van de Voorwaarden voor Insiders BinckBank N.V., dat luidt: "(...) Cliënt verleent BinckBank de bevoegdheid om de

Voorwaarden voor de Beleggingsdienstverlening bij Van Lanschot (november 2009)⁴⁰⁴

Artikel 20 (Herverpanding):

*De Bank is bevoegd de Financiële instrumenten en (andere) vermogensrechten die aan haar zijn verpand te herverpanden tot zekerheid van een schuld van de Bank jegens derden, mits (i) deze schuld het door de Bank van de Cliënt, al dan niet opeisbaar, te vorderen bedrag niet overschrijdt, (ii) de herverpanding slechts geschiedt tot een zodanige omvang als de Bank nodig heeft als zekerheid voor hetgeen zij op het moment van herverpanding van de Cliënt, al dan niet opeisbaar, te vorderen heeft of kan krijgen en (iii) de herverpande Financiële instrumenten onmiddellijk na aflossing van de schuld door de Bank geen onderwerp van die herverpanding zijn.*⁴⁰⁵

Algemene Voorwaarden voor Effectendienstverlening van Friesland Bank, inclusief Voorwaarden Effectenrekening en Voorwaarden B.V. Bewaarbedrijf Friesland Bank (juli 2009)⁴⁰⁶

Artikel 13 (Pandrecht) lid 7:

De Bank is bevoegd de in lid 1 van dit artikel bedoelde goederen die aan de Bank zijn verpand, te herverpanden tot zekerheid voor een schuld van de Bank. Deze bevoegdheid geldt slechts voor zover:

- (i) de Bank de goederen nodig heeft ter dekking van hetgeen zij van Cliënt te vorderen heeft of te vorderen kan krijgen,*
- (ii) de Bank de goederen niet herverpandt voor een hoger bedrag dan zij van Cliënt te vorderen heeft of te vorderen kan krijgen en*
- (iii) de Bank van de herpandnemer bedingt dat de herverpande goederen onmiddellijk na aflossing van de schuld van Cliënt uit de herverpanding worden ontslagen.*

Algemene Voorwaarden voor Verpanding van Friesland Bank⁴⁰⁷

Artikel H (Effecten) lid 5:

De bank is bevoegd effecten te herverpanden tot een zodanige omvang als de bank zelf nodig heeft als zekerheid voor hetgeen zij op het moment van herverpanding van de debiteur te vorderen heeft of kan krijgen, waarbij de herverpande effecten onmiddellijk na aflossing van de schulden van de debiteur aan de bank uit de herverpanding worden ontslagen.

rechten van Cliënt jegens Bewaarneemster, die krachtens dit artikel 5.7 aan BinckBank zijn of worden verpand, te herverpanden aan derden." Het gaat in dit artikel om rechten uit hoofde van Bewaring van financiële instrumenten. Vrijwel gelijklopend: Artikel 23.1 van de Basisvoorwaarden Effectendienstverlening BinckBank N.V. (versie vermeld op website in juli 2011).

⁴⁰⁴ Beschikbaar via: www.vanlanschot.nl/vanlanschot/productinformatie/voorwaarden.

⁴⁰⁵ Vergelijk: art. 22.6 van de Voorwaarden Beleggingsdienstverlening van Van Lanschot Kempen (november 2009). Beschikbaar via: www.vankempen.nl.

⁴⁰⁶ Beschikbaar via: www.frieslandbank.nl

⁴⁰⁷ Beschikbaar via: www.frieslandbank.nl

Uit de hierboven weergegeven clauses blijkt dat de aan de banken toegekende bevoegdheid tot herverpanding in een aantal opzichten wordt beperkt. Zo wordt bepaald dat het herpandrecht niet kan worden gevestigd tot zekerheid van een hogere schuld dan de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering (i.e. de vordering van de bank op de cliënt). Daarnaast wordt de herverpandingsbevoegdheid onderworpen aan een eis van proportionaliteit, in de zin dat de herverpanding niet verder gaat dan op dat moment redelijkerwijs nodig is om de vordering van de bank op de cliënt te dekken. Tot slot wordt in de clauses uitdrukkelijk bepaald dat de herverpande goederen onmiddellijk na de aflossing van de schuld door de cliënt uit de herverpanding moeten worden vrijgemaakt.⁴⁰⁸ Aldus wordt de bevoegdheid tot herverpanding van de banken in meerdere opzichten gekoppeld aan en beperkt tot de reikwijdte van het oorspronkelijke pandrecht, en meer in het bijzonder de door dit pandrecht gezeekerde vordering.

In de praktijk komen echter ook algemene ofwel ongeclauseerde herverpandingsbedingen voor. Dit zijn herverpandingsclauses waarin de herverpandingsbevoegdheid in het algemeen aan de pandhouder wordt toegekend, zonder dat aan die bevoegdheid enige voorwaarde en/of beperking wordt gesteld. Als voorbeeld geef ik hieronder een viertal bepalingen in algemene voorwaarden van Nederlandse banken weer.

Algemene Voorwaarden AEGON Bank N.V. (versie juli 2011)⁴⁰⁹

Artikel 13 ((Her)verpanding):

Het is de Rekeninghouder niet toegestaan een beperkt recht (waaronder pandrecht) te vestigen op de AEGON Rekening en/of op de daarop geadmistreerde Financiële Instrumenten en/of het Tegoed. Dit is slechts anders als het beperkt recht gevestigd wordt ten gunste van AEGON. AEGON mag haar pandrecht dat zij uit hoofde van de Algemene Bankvoorwaarden NVB heeft (her)verpanden.⁴¹⁰ De Rekeninghouder zal zijn medewerking verlenen aan de (her)verpanding en zal deze (her)verpanding schriftelijk en onvoorwaardelijk erkennen.⁴¹¹

⁴⁰⁸ Vergelijk in dit verband ook: artikel 20 van Voorwaarden Effectendienstverlening ABN AMRO (versie november 2007), dat luidde: "ABN AMRO is bevoegd de Effecten en (andere) vermogensrechten die aan haar zijn verpand te herverpanden tot zekerheid van een schuld van ABN AMRO jegens derden, mits (i) de herverpanding slechts geschiedt tot een zodanige omvang als ABN AMRO nodig heeft als zekerheid voor hetgeen zij op het moment van herverpanding van de Cliënt (al dan niet opeisbaar) te vorderen heeft of kan krijgen en (ii) de herverpande Effecten en (andere) vermogensrechten onmiddellijk na aflossing van de schuld door ABN AMRO, geen onderwerp van die herverpanding zijn.". Dit artikel 20 is inmiddels vervallen. De meest recente Voorwaarden Effectendienstverlening ABN AMRO (versie mei 2011) bevatten niet langer een herverpandingsclausule.

⁴⁰⁹ Beschikbaar via: www.aegonbank.nl/docs/algemeen/algemene-voorwaarden.

⁴¹⁰ Deze clause is niet juist verwoord. De pandhouder (hier: Aegon) (her)verpandt immers niet zijn pandrecht, maar de aan hem verpande goederen. Op een pandrecht kan immers geen (her)pandrecht worden gevestigd.

⁴¹¹ Deze toevoeging aan de herverpandingsclausule is onjuist, althans overbodig. Voor de vestiging van een herpandrecht is – na verlening van de herverpandingsbevoegdheid aan de pand-

Voorwaarden AEGON en Reglement VermogensRekening (versie 1 juni 2011)⁴¹²
Artikel 6.3 (Bevoegdheid AEGON):

AEGON is bevoegd tot herverpanding van de aan hem verpande vorderingen en Sal-di. De Rekeninghouder verbindt zich reeds nu voor alsdan om te allen tijde zijn medewerking te verlenen aan deze herverpanding en om deze alsdan schriftelijk en onvoorwaardelijk te erkennen.⁴¹³ AEGON is bevoegd om, conform het gestelde in de hypotheekakte, dan wel in de effectenkredietovereenkomst, de aan de Rekeninghouder toekomende rechten uit te oefenen terzake de verpande vorderingen en sal-di, alsmede tot inning hiervan over te gaan.

Algemene Voorwaarden van Geldlening en Hypotheekverlening SNSBank (particulier) (oktober 2005)⁴¹⁴

Artikel 39 (Herverpanding):

De bank is steeds bevoegd alle goederen die zij tot zekerheid van de lening in pand heeft of nog zal verkrijgen te herverpanden. De pandgever geeft hierbij toestemming voor herverpanding door de bank en verplicht zich de herverpanding schriftelijk en onvoorwaardelijk te erkennen.⁴¹⁵

REAAAL Algemene voorwaarden van geldlening en hypotheekverlening Woningfonds B.V. (juli 2009)⁴¹⁶

Artikel 43 (Herverpanding):

De geldgever is steeds bevoegd alle goederen die zij tot zekerheid van de lening in pand heeft of nog zal verkrijgen te herverpanden. De pandgever geeft hierbij toestemming voor herverpanding door de geldgever en verplicht zich de herverpanding schriftelijk en onvoorwaardelijk te erkennen.⁴¹⁷

In de hierboven weergegeven clausules wordt aan de bank een (ogenschijnlijk) onbeperkte bevoegdheid tot herverpanding toegekend. De vraag is echter hoe

houder – geen enkele medewerking van de pandgever (hier: Rekeninghouder) vereist. Evenmin is voor de geldigheid van een herpandrecht de schriftelijke en onvoorwaardelijke erkenning van de pandgever (hier: Rekeninghouder) vereist. Bij herverpanding kan een daartoe gemachtigde pandhouder immers zelfstandig een geldig herpandrecht op het pandobject vestigen.

⁴¹² Beschikbaar via: www.aegonbankieren.nl.

⁴¹³ Deze toevoeging is onjuist, althans overbodig. Zie opmerking bij artikel 13 van de Algemene Voorwaarden AEGON Bank N.V. (versie juli 2011) hiervoor.

⁴¹⁴ Beschikbaar via: www.snsbank.nl/particulier/over-sns-bank/juridische-informatie/productvoorwaarden.html.

⁴¹⁵ Deze toevoeging is onjuist, althans overbodig. Zie opmerking bij artikel 13 van de Algemene Voorwaarden AEGON Bank N.V. (versie juli 2011) hiervoor.

⁴¹⁶ Beschikbaar via: <http://www.reaal.nl>. Vergelijk: art. 3 van de Voorwaarden Verpanding REAAL Bancaire Diensten (februari 2007).

⁴¹⁷ Deze toevoeging aan de herverpandingsclausule is onjuist, althans overbodig. Voor de vestiging van een herpandrecht is – na verlening van de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder – geen enkele medewerking van de pandgever (hier: Rekeninghouder) vereist. Evenmin is voor de geldigheid van een herpandrecht de schriftelijke en onvoorwaardelijke erkenning van de pandgever (hier: Rekeninghouder) vereist. Bij herverpanding kan een daartoe gemachtigde pandhouder immers zelfstandig een geldig herpandrecht op het pandobject vestigen.

dergelijke, ongeclausuleerde herverpandingsbevoegdheid moeten worden opgevat en hoe de strekking van de bevoegdheid van de bank moet worden vastgesteld. Op deze vraag kom ik in paragraaf 6.2 terug. Daarnaast kan bij voormelde clausules de kanttekening worden geplaatst dat deze clausules een aantal onnodige bepalingen bevat. Zo hebben de opmerking dat rekeninghouder zijn medewerking aan de herverpanding moet verlenen en de opmerking dat de rekeninghouder de herverpanding schriftelijk en onvoorwaardelijk zal erkennen, weinig betekenis. Voor vestiging van een geldig herpandrecht is medewerking van de oorspronkelijk pandgever (oftewel de rekeninghouder) immers niet vereist. Bij herverpanding vestigt immers de pandhouder, aan wie de bevoegdheid tot herverpanding is toegekend, in eigen naam het herpandrecht op het pandobject. Ook erkenning van het herpandrecht door de oorspronkelijk pandgever is voor herverpanding niet vereist.

Tot slot treft men in algemene voorwaarden van Nederlandse banken ook bepalingen aan die herverpanding zonder uitdrukkelijke instemming van de klant uitsluiten. Een voorbeeld hiervan is:

Bijlage II bij de Algemene Voorwaarden voor de Effectendienstverlening van de Rabobank⁴¹⁸

Pandrecht en verrekeningsrecht:

(...) Aan de klant toebehorende financiële instrumenten zullen zonder de uitdrukkelijke instemming van de klant nooit door de bank worden uitgeleend of herverpand.

Deze clausule is een bevestiging van de in artikel 3:242 BW neergelegde regel en heeft om die reden geen toegevoegde waarde. Het is van belang te realiseren dat in deze clausule geen herverpandingsbevoegdheid aan de bank wordt toegekend. Wil de bank op een gegeven moment de aan haar verpande financiële instrumenten van haar klant herverpanden, dan moet de klant alsnog zijn uitdrukkelijke instemming voor deze herverpanding geven.

4.2.2 Object van het (her)pandrecht

Het object van het herpandrecht is hetzelfde goed als waarop ook het oorspronkelijke pandrecht rust (i.e. het pandobject). De pandhouder/herpandgever vestigt immers een nieuw pandrecht op een door hem in pand verkregen goed. Bij herverpanding is aldus – zoals reeds opgemerkt – sprake van een meervoudig pandrecht. Op één goed rusten namelijk meerdere pandrechten, te weten: (i) het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever en (ii) het herpandrecht van de herpandhouder. Men dient zich te realiseren dat het herpandrecht

⁴¹⁸ Beschikbaar via: www.rabobank.nl/particulieren/klantenservice/voorwaarden_en_bijsluiters.

niet op de (door het oorspronkelijke pandrecht) geseceerde vordering⁴¹⁹ of op het oorspronkelijke pandrecht zélf⁴²⁰ komt te rusten. Dit laatste is overigens naar huidig Nederlands vermogensrecht niet mogelijk.⁴²¹ Verpanding van de geseceerde vordering, waarbij de pandhouder indirect zekerheid heeft in de vorm van het pandrecht waarmee de aan hem verpande vordering is gezeerd, is bij herverpanding niet aan de orde.⁴²²

Zoals hiervoor besproken, rust het herpandrecht op hetzelfde goed als het oorspronkelijke pandrecht. Daarmee is nog niet meteen gezegd dat alle voor verpanding vatbare goederen kunnen worden herverpand. De vraag welke pandgoederen voor herverpanding in aanmerking komen, bespreek ik aan de hand van de volgende drie deelvragen: (i) is de mogelijkheid van herverpanding beperkt tot bepaalde pandgoederen of tot op een bepaalde wijze verpande goederen; (ii) in hoeverre speelt de verwisselbaarheid van het pandobject een rol bij de mogelijkheid van herverpanding; en (iii) is herverpanding van toekomstige goederen mogelijk?

4.2.2.1 Herverpandbare goederen

De vraag doet zich voor of een herpandrecht op alle voor verpanding vatbare goederen kan worden gevestigd. Op basis van de bewoordingen van artikel 3:242 BW (in het bijzonder het gebruik van het woord "*goed*") moet worden aangenomen dat herverpanding mogelijk is ten aanzien van alle voor verpanding vatbare goederen.⁴²³ De regeling van artikel 3:242 BW is niet beperkt tot roerende zaken en daarmee gelijk te stellen rechten aan toonder of order, maar strekt zich ook uit tot vorderingen op naam.⁴²⁴

In het verleden is de reikwijdte van de herverpandingsregeling door verschillende auteurs beperkter opgevat. Zij namen aan dat herverpanding alleen mogelijk was ten aanzien van roerende zaken en daarmee gelijk te stellen rechten aan

⁴¹⁹ Over het onderscheid tussen herverpanding en verpanding van de geseceerde vordering kom ik in paragraaf 7.4 nader te spreken.

⁴²⁰ Dit wordt ookwel aangeduid met de term: '*onderverpanding*'.

⁴²¹ Een pandrecht is als afhankelijk recht in de zin van artikel 3:7 BW immers niet zelfstandig overdraagbaar, hetgeen op grond van artikel 3:228 BW een vereiste is voor de verpandbaarheid van een goed.

⁴²² Over verpanding van de geseceerde vordering kom ik nader te spreken in paragraaf 7.4.1.

⁴²³ Herverpanding bij voorbaat van toekomstige goederen is in beginsel ook mogelijk. Zie hierover: paragraaf 4.2.4.3.

⁴²⁴ Dit is onder meer opgemerkt door Van Mierlo in zijn bewerking van het Asser-deel Zekerheidsrechten. Het feit dat de parlementaire toelichting uitgaat van herverpanding van roerende zaken doet – aldus Van Mierlo – niets af aan de reikwijdte van artikel 3:242 BW. Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 132; en tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 176.

toonder of order.⁴²⁵ Ter onderbouwing van deze opvatting werd onder meer gewezen op het feit dat in de parlementaire toelichting steeds wordt gesproken over herverpanding van roerende zaken.⁴²⁶ Daarnaast is door onder meer Stein⁴²⁷ betoogd dat herverpanding uitsluitend mogelijk zou zijn ten aanzien van in vuistpand gegeven zaken.⁴²⁸

Vanuit rechtshistorisch oogpunt is de beperkte opvatting goed te begrijpen. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 2, kwam herverpanding (onder de benaming 'herbeleving' of 'herprolongatie') in de praktijk vrijwel uitsluitend voor ter zake van in pand geven effecten. De (destijds nog niet gegeneraliseerde) effecten werden in de regel aan de bank in pand gegeven door de betreffende stukken aan een bank te overhandigen. Er was dus steeds sprake van een vuistpand op deze effecten. Tegen die achtergrond is begrijpelijk dat in de parlementaire toelichting is uitgegaan van herverpanding in het kader van een vuistpand op roerende zaken dan wel toonder- of orderstukken. Deze historische achtergrond doet naar mijn mening echter niets af aan de reikwijdte van het huidige artikel 3:242 BW. Nu in de wet uitdrukkelijk wordt gesproken van "*goed*" – welk begrip zich in het Nieuw BW ook uitstrekt tot vermogensrechten – moet het erop worden gehouden dat herverpanding ook ten aanzien van verpande vorderingen op naam mogelijk is. Ook een beperking tot vuistpand is onder artikel 3:242 BW niet langer aan de orde.

⁴²⁵ Zie onder meer: Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003, nr. 38; en Stein (*Vermogensrecht*), aant. 2 bij art. 3:242 BW.

⁴²⁶ Zie: Toelichting Meijers 1954, p. 277; en Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71, 3770*, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766-767.

⁴²⁷ Stein (*Vermogensrecht*), aant. 2 bij art. 3:242 BW.

⁴²⁸ Deze opvatting sluit overigens aan op de meerderheidsopvatting in de literatuur dat middellijke levering en vestiging van een beperkt recht – waarbij een (beschikkingsbevoegde) tussenpersoon in eigen naam handelt – slechts mogelijk is ten aanzien van roerende zaken, niet registergoederen en rechten aan toonder; en *niet* ten aanzien van rechten op naam. Naar deze opvatting kunnen rechten op naam niet door een ander dan de rechthebbende worden geleverd of met een pandrecht bezwaard, omdat in dat geval niet wordt voldaan aan het vereiste van een tussen partijen opgemaakte akte. Zij menen dat de rechthebbende als vervreemder c.q. pandgever partij moet zijn bij de leverings- c.q. pandakte. Zie onder meer: Rank-Berenschot 1994, p. 843; Van Boom 1994, p. 865; Meijer 1999, p. 196-200; Aertsen 1997, p. 460 e.v.; Asser/Mijnsen & De Haan 2006, nr. 215; Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 251; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 299-302; en Peter 2007, p. 109-110 en p. 126. Toegepast op herverpanding – hetgeen neerkomt op vestiging van een pandrecht door een (gemachtigde) niet-rechthebbende in eigen naam en voor eigen rekening – zou dit betekenen dat alleen roerende zaken en rechten aan toonder zouden kunnen worden herverpand. Dit lijkt mij overigens minder juist. Zoals ik zal uiteenzetten in paragraaf 8.3.1, kan een in eigen naam handelende (beschikkingsbevoegde) pandhouder niet alleen door machtsverschaffing, maar ook bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte een (her)pandrecht vestigen. Een beschikkingsbevoegde pandhouder die in eigen naam een (her)pandrecht vestigt, heeft te gelden als de pandgever en is als zodanig partij bij de pandakte. Zoals bij levering de vervreemder niet per definitie de rechthebbende behoeft te zijn, behoeft bij vestiging van een pandrecht de pandgever niet per definitie de rechthebbende te zijn.

4.2.2.2 Verwisselbaarheid van het pandobject

Van meer belang lijkt de vraag of herverpanding uitsluitend mogelijk is ten aanzien van verwisselbare (oftewel fungibele) goederen. Deze vraag houdt verband met de verplichting van de pandhouder om na afloop van het pandrecht het pandobject aan de pandgever te retourneren.⁴²⁹ De achtergrond van deze vraag is als volgt.

Bij iedere herverpanding loopt de oorspronkelijke pandgever het risico dat het pandobject als gevolg van herverpanding – bijvoorbeeld door executie van het goed door de herpandhouder – voor hem verloren gaat. De pandhouder/herpandgever zal in een dergelijk geval niet in staat zijn het goed aan de oorspronkelijke pandgever terug te geven wanneer laatstgenoemde zijn schuld aflost en daarmee het oorspronkelijke pandrecht een einde neemt. Dit probleem kan worden opgelost indien de pandhouder/herpandgever – op grond van onderlinge afspraak of gezien de aard van het pandobject – na het eindigen het pandrecht een gelijksoortig en gelijkwaardig goed aan de oorspronkelijk pandgever mag c.q. kan teruggeven. Zoals besproken in paragraaf 2.2.2, werd in het verleden bij beneming en/of prolongatie van effecten om deze reden nummerverantwoordelijkheid uitgesloten.⁴³⁰ Het retourneren van gelijksoortige goederen ligt bij verwisselbare goederen voor de hand. In dat geval zal het de pandgever niet veel uitmaken of hij exact hetzelfde goed of een gelijkwaardig goed terugontvangt. De vraag dringt zich op of de herverpandingsbevoegdheid zou moeten worden beperkt tot verwisselbare goederen.

Uit de bewoordingen van artikel 3:242 BW noch uit de parlementaire toelichting is af te leiden dat de wetgever heeft beoogd de huidige regeling van herverpanding te beperken tot verwisselbare goederen. Integendeel, de wetgever lijkt met zijn keuze voor het woord "*goed*" de regeling van herverpanding te hebben willen verbreden naar alle voor verpanding vatbare goederen. Wel dient hierbij te worden opgemerkt dat de wetgever zich weinig tot geen rekenschap heeft gegeven van het verschil tussen herverpanding van verwisselbare goederen (zoals effecten) en herverpanding van niet-verwisselbare of zelfs unieke goederen. Ook in de literatuur is aan dit onderscheid nauwelijks aandacht besteed en lijkt algemeen te worden aangenomen dat herverpanding mogelijk is ten aanzien van zowel verwisselbare als niet-verwisselbare goederen.⁴³¹

⁴²⁹ Vergelijk: artikel 3:256 BW.

⁴³⁰ De bank kon op grond van deze bepaling na afloop van de lening effecten met andere nummers aan de cliënt retourneren.

⁴³¹ Men zou herverpanding van niet-verwisselbare goederen aanvaardbaar kunnen achten vanuit de gedachte de pandgever (eigenaar/rechthebbende) zelf de bevoegdheid tot herverpanding verleent. Doet een pandgever dit voor een niet-verwisselbaar of zelfs voor een uniek

Desalniettemin valt iets te zeggen voor een beperking van herverpanding tot verwisselbare goederen. In dit verband kan zowel een rechtshistorisch als een (intern) rechtsvergelijkend argument worden aangevoerd. Historisch gezien, bestond bij herverpanding (of beter gezegd: herbelening of herprolongatie) naar oud recht een duidelijk verband tussen de bijzondere bevoegdheid van de pandhouder en de verwisselbaarheid van het pandobject. Herbelening en herprolongatie had in de regel betrekking op effecten, die naar hun aard in hoge mate verwisselbaar waren.⁴³² Artikel 6 lid 1 Beurswet 1914, waarin de bevoegdheid tot herverpanding voor het eerst wettelijk werd vastgelegd, had dan ook uitsluitend betrekking op effecten ("*fondsen*"). Niet-verwisselbare effecten, zoals loten en obligaties van premieleningen, waren van de regeling uitgesloten. Pas in (het ontwerp van) het huidige artikel 3:242 BW is – overigens zonder toelichting van de wetgever – de oorspronkelijke beperking van de herverpandingsbevoegdheid tot verwisselbare pandobjecten verlaten.⁴³³ Tevens kan een parallel worden getrokken met het gebruiksrecht bij financiëlezekerheidsvereenkomsten tot vestiging van een pandrecht ("*fzo-pandrecht*") onder de Collateral Richtlijn, zoals geïmplementeerd in artikel 7:51-55 BW. De regeling van financiëlezekerheidsvereenkomsten bespreek ik uitgebreider in paragraaf 7.6. Kort weergegeven, kan in een financiëlezekerheidsvereenkomst aan een fzo-pandhouder een gebruiksrecht met betrekking tot de verpande financiële activa worden toegekend (art. 7:53 BW).⁴³⁴ Maakt de fzo-pandhouder van deze bevoegdheid gebruik, bijvoorbeeld door de financiële activa op zijn beurt in pand te geven aan een derde, dan is hij verplicht aan het einde van de financiëlezekerheidsvereenkomst "*gelijkwaardige goederen*" aan de fzo-pandgever over te dragen. Het gebruiksrecht is expliciet uitgesloten ten aanzien van kredietvorderingen. De reden die de Europese wetgever hiervoor heeft gegeven, is dat kredietvorderingen naar hun aard – anders dan giraal geld of effecten – niet fungibel zijn. Dit heeft tot gevolg dat een fzo-pandhouder die zijn gebruiksrecht uitoefent, niet in staat is om na afloop gelijkwaardige goederen aan de fzo-pandgever over te dragen. Er wordt bij financiëlezekerheidsvereenkomsten dus een duidelijk verband gelegd tussen het gebruiksrecht en de verwisselbaarheid van het zekerheidsobject.

Hoewel een beperking van herverpanding tot verwisselbare goederen om voormelde redenen zou kunnen worden verdedigd, moet het – gezien de bewoordin-

goed, dan aanvaardt hij daarmee het risico dat bij executie door de herpandhouder zijn eigendom van dat goed verloren gaat.

⁴³² Doordat ten aanzien van effecten gewoonlijk nummerverantwoording werd uitgesloten, behoefde de pandhouder na afloop niet exact dezelfde stukken (i.e. stukken met dezelfde nummers) aan de pandgever te retourneren. Hij kon volstaan met het teruggeven van effecten van dezelfde soort en waarde (zij het met andere nummers). Dit gegeven stelde de pandhouder feitelijk in staat de aan hem verpande effecten tussentijds te gebruiken en aan derden in pand te geven. Zie paragraaf: 2.4.1.4.

⁴³³ Zie hierover: Hoofdstuk 2.

⁴³⁴ Vergelijk: artikel 5 Collateral Richtlijn.

gen van artikel 3:242 BW – erop worden gehouden dat de huidige regeling van herverpanding zich uitstrekt tot alle voor verpanding vatbare goederen, of zij nu verwisselbaar of niet verwisselbaar zijn.

4.2.3 Gesecureerde vordering

Een herpandrecht kan door de herpandhouder worden gevestigd tot zekerheid van een eigen schuld of de schuld van een derde. De door het herpandrecht te zekeren vordering staat geheel los van de door het oorspronkelijk pandrecht gezeekerde vordering. Het herpandrecht is daarvan niet afhankelijk. Het herpandrecht is uitsluitend afhankelijk van de vordering tot zekerheid waarvan het is gevestigd. Een belangrijke consequentie hiervan is dat het herpandrecht ook blijft bestaan, indien de vordering van de pandhouder/herpandrecht wordt voldaan en daarmee het oorspronkelijke pandrecht een einde neemt.⁴³⁵ Als gevolg van herverpanding rusten, kortom, twee zelfstandige pandrechten op het pandobject tot zekerheid van twee verschillende vorderingen.

De wet stelt geen bijzondere eisen aan het karakter en de hoogte van de gesecureerde vordering bij herverpanding. Een herpandrecht kan aldus in beginsel worden gevestigd tot zekerheid van iedere willekeurige vordering van de herpandhouder.⁴³⁶ Zoals ieder pandrecht kan een herpandrecht uiteraard alleen tot zekerheid strekken van een vordering tot voldoening van een geldsom (art. 3:227 lid 1 BW). Deze vordering kan zowel bestaand als toekomstig zijn en op naam, aan order of aan toonder luiden. Bovendien kan dit een vordering op de herpandgever of een vordering op een derde⁴³⁷ zijn (art. 3:227 lid 2 BW).⁴³⁸ De herpandgever behoeft dus niet noodzakelijkerwijs de schuldenaar van de gezeekerde vordering te zijn. Strekt het herpandrecht tot zekerheid van een vordering van de

⁴³⁵ Deze problematiek komt nader aan de orde in paragrafen 4.3 en 4.4.

⁴³⁶ Zie ook: Van Hees 2001, p. 232.

⁴³⁷ Ook is denkbaar dat het herpandrecht door de pandhouder/herpandgever wordt gevestigd tot zekerheid van een vordering van de herpandhouder op de oorspronkelijk pandgever. Herverpanding voor een schuld van de oorspronkelijk pandgever zal zich normaliter niet snel voordoen, omdat een pandhouder gewoonlijk niet bereid is afstand te doen van zijn rang ten gunste van een andere crediteur (i.e. de herpandhouder) en de pandgever in dit geval ook de mogelijkheid heeft om voor zijn eigen schuld een tweede pandrecht te vestigen. Desalniettemin biedt herverpanding – anders dan vestiging van een tweede pandrecht – creditoren de mogelijkheid om in afwijking van het prioriteitsbeginsel een wijziging aan te brengen in de rangorde van de pandrechten zonder dat daarvoor de medewerking of instemming van de pandgever vereist is. Zie hierna uitgebreider: paragraaf 5.5. Zie tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 177. Koopal lijkt een herpandrecht tot zekerheid van een schuld van de oorspronkelijk pandgever niet als herpandrecht op te vatten. Zie: Koopal 1996 (naschrift), p. 419. Deze veronderstelling lijkt mij niet juist, nu een herpandrecht op zichzelf ook een derdenpand kan zijn. Een herpandrecht kan dus ook voor een schuld voor een ander dan de herpandgever worden gevestigd, bijv. voor een schuld van de oorspronkelijk pandgever.

⁴³⁸ Zie ook: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 132.

herpandhouder op een derde, dan ontstaat vanuit het perspectief van de herpandgever een derdenherpandrecht.⁴³⁹ Voorwaarde is in ieder geval dat de vordering voldoende bepaalbaar moet zijn.⁴⁴⁰ Voldoende is een zodanige omschrijving dat aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat, wanneer het executie van het onderpand aankomt.⁴⁴¹

Zoals reeds in paragraaf 4.2.1.3 ter sprake kwam, kunnen bij de verlening van de herverpandingsbevoegdheid beperkingen worden gesteld aan de aard en de hoogte van de door het herpandrecht te zekeren vordering.⁴⁴² Zo wordt de maximale hoogte van de geseceerde vordering in de praktijk niet zelden gelijkgesteld aan de hoogte van de door het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering.⁴⁴³ Daarnaast is denkbaar dat een pandgever alleen herverpanding tot zekerheid van bepaalde schulden van de pandhouder/herpandgever, of – in geval van derdenherpandrecht – van bepaalde schuldenaren zal willen toestaan. Met het oog op de hem treffende executie van het herpandrecht, is de pandgever erbij gebaat het risico van een eventuele tekortkoming door de schuldenaar van de door het herpandrecht gezekerde vordering zo klein mogelijk te houden. Dit zou hij kunnen doen door alleen herverpanding tot zekerheid van schulden van kredietwaardige partijen toe te staan. In de praktijk komt een dergelijke beperking echter niet veel voor.⁴⁴⁴ Ook wanneer dergelijke uitdrukkelijke beperkingen *niet* in de herverpandingsclausule zijn opgenomen, zou men kunnen betogen dat de herverpandingsbevoegdheid, wat de hoogte van de geseceerde vordering betreft, is beperkt tot de hoogte van de oorspronkelijke geseceerde vordering. Ik verwijs hiervoor naar de uiteenzetting in paragraaf 6.2.⁴⁴⁵

⁴³⁹ De kwalificatie als derdenpandrecht heeft onder meer tot gevolg dat de derde-zekerheidsgever kan verlangen dat eerst verpande of verhypotheceerde goederen van de schuldenaar zelf worden geëxecuteerd (art. 3:234 lid 1 BW). Ook kan de derde-zekerheidsgever worden gesubrogeerd in de vordering van de herpandhouder, indien hem toebehorende, verpande goederen voor een schuld van een ander worden uitgewonnen (art. 6:150 (a) BW).

⁴⁴⁰ Art. 3:231 lid 2 BW.

⁴⁴¹ Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, nr. 5, p. 249. Anders dan bij hypotheek (art. 3:260 lid 1 BW), behoeft de pandakte, zo daarvan sprake is, geen aanduiding te bevatten van de vordering tot zekerheid waarvan het pand strekt.

⁴⁴² Zie onder meer: Van Hees 2001, p. 233; en Faber/Vermunt 2010, p. 176.

⁴⁴³ Zie paragraaf 4.2.1.4 voor een dergelijke beperking in herverpandingsclausules in algemene voorwaarden van banken.

⁴⁴⁴ Ik verwijs naar de in paragraaf 4.2.1.4 weergegeven clausules, waarin een dergelijke 'personele' beperking steeds ontbreekt.

⁴⁴⁵ Over de relevantie van de omvang van het oorspronkelijke pandrecht – en meer in het bijzonder de hoogte van de oorspronkelijke, geseceerde vordering – kom ik terug in paragraaf 6.2. Zoals ik aldaar uiteenzet, moet de inhoud en strekking van de herverpandingsbevoegdheid op basis van een ongeclausuleerd herverpandingsbeding naar mijn mening worden bepaald aan de hand van de inhoud en strekking van het oorspronkelijke pandrecht. Het oorspronkelijke pandrecht biedt een objectieve en duidelijke maatstaf voor uitleg van een dergelijk herverpandingsbeding. Aan de hand hiervan kan in een concreet geval invulling kan worden gegeven aan de herverpandingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of in het algemeen een herpandrecht kan worden gevestigd voor een hogere schuld dan de oorspronkelijke geseceureerde vordering. Breken is op dit punt zeer uitgesproken. Hij meent dat als uitgangspunt zou moeten worden genomen dat het herpandrecht een geheel nieuw pandrecht is, waarin (de hoogte van) de geseceureerde vordering kan worden bepaald door herpandgever en herpandhouder, zonder enige bemoeienis van de pandgever.⁴⁴⁶ Dit brengt Breken tot de conclusie dat het herpandrecht ook voor hogere verplichtingen kan worden gevestigd dan waarvoor het oorspronkelijke pandrecht tot zekerheid strekt.⁴⁴⁷ Naar mijn mening is het op zichzelf genomen mogelijk dat een herpandrecht wordt gevestigd voor een hogere vordering dan de door het oorspronkelijke pandrecht geseceureerde vordering. De bevoegdheid daartoe zal evenwel niet snel mogen worden aangenomen.⁴⁴⁸

De vraag of het herpandrecht voor een hogere schuld kan worden gevestigd, is in zekere mate theoretisch. De hoogte van de door het herpandrecht te zekeren vordering is immers in de praktijk in verschillende opzichten beperkt. Praktisch gezien, zal de mogelijkheid tot herverpanding – en in het bijzonder: de hoogte van vordering waarvoor het herpandrecht wordt gevestigd – een beperking vinden in de waarde en overwaarde van het pandobject. In de eerste plaats zal een herpandhouder slechts krediet willen verlenen ter hoogte van de executiewaarde van het pandobject. Dit is naar redelijke inschatting het maximale bedrag waarop de herpandhouder zich bij executie zal kunnen verhalen.⁴⁴⁹ De hoogte van de door het herpandrecht te zekeren vordering is aldus primair begrenst tot de hoogte van executiewaarde van het (her)pandobject. In de tweede plaats bestaat bij herverpanding alleen praktisch belang, indien het pandobject voldoende overwaarde heeft, waaruit de vordering van de pandhouder/herpandgever kan worden voldaan ná voldoening van de herpandhouder. Een pandhouder/her-

⁴⁴⁶ Breken meent dat een herpandrecht een pandrecht met bijzondere eigenschappen is dat niet in alle opzichten is beperkt door de oorspronkelijke pandrecht. Breken concludeert dan ook dat de *nemo plus*-regel niet onverkort bij herverpanding geldt. Zie tevens: Koopal 1995, p. 777. De *nemo plus*-regel (naar het adagium van Ulpianus in D. 50,17,54 "*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*") houdt in dat niemand meer recht aan een ander kan overdragen dan hij zelf heeft.

⁴⁴⁷ Breken 2002, p. 378.

⁴⁴⁸ De pandgever zal de pandhouder uitdrukkelijk moeten machtigen tot herverpanding voor een hogere schuld. Zonder uitdrukkelijk toekenning van deze bevoegdheid, kan deze niet worden aangenomen. Ik verwijs in dit verband naar paragraaf 4.2.1.1 en 6.2. Ook indien de herverpandingsbevoegdheid wordt ontleend aan een algemeen, ongeclausuleerd herverpandingsbeding zal de hoogte van de te zekeren vordering – als gevolg van uitleg van het herverpandingsbeding – beperkt zijn tot de hoogte van de oorspronkelijke geseceureerde vordering. Zie: paragraaf 6.2.

⁴⁴⁹ Hierbij wordt aangenomen dat de herpandhouder – als gevolg van rangwisseling – de rang van eerste pandhouder inneemt. Indien meerdere (her)pandrechten op het pandobject zijn gevestigd, neemt het herpandrecht de plaats van het oorspronkelijke pandrecht in de rangorde in, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – tot maximaal de hoogte van de door het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering. Zie hierover: paragraaf 4.3.1 en 6.7.

pandgever zal immers – naar men mag aannemen – met de herverpanding niet zijn eigen verhaalsmogelijkheden en zekerheidspositie in gevaar willen brengen.⁴⁵⁰ Om deze reden is het niet aannemelijk dat de pandhouder/herpandgever een herpandrecht zal vestigen tot zekerheid van een schuld ter hoogte van de volle executiewaarde van het pandobject. Hij zal een zekere marge willen aanhouden, opdat ook hij – in geval van executie – ter zake van zijn vordering op de pandgever verhaal kan nemen op de executieopbrengst die resteert na verhaal door de (hoger gerangschikte) herpandhouder. Het ligt voor de hand dat een pandhouder/herpandgever geen herpandrecht zal vestigen voor een schuld die hoger is dan de overwaarde van het pandobject.

Naast deze praktische beperkingen valt er overigens wel wat voor te zeggen om de door het herpandrecht te zekeren vordering te beperken tot de hoogte van de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering. Dit hangt samen met het executierisico voor de oorspronkelijk pandgever dat het herpandrecht meebrengt. Indien het herpandrecht ten hoogste tot zekerheid kan strekken van een vordering gelijk aan de oorspronkelijk geseceerde vordering, zou de pandgever teneinde executie door de herpandhouder te voorkomen, het herpandrecht kunnen lossen door de vordering van de herpandhouder te voldoen.

Als gevolg hiervan verkrijgt de pandgever uit hoofde van subrogatie de vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever, welke vordering hij vervolgens kan verrekenen met zijn eigen pandschuld aan de pandhouder/herpandgever.⁴⁵¹ Indien de herpandschuld kleiner is dan (of gelijk is aan) de oorspronkelijke pandschuld is het risico voor de oorspronkelijk pandgever op deze wijze beperkt. Zijn oorspronkelijke pandschuld valt dan (gedeeltelijk) weg tegen de herpandschuld die de pandgever uit hoofde van subrogatie heeft verkregen.⁴⁵² Met het oog op het voorgaande doet een pandgever er goed aan de

⁴⁵⁰ Hierbij zij opgemerkt dat een pandhouder die tot herverpanding overgaat per definitie zijn zekerheidspositie minder sterk maakt. Ten opzichte van het herpandrecht, neemt het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever immers een lagere rang in. Zie: paragraaf 4.3.1. De pandhouder/herpandgever zal echter niet iedere mogelijkheid van verhaal onmogelijk willen maken door een herpandrecht te vestigen tot zekerheid van een vordering die de overwaarde van het pandobject overtreft.

⁴⁵¹ Zie uitgebreider: paragraaf 6.4.2.

⁴⁵² In geval van herverpanding door een krediet- of bankpandhouder ligt het voorgaande moeilijker. In dat geval fluctueert (de hoogte van) de vordering(en) tot zekerheid waarvan het oorspronkelijke pandrecht is gevestigd. Voor de hoogte van de herpandschuld kan in dat geval dus niet worden aangesloten bij een vaststaande hoogte van de oorspronkelijke geseceerde vordering. In geval van herverpanding door een krediet- of bankpandhouder zou men kunnen aansluiten bij de hoogte van het op het moment van herverpanding uitstaande bedrag. In dat geval wordt een vast herpandrecht gevestigd tot zekerheid van een vordering voor maximaal dat bedrag. Nadeel hiervan is de oorspronkelijke pandschuld blijft fluctueren – de krediet- of bankrelatie duurt immers voort – als gevolg waarvan verrekening van de (bij voldoening door pandgever bij wege van subrogatie op hem overgegene) herpandschuld geen of onvoldoende uitkomst zal bieden bij een laag uitstaande saldo in de krediet- of bankrelatie tussen pandgever

hoogte van de vordering uitdrukkelijk in het herverpandingsbeding te beperken.⁴⁵³

4.2.4 Vestiging van herpandrecht

De pandhouder/herpandgever vestigt het herpandrecht in eigen naam op het aan hem verpande goed. Dit is uitdrukkelijk door de wetgever bevestigd in de parlementaire toelichting.⁴⁵⁴ De pandhouder/herpandgever handelt bij vestiging van het herpandrecht dus niet in naam van de pandgever. De opvatting dat de herpandgever bij vestiging van het herpandrecht in eigen naam handelt, is door de meeste schrijvers aangenomen.⁴⁵⁵ Fikkers heeft daarentegen het standpunt verdedigd dat de herpandgever moet worden opgevat als een middellijk vertegenwoordiger van de pandgever/rechthebbende.⁴⁵⁶ Dit standpunt is kritisch ontvangen en heeft nadien geen navolging gekregen.⁴⁵⁷ Over het karakter van de bevoegdheid van de pandhouder kom ik uitgebreider te spreken in paragraaf 8.2.3. Een herpandrecht wordt gelijk ieder pandrecht gevestigd op de in afdeling 3.9.2 BW geregelde wijzen. De wijze waarop een herpandrecht kan c.q. moet worden gevestigd, hangt derhalve af van de aard van het te herverpanden goed. Een belangrijke vraag bij herverpanding is echter in hoeverre de vestiging van het herpandrecht wordt bepaald door de wijze waarop het oorspronkelijke pandrecht is gevestigd.⁴⁵⁸ Tot slot kan een herpandrecht onder omstandigheden ook bij voorbaat worden gevestigd op toekomstige goederen. Op deze kwesties ga ik hierna nader in.

en pandhouder/herpandgever. Een mogelijk alternatief is om de herpandschuld in hoogte gelijk te schakelen met de (fluctuerende hoogte van de) oorspronkelijke pandschuld. Wanneer het op executie aankomt, moet de hoogte van de oorspronkelijke pandschuld (i.e. het openstaande saldo in de krediet- of bankrelatie) en daarmee de strekking van het herpandrecht bepaald. Het herpandrecht strekt in dat geval tot zekerheid van de vordering van de herpandhouder, doch tot maximaal de hoogte van de (op dat moment openstaande) oorspronkelijke pandschuld. Door voldoening van dit bedrag aan de herpandhouder, zou de pandgever het herpandrecht moeten kunnen lossen. Dit bedrag kan hij vervolgens volledige verrekenen met het even hoge bedrag van zijn pandschuld.

⁴⁵³ Een dergelijke beperking komt in de praktijk regelmatig voor. Zie: 4.2.1.4.

⁴⁵⁴ Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766-767.

⁴⁵⁵ Zie onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 132; Visser 2004, p. 193-195; Breken 2002, p. 368; Van Hees 2001, p. 227; Van der Lely 1999, p. 43; Faber 1998, p. 686; en Koopal 1995, p. 775.

⁴⁵⁶ Fikkers 1998, p. 303.

⁴⁵⁷ Zie voor deze discussie: Fikkers 1998, p. 301-307; Faber 1998, p. 686-688; Lely 1999, p. 39-43; en Breken 2002, p. 368.

⁴⁵⁸ Zie hierover onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 132.

4.2.4.1 Aard van het pandobject

De wijze van vestiging van een herpandrecht wordt allereerst bepaald door de aard van het te herverpanden goed. Wordt het herpandrecht op een roerende zaak of een recht aan toonder of order⁴⁵⁹ gevestigd, dan gelden de vestigingsvereisten van artikel 3:236 BW ('vuistpand') of artikel 3:237 BW ('vuistloos pand'). Op andere goederen wordt een herpandrecht gevestigd op overeenkomstige wijze als voor levering van het te verpanden goed is bepaald (art. 3:236 lid 2 BW). Voor herverpanding van vorderingen op naam gelden aldus de vestigingsvereisten van artikel 3:236 lid 2 jo. artikel 3:94 lid 1 BW ('openbaar pand'). Daarnaast kunnen vorderingen op naam ook worden verpand op grond van artikel 3:239 BW ('stil pand'). Een herpandrecht op aandelen in een besloten vennootschap wordt gevestigd conform artikel 2:198 jo. artikel 2:196 BW. Voor de vestiging van een (her)pandrecht op Wge-aandelen gelden de vereisten van artikel 20 en/of artikel 21 Wge. Ik licht de verschillende vestigingswijzen kort toe.⁴⁶⁰

Een herpandrecht op een roerende zaak of een aan toonder of order kan worden gevestigd door de zaak of het toonder- of orderpapier in de macht van de herpandhouder of van een aangewezen derde te brengen (art. 3:236 lid 1 BW). In geval van een orderpapier geldt hier een bijkomende vestigingsvereiste van endossement.⁴⁶¹ Op deze wijze verkrijgt de herpandhouder een vuist(her)pandrecht op het betreffende goed. Een herpandrecht kan echter ook 'vuistloos' worden gevestigd. In dit geval vindt herverpanding plaats door middel van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte⁴⁶², zonder dat de zaak of het toonder- of orderpapier in de macht van de herpandhouder in de macht van de pandhouder wordt gebracht (art. 3:237 lid 1 BW). Bij een dergelijk vuistloos herpandrecht blijft het goed in kwestie onder de pandhouder/herpandgever.⁴⁶³ Schiet laatstgenoemde in zijn verplichtingen jegens de herpandhouder tekort of dreigt hij hierin tekort te schieten, dan is de herpandhouder bevoegd te vorderen dat

⁴⁵⁹ Hieronder tevens begrepen: een vruchtgebruik van een roerende zaak of een recht aan toonder of order. Deze categorie laat ik voor de leesbaarheid in de hoofdtekst onvermeld.

⁴⁶⁰ Zie uitgebreider over de verschillende vestigingsvereisten onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, h. 3; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 528 e.v.; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nrs. 762-769.

⁴⁶¹ Art. 3:236 lid 1 (laatste zin) BW.

⁴⁶² Zie paragraaf 8.3.1 voor een bespreking van de in de literatuur breed gedragen opvatting dat een in eigen naam handelende (beschikkingsbevoegde) tussenpersoon ('gemachtigde') geen geldige levering c.q. vestiging van een pandrecht kan verrichten ten aanzien van rechten op naam, omdat alleen de rechthebbende zelf (al dan niet onmiddellijk vertegenwoordigd) partij moet zijn bij de daartoe bestemde akte. Deze opvatting – die evenzeer zou moeten gelden voor herverpanding – lijkt mij overigens minder juist. Naar mijn mening kan door een in eigen naam handelende (beschikkingsbevoegde) tussenpersoon niet alleen door machtsverschaffing, maar ook bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte een pandrecht worden gevestigd.

⁴⁶³ Ook is denkbaar dat het pand zich nog onder de eerste pandgever bevindt. Dit doet zich voor indien het oorspronkelijke pandrecht vuistloos is gevestigd.

het pand in de macht van hemzelf of van een derde wordt gebracht.⁴⁶⁴ Daarmee wordt het vuistloos herpandrecht alsnog een vuistpandrecht.

Een herpandrecht op vorderingen op naam kan zowel 'openbaar' als 'stil' worden gevestigd. Bij een openbaar herpandrecht vindt de vestigingshandeling plaats door een daartoe bestemde authentieke of onderhandse akte gevolgd door mededeling daarvan aan de debiteur van de herverpande vordering (art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 BW). Een 'stil' herpandrecht wordt gevestigd door middel van een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte zonder mededeling daarvan aan de debiteur van de herverpande vordering (art. 3:239 lid 1 BW). Bij 'stille' herverpanding van vorderingen op naam geldt overigens wel het vereiste van artikel 3:239 lid 1 BW, namelijk dat een stil herpandrecht alleen kan worden gevestigd op een bestaande vordering of op een (toekomstige) vordering die rechtstreeks zal worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding.

Voorts dient te worden gewezen op twee bijzondere, voor de praktijk relevante vestigingsvereisten, namelijk die voor vestiging van een (her)pandrecht op aandelen op naam in een besloten of naamloze vennootschap alsmede voor de vestiging van een (her)pandrecht op een aandeel van in verzameldepot onder de Wge. Een (her)pandrecht op aandelen op naam in een naamloze of besloten vennootschap moet worden gevestigd op dezelfde wijze als levering van aandelen (art. 2:89 lid 1 jo art. 2:86 BW respectievelijk 2:198 lid 1 jo. 196 lid 1 BW). Voor (her) verpanding van aandelen is een notariële akte vereist. Hierbij moet worden opgemerkt dat de vestiging van een pandrecht op aandelen in de statuten van de vennootschap kan zijn uitgesloten.⁴⁶⁵ Een dergelijk statutair beding staat vanzelfsprekend ook in de weg aan de vestiging van een herpandrecht op de aandelen. Een (her)pandrecht op een aandeel van een belegger in een verzameldepot moet worden gevestigd door bijschrijving ten name van de pandhouder in de administratie van de instelling (art. 20 Wge). Dit is slechts anders indien het (her) pandrecht ten behoeve van een aangesloten instelling wordt gevestigd. In dat geval kan een (her)pandrecht door enkele overeenkomst worden gevestigd (artikel 21 Wge).⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Zie: artikel 3:237 lid 3 BW.

⁴⁶⁵ Art. 2:89 lid 1 en 2:198 lid 1 BW. Bij een naamloze vennootschap kan de bevoegdheid tot verpanding van een aandeel aan toonder niet in de statuten worden uitgesloten.

⁴⁶⁶ Zie uitgebreider: Schim 2006, p. 178 e.v.; en tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 198. Een (her)pandrecht op een aandeel van een aangesloten instelling in een girodepot kan op grond van artikel 42 Wge ten gunste van een andere aangesloten instelling worden gevestigd door bijschrijving ten name de andere instelling in de administratie van het centrale instituut (Euroclear Nederland). Verpanding en herverpanding van een aandeel in een girodepot en de discussie over de toelaatbaarheid daarvan, laat ik hier buiten beschouwing. Wel dient verpanding door een aangesloten instelling van een aandeel in het girodepot te worden onderscheiden van herverpanding door de aangesloten instelling van een door een belegger aan haar verpand

4.2.4.2 Relevantie van de vestigingswijze van het oorspronkelijke pandrecht

Met betrekking tot de vestiging van een herpandrecht doet zich tevens de vraag voor in hoeverre de vestigingswijze wordt bepaald door de wijze waarop het oorspronkelijke pandrecht is gevestigd, bijvoorbeeld als vuistpand of vuistloos pand op roerende zaken en toonder- of orderpapieren, dan wel als openbaar of stil pand op vordering op naam. Men kan zich afvragen of het mogelijk is dat een pandhouder met een vuistloos pandrecht op roerende zaken een vuistherpandrecht kan vestigen. Op eenzelfde wijze kan de vraag worden gesteld of een *stil* pandrecht op vorderingen op naam kan worden opgevolgd door een *openbaar* herpandrecht.

Vuistpand en vuistloos pand

Wanneer het oorspronkelijke pandrecht een vuistpand is en de pandhouder aldus de macht over het pandobject⁴⁶⁷ heeft, dan heeft de pandhouder/herpandgever de keuze het goed met of zonder machtsverschaffing aan de herpandhouder te herverpanden.⁴⁶⁸ De pandhouder/herpandgever kan het (her)pandobject immers fysiek in de macht van de herpandhouder brengen. Is het oorspronkelijke pandrecht daarentegen vuistloos gevestigd (overeenkomstig artikel 3:237 BW) en bevindt het goed zich mitsdien nog in de macht van oorspronkelijk pandgever, dan ligt voor de hand dat de pandhouder uitsluitend een vuistloos herpandrecht zal kunnen vestigen.⁴⁶⁹ De pandhouder/herpandgever kan immers niet de voor vuistpand vereiste macht aan de herpandhouder verschaffen.⁴⁷⁰

Door onder meer Stein is betoogd dat in een dergelijk geval toch een vuistherpandrecht kan worden gevestigd, namelijk doordat de eerste pandgever wordt aangemerkt als door partijen overeengekomen derde in de zin van artikel

aandeel in een verzameldepot. Alleen in dat laatste geval is sprake van werkelijke herverpanding: i.e. het door een pandhouder vestigen van een nieuw pandrecht op een hem verpand goed.

⁴⁶⁷ Al dan niet via een derde in de zin van artikel 3:236 lid 1 BW.

⁴⁶⁸ In het eerste geval wordt het herpandrecht gevestigd door het pandobject in de macht van de herpandhouder (of van een aangewezen derde) te brengen (vgl. art. 3:236 lid 1 BW). In het tweede geval wordt het herpandrecht gevestigd door middel van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte zonder dat het goed in de macht van de herpandhouder (of van een aangewezen derde) wordt gebracht (vgl. art. 3:237 lid 1 BW).

⁴⁶⁹ Zie tevens: Koopal 1995, p. 776. Koopal meent dat een vuistloos ('stil') pandhouder het goed niet in vuistpand kan geven, tenzij dit tussen partijen (oorspronkelijke pandgever en pandhouder/herpandgever) is overeengekomen.

⁴⁷⁰ Zie anders: Breken 2002, p. 377. Breken lijkt de mening toegedaan dat een oorspronkelijk vuistloos pandrecht kan worden gevolgd door een vuistherpandrecht. Hoe dat praktisch gezien in zijn werk moet gaan, licht Breken niet toe. De opmerking van Breken lijkt ingegeven door het door hem vooropgestelde uitgangspunt dat een herpandrecht een zelfstandig pandrecht met een eigen regeling voor de vestiging oplevert.

3:236 lid 1 BW.⁴⁷¹ De oorspronkelijke pandgever wordt dan geacht het goed te houden voor de herpandhouder. Dit lijkt op het eerste gezicht een eenvoudige oplossing, maar hierachter gaat een tal van complicaties schuil. In de eerste plaats neemt de pandgever in deze constellatie van vuistloos pandrecht en vuistherpandrecht een wat wonderlijke positie in. De pandgever is immers in de regel eigenaar van c.q. rechthebbende op het betreffende goed. In het kader van het eerste pandrecht is hij pandgever die het pandobject (vooralsnog) onder zich houdt, terwijl hij in het kader van het herpandrecht echter een (door herpandgever en herpandhouder aangewezen) derde is die goed voor de herpandhouder houdt. Voor zover men dit niet reeds problematisch acht⁴⁷², moet in de tweede plaats worden gewezen op een complicatie bij de vordering van afgifte ex artikel 3:237 lid 3 BW door de pandhouder/herpandgever. In het algemeen geldt dat een pandhouder afgifte van het goed kan vorderen indien de oorspronkelijk pandgever in zijn verplichtingen tekortschiet of dreigt tekort te schieten. Rusten er meerdere pandrechten op het goed – zoals bij herverpanding – dan kan iedere pandhouder jegens wie de pandgever tekortschiet deze bevoegdheid uitoefenen, met dien verstande dat een lager gerangschikte pandhouder slechts afgifte kan vorderen aan een tussen de gezamenlijke pandhouders overeengekomen of door de rechter aan te wijzen pandhouder of derde (art. 3:237 lid 3 BW). In voornoemd geval zal alleen de pandhouder/herpandgever afgifte kunnen vorderen. Het pandobject bevindt zich wat het herpandrecht betreft immers al (zij het indirect via de eerste pandgever als aangewezen derde) in de macht van de herpandhouder. Indien de pandhouder/herpandgever afgifte vordert, dan kan het pandobject echter niet in zijn macht worden gebracht. Dat zou immers tot gevolg hebben dat het herpandrecht eindigt op grond van artikel 3:258 lid 1 BW⁴⁷³ en zou botsen met het bepaalde in artikel 3:237 lid 3 (tweede zin) BW. Als lager gerangschikte pandhouder – zoals hierna wordt besproken, gaat het herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht – kan de pandhouder/herpandgever slechts afgifte aan een gezamenlijk of door de rechter aan te wijzen pandhouder of derde vorderen. In de gegeven omstandigheden moet dat de herpandhouder⁴⁷⁴ of een nader aan te wijzen derde zijn. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat indien de eerste pandgever in zijn verplichtingen jegens de pandhouder/herpandgever tekortschiet, alleen de pandhouder/herpandgever afgifte kan vorde-

⁴⁷¹ Stein (*Vermogensrecht*), aant. 3.3 bij art. 3:242 BW.

⁴⁷² De pandgever combineert immers de goederenrechtelijke positie van eigenaar/rechthebbende/bezitter met de positie van houder voor de herpandgever.

⁴⁷³ Een vuistpand eindigt indien het pand in de macht van de pandgever komt. Bij herverpanding brengt dit mee dat een door middel van machtsverschaffing gevestigd herpandrecht (art. 3:236 lid 1 BW) eindigt indien het goed in de macht van de herpandgever komt.

⁴⁷⁴ Men zou erover kunnen twisten of afgifte aan de herpandhouder in deze situatie kan, nu het pandobject – wat de herpandhouder aangaat – reeds (indirect) door hem wordt gehouden.

ren⁴⁷⁵, doch niet aan zichzelf, maar uitsluitend aan de herpandhouder of een nader aan te wijzen derde. Op grond van het voorgaande lijkt het mij problematisch indien zou worden aangenomen dat een vuistloos pandhouder een vuistherpandrecht zou kunnen vestigen.

Openbaar of stil pandrecht

Zoals bij herverpanding van roerende zaken en toonder- en orderpapieren de vraag speelt of een vuistherpandrecht op een vuistloos pandrecht kan volgen, speelt bij herverpanding van vorderingen op naam de vraag of volgend op een stil pandrecht een openbaar herpandrecht kan worden gevestigd.

Is de betreffende vordering in eerste instantie openbaar verpand, dan staat het de (daartoe gemachtigde) pandhouder vrij om de vordering eveneens openbaar te herverpanden. Het herpandrecht wordt dan gevestigd door middel van een daartoe bestemde akte gevolgd door mededeling van de verpanding aan de debiteur van de vordering. De pandhouder kan in dat geval er ook voor kiezen de openbaar aan hem verpande vordering stil te herverpanden. Mededeling van de herverpanding aan de debiteur van de vordering blijft dan achterwege. Is de betreffende vordering daarentegen in eerste instantie echter stil verpand, dan ligt het iets moeilijker. Strikt genomen, zou het mogelijk kunnen worden geacht dat een stille verpanding van vorderingen wordt opgevolgd door een openbare herverpanding.⁴⁷⁶ In de praktijk lijkt dat echter onwenselijk. Mededeling van herverpanding aan de debiteur van de (her)verpande vordering houdt immers feitelijk tevens mededeling van de eerste verpanding in. De bezwaren tegen het doen van mededeling die bij de oorspronkelijke stille verpanding speelden, zullen bij herverpanding evenzeer, zo niet in hogere mate, spelen. Als uitgangspunt zou mijns inziens moeten gelden dat indien een vordering in eerste instantie stil wordt verpand – dus zonder mededeling aan de debiteur van de verpande vordering – dezelfde vordering vervolgens niet openbaar kan worden herverpand.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Op grond van artikel 3:237 lid 3 (tweede zin) BW kan indien meerdere pandrechten op een goed rusten, uitsluitend de pandhouder jegens wie de pandgever tekortschiet, de bevoegdheid tot het vorderen van afgifte uitoefenen. In voorliggend geval is dat de pandhouder/herpandgever.

⁴⁷⁶ De mogelijkheid van een stille verpanding gevolgd door een openbare herverpanding wordt onder meer door Faber genoemd in zijn bespreking van artikel 6:130 BW in verband met herverpanding. Zie: Faber 2005, p. 289 e.v. Zie tevens: Fikkers 1998, p. 306. Fikkers bespreekt de consequenties voor de inningsbevoegdheid van een stille verpanding gevolgd door een openbare herverpanding van vorderingen op naam. Fikkers besteedt echter geen aandacht aan de vraag of openbare herverpanding überhaupt mogelijk is na een stille verpanding.

⁴⁷⁷ Op de relevantie van het oorspronkelijke pandrecht voor de omvang van de herverpandingsbevoegdheid en het herpandrecht kom ik nader te spreken in paragraaf 6.2.

Omdat openbare herverpanding echter strikt genomen niet onmogelijk is, doen pandgevers er bij stille verpanding van vorderingen goed aan de herverpandingsbevoegdheid uitdrukkelijk te beperken tot stille herverpanding, waarbij mededeling van herverpanding pas mag worden gedaan wanneer de herpandgever of schuldenaar in zijn verplichtingen jegens de herpandhouder tekortschiet dan wel dreigt tekort te schieten én de oorspronkelijk pandgever het herpandrecht niet binnen de hem gestelde termijn lost.⁴⁷⁸

4.2.4.3 Herverpanding bij voorbaat van toekomstige goederen

De bevoegdheid tot herverpanding is nauw verbonden aan de hoedanigheid van pandhouder. Alleen een tot herverpanding gemachtigde *pandhouder* is bevoegd de hem in pand gegeven goederen te herverpanden.⁴⁷⁹ Dit neemt niet weg dat ook een aspirant-pandhouder, aan wie bij voorbaat toekomstige goederen zijn verpand en aan wie bij die gelegenheid reeds de herverpandingsbevoegdheid is toegekend, bij voorbaat een herpandrecht op deze goederen kan vestigen.

Evenals een gewoon pandrecht kan een herpandrecht bij voorbaat worden gevestigd op toekomstige goederen in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de oorspronkelijk pandgever (art. 3:98 jo. art. 3:97 BW).⁴⁸⁰ Voor de goede orde: het gaat hier om de (op het moment van verpanding nog ontbrekende) beschikkingsbevoegdheid van de oorspronkelijk pandgever. Het gaat niet om de beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever ten aanzien van het pandobject of de toekenning van diens bevoegdheid tot herverpanding. Een herpandrecht wordt immers niet in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever gevestigd.⁴⁸¹ Wanneer een pandhouder een 'herpandrecht' bij voorbaat zou vestigen in afwachting van zijn eigen beschikkingsbevoegdheid, dan zou van herverpanding geen sprake zijn. Dit zou neerkomen op een gewoon bij voorbaat gevestigd pandrecht. Een herpandrecht kan evenmin door een pandhouder worden gevestigd in afwachting van toekenning van de herverpandingsbevoegdheid. Zonder voorafgaande, ondubbelzinnig toegekende herverpandingsbevoegdheid, is herverpanding immers niet mogelijk.⁴⁸²

⁴⁷⁸ Vergelijk: art. 3:239 lid 3 BW. Zie daarover uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 219.

⁴⁷⁹ Zie in gelijke zin: Breken 2002, p. 377 en p. 382.

⁴⁸⁰ Zie in gelijke zin: Breken 2002, p. 371.

⁴⁸¹ In een herverpandingscasus is en wordt de pandhouder/herpandgever immers niet volledig beschikkingsbevoegd. Hij ontleent zijn bevoegdheid tot herverpanding aan de hem door de pandgever verleende machtiging, welke hem – zoals reeds opgemerkt – kan worden toegekend bij de vestiging van het oorspronkelijke pandrecht bij voorbaat.

⁴⁸² Zie: paragraaf 4.2.1 en 6.3.1.

Herverpanding bij voorbaat doet zich derhalve uitsluitend voor in de situatie waarin bij voorbaat (in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever) een oorspronkelijke pandrecht op toekomstige goederen is gevestigd, ter gelegenheid waarvan de pandgever – eveneens bij voorbaat⁴⁸³ – de herverpandingsbevoegdheid aan de aspirant-pandhouder heeft toegekend.⁴⁸⁴ De herverpanding bij voorbaat van toekomstige goederen vindt plaats in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de oorspronkelijk pandgever, waarvan de reeds bij voorbaat aan de aspirant-pandhouder toegekende herverpandingsbevoegdheid is afgeleid, en geschiedt onder de opschortende voorwaarde dat de herpandgever de hoedanigheid van pandhouder verkrijgt.⁴⁸⁵

Bij herverpanding bij voorbaat gelden de gebruikelijke beperkingen van verpanding bij voorbaat.⁴⁸⁶ Zo geldt het algemene vereiste dat de te herverpanden goederen voldoende bepaalbaar moeten zijn. Dit houdt in dat de goederen voldoende identificeerbaar zijn op het moment dat zij door de pandgever worden verkregen.⁴⁸⁷ Daarnaast zal een herpandrecht op toekomstige roerende zaken en toonder- of orderpapieren – zolang de pandhouder/herpandgever nog niet de feitelijke macht over de goederen heeft verkregen en hij deze niet aan de herpandhouder kan verschaffen – slechts 'vuistloos' kunnen worden gevestigd. Een herpandrecht op toekomstige vorderingen op naam zal ook slechts als 'stil' herpandrecht kunnen worden gevestigd, zolang de debiteur van de vordering aan wie mededeling moet worden gedaan, nog niet bekend is. Voor stille herverpanding bij voorbaat van vorderingen op naam geldt bovendien de – reeds besproken – beperking van artikel 3:239 lid 1 BW. Een stil herpandrecht kan slechts bij voorbaat worden gevestigd op vorderingen op naam indien deze vorderingen rechtstreeks zullen worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding.⁴⁸⁸

⁴⁸³ Zoals nader zal worden toegelicht in paragraaf 8.2.3, betreft de herverpandingsbevoegdheid een contractueel toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid. De herverpandingsbevoegdheid is afgeleid van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever (i.e. eigenaar/rechthebbende van het pandobject). Op het moment dat de herverpandingsbevoegdheid wordt toegekend aan de (aspirant)pandhouder/herpandgever bij een verpanding bij voorbaat, is de pandgever zelf nog niet beschikkingsbevoegd. Dit brengt mee dat de pandgever de bevoegdheid tot herverpanding ook slechts bij voorbaat aan de (aspirant) pandhouder/herpandgever kan toekennen. De bij voorbaat toegekende herverpandingsbevoegdheid van de (aspirant) pandhouder/herpandgever ontstaat als gevolg van en gelijktijdig met het verkrijgen van de beschikkingsbevoegdheid door de oorspronkelijk pandgever.

⁴⁸⁴ Zie ook: Van Hees 2001, p. 236.

⁴⁸⁵ Vergelijk: Faber/Vermont 2010, p. 179; en Breken 2002, p. 377.

⁴⁸⁶ Zie onder meer: Sniijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 508 en 535; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 776-777.

⁴⁸⁷ Voor een stil pandrecht op toekomstige vorderingen geldt tevens het vereiste van artikel 3:239 lid 1 BW dat deze vorderingen rechtstreeks moeten worden verkregen uit een bestaande rechtsverhouding.

⁴⁸⁸ Met ander woorden: uitsluitend relatief toekomstige vorderingen kunnen bij voorbaat worden herverpand. Een bekend voorbeeld van een dergelijke relatief toekomstige vordering is de

Het bij voorbaat gevestigde herpandrecht komt – evenals het bij voorbaat gevestigde oorspronkelijke pandrecht – van rechtswege tot stand op het moment dat de oorspronkelijk pandgever de betreffende goederen verkrijgt.⁴⁸⁹ Eerst op dat moment is immers aan alle vestigingsvereisten, waaronder de beschikkingsbevoegdheid van de oorspronkelijk pandgever, waarvan de herverpandingsbevoegdheid is afgeleid, voldaan.⁴⁹⁰ Op datzelfde moment gaat de opschortende voorwaarde waaronder het herpandrecht is gevestigd in vervulling, doordat de herpandgever de hoedanigheid van pandhouder verkrijgt.

4.2.4.4 Meervoudige herverpanding

In beginsel staat er niets aan in de weg dat de pandhouder/herpandgever meer dan één herpandrecht op het pandobject vestigt. Dit is ook algemene opvatting in de literatuur. Van Hees ziet geen principiële bezwaren tegen de mogelijkheid dat een pandhouder meerdere malen tot herverpanding overgaat. Hij schrijft dat het inherent aan de figuur van het pandrecht is dat pandrechten min of meer onbeperkt kunnen worden gestapeld.⁴⁹¹ Ook Faber en Vermunt menen dat een pandhouder aan wie de bevoegdheid daartoe is toegekend, meermalen tot herverpanding kan overgaan.⁴⁹² Men neemt aan dat de verschillende herpandrechten in dat geval rang nemen in volgorde van vestiging (i.e. naar prioriteit), doch vóór het oorspronkelijke pandrecht.⁴⁹³

Waar het in de praktijk op zal aankomen, is de vraag of kan worden aangenomen dat de bevoegdheid tot meervoudige verpanding aan de pandhouder is toegekend.⁴⁹⁴ Van Hees merkt daarbij op dat kritisch zal moeten gekeken naar de bedoeling van de pandgever bij toekenning van de herverpandingsbevoegdheid. Gezien de gevolgen van meervoudige herverpanding zou de bevoegdheid tot meervoudige herverpanding naar zijn mening niet te snel mogen worden aangenomen.⁴⁹⁵ Het risico van meervoudige herverpanding laat zich raden. Een pand-

toekomstige vordering tot betaling van huurpenningen, die voortvloeit uit een reeds bestaande huurovereenkomst. Zie: Hijma/Olthof 2011, nr. 263.

⁴⁸⁹ Zie tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 179.

⁴⁹⁰ Zie onder meer: Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 535; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 777. Een tussentijds faillissement van de pandgever staat hieraan evenwel in de weg. Op de gevolgen van een tussentijds faillissement van de pandgever en pandhouder/herpandgever kom ik nader te spreken in paragraaf 6.5.

⁴⁹¹ Van Hees 2001, p. 235. Zie in gelijke zin: Breken 2002, p. 379.

⁴⁹² Faber/Vermunt 2010, p. 179.

⁴⁹³ Zie hierna uitgebreider: paragraaf 6.7.2.

⁴⁹⁴ In de praktijk zal de mogelijkheid tot meervoudige herverpanding ook beperking vinden in de (over)waarde van het pandobject. Aangenomen dat de pandhouder/herpandgever voldoende zekerheid zal willen behouden dat hij zijn eigen vordering op de pandgever kan verhalen, zal hij mogelijk niet snel meerdere pandrecht vestigen voor vorderingen die gezamenlijk de overwaarde van het pandobject overtreffen.

⁴⁹⁵ Van Hees 2001, p. 235

houder/herpandgever zou het pandobject kunnen bezwaren tot zekerheid van een groot aantal schulden die de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering⁴⁹⁶ en de waarde van het pandobject te boven gaan. Ik zou hieraan willen toevoegen dat als uitgangspunt heeft te gelden dat ook de bevoegdheid tot meervoudige herverpanding ondubbelzinnig aan de pandhouder/herpandgever moet zijn toegekend. Zonder ondubbelzinnige toekenning kan de bevoegdheid tot meervoudige herverpanding niet worden aangenomen en moet ervan worden uitgegaan dat de pandhouder/herpandgever daartoe niet bevoegd is.⁴⁹⁷

4.2.4.5 Doorgeven van de herverpandingsbevoegdheid

Bij herverpanding doet zich tevens de vraag voor of een tot herverpanding gemachtigde pandhouder bevoegd is bij vestiging van het herpandrecht – op zijn beurt – aan de herpandhouder de bevoegdheid tot herverpanding toe te kennen. Met andere woorden: kan de herverpandingsbevoegdheid worden 'doorgegeven'? Indien dit mogelijk wordt geacht, dan zou een herpandhouder op zijn beurt tot herverpanding kunnen overgaan en zou aldus een onbeperkte reeks van herverpandingen kunnen ontstaan.⁴⁹⁸

In de literatuur is aan deze vraag weinig aandacht besteed.⁴⁹⁹ Van Hees heeft opgemerkt dat hij – evenals met betrekking tot het onderwerp van meervoudige herverpanding door de pandhouder – hiertegen geen principiële bezwaren ziet.⁵⁰⁰ Naar mijn mening is het doorgeven van de herverpandingsbevoegdheid niet per definitie onmogelijk, al zal de bevoegdheid daartoe niet snel kunnen worden aangenomen. Zoals in paragraaf 8.2.3 wordt besproken, moet de herverpandingsbevoegdheid worden aangemerkt als een contractueel door de pandgever aan de pandhouder toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid. Het geeft de pandhouder immers de bevoegdheid om over een aan de pandgever toebehorend goed te beschikken. Die beschikkingsbevoegdheid kan de pandhouder – indien dit hem is toegestaan – op zijn beurt aan de herpandhouder toekennen.⁵⁰¹

De herverpandingsbevoegdheid zal hoe dan ook ondubbelzinnig door de pandhouder/herpandgever aan de herpandhouder moeten worden toegekend. Of het 'doorgeven' van de herverpandingsbevoegdheid mogelijk is – dat wil zeggen: of

⁴⁹⁶ Aangenomen dat de door herpandrechten te zekeren vordering(en) niet in hoogte is gelimiteerd.

⁴⁹⁷ Zie uitgebreider: paragraaf 4.2.1.1.

⁴⁹⁸ Zie tevens: paragraaf 6.7.3.

⁴⁹⁹ Zie onder meer: Stein 1970, p. 149; Van Hees 2001, p. 237; en Breken 2020, p. 376 (vn. 24).

⁵⁰⁰ Van Hees 2001, p. 237. Van Hees merkt in dit verband op dat het inherent aan de figuur van het pandrecht is dat pandrechten min of meer onbeperkt kunnen worden gestapeld. Zie: Van Hees 2001, p. 235.

⁵⁰¹ In dat geval ontstaat een "ondermachtiging", zoals besproken in: Groefsema 1993, p. 27.

een pandhouder/herpandgever de bevoegdheid heeft om de hem toegekende herverpandingsbevoegdheid op zijn beurt toe te kennen aan de herpandhouder – zal in de praktijk afhangen van de inhoud van oorspronkelijk herverpandingsbevoegdheid.⁵⁰² Om de bevoegdheid tot het 'doorgeven' van de herverpandingsbevoegdheid te kunnen aannemen, zal deze bevoegdheid ondubbelzinnig moeten zijn verleend.⁵⁰³ Slechts indien ondubbelzinnig blijkt dat de oorspronkelijk pandgever ermee heeft ingestemd dat de pandhouder bij herverpanding de herverpandingsbevoegdheid aan de herpandhouder toekent, is 'doorgeven' van de herverpandingsbevoegdheid mogelijk.⁵⁰⁴ Een dergelijke clause komt – voor zover mij bekend – in de praktijk niet voor.⁵⁰⁵

4.3 Gevolgen van herverpanding

Blijkens de parlementaire toelichting heeft herverpanding tot gevolg dat twee pandrechten op het pandobject komen te rusten. Het pandobject wordt, naast het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever, met een nieuw, zelfstandig pandrecht (i.e. het herpandrecht) bezwaard. Dit herpandrecht komt – naar algemeen wordt aangenomen – in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever.⁵⁰⁶ In de literatuur zijn de gevolgen van herverpanding vaak niet zeer uitvoerig beschreven⁵⁰⁷; dit ondanks het feit dat over de gevolgen van herverpanding, waaronder de bijzondere rangwisseling tussen het herpandrecht en oorspronkelijke pandrecht, de nodige onduidelijkheid bestaat. In deze paragraaf ga ik nader op de gevolgen van herverpanding in.

4.3.1 Rangwisseling tussen het oorspronkelijke pandrecht en het herpandrecht

Zoals opgemerkt, treedt bij herverpanding een bijzondere rangwisseling op. Naar algemeen wordt aangenomen, neemt het herpandrecht dat naast het oorspronke-

⁵⁰² Zie ook: Van Hees 2001, p. 235. Van Hees merkt op – ten aanzien van het aannemen van de bevoegdheid tot meervoudige herverpanding door de pandhouder – op dat steeds kritisch zal moeten worden gekeken naar de bedoeling van de pandgever. Dit geldt m.i. evenzeer bij het aannemen van de bevoegdheid tot het toekennen ('doorgeven') van de herverpandingsbevoegdheid door de herpandgever aan de herpandhouder.

⁵⁰³ Zie paragraaf 4.2.1.1.

⁵⁰⁴ Van Hees 2001, p. 237. Zie in gelijke zin: Faber/Vermunt 2010, p. 179-180. Faber en Vermunt schrijven dat de herpandhouder op zijn beurt bevoegd is tot herverpanding indien deze bevoegdheid door de pandhouder/herpandgever ondubbelzinnig aan hem is toegekend en de pandhouder/herpandgever krachtens een ondubbelzinnige instemming van de oorspronkelijke pandhouder bevoegd was de herverpandingsbevoegdheid aan de herpandhouder toe te kennen.

⁵⁰⁵ Zie in dit verband de bewoordingen van de herverpandingsclausules in paragraaf 4.2.1.4.

⁵⁰⁶ Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. Vermogensrecht, p. 766-767; Stein (*Vermogensrecht*), aant. 3.1; Breken 2002, p. 372; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133.

⁵⁰⁷ In gelijke zin: Molenaar 1991, p. 69; en Reehuis 1987, p. 226.

lijke pandrecht op het pandobject komt te rusten, de rang van dit oorspronkelijke pandrecht in, met als gevolg dat het herpandrecht in rang boven dit oorspronkelijke pandrecht gaat. Deze rangwisseling roept de nodige vragen op. Zo is niet direct duidelijk wat de grondslag hiervoor is, hoe zij werkt en wat de rechtsgevolgen van een dergelijke rangwisseling zijn. Meer in het bijzonder is onduidelijk of deze rangwisseling uitsluitend in de onderlinge verhouding tussen pandhouder/herpandgever en herpandhouder werkt of ook tegen derden met goederenrechtelijke aanspraken op het (her)pandobject kan worden ingeroepen.⁵⁰⁸

De rangwisseling bij herverpanding is met name bijzonder, omdat het een uitzondering vormt op het prioriteitsbeginsel dat normaliter de rangorde van pandrechten beheerst. Het later gevestigde herpandrecht gaat immers in rang voor op het eerder gevestigde, oorspronkelijke pandrecht. Tevens springt de rangwisseling in het oog omdat bij pand – anders dan bij hypotheek (art. 3:262 lid 1 BW) – een wettelijke regeling ontbreekt om een van het prioriteitsbeginsel afwijkende rangorde te bewerkstelligen.⁵⁰⁹ De vraag dringt zich op waarin de grondslag en rechtvaardiging voor deze rangwisseling en afwijking van het prioriteitsbeginsel zijn gelegen.⁵¹⁰

Allereerst moet worden opgemerkt dat de rangwisseling bij herverpanding niet wettelijk is geregeld. Uit artikel 3:242 BW valt de rangwisseling immers niet af te leiden. De rangwisseling wordt aangenomen naar aanleiding van een opmerking in de parlementaire toelichting op het voorgestelde artikel 3:242 BW (art. 3.9.2.4 Voorstel NBW) dat een herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever komt, "*omdat hij (de pandhouder/herpandgever) door vestiging geacht kan worden jegens de herpandnemer afstand van zijn rang te hebben gedaan*".⁵¹¹ Sedertdien wordt de rangwisseling bij herverpanding in de literatuur vrijwel algemeen aangenomen.⁵¹² Alleen Fikkers heeft de vanzelfsprekendheid van de rangwisseling in twijfel getrokken.⁵¹³ De opvatting van Fikkers is echter kritisch ontvangen⁵¹⁴ en heeft nadien geen navolging gehad.

⁵⁰⁸ Navolgende bespreking van de rangwisseling bij herverpanding is eerder – in verkorte vorm – verschenen als artikel in het WPNR. Zie: Krzemiński 2012, p. 343-349.

⁵⁰⁹ Door verschillende auteurs is echter betoogd dat ook bij pandrecht een onderlinge rangwisseling zou moeten kunnen worden bewerkstelligd. Zie onder meer: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 781; en Faber/Vermunt 2010, p. 168. Zie tevens: paragraaf 8.5.2.

⁵¹⁰ De vraag hoe de rangwisseling bij herverpanding zich verhoudt met het prioriteitsbeginsel komt in paragraaf 8.5 aan de orde.

⁵¹¹ Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 767.

⁵¹² Zie onder meer: Steneker 2012, p. 14; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 133; Faber/Vermunt 2010, p. 175; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 552; Stein (*Vermogensrecht*), aant. 4; Koopal 1995, p. 775; Molenaar 1991, p. 69; en Faber 1998, p. 686.

⁵¹³ Zie: Fikkers 1998, p. 303-304. Fikkers ziet geen goede reden voor een automatische rangwisseling tussen pandhouder/herpandgever en herpandhouder. De wettekst geeft op zichzelf – zo merkt Fikkers terecht op – geen enkele aanleiding om deze rangwisseling aan te nemen. Fikkers

Algemeen wordt aangenomen dat de rangwisseling in het karakter van herverpanding besloten ligt.⁵¹⁵ Een rangwisseling ligt in de onderlinge verhouding tussen pandhouder/herpandgever en herpandhouder ook voor de hand, althans de rangwisseling is te verklaren tegen de achtergrond van het belang van de herpandhouder. Geen herpandhouder zal genoeg nemen met een herpandrecht op een goed dat lager is gerangschikt dan het pandrecht van zijn schuldenaar (i.e. de herpandgever) op datzelfde goed. Was dit wel het geval, dan zou dit namelijk betekenen dat de herpandhouder zijn schuldenaar/herpandgever als hoger gerangschikt pandhouder voor zich zou moeten dulden zowel in de uitoefening van (executie)bevoegdheden⁵¹⁶ als bij verdeling van een executieopbrengst of een geïnde vordering⁵¹⁷. Zonder rangwisseling zou het herpandrecht als zekerheidsrecht een beperkte betekenis hebben.⁵¹⁸ In de onderlinge verhouding tussen herpandgever en herpandhouder⁵¹⁹ kan de rangwisseling bovendien worden aangenomen, omdat de pandhouder/herpandgever, door tot herverpanding over te gaan, geacht kan worden te hebben ingestemd met een wijziging van zijn rang ten gunste van de herpandhouder.⁵²⁰

Hoe de rangwisseling precies werkt, kan uit de parlementaire toelichting op artikel 3:242 BW niet worden opgemaakt. Ook in de literatuur zijn de meningen

legt een verband tussen de rangwisseling en de verlening van de herverpandingsbevoegdheid door de oorspronkelijk pandgever. Naar haar mening is de gedachte van de wetgever kennelijk geweest dat uit de omstandigheid dat de pandgever toestemming heeft gegeven tot herverpanding, steeds tevens een stilzwijgende achterstelling door de pandhouder/herpandgever dient te worden afgeleid. Naar de mening van Fikkers kan een dergelijke rangwisseling slechts plaatsvinden indien herpandgever en herpandhouder aldus overeenkomen. Zij gaat hierbij echter voorbij aan het feit dat een dergelijke obligatoire rangwisseling geen goederenrechtelijk effect heeft. Fikkers acht de rangwisseling in het bijzonder problematisch in het kader van de inning van (her)verpande vordering op naam.

⁵¹⁴ Zie: Faber 1998, p. 686-688; en tevens: Van der Lely 1999, p. 42-43, die opmerkt dat Fikkers het herpandrecht ten onrechte beschouwt als een tweede pandrecht dat door de herpandhouder als 'lasthebber' van de oorspronkelijke pandgever is gevestigd, waardoor niet vanzelfsprekend is dat de herpandhouder (als tweede pandhouder) een rang boven de pandhouder/herpandgever verkrijgt.

⁵¹⁵ Zie onder meer: Faber 1998, p. 686; en Faber/Vermunt 2010, p. 175; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 783.

⁵¹⁶ Zie onder meer: art. 3:237 lid 3 (afgifte vuistloos pand), art. 3:246 lid 3 (inningbevoegdheid vordering) en art. 3:248 lid 3 (executoriale verkoop met handhaving van hoger gerangschikte pandrechten).

⁵¹⁷ Zie: art. 3:253 BW respectievelijk art. 3:255 BW.

⁵¹⁸ Vergelijk: Van Hees 2001, p. 229-230. Herverpanding zonder rangwisseling zou slechts betekenis hebben indien de waarde van het pandobject de hoogte van de oorspronkelijke pandrecht overtreft; met andere woorden: indien een grote overwaarde bestaat. Door middel van herverpanding kan de pandhouder/herpandgever deze overwaarde benutten als zekerheid voor een eigen schuld c.q. een schuld van een ander.

⁵¹⁹ In verhouding tot derden ligt dit anders, zoals hierna zal worden besproken.

⁵²⁰ Vergelijk in dit verband: art. 3:262 lid 1 BW. Voor het bewerkstelligen van een afwijkende rangorde van hypotheekrechten, geldt – naast het formele vereiste van een notariële akte – het vereiste dat de (andere) hypotheekhouder(s) toestemmen met een wijziging van hun rang.

hierover verdeeld. Een aantal auteurs heeft in lijn met de opmerking van de wetgever betoogd dat de pandhouder/herpandgever "*afstand doet*" van zijn rang ten behoeve van de herpandhouder.⁵²¹ Rank-Berenschot schrijft daarentegen dat "*de eerste pandhouder zijn recht achterstelt bij dat van de herpandnemer*".⁵²² Andere schrijvers hebben betoogd dat de rechtsverhouding tussen herpandgever en herpandhouder meebrengt dat de herpandgever (de oorspronkelijke pandhouder) zich van uitwinning van zijn pandrecht dient te onthouden zolang het herpandrecht op het pandobject rust.⁵²³ Faber schrijft zelfs dat de pandhouder/herpandgever "*niet bevoegd*" zou zijn tot executie of inning van het verpande goed zolang het herpandrecht voortduurt.⁵²⁴ Voor het aannemen van een dergelijk gevolg bestaat echter geen grond. Zoals door Van Hees terecht opgemerkt, is voor de vraag of en in hoeverre de pandhouder/herpandgever zich ten behoeve van de herpandhouder dient te onthouden van uitwinning van zijn pandrecht de rechtsverhouding tussen de herpandgever en herpandhouder bepalend.⁵²⁵ Bovendien behoeft het voor een herpandhouder niet bezwaarlijk te zijn als de pandhouder/herpandgever tussentijds tot uitwinning c.q. inning overgaat, omdat de herpandhouder in de meeste gevallen voldoende bescherming zal genieten in de vorm van zijn hogere rang.⁵²⁶

De vraag kan worden gesteld of de rangwisseling bij herverpanding goederenrechtelijke werking heeft. Met goederenrechtelijke werking bedoel ik dat de rangwisseling tot gevolg heeft dat de herpandhouder in goederenrechtelijke zin de rang van de oorspronkelijk pandhouder/herpandgever inneemt en hij deze rang ook tegen eenieder kan invoeren. Zonder goederenrechtelijke werking van de rangwisseling wordt de rangorde van (her)pandrecht onverkort beheerst door het prioriteitsbeginsel. Herpandgever en herpandhouder kunnen weliswaar onderling een 'rangwisseling' overeenkomen⁵²⁷, maar een dergelijke obligatoire

⁵²¹ Stein (*Vermogensrecht*), aant. 4; Faber 1998, p. 686; en Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133.

⁵²² Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 552. Vergelijk: Fikkers 1998, p. 303-304.

⁵²³ Zie onder meer: Koopal 1995, p. 775; Faber 1998, p. 696; en Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133.

⁵²⁴ Faber 1998, p. 696. Zie in gelijke zin: Koopal 1995, p. 775.

⁵²⁵ Van Hees 2001, p. 235. Van Hees acht het denkbaar dat de herpandgever zich jegens de herpandhouder verplicht tot opschorting van de uitwinning.

⁵²⁶ Bij uitwinning van het pandobject door de pandhouder/herpandgever zal het (hoger gerangschikte) herpandrecht op het goed blijven rusten. In geval van inning van (her)verpande vorderingen door de pandhouder/herpandgever, komt het herpandrecht (evenals het oorspronkelijke pandrecht) op het geïnde komen te rusten op grond van artikel 3:246 lid 5 BW. Tot slot kan de herpandhouder zijn hogere rang doen gelden bij verdeling van de opbrengst. Zie tevens: Van Hees 2001, p. 235. Hierbij moet worden bedacht dat de herpandhouder alleen (bescherming in de vorm van zijn) hogere rang geniet, indien de rangwisseling in de onderlinge verhouding tussen herpandgever en herpandhouder goederenrechtelijke werking heeft.

⁵²⁷ Op grond waarvan de herpandgever zich bijvoorbeeld jegens de herpandhouder verplicht zich te onthouden van de uitoefening van zijn (executie)bevoegdheden als hoogst gerangschikt

regeling laat de rang van betrokken pandrechten in goederenrechtelijke zin ongewijzigd en kan vanzelfsprekend niet aan derden worden tegengeworpen. Indien de rangwisseling bij herverpanding goederenrechtelijke werking heeft, dan wijzigt als gevolg daarvan de rang van het betrokken oorspronkelijke pandrecht en herpandrecht ook in goederenrechtelijke zin. De herpandhouder wordt in dat geval de hoogst gerangschikte pandhouder, als gevolg waarvan hij de aan de hoogst gerangschikte pandhouder toekomende (executie)bevoegdheden kan uitoefenen en zich bij voorrang boven de pandhouder/herpandgever op de executieopbrengst of geïnde vordering kan verhalen.

In de literatuur wordt vrij algemeen – in lijn met de opmerking van de wetgever – goederenrechtelijke werking aan de rangwisseling toegekend.⁵²⁸ Hierbij moet worden opgemerkt dat de goederenrechtelijke werking van de rangwisseling veelal wordt opgevat als zijnde beperkt tot de onderlinge verhouding van herpandgever en herpandhouder. Dogmatisch gezien, is een dergelijke beperking moeilijk te verenigen met het karakter van goederenrechtelijke werking. Indien men goederenrechtelijke werking aan de rangwisseling toekent, moet men – strikt genomen – ook aannemen dat deze rangwisseling tegen derden kan worden ingeroepen. Absolute werking is immers kenmerkend voor een wijziging in goederenrechtelijke verhoudingen. Zoals hierna zal worden besproken, kan men zich echter afvragen of grond bestaat om de rangwisseling ook onverkort aan derden met reeds ten tijde van de herverpanding bestaande goederenrechtelijke aanspraken op het (her)pandobject tegen te werpen.

4.3.1.1 Rangwisseling bij herverpanding in het kader van meervoudige verpanding: vier oplossingsrichtingen

Op de vraag welke gevolgen de rangwisseling bij herverpanding heeft voor derden met een goederenrechtelijke aanspraak op het (her)pandobject, zoals een tweede pandhouder, is de wetgever in zijn toelichting op artikel 3:242 BW niet ingegaan. Ook in de literatuur is deze vraag tot dusver nauwelijks besproken.⁵²⁹ De reden hiervoor is dat zowel de wetgever als de meeste auteurs uitgaan van de meest elementaire herverpandingscasus met slechts één pandrecht en één herpandrecht. In een dergelijke casus is de vraag naar de gevolgen van de rangwisse-

pandhouder of het door hem toekomende deel van een executieopbrengst aan de herpandhouder te zullen afdragen (ten belope van diens vordering op de herpandgever).

⁵²⁸ De meeste auteurs nemen aan dat de rangwisseling de rang van betrokken pandrecht en herpandrecht ook in goederenrechtelijke zin wijzigt en in zekere mate ook aan derden kan worden tegengeworpen. Zie onder meer: Van Hees 2001, p. 229-230; Breken 2002, p. 386; en Faber/Vermunt 2010, p. 178-179. De gevolgen die door de verschillende schrijvers aan de herverpanding worden toegekend, komen hierna uitgebreider aan de orde.

⁵²⁹ Dit probleem is alleen door Van Hees respectievelijk Faber en Vermunt aan de orde gesteld. Zie: Van Hees 2001, p. 229-230; en Faber/Vermunt 2010, p. 178-179.

ling beperkt tot de onderlinge verhouding tussen pandhouder/herpandgever en herpandhouder. De vraag naar de gevolgen van de rangwisseling voor derden, speelt juist in geval van meervoudige verpanding, waarbij ook derden een (oude-re) goederenrechtelijke aanspraak hebben op het (her)verpande goed. Deze problematiek kan inzichtelijk worden gemaakt aan de hand van de volgende casus:

Pandgever (A) vestigt ten gunste van pandhouder (B) een pandrecht tot zekerheid van de vordering (BA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (B). Vervolgens vestigt (A) een tweede pandrecht ten gunste van tweede pandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CA). Na vestiging van dit tweede pandrecht, gaat eerste pandhouder (B) over tot herverpanding. Hij vestigt een herpandrecht ten gunste van herpandhouder (D) tot zekerheid van de vordering (DB).

Als gevolg van deze meervoudige verpanding en herverpanding rusten drie pandrechten op het pandobject, namelijk: het eerste pandrecht van (B), het tweede pandrecht van (C) en het herpandrecht van (D). Het herpandrecht is op een later moment gevestigd dan het eerste en tweede pandrecht, en zou – op voet van het prioriteitsbeginsel – ten opzichte van deze pandrechten een lagere rang moeten innemen. Op grond van de rangwisseling bij herverpanding kan worden aangenomen dat het herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van (B) van gaat. Onzeker is echter wat de gevolgen van deze rangwisseling zijn voor de rang van het tweede pandrecht van (C). Werkt de rangwisseling alleen in de onderlinge verhouding tussen pandhouder/herpandgever (B) en herpandhouder (D)? Of werkt zij ook ten opzichte van tweede pandhouder (C), in de zin dat (D) zijn herpandrecht ook aan (C) kan tegenwerpen? En, indien de rangwisseling ook aan derden kan worden tegengeworpen, hoe ver reikt deze tegenwerping?

Voor dit probleem kunnen vier oplossingsrichtingen worden onderscheiden.⁵³⁰ Ik licht deze achtereenvolgens toe.

(I) Het prioriteitsbeginsel beheerst onverkort de rangorde van (her)pandrechten

In de eerste plaats zou men – indien men géén goederenrechtelijke werking toekent aan de rangwisseling bij herverpanding, maar deze als een zuiver obligatoire regeling opvat – kunnen uitgaan van een rangorde van (her)pandrechten die onverkort wordt beheerst door het prioriteitsbeginsel. De pandrechten en het

⁵³⁰ Van Hees heeft voor dit probleem twee oplossingsrichtingen onderscheiden. Zie: Van Hees 2001, p. 229-230. Omdat deze oplossingsrichtingen de problematiek verhelderen, geef ik deze hierna onder (II) en (III) samengevat weer. Aan de door Van Hees genoemde oplossingen moeten twee andere oplossingen, zoals uiteengezet onder (I) en (IV) worden toegevoegd.

herpandrecht nemen rang naar hun ontstaansmoment en de rangwisseling bij herverpanding brengt hier – in goederenrechtelijke zin – geen wijziging in. Toegepast op de hierboven besproken casus, is de rangorde in dit geval als volgt: (i) het eerste pandrecht van (B), (ii) het tweede pandrecht van (C), en (iii) het herpandrecht van (D).

(II) Het herpandrecht neemt de plaats van het oorspronkelijke eerste pandrecht in de rangorde in

In de tweede plaats zou men kunnen uitgaan van een in beginsel door het prioriteitsbeginsel bepaalde rangorde, waarbij – als gevolg van de rangwisseling bij herverpanding – de eerste pandhouder/herpandgever en herpandhouder in de rangorde van plaats wisselen. Toegepast op de hierboven besproken casus, is de rangorde als volgt: (i) het herpandrecht van (D), (ii) het tweede pandrecht van (C), en (iii) het eerste pandrecht van (B).

Van Hees schrijft dat het prioriteitsbeginsel in dit scenario ten opzichte van derden volledig zijn werking behoudt en dat de rangwisseling in dit scenario uitsluitend in de onderlinge verhouding tussen pandhouder/herpandgever en herpandhouder werkt.⁵³¹ Dit lijkt mij – zoals hierna uitgebreider wordt besproken – niet juist. Het feit dat tweede pandhouder (C) niet langer eerste pandhouder (B), maar herpandhouder (D) in rang voor zich moet dulden, houdt reeds in dat de rangwisseling niet uitsluitend in de onderlinge verhouding tussen herpandgever en herpandhouder werkt. Het levert bovendien – wat de rangorde bij verdeling van een executieopbrengst betreft – een afwijking op van de positie die tweede pandhouder (C) op grond van het prioriteitsbeginsel toekomt. Indien de herpandschuld (DB) hoger is dan de oorspronkelijke pandschuld (BA), verslechtert immers de verhaalspositie van tweede pandhouder (C) ten opzichte van een rangorde op grond van prioriteitsbeginsel.

(III) Het herpandrecht én het eerste pandrecht gaan in rang boven het tweede pandrecht

In de derde plaats zou men ervan kunnen uitgaan dat de rangwisseling bij herverpanding volledig jegens derden kan worden ingeroepen, in de zin dat niet alleen het (oudere) eerste pandrecht, maar ook het (jongere) herpandrecht in rang boven het tweede pandrecht gaan. De gedachte hierachter is als volgt. Op grond van het prioriteitsbeginsel neemt tweede pandhouder (C) rang na eerste pandhouder (B). Als gevolg van de rangwisseling, krijgt het herpandrecht van (D) de rang van het oorspronkelijke eerste pandrecht van (B), terwijl dit oorspronke-

⁵³¹ Van Hees 2001, p. 229.

lijke eerste pandrecht van (B) onmiddellijk in rang daarna volgt. Toegepast op de hierboven besproken casus is de rangorde dus: (i) het herpandrecht van (D), (ii) het eerste pandrecht van (B), en (iii) het tweede pandrecht van (C).

In dit scenario gaat het herpandrecht op grond van de rangwisseling niet alleen in rang boven het eerste pandrecht van pandhouder/herpandgever (B), maar ook boven het tweede pandrecht van (C). Het tweede pandrecht van (C) wordt derhalve gedegradeerd tot derde(rangs) pandrecht.⁵³² Het prioriteitsbeginsel wordt in dit scenario door (de rangwisseling bij) herverpanding ook ten aanzien van derden (hier: tweede pandhouder (C)) buiten werking gesteld.

(IV) Het herpandrecht gaat in rang boven het tweede pandrecht, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – maximaal tot het bedrag van de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering

Naast voorgaande oplossingsrichtingen kan nog een vierde worden genoemd⁵³³, inhoudende dat de rang van de tweede pandhouder wordt beheerst door het prioriteitsbeginsel. Hij heeft de tweede plaats in de rangorde, als gevolg waarvan hij in ieder geval het eerste pandrecht voor zich moet dulden. De rangwisseling bij herverpanding brengt in de goederenrechtelijke positie van de tweede pandhouder geen wijziging. De rangwisseling moet worden geacht tot gevolg te hebben dat de herpandhouder de plaats van de eerste pandhouder/herpandgever in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – maximaal tot het bedrag van de door het oorspronkelijk eerste pandrecht gezeerde vordering. In dit geval behoudt de tweede pandhouder de rang die hem op grond van het prioriteitsbeginsel toekomt en wordt hij niet benadeeld door de wisseling van het eerste pandrecht en het herpandrecht in de rangorde. Toegepast op de hierboven besproken casus, is de rangorde dan als volgt: (i) het herpandrecht van (D) tot maximaal het bedrag van de door het eerste pandrecht gecureerde vordering (BA), (ii) het tweede pandrecht van (C), en (iii) het eerste pandrecht van (B).

Indien de vordering DB (de *herpandschuld*) de oorspronkelijk gecureerde vordering (BA) overtreft, dan zal herpandhouder (D) zich – na voldoening van tweede pandhouder (C) – voor dat deel van zijn vordering met voorrang op eerste pandhouder/herpandgever (B) kunnen verhalen op het eventuele restant van de executieopbrengst. In dat geval is de rangorde – toegepast op de voorbeeldcasus – dus: (i) het herpandrecht van (D) tot maximaal het bedrag van de door het eerste pandrecht gecureerde vordering (BA), (ii) het tweede pandrecht van (C),

⁵³² Van Hees 2001, p. 299. Zie tevens: Visser 2004, p. 194.

⁵³³ Faber en Vermunt hebben reeds een aanzet voor deze oplossingsrichting gegeven. Zie: Faber/Vermunt 2010, p. 178-179.

(iii) het herpandrecht van (D) voor het resterende deel van zijn vordering, en (iv) het eerste pandrecht van (B).⁵³⁴

4.3.1.2 De gevolgen van de rangwisseling bij herverpanding

Zoals hiervoor uiteengezet, kan op vier manieren over de gevolgen voor derden van de rangwisseling bij herverpanding worden gedacht. Welk scenario verdient nu de voorkeur?

In de literatuur zijn de meningen hierover verdeeld. Van Hees is een uitgesproken voorstander van het derde scenario. Hij is van mening dat herverpanding nauwelijks zelfstandige betekenis zou hebben indien het prioriteitsbeginsel ten opzichte van de derde zijn volledige werking zou behouden.⁵³⁵ Het zou naar zijn mening weinig aantrekkelijk zijn een rangwisseling te bewerkstelligen die uitsluitend tussen pandhouder/herpandgever en herpandhouder werkt, omdat dit tot "*onoplosbare cirkelredeneringen*" bij uitoefening van de pandrechten zou leiden.⁵³⁶ Ook Breken lijkt de voorkeur voor het derde scenario te hebben. Hij schrijft dat de rangwisseling tot gevolg heeft dat het herpandrecht de rang krijgt van het oorspronkelijke pandrecht, terwijl het oorspronkelijke pandrecht onmiddellijk in rang daarna volgt.⁵³⁷ Fikkers is – als enige – voorstander van het eerste scenario: een zuiver temporele rangorde zónder enige rangwisseling tussen oorspronkelijk pandrecht en herpandrecht, althans zonder rangwisseling met goederenrechtelijke werking.⁵³⁸ Faber en Vermunt daarentegen hebben het vierde scenario bepleit;

⁵³⁴ Zie ook: Faber/Vermunt 2010, p. 178-179; die schrijven dat de herpandhouder (tot het bedrag waarop zijn herpandrecht recht geeft) aanspraak kan maken op het gedeelte van de executieopbrengst waarop de eerste pandhouder/herpandgever met voorrang boven de tweede pandhouder recht zou hebben gehad indien geen herverpanding had plaatsgehad. Na voldoening van de tweede pandhouder kan de herpandhouder zijn eventuele rechten ter zake van de dan nog resterende executieopbrengst onverkort uitoefenen.

⁵³⁵ Van Hees 2001, p. 229.

⁵³⁶ Van Hees 2001, p. 230; onder verwijzing naar: Fikkers 1998, p. 303-306 en Faber 1998, p. 686-688. Ook Stein lijkt tot deze oplossingsrichting geneigd. Zie: Stein (losbl.), aant. 6 bij art. 3:242 BW. Stein meent eveneens dat de tweede pandhouder moet tolereren dat zijn pandrecht wordt achtergesteld bij zowel het eerste pandrecht als het herpandrecht. Stein kiest echter voor een verbintenisrechtelijke benadering van deze problematiek. Naar zijn mening heeft de pandgever de door het eerste pandrecht gedekte financiering alleen kunnen verkrijgen door tevens de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder/kredietgever toe te kennen. Als gevolg hiervan zou de pandgever – aldus Stein – gehouden zijn geen nieuwe financieringen aan te gaan tegen verstrekking van nieuw pandrechten die aan het herpandrecht tekort kunnen doen. Voor het aannemen van een dergelijke verplichting bestaat naar mijn mening in algemene zin geen grond. Een verplichting van de pandgever om geen nieuwe pandrechten te vestigen (i.e. een negatieve pandverklaring) kan uitsluitend worden aangenomen indien deze tussen partijen is overeengekomen. Bovendien geldt dat een dergelijke (obligatoire) verplichting geen gevolgen heeft voor de goederenrechtelijke rang van de betrokken pandrechten.

⁵³⁷ Breken 2002, p. 386.

⁵³⁸ Fikkers 1998, p. 304. Fikkers meent dat de rangwisseling bij herverpanding niet als automatische (in de vorm van stilzwijgende achterstelling) kan worden aangenomen. De achterstelling

zij menen dat een nadien tot stand gekomen herpandrecht niet onverkort aan de tweede pandhouder kan worden tegengeworpen.⁵³⁹

Naar mijn mening geniet het vierde scenario de voorkeur. Er bestaat in mijn ogen geen grond of rechtvaardiging om ter zake van de goederenrechtelijke positie en rang van derden, zoals een tweede pandhouder (C) in de voorbeeldcasus, afwijking van het prioriteitsbeginsel aan te nemen.⁵⁴⁰ Ik licht een en ander toe.

Vooropgesteld moet worden dat in de literatuur geen (duidelijke) grondslag wordt gegeven voor het – in afwijking van het prioriteitsbeginsel – tegenwerpen van de rangwisseling bij herverpanding aan derden. Breken laat dit punt geheel onbesproken. Van Hees probeert het tegenwerpen van de rangwisseling aan derden aanvaardbaar te maken, door de herverpandingsbevoegdheid niet als afzonderlijke bevoegdheid, maar als intrinsiek onderdeel van het oorspronkelijke, eerste pandrecht ("*een onderdeel van het complex van rechten en verplichtingen dat de inhoud van het pandrecht bepaalt en niet als een zelfstandig toe te kennen bevoegdheid*") aan te merken. Vanuit die gedachte zouden derden met een jonger recht – zoals tweede pandhouder (C) in het voorbeeld – uitoefening van de bij vestiging van het eerste pandrecht toegekende herverpandingsbevoegdheid en de daaraan verbonden gevolgen tegen zich moeten laten gelden.⁵⁴¹ Van Hees trekt in dit verband een vergelijking met de omvang van de door het eerste pandrecht gecureerde vordering. Als dit eerste pandrecht mede tot zekerheid van toekomstige vorderingen strekt, dan kan het op een later moment ontstaan van deze vorderingen (en daarmee de uitbreiding van de strekking van het eerste pandrecht) ook aan een tweede pandhouder worden tegengeworpen.⁵⁴²

De argumenten van Van Hees bieden naar mijn mening onvoldoende grondslag om aan te nemen dat de rangwisseling bij herverpanding – in afwijking van het prioriteitsbeginsel – aan derden kan worden tegengeworpen. Van Hees noemt geen grond of rechtvaardiging voor afwijken van het prioriteitsbeginsel ten opzichte van derden. Die rechtvaardiging is echter wel geboden, omdat derden (zoals tweede pandhouder (C) in het voorbeeld) anders dan de pandhouder/herpandgever (B) niet geacht kunnen worden – zoals de wetgever het in de parlementaire toelichting verwoordde – jegens de herpandhouder van hun rang af-

kan naar haar mening slechts worden aangenomen indien deze door herpandgever en herpandhouder is overeengekomen. Fikkers miskent echter het karakter van herverpanding als zekerheidsrecht in de interne verhouding tussen herpandgever en herpandhouder, zoals hiervoor in paragraaf 4.3.1 uiteengezet. Zie tevens: Faber 1998, p. 686-688.

⁵³⁹ Faber/Vermunt 2010, p. 178.

⁵⁴⁰ Zie uitbreider: paragraaf 8.5, waarin de verhouding van de rangwisseling bij herverpanding met het prioriteitsbeginsel wordt besproken.

⁵⁴¹ Van Hees 2001, p. 230.

⁵⁴² Van Hees 2001, p. 230.

stand te hebben gedaan.⁵⁴³ De argumentatie van Van Hees lijkt primair ingegeven door een sterke voorkeur voor een (ook tegen derden werkende) rangwisseling bij herverpanding. Van Hees lijkt de rangwisseling haast als een doel op zich te beschouwen.⁵⁴⁴ Tevens baseert Van Hees zijn argumentatie op het uitgangspunt dat de herverpandingsbevoegdheid als onderdeel van het eerste pandrecht moet worden beschouwd. Daarover kan men echter twisten.⁵⁴⁵ Zoals Faber en Vermunt terecht opmerken, neemt het feit dat de herverpandingsbevoegdheid als onderdeel van het oorspronkelijke (eerste) pandrecht zou kunnen worden beschouwd en dat die bevoegdheid vóór vestiging van het tweede pandrecht is verkregen, niet weg dat vestiging van het herpandrecht ter uitvoering van die bevoegdheid plaatsvindt ná vestiging van het tweede pandrecht, om welke reden het herpandrecht rang behoort te nemen na dit tweede pandrecht.⁵⁴⁶

De vergelijking van herverpanding met het op een later moment ontstaan van door het eerste pandrecht gecureerde, toekomstige vorderingen gaat evenmin op. Herverpanding is een wezenlijk andere situatie dan die waarin één oorspronkelijk pandrecht na vestiging van een tweede pandrecht een meer bezwarend karakter krijgt.⁵⁴⁷ Bij herverpanding gaat het immers om de vestiging van een *nieuw* pandrecht tot zekerheid van een *nieuwe, zelfstandige* vordering. De situatie van herverpanding is derhalve vergelijkbaar met de situatie waarin de eerste pandhouder een pandrecht wenst te ontvangen tot zekerheid van een geheel nieuwe vordering.⁵⁴⁸ Er bestaat geen twijfel over dat indien een dergelijke geheel nieuwe vordering niet onder de gecureerde vordering(en) van het eerste pandrecht kan worden geschaard⁵⁴⁹, tot zekerheid van deze nieuwe vorderingen een

⁵⁴³ Vergelijk: Faber/Vermunt 2010, p. 169 en p. 178. Faber en Vermunt schrijven dat een rangwisseling in afwijking van het prioriteitsbeginsel de toestemming vereist van de pandhouders die door die rangwisseling worden geraakt. De pandhouder/herpandgever kan door over te gaan tot herverpanding worden geacht toestemming te geven voor de rangwisseling. Een tweede pandhouder kan niet worden geacht zijn toestemming te hebben gegeven voor verlaging van zijn rang.

⁵⁴⁴ Naar de mening van Van Hees, is de rangwisseling bij herverpanding een "*zelfstandig motief*" om tot herverpanding over te gaan. Zie: Van Hees 2001, p. 231.

⁵⁴⁵ Zie onder meer: Breken 2002, p. 369-371. De karakterisering van de herverpandingsbevoegdheid als onderdeel van het oorspronkelijke pandrecht lijkt mij niet juist. Uit de wet en parlementaire toelichting blijkt immers dat de bevoegdheid tot herverpanding niet uit het oorspronkelijke pandrecht voortvloeit, maar juist apart moet worden toegekend. Zie bijvoorbeeld: Toelichting Meijers 1954, p. 277.

⁵⁴⁶ Faber/Vermunt 2010, p. 178.

⁵⁴⁷ Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien het oorspronkelijke pandrecht tevens tot zekerheid van toekomstige vorderingen strekt (art. 3:231 BW), zoals het geval is bij bank- of kredietpandrechten. Zie: Faber/Vermunt 2010, p. 178.

⁵⁴⁸ Dat wil zeggen: een schuld die niet gedekt is door het eerdere pandrecht van de eerste pandhouder.

⁵⁴⁹ Indien het oorspronkelijke pandrecht een bank- of kredietpandrecht betreft en de nieuwe vordering van de pandhouder met de bancaire (krediet)relatie verband houdt, kan de vordering mogelijk wel onder de zekerheid van het oorspronkelijke pandrecht worden geschaard. Met

nieuw pandrecht zal moeten worden gevestigd. Dit nieuwe pandrecht zou in dat geval – op grond van het prioriteitsbeginsel – als jongste pandrecht een lagere rang innemen dan eerder gevestigde pandrechten, zoals het tweede pandrecht van (C) in de voorbeeldcasus.

Ook van enige – door Van Hees gevreesde – "*onoplosbare cirkelredeneringen*" bij de uitoefening van de pandrechten behoeft mijns inziens geen sprake te zijn. In geval van executie zal het (her)pandobject immers door de hoogst gerangschikte pandhouder worden geëxecuteerd, waarna de executieopbrengst op grond van de onder (IV) besproken rangorde wordt verdeeld. De wet biedt een heldere regeling voor executie en verdeling van de executieopbrengst in geval meerdere pandrechten op het pandobject rusten.⁵⁵⁰

Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat het herpandrecht niet onverkort aan derden – zoals tweede pandhouder (C) in voormeld voorbeeld – kan worden tegengeworpen. Er bestaat geen grond om aan te nemen dat het herpandrecht in de rangorde onverkort de plaats van het oorspronkelijke eerste pandrecht inneemt.⁵⁵¹ Dit zou met name bij verdeling van een executieopbrengst of een geïnde vordering tot een verslechtering van de positie van de tweede pandhouder (C) leiden, indien het herpandrecht tot zekerheid van een hogere vordering dan de oorspronkelijke eerste pandschuld strekt. In dat geval heeft de tweede pandhouder immers een slechtere verhaalspositie dan waarop hij op grond van het prioriteitsbeginsel recht heeft. Het restant van de executieopbrengst zal dan immers kleiner zijn, dan indien de vorderingen van eerste pandhouder met voorrang boven de tweede pandhouder was voldaan. Wat betreft de uitoefening van de (executie)bevoegdheden is het minder problematisch dat de herpandhouder de plaats van de eerste pandhouder in de rangorde inneemt. Dat de herpandhouder – in plaats van de eerste pandhouder – de bevoegdheden uitoefent die aan de hoogst gerangschikte pandhouder toekomen, behoeft namelijk op zichzelf niet tot een verslechtering van de positie van de tweede pandhouder te leiden. Deze bevoegdheden kwamen de tweede pandhouder – als ten opzichte van het eerste pandrecht lager gerangschikte pandhouder – immers niet toe. Dit is slechts anders indien het oorspronkelijke eerste pandrecht tussentijds is geëindigd. In dat geval zou de tweede pandhouder – volgens de zuiver prioritaire rangorde – als hoogst gerangschikte pandhouder moeten gelden.

Er bestaat evenmin grond om aan te nemen dat een (later gevestigd) herpandrecht – náást het oorspronkelijke eerste pandrecht – in rang boven het tweede

"geheel nieuwe vordering" doel ik hier echter op een vordering van de pandhouder die géén verband houdt een dergelijke bancaire (krediet)relatie, en dus niet door het bank- of kredietpandrecht wordt gezekerd.

⁵⁵⁰ Art. 3:253 lid 1 BW jo. art. 490b Rv. Zie hierover uitgebreider: paragraaf 6.4.

⁵⁵¹ Zoals door Van Hees verdedigd als eerste oplossing, zoals hiervoor besproken onder (II).

pandrecht gaat.⁵⁵² Als gevolg hiervan zou het tweede pandrecht van (C) verworpen tot een derde(rangs) pandrecht, zonder dat de tweede pandhouder (C) geacht kan worden met een dergelijke wijziging van zijn rang te hebben ingestemd. Derhalve moet het erop worden gehouden dat de rangwisseling bij herverpanding tot gevolg heeft dat de herpandhouder de plaats van de eerste pandhouder/herpandgever in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst in geval meerdere pandrechten op het (her)pandobject rusten – tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijk eerste pandrecht gezeekerde vordering. Indien op het moment van executie de door het oorspronkelijk eerste pandrecht gezeekerde vordering lager is dan de vordering van de herpandhouder, zal de herpandhouder slechts ten belope van die lagere vordering met voorrang boven de tweede pandhouder verhaal kunnen nemen. Indien op het moment van executie het oorspronkelijk eerste pandrecht reeds teniet is gegaan doordat de door dit pandrecht gezeekerde vordering geheel is voldaan, dan komt de herpandhouder bij de verdeling van de executieopbrengst volledig in rang ná de tweede pandhouder.⁵⁵³ Alleen op deze wijze wordt recht gedaan zowel aan de positie die op voet van het prioriteitsbeginsel aan tweede pandhouder toekomt, als aan de rangwisseling die bij herverpanding optreedt.⁵⁵⁴

4.3.1.3 Deelconclusie

De rangwisseling bij herverpanding laat de goederenrechtelijke positie van derden ten aanzien van het (her)pandobject onverlet. De positie van derden – zoals een tweede pandhouder – wordt onverkort bepaald door het prioriteitsbeginsel. Voor afwijking van het prioriteitsbeginsel ten aanzien van derden bestaat – anders dan ten aanzien van de pandhouder/herpandgever die zelf tot herverpanding overgaat en daarmee geacht wordt de gevolgen hiervan (i.e. de rangwisse-

⁵⁵² Zoals door Van Hees verdedigd als tweede oplossing, zoals hiervoor besproken onder (III).

⁵⁵³ In dit geval kan de herpandhouder ook niet langer als hoogst gerangschikte pandhouder de – oorspronkelijk aan de eerste pandhouder toekomende – (executie)bevoegdheden uitoefenen. Ik zou menen dat de tweede pandhouder bij een tussentijds einde van het oorspronkelijk eerste pandrecht – ten opzichte van het herpandrecht – de positie van hoogst gerangschikte pandhouder inneemt.

⁵⁵⁴ In dit opzicht kan een vergelijking worden gemaakt met de werking van een afwijkende rangorde bij hypotheekrechten ex art. 3:262 BW. Een dergelijke rangregeling heeft uitsluitend werking jegens andere hypotheekhouders, indien deze met de rangwijziging instemmen. Indien een eerste hypotheekhouder en een derde hypotheekhouder onderling van rang willen wisselen, en de tweede hypotheekhouder hiermee niet wil instellen, dan heeft de rangwisseling jegens de tweede hypotheekhouder geen werking – zoals de wetgever opmerkt – "*noch te zijnen nadele, noch te zijnen gunste*". Dit brengt mee dat de oorspronkelijk derde hypotheekhouder in geval van executie slechts in zoverre de rechten van de oorspronkelijk eerste hypotheekhouder kunnen uitoefenen, als die op dat moment nog bestaan, dat wil zeggen: slechts ten belope van de door het oorspronkelijk eerste hypotheekrecht gezeekerde vordering. Is het oorspronkelijk eerste hypotheekrecht op het moment van executie reeds geheel tenietgegaan, dan staat de derde hypotheekhouder bij de verdeling van de executieopbrengst volledig achter op de tweede hypotheekhouder. Zie: Parl. Gesch (Vermogensrecht) 1981, p. 812.

ling) te accepteren – geen rechtvaardiging. Dit betekent dat een herpandrecht slechts aan derden met een ouder recht – zoals tweede pandhouder (C) in de besproken casus – kan worden tegengeworpen voor zover de herpandschuld de door oorspronkelijke eerste pandrecht gezeekerde vordering niet overschrijdt. Het herpandrecht neemt de plaats van de eerste pandhouder/herpandgever in de rangorde in, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst in geval meerdere pandrechten op het (her)pandobject rusten – tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijk eerste pandrecht gezeekerde vordering.

De problematiek van rangwisseling bij meervoudige (her)verpanding komt uitgebreider aan de orde in paragraaf 6.7.

4.3.2 *Rechtspositie van de pandgever*

Door herverpanding gaat de eigendom of het recht van de pandgever op het verpande goed niet verloren.⁵⁵⁵ De pandgever blijft aldus eigenaar van c.q. rechthebbende op het pandobject. De pandgever loopt echter als gevolg van de herverpanding wel het risico dat zijn goed wordt uitgewonnen voor een schuld van een ander. De rechtspositie van de pandgever kan in een herverpandingscasus worden onderscheiden in (i) die jegens de pandhouder in het kader van het oorspronkelijke pandrecht en (ii) die jegens de herpandhouder in het kader van het herpandrecht.

In het kader van het oorspronkelijke pandrecht behoudt de pandgever zijn rechten jegens de pandhouder, voor zover deze door de herverpanding niet ten dele terzijde worden gesteld.⁵⁵⁶ Zo kan de pandgever van de pandhouder een schriftelijke verklaring verlangen over de aard en het bedrag van de geseceerde vordering (art. 3:241 BW), heeft hij er bij vuistpand recht op dat de pandhouder als een goed pandhouder voor het pandobject zorg draagt (art. 3:243 lid 1 BW)⁵⁵⁷, en kan hij bij het tenietgaan van het pandrecht van de pandhouder verlangen dat laatstgenoemde al het nodige verricht om het pandobject weer in de feitelijke macht van de pandgever te brengen en schriftelijk bewijs verschaft dat het pandrecht is geëindigd (art. 2:256 BW).⁵⁵⁸ Voorts is de pandgever bevoegd ter bescherming van het verpande goed rechtsvorderingen tegen derden in te stellen, mits de pandhouder daarbij tijdig in het geding wordt opgeroepen (art. 3:245 BW). Rust

⁵⁵⁵ Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1970/71, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766-767.

⁵⁵⁶ Zie uitgebreider: Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 552-553; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 783.

⁵⁵⁷ Bij ernstig tekortschieten in deze zorgplicht kan de pandgever bij de rechtbank afgifte of inbewaringgeving vorderen (art. 3:257 BW).

⁵⁵⁸ Het verschaffen van feitelijke macht over het pandobject bij einde van het oorspronkelijke pandrecht zal echter niet mogelijk zijn, indien op dat moment het herpandrecht nog op het goed rust.

het pandrecht op een vordering, dan is de pandgever bevoegd in en buiten rechte nakoming daarvan te eisen en betaling in ontvangst te nemen, zolang het pandrecht niet aan de debiteur van de vordering is medegeedeeld (art. 3:246 lid 1 BW).⁵⁵⁹ Is aan het verpande goed stemrecht verbonden, dan blijft de uitoefening van dat stemrecht in beginsel aan de pandgever toekomen, tenzij anders is bedongen (art. 3:247 BW). Voor pandrecht op aandelen in een naamloze of besloten vennootschap gelden voor de uitoefening van het daaraan verbonden stemrecht de bijzondere vereisten van artikel 2:98 en 2:198 BW.⁵⁶⁰

In het kader van het herpandrecht neemt de oorspronkelijk pandgever de positie in van derde wiens goed voor een schuld van een ander (i.e. de herpandgever of een derde) is verbonden.⁵⁶¹ Door de vestiging van het herpandrecht op een hem toebehorend goed wordt de pandgever echter niet (mede)schuldenaar van de betreffende schuld.⁵⁶² Wanneer de schuldenaar in verzuim met voldoening van de door het herpandrecht gezekerde vordering, dan kan de herpandhouder het verbonden goed van de oorspronkelijk pandgever uitwinnen, hetgeen de oorspronkelijk pandgever zal moeten dulden. In geval van dreigende executie heeft de pandgever evenwel de mogelijkheid het herpandrecht te lossen door voldoening van de herpandschuld, in welk geval hij wordt gesubrogeerd in de vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever (art. 6:150 sub (b) BW). Deze vordering zal de pandgever onder voorwaarden kunnen verrekenen met zijn eigen pandschuld aan de pandhouder/herpandgever.⁵⁶³

De kwalificatie van het herpandrecht als derdenpand brengt overigens niet mee dat de pandgever – de 'derde' in het kader van het herpandrecht – aansprakelijk is voor waardevermindering van het pandobject op grond van artikel 3:233 BW. De oorspronkelijk pandgever geldt ten aanzien van het herpandrecht immers niet als herpandgever, aangezien de pandhouder/herpandgever het herpandrecht in eigen naam op het aan de oorspronkelijk pandgever toebehorende goed heeft gevestigd.⁵⁶⁴ De kwalificatie als derdenpand brengt echter wel mee dat de pand-

⁵⁵⁹ In dat geval is de pandgever ook bevoegd tot opzegging (art. 3:246 lid 2 BW).

⁵⁶⁰ Zie hierover uitgebreider: paragraaf: 6.8.

⁵⁶¹ Zie tevens: Koopal 1995, p. 775; en Breken 2002, p. 375-376. Zoals reeds opgemerkt, is het herpandrecht vanuit het perspectief van de pandgever een derdenpand: het aan de oorspronkelijk pandgever toebehorende goed wordt verpand voor een schuld van een ander (i.e. de herpandgever of een derde). Zie uitgebreider over derdenpand onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 66-69.

⁵⁶² De pandgever ('derde' in het kader van het herpandrecht) heeft zich immers niet verbonden de schuld van de ander te voldoen. Zie onder meer: 3:233 lid 1 BW, waarin wordt gesproken van "*de pand- of hypotheekhouder die niet tevens de schuldenaar is*". Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 67.

⁵⁶³ Zie over subrogatie en verrekening in geval van executie door de herpandhouder uitgebreider: paragraaf 6.4.2.

⁵⁶⁴ Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 69.

gever in geval van executie door de herpandhouder kan verlangen dat eventueel tevens verpande of verhypothekerde goederen van de schuldenaar zelf (i.e. de herpandhouder c.q. een derde) in de verkoop worden executie en eerst worden verkocht (art. 3:234 lid 1 BW).⁵⁶⁵ De pandgever zou ook uitwinning van het hem toebehorende goed door de herpandhouder kunnen voorkomen door de vordering van de herpandhouder te voldoen. Daarbij gaat de vordering van de herpandhouder bij wege van subrogatie over op de pandgever (art. 6:150 sub (b) BW).⁵⁶⁶ Komt het evenwel op executie van het herpandobject aan, dan gaat daarbij de eigendom van het goed voor de pandgever verloren. Ook wanneer het aan de pandgever toebehorend herpandobject voor de vordering van de herpandhouder wordt uitgewonnen, gaat deze vordering bij wege van subrogatie over op de pandgever (art. 6:150 sub (a) BW).⁵⁶⁷ Op de gevolgen van executie bij herverpanding kom ik in paragraaf 6.4 terug.

4.3.3 *Rechtspositie van de pandhouder/herpandgever*

In geval van herverpanding neemt de pandhouder/herpandgever een bijzondere positie in. Enerzijds is hij pandhouder in het kader van het oorspronkelijke pandrecht; anderzijds is hij herpandgever in het kader van het herpandrecht. Ik licht hierna beide kanten van de positie van de pandhouder/herpandgever toe.

Als gevolg van herverpanding verliest de pandhouder/herpandgever zijn eigen pandrecht (i.e. het oorspronkelijke pandrecht) niet. Dit is uitdrukkelijk opgemerkt in de Toelichting Meijers.⁵⁶⁸ Het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever blijft op het goed rusten naast het herpandrecht van de herpandhouder. De pandhouder/herpandgever heeft aldus alle rechten en verplichtingen van een normale pandhouder⁵⁶⁹, voor zover deze niet door de herverpanding (al dan niet ten dele) ter zijde zijn gesteld. Een aantal van deze rechten en verplichtingen kwam in de vorige paragraaf reeds aan de orde. Samengevat, heeft de pandhouder recht van parate executie (art. 3:248 BW), neemt hij in het faillissement van de pandgever de positie in van separatist (art. 57 lid 1 Fw)

⁵⁶⁵ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 69; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 513.

⁵⁶⁶ Op grond van artikel 6:150 sub (b) BW, gaat een vordering bij wege van subrogatie over op een derde indien hij de vordering voldoet omdat een hem toebehorend goed voor de vordering verbonden is. De pandgever kan dit overigens te allen tijde doen. Van een dreigende executie door de herpandhouder hoeft strikt genomen geen sprake te zijn.

⁵⁶⁷ Op grond van artikel 6:150 sub (a) BW gaat een vordering bij wege van subrogatie over op een derde indien een hem toebehorend goed voor de vordering wordt uitgewonnen.

⁵⁶⁸ Toelichting Meijers 1954, p. 277. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766. Zie anders: Molenaar 1991, p. 69; en in gelijke zin: Hamers 1996, p. 61. Molenaar schrijft dat het eerste pandrecht "*herleeft*" op het moment dat de pandhouder/herpandgever zijn schuld aan de herpandhouder voldoet. Dit wekt ten onrechte de indruk dat het oorspronkelijke pandrecht tijdelijk eindigt c.q. buiten werking wordt gesteld.

⁵⁶⁹ Zie uitgebreider: Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 552-553; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 783.

en heeft hij voorrang bij verhaal (art 3:227 lid 1 BW; art. 3:278 BW). De pandhouder kan voorts – tenzij door partijen anders is overeengekomen – bij vuistloos pand afgifte van de zaak vorderen (art. 3:237 lid 3 BW) of bij stil pandrecht op een vordering mededeling doen van de verpanding aan de debiteur van de vordering (art. 3:239 lid 3 BW). Bij een openbaar pandrecht op vorderingen kan de pandhouder nakoming vorderen en betaling van de vorderingen in ontvangst nemen en is hij bevoegd tot opzegging (art. 3:246 BW). Ook de gebruikelijke verplichtingen van een pandhouder rusten op de pandhouder/herpandgever. Zo is hij in geval van vuistpand jegens de pandgever gehouden als een goed pandhouder voor het in pand verkregen goed zorg te dragen (art. 3:243 lid 1 BW) en na het einde van het pandrecht het pandobject aan de pandgever ter beschikking te stellen (art. 3:256 BW). Desgevraagd moet de pandhouder een schriftelijke verklaring aan de pandgever afgeven over de aard en, voor zover mogelijk, de hoogte van de door het pandrecht gezeekerde vordering (art. 3:241 BW). De pandhouder mag voorts de in pand verkregen goederen niet gebruiken, vervreemden of zich toe-eigenen (art. 3:235 BW). Het vestigen van het herpandrecht op het in pand verkregen goed, wordt overigens niet als een verboden beschikkingshandeling of toe-eigening gezien, omdat – zo wordt aangenomen – herverpanding haar grondslag in de wettelijke regeling van artikel 3:242 BW en de ondubbelzinnige toestemming van de pandgever.⁵⁷⁰ Tot slot is de pandhouder/herpandgever verplicht in geval van executie van het pandrecht het overschot van de executoriale verkoop aan de pandgever uit te keren (art. 3:253 lid 1 BW).

De herverpanding heeft echter wel een aantal gevolgen voor de positie van de pandhouder/herpandgever en de voornoemde bevoegdheden. Zoals reeds opgemerkt in paragraaf 4.3.1, is een belangrijk gevolg van herverpanding de rangwisseling tussen pandhouder/herpandgever en de herpandhouder. Aangenomen moet worden dat het herpandrecht de plaats van het oorspronkelijke pandrecht in de rangorde inneemt en daarmee in rang boven het pandrecht van de pandhouder/herpandgever gaat.⁵⁷¹ Als gevolg van deze rangwisseling neemt de pandhouder/herpandgever de positie van lager gerangschikt pandhouder in. In de uitoefening van zijn bevoegdheden als pandhouder zal de pandhouder/herpandgever aldus de rechten van de (hoger gerangschikte) herpandhouder moeten respecteren.⁵⁷²

⁵⁷⁰ Zie onder meer: Toelichting Meijers 1954, p. 277; en tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766.

⁵⁷¹ Zij het – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst in geval meerdere pandrechten op het (her)pandobject rusten – tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijk pandrecht gezeekerde vordering. Zie: paragraaf 4.3.1.2 hiervoor.

⁵⁷² Zie in dit verband onder meer: art. 3:237 lid 3 BW (afgifte vuistloos pand), art. 3:246 lid 3 BW (inningbevoegdheid vordering), 3:248 lid 3 BW (parate executie).

In samenhang met de rangwisseling is in de literatuur aangevoerd dat de pandhouder/herpandgever zijn eigen pandrecht niet zou mogen uitwinnen zolang het herpandrecht niet is geëindigd.⁵⁷³ Zoals al eerder opgemerkt, bestaat hiervoor naar mijn mening geen grond.⁵⁷⁴ Desalniettemin is de pandhouder/herpandgever in bepaalde opzichten beperkt in de uitoefening van zijn rechten als pandhouder zolang het herpandrecht voortduurt. Herverpanding brengt immers mee dat de pandhouder/herpandgever zijn pandrecht praktisch niet zal kunnen uitoefenen zolang het herpandrecht voortduurt.⁵⁷⁵ Het (her)verpande goed blijft ook bij executie door de pandhouder/herpandgever met het herpandrecht bezwaard.⁵⁷⁶ Wil de pandhouder/herpandgever het goed vrij van het herpandrecht executeren, dan zal hij eerst de door het herpandrecht gezeekerde vordering moeten aflossen. Bij aflossing van de door het herpandrecht gezeekerde vordering gaat het herpandrecht immers als afhankelijk recht teniet.

4.3.4 Rechtspositie van de herpandhouder

Als gevolg van herverpanding verkrijgt de herpandhouder rechtstreeks een zelfstandig pandrecht op het pandobject. Dit pandrecht strekt tot zekerheid van een eigen vordering van de herpandhouder op de herpandgever c.q. een derde. Het herpandrecht is, zoals reeds opgemerkt, niet afhankelijk van de door het eerste pandrecht gezeekerde vordering of van het voortbestaan van het oorspronkelijke pandrecht. Op grond van zijn herpandrecht heeft de herpandhouder alle rechten en bevoegdheden die op grond van titel 3.9 BW aan een pandhouder toekomen.⁵⁷⁷ Ten opzichte van de pandhouder/herpandgever⁵⁷⁸ neemt de herpandhouder de positie van hoger gerangschikte pandhouder in. Dit brengt onder meer mee – zoals al eerder aan de orde kwam – dat de rechten van de herpandhouder door lager gerangschikte pandhouders, zoals de pandhouder/herpandgever, moeten worden gerespecteerd.⁵⁷⁹ Het voornaamste gevolg van de hogere rang is

⁵⁷³ Faber 1998, p. 696; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133. Anders: Van Hees 2001, p. 234-235. Zie tevens paragraaf 4.3.1.

⁵⁷⁴ Zie paragraaf 4.3.1.

⁵⁷⁵ Dit is slechts anders indien de executiewaarde van het (her)verpande goed zodanig is dat uit de executieopbrengst na de (hoger gerangschikte) vordering van de herpandhouder, ook de vordering van de pandhouder/herpandgever kan worden voldaan.

⁵⁷⁶ Art. 3:248 lid 3 BW. Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133.

⁵⁷⁷ Zoals uiteengezet in de paragrafen hiervoor. Zie hierover uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 783; Sniijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 552-553.

⁵⁷⁸ Ten opzichte van derden met een goederenrechtelijke aanspraak, zoals een tweede pandhouder, neemt de herpandhouder – als gevolg van de rangwisseling bij herverpanding – de plaats van de oorspronkelijk pandhouder/herpandgever in de rangorde van pandrechten in, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst in geval meerdere pandrechten op het (her)pandobject rusten – tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijk eerste pandrecht gezeekerde vordering. Zie: paragraaf 4.3.1.2.

⁵⁷⁹ Zie in dit verband onder meer: art. 3:237 lid 3 (afgifte vuistloos pand) en art. 3:246 lid 3 (inningbevoegdheid vordering).

dat een lager gerangschikte pandhouder, zoals de pandhouder/herpandgever, het verpande goed slechts executoriaal kan verkopen met handhaving van het herpandrecht.⁵⁸⁰

4.4 Einde pandrecht en herpandrecht

Alvorens ik op het tenietgaan van het oorspronkelijke pandrecht en het herpandrecht in geval van herverpanding inga, bespreek ik het tenietgaan van pandrechten in het algemeen. Ik volsta hier met een kort overzicht.⁵⁸¹

Een pandrecht kan op verschillende wijzen teniet gaan. Ten eerste gaat een pandrecht teniet indien de vordering tot zekerheid waarvan het pandrecht strekt, wordt voldaan. Pandrecht heeft immers een afhankelijk karakter.⁵⁸² Ten tweede gaat een pandrecht, als zijnde een beperkt recht, teniet op de wijzen als genoemd in artikel 3:81 lid 2 BW.⁵⁸³ Zo gaat een pandrecht teniet indien het goed waarop het rust, teniet gaat (sub (a)). Rust een pandrecht op een vordering, dan gaat het pandrecht teniet wanneer deze vordering wordt voldaan. Een pandrecht op een roerende zaak, gaat teniet indien deze zaak door bestanddeelvorming (art. 5:14 BW) of zaakvorming (art. 5:16 BW) als zelfstandige zaak tenietgaat. Voorts gaat een pandrecht teniet door vervulling van een ontbindende voorwaarde waaronder het pandrecht is gevestigd (sub (b)).⁵⁸⁴ Een pandrecht kan tevens door afstand (sub (c)) – waarvoor artikel 3:258 lid 2 een bijzondere regeling bevat – en door opzegging (sub (d)) teniet gaan. Afstand van een pandrecht kan – in afwijking van artikel 3:98 BW gescheiden bij enkele overeenkomst, mits de toestemming van de pandhouder uit een schriftelijke verklaring blijkt.⁵⁸⁵ Opzegging van een pandrecht is in beginsel vormvrij, maar kan alleen plaatsvinden indien de bevoegdheid daartoe bij vestiging van het pandrecht aan de pandhouder c.q. pandgever is toegekend. Tot slot zij gewezen op het tenietgaan van een pandrecht

⁵⁸⁰ Art. 3:248 lid 3 BW.

⁵⁸¹ Zie uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 135-143; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 784; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 457.

⁵⁸² Art. 3:82 jo. art. 3:7 BW. In dit verband moet worden gewezen op artikel 3:323 BW, waarin is bepaald dat door voltooiing van de verjaring van rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis een pandrecht dat tot zekerheid daarvan strekt, teniet gaat.

⁵⁸³ Artikel 3:81 lid 2 BW onderscheidt 5 wijzen van tenietgaan van beperkte rechten, te weten: (a) door het tenietgaan van het recht waaruit het beperkte recht is afgeleid, (b) door verloop van tijd waarvoor, of de vervulling van de ontbindende voorwaarden waaronder het beperkte recht is gevestigd, (c) door afstand, (d) door opzegging, (e) door vermenging en voorts op de overige in de wet voor iedere soort gegeven wijzen van tenietgaan.

⁵⁸⁴ Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij stil verpande handelsvoorraden die de pandgever op basis van afspraken met de pandhouder in zijn normale bedrijfsuitoefening mag gebruiken en vervreemden. Bevoegde vervreemding door de pandgever vervult in dat geval de voorwaarde waaronder het pandrecht is gevestigd. Zie: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 784.

⁵⁸⁵ Zie: 3:258 lid 2 BW.

door vermenging (sub (e)). Hiervan is sprake indien het beperkte recht en het hoofdrecht waarvan het is afgeleid – zoals het eigendomsrecht – weer in een hand komen. Voorts moet in dit verband worden gewezen op een bijzondere wijze van tenietgaan van vuistpand op roerende zaken en of toonder- of orderpapieren. Een vuistpand gaat namelijk teniet doordat het pandobject weer in de macht van de pandgever geraakt (art. 3:258 lid 1 BW). Dit is slechts anders indien het pandrecht oorspronkelijk als vuistloos pandrecht was gevestigd. In dat geval blijft het pandrecht – zij het wederom als vuistloos pandrecht – in stand. Ten derde gaat een pandrecht teniet door executie. De executie doet het recht van de execute-rende pandhouder zelf, alsmede de rechten van lager gerangschikte pandhouders vervallen.⁵⁸⁶ Rechten van hoger gerangschikte pandhouders blijven bij executie door een langer gerangschikte pandhouder in stand.⁵⁸⁷

Wanneer een pandrecht teniet gaat, kan een voormalig pandhouder niet langer de wettelijke bevoegdheden als pandhouder uitoefenen.⁵⁸⁸ Bovendien rust op een voormalig pandhouder de verplichting om al hetgeen te doen dat zijnerzijds nodig is opdat de pandgever de hem toekomende feitelijke macht over het verpande goed weer verkrijgt (art. 3:256 BW). In geval van een vuistpand is de voormalig vuistpandhouder verplicht om na het tenietgaan van het pandrecht, het goed weer in handen van de pandgever te stellen. Deze verplichting geldt uiteraard niet indien het pandrecht door uitwinning is tenietgegaan.

4.4.1 Tienietgaan oorspronkelijke pandrecht

In een herverpandingscasus kan de situatie zich voordoen dat het oorspronkelijke pandrecht teniet gaat terwijl het herpandrecht nog voortduurt. Zoals reeds opgemerkt, gaat het oorspronkelijke pandrecht niet teniet door vestiging van het herpandrecht zelf. In de Toelichting Meijers⁵⁸⁹ is definitief een einde gemaakt aan de discussie in de literatuur onder het Oud BW: het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever blijft op het (her)pandobject rusten naast het herpandrecht van de herpandhouder.

⁵⁸⁶ Zie onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 138.

⁵⁸⁷ Art. 3:248 lid 3 BW.

⁵⁸⁸ Hierbij zij opgemerkt dat een voormalig pandhouder in bepaalde gevallen een wettelijke recht behoudt na het tenietgaan van zijn pandrecht. Zo behoudt een pandhouder in geval van inning van stil verpande vorderingen door de curator van de pandgever, zijn voorrang op het geïnde. Hij moet weliswaar wachten tot de uitdelingslijst verbindend is geworden en hij draagt op de voet van art. 182 lid 1 Fw bij in de algemene faillissementskosten, maar hij heeft aanspraak erop bij de uitdeling overeenkomstig zijn aan het pandrecht ontleende voorrang te worden voldaan. Zie: HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 (*Mulder q.q./CLBN*), r.o. 3.4.3.

⁵⁸⁹ Zie: paragraaf 4.3.3 en tevens: Toelichting Meijers 1954, p. 277; Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766.

Het oorspronkelijke pandrecht kan daarentegen wel om verschillende andere redenen tenietgaan, bijvoorbeeld door voldoening van de geseceureerde vordering of door executie door de herpandhouder.⁵⁹⁰ In deze paragraaf ga ik uit van tenietgaan van het oorspronkelijke pandrecht door voldoening van de geseceureerde vordering. In paragraaf 6.4 kom ik nader te spreken over tenietgaan van het pandrecht door executie door de herpandhouder.

Gaat het oorspronkelijke pandrecht teniet als gevolg van voldoening van de geseceureerde vordering, dan heeft dit geen gevolgen voor het voortbestaan van het herpandrecht.⁵⁹¹ Het herpandrecht blijft in dat geval op het goed rusten. Het herpandrecht is immers een zelfstandig pandrecht, dat niet afhankelijk is van dezelfde geseceureerde vordering als het oorspronkelijke pandrecht. De herpandhouder kan nog steeds al zijn rechten en bevoegdheden als (her)pandhouder uitoefenen. De pandgever kan dus niet van de herpandhouder verlangen dat hij het goed vrijgeeft zolang diens vordering nog niet is voldaan en het herpandrecht aldus nog op het goed rust.⁵⁹²

Het voorgaande neemt echter niet weg dat de pandhouder/herpandgever jegens de oorspronkelijk pandgever verplicht is al hetgeen te doen dat zijnerzijds nodig is opdat de pandgever de hem toekomende feitelijke macht over het pandobject herkrijgt (art. 3:256 BW). Tot feitelijke machtsverschaffing over het pandobject is de pandhouder/herpandgever echter niet in staat, zolang het herpandrecht voortduurt. Koopal meent dat de verplichting van artikel 3:256 BW niet op de pandhouder/herpandgever rust in geval van een geldige herverpanding vanwege het enkele feit dat het oorspronkelijke pandrecht is geëindigd.⁵⁹³ Deze opvatting lijkt mij minder juist. Er is veel voor te zeggen dat de pandhouder/herpandgever uit hoofde van zijn teruggaveplicht ex artikel 3:256 BW gehouden is de schuld aan de herpandhouder te voldoen, opdat ook het herpandrecht teniet gaat en hij het goed aan de oorspronkelijke pandgever kan retourneren. Deze gedachte wordt in de literatuur breed gedragen.⁵⁹⁴ Ook enkele in de praktijk voorkomende

⁵⁹⁰ Bij executie door de (hoger gerangschikte) herpandhouder gaan lager gerangschikte pandrechten, zoals het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever teniet.

⁵⁹¹ Het heeft – indien naast het herpandrecht nog andere (oudere) pandrechten op het goed rusten – echter wel gevolgen voor de bevoegdheden die de herpandhouder in plaats van de oorspronkelijk pandhouder kan uitoefenen en de rang die hem bij de verdeling van de executie-opbrengst toekomt. Zie: paragraaf 4.3.1.2.

⁵⁹² Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133.

⁵⁹³ Koopal 1995, p. 775. Koopal meent dat de pandgever door toestemming voor herverpanding te geven het risico heeft aanvaard dat hij het goed na einde van het pandrecht (nog) niet of niet onbezwaard terugkrijgt. Naar zijn mening ligt dit anders indien partijen zijn overeengekomen dat een herverpanding niet langer mag duren dan het oorspronkelijke pandrecht.

⁵⁹⁴ Zie onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133; en Stein (*Vermogensrecht*), aant. 9 bij art. 3:242 BW. Stein merkt in dit verband op dat de pandhouder/herpandgever in beginsel het bedrag dat hij heeft ontvangen ter voldoening van de geseceureerde vordering, zal moeten aanwenden voor de aflossing van de schuld aan de herpandgever tot zekerheid waarvan

herverpandingsclausules bevatten een dergelijke verplichting van de pandhouder/herpandgever. Daarin is immers bepaald dat "*de herverpande goederen onmiddellijk na de aflossing van de schuld door Cliënt uit de herverpanding worden vrijgemaakt*".⁵⁹⁵ Teneinde enige onzekerheid over de afwikkeling van het herpandrecht bij tussentijds eindigen van het oorspronkelijke pandrecht te voorkomen, is het voor een pandgever aan te bevelen hierover specifieke afspraken met de pandhouder te maken.⁵⁹⁶

Tot slot moet worden opgemerkt dat het tenietgaan van het oorspronkelijke pandrecht in ieder geval tot gevolg heeft dat de voormalig pandhouder niet langer een geldig herpandrecht kan vestigen. Met het tenietgaan van zijn pandrecht neemt ook de bevoegdheid tot herverpanding een einde.⁵⁹⁷ Deze bevoegdheid is immers nauw verbonden aan de hoedanigheid van de herpandgever als pandhouder ten aanzien van het (her)pandobject. Een bij voorbaat gevestigd herpandrecht kan evenmin nog tot stand komen.⁵⁹⁸

4.4.2 *Tenietgaan herpandrecht*

Gelijk ieder pandrecht kan ook het herpandrecht op verschillende manieren teniet gaan. In de praktijk zijn voldoening van de door het herpandrecht geseceerde vordering en executie als wijze van tenietgaan van het herpandrecht het

het herpandrecht strekt. Is de geseceerde vordering van de herpandhouder op dat moment niet opeisbaar, dan kan de pandhouder/herpandgever deze vordering – aldus Stein – niet voldoen en is hij niet tot teruggave aan de pandgever in staat. In het verlengde hiervan meent Stein dat de oorspronkelijk pandgever in een dergelijk geval niet tot voldoening van de oorspronkelijke pandschuld kan worden gehouden, omdat de pandhouder in crediteursverzuim verkeert. Naar zijn mening behoeft de oorspronkelijk pandgever slechts de oorspronkelijke pandschuld te voldoen indien de pandhouder/herpandgever bereid is en in staat is de in pand gegeven zaak terug te geven.

⁵⁹⁵ Zie: paragraaf 4.2.1.4; in het bijzonder: art. 21.2 Algemene Voorwaarden Bank Insinger de Beaufort; en art. 6.4.1 Voorwaarden voor Insiders BinckBank. Vergelijk in dit verband: art. 23 (laatste zin) van de oude Algemene Voorwaarden van de Nederlandse Bankiersvereniging (1964).

⁵⁹⁶ Zie onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133; Koopal 1995, p. 775. Dergelijke afspraken komen in de praktijk ook voor. Zie de herverpandingsclausules in de algemene voorwaarden, zoals weergegeven in paragraaf 4.2.1.4.

⁵⁹⁷ In gelijke zin: Breken 2002, p. 383.

⁵⁹⁸ Zie tevens: Breken 2002, p. 384. Zie over herverpanding bij voorbaat uitgebreider: paragraaf 4.2.4.3. De situatie dat een herpandrecht bij voorbaat is gevestigd ná totstandkoming van het oorspronkelijke pandrecht zal zich evenwel nooit voordoen. Herverpanding bij voorbaat doet zich immers uitsluitend voor in het kader van een verpanding bij voorbaat, ter gelegenheid waarvan de pandgever – eveneens bij voorbaat – de herverpandingsbevoegdheid heeft toegekend aan de aspirant-pandhouder. Op het moment dat de pandgever het (her)pandobject verkrijgt, komt gelijktijdig het bij voorbaat gevestigde pandrecht en het bij voorbaat gevestigde herpandrecht tot stand. De situatie dat het oorspronkelijke pandrecht (tot stand komt en vervolgens) tenietgaat vóór totstandkoming van een bij voorbaat gevestigde herpandrecht zal zich dus nooit kunnen voordoen.

meest van belang. Wordt de door het herpandrecht gezeekerde vordering voldaan⁵⁹⁹ of gaat de herpandhouder over tot executie, dan gaat het herpandrecht teniet. Een tussentijds tenietgaan van het oorspronkelijke pandrecht (bijvoorbeeld door voldoening van de geseceerde vordering) heeft, zoals reeds besproken, geen gevolgen voor het herpandrecht: het herpandrecht blijft in dat geval als zelfstandig pandrecht op het (her)pandobject rusten. Hetzelfde geldt ingeval van tussentijdse executie door de pandhouder/herpandgever: de lager gerangschikte pandhouder/herpandgever kan slechts het verpande goed slechts executoriaal verkopen met handhaving van de hoger gerangschikte pandrechten, zoals het herpandrecht.

Wanneer het herpandrecht – anders dan door executie⁶⁰⁰ – teniet gaat, blijft het oorspronkelijke pandrecht op het pandobject rusten. Dit pandrecht neemt dan weer zijn oorspronkelijke rang in. Het tenietgaan van het herpandrecht heeft tevens tot gevolg dat de voormalig herpandhouder niet langer de wettelijke bevoegdheden van pandhouder kan uitoefenen. Zo is hij verplicht de pandhouder/herpandgever weer de feitelijke macht over het verpande goed te verschaffen (art. 3:256 BW).

⁵⁹⁹ De door het herpandrecht geseceerde vordering kan niet alleen worden voldaan door de pandhouder/herpandgever, maar ook door de pandgever (i.e. de eigenaar/rechthebbende van het pandobject) in geval van lossing (art. 3:249 lid 2 BW). De pandgever is een derde wiens goed voor deze herpandschuld verbonden is. Zie in dit verband tevens: art. 6:150 sub (b) BW met betrekking subrogatie.

⁶⁰⁰ In geval van executie door de herpandhouder gaat het oorspronkelijke pandrecht als lager gerangschikt pandrecht teniet. De gevolgen van het tenietgaan van het herpandrecht door executie komen in paragraaf 6.4 aan de orde.

5 PRAKTISCHE TOEPASSING VAN HERVERPANDING

5.1 Inleiding

In de parlementaire toelichting op de wettelijke regeling van herverpanding in artikel 3:242 BW merkte de wetgever op dat het praktische belang van herverpanding met de invoering van de Wet giraal effectenverkeer ("Wge") sterk was teruggelopen.⁶⁰¹ Vanzelfsprekend ligt de tijd van herbelening en herprolongatie van effecten, zoals in hoofdstuk 2 besproken, inmiddels ver achter ons. De stelling dat herverpanding thans slechts een beperkt praktisch belang zou hebben of – zoals door Zwolve opgemerkt – zelfs geheel geen zelfstandige betekenis meer zou toekomen⁶⁰², behoeft echter bijstelling.

Hierbij dient allereerst te worden gewezen op het feit dat herverpandingsclausules geleidelijk hun weg hebben gevonden naar standaardbepalingen van banken en andere financiële instellingen die krediet verstrekken en daarbij zekerheden bedingen.⁶⁰³ Een groot aantal banken heeft een herverpandingsclausule in algemene voorwaarden met betrekking tot kredietverlening, verpandingen en effecten- of beleggingsdienstverlening. Een selectie van deze herverpandingsbedingen kwam reeds aan bod in paragraaf 4.2.1.4. Hieruit kan worden opgemaakt dat herverpanding kennelijk nog steeds een zekere betekenis in de bancaire praktijk heeft.

Daarnaast kan een aantal, niet te verwaarlozen, praktische toepassingen van herverpanding worden genoemd. In de eerste plaats zijn het belang en de behoefte van kredietverschaffers om in pand verkregen goederen als onderpand voor eigen krediet aan te wenden, niet afgenomen.⁶⁰⁴ Met name indien het door de kredietverschaffer zelf in pand verkregen object een overwaarde heeft, kan herverpanding van het pandobject voor een pandhouder aantrekkelijk zijn. In de

⁶⁰¹ Memorie van Antwoord, *Kamerstukken II* 18 998, nr. 5, p. 25. Zie ook: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 134; Stein (*Vermogensrecht*), aant. 5 bij art. 3:242 BW.

⁶⁰² Zoals betoogd door: Zwolve 1994, p. 450.

⁶⁰³ Breken 2002, p. 365-366. Voor zover hem bekend, wordt herverpanding op basis van een dergelijke standaardbepalingen echter nog niet op grote schaal toegepast. Breken merkt echter – in 2002 – op dat het zijn verwachting is dat herverpanding in de toekomst een belangrijkere rol zou kunnen gaan spelen, onder meer bij *securitisation*-transacties. De door Breken voorspelde procedures over herverpandingsvraagstukken zijn evenwel uitgebleven. Een blik op de jurisprudentie laat nog steeds geen uitspraken zien over de toepassing van herverpanding onder artikel 3:242 BW.

⁶⁰⁴ Zoals nader zal worden besproken in paragraaf 6.6, ligt eenzelfde belang en behoefte ten grondslag aan de ontwikkeling van de financiële zekerheidsovereenkomst en het in het kader van een fzo-pandrecht te bedingen gebruiksrecht (*right of use*).

tweede plaats biedt herverpanding een middel voor het vormgeven van zekerheidsstructuren in het kader van de syndicaatsleningen waarbij meerdere kredietverschaffers zijn betrokken. Herverpanding kan in de derde plaats uitkomst bieden wanneer onzekerheid bestaat over de vraag of een krediet- of bankpandrecht mee overgaat bij overgang van een geseceerde vordering. In de vierde plaats kan ook het bewerkstelligen van een afwijkende rangregeling tussen verschillende pandhouders op hetzelfde goed een reden voor herverpanding vormen. In de navolgende paragrafen komen deze praktische toepassingen van herverpanding nader aan de orde.

5.2 Aanwenden van pandobject als zekerheid voor eigen schulden

Zoals reeds uit de bespreking van de historische ontwikkeling van herverpanding naar voren kwam, is de praktische behoefte van herverpanding primair gelegen in de mogelijkheid voor een kredietverschaffer om in pand verkregen goederen te gebruiken als onderpand voor een eigen schuld. De bevoegdheid tot herverpanding stelt een kredietverschaffer (schuldeiser/pandhouder) daartoe juridisch in staat.⁶⁰⁵ Door middel van herverpanding kan een kredietverschaffer aan zijn eigen kredietverschaffers zekerheid (in de vorm van een herpandrecht op de door hemzelf in pand verkregen goederen) verstrekken. Op deze wijze kan een kredietverschaffer in zijn eigen kredietbehoefte voorzien; met de verschaffing van een herpandrecht kan hij tegen gunstige voorwaarden zelf krediet verkrijgen, waarmee hij zijn leningsactiviteiten kan financieren.⁶⁰⁶

Deze praktische toepassing van herverpanding zal evenwel een beperking vinden in de waarde en overwaarde van het pandobject.⁶⁰⁷ Herverpanding heeft alleen praktisch belang, indien het pandobject voldoende overwaarde heeft, waaruit de vordering van de pandhouder/herpandgever kan worden voldaan ná voldoening van de herpandhouder. Een pandhouder/herpandgever zal – naar men mag aannemen – met de herverpanding niet zijn eigen verhaalsmogelijkheden en zeker-

⁶⁰⁵ Zoals besproken in paragraaf 2.4.1.4, kon een kredietverschaffer ook *feitelijk* in staat zijn aan derden zekerheid te verschaffen bestaande uit van zijn cliënten in pand verkregen goederen, bijvoorbeeld doordat de betreffende goederen – in de regel effecten – verwisselbaar waren (gesteld). De kredietverschaffer kon in dat geval bij aflossing volstaan met het retourneren van gelijkwaardige goederen aan de betreffende cliënt.

⁶⁰⁶ Zie: paragraaf 2.2.2. Eenzelfde ratio ligt ten grondslag aan het gebruiksrecht bij financiëlezekerheidsovereenkomsten tot vestiging van een pandrecht. Dienaangaande wordt aangenomen dat het gebruiksrecht zekerheidnemers in staat stelt inkomsten te genereren door hergebruik van de in zekerheid verkregen financiële activa, waardoor zij mogelijk tegen gunstigere voorwaarden (en lagere kosten) financiële diensten aan hun zekerheidsverschaffers kunnen aanbieden. Zie: paragraaf 7.6.3.4; en tevens: Europese Commissie, Voorstel van 27 maart 2001 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, COM 2001, 168, p. 9.

⁶⁰⁷ Zie uitgebreider: paragraaf 4.2.3.

heidspositie in gevaar willen brengen.⁶⁰⁸ Hij zal een zekere marge willen aanhouden, opdat ook hij – in geval van executie – voor zijn vordering op de pandgever verhaal kan nemen op de executieopbrengst die resteert na verhaal door de (hogere gerangschikte) herpandhouder. Met het oog hierop ligt het niet voor de hand dat een pandhouder/herpandgever een herpandrecht vestigt voor een schuld die hoger is dan de overwaarde van het pandobject.

Juist het benutten van een eventuele overwaarde van het pandobject is door Koopal als praktische toepassing van herverpanding genoemd. Koopal meent dat herverpanding van praktisch belang kan zijn in het geval de waarde van het door de oorspronkelijk pandgever verpande goed de hoogte van de geseceureerde vordering overtreft. Naar zijn mening zou de pandhouder in dat geval zijn eigen crediteur (de herpandhouder) – afgezien van de rangwisseling – meer zekerheid kunnen verschaffen dan hij zelf aan het oorspronkelijke pandrecht kan ontleenen.⁶⁰⁹ Koopal is van mening dat een pandhouder een in pand verkregen goed voor een hogere vordering kan herverpanden dan waarvoor hij zelf een pandrecht heeft. Zoals besproken in paragraaf 4.2.3, kan men er over twisten of dit mogelijk is. Zonder ondubbelzinnige toekenning van de bevoegdheid tot vestiging van een herpandrecht voor een hogere schuld, kan deze bevoegdheid naar mijn mening niet worden aangenomen. Om deze reden zal het benutten van overwaarde in de praktijk niet snel tot praktische toepassing van herverpanding leiden. Neemt men echter met Koopal en Breken⁶¹⁰ aan dat herverpanding in zijn algemeenheid ook voor een hogere schuld wel is toegestaan, dan zou herverpanding inderdaad een middel kunnen zijn voor de pandhouder om de overwaarde van een in pand verkregen goed te benutten als zekerheid voor andere schulden.

5.3 Toepassing in financieringsstructuren

In de literatuur is tevens aangevoerd dat herverpanding een nuttig instrument kan zijn in financieringsstructuren, waarbij de behoefte en/of noodzaak bestaat

⁶⁰⁸ Hierbij zij opgemerkt dat een pandhouder die tot herverpanding overgaat per definitie zijn zekerheidspositie minder sterk maakt. Ten opzichte van het herpandrecht, neemt het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever immers een lagere rang in. Zie: paragraaf 4.3.1. De pandhouder/herpandgever zal echter niet iedere mogelijkheid van verhaal onmogelijk willen maken door een herpandrecht te vestigen tot zekerheid van een vordering die de overwaarde van het pandobject overtreft.

⁶⁰⁹ Koopal 1995, p. 777. In dit opzicht zou herverpanding een voordeel hebben boven verpanding van de geseceureerde vordering. Bij verpanding van de geseceureerde vordering verkrijgt de pandhouder immers indirect zekerheid in de vorm van het pandrecht dat tot zekerheid van de hem verpande vordering strekt. Deze (indirecte) zekerheid is echter beperkt tot de hoogte van de oorspronkelijke geseceureerde vordering. Bij herverpanding zou de herpandhouder – aldus Koopal – zekerheid kunnen krijgen voor de volle waarde van het pandobject, i.e. inclusief de overwaarde ten opzichte van het oorspronkelijke pandrecht.

⁶¹⁰ Breken 2002, p. 378.

een zelfstandig pandrecht toe te kennen aan achterliggende en/of opvolgende kredietgevers.⁶¹¹ Daarbij kan worden gedacht aan de kredietverschaffing door een consortium of syndicaat van banken. Voordat ik op de rol van herverpanding in dergelijke financieringsstructuren inga, schets ik hierna eerst de achtergrond van de verstrekking van zekerheden aan een syndicaat van banken.

In de praktijk geschiedt kredietverschaffing bij omvangrijke financieringen niet door één bank, maar door meerdere banken gezamenlijk. Een dergelijke groep banken die gezamenlijk een lening aan een kredietnemer verstrekt, wordt aangeduid met een syndicaat of consortium. De lening die door een dergelijk syndicaat ter beschikking wordt gesteld, wordt een syndicaatslening of *syndicated loan facility* genoemd. Kredietverschaffing door middel van een syndicaat is een praktische manier om te voorkomen dat één bank een te groot kredietrisico op de kredietnemer zou lopen.⁶¹² Bij een syndicaat kunnen enkele tot wel – zeker bij omvangrijke financieringen – tientallen banken betrokken zijn.⁶¹³ De samenstelling van een bepaald syndicaat kan gedurende de looptijd van de financiering wijzigen. Het is mogelijk dat op het moment van het ter beschikking stellen van de lening nog niet alle, in het syndicaat participerende banken bekend zijn en/of dat tussentijds banken in- of uitstappen. Juist met het oog op deze omstandigheden wordt vaak gebruik gemaakt van één van de kredietverschaffers dan wel een speciaal daartoe opgerichte entiteit (een *Special Purpose Vehicle* ofwel "SPV") als intermediair. Deze partij wordt veelal aangeduid met de term *facility agent*.

Ook voor de zekerheidsverstrekking in het kader van een gesyndiceerde lening wordt in de regel gebruik gemaakt van een dergelijke intermediair, veelal aangeduid met: *collateral agent* of *security agent*.⁶¹⁴ Het is immers om verschillende redenen onpraktisch indien de kredietnemer de zekerheden aan de gezamenlijke kredietgevers zou verstrekken. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht

⁶¹¹ Zie onder meer: Van Hees 2001, p. 227-231; Breken 2002, p. 365-366.

⁶¹² Zie onder meer: Faber/Vermunt 2010 (2), p. 142.

⁶¹³ Zie over syndicaatsleningen uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 41 e.v.; Faber/Vermunt 2010 (2), p. 142; Biemans (*Verbintenissenrecht*), aant. 10 bij art. 6:15 BW; Vermeulen 2006 (I), p. 14, p. 43-46; Polak & Van Mierlo 1998, p. 11 e.v.; en tevens Wibier 2009 (2), onder 1.

⁶¹⁴ Voor de zekerhedenagent wordt ook de term *security trustee* gebruikt. De uit de internationale bancaire praktijk afkomstige Engelse termen *security agent* en *security trustee* zeggen overigens niets over de juridische kwalificatie van deze partijen naar Nederlands recht. Van een *trust* naar Engels of Amerikaans recht is bij een *security trustee* geen sprake. Evenmin is bij een *security agent* sprake van een vorm van vertegenwoordiging (*agency*). Voor de leesbaarheid zal in deze bespreking de term "*security agent*" hanteren. Anders dan bij kapitaalmarkttransacties (zoals securitisaties en verzekerde obligatieleningen) is deze term in de bancaire financieringspraktijk het meest gebruikelijk. Zie: Thiele 2009, p. 72-73; en tevens Faber/Vermunt 2010, p. 142.

aan de problematiek van in gemeenschap gehouden zekerheidsrechten.⁶¹⁵ In de tweede plaats zouden daarbij moeilijkheden kunnen ontstaan bij de uit- en toetreding van kredietgevers tot het syndicaat.⁶¹⁶ Om deze reden worden in het kader van een syndicaatslening de goederenrechtelijke zekerheden gewoonlijk gevestigd ten behoeve van een *security agent*. De zekerheidsvertrekking vindt gewoonlijk als volgt plaats. De kredietnemer verplicht zich allereerst jegens de *security agent* tot betaling aan deze van een bedrag gelijk aan het totale uitstaande bedrag onder de verschillende leningen. Daarmee wordt een zelfstandige vordering van de *security agent* op de kredietnemer gecreëerd, welke vordering gelijk is aan de daarmee corresponderende vorderingen van de individuele syndicaatsleden. Deze vordering wordt aangeduid met de term *parallel debt*. Teneinde te voorkomen dat de kredietnemer dubbel moet betalen, wordt overeengekomen dat betaling aan de afzonderlijke syndicaatsleden leidt tot vermindering van de parallelle vordering van de *security agent*, evenals betaling aan de *security agent* leidt tot vermindering van de corresponderende vordering van de syndicaatsleden. Tot zekerheid van deze *parallel debt* vestigt de kredietnemer vervolgens de zekerheidsrechten ten gunste van de *security agent*. Het resultaat van deze wijze van zekerheidsverschaffing is dus dat *security agent* een zelfstandige – aan de vorderingen van de aan het syndicaat deelnemende kredietgevers gelijkgestelde – vordering op de kredietnemer heeft (de *parallel debt*), welke vordering is gecureerd door de zekerheidsrechten. Met deze structuur wordt de problematiek van gemeenschappelijk gehouden zekerheden voorkomen. De zekerhedenstructuur is bovendien flexibel in de zin dat op voorhand rekening wordt gehouden met eventuele wijzigingen in de samenstelling van het syndicaat.⁶¹⁷ De aanspraak van de verschillende syndicaatsleden op de zekerheden is daarbij in de regel slechts van contractuele aard. Over de (wijze van) het houden, beheer en uitoefening van de zekerheden worden immers tussen de *security agent* en de syndicaatsleden bij overeenkomst (een zogeheten *intercreditor agreement*) afspraken

⁶¹⁵ Wanneer een pand- of hypotheekrecht wordt gevestigd ten gunste van de syndicaatsleden gezamenlijk tot zekerheid van al hetgeen zij onder het krediet te vorderen hebben of zullen hebben, ontstaat een gemeenschappelijk zekerheidsrecht. Op een dergelijk gemeenschappelijk zekerheidsrecht zijn de bepalingen van Titel 3.7 BW van toepassing. Toepassing van Titel 3.7 BW brengt mee dat de syndicaatsleden in beginsel samen moeten optrekken bij de uitoefening van het zekerheidsrecht. Dit is slechts anders indien de syndicaatsleden als deelgenomen een beheersregeling zijn overeengekomen (art. 3:168 lid 1 BW). Zie over de problematiek van gemeenschappelijke zekerheidsrechten: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 41; Polak & Van Mierlo 1998, p. 23 e.v.; Thiele 2003, p. 77; Thiele 2009, p. 76 e.v.; Biemans (*Verbintnissenrecht*), aant. 10 bij art. 6:15 BW; en Vermeulen 2006 (I), p. 92 e.v.

⁶¹⁶ Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 43; Wibier 2009 (2), onder 1; en Thiele 2009, p. 71 e.v.

⁶¹⁷ Toe- of uitreden van de kredietgevers laat de ten gunste van de zekerhedenagent gevestigde zekerheidsrechten onverlet. De bestaande zekerheidsrechten strekken bovendien tevens ten behoeve van nieuwe syndicaatsleden. Zie onder meer: Faber/Vermunt 2010 (2), p. 142.

gemaakt. De aanspraken van de syndicaatsleden op de security agent zijn evenwel doorgaans niet gecureerd.⁶¹⁸

Herverpanding kan in de hiervoor besproken zekerhedenstructuur op twee manieren een rol van betekenis spelen. In de eerste plaats maakt herverpanding het 'doorschuiven' van een pandrecht naar achterliggende en/of opvolgende kredietgevers mogelijk. In de tweede plaats zou herverpanding als middel kunnen dienen om (onzekerheid over) het insolventierisico dat de syndicaatsleden op de *security agent* lopen, af te dekken. Ik licht beide toepassing hierna toe.

In het kader van kredietverschaffing door meerdere kredietgevers kan – zoals door onder meer Van Hees opgemerkt – herverpanding een rol spelen.⁶¹⁹ Herverpanding maakt immers mogelijk dat een kredietnemer/pandgever kan volstaan met het vestigen van een pandrecht ten behoeve van één partij: de *security agent*. Indien hij daarbij de *security agent* de herverpandingsbevoegdheid toekent, kan deze vervolgens door middel van herverpanding – zonder nadere tussenkomst van de kredietnemer/pandgever – ten gunste van achterliggende en/of opvolgende kredietgevers een herpandrecht vestigen.⁶²⁰ Op deze wijze kan de *security agent* (i.e. de pandhouder) zijn zekerheidsrecht 'doorschuiven' aan de achterliggende – dat wil zeggen: in de syndicaatslening participerende – kredietgevers. De verschillende kredietgevers verkrijgen – naast en onafhankelijk van het oorspronkelijke pandrecht van de *security agent* – een (al dan niet gezamenlijk) herpandrecht tot zekerheid van hun participatie in het krediet.⁶²¹ Herverpanding maakt dus mogelijk dat de verschillende participerende kredietverschaffers een zelfstandig, goederenrechtelijk zekerheidsrecht krijgen. Met herverpanding kan ook worden ingespeeld op tussentijdse wisselingen binnen het syndicaat. Bij tussentijds uit- en toetreden van syndicaatsleden kan door middel van opzegging⁶²² het herpandrecht van een uittreidend syndicaatslid worden beëindigd en kan door vestiging van een nieuw herpandrecht een zekerheidsrecht worden toegekend aan een toetredend syndicaatslid.

Voormelde toepassing van herverpanding heeft slechts een beperkte praktische betekenis naast de hiervoor besproken zekerhedenstructuur. Daarbij moet nog het volgende worden opgemerkt. Bij de vestiging van meerdere, afzonderlijke

⁶¹⁸ Zie: Vermeulen 2006 (I), p. 100; Thiele 2009, p. 73 en p. 93 e.v.

⁶¹⁹ Van Hees 2001, p. 227 en p. 231. Zie ook: Breken 2002, p. 365-366.

⁶²⁰ Van Hees 2011, p. 231.

⁶²¹ Deze door een individueel herpandrecht gecureerde vordering kan ofwel een vordering van de betreffende participerende kredietverschaffer (i.e. herpandhouder) op de *collateral agent* (i.e. pandhouder/herpandgever), ofwel een vordering van de betreffende participerende bank op de kredietnemer (i.e. pandgever) zijn.

⁶²² Hiervoor is vereist dat de bevoegdheid tot opzegging van het herpandrecht bij vestiging daarvan is toegekend. Zie: art. 3:81 lid 2 BW.

herpandrechten moet rekening worden gehouden met de onderlinge rangorde van deze herpandrechten. De verschillende herpandrechten gaan weliswaar in rang vóór op het oorspronkelijke pandrecht van de *security agent* (pandhouder/herpandgever), maar nemen onderling rang naar moment van vestiging.⁶²³ Indien de *security agent* ten gunste van iedere participerende bank afzonderlijk een herpandrecht vestigt, brengt dit mee dat de individuele herpandrechten van participerende banken (herpandhouders) in rang verschillen. Dit zal in de praktijk minder wenselijk zijn.⁶²⁴ Een onderling verschil in rang kan evenwel worden ondervangen ofwel door gelijktijdige vestiging van alle herpandrechten waardoor deze gelijke rang nemen, ofwel door vestiging van één gezamenlijk herpandrecht ten gunste van alle participerende banken. Daarmee doet zich echter opnieuw de problematiek rond gemeenschappelijk gehouden zekerheidsrechten voor.

In de tweede plaats kan herverpanding worden ingezet als middel om (enige onzekerheid over) het insolventierisico dat de syndicaatsleden op de *security agent* lopen, af te dekken. In de praktijk vervult in de regel één van de in het krediet participerende banken de rol van *security agent*. Zeker in een tijd waarin de kredietwaardigheid van banken niet langer vanzelfsprekend is, lopen de syndicaatsleden een insolventierisico op deze bank als *security agent*.⁶²⁵ Zoals hiervoor opgemerkt, worden de zekerheidsrechten gevestigd ten gunste van de *security agent* tot zekerheid van de *parallel debt*. Indien de *security agent* faillieert, vallen de zekerheden in diens boedel.⁶²⁶ De overige syndicaatsleden hebben in het faillissement van de *security agent* slechts concurrente vorderingen uit hoofde van de *intercreditor agreement*, bijvoorbeeld tot doorbetaling van gerealiseerde executieopbrengsten.

Het insolventierisico dat de syndicaatsleden op de *security agent* lopen, kan op verschillende manieren worden afgedekt. Zo kan gebruik worden gemaakt van een speciaal opgerichte doelentiteit (een "SPV") die de rol van *security agent* vervult. Een dergelijke SPV, bijvoorbeeld een stichting of besloten vennootschap met beperkte doelomschrijving, heeft geen andere commerciële activiteiten dan het beheer en de uitoefening van de in het kader van de syndicaatslening verstrekte zekerheden. Hierdoor is het insolventierisico gering; de SPV is – zoals dat heet –

⁶²³ Zie over de onderlinge rangorde van meerdere herpandrechten: paragraaf 6.7.

⁶²⁴ Tussen de aan een syndicaat deelnemende kredietverschaffers zullen dus – ook in geval van herverpanding – aanvullende afspraken over uitwinning van de zelfstandige herpandrechten nodig zijn (*intercreditor agreement*). Dergelijke afspraken tussen kredietverschaffers/herpandhouders zijn uitsluitend verbintenisrechtelijk; zij veranderen de goederenrechtelijke rangorde van herpandrechten echter niet.

⁶²⁵ Zie onder meer: Tuil 2009, par. 4.

⁶²⁶ De zekerheden vallen immers in het vermogen van de *security agent*. Het Nederlands recht kent geen equivalent van een *trust*, waardoor de zekerheden niet in een (van het eigen vermogen van de zekerheidshouder) afgescheiden vermogen kunnen vallen. Zie ook: Thiele 2009, p. 96.

bankruptcy-proof en *bankruptcy-remote*.⁶²⁷ Van een SPV als *security agent* wordt in de praktijk echter niet tot nauwelijks gebruik gemaakt.⁶²⁸ Veel vaker wordt het insolventierisico ter zake van de *security agent* afgedekt door vestiging van een pandrecht ten behoeve van de syndicaatsleden op de door zekerheden gecureerde vordering (i.e. de *parallel debt*).⁶²⁹ Een dergelijk (gezamenlijk) pandrecht geeft de syndicaatsleden – na mededeling van verpanding aan de kredietnemer als debiteur van de parallelle schuld – de bevoegdheid de parallelle schuld te innen en de aan deze inningsbevoegdheid verbonden zekerheidsrechten uit te oefenen.⁶³⁰ Daarmee doet het nadeel van een gemeenschappelijk gehouden zekerheidsrecht zich opnieuw voor. Dit nadeel zou men kunnen ondervangen door het pandrecht op de gecureerde *parallel debt* te vestigen ten behoeve van een nieuwe *security agent*; bij voorkeur een SPV om herhaling van zetten te voorkomen.⁶³¹

In de praktijk is wel de suggestie geopperd om voormeld insolventierisico af te dekken door middel een herpandrecht. Zoals ik hierna zal toelichten, lijkt deze toepassing van herverpanding in theorie mogelijk, maar heeft zij mijns inziens slechts een beperkte praktische betekenis. De gedachte is dat de *security agent*, indien hem door de kredietnemer/pandgever de herverpandingsbevoegdheid is toegekend, ten gunste van de syndicaatsleden gezamenlijk, dan wel ten gunste van een nieuwe *security agent*, een herpandrecht kan vestigen op de goederen die aan hem door de kredietnemer/pandgever zijn verpand tot zekerheid van de *parallel debt*. Dit herpandrecht kan tot zekerheid strekken van de vorderingen van de syndicaatsleden op de *security agent*, maar bijvoorbeeld ook tot zekerheid voor het totaal van oorspronkelijke vorderingen van de syndicaatsleden op de kredietnemer. Op deze wijze krijgen de syndicaatsleden (alsnog) een zelfstandig herpandrecht op de door de kredietnemer aan de *security agent* verpande goederen. Als gevolg van de rangwisseling die bij herverpanding optreedt, gaat dit herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de *security agent*. Dit brengt onder meer mee dat de syndicaatsleden als herpandhouder met voorrang boven de *security agent* uit een gerealiseerde executieopbrengst moeten worden voldaan, en dat de *security agent* als lager gerangschikt pandhouder in de uitoefening van het oorspronkelijke pandrecht beperkt is.⁶³²

⁶²⁷ Faber/Vermunt 2010 (2), p. 165; Thiele 2009, p. 110.

⁶²⁸ Wibier 2008, onder 1; alsook Thiele 2009, p. 73; Faber/Vermunt 2010 (2), p. 165.

⁶²⁹ Dit pandrecht op de gecureerde parallel debt kan bijvoorbeeld worden gevestigd tot zekerheid van de vorderingen van de syndicaatsleden op de *security agent* tot doorbetaling van gerealiseerde of te realiseren executieopbrengsten. Zie uitgebreider: Faber/Vermunt 2010 (2), p. 165.

⁶³⁰ Zie: HR 11 maart 2005, NJ 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*); en uitgebreider: paragrafen 6.6.2 en 7.4.1.

⁶³¹ Faber/Vermunt 2010 (2), p. 166.

⁶³² Zie uitgebreider: paragraaf 4.3.3.

In theorie lijkt voormelde toepassing van herverpanding mogelijk. Ik vraag mij echter af of herverpanding in dit verband enige praktische betekenis heeft naast de mogelijkheid van vestiging van een openbaar pandrecht op de gecureerde *parallel debt*. Het feit dat een herpandrecht rechtstreeks komt te rusten op de door de kredietnemer ten gunste van de *security agent* verpande goederen heeft hier weinig toegevoegde waarde, nu een openbaar pandhouder op een gecureerde vordering – zoals in paragraaf 6.6.2 en 7.4.1 wordt besproken – reeds kan profiteren van de tot zekerheid van deze vorderingen gevestigde zekerheden. Het feit dat het herpandrecht van de syndicaatsleden in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de *security agent* gaat en daarmee diens executie- en verhaalsbevoegdheden beperkt, geeft mogelijk extra zekerheid in een insolventiescenario. Vestiging van een herpandrecht heeft echter een belangrijk nadeel ten opzichte van verpanding van de gecureerde *parallel debt*, namelijk dat het direct gevolg heeft. Met vestiging van het herpandrecht treden alle gevolgen van herverpanding, waaronder de rangwisseling, onmiddellijk in. Dit is anders bij verpanding van een gecureerde vordering, waarbij de (aanvankelijk nog stil) pandhouder op een later moment⁶³³ de inningsbevoegdheid en bevoegdheden uit de daaraan verbonden zekerheden op zich kan doen overgaan door het doen van mededeling aan de debiteur (i.e. de kredietnemer). Om te voorkomen dat de gevolgen van herverpanding onmiddellijk intreden, zou men herpandrecht ten gunste van de syndicaatsleden gezamenlijk ofwel ten gunste van een opvolgend *security agent* onder opschortende voorwaarde moeten vestigen. Of vestiging van zekerheden onder opschortende voorwaarde van faillissement mogelijk is gezien het risico van benadeling van schuldeisers, is echter onzeker.⁶³⁴ Het komt mij voor dat met vestiging van een pandrecht op de gecureerde *parallel debt* hetzelfde belang op een eenvoudigere wijze kan worden gediend.

5.4 Onzekerheid omtrent accessorieit

Herverpanding kan ook uitkomst bieden in gevallen waarin het onzeker is of bij overgang⁶³⁵ van een gezeekerde vordering het pandrecht als accessoir recht mee

⁶³³ Bijvoorbeeld indien er aanwijzingen zijn dat de zekerhedenagent 'in zwaar weer' geraakt en het insolventierisico zich zal materialiseren.

⁶³⁴ Zie voor een discussie over de (on)mogelijkheid van overdracht onder voorwaarde van faillissement onder meer: Keukens/Wibier 2011; en Winters 2011. Een bespreking van de (on)mogelijkheid van voorwaardelijke vestiging van een herpandrecht (onder opschortende voorwaarde van faillissement van de *security agent*) valt echter buiten het bestek van dit hoofdstuk. Voor een bespreking van herverpanding in het faillissement van de pandhouder/herpandgever verwijs ik naar paragraaf 6.5.2.

⁶³⁵ Hierbij kan worden gedacht aan cessie van de gezeekerde vordering, maar ook aan subrogatie. In navolgende bespreking neem ik cessie van de gezeekerde vordering tot uitgangspunt, waarbij opgemerkt dat het navolgende evenzeer geldt voor andere wijzen van overgang van de vordering, zoals subrogatie.

overgaat.⁶³⁶ Een dergelijke onzekerheid kan zich voordoen bij zogeheten krediet- en bankpandrecht.⁶³⁷

Van een kredietpandrecht is sprake als het pandrecht is gevestigd tot zekerheid van al hetgeen de pandgever c.q. schuldenaar op grond van een bepaalde krediet-faciliteit aan de pandhouder/kredietverlener verschuldigd is of zal worden. Onder bankpandrecht moet worden verstaan een pandrecht dat tot zekerheid strekt van al hetgeen de pandhouder (voor de leesbaarheid spreek ik hierna over: de 'bank'), uit welke hoofde dan ook, van de pandgever (of een derde/schuldenaar) nu of in de toekomst te vorderen heeft of te vorderen zal hebben. Krediet- en bankpandrecht moeten worden onderscheiden van zogeheten vaste pandrechten. Dit zijn pandrechten die tot zekerheid strekken van een bepaalde geldsom.⁶³⁸ Gezien de ruime omschrijving van de gesecureerde vordering(en) vervaagt bij een krediet- en bankpandrecht het afhankelijke karakter van het pandrecht.⁶³⁹ Anders dan een vast pandrecht, dat tenietgaat zodra de pandschuld wordt afgelost, gaat een krediet- of bankpandrecht niet teniet zodra de bank op enig moment niets van de pandgever/schuldenaar te vorderen heeft terwijl de onderlinge (krediet)relatie voortduurt.⁶⁴⁰ Er kunnen immers na dat moment nog nieuwe vorderingen uit hoofde van de (krediet)relatie ontstaan, die door het krediet- of bankpandrecht zijn gezekeerd. Wordt de (krediet)relatie op enig moment beëindigd en resteert daarbij een openstaand saldo, dan wordt het krediet- of bankpandrecht een vast pandrecht ter zake van de vordering met betrekking tot dit openstaande saldo.⁶⁴¹ Wanneer tussentijds een door een krediet- of bankpandrecht gezekeerde vordering wordt overgedragen, doet de vraag zich voor of het krediet- of bankpandrecht (al dan niet gedeeltelijk) mee overgaat.⁶⁴²

⁶³⁶ Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 552; en Van Hees 2001, p. 227 en p. 232.

⁶³⁷ Het gaat wat ver in dit verband de problematiek rond krediet- en bankzekerheden te bespreken. Ik volsta hier met een schets. Voor een uitgebreidere bespreking van dit onderwerp verwijst ik naar onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 48 en nr. 304 e.v. (bankhypotheek); Thiele 2009, p. 78 e.v.; Verhagen/Rongen 2000, p. 137-147; Timmerman 2002, p. 414-416; Van den Heuvel 2002, p. 81 e.v.; en Derksen 2010.

⁶³⁸ Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 47 en nr. 305 (m.b.t. de krediet- en bankhypotheek); Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 511; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 75; en Stein (*Vermogensrecht*) aant. 6 bij art. 3:231 BW. Naast krediet- en bankpandrecht kan ook het saldo-pandrecht worden genoemd. Daarbij gaat het om een pandrecht dat zekerheid strekt van hetgeen de pandhouder te zijner tijd als debetsaldo in rekening-courant te vorderen mocht hebben. Deze vorm van pandrecht heeft tegenwoordig weinig praktische betekenis. Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 47. Ik laat het saldo-pandrecht hier verder buiten beschouwing.

⁶³⁹ Derksen 2010, par. 1; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 308 en nr. 380. Zie ook: Stokkermans 1996, p. 96.

⁶⁴⁰ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 48.

⁶⁴¹ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 47-48.

⁶⁴² In het arrest HR 16 september 1988, *NJ* 1989, 10 (*Balkema*) heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of een bankhypotheek voor overgang vatbaar was. De Hoge Raad formuleerde als hoofdregel dat het hypotheekrecht als afhankelijk recht mee overgaat met de vordering

In het algemeen geldt dat bij overgang van een door een pandrecht gezeekerde vordering, bijvoorbeeld door cessie, het pandrecht als nevenrecht mee overgaat op de cessionaris (art. 3:82 BW en art. 6:142 BW). Wordt een geseceureerde vordering gedeeltelijk gecedeerd, dan gaat het pandrecht gedeeltelijk mee over.⁶⁴³ Bij krediet- en bankpandrecht ligt dit gecompliceerder. Met de vraag of een krediet- of bankpandrecht bij cessie van de gezeekerde vordering overgaat, hangt samen de vraag tot zekerheid waarvan dit pandrecht strekt.

Neemt men aan dat het krediet- of bankpandrecht tot zekerheid strekt van de eindvordering (i.e. de vordering van de bank op de schuldenaar die resteert na beëindiging van de (krediet)relatie), dan gaat dit pandrecht slechts mee over indien de overgegangene vordering de eindvordering betreft. De gedachte hierbij is dat wanneer een door een krediet- of bankpandrecht gezeekerde vordering wordt gecedeerd *zonder* dat daarbij de bancaire relatie wordt beëindigd, de cederende bank nadien nog vorderingen uit hoofde van de (krediet)relatie op de schuldenaar kan verkrijgen die onder het krediet- of bankpandrecht vallen.⁶⁴⁴ Met andere woorden: het krediet- of bankpandrecht gaat bij overgang van de vordering slechts over indien de (krediet)relatie tussen bank en schuldenaar is beëindigd en geen nieuwe vorderingen van de bank op de pandgever kunnen ontstaan. Lange tijd is het voorgaande min of meer als heersende leer aangenomen.⁶⁴⁵

Neemt men daarentegen aan dat het krediet- of bankpandrecht tot zekerheid strekt van een veelheid van vorderingen, dan leidt overgang van de (op enig moment bestaande) vordering van de pandhouder op de schuldenaar tot een gedeeltelijke overgang van het pandrecht.⁶⁴⁶ Het pandrecht strekt als gevolg van de overgang tot zekerheid van de aan de cessionaris overgedragen vordering én eventuele nadien ontstane vorderingen uit de verhouding tussen de bank en de schuldenaar.⁶⁴⁷ Hoewel laatstgenoemde opvatting inmiddels breed gedragen wordt, blijft het onderwerp van overgang van krediet- en bankzekerheden met de

waaraan zij is verbonden, maar liet daarbij ruimte voor partijen om met een in de hypotheekakte opgenomen partijafpraak af te wijken van de hoofdregel ex art. 3:82 en art. 6:142 BW. De vraag of een krediet- of bankpandrecht als nevenrecht mee overgaat bij overgang van de geseceureerde vordering, heeft in de literatuur tot uitvoerige discussie geleid. Ik verwijs hiervoor naar onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 48 en nr. 304 e.v. (bankhypotheek); Thiele 2009, p. 78 e.v.; Verhagen/Rongen 2000, p. 137-147; Timmerman 2002, p. 414-416; Van den Heuvel 2002, p. 81 e.v.; Wibier 2009, p. 21-22; Derksen 2010.

⁶⁴³ Stokkermans 1998, p. 418.

⁶⁴⁴ Zie onder meer: Stein (*Vermogensrecht*), aant. 10 bij art. 3:231 BW.

⁶⁴⁵ Zie: Van Mierlo 2008, p. 828-829; en Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 54; en Stokkermans 1998, p. 418.

⁶⁴⁶ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 54.

⁶⁴⁷ Deze opvatting is onder meer verdedigd door Verhagen en Rongen, en heeft nadien navolging gekregen in de literatuur. Zie: Verhagen/Rongen 2000, p. 137-147. Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 54; Derksen 2010, par. 3; Van Mierlo 2008, p. 828-829; en Timmerman 2002, p. 414-416.

nodige onzekerheid omgeven. De jurisprudentie biedt op dit punt nog altijd geen uitsluitel.⁶⁴⁸

Herverpanding biedt een mogelijke oplossing voor voormelde onzekerheid. Door middel van herverpanding kan in een dergelijk geval worden zeker gesteld dat de cessionaris een pandrecht op de betreffende goederen verkrijgt.⁶⁴⁹ Een tot herverpanding gemachtigde⁶⁵⁰ krediet- of bankpandhouder kan, wanneer hij een door het krediet- of bankpandrecht gezeekerde vordering cedeert zonder dat daarbij de bancaire relatie met de pandgever wordt beëindigd, in aanvulling op c.q. naast deze cessie ten gunste van de cessionaris een herpandrecht vestigen op de aan hem verpande goederen. De cessionaris verkrijgt aldus – al dan niet naast het op hem overgegene (gedeeltelijke) oorspronkelijke krediet- of bankpandrecht – een zelfstandig herpandrecht op het object van het oorspronkelijke krediet- of bankpandrecht.⁶⁵¹ Gevolg van deze herverpanding is evenwel dat de oorspronkelijke krediet- of bankpandhouder (i.e. de cedent) ten opzichte van de herpandhouder (i.e. de cessionaris) in rang terugtreedt. Aangezien de strekking van het (vaste) herpandrecht is beperkt tot de hoogte van de gecedeerde vordering, zijn de gevolgen van deze herverpanding voor de oorspronkelijke krediet- of bankpandhouder beperkt.

5.5 Bewerkstelligen van een afwijkende rangorde van pandrechten

In de praktijk kan ook de rangwisseling op zichzelf reden zijn om tot herverpanding over te gaan.⁶⁵² Als uitgangspunt geldt immers dat de onderlinge rangorde tussen pandrechten wordt bepaald door het prioriteitsbeginsel. Pandrechten nemen rang naar het moment waarop zij worden gevestigd c.q. het moment waarop zij ontstaan. Anders dan bij hypotheekrechten (art. 3:262 BW), ontbreekt bij pandrecht de wettelijke mogelijkheid om een afwijkende rangorde te bepa-

⁶⁴⁸ Thiele 2009, p. 78.

⁶⁴⁹ Van Hees 2001, p. 232. Koopal lijkt in zijn artikel deze onzekerheid bij overdracht van door een bankpandrecht gezeekerde vordering over het hoofd te zien, zoals ook door Stokkermans wordt opgemerkt. Zie: Koopal 1995, p. 777; en Stokkermans 1996, p. 418.

⁶⁵⁰ Stokkermans geeft het volgende beding: "*De pandhouder is gerechtigd tot herverpanding van de verpande goederen, of een gedeelte daarvan, met dien verstande dat herverpanding uitsluitend kan geschieden tot zekerheid voor de nakoming van, al dan niet opeisbare en al dan niet voorwaardelijke, vorderingen op de pandgever (of derde/debiteur), of gedeelten daarvan, die door de pandhouder worden overgedragen aan een derde en die bestaan op het moment van de overdracht, alsmede alle vorderingen die te eniger tijde later mochten ontstaan uit hoofde van, of als gevolg van de uitoefening van, nevenrechten die aan de bedoelde overgedragen vorderingen zijn, of door herverpanding worden, verbonden.*" Zie: Stokkermans 1998, p. 419.

⁶⁵¹ Dit herpandrecht zal dan de vorm hebben van een vast pandrecht, dat tot zekerheid strekt van de gecedeerde vordering van de cessionaris (herpandhouder) op de oorspronkelijk pandgever. Vergelijk: Stokkermans 1998, p. 419.

⁶⁵² Faber/Vermunt 2010, p. 177 e.v.; Van Hees 2001, p. 231-232; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133.

len.⁶⁵³ Ondanks dat een aantal auteurs⁶⁵⁴ heeft betoogd dat ook bij pandrechten een onderlinge rangregeling zou moeten kunnen worden bewerkstelligd, is dit thans geen geldend recht.⁶⁵⁵ Het moet er aldus op worden gehouden dat een rangwisseling bij pandrechten alleen mogelijk is doordat de eerste pandhouder afstand doet van zijn pandrecht en de pandgever na vestiging van het tweede pandrecht (dat als gevolg eerste in rang wordt), een nieuw pandrecht vestigt ten behoeve van de oorspronkelijke eerste pandhouder.⁶⁵⁶

Herverpanding biedt de mogelijkheid om in afwijking van het prioriteitsbeginsel een wijziging aan te brengen in de onderlinge rangorde van de pandrechten zonder dat daarvoor de medewerking of instemming van de pandgever vereist is. Een bijkomend voordeel is dat de rang van het herpandrecht bepaald blijft door de oorspronkelijke datum van vestiging van het oorspronkelijke pandrecht.⁶⁵⁷ Een dergelijke rangwisseling kan van pas komen in de situatie waarin reeds een eerste pandrecht op het betreffende goed rust, het nog te vestigen pandrecht tot zekerheid van een schuld van de pandgever dient te strekken en zowel de bestaande als de aspirant-pandhouder hun onderlinge rangorde als pandhouders wensen te wijzigen.⁶⁵⁸ In dit geval kan de pandgever een pandrecht ten behoeve van de tweede pandhouder vestigen. Dit pandrecht zal echter op grond van het prioriteitsbeginsel in rang ná het eerder gevestigde pandrecht komen. In plaats daarvan zou de (tot herverpanding bevoegde) eerste pandhouder een herpandrecht op het betreffende goed kunnen vestigen tot zekerheid van de vordering van de herpandhouder op de oorspronkelijk pandgever. Een herpandrecht kan immers ook worden gevestigd tot zekerheid van een schuld van een derde, in dit

⁶⁵³ Op grond van artikel 3:262 lid 1 BW kan bij notariële akte die in de openbare registers wordt ingeschreven, worden bepaald dat een hypotheek ten aanzien van een of meer hypotheekhouders op hetzelfde goed een hogere rang heeft dan haar volgens het tijdstip van haar inschrijving toekomt, mits uit de akte blijkt dat de andere hypotheekhouders daarin toestemmen. Zie uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 455.

⁶⁵⁴ Zie onder meer: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 781; en Faber/Vermunt 2010, p. 168. Voor een dergelijke rangregeling zou in ieder geval de toestemming vereist zijn van alle pandhouders die door deze rangregeling een andere rang zou toekomen dan zij op grond van het prioriteitsbeginsel bezitten. Hieraan zal in de praktijk – gezien het ontbreken van publiciteit bij pandrechten – niet in alle gevallen kunnen worden voldaan.

⁶⁵⁵ Het is overigens ook zeer de vraag of de door voornoemde auteurs verdedigbaar geachte rangregeling van pandrechten naar model van artikel 3:262 BW goederenrechtelijke werking kan hebben, in de zin dat het tot gevolg heeft dat de rang van de verschillende pandrecht ook goederenrechtelijk wijzigt en zij deze rang ook tegen eenieder kunnen inroepen.

⁶⁵⁶ Faber/Vermunt 2010, p. 168; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133 en 455.

⁶⁵⁷ Van Hees 2001, p. 232. Van Hees meent dat de rangwisseling bij herverpanding onverkort aan derden (zoals een tweede pandhouder) kan worden tegengeworpen. Dit lijkt mij echter niet juist. Zie: paragraaf 4.3.1. Het herpandrecht zal de plaats van het oorspronkelijke pandrecht innemen, doch – ingeval meerdere pandrechten op het pandobject rusten – bij de verdeling tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijke pandrecht gesecureerde vordering.

⁶⁵⁸ Op de wens van pandhouders om hun onderlinge rangorde te wijzigen, valt – zoals terecht door Faber en Vermunt – weinig af te dingen. Zie: Faber/Vermunt 2010, p. 165.

geval: de oorspronkelijk pandgever. Als gevolg van de herverpanding, verkrijgt de herpandhouder een zelfstandig pandrecht op het goed van zijn schuldenaar (de oorspronkelijk pandgever), welk herpandrecht de rang van het oorspronkelijke pandrecht inneemt.⁶⁵⁹ De oorspronkelijke pandhouder kan van de hem toegekende herverpandingsbevoegdheid gebruik maken zonder dat nog medewerking of instemming van de oorspronkelijk pandgever nodig is.⁶⁶⁰

⁶⁵⁹ Zij het dat het herpandrecht – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst in geval van meerdere (anterieure) pandrechten op het (her)pandobject – slechts aan eventuele andere (anterieure) pandhouders kan worden tegengeworpen tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijk pandrecht gezeekerde vordering.

⁶⁶⁰ Faber/Vermunt 2010, p. 177.

6 KNELPUNTEN BIJ HERVERPANDING

6.1 Inleiding

Bij herverpanding kan zich een scala aan complicaties voordoen. In deze paragraaf licht ik een aantal knelpunten uit.

Ik sta achtereenvolgens stil bij (i) de uitleg van (ongeclausuleerde) herverpandingsclausules, (ii) het ontbreken van de herverpandingsbevoegdheid en het overschrijden van de beperkingen of voorwaarden die aan deze bevoegdheid zijn gesteld, (iii) verschillende complicaties die zich voordoen bij executie door de pandhouder dan wel de herpandhouder, (iv) de gevolgen van faillissement voor herverpanding, (v) de gevolgen van beslag voor herverpanding, (vi) de problematiek van de bijzondere rangwisseling bij meervoudige (her)verpanding, en tot slot (vii) toekenning van het stemrecht op (her)verpande aandelen.

6.2 Uitleg van algemene ofwel ongeclausuleerde herverpandingsbedingen

In paragraaf 4.2.1.4 kwamen verschillende herverpandingsclausules uit algemene voorwaarden van Nederlandse banken aan de orde. In een aantal van deze clausules zijn beperkingen opgenomen ten aanzien van de toegekende herverpandingsbevoegdheid. Zo wordt bepaald dat het herpandrecht niet kan worden gevestigd tot zekerheid van een hogere schuld dan de door het oorspronkelijke pandrecht geseceerde vordering (i.e. de vordering van de bank op de cliënt) en/of wordt de herverpandingsbevoegdheid onderworpen aan een eis van proportionaliteit, in de zin dat de herverpanding niet verder gaat dan op dat moment redelijkerwijs nodig is om de vordering van de bank op de cliënt te dekken.⁶⁶¹ In een aantal clausules wordt echter ogenschijnlijk zonder enige beperking of voorwaarde de bevoegdheid tot herverpanding aan de pandhouder toegekend. De vraag is hoe dergelijke algemene ofwel ongeclausuleerde herverpandingsbedingen moeten worden opgevat.

In de literatuur bestaat over deze vraag verschil van mening. Door Breken is verdedigd dat een ongeclausuleerd herverpandingsbeding een onbeperkte bevoegdheid aan de pandhouder geeft om het in pand verkregen goed te herverpanden.⁶⁶²

⁶⁶¹ Zie paragraaf 4.2.1.4.

⁶⁶² Zie: Breken 2002, p. 375. Breken neemt echter tot uitgangspunt dat een herpandrecht niet in alle opzichten beperkt is tot de inhoud en strekking van het oorspronkelijke pandrecht. De 'nemo plus'-regel geldt – aldus Breken – niet onverkort bij herverpanding, met als gevolg dat de

Deze opvatting heeft tot gevolg dat een pandhouder/herpandgever op basis van een dergelijk beding bevoegd zou zijn het pandobject te bezwaren tot zekerheid van een vordering die hoger is dan de oorspronkelijk gecureerde vordering en dat de pandhouder/herpandgever geheel vrij zou zijn in de keuze om het pandobject stil of openbaar (in geval van een vordering op naam), dan wel met of zonder machtsverschaffing (in geval van een roerende zaak e.d.) te herverpanden. Een andere opvatting treft men bij Van Hees. Van Hees meent dat niet te snel mag worden aangenomen dat de pandgever de bedoeling heeft gehad de pandhouder geheel vrij te laten in de gebruikmaking van zijn bevoegdheid.⁶⁶³ Van Hees pleit dan ook voor een terughoudende uitleg van ongeclauseerde herverpandingsclausules.⁶⁶⁴ Als relevante omstandigheden bij uitleg van een herverpandingsbeding noemt hij de hoogte van de door het herpandrecht te zekeren vordering, de debiteur van deze gezeekerde vordering en de al dan niet professionele hoedanigheid van de pandgever.⁶⁶⁵ De door Van Hees verdedigde visie lijkt mij de meest juiste.

In dit verband merk ik het volgende op. Uit het systeem van de wet en de bevoordingen van artikel 3:242 BW volgt dat de herverpandingsbevoegdheid een uitzondering vormt op het goederenrechtelijke beginsel dat een pandhouder niet bevoegd is tot gebruik van en/of beschikking over het pandobject. Deze uitzondering mag niet gemakkelijk worden aangenomen. Zulks blijkt onder meer uit het vereiste van ondubbelzinnigheid in artikel 3:242 BW.⁶⁶⁶ Zoals in paragraaf 4.2.1.1 besproken, heeft mijns inziens als uitgangspunt te gelden dat een pandhouder – naast de rechten en bevoegdheden die de wet aan de pandhouder toekent – slechts over bepaalde gebruiks- of beschikkingsbevoegdheden beschikt, die hem specifiek – en ondubbelzinnig – door de pandgever zijn toegekend.⁶⁶⁷ Is met andere woorden niet boven alle twijfel verheven dat de pandhouder een bepaalde,

pandhouder/herpandgever een verderstrekkend herpandrecht kan vestigen dan het pandrecht dan hemzelf is verstrekt. Zie: Breken 2002, p. 366.

⁶⁶³ Van Hees 2001, p. 233.

⁶⁶⁴ Naar de zijn mening ziet de door artikel 3:242 BW vereiste ondubbelzinnigheid niet alleen op de enkele bevoegdheid tot herverpanding, maar ook op de inhoud van het te vestigen herpandrecht, de (beoogde) herpandhouder en de overige relevante omstandigheden. Strikt taalkundig genomen, heeft het bijwoord "*ondubbelzinnig*" alleen betrekking op het "*toekennen*" en niet op de bevoegdheid zelf. Zie uitgebreider: paragraaf 4.2.1.1. Zie anders: Steneker 2012, p. 31; die schrijft dat aan uitleg van een algemeen herverpandingsbeding – om vast te stellen voor welke vorderingen en aan welke personen kan worden herverpand en of de bevoegdheid tot herhaalde herverpanding bestaat – geen bijzondere eisen behoeven te worden gesteld.

⁶⁶⁵ Van Hees 2001, p. 233-234.

⁶⁶⁶ Zie ook de opmerking in Toelichting Meijers: "*de bevoegdheid tot herverpanding (moet) uitdrukkelijk zijn bedongen. Men zal dus geen bevoegdheid daartoe uit het gebruik mogen afleiden.*" Toelichting Meijers 1954, p. 277. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766.

⁶⁶⁷ In deze zin moet het vereiste van ondubbelzinnigheid in artikel 3:242 BW ook worden geacht betrekking te hebben op de inhoud van de herverpandingsbevoegdheid. Zie paragraaf 4.2.1.1 hiervoor.

bijzondere bevoegdheid heeft, dan moet het erop worden gehouden dan de pandhouder die bevoegdheid niet heeft.⁶⁶⁸ Het voorgaande brengt mee dat een pandhouder op basis van een algemeen of ongeclausuleerd herverpandingsbeding niet bevoegd kan worden geacht tot bijvoorbeeld meervoudige herverpanding of het toekennen van de herverpandingsbevoegdheid aan de herpandhouder. De vraag is waartoe een pandhouder op basis van een algemeen of ongeclausuleerd herverpandingsbeding wél bevoegd is.

Voordat ik op deze vraag inga, wijs ik nog op het volgende. Indien men uitgaat van het vereiste van ondubbelzinnige bevoegdheidsverlening, zou men moeten twifelen aan de geldigheid van een algemene herverpandingsclausule. Bij een dergelijk algemeen beding (bijvoorbeeld: "*De pandhouder is bevoegd tot herverpanding van de in pand verkregen goederen.*") is het immers de vraag waartoe de pandhouder nu precies bevoegd is. De bevoegdheidsverlening zou daarmee als niet-ondubbelzinnig kunnen worden beschouwd⁶⁶⁹, hetgeen – strikt genomen – tot de conclusie moet leiden dat een dergelijk herverpandingsbeding niet geldig is. Deze dogmatische conclusie lijkt mij echter met het oog op de praktijk onwenselijk. In de praktijk wordt immers veel gebruik gemaakt van in standaarddocumentatie en algemene voorwaarden opgenomen herverpandingsclausules. De bewoordingen van dergelijke standaarddocumentatie en algemene voorwaarden zijn, gezien de aard van deze documentatie, noodzakelijkerwijs generiek. Het lijkt mij niet wenselijk indien de geldigheid van dergelijke herverpandingsbedingen uitsluitend op grond van voorgaande dogmatische redenering zou worden aangetaast.

Indien men de geldigheid van algemene herverpandingsbedingen aanvaardt⁶⁷⁰, resteert de vraag waartoe een pandhouder op grond van een dergelijk beding bevoegd is. Deze vraag zal noodzakelijkerwijs moeten worden beantwoord door middel van uitleg van het betreffende beding tegen de achtergrond van alle rele-

⁶⁶⁸ Het voorgaande biedt duidelijkheid over de vraag of de pandhouder/herpandgever (i) een herpandrecht mag vestigen tot zekerheid van een hogere vordering dan de oorspronkelijk geseceureerde vordering, (ii) meerdere herpandrechten mag vestigen, en (iii) tevens in geval van faillissement tot herverpanding mag overgaan. Wanneer voormelde bevoegdheden niet specifiek aan hem zijn toegekend, geldt als uitgangspunt dat de pandhouder/herpandgever daartoe niet bevoegd is.

⁶⁶⁹ Voor uitleg van een herverpandingsbeding is in dit verband geen ruimte. Uitleg veronderstelt immers een leemte of een onduidelijkheid, die door middel van uitleg kan worden opgevuld c.q. weggewomen. In het systeem van de wet, waarin "ondubbelzinnigheid" als maatstaf voor (toekenning van) de herverpandingsbevoegdheid geldt, kan een dergelijke leemte of onduidelijk eigenlijk niet bestaan.

⁶⁷⁰ De algemene opvatting in de literatuur is dat een algemeen herverpandingsbeding geldig is. Zie: paragraaf 4.2.1.1 en de aldaar aangehaalde literatuur.

vante omstandigheden van het geval.⁶⁷¹ Uitgangspunt bij de uitleg van een herverpandingsbeding vormt het zogeheten *Haviltex*-criterium.⁶⁷² Binnen dit criterium is ruimte voor zowel subjectieve als objectieve uitleg. Aanleiding voor een (meer) objectieve uitleg bestaat onder meer bij contractueel beding dat naar zijn aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben gehad op de inhoud of de formulering van de overeenkomst, terwijl de subjectieve partijbedoeling voor hen niet kenbaar is.⁶⁷³ Bij uitleg van een herverpandingsbeding dient mijns inziens ook een objectieve maatstaf te worden gehanteerd. De uitleg van een herverpandingsbeding heeft immers rechtstreeks gevolgen voor (de strekking en reikwijdte van) de beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever en daarmee gaat zij ook derden aan.⁶⁷⁴ De bevoegdheid van herverpanding, waarvan de reikwijdte en strekking door middel van uitleg moet worden vastgesteld, ziet immers op het vermogen van de pandhouder/herpandgever een herpandrecht te vestigen dat als absoluut recht aan eenieder worden tegengeworpen. Derden, waaronder de herpandhouder, hebben dan ook een bijzonder belang om, mede aan de hand van het herverpandingsbeding, te kunnen bepalen of de pandhouder tot herverpanding bevoegd is en of een herpandrecht geldig door hem is gevestigd. Taalkundige uitleg van de bewoordingen van het herverpandingsbeding biedt hier evenwel geen uitkomst. Op basis van de bewoordingen van een algemeen, ongeclausuleerd herverpandingsbeding kan immers niet worden vastgesteld wat de reikwijdte van de toegekende be-

⁶⁷¹ Vergelijk: nr. 11 van de conclusie A-G De Vries Lensch-Kostene bij HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241 (*Mesdag II*); en nr. 3.4. van de annotatie van J. Biemans bij dit arrest. Zie tevens: Beekhoven van den Boezem 2010, p. 74-75.

⁶⁷² HR13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (*Ermes/Haviltex*), waarin de Hoge Raad de volgende maatstaf voor uitleg van schriftelijke contracten formuleerde: "De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht."

⁶⁷³ Een voorbeeld hiervan zijn de bepalingen uit een collectieve arbeidsovereenkomst. Zie onder meer: HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173 (*Gerritse/HAS*) en HR 24 september 1993, *NJ* 1994/174 (*Hol en FNV/EIM*). De in voormelde arresten geformuleerde 'CAO-norm' is ook op andere overeenkomsten die naar hun aard bestemd zijn de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zoals onder meer een sociaal plan (HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 (*Akzo/FNV*)) en een trustakte bij een obligatielening (HR 23 maart 2001, *NJ* 2003, 715). Zie in dit verband ook: HR 17 september 2004, *NJ* 2005, 493 (*DSM/Fox*), waarin de Hoge Raad benadrukte dat tussen de CAO-norm en de Haviltex-norm geen "geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang" bestaat. Bij de uitleg van een schriftelijk contract zijn telkens van beslissende betekenis alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Zie tevens: Verdaas 2012, onder 4. Zie over uitleg van overeenkomsten in het algemeen onder meer: Tjittes 2009; en Asser-Hartkamp-Sieburgh 2010, nr. 362 e.v.

⁶⁷⁴ Vergelijk: nr. 3.4 van de annotatie van J. Biemans bij HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241 (*Mesdag II*); en tevens: Tjittes 2009, p. 60 e.v.; en Spath 2011, par. 2.3.

voegdheid is. Voor het bepalen van de inhoud en strekking van de herverpandingsbevoegdheid op grond van een ongeclausuleerd herverpandingsbeding moet mijns inziens primair de inhoud en strekking van het oorspronkelijke pandrecht als maatstaf worden genomen. Het oorspronkelijke pandrecht biedt immers een objectieve en duidelijke maatstaf aan de hand waarvan in een concreet geval invulling kan worden gegeven aan de bevoegdheid van de pandhouder op basis van een ongeclausuleerde herverpandingsbeding. Hierbij zij opgemerkt dat de bevoegdheid van de pandhouder/herpandgever niet moet worden geacht beperkt te zijn door de strekking van het oorspronkelijke pandrecht vanuit het oogpunt van de *nemo plus*-regel.⁶⁷⁵ Het gaat hier immers niet over een overdracht of overgang van goederenrechtelijke bevoegdheden uit hoofde van dit pandrecht.⁶⁷⁶ Het oorspronkelijke pandrecht dient uitsluitend als maatstaf voor de uitleg van de bevoegdheid die een pandhouder in een concreet geval aan een algemeen herverpandingsbeding kan ontleen.

Wanneer aan de herverpandingsbevoegdheid invulling wordt gegeven door middel van uitleg aan de hand van het oorspronkelijke pandrecht, dan zijn onder meer de hoogte van de door het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering en de wijze van vestiging van het oorspronkelijke pandrecht maatgevend. Tenzij anders is bepaald, moet een pandhouder aldus worden geacht bevoegd te zijn een herpandrecht te vestigen voor een vordering van maximaal de hoogte van de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering.⁶⁷⁷ Op gelijke wijze moet worden aangenomen dat de pandhouder/herpandgever het herpandrecht moet vestigen op dezelfde wijze als waarop het oorspronkelijke pandrecht is gevestigd. Is het oorspronkelijke pandrecht bijvoorbeeld vuistloos c.q. stil gevestigd, dan zou moeten worden aangenomen dat de pandhouder/herpandgever, tenzij anders overeengekomen, slechts bevoegd is op eenzelfde wijze het herpandrecht te vestigen.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ Vergelijk: Breken 2002, p. 366 e.v.

⁶⁷⁶ De herverpandingsbevoegdheid betreft een separaat aan de pandhouder toegekende beschikkingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid is ontleend aan en afhankelijk van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever als eigenaar/rechthebbende. In deze zin is de herverpandingsbevoegdheid wel beperkt tot de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever.

⁶⁷⁷ Anders: Breken 2002, p. 378. Wanneer het oorspronkelijke pandrecht een krediet- of bankpandrecht betreft, is er veel voor te zeggen dat de door het herpandrecht te zekeren vordering wordt gelijkgesteld met de fluctuerende hoogte van de door het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering(en). Het herpandrecht strekt in dat geval tot zekerheid van de vordering van de herpandhouder op de herpandgever of een derde, doch tot maximaal de hoogte van de openstaande oorspronkelijke pandschuld.

⁶⁷⁸ Anders: Breken 2002, p. 379.

6.3 Ontbreken van de herverpandingsbevoegdheid of overschrijding van daaraan gestelde beperkingen

Een tweede knelpunt doet zich voor in het geval de pandhouder/herpandgever tot herverpanding overgaat zonder daartoe bevoegd te zijn of bij de uitoefening van zijn herverpandingsbevoegdheid een daaraan verbonden voorwaarde of beperking overschrijdt. Deze situaties komen achtereenvolgens aan bod.

6.3.1 Ontbreken van de herverpandingsbevoegdheid

Is aan een pandhouder géén herverpandingsbevoegdheid toegekend en gaat hij desondanks tot verpanding over, dan komt geen herpandrecht in de zin van artikel 3:242 BW tot stand. Van herverpanding is dan in het geheel geen sprake. Herverpanding is immers slechts mogelijk met voorgaande, ondubbelzinnig daartoe verleende bevoegdheid.⁶⁷⁹

Verpanding van het pandobject door een niet tot herverpanding bevoegde pandhouder betreft een 'normale' onbevoegde beschikkingshandeling. Een door een beschikkingsonbevoegde gevestigd pandrecht is in beginsel ongeldig.⁶⁸⁰ Of in een dergelijk geval een 'gewoon' pandrecht tot stand komt, hangt – zoals bij iedere onbevoegde verpanding – af van de goede trouw van de pandnemer. Indien de derde/(vuist)pandnemer te goeder trouw is op het moment waarop de zaak c.q. toonder- of orderpapier in zijn macht of in de macht van een derde is gebracht, wordt hij op grond van artikel 3:238 lid 1 BW beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de onbevoegd 'herverpandende' pandhouder.⁶⁸¹ Hierbij dient te worden bedacht dat de derdenbeschermingsregel van artikel 3:238 lid 1 BW uitsluitend betrekking heeft op vuistpand op roerende zaken, rechten aan toonder of order of het vruchtgebruik op zodanige zaken of rechten. Vuistloos pandnemers worden dus niet beschermd door artikel 3:238 lid 1 BW. Indien de onbevoegde verpanding vorderingen op naam betreft, zou een openbaar pandnemer⁶⁸² onder omstandigheden kunnen worden beschermd door artikel 3:88 BW,

⁶⁷⁹ Zoals besproken in paragraaf 4.2.1.2, kan van bekrachtiging van onbevoegdlijk gevestigd 'herpandrecht' op voet van artikel 3:58 BW geen sprake zijn. In dat geval is immers sprake van een 'gewoon' door een beschikkingsonbevoegde gevestigd pandrecht. Door een bekrachtiging door de pandgever komt geen herpandrecht, maar slechts een gewoon pandrecht tot stand. Latere toekenning van de herverpandingsbevoegdheid heelt een onbevoegdlijk gevestigd 'herpandrecht' evenmin.

⁶⁸⁰ Zie ook: Asser/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 116.

⁶⁸¹ Zie: Toelichting Meijers 1954, p. 277; Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1970/71, 3770, nr. 5, p. 261; en tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766-767. Zie voorts onder meer: Asser/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 132; Breken 2002, p. 382-385; en Koopal 1995, p. 776.

⁶⁸² Een stil pandnemer op vorderingen op naam wordt aldus niet beschermd. Zie tevens: art. 3:239 lid 4 BW.

mits de pandnemer te goeder trouw is op het tijdstip van de mededeling van de verpanding (art. 3:239 lid 4 BW).

Ik vraag mij echter af of een vuist- of openbaar pandnemer zich in de situatie van onbevoegde 'herverpanding' ooit met succes op derdenbescherming ex artikel 3:238 lid 1 BW respectievelijk artikel 3:88 BW zal kunnen beroepen. De pandnemer⁶⁸³ moet immers te goeder trouw zijn ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid van zijn pandgever.⁶⁸⁴ In de situatie van onbevoegde 'herverpanding' zal de pandhouder/'herpandgever' melding moeten maken van het feit dat hij herverpandt en niet een 'gewoon' pandrecht vestigt.⁶⁸⁵ Juist gezien het goederenrechtelijke uitgangspunt dat een pandhouder beschikkingsonbevoegd is, mag een pandnemer niet te snel ervan uit gaan dat de pandhouder bevoegd is het pandobject te herverpanden. Een zekere onderzoeksplicht van de pandnemer naar de bevoegdheid tot herverpanding is hier op zijn plaats.⁶⁸⁶ De pandnemer kan niet enkel afgaan op de mededeling van de 'herpandgever' dat hij tot herverpanding is gemachtigd, maar zal alleen te goeder trouw van het bestaan van de herverpandingsbevoegdheid kunnen uitgaan indien hem de ondubbelzinnige toekenning van de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder is gebleken.⁶⁸⁷ Daarnaast zal de pandnemer zich ervan moeten vergewissen dat het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/'herpandgever' nog bestaat. Indien het oorspronkelijke pandrecht is tenietgegaan (bijvoorbeeld door voldoening van de gecureerde vordering), heeft de voormalig pandhouder immers niet langer de bevoegdheid het goed te herverpanden.

Onbevoegde herverpanding door de pandhouder heeft niet alleen gevolgen voor de totstandkoming van het (her)pandrecht van de derde. Het heeft ook gevolgen in de relatie tussen de oorspronkelijk pandgever en pandhouder. Een pandhou-

⁶⁸³ Met pandnemer doel ik in dit verband op de aspirant-herpandhouder.

⁶⁸⁴ Dit betekent dat de pandnemer de onbevoegdheid van de pandgever kent, noch behoort te kennen. Zie: Asser/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 116.

⁶⁸⁵ Doet hij dit niet, dan is per definitie sprake van een 'gewone' onbevoegde verpanding. Van herverpanding kan naar mijn mening alleen sprake zijn indien voor alle betrokkenen duidelijk is dat de pandhouder (daartoe gemachtigd door de pandgever) een *herpandrecht* vestigt. Indien de pandnemer in de veronderstelling is dat hij een normaal pandrecht verkrijgt, ligt een situatie als beoogd in artikel 3:238 lid 1 BW c.q. artikel 3:88 BW voor de hand. Zie ook: Breken 2002, p. 383; en Van Hees 2001, p. 236-237.

⁶⁸⁶ Van Hees 2001, p. 237; en Breken 2002, p. 383.

⁶⁸⁷ Zie ook: Van Hees 2001, p. 237. Indien de oorspronkelijk pandgever de herverpandingsbevoegdheid niet aan de pandhouder heeft toegekend, zal (ondubbelzinnig toekenning van) deze bevoegdheid haast nooit aan de aspirant-herpandhouder kunnen blijken. Herverpanding is dus alleen mogelijk indien de herverpandingsbevoegdheid ondubbelzinnig is toegekend, en deze toekenning ook naar buiten toe – bijvoorbeeld voor een aspirant-herpandhouder – kenbaar is. In de praktijk brengt dit mee dat de toekenning van de herverpandingsbevoegdheid schriftelijk zal moeten gebeuren. In deze zin in de versoepeling van het formele vereiste in artikel 3:242 BW ("*ondubbelzinnig*" in plaats van "*uitdrukkelijk*") door de wetgever, weinig zinnig. Zie: Van Hees 2001, p. 237.

der die een hem in pand gegeven goed onbevoegd herverpandt, pleegt namelijk wanprestatie jegens de oorspronkelijk pandgever (eigenaar c.q. rechthebbende).⁶⁸⁸ Door zonder daartoe gemachtigd te zijn een tot 'herverpanding' over te gaan, handelt de pandhouder tevens onrechtmatig jegens de pandgever.⁶⁸⁹ De pandhouder is op voormelde grondslagen jegens de pandgever aansprakelijk voor eventuele schade.

6.3.2 Overschrijding beperkingen van de herverpandingsbevoegdheid

Zoals hiervoor al opgemerkt, komen in de praktijk herverpandingsclausules voor waarin de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder wordt toegekend onder bepaalde voorwaarden of met bepaalde beperkingen. Zo wordt bepaald dat het herpandrecht niet kan worden gevestigd tot zekerheid van een hogere schuld dan de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering (i.e. de vordering van de bank op de cliënt) en/of wordt de herverpandingsbevoegdheid onderworpen aan een eis van proportionaliteit, in de zin dat de herverpanding niet verder gaat dan op dat moment redelijkerwijs nodig is om de vordering van de bank op de cliënt te dekken. Een aantal van dergelijke clausules passeerde de revue in paragraaf 4.2.1.4. In deze paragraaf staan de gevolgen van (overschrijding van) dergelijke clausuleringen centraal.

Hoewel de voorwaarden en beperkingen in een tussen partijen overeengekomen beding zijn opgenomen, hebben deze niet louter een obligatoir effect. Dergelijke voorwaarden en beperkingen hebben ook goederenrechtelijke werking: ze beperken rechtstreeks de beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever.⁶⁹⁰ Dit heeft tot gevolg dat een overschrijding van deze beperkingen niet alleen leidt tot wanprestatie in de contractuele relatie tussen pandgever en pandhouder, maar ook tot beschikkingsonbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever.

In een arrest uit 2011 heeft de Hoge Raad zich expliciet uitgesproken over de goederenrechtelijke werking van aan een contractueel toegekende beschikkingsbevoegdheid gestelde beperkingen.⁶⁹¹ Het arrest had betrekking op een in consignatie⁶⁹² gegeven schilderij van H.W. Mesdag. Kort weergegeven, kwam de casus op het volgende neer. Eisers waren door vererving eigenaar geworden van

⁶⁸⁸ Zie: Koopal 1995, p. 76.

⁶⁸⁹ Toelichting Meijers 1954, p. 277.

⁶⁹⁰ Faber en Vermunt 2010, p. 176; Van Hees 2001, p. 233-235; en Visser 2001, p. 201.

⁶⁹¹ HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241 en *NJ* 2012, 88 (*Mesdag II*).

⁶⁹² Een consignatie-overeenkomst is een niet-benoemde overeenkomst, die geen vastomlijnde inhoud heeft. Consignatie heeft in de regel een element van bewaarneming, in de zin dat de ene partij goederen in bewaring geeft aan de andere partij, vaak in combinatie met de bedoeling dat de andere partij de goederen verkoopt.

het schilderij. Zij hadden aan "betrokkene 1" opdracht gegeven het schilderij te verkopen en hadden het schilderij aan hem afgegeven. "Betrokkene 1" heeft het schilderij vervolgens in consignatie gegeven aan "betrokkene 2", waarbij werd overeengekomen dat "betrokkene 2" het schilderij mocht verkopen, doch uitsluitend voor een minimale verkoopprijs van EUR 135.000 en nadat tussen "betrokkene 1" en "betrokkene 2" voorafgaand overleg heeft plaatsgevonden. Het schilderij is vervolgens door de besloten vennootschap (B), waarin "betrokkene 2" zijn kunsthandel dreef, via een aantal schimmige transacties verkocht en geleverd aan Verweerders zonder dat de hiervoor genoemde voorwaarden in acht waren genomen.⁶⁹³ In de procedure vorderden Eisers, samengevat, een verklaring voor recht dat zij eigenaar zijn van het schilderij en een veroordeling van Verweerders tot afgifte van het schilderij. Rechtbank Breda wees de vordering van Eisers in eerste aanleg toe, kort weergegeven, oordelende dat (B) krachtens de consignatieovereenkomst niet beschikkingsbevoegd was om tot verkoop en levering over te gaan, en dat Verweerders reden hadden om aan de bevoegdheid van (B) te twijfelen, zodat zij niet te goeder trouw zijn in de zin van artikel 3:86 BW. Het Hof 's-Hertogenbosch wees in hoger beroep de vordering af. Het Hof nam, anders dan de rechtbank, wel beschikkingsbevoegdheid aan de zijde van (B) aan. De Hoge Raad vernietigde de arresten van het hof, op grond van de overweging dat in de consignatieovereenkomst opgenomen clausuleringen die de bevoegdheid van (B) tot verkoop van de Mesdag beperken, rechtstreeks van invloed zijn op de beschikkingsbevoegdheid van (B). Overschrijding van deze grenzen door (B) brengt niet alleen mee dat deze tekortschiet in de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de bewaarneming, maar ook dat (B) aan die overeenkomst geen beschikkingsbevoegdheid kan ontleen.⁶⁹⁴

Op basis van voormeld arrest kan worden geconcludeerd dat clausuleringen die zijn gesteld aan een contractueel toegekende beschikkingsbevoegdheid, goederenrechtelijke werking hebben in de zin dat deze de toegekende beschikkingsbevoegdheid rechtstreeks beperken of wegnemen. Deze conclusie is evenzeer van toepassing op de situatie van herverpanding. Ook bij herverpanding is een pand-

⁶⁹³ Zie voor een uitgebreider feitenrelaas: r.o. 3.1 van het arrest HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241 (*Mesdag II*). Zie tevens de noot van Biemans bij het arrest.

⁶⁹⁴ Zie: HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241, r.o. 3.3.3: "(...) [B] was niet de rechthebbende van de Mesdag, en zij kon dus de beschikkingsbevoegdheid (in de zin van art. 3:84 BW) ten aanzien van het schilderij slechts ontleen aan de in de consignatieovereenkomst opgenomen opdracht tot verkoop (waarbij in dit geding tot uitgangspunt dient dat [betrokkene 1] op zijn beurt de bevoegdheid tot het sluiten van de consignatieovereenkomst ontleende aan de hem door de rechthebbenden [eiser] c.s. gegeven opdracht). Dat brengt mee dat de in de consignatieovereenkomst opgenomen clausuleringen, die de bevoegdheid van [B] tot verkoop van de Mesdag begrenzen, rechtstreeks van invloed zijn op de beschikkingsbevoegdheid van [B]. Overschrijding van die grenzen door [B] brengt dan ook niet slechts mee dat [B] in de nakoming van de consignatieovereenkomst tekortschoot jegens haar wederpartij ([betrokkene 1]), maar ook dat [B] dan aan die overeenkomst geen beschikkingsbevoegdheid kon ontleen."

houder geen rechthebbende op het pandobject; hij kan zijn bevoegdheid tot herverpanding uitsluitend ontlenen aan het herverpandingsbeding waarmee deze bevoegdheid hem ondubbelzinnig is verleend.⁶⁹⁵ Indien in dit herverpandingsbeding voorwaarden en beperkingen zijn gesteld aan (de uitoefening van) de herverpandingsbevoegdheid, dan beperken deze clausuleringen rechtstreeks de contractueel toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder. Overschrijding door de pandhouder/herpandgever van de aan hem toegekende herverpandingsbevoegdheid verbonden clausuleringen, hebben aldus niet alleen een wanprestatie jegens de pandgever, maar ook beschikkingsonbevoegdheid tot gevolg. Overschrijdt de pandhouder/herpandgever een clausulering van de hem toegekende herverpandingsbevoegdheid, dan komt in beginsel geen geldig herpandrecht tot stand.⁶⁹⁶

6.4 Executie van het (her)pandrecht

Een derde knelpunt bij herverpanding doet zich voor in geval van tekortkoming en daaropvolgende executie van het pandrecht respectievelijk herpandrecht.

Zoals hiervoor al kort aan de orde kwam, hebben zowel de pandhouder als de herpandhouder het recht van parate executie (art. 3:248 lid 1 BW). Wanneer de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van de door het oorspronkelijk pandrecht c.q. het herpandrecht gezeekerde vordering, zijn de pandhouder c.q. herpandhouder bevoegd het (her)pandobject te verkopen en de vordering op de opbrengst te verhalen. Executie doet het recht van de executerende (her)pandhouder zelf, alsmede de rechten van lager gerangschikte (her)pandhouders vervallen.⁶⁹⁷ Hierbij geldt dat een lager gerangschikte pandhouder – zoals de oorspronkelijk pandhouder, die als gevolg van de rangwisseling ten opzichte van de herpandhouder een lagere rang inneemt – het verpande goed slechts executoriaal kan verkopen met handhaving van de hoger gerangschikte pandrechten (art. 3:248 lid 3 BW) – zoals in voormeld geval: het herpandrecht.

Wil een (her)pandhouder tot executoriale verkoop overgaan, dan dient hij in beginsel de schuldenaar en de pandgever, alsmede eventuele andere pandhouders of eventuele beslagleggers hiervan schriftelijk op de hoogte te brengen, waarbij zo nauwkeurig mogelijk de som moet worden aangegeven waarvoor het

⁶⁹⁵ Zie over het karakter van de herverpandingsbevoegdheid uitgebreider: paragraaf 8.4.

⁶⁹⁶ Zie ook: Van Hees 2001, p. 233. Het voorgaande is slechts anders indien de 'herpandhouder' tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de 'herpandgever' wordt beschermd. Zoals besproken in paragraaf 6.3.1, zal een 'herpandhouder' zich echter in een dergelijke situatie niet snel met succes op derdenbescherming ex artikel 3:238 lid 1 BW respectievelijk artikel 3:88 BW kunnen beroepen.

⁶⁹⁷ Zie onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 138.

(her)pandrecht kan worden gelost (art. 3:249 BW).⁶⁹⁸ In geval van herverpanding zal deze mededeling ook moeten worden gedaan aan de oorspronkelijk pandgever. De oorspronkelijk pandgever (eigenaar/rechthebbende) neemt in het kader van de herverpanding immers de positie in van derde wiens goed voor een schuld van een ander (i.e. de herpandgever of een derde) is verbonden.⁶⁹⁹ Daarbij komt dat de oorspronkelijk pandgever het meeste belang hebben bij lossing van het (her)pandrecht, omdat hij daarmee verlies van de eigendom van het (her)pandobject kan voorkomen.⁷⁰⁰ Lossing kan plaatsvinden tot op het tijdstip van verkoop door voldoening van de (her)pandschuld alsmede de reeds gemaakte executiekosten (art. 3:249 lid 2 BW).

Executie vindt in beginsel plaats door openbare verkoop van het (her)pandobject (art. 3:250 BW). Een afwijkende vorm van verkoop is mogelijk krachtens rechterlijke machtiging (art. 3:251 lid 1 BW) of krachtens overeenkomst tussen pandgever en pandhouder (art. 3:251 lid 2 BW).⁷⁰¹ Daarnaast kan in bepaalde gevallen worden geëxecuteerd volgens de hypotheekregels (3:254 BW). Indien het pand uit geld bestaat, is de pandhouder – zodra zijn vordering opeisbaar is geworden – zonder voorafgaande aanzegging bevoegd zich uit het pand te voldoen (art. 3:255 BW). Uiterlijk een dag na de executorialie verkoop dient de executerend (her)pandhouder in beginsel van de verkoop mededeling te doen aan de schuldenaar en de pandgever en eventuele andere pandhouders of beslagleggers.

Uit de executieopbrengst voldoet de executerende (her)pandhouder eerst de executiekosten. Indien er geen andere gerechtigden zijn, houdt hij vervolgens van

⁶⁹⁸ Artikel 3:249 lid 1 BW is van regelend recht. Niet naleving van de verplichting tot schriftelijke mededeling van voorgenomen verkoop leidt niet tot nietigheid van de verkoop, maar hoogstens tot aansprakelijkheid van de executerend pandhouder voor eventuele schade die de schuldenaar, pandgever of een eventueel andere pandhouder of beslaglegger heeft geschreven.

⁶⁹⁹ Het lossingsrecht van artikel 3:249 lid 2 BW strekt immers tot bescherming van het belang van de schuldenaar en/of de (derde)pandgever bij behoud van het verpandde goed. In een herverpandingscasus heeft juist de pandgever (eigenaar/rechthebbende) dit belang. Hoewel de oorspronkelijk pandgever strikt genomen niet de "pandgever" van het herpandrecht is – dit wordt immers in eigen naam gevestigd door de pandhouder/herpandgever -, brengt een redelijke wetsuitleg van artikel 3:249 BW mee dat in geval van herverpanding ook – of beter gezegd: juist – de oorspronkelijk pandgever in gelegenheid moet worden gesteld het herverpandde goed te lossen. Daartoe dient de in artikel 3:249 lid 1 BW bedoelde mededeling ook aan de oorspronkelijk pandgever te worden gedaan. Zie over de betekenis en ratio van het lossingsrecht in artikel 3:249 lid 2 BW: Bartels 2010.

⁷⁰⁰ Dit geldt te meer indien het (her)pandobject een uniek goed betreft en/of indien de waarde van het (her)pandobject de hoogte van de door het (her)pandrecht gecureerde vordering overtreft. In dat geval is de mogelijkheid tot verrekening van de oorspronkelijke pandschuld en de vordering op de pandhouder/herpandgever tot vergoeding van de waarde van het goed immers voor de pandgever beperkt. Zie hierna: paragraaf 6.4.2.

⁷⁰¹ Een overeenkomst tussen pandhouder en pandgever over een afwijkende wijze van verkoop is slechts geldig indien deze is gesloten na het moment waarop de pandhouder bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan. Zie: art. 3:251 lid 2 BW.

de netto-opbrengst het hem verschuldigde af, waarna hij een eventueel resterende overschot aan de pandgever uitkeert. Zijn er andere pandhouders of beperkt gerechtigden, wier recht op het goed door executie is vervallen, of beslagleggers en bestaat tussen alle betrokken overeenstemming over de verdeling, dan keert de executerend (her)pandhouder dienovereenkomstig aan hen uit. Zijn er andere gerechtigden en bestaat geen overeenstemming over de verdeling, dan stort de executerend (her)pandhouder (het overschot van) de netto-opbrengst onverwijld bij een bewaarder, waarna de meeste gereede partij, waaronder de (her)pandhouder zelf, een gerechtelijke rangregeling kan verzoeken (art. 3:253 jo. art. 490b Rv).⁷⁰²

In de navolgende paragrafen bespreek ik achtereenvolgens de situatie van executie door de pandhouder/herpandgever en die van executie door de herpandhouder.

6.4.1 Executie door de pandhouder/herpandgever

Indien een pandgever (of schuldenaar in geval van derdenpand) tekortschiet in de voldoening van een geseceerde vordering, is een pandhouder bevoegd het pandrecht dat tot zekerheid van deze vordering strekt, uit te winnen. Heeft de pandhouder echter een herpandrecht gevestigd ten gunste van een herpandhouder, dan ligt executie door de pandhouder/herpandgever echter gecompliceerder. Zoals in paragraaf 4.3 al aan de orde kwam, neemt de pandhouder/herpandgever ten opzichte van de herpandhouder de positie van lager gerangschikte pandhouder in. In de uitoefening van zijn bevoegdheden uit hoofde van het oorspronkelijke pandrecht zal de pandhouder/herpandgever de rechten van de hoger gerangschikte herpandhouder moeten respecteren.⁷⁰³

Een aantal auteurs is van mening dat de pandhouder/herpandgever het oorspronkelijke pandrecht zelfs geheel niet zou mogen uitwinnen zolang het herpandrecht op het pandobject rust.⁷⁰⁴ In de literatuur bestaat hierover echter verschil van mening.⁷⁰⁵ Voor het aannemen van een dergelijk gevolg bestaat naar mijn mening geen grond.⁷⁰⁶ Ook een lager gerangschikte pandhouder – wat de oorspronkelijke pandhouder ten opzichte van de herpandhouder is – kan immers

⁷⁰² Zie over executie van pandrechten en verdeling van de executieopbrengst uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 156-164; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 514-521 en 554-557a; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 792-796; en Stein (*Vermogensrecht*), commentaar op artt. 3:250-253 BW.

⁷⁰³ Zie in dit verband onder meer: art. 3:237 lid 3 (afgifte vuistloos pand), art. 3:246 lid 3 (inningbevoegdheid vordering), 3:248 lid 3 BW (parate executie).

⁷⁰⁴ Zie onder meer: Molenaar 1991, p. 69; Koopal 1995, p. 775; en Faber 1998, p. 696.

⁷⁰⁵ Zie onder meer: Steneker 2012, p. 33; en Van Hees 2001, p. 234-235.

⁷⁰⁶ Zie tevens: paragraaf 4.3.1.

zijn pandrecht uitoefenen, zij het dat hij daarbij de rechten van hoger gerangschikte pandhouders moet respecteren. Praktisch gezien, wordt de pandhouder/herpandgever evenwel beperkt in de uitwinning van het oorspronkelijke pandrecht zolang het herpandrecht voortduurt. Een pandhouder/herpandgever kan het pandobject uitsluitend executoriaal verkopen met handhaving van het (hoger gerangschikte) herpandrecht.⁷⁰⁷ Indien de pandhouder/herpandgever het goed vrij van het herpandrecht wil executeren, zal hij eerst moeten bewerkstelligen dat het herpandrecht tenietgaat, hetgeen in de regel betekent dat hij de door het herpandrecht gezeekerde vordering moet voldoen. Bij aflossing van de herpandschuld gaat het herpandrecht immers als afhankelijk recht teniet.⁷⁰⁸

6.4.2 Executie door herpandhouder

Naast executie door de pandhouder/herpandgever kan zich in geval van herverpanding tevens – en waarschijnlijker – executie door de herpandhouder voordoen. Executie door de herpandhouder heeft verstrekkende gevolgen voor zowel de oorspronkelijke pandgever (eigenaar/rechthebbende) als de pandhouder/herpandgever.

In dit verband moet worden opgemerkt dat de oorspronkelijke pandgever de mogelijkheid heeft om executie van het hem toebehorende herpandobject te voorkomen. Hij kan namelijk verlangen dat eventueel verpande of verhypotheceerde goederen van de schuldenaar zelf (i.e. de herpandhouder c.q. een derde) mede in de verkoop worden begrepen en eerst worden verkocht (art. 3:234 lid 1 BW).⁷⁰⁹ Ook zou de pandgever uitwinning van het hem toebehorende goed door de herpandhouder kunnen voorkomen door zelf de vordering van de herpandhouder te voldoen.⁷¹⁰ Als gevolg daarvan gaat de vordering van de herpandhou-

⁷⁰⁷ Art. 3:248 lid 3 BW.

⁷⁰⁸ In geval van een krediet- of bankherpandrecht, zal de pandhouder/herpandgever tevens de krediet- c.q. bankrelatie moeten beëindigen om te voorkomen dat nog nieuwe, door het herpandrecht geseceureerde vorderingen (kunnen) ontstaan. Zie hierover: paragraaf 5.4.

⁷⁰⁹ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 69; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 513. Zie tevens: Koops 2010, p. 345.

⁷¹⁰ Zie: art. 3:249 lid 2 BW inzake het lossingsrecht. De pandgever heeft belang bij lossing van het herpandrecht indien de herpandschuld kleiner of gelijk is aan zij eigen pandschuld (i.e. de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering). Bij verrekening vallen beide vorderingen immers volledig tegen elkaar weg, met als gevolg dat ook het oorspronkelijke pandrecht een einde neemt. De pandgever heeft tevens groot belang bij lossing van het herpandrecht indien het pandobject een uniek goed betreft en/of indien de waarde van het (her)pandobject de hoogte van de door het (her)pandrecht geseceureerde vordering overtreft. In het laatste geval is de mogelijkheid tot verrekening van de oorspronkelijke pandschuld en de vordering op de pandhouder/herpandgever tot vergoeding van de waarde van het goed immers voor de pandgever beperkt.

der bij wege van subrogatie over op de pandgever (art. 6:150 sub (b) BW)⁷¹¹, welke vordering hij onder omstandigheden kan verrekenen met zijn eigen pandschuld aan de pandhouder/herpandgever.⁷¹²

Indien executie niet op voormelde wijzen kan worden voorkomen en de herpandhouder overgaat tot uitwinning van het pandobject, verliest de pandhouder/herpandgever zijn – lager gerangschikte – pandrecht.⁷¹³ Resteert na verhaal door de herpandhouder een overschot, dan zou de pandhouder/herpandgever – naar de mening van de meeste auteurs – zijn recht van voorrang op het overschot kunnen doen gelden.⁷¹⁴ In de laatste bewerking van het Asser-deel *Zekerheidsrechten* wordt – evenals in de vorige druk⁷¹⁵ – opgemerkt dat te verdedigen valt dat het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever op dit overschot komt te rusten.⁷¹⁶ Ik zie echter voor het aannemen van een pandrecht op het overschot in zijn algemeenheid geen grond.⁷¹⁷ Nog daargelaten dat dit een uitzonderlijke vorm van substitutie van het pandobject zou betreffen⁷¹⁸, is in dit geval – gelijk ieder ander geval van executie bij meervoudige verpanding – de verdelingsregeling van artikel 3:253 lid 1 BW jo. artikel 490b Rv van toepassing.⁷¹⁹ Op grond van deze regeling wordt het overschot dat resteert na afhouding van hetgeen aan de herpandhouder krachtens zijn rang toekomt, uitgekeerd aan de (lager gerangschikte) pandhouder(s) en eventuele beslagleggers overeenkomstig een onderlinge overeengekomen verdeling dan wel rangregeling.⁷²⁰ Bij deze verdeling of rangregeling heeft de pandhouder/herpandgever ter zake van het

⁷¹¹ De pandgever kan dit overigens te allen tijde doen. Van een dreigende executie door de herpandhouder behoeft strikt genomen geen sprake te zijn.

⁷¹² Op de mogelijkheid van verrekening van deze vordering kom ik hierna terug.

⁷¹³ Zie hiervoor paragraaf 4.4.1. Indien het herpandrecht eerst in rang is, vervallen tevens eventueel andere op de betreffende goederen rustende pandrechten.

⁷¹⁴ Molenaar 1991, p. 69; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133; en Fikkers 1998, p. 305.

⁷¹⁵ Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003, nr. 38a.

⁷¹⁶ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133.

⁷¹⁷ Dit kan ik mij alleen voorstellen in geval van inning van openbare (her)verpanding van vorderingen op naam. Indien de openbaar herpandhouder – als hoogste gerangschikte pandhouder – de (her)verpande vorderingen int, komen de pandrechten waarmee de vordering is bezwaard (i.e. het herpandrecht en het oorspronkelijke pandrecht) op het geïnde te rusten (art. 3:246 lid 5 BW). Indien de herpandhouder zich vervolgens voldoet uit het geïnde, gaat het herpandrecht daarmee teniet. Resteert na voldoening van de herpandhouder een overschot, dan rust op dit overschot het oorspronkelijke pandrecht.

⁷¹⁸ Voor deze substitutie biedt de wet geen basis. Voor de goede orde merk ik op dat artikel 3:229 BW hier niet van toepassing. Het gaat hier immers om een overschot van executie van het pandobject door een (hoger gerangschikte) pandhouder, en niet om een vordering tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treedt.

⁷¹⁹ Zie in gelijke zin: Faber/Vermunt 2010, p. 180.

⁷²⁰ Zie over de verdelingsregeling van artikel 3:253 lid 1 BW jo. artikel 490b Rv uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 162; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 514; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 795.

overschot de rang die hem uit hoofde van het oorspronkelijke pandrecht toekomt.

Als gevolg van deze executie gaat niet alleen het oorspronkelijke pandrecht voor de pandhouder/herpandgever⁷²¹, maar ook de eigendom van het (her)verpande goed voor de oorspronkelijk pandgever verloren. Voor dit verlies van eigendom kan de pandgever op een tweetal wijzen compensatie zoeken. In de eerste plaats krijgt de oorspronkelijke pandgever als gevolg van de uitwinning van het hem toebehorende goed een vordering op de pandhouder/herpandgever tot vergoeding van de waarde van het verpande goed.⁷²² Van Hees merkt op dat het bestaan en de omvang van de vergoedingsplicht van de pandhouder/herpandgever jegens de pandgever afhangt van de vraag voor wiens rekening de uitwinning moet worden geacht te hebben plaatsgevonden, met andere woorden: van de draagplicht voor de schuld waarvoor het herpandrecht is uitgewonnen. Rust de draagplicht geheel op de pandhouder/herpandgever of een derde, dan zal de pandhouder/herpandgever jegens de pandgever tot vergoeding gehouden zijn.⁷²³ Gaat de schuld waarvoor het herpandrecht is uitgewonnen ten dele de pandgever aan⁷²⁴, dan is – in gedachtegang van Van Hees – de pandhouder/herpandgever slechts gehouden tot gedeeltelijke vergoeding.⁷²⁵

In de tweede plaats gaat in geval van uitwinning van het herpandrecht door de herpandhouder diens vordering op de pandhouder/herpandgever bij wege van subrogatie over op de pandgever (art. 6:150 aanhef en sub (a) BW).⁷²⁶ De oor-

⁷²¹ Zie hiervoor paragraaf 4.4.1.

⁷²² Molenaar meent dat de pandhouder/herpandgever jegens de oorspronkelijke pandgever wanprestatie pleegt indien hij het op executie van het herpandrecht laat aankomen op een moment dat de oorspronkelijk pandgever niet in gebreke is. Zie: Molenaar 1991, p. 69. Zie tevens: Koopal 1995, p. 775.

⁷²³ Van Hees 2001, p. 235.

⁷²⁴ Vergelijk de in paragraaf 5.5 genoemde situatie, waarin het herpandrecht tot zekerheid van een schuld van de oorspronkelijk pandgever wordt gevestigd.

⁷²⁵ Van Hees doelt indirect op de situatie dat de oorspronkelijk pandgever (mede)schuldenaar is van de door het herpandrecht gezeekerde vordering. In de praktijk zal deze situatie zich echter niet snel voordoen. Een herpandrecht wordt immers in de regel gevestigd tot zekerheid van een eigen schuld van de herpandgever of van een derde. Theoretisch lijkt het niettemin mogelijk dat de pandhouder/herpandgever een (derden)herpandrecht vestigt tot zekerheid van een schuld van de oorspronkelijk pandgever aan de herpandhouder. De oorspronkelijke pandgever is dan schuldenaar van de door het herpandrecht gezeekerde vordering, met als gevolg dat uitwinning van het herpandrecht moet worden geacht voor rekening van de oorspronkelijk pandhouder te hebben plaatsgevonden. Hetzelfde geldt in geval de oorspronkelijk pandgever medeschuldenaar is van de vordering van de herpandhouder. In geval van executie van het herpandrecht moet deze uitwinning worden geacht mede voor rekening van de oorspronkelijk pandgever te hebben plaatsgevonden. In beide gevallen zou geen, althans slechts een gedeeltelijke vergoedingsplicht op de pandhouder/herpandgever rusten.

⁷²⁶ Zie onder meer: Koopal 1995, p. 776. Zoals reeds opgemerkt, gaat de vordering van de herpandhouder ook bij wege van subrogatie op de pandgever over, indien deze de vordering van de herpandhouder voldoet (art. 6:150 sub (b) BW).

spronkelijk pandgever krijgt als gevolg – *naast* zijn eigen vordering op de pandhouder/herpandgever tot vergoeding van de waarde van het verpande goed – de vordering van de herpandhouder op de herpandgever c.q. schuldenaar. De pandgever kan kiezen welke vordering hij tegen de pandhouder/herpandgever instelt.⁷²⁷ Ten aanzien van de subrogatie uit hoofde van artikel 6:150 sub (a) en (b) BW moet de volgende kanttekening worden gemaakt. In beginsel gaan bij subrogatie tevens de aan de vordering verbonden nevenrechten op de gesubrogeerde over (art. 6:142 BW).⁷²⁸ In geval van herverpanding, waarbij ofwel de herpandhouder zijn herpandrecht uitwint ofwel de pandgever de vordering van de herpandhouder voldoet, gaat het herpandrecht echter niet als nevenrecht mee over op de oorspronkelijk pandgever (eigenaar c.q. rechthebbende). Wanneer het (her)pandobject door de herpandhouder wordt uitgewonnen – en de oorspronkelijk pandgever in diens vordering wordt gesubrogeerd op grond van artikel 6:150 sub (a) BW – gaat het herpandrecht immers door de executie teniet.⁷²⁹ Het herpandrecht kan reeds om die reden niet mee overgaan. Voorts zou het herpandrecht, voor zover het wél op de oorspronkelijk pandgever zou overgaan – bijvoorbeeld in geval van subrogatie ex artikel 6:150 sub (b) BW – met diens eigendomsrecht vermengen en tenietgaan.⁷³⁰ Ook om deze reden verkrijgt de oorspronkelijk pandgever niet een herpandrecht op het hem toebehorende goed tot zekerheid van de op hem overgegangene vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever⁷³¹. Het zou overigens ook praktisch gezien weinig zinvol zijn indien een eigenaar/rechthebbende (i.c. de oorspronkelijk pandgever) een zekerheidsrecht op een eigen goed zou verkrijgen.⁷³²

Men kan zich evenwel afvragen of bovengenoemde vergoedingsvordering en de bij wege van subrogatie verkregen vordering van de herpandhouder de pandgever veel zullen baten, wanneer ervan uit wordt gegaan dat de executie van het herpandrecht een oorzaak vindt in het onvermogen van de pandhouder/herpandgever om jegens de herpandhouder aan zijn verplichtingen te voldoen.⁷³³

⁷²⁷ Zie uitgebreider: Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 270. Hierbij moet worden opgemerkt dat de waarde van het (her)pandobject in de regel hoger zal zijn dan de herpandschuld. Bij iedere (her)verpanding zal immers een zekere marge worden aangehouden ten opzichte van de (executie)waarde van het herpandobject.

⁷²⁸ Hierbij gelden wel de beperkingen van artikel 6:151 BW (ten aanzien van tegen derden uit te oefenen zekerheidsrechten) en 6:153 BW (ten aanzien van het recht op bedongen rente).

⁷²⁹ Zie onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 138.

⁷³⁰ Wanneer een beperkt recht (hier: het herpandrecht) en het moederrecht (hier: de eigendom of gerechtigdheid) in één hand komen, 'versmelt' het beperkte recht met het moederrecht en gaat daarmee teniet. Vergelijk: art. 3:81 lid 2 BW.

⁷³¹ Of: de schuldenaar van de door het herpandrecht gezeekerde vordering, zo dit niet de herpandgever is.

⁷³² Het is moeilijk voorstelbaar dat een pandgever zijn eigen goed gaat uitwinnen ter voldoening van een vordering op de pandhouder/herpandgever. In dit geval ligt verrekening van de vorderingen over en weer immers voor de hand.

⁷³³ Zie ook: Breken 2002, p. 386.

Bovendien leveren deze vorderingen in een eventueel faillissement van de pandhouder/herpandgever slechts concurrente vorderingen op. Zoals hiervoor uiteengezet, verkrijgt de oorspronkelijke pandgever immers niet het aan de vordering van de herpandhouder verbonden herpandrecht. Tegen deze achtergrond bestaat groot belang bij de mogelijkheid van verrekening. Onder omstandigheden kan de pandgever de vergoedingsvordering c.q. de vordering van de herpandhouder verrekenen met zijn eigen schuld aan de pandhouder/herpandgever, i.e. de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering. In dit verband moet echter worden gelet op de beperkingen van artikel 6:127 BW, artikel 53 Fw⁷³⁴ en eventuele tussen pandhouder en pandgever overeengekomen (non)verrekeningsbedingen.⁷³⁵

In het algemeen⁷³⁶ bestaat de bevoegdheid tot verrekening in geval van wederkerig schuldenaarschap (dat wil zeggen: de schuldenaar en schuldeiser hebben over en weer vorderingen op elkaar), waarbij de schuldenaar een prestatie van zijn schuldeiser te vorderen heeft die aan zijn schuld beantwoordt en de schuldenaar bevoegd is tot zowel betaling van zijn schuld als het afdwingen van betaling van de vordering (art. 6:127 BW).⁷³⁷ Een vordering voldoet aan de schuld van de schuldenaar indien – kort gezegd – de schuldenaar zijn schuld met het hem verschuldigde zou kunnen voldoen. Indien verrekening betrekking heeft op verbintenissen die geldsommen tot onderwerp hebben, zal in beginsel aan het vereiste zijn voldaan.⁷³⁸ Verrekening vindt plaats door een vormvrije verklaring van de schuldenaar aan de schuldeiser. Bevoegde verrekening heeft tot gevolg dat beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijke beloop tenietgaan (art. 6:127 lid 1 BW).⁷³⁹ De verrekening werkt terug tot het tijdstip waarop de verrekeningsbevoegdheid is ontstaan (art. 6:129 lid 1 BW). Toegepast op de casus van herverpanding waarin de pandgever een vordering op de pandhouder/herpandgever verkrijgt, brengt het voorgaande mee dat de pandgever in beginsel – voor zover de mogelijkheid van verrekening niet is beperkt of uitgesloten – zijn vergoedingsvordering c.q. de op hem overgegangene vordering van de herpandhouder⁷⁴⁰ kan verrekenen met zijn eigen schuld aan de pandhouder/herpandgever.

⁷³⁴ Voor surseance van betaling geldt de vereisten van het – vrijwel gelijklopende – artikel 234 Fw. Ik beperk mij hierna tot artikel 53 Fw.

⁷³⁵ Breken 2002, p. 386.

⁷³⁶ De regeling van verrekening in Afdeling 6.1.12 BW is regelend recht; partijen kunnen hiervan afwijken en de mogelijkheid van verrekening uitbreiden, beperken of zelfs geheel uitsluiten. In mijn bespreking laat ik dergelijke contractuele afwijkingen verder buiten beschouwing.

⁷³⁷ Zie uitgebreider: Rank 2009 (T&C BW), aant. bij 6.1.12 BW, p. 2450 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 224 e.v.; en Faber 2005, p. 17 e.v.

⁷³⁸ Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 224.

⁷³⁹ Zie over de gevolgen van verrekening: Faber 2005, p. 197 e.v.; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 229 e.v.

⁷⁴⁰ Mits deze vordering opeisbaar is. Indien de pandgever de vordering van de herpandhouder voldoet en deze vordering bij wege van subrogatie op hem overgaat (art. 6:150 sub (b) BW),

In geval van faillissement van de pandhouder/herpandgever is verrekening onderworpen aan de vereisten van artikel 53 Fw.⁷⁴¹ Op grond van deze bepaling kan een partij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, haar schuld met haar vordering op de gefailleerde verrekenen indien beide vorderingen ofwel vóór faillietverklaring zijn ontstaan ofwel voortvloeien uit handelingen die vóór faillietverklaring met c.q. door de gefailleerde zijn verricht.⁷⁴² Toegepast op de situatie van herverpanding brengt dit mee dat de pandgever zijn schuld aan de pandhouder/herpandgever (i.e. de geseceureerde vordering) slechts kan verrekenen met een vordering op de pandhouder/herpandgever die vóór faillietverklaring van de pandhouder/herpandgever is ontstaan of voortvloeit uit handelingen die vóór faillietverklaring met pandhouder/herpandgever zijn verricht.

In dit opzicht moet een onderscheid worden gemaakt tussen de hiervoor besproken schadevergoedingsvordering en de bij wege van subrogatie verkregen vordering van de herpandhouder. Laatstgenoemde vordering kan in faillissement worden verrekend, ongeacht of deze nu voor of na het uitspreken van het faillissement op de pandgever is overgegaan.⁷⁴³ Voor zover het niet reeds een op het moment van faillietverklaring bestaande vordering was⁷⁴⁴, vloeit deze vordering rechtstreeks voort uit het vóór faillietverklaring met de gefailleerde gevestigde herpandrecht.

De schadevergoedingsvordering⁷⁴⁵ van de pandgever ontstaat daarentegen eerst op het moment dat het (her)verpande goed door de herpandhouder wordt uitgewonnen en de pandgever als gevolg daarvan de eigendom van het goed verliest. Vindt executie van het herpandrecht vóór faillietverklaring van de pandhouder/herpandgever plaats, dan kan de pandgever de schadevergoedingsvorde-

behoeft de vordering van de herpandgever – strikt genomen – niet reeds opeisbaar te zijn. In de regel zal dit echter wel het geval zijn. De pandgever zal normaliter alleen de vordering van de herpandhouder voldoen om executie te voorkomen. In geval van executie is deze vordering reeds opeisbaar.

⁷⁴¹ Zie over verrekening in faillissement uitgebreid: Faber 2005, hfdst. 8. Vergelijk: art. 234 Fw ten aanzien van verrekening in surséance; en art. 307 Fw ten aanzien van verrekening in geval van schuldsanering.

⁷⁴² Zie: Faber 2005, p. 524 e.v. Aan de zinsnede "*voortvloeien uit handelingen vóór faillietverklaring met de gefailleerde verricht*" mag echter niet een dermate ruime uitleg worden gegeven dat zij van toepassing zou zijn in alle gevallen, waarin een ná faillietverklaring ontstane schuld enig verband houdt met een voordien gesloten overeenkomst of bestaande rechtsverhouding.

⁷⁴³ Dit geldt ongeacht of de subrogatie plaatsvond als gevolg van uitwinning van het de pandgever toebehorende goed (art. 6:150 sub (a) BW) of doordat de pandgever de vordering van de herpandhouder voldoet (art. 6:150 sub (b) BW).

⁷⁴⁴ Bijvoorbeeld omdat het herpandrecht tot zekerheid van een toekomstige vordering is gevestigd, welke eerst na faillietverklaring ontstaat.

⁷⁴⁵ Het belang bij verrekening van de schadevergoedingsvordering is begrijpelijkerwijs groter dan het belang bij verrekening van de herpandschuld. De schadevergoedingsvordering betreft immers de volledige waarde van het (her)pandobject, die in de regel hoger zal zijn de herpandschuld.

ring – als op het moment van faillietverklaring bestaande vordering – verrekenen met zijn pandschuld. Vindt executie van het herpandrecht ná faillietverklaring van de pandhouder/herpandgever plaats, dan ontstaat de schadevergoedingsvordering van de pandgever pas tijdens het faillissement van de pandhouder/herpandgever. Voor de beantwoording van de vraag of de pandgever de schadevergoedingsvordering kan verrekenen, moet worden gekeken naar de tweede categorie in artikel 53 lid 1 Fw, namelijk: of deze vordering voortvloeit uit handelingen die vóór faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht. De beoordelingen '*voortvloeien uit handelingen vóór de faillietverklaring verricht*' maakt de verrekening mogelijk van een vordering of schuld die, hoewel niet vóór de faillietverklaring ontstaan, voortvloeit uit de afwikkeling van een vóór de faillietverklaring tot stand gekomen rechtsbetrekking.⁷⁴⁶ Uit de jurisprudentie blijkt dat het criterium '*voortvloeien uit*' moet worden opgevat als '*rechtstreeks voortvloeien uit*'.⁷⁴⁷ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat aan dit criterium niet een zó ruime strekking mag worden toegekend, dat zij van toepassing zou zijn in alle gevallen waarin een na de faillietverklaring ontstane vordering of schuld enig verband met een voordien gesloten overeenkomst houdt.⁷⁴⁸ Zo kan een vordering of schuld die haar rechtstreekse oorzaak heeft in rechtshandelingen van derden, welke rechtshandelingen zelf geen verband houden met de ingeroepen (vóór de faillietverklaring tot stand gekomen) rechtsbetrekking, niet worden verrekend.

Hoewel de schadevergoedingsvordering van de pandgever op de gefailleerde pandhouder/herpandgever eerst ontstaat op het moment van uitwinning van het aan de pandgever toebehorende goed, moet naar mijn mening worden aangenomen dat deze vordering rechtstreeks voortvloeit uit vóór faillietverklaring met de gefailleerde pandhouder/herpandgever aangegane rechtsbetrekking, te weten: het oorspronkelijke pandrecht en de aan de pandhouder/herpandgever toegekende herverpandingsbevoegdheid. De rechtsverhouding tussen de pandgever en de tot herverpanding bevoegde pandhouder brengt immers mee dat laatstgenoemde bij aflossing van de gecureerde vordering, het pandobject aan de pandgever moet retourneren (art. 3:256 BW). Is de pandhouder hiertoe niet in staat – bijvoorbeeld doordat het pandobject door de herpandhouder is uitgewonnen – dan is hij gehouden de pandgever te hiervoor compenseren.⁷⁴⁹ Deze scha-

⁷⁴⁶ HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 (*Postgiro/Standaardfilms*); en HR 26 maart 1976, NJ 1977, 612 (*Keulen en Oliemans q.q./Cebeko*).

⁷⁴⁷ Zie onder meer: HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 (*Postgiro/Standaardfilms*); HR 27 januari 1989, NJ 1989, 422 (*Otex/Steenbergen q.q.*); HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (*Tiethoff q.q./NMB*); en HR 15 april 1994, NJ 1994, 607 (*Verhagen q.q./INB*).

⁷⁴⁸ HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 (*Postgiro/Standaardfilms*).

⁷⁴⁹ Deze compensatie kan – in geval van een verwisselbaar (her)pandobject – bestaan uit het ter beschikking te stellen van een gelijkwaardig goed of goederen. Vergelijk in dit verband: art. 53 lid 2 BW met betrekking tot het gebruiksrecht bij een financiële zekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht. Is compensatie door levering van vervangende goederen niet mogelijk, dan zal compensatie moeten bestaan uit vergoeding van de waarde van het (her)pand-

devergoedingsvordering vloeit derhalve rechtstreeks voort uit de afwikkeling van het vóór faillietverklaring tot stand gekomen rechtsverhouding tussen pandgever en tot herverpanding gemachtigde pandhouder/herpandgever.

Als argument tegen mogelijke verrekening van de schadevergoedingsvordering in faillissement, zou kunnen worden aangevoerd dat de rechtstreekse oorzaak van het ontstaan van deze vordering ligt in de executie van het herpandrecht door de herpandhouder ná faillietverklaring. De executie door de herpandhouder wordt daarbij gezien als een door een derde ná faillietverklaring verrichte rechtshandeling, die geen verband houdt met de rechtsverhouding tussen de pandgever en de tot herverpanding bevoegde pandhouder/herpandgever.⁷⁵⁰ Dit zou tot gevolg hebben dat de pandgever zijn schadevergoedingsvordering op de gefailleerde pandhouder/herpandgever niet kan verrekenen met zijn oorspronkelijke pandschuld. Op deze opvatting valt naar mijn mening het nodige af te dingen indien bedacht wordt dat de executie van het herpandrecht is geen rechtshandeling van een derde die los staat van de rechtsverhouding tussen pandgever en pandhouder/herpandgever. Het aan de pandgever toebehorende goed is immers tot zekerheid van een schuld van de pandhouder/herpandgever verbonden krachtens de aan de pandhouder toegekende herverpandingsbevoegdheid.⁷⁵¹ Hierbij komt dat de pandhouder/herpandgever is gehouden de pandgever te compenseren voor een eventueel verlies van eigendom als gevolg van executie van het (her)pandobject door de herpandhouder. Executie van het herpandrecht door de herpandhouder (en de daaruit ontstane schadevergoedingsvordering) houdt derhalve verband met de rechtsverhouding tussen de pandgever en de gefailleerde pandhouder/herpandgever.⁷⁵² Een redelijke uitleg van artikel 53 Fw brengt mee dat de pandgever in een geval als dit zijn pandschuld kan verrekenen met

object. Vergelijk in dit geval tevens de verplichting bij borgtocht van de hoofdschuldenaar om de borg te betalen indien deze de schuldeiser heeft betaald (art. 7:850 lid 3 jo. 6:10 BW). Deze vergoedingsvordering wordt opgevat als een verbintenis onder opschortende voorwaarde. Wanneer deze voorwaarde door betaling door de borg wordt vervuld, werkt deze terug tot het moment van de borgstelling, als gevolg waarvan de vergoedingsvordering van de borg op de hoofdschuldenaar wordt geacht te zijn ontstaan voor faillietverklaring. Verrekening is in dat geval dus mogelijk. Zie: aant. 4 bij art. 53 Fw in de Groene Serie Faillissementsrecht en de daardaar aangehaalde jurisprudentie.

⁷⁵⁰ Vergelijk: HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 (*Postgiro/Standaardfilms*); HR 27 januari 1989, NJ 1989, 422 (*Otex/Steenbergen q.q.*); en HR 15 april 1994, NJ 1994, 607 (*Verhagen q.q./INB*), waarin de Hoge Raad – verkort weergegeven – oordeelde dat de rechtstreekse oorzaak van het ontstaan van de betreffende schulden lag in na faillietverklaring verrichte rechtshandelingen van derden – te weten girale betalingen – welke rechtshandelingen op zichzelf geen verband hielden met de ingeroepen rechtsverhouding.

⁷⁵¹ Hierin verschilt deze situatie van voormelde arresten, waarin werd geoordeeld dat de betreffende schulden hun rechtstreekse oorzaak van ontstaan hadden in ná faillietverklaring door derden verrichte betalingen, welke betalingen géén verband hielden met voor faillietverklaring gesloten overeenkomst tot opening van een girorekening.

⁷⁵² Zie met betrekking tot het element van connexiteit: Faber 2005, p. 538-541.

zijn vordering op de gefailleerde pandhouder/herpandgever tot vergoeding van de waarde van het uitgewonnen (her)pandobject.⁷⁵³

6.5 Faillissement en herverpanding

In een herverpandingscasus kunnen zich verschillende complicaties voordoen als gevolg van faillissement⁷⁵⁴ van één van betrokken partijen, zoals de pandgever, de pandhouder/herpandgever en de herpandhouder. Deze complicaties staan in deze paragraaf centraal.

Faillissement heeft een aantal ingrijpende gevolgen.⁷⁵⁵ Door de faillietverklaring verliest de gefailleerde van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen (art. 23 Fw).⁷⁵⁶ Het faillissement omvat het gehele vermogen – dat wil zeggen: alle activa die te gelde kunnen worden gemaakt – van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen de schuldenaar gedurende het faillissement verwerft (art. 20 Fw).⁷⁵⁷ De beheers- en beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde is een uitwerking van het fixatiebeginsel. Dit beginsel houdt in dat door intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt.⁷⁵⁸ De beheers- en beschikkingsonbevoegdheid strekt namelijk ertoe te voorkomen dat de gefailleerde de boedel bindt op een wijze die in strijd is met het doel van het faillissement, namelijk de voldoening van de schuldeisers overeenkomst ieders

⁷⁵³ De ratio die aan de ruimere verrekeningsmogelijkheden in faillissement ten grondslag ligt, is de gedachte dat de billijkheid meebrengt dat iedere schuldeiser van de gefailleerde zijn schuld aan de gefailleerde mag beschouwen als zijn onderpand voor zijn vordering op de gefailleerde. Het zou voorts naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeilijk te aanvaarden zijn dat een pandgever alsnog de volledige pandschuld zou moeten voldoen aan de gefailleerde pandhouder, terwijl de pandgever reeds de eigendom van het pandobject heeft verloren doordat dit is uitgewonnen voor een schuld van gefailleerde pandhouder is uitgewonnen.

⁷⁵⁴ In mijn bespreking ga ik in op de gevolgen van faillissement van een van genoemde partijen. Waar relevant zal worden verwezen naar de bepalingen van de Faillissementswet met betrekking tot surseance van betaling en schuldsanering natuurlijke personen.

⁷⁵⁵ Ik beperk mij tot de voor navolgende bespreking meest relevante. Zie over de gevolgen van faillietverklaring uitgebreider (onder meer): Polak/Pannevis 2011, hfst. 4-5; en Wessels 2009.

⁷⁵⁶ De beheers- en beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde treedt in met ingang (i.e. 00:00 uur) van de dag waarop de faillietverklaring is uitgesproken. Bij surseance verliest de schuldenaar niet de beschikking en het beheer over de boedel, maar heeft hij de medewerking van de bewindvoerder voor handelingen die de boedel kunnen binden (art. 228 lid 1 Fw). Bij schuldsanering verliest de schuldenaar – evenals gedurende faillissement – de bevoegdheid om met betrekking tot de boedel beheers- of beschikkingsdaden te verrichten (art. 296 lid 1 Fw).

⁷⁵⁷ Een aantal goederen van de gefailleerde blijft echter buiten het faillissement. Zie: artikel 21 Fw. Zie over het begrip vermogen: Polak/Pannevis 2011, p. 52-61; en Wessels 2009, p. 10 e.v.

⁷⁵⁸ Zie onder meer: Wessels 2009, p. 2 en p. 145 e.v.; Verdaas (*Faillissementsrecht*), aant. 5 bij art. 23 Fw; en Van den Heuvel 2004, p. 37-38 en p.184. Zie ook: HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 (*Mulder q.q./CLBN*).

recht.⁷⁵⁹ Na het uitspreken van zijn faillissement kan de schuldenaar geen handelingen meer verrichten die de boedel raken. Voor verbintenissen van de schuldenaar die na faillietverklaring zijn ontstaan, is de boedel in beginsel niet aansprakelijk (art. 24 Fw).⁷⁶⁰ Vanaf het moment van faillietverklaring treedt de curator in de plaats van de schuldenaar: hij is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Fw).⁷⁶¹ De curator oefent de vermogensrechten van de gefailleerde uit met, in beginsel, dezelfde bevoegdheden en beperkingen zoals die vóór faillietverklaring voor de gefailleerde golden.⁷⁶²

Na aanvang van de dag van de faillietverklaring kan de schuldenaar niet langer een pandrecht op een tot zijn vermogen behorend goed vestigen. Vanaf dat moment wordt immers niet langer aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid voldaan. Daarnaast geldt dat indien op de dag van faillietverklaring nog niet alle vestigingshandelingen hebben plaatsgevonden, vestiging van een pandrecht niet langer geldig kan plaatsvinden (art. 35 lid 1 Fw). Faillissement staat ook in de weg aan totstandkoming van bij een voorbaat gevestigd pandrecht. Wanneer een schuldenaar vóór de dag van faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat heeft geleverd – of bij voorbaat met een beperkt recht heeft bezwaard – dan valt dit goed in de boedel, indien het eerst na aanvang van de dag van faillietverklaring door de schuldenaar is verkregen (art. 35 lid 2 Fw).⁷⁶³ Een pandrecht dat een schuldenaar vóór de dag van zijn faillietverklaring bij voorbaat heeft gevestigd op een goed dat hij pas na aanvang van de dag van faillietverklaring verkrijgt, komt dus niet tot stand.⁷⁶⁴

Een faillissement van de pandgever laat de rechten en bevoegdheden van een bestaande pandhouder onverlet. In het faillissement neemt een pandhouder immers de positie van separatist in: hij kan zijn pandrecht uitoefenen alsof er geen

⁷⁵⁹ Zie: Polak/Pannevis 2011, p. 62-64. Parl. Gesch. (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 381.

⁷⁶⁰ Dit is slechts anders indien de boedel gebaat is bij deze verbintenissen. Zie: artikel 24 Fw. Waarover uitgebreider: Polak/Pannevis 2011, p. 63-64; Wessels 2009, p. 160 e.v.; en Verdaas (*Faillissementsrecht*) aant. 5 bij art. 24 Fw.

⁷⁶¹ Zie uitgebreider onder meer: Polak/Pannevis 2011, p. 208 e.v.; Wessels 2009, p. 2; en Verstijlen (losbl), aant. 1 bij art. 68 Fw;

⁷⁶² Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 77. Zie tevens: Polak/Pannevis 2011, par. 4.3.1 e.v.; en Wessels 2009, p. 145 e.v.

⁷⁶³ Dit is slechts anders indien het gaat om nog te velde staande vruchten of beplantingen die reeds voor de faillietverklaring uit hoofde van een zakelijk recht of huur- of pachtovereenkomst aan de schuldenaar toekwamen (art. 35 lid 2, laatste zin, Fw). Zie uitgebreider: Wessels 2009, p. 176; en Polak/Pannevis 2011, p. 67-72. Zoals Polak opmerkt, is de achtergrond van deze bepaling dat de boedel niet moet kunnen worden benadeeld door de levering of bezwaring van toekomstige goederen die de schuldenaar ten tijde van zijn faillietverklaring nog niet heeft verkregen.

⁷⁶⁴ Zie uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 77 e.v.; Polak/Pannevis 2011, par. 4.3.1 e.v.; Wessels 2009, p. 145 e.v.

faillissement is (art. 57 Fw).⁷⁶⁵ Dit betekent dat een pandhouder zijn recht van parate executie kan uitoefenen door het pandobject te verkopen zonder dat hij over een executoriale titel behoeft te beschikken, en vervolgens zijn vordering met voorrang op de executieopbrengst kan verhalen.⁷⁶⁶ Als separatist behoeft de pandhouder niet bij te dragen in de algemene faillissementskosten (art. 182 Fw).

Tot slot moet worden opgemerkt dat de mogelijkheden tot verrekening in faillissement beperkt zijn. Zoals besproken in paragraaf 6.4.2, is verrekening in faillissement onderworpen aan de vereisten van artikel 53 Fw. Op grond van deze bepaling kan een partij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, haar schuld met haar vordering op de gefailleerde verrekenen indien beide vorderingen vóór faillietverklaring zijn ontstaan dan wel voortvloeien uit handelingen die vóór faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.

Hierna bespreek ik de gevolgen van faillissement van respectievelijk de pandgever, de pandhouder/herpandgever en de herpandhouder in een herverpandingscasus. Daarbij staan de volgende vragen centraal: (i) in hoeverre tast faillietverklaring van één van betrokken partijen de bevoegdheden van de pandhouder en herpandhouder aan; (ii) kan na faillietverklaring van één van partijen nog een geldig herpandrecht worden gevestigd; en (iii) kan na faillietverklaring van één van partijen nog een bij voorbaat gevestigd herpandrecht tot stand komen?

6.5.1 Faillissement van de pandgever

Zoals opgemerkt, laat het faillissement van de pandgever de rechten van de pandhouder en de herpandhouder onverlet. Beiden nemen immers de positie van separatist in: de pandhouder en de herpandhouder⁷⁶⁷ kunnen hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is. Wordt de vordering tot zekerheid waarvan het pandrecht respectievelijk het herpandrecht strekt, niet voldaan, dan kan de pandhouder respectievelijk herpandhouder het (her)verpande goed verkopen en zich met voorrang uit de opbrengst voldoen.⁷⁶⁸

⁷⁶⁵ Zie uitgebreider: Polak/Pannevis 2011, p. 174-185; Verstijlen (*Faillissementsrecht*), aant. 1 bij art. 57 Fw; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 521; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nrs. 833 e.v.

⁷⁶⁶ Zoals in paragraaf 6.5.2 wordt besproken, brengt de positie van de pandhouder als separatist evenwel niet mee dat een tot herverpanding bevoegde pandhouder deze bevoegdheid ook onverkort in faillissement kan uitoefenen.

⁷⁶⁷ Hoewel herpandhouder in de regel geen schuldeiser van de (gefailleerde) oorspronkelijk pandgever is – dit kan overigens wel namelijk indien het herpandrecht is gevestigd tot zekerheid van een vordering van de herpandhouder op de oorspronkelijk pandgever (zie: paragraaf 4.2.3.) – kan hij het aan de oorspronkelijke pandgever toebehorende pandobject ook in diens faillissement uitwinnen voor de schuld van de herpandgever.

⁷⁶⁸ Art. 57 Fw.

Faillissement staat in de weg aan de vestiging en totstandkoming van nieuwe pandrechten op een tot het vermogen van de pandgever behorend goed. Na aanvang van de dag van de faillietverklaring kan de pandgever niet langer een geldig pandrecht vestigen. Vanaf dat moment wordt immers niet langer voldaan aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid, omdat de pandgever (i.e. eigenaar/recht-hebbende) de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen heeft verloren.⁷⁶⁹ Het faillissement van de pandgever staat – zoals besproken – ook in de weg aan de totstandkoming van bij een voorbaat gevestigd pandrecht en/of herpandrecht. Wanneer de schuldenaar vóór de dag van zijn faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat heeft verpand, dan valt dit goed in de boedel indien het eerst na aanvang van de dag van faillietverklaring door de schuldenaar is verkregen.⁷⁷⁰ Was naast het oorspronkelijke pandrecht ook een herpandrecht bij voorbaat gevestigd door de tot herverpanding bevoegde aspirant-pandhouder/herpandgever, dan brengt het voorgaande mee dat ook dit bij voorbaat gevestigde herpandrecht niet langer tot stand kan komen. Totstandkoming van een bij voorbaat gevestigd herpandrecht is immers uitgesloten indien het oorspronkelijke pandrecht van de herpandgever niet langer kan ontstaan.⁷⁷¹ Herverpanding bij voorbaat vindt plaats onder de opschortende voorwaarde dat de herpandgever zelf pandhouder wordt.⁷⁷² Faillietverklaring van de pandgever brengt mee dat deze opschortende voorwaarde niet langer in vervulling kan gaan: het bij voorbaat (her)verpande goed dat de pandgever eerst na aanvang van de dag van diens faillietverklaring verkrijgt, valt immers in diens boedel.⁷⁷³

Indien vóór aanvang van de dag van faillietverklaring van de pandgever een geldig pandrecht is gevestigd en daarbij uitdrukkelijk een herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder is toegekend, doet de vraag zich voor of de pandhouder ook gedurende het faillissement van de pandgever nog een geldig herpandrecht op het pandobject kan vestigen.⁷⁷⁴ Deze vraag is onder meer door Van Hees opgeworpen.⁷⁷⁵ Van Hees schrijft dat, hoewel een pandhouder in het faillissement van de pandgever de positie van separatist inneemt⁷⁷⁶ en de faillietverklaring

⁷⁶⁹ Dit gevolg treedt in vanaf de aanvang van de dag van faillietverklaring. Zie uitgebreider: Wessels 2009, p. 145 e.v. Vanaf het moment van faillietverklaring is de curator met het beheer en de vereffening van de failliete boedel belast (art. 68 lid 1 BW).

⁷⁷⁰ Art. 35 lid 2 Fw.

⁷⁷¹ Breken 2002, p. 380. Zie tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 179.

⁷⁷² Zie: paragraaf 4.2.4.3.

⁷⁷³ Art. 35 lid 2 Fw.

⁷⁷⁴ In deze situatie speelt het hiervoor besproken beletsel bij een bij voorbaat gevestigd pandrecht en herpandrecht niet. De pandhouder/herpandgever heeft in deze situatie immers wél een pandrecht op het pandobject.

⁷⁷⁵ Zie: Van Hees 2001, p. 234.

⁷⁷⁶ Het feit dat de pandhouder separatist is in het faillissement van de pandgever houdt naar mijn mening op zichzelf genomen niet in dat de pandhouder in het faillissement ook van een

uitsluitend de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever aantast, het onverenigbaar met het fixatiebeginsel moet worden geacht dat in het faillissement van de pandgever nog beperkte rechten op tot de boedel behorende goederen ontstaan zonder dat daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag bestaat of daaraan door de curator medewerking is verleend.⁷⁷⁷ Dit lijkt mij juist. Ware dit anders, dan zou een (tot herverpanding bevoegde) pandhouder een tot het vermogen van de gefailleerde behorend goed kunnen bezwaren tot zekerheid van nieuwe schulden. Een dergelijke uitholling van de boedel kan niet worden aanvaard. Het staat immers haaks op het fixatiebeginsel.

In aanvulling op het voorgaande merk ik op dat ook het karakter van de bevoegdheid tot herverpanding meebrengt dat deze niet in het faillissement van de oorspronkelijk pandgever kan worden uitgeoefend. In de eerste plaats moet worden bedacht dat de herverpandingsbevoegdheid geen onderdeel uitmaakt van de wettelijke rechten en bevoegdheden van een pandhouder en evenmin een versterking vormt van de verhaals- en executiebevoegdheid van de pandhouder.⁷⁷⁸ Juist die wettelijke verhaals- en executiebevoegdheden kan de pandhouder als separatist ook na faillietverklaring van de pandgever uitoefenen alsof er geen faillissement is. Dit blijkt tevens uit het feit dat de curator de pandhouder een redelijke termijn kan stellen om tot uitoefening van zijn (verhaals- en executie)rechten over te gaan. Heeft de pandhouder het onderpand niet binnen deze termijn verkocht, dan kan de curator de goederen opeisen en verkopen, onverminderd het recht van de pandhouder op de opbrengst.⁷⁷⁹ Het is duidelijk dat de pandhouder in het systeem van de Faillissementswet een bijzondere – doch niet ongelimiteerde – positie heeft wat betreft verhaal van zijn vordering en uitwinning van het pandobject. Deze uitzonderingspositie van de pandhouder kan mijns inziens niet één op één worden toegepast op een separaat aan de pandhouder toegekende bevoegdheid tot herverpanding.

hem toegekende herverpandingsbevoegdheid of enig andere contractueel toegekende beschikkingsbevoegdheid gebruik kan maken. Deze herverpandingsbevoegdheid maakt immers geen deel uit van het oorspronkelijke pandrecht. Alleen de uit dit oorspronkelijke pandrecht voortvloeiende (verhaals)rechten en bevoegdheden kan de pandhouder uitoefenen alsof er geen faillissement is. Zie tevens: paragraaf 4.2.1. Ik kom hierna uitgebreider op dit punt terug.

⁷⁷⁷ Van Hees 2001, p. 234. Zie in gelijke zin: Faber/Vermunt 2010, p. 177; Breken 2002, p. 380; en Fikkers 1998, p. 303. Hoe de medewerking van de curator van de pandgever aan de vestiging van een herpandrecht door de pandhouder/herpandgever eruit zou moeten zien, laten vernoemde auteurs echter onbesproken. Mogelijk dat hierbij gedacht kan worden aan een nieuwe, ondubbelzinnige machtiging door de curator van de pandhouder tot herverpanding van een tot de failliete boedel behorend goed (waarop de pandhouder reeds een pandrecht heeft).

⁷⁷⁸ Zoals besproken in paragraaf 4.2.1, betreft de herverpandingsbevoegdheid een separaat aan de pandhouder toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid. Het geeft de pandhouder de bevoegdheid om het pandobject voor een eigen schuld in pand te geven aan een derde. Deze bevoegdheid is niet gericht op de eigen zekerheidspositie, maar veeleer op een zekere 'gebruiksvrijheid' voor de pandhouder/herpandgever.

⁷⁷⁹ Art. 58 lid 1 Fw.

Dit brengt mij tot het tweede – fundamentele – punt. Bedacht moet worden dat – juist omdat de herverpandingsbevoegdheid geen onderdeel uitmaakt van het oorspronkelijke pandrecht⁷⁸⁰ – deze bevoegdheid afzonderlijk aan de pandhouder moet worden toegekend. De herverpandingsbevoegdheid betreft een contractueel toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid, die ontleend is aan en afhankelijk is van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever als eigenaar/rechthebbende van het pandobject.⁷⁸¹ Dit brengt mee dat indien de pandgever de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van het pandobject verliest – bijvoorbeeld doordat hij in staat van faillissement wordt gesteld – de pandhouder eveneens de daarvan afgeleide herverpandingsbevoegdheid verliest. Wanneer de gefailleerde pandgever zelf niet langer bevoegd is om over een tot zijn vermogen behorend pandobject te beschikken, kan ook de pandhouder niet langer de aan de pandgever ontleende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid uitoefenen. De herverpandingsbevoegdheid neemt een einde op het moment dat de pandgever de beschikking over het pandobject verliest. Ook om deze reden moet worden aangenomen dat de pandhouder in het faillissement van de pandgever geen gebruik kan maken van de hem toegekende herverpandingsbevoegdheid.

Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat in het faillissement van de pandgever geen herpandrecht kunnen ontstaan of worden gevestigd op een tot boedel van de pandgever behorend goed.

6.5.2 Faillissement van de pandhouder/herpandgever

Na voorgaande bespreking van de gevolgen van faillissement van de oorspronkelijke pandgever, richt ik mij in deze paragraaf op de gevolgen van faillissement van de pandhouder/herpandgever vóór herverpanding.

Vanaf aanvang van de dag van zijn faillietverklaring verliest de pandhouder/herpandgever de beschikking en het beheer over zijn vermogen. Tot het vermogen van de gefailleerde pandhouder/herpandgever behoren de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vorderingen alsmede het oorspronkelijke pandrecht zelf. Het pandobject – dat aan de pandgever toebehoort – valt echter buiten de boedel. In het faillissement van de pandhouder/herpandgever oefent de curator de bevoegdheden van de pandhouder uit.⁷⁸² Dit brengt mee dat indien de door het oorspronkelijke pandrecht geseceerde vordering niet wordt voldaan, de curator dit pandrecht kan executeren ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het faillissement van de pandhouder/herpandgever laat ook de

⁷⁸⁰ Anders: Van Hees 2001, p. 230. Zie tevens: Breken 2002, p. 369-371, alsmede: Faber/Ver-
munt 2010, p. 175.

⁷⁸¹ Zie over het karakter van de herverpandingsbevoegdheid uitgebreider: paragraaf 8.2.3.

⁷⁸² Art. 68 Fw.

bevoegdheden van de herpandhouder onverlet. In het faillissement van de pandhouder/herpandgever kan de herpandhouder zijn rechten als pandhouder uitoefenen alsof er geen faillissement is. Hij neemt in het faillissement van de pandhouder/herpandgever de positie van separatist in. De herpandhouder kan zijn herpandrecht op het – niet in de boedel vallende – (her)pandobject uitwinnen door het (her)pandobject te verkopen⁷⁸³ en zich met voorrang op de executieopbrengst te verhalen.⁷⁸⁴

Faillietverklaring van de pandhouder/herpandgever staat niet aan verkrijging van een pandrecht in de weg. Ook ten gunste van een gefailleerde kan immers een geldig pandrecht worden gevestigd en een bij voorbaat gevestigd pandrecht tot stand komen. Het faillissement van de pandhouder tast de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever immers niet aan.⁷⁸⁵ Indien de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder is toegekend, dringt zich de vraag op of de pandhouder – althans de curator – ook in zijn faillissement nog een herverpandingsbevoegdheid kan uitoefenen en een geldig herpandrecht op het pandobject kan vestigen.⁷⁸⁶

⁷⁸³ Zoals besproken in paragraaf 6.4.2, heeft executie door de herpandhouder nadelige gevolgen voor de pandgever. In faillissement geldt dit des te meer. Als gevolg van executie door de herpandhouder verliest de pandgever de eigendom van het (her)pandobject. Hij krijgt als gevolg een vordering op de gefailleerde pandhouder/herpandgever tot vergoeding van de waarde van het uitgewonnen (her)pandobject. Tevens gaat de vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever bij wege van subrogatie op de pandgever over. In het faillissement van de pandhouder/herpandgever leveren dit slechts concurrente vorderingen op. Verrekening van zijn eigen pandschuld op voet van artikel 53 Fw zal de pandgever weinig baten, omdat de waarde van het pandobject in de regel de hoogte van de oorspronkelijke pandschuld zal overtreffen. Gezien het voorgaande heeft de pandgever in faillissement groot belang het herpandrecht te lossen door voldoening van de herpandschuld aan de herpandhouder. In dat geval gaat de vordering van de herpandhouder bij wege van subrogatie op de pandgever over, waarmee hij zijn pandschuld geheel of gedeeltelijk zal kunnen verrekenen. In beide gevallen zal de pandgever een na verrekening resterende deel van zijn vordering ter verificatie moeten indienen.

⁷⁸⁴ Indien na verhaal door de herpandhouder een overschot resteert, moet dit deel van de executieopbrengst op voet van artikel 3:253 lid 1 BW jo. 490b Rv worden uitgekeerd aan de (lager gerangschikte) pandhouder/herpandgever. Dit overschot valt daarmee in de boedel. Dit is slechts anders indien het oorspronkelijke pandrecht is teniet gegaan doordat de oorspronkelijke pandschuld bij verrekening volledig is weggefallen tegen (een deel van de) compensatievordering van de pandgever. In dat geval dient het restant te worden uitgekeerd aan de pandgever.

⁷⁸⁵ Van Hees 2001, p. 236. Zie tevens: Breken 2002, p. 381.

⁷⁸⁶ Deze vraag zal met name spelen indien het pandobject een forse overwaarde heeft. In dat geval kan het voor een gefailleerde pandhouder, althans diens curator, aanlokkelijk zijn om – in plaats van het pandrecht uit te winnen ter zake van de gezekerde vordering – het pandobject voor haar volle waarde (mits dit mogelijk is, zie: paragraaf 4.2.3 en 6.2) te herverpanden. Op die manier kan krediet worden verkregen. Wordt dit krediet niet terugbetaald – hetgeen niet onwaarschijnlijk is in faillissement – dan komen de nadelige gevolgen hiervan uiteindelijk groten-deels voor rekening van de oorspronkelijk pandgever. Overigens acht ik de kans groot dat herverpanding in faillissement door of met medewerking van de curator resulteert in (persoonlijke) aansprakelijkheid van de curator jegens de pandgever. Een bespreking van dergelijke aansprakelijkheidsrisico's valt echter buiten het bestek van deze bespreking.

In dit verband moet worden vooropgesteld dat een pandhouder/herpandgever bij herverpanding niet beschikt over een goed in zijn eigen vermogen, ter zake waarvan hij na faillietverklaring de beschikking en het beheer heeft verloren.⁷⁸⁷ Het pandobject behoort immers tot het vermogen van de oorspronkelijk pandgever en valt daarmee buiten het faillissement. In het algemeen geldt dat een gefailleerde niet beschikkingsonbevoegd wordt ten aanzien van vermogensbestanddelen die buiten zijn faillissement vallen.⁷⁸⁸ Tevens moet worden bedacht dat de pandhouder door faillietverklaring niet handelingsonbekwaam wordt.⁷⁸⁹ Strikt genomen, zou een gefailleerde pandhouder aan wie de herverpandingsbevoegdheid is toegekend, dus ook na zijn faillietverklaring nog een herpandrecht kunnen vestigen op een aan de oorspronkelijk pandgever toebehorend goed. Deze opvatting is door onder meer Fikkers⁷⁹⁰, Van Hees⁷⁹¹ en Breken⁷⁹² verdedigd. Van Hees en Breken merken op dat de vestigingshandeling in dat geval moet worden verricht door de curator van de pandhouder/herpandgever, omdat de herverpandingsbevoegdheid voortvloeit uit het tot het vermogen van de pandhouder behorende pandrecht.⁷⁹³

Zelf ben ik een andere mening toegedaan. Hoewel de gefailleerde pandhouder bij herverpanding niet over een tot de boedel behorend goed beschikt, staat zijn faillissement mijns inziens wel eraan in de weg dat de pandhouder nog van de hem toegekende herverpandingsbevoegdheid gebruik kan maken en aldus een rechtsgeldig herpandrecht kan vestigen. Hierbij moet op de volgende twee omstandigheden worden gewezen.

In de eerste plaats moet opnieuw naar het karakter van de herverpandingsbevoegdheid worden gekeken.⁷⁹⁴ Met het oog op het karakter van de herverpandingsbevoegdheid kan de vraag worden gesteld of deze bevoegdheid überhaupt de faillietverklaring van de pandhouder overleeft. De herverpandingsbevoegdheid betreft immers een bijzondere, contractueel aan de pandhouder toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid.⁷⁹⁵ Met Groefsema moet worden aangeno-

⁷⁸⁷ Zie: art. 23 Fw. Op tot zijn eigen vermogen behorende goederen – zoals de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering – kan de gefailleerde pandhouder vanzelfsprekend geen pandrecht vestigen. Ten aanzien van deze vordering is de gefailleerde niet langer beschikkingsbevoegd.

⁷⁸⁸ Zie onder meer: Verdaas (*Faillissementsrecht*), aant. 5 en 7 bij art. 23 Fw Wessels 2009, p. 148; en Polak/Pannevis 2011, p. 62-63.

⁷⁸⁹ De gefailleerde blijft ook handelingsbevoegd. Zie onder meer: Verdaas (*Faillissementsrecht*), aant. 5 bij art. 23 Fw; en Wessels 2009, p. 149.

⁷⁹⁰ Fikkers 1998, p. 303.

⁷⁹¹ Van Hees 2001, p. 236.

⁷⁹² Breken 2002, p. 381.

⁷⁹³ Van Hees 2001, p. 236 (voetnoot 19); en Breken 2002, p. 381.

⁷⁹⁴ Waarover uitgebreider: paragraaf 8.2.3.

⁷⁹⁵ Zie: paragraaf 4.2.1 en 6.5.1.

men dat een contractueel toegekende beschikkingsbevoegdheid – ofwel "machtiging" – vervalt in dezelfde gevallen waarin ook de volmacht vervalt, waaronder faillissement van de gemachtigde.⁷⁹⁶ Het faillissement van de pandhouder brengt aldus mee dat de hem toegekende herverpandingsbevoegdheid – nog daargelaten of deze bevoegdheid herverpanding gedurende faillissement toestaat – vervalt op het moment dat de pandhouder in staat van faillissement wordt gesteld. Dat ligt mijns inziens ook voor de hand. Een dergelijk ingrijpende verandering van de vermogenstoestand van de pandhouder (gemachtigde) brengt mee dat de pandgever (rechthebbende) niet op voorhand kan worden geacht gebonden te blijven aan de verlening van beschikkingsbevoegdheid. Het is in het algemeen immers niet wenselijk dat een gefailleerde pandhouder nog aan de pandgever toebehorende goederen voor nieuwe schulden verbindt. Als uitgangspunt heeft derhalve te gelden dat een tot herverpanding gemachtigde pandhouder in die gevallen niet langer de herverpandingsbevoegdheid heeft.⁷⁹⁷ Vestiging van een herpandrecht in het faillissement van de pandhouder/herpandgever is reeds om voorgaande redenen niet mogelijk.

In de tweede plaats kan de vraag worden gesteld of een aan een pandhouder toegekende herverpandingsbevoegdheid hem de bevoegdheid geeft om ook tijdens zijn faillissement een herpandrecht te vestigen. Van Hees is van mening dat voor het antwoord op deze vraag (de bedoeling van de oorspronkelijk pandgever bij) de toegekende herverpandingsbevoegdheid doorslaggevend is. Het gaat er naar zijn mening om ondubbelzinnig kan worden vastgesteld of de pandgever heeft bedoeld ook van faillissement van de pandhouder herverpanding toe te staan. Dit zal in de praktijk niet te snel mogen worden aangenomen. Geen pandgever (eigenaar/rechthebbende) zal willen toestaan dat een gefailleerde partij, die zelf niet langer aan zijn verplichtingen kan voldoen, nog een nieuw pandrecht vestigt op een aan de pandgever toehorend goed tot zekerheid van een nieuwe schuld. Bovendien moet worden bedacht dat – zoals opgemerkt in paragraaf 6.4.2 – executie door de herpandhouder ertoe leidt dat op de (gefailleerde) pandhouder/herpandgever een vergoedingsplicht jegens de oorspronkelijk pandgever komt te rusten. Gezien zijn staat van faillissement is het op zijn minst twijfelachtig of de pandhouder/herpandgever aan deze vergoedingsplicht jegens de oorspronkelijk pandgever zal kunnen voldoen.⁷⁹⁸ Ook om deze reden mag niet te snel

⁷⁹⁶ Groefsema 1993, p. 32.

⁷⁹⁷ Dit is slechts anders indien rechthebbende (i.e. de pandgever) op voorhand heeft bepaald dat de verleende beschikkingsbevoegdheid (i.e. de herverpandingsbevoegdheid) ook in faillissement of ondercuratelestelling van de gemachtigde zal voortduren. Zie ten aanzien van volmachtverlening: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 286; en tevens: Van der Korst (Vermogensrecht), aant. 4 bij art. 3:72 BW

⁷⁹⁸ Hierbij afgezien van de eventuele mogelijkheid tot verrekening van deze vergoedingsvordering met de schuld van de pandgever aan de pandhouder (i.e. de oorspronkelijke, geseceureerde vordering) ex artikel 53 Fw. Zie in dit verband tevens: art. 24 Fw, waarin is bepaald dat de boe-

worden aangenomen dat de pandgever de bedoeling heeft gehad de bevoegdheid tot herverpanding ook voor die situatie toe te kennen.⁷⁹⁹

Voorts moet worden bedacht dat een herverpanding ná faillietverklaring van de pandhouder/herpandgever – als gevolg van de rangwisseling die zich daarbij voordoet – meebrengt dat de vordering van de (gefaillieerde) pandhouder/herpandgever op de pandgever voortaan door een lager gerangschikt pandrecht wordt gecureerd dan ten tijde van de faillietverklaring het geval was.⁸⁰⁰ Het te vestigen herpandrecht zou immers in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de gefaillieerde pandhouder/herpandgever gaan.⁸⁰¹ Daarmee verslechtert de zekerheidspositie ten aanzien van de tot de boedel behorende vordering. Bij een eventuele verdeling van de executieopbrengst is de kans groot dat – na voldoening van de hoger gerangschikte herpandhouder – weinig tot niets overblijft voor de boedel, oftewel de gezamenlijke crediteuren van de (gefaillieerde) pandhouder/herpandhouder. Dit nadeel voor de boedel komt – zoals eerder door Faber en Vermunt terecht is opgemerkt – in strijd met het systeem van de Faillissementswet en het fixatiebeginsel.⁸⁰² Het kan niet worden aanvaard dat de gefaillieerde pandhouder zijn gezamenlijke crediteuren benadeelt door het eersterangs pandrecht dat verbonden is aan de tot de boedel behorende vordering – waarvan de gezamenlijke crediteuren kunnen profiteren – te doen verworden tot een tweederangs pandrecht.⁸⁰³ Ook om deze reden moet worden aangenomen dat een in staat van faillissement gestelde pandhouder niet langer een geldig herpandrecht kan vestigen.

Naast de vraag of een (tot herverpanding bevoegde) pandhouder na zijn faillietverklaring nog een herpandrecht kan vestigen – welke vraag, zoals hiervoor uitgezet, ontkennend moet worden beantwoord – speelt de vraag of een bij voorbaat gevestigd herpandrecht in het faillissement van de pandhouder/herpandgever tot stand kan komen. Ook deze vraag moet naar mijn mening ontkennend worden beantwoord.⁸⁰⁴ Zoals besproken in paragraaf 4.2.4.3, doet herverpanding bij

del niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die ná faillietverklaring zijn ontstaan, dan voor zover deze ten gevolge van daarvan is gebaat. Een vergoedingsvordering bij executie door de herpandhouder ontstaat na de faillietverklaring. Hiervoor is de boedel in beginsel niet aansprakelijk.

⁷⁹⁹ Zie in gelijke zin: Van Hees 2001, p. 236.

⁸⁰⁰ Zie: Faber/Vermunt 2010, p. 177 en 179.

⁸⁰¹ Zie: paragraaf 4.3.1.

⁸⁰² Faber/Vermunt 2010, p. 177. Zoals hierna besproken, achten Faber en Vermunt het voorgaande evenzeer prohibitief voor de totstandkoming van bij voorbaat gevestigde herpandrechten.

⁸⁰³ Vergelijk met betrekking tot beslag: paragraaf 6.6.2.

⁸⁰⁴ Zie in gelijke zin: Faber/Vermunt 2010, p. 179. Zie anders: Van Hees 2001, p. 236. Van Hees meent dat een 'tussentijdse' faillissement van de pandhouder/herpandgever niet in de weg staat aan de totstandkoming van het bij voorbaat gevestigde herpandrecht, nu de pandhouder met de herverpanding bij voorbaat niet over zijn eigen vermogen heeft beschikt.

voorbaat uitsluitend voor in de situatie waarin bij voorbaat (in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever) het oorspronkelijke pandrecht op toekomstige goederen is gevestigd, ter gelegenheid waarvan de pandgever – eveneens bij voorbaat – de herverpandingsbevoegdheid heeft toegekend aan de aspirant-pandhouder. Gebruikmakende van deze bij voorbaat toegekende bevoegdheid wordt het herpandrecht bij voorbaat gevestigd in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de oorspronkelijk pandgever, waarvan de reeds bij voorbaat aan de aspirant-pandhouder toegekende herverpandingsbevoegdheid is afgeleid, en geschiedt onder de opschortende voorwaarde dat de herpandgever de hoedanigheid van pandhouder verkrijgt. Een tussentijds faillissement van de pandhouder/herpandgever staat om de volgende twee redenen in de weg aan de totstandkoming van een bij voorbaat gevestigde herpandrecht.

Ten eerste moet worden bedacht dat de pandhouder/herpandgever bij de vestiging bij voorbaat van het herpandrecht een hem bij voorbaat toegekende bevoegdheid uitoefent, die is afgeleid van de algemene beschikkingsbevoegdheid van de pandgever.⁸⁰⁵ Zoals hiervoor besproken, vervalt de herverpandingsbevoegdheid als gevolg van het faillissement van de pandhouder/herpandgever. Op het moment dat de pandgever de bij voorbaat verpande goederen verkrijgt en op dat moment ter zake daarvan beschikkingsbevoegd is, komt van rechtswege het oorspronkelijke pandrecht tot stand en verkrijgt de intussen gefailleerde pandhouder/herpandgever de hoedanigheid van pandhouder. Normaliter zou gelijktijdig met de verkrijging van het bij voorbaat verpande goed, de pandhouder de herverpandingsbevoegdheid verkrijgen. Het faillissement staat echter eraan in de weg dat de pandhouder deze – hem bij voorbaat toegekende en door hem bij voorbaat uitgeoefende – bevoegdheid nog kan verkrijgen. Dientengevolge kan het bij voorbaat gevestigde herpandrecht niet tot stand komen.

Ten tweede zou de totstandkoming van het herpandrecht na faillietverklaring van de pandhouder/herpandgever tot gevolg hebben dat als gevolg daarvan een nadeel voor de boedel optreedt. Zoals hiervoor besproken, is dit nadeel hierin gelegen dat de tot de boedel behorende (door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde) vordering als gevolg van de rangwisseling bij herverpanding door een lager gerangschikt pandrecht wordt gecureerd dan ten tijde van de faillietverklaring het geval was. Dit nadeel komt in strijd met het systeem van de Faillissementswet en het fixatiebeginsel.⁸⁰⁶ Hoewel de pandhouder/herpandgever strikt genomen niet bij voorbaat heeft beschikt over een in de boedel vallend goed⁸⁰⁷,

⁸⁰⁵ Zie: paragraaf 4.2.4.3 en paragraaf 8.2.3.

⁸⁰⁶ Zie in gelijke zin: Faber/Vermunt 2010, p. 179.

⁸⁰⁷ Het pandobject waarop het herpandrecht bij voorbaat is gevestigd, behoort niet tot de failliete boedel. Het behoort immers tot het vermogen van de pandgever. Het oorspronkelijke pandrecht en de daardoor gecureerde vordering behoren wél tot de failliete boedel, maar daarover wordt door de pandhouder/herpandgever niet bij voorbaat beschikt.

zouden de gevolgen van totstandkoming van het bij voorbaat gevestigde herpandrecht rechtstreeks de tot de boedel behorende vordering en het tot zekerheid van deze vordering gevestigde, oorspronkelijke pandrecht treffen. In lijn met het bepaalde in artikel 35 lid 2 Fw, kan het intreden van een dergelijk gevolg ná de dag van faillietverklaring niet worden aanvaard.⁸⁰⁸

Samengevat heeft het faillissement van de pandhouder/herpandgever tot gevolg dat de pandhouder niet langer tot herverpanding bevoegd is. Na zijn faillietverklaring kan de pandhouder niet langer een geldig herpandrecht vestigen. In het faillissement van de pandhouder kan evenmin nog een (vóór de dag van faillietverklaring) bij voorbaat gevestigd herpandrecht tot stand komen.

6.5.3 Faillissement van de herpandhouder

Een faillissement van de herpandhouder staat niet in de weg aan totstandkoming van een herpandrecht. Voor (her)verpanding is de beschikkingsbevoegdheid van de herpandhouder immers niet van belang.⁸⁰⁹ Ook een bij voorbaat gevestigd herpandrecht ten behoeve van een nadien gefailleerde herpandhouder kan gewoon tot stand komen. De herpandschuld en het tot zekerheid daarvan strekkende herpandrecht vallen in de boedel. Indien de herpandschuld niet wordt voldaan, kan de curator het herpandrecht executeren ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het faillissement van de herpandhouder heeft geen bijzondere gevolgen, om welke reden ik het niet verder zal bespreken.

6.6 Beslag en herverpanding

Naast faillissement van één van bij herverpanding betrokken partijen, kan ook beslaglegging ten laste van een van deze partijen tot complicaties leiden. In de situatie van herverpanding kan – afhankelijk van wie de beslagdebiteur is – beslag worden gelegd op (i) het (her)pandobject (i.e. het aan de pandgever toebehorend goed), (ii) de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering van de pandhouder, of (iii) de door het herpandrecht gezeekerde vordering van de herpandhouder.

⁸⁰⁸ Zie: Faber/Vermunt 2010, p. 179. Faber en Vermunt zien op dit punt geen wezenlijk verschil tussen een bij voorbaat gevestigd herpandrecht (dat eerst na faillietverklaring van de pandhouder/herpandgever tot stand komt) en een herpandrecht dat eerst wordt gevestigd na faillietverklaring van de pandhouder/herpandgever.

⁸⁰⁹ Zie tevens: Breken 2002, p. 382. Men zou zich evenwel kunnen afvragen in hoeverre herverpanding aan een failliete herpandhouder in de praktijk zal voorkomen.

Beslag kan om verschillende redenen worden gelegd.⁸¹⁰ Ik beperk mij in deze bespreking tot verhaalsbeslag. Voordat ik de gevolgen van beslag op het (her)pandobject en de gecureerde vordering bespreek, licht ik eerst een aantal relevante kenmerken van beslag toe. Beslag kan in beginsel alleen worden gelegd op een goed dat op het moment van beslaglegging toebehoort aan de beslagdebiteur.⁸¹¹ Indien beslag wordt gelegd op een goed dat (reeds vóór beslaglegging) is bezwaard met een pandrecht, kan dit pandrecht aan de beslaglegger worden tegengeworpen. Zakelijke zekerheidsrechten, zoals pand, hebben immers absolute werking. Een beslaglegger zal een bestaand pandrecht op het beslagobject moeten eerbiedigen. Dit geldt ook indien dit pandrecht tot zekerheid strekt van een toekomstige vordering die pas na beslaglegging ontstaat.⁸¹² Ook een bij voorbaat gevestigd pandrecht op toekomstige goederen, zal aan een latere beslaglegger kunnen worden tegengeworpen. Samenloop van beslag⁸¹³ en verpanding bij voorbaat zal zich in de praktijk uitsluitend voordoen bij relatief toekomstige vorderingen op naam.⁸¹⁴ Desalniettemin kan ook indien een toekomstige vordering bij voorbaat is verpand en vervolgens (voordat de pandgever de vordering verkrijgt) op de betreffende vordering bij voorbaat beslag wordt gelegd⁸¹⁵, het pandrecht aan de beslaglegger worden tegengeworpen. Beslissend is in dit verband het moment waarop alle voor vestiging van het pandrecht bij voorbaat benodigde handelingen worden verricht.⁸¹⁶ Zijn alle benodigde handelingen voor vestiging van het pandrecht bij voorbaat verricht vóór het moment van beslaglegging, dan moet de beslaglegger het pandrecht tegen zich laten gelden.

⁸¹⁰ Een uitvoerige bespreking van de Nederlandse beslagrecht valt buiten het bestek van deze studie. Hiervoor verwijs ik naar: Sniijders/Klaassen/Meijer 2011, p. 420 e.v.; Jongbloed 2011, p. 47 e.v.; en Mijnsen/Van Mierlo 2009.

⁸¹¹ Voor derdenbeslag op vorderingen op naam wordt in beperkte mate een uitzondering gemaakt in artikel 475 Rv. Op grond van deze bepaling kan tevens derdenbeslag worden gelegd op relatief toekomstige vorderingen, i.e. vorderingen van de geëxecuteerde op derden die de geëxecuteerde rechtstreeks zal verkrijgen uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding. Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 71.

⁸¹² Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 72.

⁸¹³ Beslaglegging bij voorbaat onder een derde op relatief toekomstige vorderingen op naam (art. 475 lid 1 Rv), komt hierna aan de orde.

⁸¹⁴ Omdat beslag alleen gelegd kan worden op zaken die op het moment van beslaglegging aan de beslagdebiteur toebehoren, doet samenloop van beslag en een bij voorbaat gevestigd pandrecht op roerende zaken e.d. zich niet voor. Op het moment dat de beslagdebiteur beschikkingsbevoegd wordt – en beslaglegging eerst mogelijk wordt – komt het bij voorbaat gevestigde pandrecht op de zaak tot stand. Een beslaglegger zal dit pandrecht tegen zich moeten laten gelden.

⁸¹⁵ Het moet dan op grond van artikel 475 Rv gaan om een relatief toekomstige vordering die haar onmiddellijke grondslag vindt in een op het moment van beslaglegging bestaande rechtsverhouding tussen de beslagdebiteur en de derde-beslagene.

⁸¹⁶ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 72. Zie tevens de aldaar aangehaalde jurisprudentie en literatuur, waaronder: HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744 (*Ontvanger/NMB*).

Is eenmaal beslag op een goed gelegd, dan kan daarop nog wel een nieuw pandrecht worden gevestigd, maar zal dit pandrecht niet aan de beslaglegger kunnen worden tegengeworpen. Beslag heeft zogeheten blokkerende werking.⁸¹⁷ Dit houdt in dat een na beslaglegging⁸¹⁸ door de beslagdebiteur ten aanzien van het beslagen goed verrichte beschikkingshandeling – zoals vervreemding of bezwaring (met bijvoorbeeld een pandrecht) – niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen.⁸¹⁹ De beslaglegger kan zich, men andere woorden, op het beslagobject verhalen zonder zich iets van een na beslaglegging gevestigd pandrecht aan te trekken.⁸²⁰

De hiervoor besproken kenmerken van beslag in verhouding tot een (her)pandrecht komen hierna aan de orde.

6.6.1 Beslag op het (her)pandobject

Van beslaglegging op het (beoogd) pandobject kan sprake zijn indien de oorspronkelijke pandgever de beslagdebiteur is. De oorspronkelijke pandgever is immers eigenaar/rechthebbende van het goed en alleen op goederen die op het tijdstip van beslaglegging aan de beslagdebiteur toebehoren, kan beslag worden gelegd.⁸²¹

Indien het betreffende goed op het moment van beslaglegging reeds is bezwaard met het oorspronkelijke pandrecht en herpandrecht, zal de beslaglegger deze

⁸¹⁷ Zie onder meer: art. 453a lid 1 Rv (executoriaal beslag op roerende zaken), art. 474e Rv (executoriaal beslag op aandelen op naam in een NV of BV), art. 475h lid 1 Rv (executoriaal derdenbeslag op vorderingen op naam), art. 505 lid 2 Rv (executoriaal beslag op onroerende zaken). Deze bepalingen zijn krachtens schakelbepalingen van overeenkomstige toepassing op conservatoir beslagen op dergelijke goederen. Zie: art. 712 Rv, art. 715 lid 1 Rv, art. 720 Rv en art. 726 Rv. Zie uitgebreider: Jongbloed 2011, p. 48-50 en de aldaar aangehaalde literatuur; Snijders/Klaassen/Meijer 2011, p. 422-427; en Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 73.

⁸¹⁸ Het moment waarop de blokkerende werking intreedt, verschilt al naar gelang de aard van het beslagen goed. Zie hierover: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 75.

⁸¹⁹ Hierbij dient te worden bedacht dat de vervreemding of bezwaring van het beslagen goed op zichzelf genomen geldig tot stand komt. Zo komt bij herverpanding van een beslagen goed wel een geldig herpandrecht tot stand. Dit herpandrecht kan echter niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen. Zie over de blokkerende werking van beslag (en met name de goederenrechtelijke kwalificatie van de gevolgen van beslag) uitgebreider: de arresten HR 5 september 2008, NJ 2009, 154 (*Forward/Huber*); HR 20 februari 2009, NJ 2009, 376 (*Ontvanger/De Jong*); alsmede Mijnsen/Van Mierlo 2009, p. 11-18.

⁸²⁰ Hierbij zij opgemerkt dat beslag op zichzelf geen prioriteit schept in de zin dat beslaglegger zich bij voorrang eventueel ten koste van latere beslagleggers zou mogen verhalen. Zie onder meer: Snijders/Klaassen/Meijer 2011, p. 422.

⁸²¹ Voor derdenbeslag op vorderingen op naam wordt in beperkte mate een uitzondering gemaakt in artikel 475 Rv. Op grond van deze bepaling kan tevens derdenbeslag worden gelegd op relatief toekomstige vorderingen, i.e. vorderingen van geëxecuteerde op de derde die de geëxecuteerde uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrijgen. Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 71.

zakelijke zekerheidsrechten moeten respecteren.⁸²² In een dergelijk geval zal de beslaglegger in de regel weinig baat hebben bij beslaglegging. Bij executie van het beslag goed zullen beide pandhouders immers met voorrang boven de beslaglegger⁸²³ worden voldaan. Zijn op het moment van beslaglegging daarentegen nog niet alle voor vestiging van het (her)pandrecht benodigde handelingen verricht, dan staat de beslaglegging aan totstandkoming van het (her)pandrecht in de weg. Beslag heeft, zoals besproken, blokkerende werking. Indien het beslagen goed na beslaglegging – in weerwil van het beslag – wordt bezwaard met een pandrecht, dan kan deze bezwaring niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Het voorgaande geldt evenzeer voor vestiging van een herpandrecht op een beslagen goed. De blokkerende werking van beslag is niet beperkt tot door de beslagdebiteur verrichte beschikkingshandelingen ten aanzien van het beslagen goed. In artikel 453a Rv wordt immers in het algemeen gesproken van "*een bezwaring (...) van de zaak, tot stand gekomen nadat deze in beslag is genomen*". Vergelijkbare bewoordingen treft men in andere bepalingen omtrent blokkerende werking.⁸²⁴ Ook posterieure beschikkingshandelingen door een ander dan de beslagdebiteur – zoals vestiging van een herpandrecht door een tot herverpanding gemachtigde pandhouder – worden derhalve door beslaglegging geblokkeerd, in de zin dat deze niet aan de beslaglegger kunnen worden tegengeworpen.⁸²⁵

6.6.2 Beslag op de geseceerde vordering

Naast het (her)pandobject kan ook de geseceerde vordering van de pandhouder en/of de geseceerde vordering van de herpandhouder voorwerp van beslaglegging zijn. In dat geval is de pandhouder respectievelijk de herpandhouder de beslagdebiteur. Een dergelijk beslag wordt gelegd in de vorm van een derdenbeslag. Het beslag wordt gelegd ten laste van pandhouder respectievelijk herpandhouder onder de schuldenaar van de betreffende vordering.⁸²⁶ Omdat de gevolgen van beslaglegging op de vordering van de pandhouder en herpandhouder vrijwel identiek zijn, bespreek ik beide gevallen gezamenlijk. Daarbij neem ik beslaglegging op geseceerde vordering van de pandhouder als uitgangspunt.

⁸²² Dit geldt evenzeer indien het (her)pandrecht bij voorbaat op het goed is gevestigd op toekomstige goederen.

⁸²³ Tenzij de beslaglegger zelf een hoger rang toekomt dan het (her)pandrecht. Zie bijvoorbeeld: art. 3:284 lid 2 BW (kosten tot behoud), art. 3:285 lid 2 BW (aanneming van werk) en art. 21 Invorderingswet 1990 (superpreferentie van fiscus).

⁸²⁴ Vergelijk: art. 474e Rv (executoriaal beslag op aandelen op naam in een NV of BV), art. 475h lid 1 Rv (executoriaal derdenbeslag op vorderingen op naam), art. 505 lid 2 Rv (executoriaal beslag op onroerende zaken).

⁸²⁵ Zie uitdrukkelijk ten aanzien van na conservatoire beslaglegging gevestigde pandrechten: HR 3 september 2010, *JIN*2010/741 (*Holding Company/DHV*), r.o. 3.3.2.

⁸²⁶ De (her)pandhouder is in het kader van een dergelijk derdenbeslag de beslagdebiteur; de derde wordt aangeduid als de derde-beslagene.

Indien executoriaal derdenbeslag op een vordering is gelegd, is de beslaglegger bevoegd de aan de beslagen vordering verbonden nevenrechten uit te oefenen. Dit betekent dat de beslaglegger die executoriaal derdenbeslag op de geseceerde vordering van de pandhouder heeft gelegd, niet alleen bevoegd is om hetgeen hij van de pandhouder te vorderen heeft te verhalen door inning van de beslagen vordering op de derde-beslagene, maar ook bevoegd is om het aan de beslagen vordering verbonden pandrecht uit te oefenen.⁸²⁷ In het arrest HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*) aanvaardde de Hoge Raad dat in geval van derdenbeslag de beslaglegger gerechtigd is het hypotheekrecht uit te oefenen dat tot zekerheid van de beslagen vordering is gevestigd, in dier voege dat de beslaglegger bij de verdeling van de executieopbrengst van het verhypothekerde goed voorrang boven alle schuldeisers krijgt.⁸²⁸ Hoewel de Hoge Raad met zijn bevoordingen⁸²⁹ de indruk wekt dat een beslaglegger uitsluitend profiteert van de hypothecaire voorrang, wordt door de meeste auteurs betoogd dat de beslaglegger ook profiteert van de andere (verhaals)bevoegdheden die voortvloeien uit het aan de beslagen vordering verbonden hypotheekrecht, zoals het recht van parate executie.⁸³⁰ Het arrest *Rabobank/Stormpolder* had betrekking op derdenbeslag op een door een hypotheek gezeekerde vordering. De opvatting van de Hoge Raad geldt evenzeer indien de beslagen vordering met een pandrecht is verstrekt.⁸³¹

Wordt ten laste van een pandhouder beslag gelegd op de door een pandrecht gezeekerde vordering, dan kan de beslaglegger deze geseceerde vordering van de pandhouder innen en indien nodig daarbij het tot zekerheid van deze vordering gevestigde pandrecht uitwinnen. Op grond van het voorgaande moet worden aangenomen dat de beslaglegger niet alleen de aan het pandrecht verbonden voorrang geniet, maar ook van de executiebevoegdheden van de pandhouder gebruik mag maken. Dit geldt evenzeer indien beslag wordt gelegd ten laste van

⁸²⁷ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 76; tevens: Stein (*Vermogensrecht*), aant. 19.4 bij art. 3:242 BW;

⁸²⁸ De Hoge Raad oordeelde dat het in overeenstemming is met het in art. 477 Rv in verbinding met art. 477a Rv neergelegde wettelijke systeem, waarin aan de derdenbeslaglegger de bevoegdheid toekomt zijn vordering op de beslaglegger te verhalen door inning van de vordering van de beslagdebiteur op de derde-beslagene, dat de derdenbeslaglegger profiteert van de aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang boven andere schuldeisers die verhaal zoeken op het hypothecair verbonden registergoed. Zie: HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*), r.o. 3.5-3.6.

⁸²⁹ De Hoge Raad spreekt van "*aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang*". HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*), r.o. 3.5-3.6.

⁸³⁰ Zie ook: Heemstra e.a. 2006, nr. 10; Guillaume 2006, par. 2.3; Van Straaten 2005, S.C.J.J. Kortmann in zijn annotatie bij HR 11 maart 2005, *JOR* 2005, 131 (*Rabobank/Stormpolder*). Anders: Broekveldt 2005, p. 112-113. Vergelijk: H.J. Snijders in zijn noot in *NJ* 2006, 362, nr. 1.

⁸³¹ Zie onder meer: H.J. Snijders in zijn noot bij HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*), nr. 2; A.I.M. Van Mierlo in zijn annotatie onder hetzelfde arrest in *JIN* 2005, 162. Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 76; Stein (*Vermogensrecht*), aant. 19.4 bij art. 3:242 BW.

de herpandhouder op de door het herpandrecht gezeekerde vordering. In dat geval kan de beslaglegger ter inning van de beslagen vordering het daaraan verbonden herpandrecht uitwinnen.

In het verlengde hiervan is de situatie denkbaar dat in het kader van het tot zekerheid van de beslagen vordering strekkende pandrecht de bevoegdheid tot herverpanding aan de pandhouder is toegekend. De vraag is dan of de beslaglegger in dat geval tevens de in het kader van het pandrecht toegekende herverpandingsbevoegdheid kan uitoefenen.⁸³² Deze vraag is slechts zijdelings door Breken aan de orde gesteld.⁸³³ Hij merkt op dat het feit dat de beslaglegger de beslagen geseceerde vordering kan uitwinnen, niet meebrengt dat de beslaglegger ook de bevoegdheid tot herverpanding te gelde zou kunnen maken. De herverpandingsbevoegdheid heeft – zo signaleert Breken– niet het karakter heeft van een overdraagbaar vermogensrecht.⁸³⁴ Breken richt zich echter primair op de vraag of de beslaglegger de herverpandingsbevoegdheid als zodanig kan *uitwinnen*. De vraag of de beslaglegger de herverpandingsbevoegdheid zou kunnen uitoefenen, laat Breken evenwel onbesproken. Deze vraag moet naar mijn mening ontkennend worden beantwoord. Dat bij beslag op een geseceerde vordering de beslaglegger (in de uitwinning van die vordering) het daaraan verbonden pandrecht kan uitoefenen, brengt immers niet met zich dat de beslaglegger alle rechten van de beslagdebiteur (i.e. pandhouder) mag uitoefenen. Integendeel, aangenomen moet worden dat de beslaglegger buiten de uitdrukkelijk in de wet geregelde gevallen⁸³⁵ in beginsel alleen die bevoegdheden en wilsrechten van de schuldenaar kan uitoefenen, die ertoe (kunnen) bijdragen dat zijn geldelijk verhaalsrecht zoveel mogelijk wordt verwezenlijkt.⁸³⁶ Hierbij kan worden gedacht aan het recht van de pandhouder om zijn vordering bij voorrang te verhalen op het verpande goed⁸³⁷ en in geval van verzuim van de schuldenaar het pandobject te verkopen en zijn vordering met voorrang te verhalen op de netto-executieop-

⁸³² Hierbij laat ik in het midden of uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid de beslaglegger überhaupt zou kunnen baten. De situatie is wellicht denkbaar dat de beslaglegger – indien hij de herverpandingsbevoegdheid van de beslagdebiteur (i.e. de pandhouder) zou kunnen uitoefenen – tegen zekerheid van een herpandrecht gelden zou kunnen aantrekken, waaruit hij zijn vordering zou kunnen voldoen. Deze situatie leidt echter onmiddellijk tot verdere complicaties, omdat dan de vraag moet worden beantwoord of een beslaglegger zich op herpandschuld zou kunnen verhalen en wat hiervan het gevolg is voor de beslagen vordering (i.e. de geseceerde vordering van de pandhouder/beslagdebiteur. Deze afgeleide problematiek laat ik hierna buiten beschouwing.

⁸³³ Breken 2002, p. 381.

⁸³⁴ Breken 2002, p. 381.

⁸³⁵ Zoals artikel 477 lid 4 Rv (bevoegdheid tot opzegging) en artikel 479l-q e.v. Rv. (o.a. afkopen levensverzekering).

⁸³⁶ A. van Hees in zijn noot bij: HR 11 maart 2005, *JBPR* 2006, 2 (*Rabobank/Stormpolder*), onder verwijzing naar: Broekveldt 2003, p. 133.

⁸³⁷ Art. 3:227 lid 1 BW.

brengr.⁸³⁸ Deze uit het pandrecht voortvloeiende rechten kunnen worden gezien als een 'versterking' van de geseceerde vordering.⁸³⁹ In het kader van de uitwinning van de door hem beslagen, geseceerde vordering, kan een beslaglegger dus alleen dergelijke 'uitwinningsbevoegdheden' van de pandhouder uitoefenen.⁸⁴⁰ Ongeacht of men de herverpandingsbevoegdheid als een onderdeel van het pandrecht⁸⁴¹ of juist als een losstaande bevoegdheid⁸⁴² beschouwd, moet worden vastgesteld dat de bevoegdheid tot herverpanding niet bijdraagt aan de verwezenlijking of versterking van het door de beslaglegger uit te oefenen verhaalrecht. Herverpanding strekt immers niet tot verhaal van de door het (oorspronkelijke) pandrecht geseceerde vordering. Bij herverpanding vestigt een pandhouder/herpandgever tot zekerheid van een eigen schuld (of een schuld van een derde) een nieuw pandrecht op de zaak van de oorspronkelijk pandgever.⁸⁴³ Ook om deze reden moet worden aangenomen dat de beslaglegger de aan de pandhouder toegekende bevoegdheid tot herverpanding niet kan uitoefenen.

Ook wanneer naar de aard van herverpandingsbevoegdheid wordt gekeken⁸⁴⁴, moet worden geoordeeld dat een beslaglegger een aan de beslagdebiteur toegekende, maar door hem niet uitgeoefende herverpandingsbevoegdheid niet in de plaats van de beslagdebiteur mag uitoefenen. In de eerste plaats is de uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid nauw verbonden aan de hoedanigheid van pandhouder.⁸⁴⁵ Nu de beslaglegger niet de hoedanigheid van pandhouder heeft en deze ook door beslaglegging niet verkrijgt, is herverpanding door de beslaglegger uitgesloten. Bovendien heeft herverpanding tot gevolg dat het pand-

⁸³⁸ Art. 3:248 BW.

⁸³⁹ A.I.M. van Mierlo in zijn annotatie onder HR 11 maart 2005, *JIN* 2005, 162 (*Rabobank/Stormpolder*).

⁸⁴⁰ Andere wilsrechten, zoals het wilsrecht van de beslagdebiteur om van een hem ter beschikking gestelde kredietruimte gebruik te maken (zie: HR 29 oktober 2004, *NJ* 2006, 203 (*Van den Bergh/Van der Walle*)), kan een beslaglegger niet uitoefenen.

⁸⁴¹ Deze visie is verdedigd door: Van Hees 2001, p. 230. Zie tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 177.

⁸⁴² Zie onder meer: Breken 2002, p. 369.

⁸⁴³ Herverpanding is derhalve geen middel voor de uitwinning van de vordering van de pandhouder op de pandgever. Indien de pandhouder zijn vordering op de pandgever wil uitwinnen, zal hij het in pand verkregen goed executeren in plaats van hierop een herpandrecht te vestigen. Sterker nog, zolang het herpandrecht voortduurt, zal de pandhouder/herpandgever zijn eigen pandrecht niet kunnen executeren, althans niet zonder de rechten van de (hoger gerangschikte) herpandhouder te respecteren. Zie paragraaf: 4.3.3 hiervoor.

⁸⁴⁴ Zie: HR 29 oktober 2004, *NJ* 2006, 203 (*Van den Bergh/Van der Walle*), r.o. 3.6, waarin de Hoge Raad overwoog: "De vraag of de beslaglegger in verband met een door hem gelegd derdenbeslag een door de beslagene nog niet uitgeoefend wilsrecht in diens plaats mag uitoefenen, laat zich niet in algemene zin beantwoorden aangezien het antwoord afhankelijk is van de aard van het wilsrecht in kwestie. Zulks volgt mede uit de art. 477 lid 4 en 479 I-q Rv waarin — in het kader van executoriaal beslag — een specifieke regeling wordt gegeven voor een tweetal bijzondere gevallen, zonder dat uit de tekst van die bepalingen of de daarop gegeven toelichting blijkt dat daarmee een precisering is bedoeld van een algemene regel."

⁸⁴⁵ Zie onder meer: Breken 2002, p. 382.

object, dat aan de oorspronkelijk pandgever toebehoort, tot zekerheid van een nieuwe schuld wordt bezwaard. Indien zou worden toegestaan dat de beslaglegger bij beslag op de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering de herverpandingsbevoegdheid uitoefent, heeft dit mogelijk tot gevolg dat de oorspronkelijk pandgever (de derde in het kader van het derdenbeslag) wordt benadeeld. Het hem toebehorende goed zou in dat geval worden bezwaard met een herpandrecht voor een vordering van de beslaglegger. Dit zou zich niet verhouden met het uitgangspunt van een derde-beslagene niet in een slechtere positie mag komen te verkeren als gevolg van de beslaglegging.⁸⁴⁶

Beslaglegging op de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering brengt in het kader van herverpanding nog een tweede vraag mee. Men kan men zich afvragen of een dergelijke beslaglegging ten laste van de pandhouder in de weg staat aan uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid door de pandhouder. Voor de bespreking van deze vraag neem ik de volgende casus tot uitgangspunt:

Pandgever (A) vestigt ten gunste van de eerste pandhouder (B) een pandrecht tot zekerheid van de vordering (BA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (B). Vervolgens legt beslaglegger (C) conservatoir derdenbeslag onder (A) ten laste van (B) op de vordering (BA). Na deze beslaglegging wil pandhouder/beslagdebiteur (B) een herpandrecht vestigen ten gunste van herpandhouder (D) tot zekerheid van de vorderingen (DB).

In dit verband moet worden vooropgesteld dat de blokkerende werking van beslag – zoals in paragraaf 6.6.1 besproken – hier geen rol speelt. Het door de beslaglegger (D) ten laste van pandhouder/beslagdebiteur (B) gelegde beslag heeft namelijk geen betrekking op het pandobject van het pandrecht en herpandrecht, maar op de vordering tot zekerheid waarvan het pandrecht op het goed is gevestigd (vordering (BA) in het voorbeeld). Met de uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid wordt juist het pandobject opnieuw bezwaard en niet de beslagen vordering (BA). De blokkerende werking van het beslag staat dus niet eraan in de weg dat het pandobject wordt herverpand en dat het herpandrecht aan de beslaglegger wordt tegengeworpen.⁸⁴⁷

Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat, indien men wil aannemen dat de pandhouder/beslagdebiteur ook na beslaglegging een herpandrecht kan vestigen, men daarbij ook moet accepteren dat de pandhouder/beslagdebiteur daarmee het aan de beslagen vordering verbonden pandrecht in rang kan doen ach-

⁸⁴⁶ Zie onder meer: Jongbloed 2011, p. 73; en Broekveld 2003, nr. 210 e.v.

⁸⁴⁷ Zie ook: Breken 2002, p. 381.

terstellen door de vestiging van een herpandrecht. Een van de gevolgen van herverpanding is immers dat het oorspronkelijke pandrecht in rang wordt achtergesteld ten opzichte van het herpandrecht. Door een herpandrecht ten gunste van (D) te vestigen, kan pandhouder/beslagdebiteur (B) het eersterangs pandrecht dat verbonden is aan de beslagen vordering (BA) – van welk pandrecht de beslaglegger kan profiteren bij uitwinning van deze vordering – doen verworden tot een tweederangs pandrecht. Er is dus sprake van een zekere benadeling van de beslaglegger in zijn (afgeleide) zekerheidspositie en rang door de beslagdebiteur. In dit verband moet echter worden bedacht dat het oorspronkelijke (aan de beslagen vordering verbonden) pandrecht is onderworpen aan uitoefening van de aan de pandhouder/beslagdebiteur toegekende herverpandingsbevoegdheid en de rangwisseling bij een dergelijke herverpanding optreedt. Ook een beslaglegger die – op grond van de bijzondere, in de jurisprudentie ontwikkelde regel – indirect profiteert van de uit dit pandrecht voortvloeiende rang en executiebevoegdheden, zal de herverpanding en daaruit voortvloeiende rangwisseling tegen zich moeten laten gelden. Dat de beslaglegger daardoor mogelijk in zijn (afgeleide) zekerheidspositie wordt benadeeld, maakt dit niet anders. Deze benadeling staat op zichzelf – anders dan in geval van faillissement⁸⁴⁸ – niet in de weg aan een herverpanding door de pandhouder/beslagdebiteur na beslaglegging op de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering.⁸⁴⁹

Het voorgaande brengt mee dat pandhouder/beslagdebiteur (B) ook na beslaglegging door (D) bevoegd is een herpandrecht ten gunste van (D) te vestigen. Indien de derde-beslagene (A) de beslagen vordering (BA) niet betaalt en de beslaglegger (C) het tot zekerheid van deze vordering verbonden pandobject wil executeren, zal hij herpandhouder (D) in rang voor zich moeten dulden.

6.7 Rangorde bij meervoudige (her)verpanding

In paragraaf 4.3.1 kwam de rangwisseling bij herverpanding aan de orde. Zoals daar besproken, vindt tussen de herpandhouder en de pandhouder/herpandgever een rangwisseling plaats als gevolg waarvan het herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever gaat. Deze

⁸⁴⁸ Zie: paragraaf 6.5.2. Zoals aldaar toegelicht, komt de benadeling van de boedel als gevolg van een herverpanding na de faillietverklaring van de pandhouder/herpandgever (i.e. verslechtering van de zekerheidspositie ten aanzien van de tot de boedel behorende vordering) in strijd met het systeem van de Faillissementwet en het fixatiebeginsel.

⁸⁴⁹ Behoudens paulianeus of onrechtmatig handelen door de pandhouder/beslagdebiteur jegens de beslaglegger, staat niets eraan in de weg dat de pandhouder/beslagdebiteur na beslaglegging een herpandrecht vestigt, als gevolg waarvan de (afgeleide) zekerheidspositie van de beslaglegger wordt benadeeld.

rangwisseling roept de nodige vragen op in geval van meervoudige verpanding en meervoudige herverpanding. Deze vragen staan in deze paragraaf centraal.⁸⁵⁰

6.7.1 Rangorde bij herverpanding in het kader van meervoudige verpanding

Bij herverpanding in het kader van een meervoudige verpanding speelt de vraag wat de gevolgen van de bijzondere rangwisseling zijn voor derden, bijvoorbeeld een tweede pandhouder. Deze vraag kwam reeds in paragraaf 4.3.1 aan de orde. Zoals aldaar uiteengezet, moet het naar mijn mening erop worden gehouden dat de rangwisseling bij herverpanding tot gevolg heeft dat het herpandrecht de plaats van het oorspronkelijke pandrecht in de rangorde inneemt, doch –wat de verdeling van de executieopbrengst betreft indien meerdere pandrechten op het (her)pandobject rusten – tot maximaal het bedrag van het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering.⁸⁵¹

Bij herverpanding in combinatie met meervoudige verpanding zijn verschillende scenario's denkbaar. Ik ga in deze bespreking uit van twee pandrechten⁸⁵² en één herpandrecht, waarbij de herverpanding zowel in het kader van het eerste als in het kader van het tweede pandrecht kan plaatsvinden. Aldus kunnen drie scenario's worden onderscheiden:

Scenario 1:

Pandgever (A) vestigt ten gunste van de eerste pandhouder (B) een pandrecht tot zekerheid van de vordering (BA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (B). Vervolgens vestigt (B) een herpandrecht ten gunste van herpandhouder (D) tot zekerheid van de vordering (DB). Na vestiging van dit herpandrecht, vestigt (A) een tweede pandrecht ten gunste van tweede pandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CA).

Deze situatie levert weinig problemen op, aangezien het herpandrecht – evenals het eerste pandrecht – is gevestigd vóór het moment van vestiging van het tweede pandrecht. De rangorde tussen het eerste pandrecht, het tweede pandrecht en

⁸⁵⁰ Zoals opgemerkt, is een bespreking van de rangwisseling bij herverpanding in het kader van meervoudige verpanding – in verkorte vorm – eerder verschenen als artikel in het WPNR. Zie: Krzemiński 2012, p. 343-349.

⁸⁵¹ De herpandhouder is bevoegd tot uitoefening van de rechten en bevoegdheden die aan de oorspronkelijke pandhouder conform diens rang toekomen, indien en voor zover het oorspronkelijke pandrecht bestaat. Zie uitgebreider: paragraaf 4.3.1.

⁸⁵² Uiteraard zijn ook scenario's denkbaar dat meer dan twee pandrechten worden gevestigd. Deze laat ik echter buiten beschouwing. De in deze paragraaf te bespreken systematiek van de rangwisseling zal in die gevallen gelijk zijn.

het herpandrecht wordt derhalve bepaald door het prioriteitsbeginsel, met dien verstande dat het eerste pandrecht en het herpandrecht van rang wisselen. Het tweede pandrecht van (C) moet derhalve zowel het eerder gevestigde eerste pandrecht van (B) als het herpandrecht van (D) in rang moet laten voorgaan.

De rangorde is in dit geval: (i) het herpandrecht van (D), (ii) het eerste pandrecht van (B) en (iii) het tweede pandrecht van (C).

Scenario 2:

Pandgever (A) vestigt ten gunste van de eerste pandhouder (B) een pandrecht tot zekerheid van de vordering (BA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (B). Vervolgens vestigt (A) een tweede pandrecht ten gunste van tweede pandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CA). Na vestiging van dit tweede pandrecht, gaat eerste pandhouder (B) over tot herverpanding. Hij vestigt een herpandrecht ten gunste van herpandhouder (D) tot zekerheid van de vordering (DB).

In dit scenario, dat reeds in paragraaf 4.3.1 aan de orde kwam, wordt het herpandrecht gevestigd nádat het tweede pandrecht door de pandgever is gevestigd. Op grond van het prioriteitsbeginsel gaat het (eerder gevestigde) tweede pandrecht in rang voor op het (later gevestigde) herpandrecht. De herverpanding brengt echter mee dat eerste pandrecht en het herpandrecht van rang wisselen. De vraag is aldus of en in hoeverre de rangwisseling aan de tweede pandhouder (C) kan worden tegengeworpen.

Zoals besproken in paragraaf 4.3.1, brengt de rangwisseling bij herverpanding in de goederenrechtelijke positie van tweede pandhouder (C) geen wijziging. De rang van de tweede pandhouder wordt ten opzichte van het eerste pandrecht en het herpandrecht onverkort door het prioriteitsbeginsel bepaald. Tweede pandhouder (C) behoeft alleen eerste pandhouder (B) in rang voor zich te dulden. De rangwisseling moet worden geacht tot gevolg te hebben dat de herpandhouder de plaats van de eerste pandhouder/herpandgever in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – maximaal tot het bedrag van de door het oorspronkelijk eerste pandrecht gezeekerde vordering (BA). Op deze wijze behoudt de tweede pandhouder de rang die hem op grond van het prioriteitsbeginsel toekomt en wordt hij niet benadeeld door de wisseling van het eerste pandrecht en het herpandrecht in de rangorde.

Toegepast op de hierboven besproken casus, is de rangorde dan als volgt: (i) het herpandrecht van (D) tot maximaal het bedrag van de door het eerste pandrecht gecureerde vordering (BA), (ii) het tweede pandrecht van (C), en (iii) het eerste pandrecht van (B). Indien de vordering (DB) (de *herpandschuld*) de oorspronke-

lijk gecureerde vordering (BA) overtreft, dan zal herpandhouder (D) zich – na voldoening van tweede pandhouder (C) – voor het resterende deel van zijn vordering met voorrang op eerste pandhouder/herpandgever (B) kunnen verhalen op het eventuele restant van de executieopbrengst. In dat geval is de rangorde – toegepast op de hierboven besproken casus – dus: (i) het herpandrecht van (D) tot maximaal het bedrag van de door het eerste pandrecht gecureerde vordering (BA), (ii) het tweede pandrecht van (C), (iii) het herpandrecht van (D) voor het resterende deel van zijn vordering, en (iv) het eerste pandrecht van (B).⁸⁵³

Scenario 3:

Pandgever (A) vestigt ten gunste van de eerste pandhouder (B) een pandrecht tot zekerheid van de vordering (BA). Vervolgens vestigt (A) een tweede pandrecht ten gunste van tweede pandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (C). Tot slot gaat tweede pandhouder (C) over tot herverpanding en vestigt een herpandrecht ten gunste van herpandhouder (D) tot zekerheid van de vordering (DC).

Dit scenario levert eigenlijk geen probleem op. Het is evident dat het later gevestigde tweede pandrecht en herpandrecht in ieder geval het eerste pandrecht in rang voor zich zullen moeten dulden. De rangwisseling tussen het tweede pandrecht en het herpandrecht raakt de rang van het eerste pandrecht niet.

De rangorde is in dit geval: (i) het eerste pandrecht van (B), (ii) het herpandrecht van (D) en (iii) het tweede pandrecht van (C).

6.7.2 Rangorde bij meervoudige herverpanding

Naast herverpanding in combinatie met meervoudige verpanding is ook de situatie van meervoudige herverpanding denkbaar. Bij de bespreking van deze situatie, ga ik uit van één pandrecht, waarbij de pandhouder/herpandgever achtereenvolgens twee herpandrechten vestigt.⁸⁵⁴ Kort weergegeven, is de casus als volgt:

Pandgever (A) vestigt ten gunste van de pandhouder (B) een pandrecht tot zekerheid van de vordering (BA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (B) met de

⁸⁵³ Zie: paragraaf 4.3.1; en tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 178-179.

⁸⁵⁴ Uiteraard zijn ook scenario's denkbaar dat de pandhouder/herpandgever meer dan twee herpandrechten vestigt. Deze laat ik echter buiten beschouwing. De in deze paragraaf te bespreken systematiek van de rangwisseling zal in die gevallen dezelfde zijn.

mogelijkheid van meervoudige herverpanding.⁸⁵⁵ Vervolgens vestigt pandhouder (B) een eerste herpandrecht ten gunste van eerste herpandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CA). Na vestiging van dit eerste herpandrecht, gaat pandhouder (B) opnieuw over tot herverpanding. Hij vestigt een tweede herpandrecht ten gunste van tweede herpandhouder (D) tot zekerheid van de vordering (DB).

De vraag is welke rangorde de verschillende herpandrechten ten opzichte van elkaar, het oorspronkelijke pandrecht en eventuele derden met een goederenrechtelijke aanspraak (zoals een tweede pandhouder) innemen. In de literatuur is onder meer door Van Hees en Breken en verdedigd dat bij meervoudige herverpanding de verschillende herpandrechten rang nemen in volgorde van vestiging, doch vóór het oorspronkelijke pandrecht.⁸⁵⁶ De onderlinge rangorde van de herpandrechten wordt aldus bepaald door het prioriteitsbeginsel.⁸⁵⁷

Mijns inziens wordt de onderlinge rangorde van de herpandrechten niet alleen door het prioriteitsbeginsel, maar ook door de opeenvolgende rangwisselingen bepaald. Wanneer de voorbeeldcasus stap voor stap wordt doorlopen, komt men tot hetzelfde resultaat als door Van Hees en Breken is genoemd. Op het moment dat de pandhouder/herpandgever (B) een herpandrecht vestigt ten gunste van de eerste herpandhouder (C), vindt tussen hen beiden een rangwisseling plaats. Als gevolg daarvan gaat de eerste herpandhouder in rang boven de pandhouder/herpandgever. Indien de pandhouder/herpandgever (B) vervolgens opnieuw een herpandrecht vestigt – dit maal ten gunste van de tweede herpandhouder (D) – vindt eveneens een rangwisseling tussen pandhouder/herpandgever (B) en tweede herpandhouder (D) plaats. Omdat de pandhouder/herpandgever als gevolg van de eerste herverpanding reeds de tweede positie in de rangorde innam, neemt de tweede herpandhouder als gevolg van de rangwisseling deze tweede positie van de pandhouder/herpandgever over. De pandhouder/herpandgever treedt aldus in rang terug ten opzichte van elk nieuw gevestigd herpandrecht.⁸⁵⁸

⁸⁵⁵ Zonder ondubbelzinnige bevoegdheid tot meervoudige herverpanding kan de pandhouder/herpandgever niet meerdere herpandrechten op het pandobject vestigen. Zie: paragraaf 4.2.1.1.

⁸⁵⁶ Van Hees 2001, p. 235. Zie in gelijke zin: Breken 2002, p. 379. Breken schrijft dat oplossingen voor rangorde-problemen "*primair dienen te worden gezocht worden in analogie met de situatie dat de pandgever zelf het herpandrecht als eerste pandrecht heeft verstrekt*". De door Breken voorgestane analogie gaat mijns inziens niet op. De situatie dat de pandgever zelf een nieuw pandrecht vestigt dat in rang voorgaat op een eerder gevestigd pandrecht, is gezien het goederenrechtelijke beginsel van prioriteit immers niet mogelijk. Indien de pandgever zelf een 'herpandrecht' zou vestigen, zou dit (later gevestigde) pandrecht in rang komen na het oorspronkelijke pandrecht. Oplossing voor de rangorde-problemen bij meerdere (her)pandrechten moet naar mijn mening primair worden gezocht in de hoofdregel van prioriteit.

⁸⁵⁷ Faber/Vermunt 2010, p. 179.

⁸⁵⁸ Faber/Vermunt 2010, p. 179.

De rangorde is aldus: (i) het eerste herpandrecht van (C), (ii) het tweede herpandrecht van (D), en (iii) het oorspronkelijke pandrecht van (B).

6.7.3 Rangorde bij opvolgende herverpanding

Zoals besproken in paragraaf 4.2.4.5 is het voorstelbaar dat in het kader van een herverpanding de herverpandingsbevoegdheid wordt toegekend aan de herpandhouder. Gaat de herpandhouder op zijn beurt over tot herverpanding dan wordt met dit 'opvolgende' herpandrecht een nieuwe schakel aan de pandrechtketen toegevoegd. In de bespreking van deze situatie neem ik de volgende casus tot uitgangspunt:

Pandgever (A) vestigt ten gunste van de pandhouder (B) een pandrecht tot zekerheid van de vordering (BA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (B) met de mogelijkheid van toekenning van de herverpandingsbevoegdheid aan de herpandhouder.⁸⁵⁹ Vervolgens vestigt pandhouder (B) een herpandrecht ten gunste van herpandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CA). In het kader van deze herverpanding verleent (B) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (C). Tot slot gaat herpandhouder (C) op zijn beurt over tot herverpanding en vestigt een opvolgend herpandrecht ten gunste van opvolgend herpandhouder (D) tot zekerheid van de vordering (DB).⁸⁶⁰

Voor het bepalen voor de rangorde in dit scenario moet opnieuw worden gekeken naar de opvolgende rangwisselingen die bij de verschillende herverpandingen plaatsvinden. Om te beginnen neemt de herpandhouder (C) als gevolg van de rangwisseling bij de eerste herverpanding de plaats van de pandhouder/herpandgever (B) in de rangorde in. Indien de herpandhouder (C) vervolgens op zijn beurt overgaat tot het vestigen van een herpandrecht, dan doet zich in het kader van die opvolgende herverpanding opnieuw een rangwisseling voor. De opvolgende herpandhouder (oftewel: de 'herherpandhouder') (D) neemt daardoor de plaats van de herpandhouder/herpandgever (C) in. Aangezien de eerste herverpanding meebrengt dat de herpandhouder in rang gaat boven de pandhouder/herpandgever en de pandhouder/herpandgever zelf in het kader van de eerste herverpanding de bevoegdheid tot opvolgende herverpanding aan de her-

⁸⁵⁹ Zonder ondubbelzinnige bevoegdheid tot het toekennen (oftewel: 'doorgeven') van de herverpandingsbevoegdheid aan de herpandhouder, is de pandhouder/herpandgever hiertoe niet bevoegd. Zie: paragraaf 4.2.1.1.

⁸⁶⁰ Uiteraard is ook denkbaar dat meerdere (opvolgende) herpandhouders op hun beurt tot herverpanding overgaan. Aldus zou een oneindige reeks van (opvolgende) herverpandingen kunnen ontstaan. Deze situatie laat ik hier echter buiten beschouwing. De in deze paragraaf te bespreken systematiek van rangwisselingen zal ook in dat geval hetzelfde zijn.

pandhouder heeft toegekend, moet worden aangenomen dat de pandhouder/herpandgever niet alleen herpandhouder (C) maar ook de opvolgend herpandhouder (D) in rang voor zich moet dulden.⁸⁶¹

Het voorgaande resulteert in de volgende rangorde: (i) het opvolgende herpandrecht (i.e. het 'herherpandrecht') van (D), (ii) het herpandrecht van (C) en (iii) het oorspronkelijke pandrecht van (B).

6.7.4 Rangorde bij meervoudige herverpanding en meervoudige verpanding

Voorts is een situatie denkbaar waarin zich een combinatie van meervoudige verpanding en meervoudige herverpanding voordoet. Het vaststellen van de onderlinge rangorde van pandrechten en herpandrecht wordt dan gecompliceerder. Voor de bespreking van deze situatie ga ik uit van de volgende casus:

Pandgever (A) vestigt ten gunste van de pandhouder (B) een pandrecht tot zekerheid van de vordering (BA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (B). Vervolgens vestigt (A) een tweede pandrecht ten gunste van tweede pandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CA). In het kader van deze tweede verpanding verleent (A) ook ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (C). Na vestiging van dit tweede pandrecht, gaan zowel eerste pandhouder (B) als tweede pandhouder (C) over tot herverpanding. Eerste pandhouder (B) vestigt een herpandrecht ten gunste van herpandhouder (D) tot zekerheid van de vordering (DB). Tweede pandhouder (C) vestigt een herpandrecht ten gunste van herpandhouder (E) tot zekerheid van de vordering (EC).⁸⁶²

Voor het bepalen van de rangorde in voornoemd geval dient te worden aangesloten bij de in voorgaande paragrafen besproken systematiek van het prioriteitsbeginsel en de opeenvolgende rangwisselingen. Buiten twijfel staat dat de onderlinge rangorde tussen het eerste pandrecht van (B) en het tweede pandrecht van (C) wordt beheerst door het prioriteitsbeginsel. Het eerder gevestigde eerste pandrecht gaat in rang voor op het later gevestigde tweede pandrecht. Indien beide pandhouders, daartoe gemachtigd door de pandgever, overgaan tot herverpanding, treedt in het kader van beide herverpandingen een rangwisseling op tussen de betrokken herpandgever en herpandhouder. Dit betekent dat herpandhouder

⁸⁶¹ Zie tevens: paragraaf 4.3.1

⁸⁶² Ook hier is een groot aantal variaties te bedenken. Ik beperk mij echter tot een bespreking van voornoemd geval. Voor het bepalen van de rangorde in andere gevallen dient te worden aangesloten bij de in deze paragrafen besproken systematiek.

(D) ten gunste van wie de eerste pandhouder (B) een herpandrecht vestigt, in beginsel de positie van de eerste pandhouder/herpandgever in de rangorde zal innemen. Zoals besproken in paragraaf 4.3.1 en 6.7.1, brengt deze rangwisseling geen wijziging in de goederenrechtelijke positie van tweede pandhouder (C).⁸⁶³ De rangwisseling moet worden geacht tot gevolg te hebben dat de herpandhouder (D) de plaats van de eerste pandhouder (B) in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – maximaal tot het bedrag van de door het oorspronkelijk eerste pandrecht gezeekerde vordering (BA). Dit betekent dat de eerste pandhouder als gevolg van de rangwisseling rang neemt na de tweede pandhouder. De tussenstand in het bepalen van de rangorde is aldus: (i) het herpandrecht van (D) tot maximaal de door het eerste pandrecht geseceerde vordering (BA), (ii) het tweede pandrecht van (C) en (iii) het eerste pandrecht van (B).⁸⁶⁴

Vervolgens vindt ook in het kader van de herverpanding door de tweede pandhouder (C) een rangwisseling plaats. Als gevolg daarvan neemt de herpandhouder (E) de positie van de tweede pandhouder (C) in de rangorde in. Normaliter zou een herverpanding door de tweede pandhouder en de rangwisseling die daarbij optreedt, de positie van de eerste pandhouder niet raken⁸⁶⁵, maar in dit geval neemt de eerste pandhouder als gevolg van de rangwisseling bij de eerste herverpanding de derde positie in de rangorde in. Vanuit het oogpunt dat deze eerste (thans derde) pandhouder op grond van het prioriteitsbeginsel niet in een slechtere positie mag geraken door (de rangwisseling die optreedt bij) een posterieur gevestigd herpandrecht, is het verdedigbaar dat het tweede herpandrecht van (E) de plaats van het tweede pandrecht in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – tot maximaal het bedrag van de door het tweede pandrecht gezeekerde vorderingen (CA).

Het voorgaande resulteert uiteindelijk in de volgende rangorde: (i) het eerste herpandrecht van (D) tot maximaal de door het eerste pandrecht geseceerde vordering (BA), (ii) het tweede herpandrecht van (E) tot maximaal de door het tweede pandrecht geseceerde vordering (CA), (iii) het eerste pandrecht van (B) en (iv) het tweede pandrecht van (C).

⁸⁶³ Dat de positie in de rangorde in voormeld voorbeeld wordt ingenomen door tweede herpandhouder (E) maakt dit niet anders. Tweede herpandhouder (E) geniet als gevolg van de rangwisseling immers van de goederenrechtelijke positie die tweede pandhouder/herpandgever (C) voor herverpanding genoot.

⁸⁶⁴ Dit is slechts anders indien het herpandrecht vóór het tweede pandrecht werd gevestigd. In dat geval gaat de eerste pandhouder ook na de rangwisseling met zijn herpandhouder in rang voor op de tweede pandhouder. Zie paragraaf 6.7.1.

⁸⁶⁵ Zie: paragraaf 6.7.1 (scenario 3).

6.7.5 Rangorde bij opvolgende herverpanding en meervoudige verpanding

Tot slot is denkbaar dat, in het kader van meervoudige verpanding, niet alleen een herpandrecht wordt gevestigd, maar ook de daartoe gemachtigde herpandhouder tot herverpanding overgaat. Dit leidt tot een verdere complicatie van de rangorde. Voor de bespreking van deze situatie neem ik de volgende casus tot uitgangspunt:

Pandgever (A) vestigt ten gunste van de pandhouder (B) een pandrecht tot zekerheid van de vordering (BA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (B) met de mogelijkheid van toekenning van de herverpandingsbevoegdheid aan de herpandhouder.⁸⁶⁶ Pandhouder (B) vestigt een herpandrecht ten gunste van herpandhouder (D) tot zekerheid van de vordering (DB). In het kader van deze herverpanding verleent (B) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (D). Herpandhouder (D) gaat op zijn beurt over tot herverpanding en vestigt een opvolgend herpandrecht ten gunste van opvolgend herpandhouder (E) tot zekerheid van de vordering (ED). In de loop van het voorgaande vestigt pandgever (A) op enig moment na vestiging van het eerste pandrecht van (B) een tweede pandrecht ten gunste van tweede pandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CA).

De onderlinge rangorde tussen het oorspronkelijke pandrecht, het herpandrecht en het opvolgende herpandrecht kwam hiervoor aan de orde in paragraaf 6.7.3. Door de onderlinge rangwisselingen gaat het herpandrecht van (D) in rang voor op het oorspronkelijke pandrecht van (B) en gaat het opvolgende herpandrecht van (E) in rang voor op het herpandrecht van (D). De vraag is echter welke rang het tweede pandrecht van (C) in dit geheel inneemt. Hiervoor is het moment van vestiging van het tweede pandrecht bepalend. Ik onderscheid een drietal scenario's.

Scenario 1:

Het tweede pandrecht van (C) wordt gevestigd vóór het moment van vestiging van het herpandrecht van (D) en het opvolgende herpandrecht van (E).

In dit scenario worden het herpandrecht en het opvolgende herpandrecht gevestigd ná vestiging van het tweede pandrecht. Op grond van het prioriteitsbeginsel gaat het (eerder gevestigde) tweede pandrecht voor op deze (later gevestigde)

⁸⁶⁶ Zonder ondubbelzinnige bevoegdheid tot het toekennen (oftewel: 'doorgeven') van de herverpandingsbevoegdheid aan de herpandhouder, is de pandhouder/herpandgever hiertoe niet bevoegd. Zie: paragraaf 4.2.1.1.

herpandrechten. De opeenvolgende herverpandingen brengen weliswaar mee dat zowel het eerste pandrecht van (B) en het herpandrecht van (D), als het herpandrecht van (D) en het opvolgende herpandrecht van (E) onderling van rang wisselen, maar deze rangwisselingen hebben – zoals besproken in paragraaf 4.3.1 – geen invloed op de goederenrechtelijke positie en rang van derden, zoals hier: de tweede pandhouder (C). De rang van de tweede pandhouder wordt ten opzichte van het eerste pandrecht, het herpandrecht en het opvolgende herpandrecht onverkort door het prioriteitsbeginsel bepaald. De rangwisselingen bij de herverpanding en de opvolgende herverpanding hebben tot gevolg dat de herpandhouder (D) – en vervolgens de opvolgend herpandhouder (E) – de plaats van de eerste pandhouder/herpandgever (B) in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – tot maximaal het bedrag van de door het eerste pandrecht gezeekerde vordering (BA). Alleen op deze wijze wordt recht gedaan aan zowel de positie die op voet van het prioriteitsbeginsel aan tweede pandhouder (C) toekomt, als de rangwisselingen die bij herverpanding en opvolgende herverpanding optreedt.

Toegepast op de hierboven besproken casus, is de rangorde als volgt: (i) het opvolgende herpandrecht van (E) tot maximaal het bedrag van de door het eerste pandrecht gecureerde vordering (BA), (ii) het tweede pandrecht van (C), (iii) het herpandrecht van (D) en (iv) het eerste pandrecht van (B). Indien de opvolgende herpandschuld (de vordering (ED)) de oorspronkelijk gecureerde vordering (BA) overtreft, zal opvolgend herpandhouder (E) zich – na voldoening van tweede pandhouder (C) – voor dat deel van zijn vordering met voorrang op herpandhouder/herpandgever (D) en eerste pandhouder (B) kunnen verhalen op het eventuele restant van de executieopbrengst. De rangorde is – toegepast op de hierboven besproken casus – aldus: (i) het opvolgend herpandrecht van (E) tot maximaal het bedrag van de door het eerste pandrecht gecureerde vordering (BA), (ii) het tweede pandrecht van (C), (iii) het opvolgende herpandrecht van (E) voor het resterende deel van zijn vordering, (iv) het herpandrecht van (D) en (v) het eerste pandrecht van (B).

Scenario 2:

Het tweede pandrecht van (C) wordt gevestigd ná het moment van vestiging van het herpandrecht van (D), doch vóór het moment van vestiging van het opvolgende herpandrecht van (E).

Op grond van het prioriteitsbeginsel zal het tweede pandrecht van (C) in dit scenario het eerste pandrecht van (B) en het herpandrecht van (D) – als eerder gevestigde pandrechten – voor zich moeten dulden, doch niet het (later gevestigde) opvolgende herpandrecht van (E). Zoals hiervoor besproken, brengen de opeenvolgende herverpandingen mee dat zowel het eerste pandrecht van (B) en het herpandrecht van (D), als het herpandrecht van (D) en het opvolgende herpand-

recht van (E) onderling van rang wisselen. De eerste rangwisseling tussen (B) en (D) raakt de positie van de tweede pandhouder niet. De rangwisseling in het kader van de opvolgende herverpanding kan evenwel niet onverkort aan de (ten opzichte van dit opvolgende herpandrecht anterieure) tweede pandhouder worden tegengeworpen. De goederenrechtelijke positie van deze tweede pandhouder wordt immers onverkort door het prioriteitsbeginsel bepaald.⁸⁶⁷ Dit brengt mee dat de rangwisseling in het kader van de opvolgende herverpanding tot gevolg heeft dat opvolgend herpandhouder (E) de plaats van herpandgever (D) in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – tot maximaal het bedrag van de door het eerste herpandrecht gezeekerde vordering (DB). Ware dit anders, dan zou de goederenrechtelijke positie van (C) in afwijking van het prioriteitsbeginsel verslechteren.⁸⁶⁸ Het voorgaande leidt tot de volgende tussenstand: (i) het opvolgend herpandrecht van (E) tot maximaal het bedrag van de door het eerste herpandrecht gecureerde vordering (DB), (ii) het eerste pandrecht van (B), (iii) het tweede pandrecht van (C) en (iv) het herpandrecht van (D).⁸⁶⁹

Hiermee is het probleem echter niet opgelost. De vraag hoe het herpandrecht van (D) en het opvolgende herpandrecht van (E) zich in deze constellatie ten opzichte van het oorspronkelijke, eerste pandrecht van (B) verhouden, blijft onbeantwoord. Zoals besproken in paragraaf 6.7.3, geldt bij opvolgende herverpanding dat de pandhouder/herpandgever (B) die de herverpandingsbevoegdheid op zijn beurt toekent aan de herpandhouder, niet alleen deze herpandhouder (C) maar ook de opvolgend herpandhouder (D) in rang voor zich moet dulden.

Dit is immers de consequentie van de opvolgende herverpanding, waartoe de pandhouder/herpandgever (B) zelf de bevoegdheid heeft toegekend aan (D). Gelijk de pandhouder/herpandgever wordt geacht de rangwisseling als gevolg van de herverpanding te aanvaarden door tot herverpanding over te gaan⁸⁷⁰, moet een pandhouder/herpandgever die bij een dergelijke herverpanding een

⁸⁶⁷ Zie: paragraaf 4.3.1.2.

⁸⁶⁸ De tweede pandhouder moet op grond van het prioriteitsbeginsel de eerder gevestigde eerste pandhouder (B) en herpandhouder (D) in rang voor zich dulden. Zou bij verdeling van de executieopbrengst opvolgend herpandhouder (E) – die als gevolg van de rangwisselingen in het kader van beide herverpanding de eerste positie in de rangorde inneemt – met voorrang op de tweede pandhouder (C) verhaal kunnen nemen voor een vordering die hoger is dan het bedrag van de eerste herpandschuld (DB), dan zou tweede pandhouder (C) goederenrechtelijke positie slechter zijn dan die (C) op grond van het prioriteitsbeginsel toekomt. (C) zou in de verdeling van een executieopbrengst pas aan de beurt komen na voldoening van de hogere vordering dan het totale beloop van vorderingen (BA) en (DB). Voor een dergelijke afwijking van het prioriteitsbeginsel, bestaat zoals besproken in paragraaf 4.3.1.2 geen rechtvaardiging.

⁸⁶⁹ Indien de vordering (ED) de eerste herpandschuld (DB) overtreft, kan opvolgend herpandhouder (E) na voldoening van tweede pandhouder (C) zich op een eventueel restant verhalen met voorrang op herpandhouder/herpandgever (D).

⁸⁷⁰ Zie paragraaf: 4.3.1.

opvolgende herverpandingsbevoegdheid aan de herpandhouder toekent, worden geacht de consequenties van een opvolgende herverpanding te aanvaarden.

Hoe moet deze gedachte nu worden toegepast in voormelde casus van opvolgende herverpanding in combinatie met meervoudige verpanding? Anders dan in de in paragraaf 6.7.3 besproken casus van opvolgende verpanding, kunnen de herpandrechten hier niet onverkort in rang boven het oorspronkelijke eerste pandrecht worden gesteld. Dat zou tot een benadeling van de goederenrechtelijke positie van tweede pandhouder (C) kunnen leiden. Als men de twee herpandrechten toch in rang boven het oorspronkelijke eerste pandrecht van (B) wil plaatsen zonder daarbij de positie van het tweede pandrecht (C) te benadelen, moet het mijns inziens erop worden gehouden dat de beide herpandrechten in rang boven de tweede pandhouder (C) gaan, doch bij verdeling van de executieopbrengst tot maximaal het totale beloop van de oorspronkelijke pandschuld (BA) en herpandschuld (DB). Pandhouder/herpandgever (B) neemt dan onvermijdelijk rang in ná tweede pandhouder (C). Dit is een gevolg van de herverpanding en opvolgende herverpanding waartoe (B) zelf de bevoegdheid heeft verleend, om welke reden (B) moet worden geacht de gevolgen hiervan tegen zich te laten gelden.⁸⁷¹

Het voorgaande resulteert in de volgende rangorde: (i) het opvolgende herpandrecht van (E) (ii) het herpandrecht van (D) – (i) en (ii) gezamenlijk tot maximaal het totale beloop van de oorspronkelijke pandschuld (BA) en herpandschuld (DB)⁸⁷² – (iii) het tweede pandrecht van (C), (iv) het eerste pandrecht van (B). Indien de door het herpandrecht en het opvolgend herpandrecht gecureerde vorderingen ((ED) en (DB)) het totale beloop van de oorspronkelijke pandschuld (BA) en herpandschuld (DB) overtreffen, kan herpandhouder (D) zich – na voldoening van tweede pandhouder (C) – voor dit overtreffende deel met voorrang op eerste pandhouder (B) verhalen op het eventuele restant van de executieopbrengst. In dat geval is de rangorde – toegepast op de hierboven besproken casus – dus: (i) het opvolgende herpandrecht van (E), (ii) het herpandrecht van (D) – (i) en (ii) gezamenlijk tot maximaal het totale beloop van de oorspronkelijke pandschuld (BA) en herpandschuld (DB) – (iii) het tweede pandrecht van (C), (iv) het herpandrecht van (D) voor het resterende deel van zijn vordering, en (v) het eerste pandrecht van (B).

⁸⁷¹ Zie: paragraaf 6.7.3.

⁸⁷² Teneinde verslechtering van de goederenrechtelijke positie van tweede pandhouder (C) te voorkomen, kunnen opvolgend herpandhouder (E) en herpandhouder (D) zich slechts met voorrang boven tweede pandhouder (C) verhalen op een executieopbrengst tot maximaal het totale beloop van de oorspronkelijke pandschuld (BA) en herpandschuld (DB).

Scenario 3:

Het tweede pandrecht van (C) wordt gevestigd ná het moment van vestiging van het herpandrecht van (D) en het opvolgende herpandrecht van (E).

In dit geval is de rangorde niet ingewikkeld. Het tweede pandrecht zal – als laatst gevestigde pandrecht – het pandrecht, het herpandrecht en het opvolgende herpandrecht in rang voor zich moeten dulden. De onderlinge rangorde van het eerste pandrecht, herpandrecht en opvolgende herpandrecht wordt bepaald op de wijze als in paragraaf 6.7.3 omschreven.

De rangorde is in dit scenario aldus: (i) het opvolgende herpandrecht van (E), (ii) het herpandrecht van (D), (iii) het eerste pandrecht van (B) en (iv) het tweede pandrecht van (C).

6.8 Toekenning van stemrecht bij herverpanding van aandelen

Indien een herpandrecht op aandelen op naam in een naamloze of besloten vennootschap wordt gevestigd, doet de vraag zich voor of de pandhouder/herpandgever daarbij tevens het stemrecht op de (her)verpande aandelen aan de herpandhouder kan toekennen. Deze vraag is door onder meer door Hamers⁸⁷³ en Visser⁸⁷⁴ aan de orde gesteld. Voordat ik op de deze problematiek inga, geef ik een korte schets van de regels omtrent toekenning van stemrecht bij verpanding van aandelen.⁸⁷⁵

Bij verpanding van aandelen behoudt de aandeelhouder in beginsel het stemrecht op de aandelen.⁸⁷⁶ Het stemrecht op de verpande aandelen kan echter aan de pandhouder worden toegekend. In artikel 2:89 lid 3 BW (voor de NV) en artikel 2:198 lid 3 BW (voor de BV) zijn de vereisten voor overgang van stemrecht gegeven. In de hiernavolgende bespreking neem ik de regeling voor de BV als uitgangspunt.⁸⁷⁷ In artikel 2:198 lid 3 BW wordt onderscheid gemaakt tussen pandhouders aan wie aandelen vrijelijk kunnen worden overgedragen en pandhouders aan wie aandelen niet vrijelijk kunnen worden overgedragen (i.e. pandhouders voor wie een statutaire blokkeringsregeling geldt). In beide gevallen is voor toekenning van stemrecht aan de pandhouder vereist (i) dat de statuten toeken-

⁸⁷³ Hamers 1996, p. 62.

⁸⁷⁴ Visser 2004, p. 202 e.v.

⁸⁷⁵ Zie hierover uitgebreider: Huijgen 2011 (T&C BW), commentaar bij art. 2:89 en 2:198 BW; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 199; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2010, nr. 311 e.v.; Clumpkens 2009, p. 37 e.v.; Hamers 1996, p. 47-52; en Visser 2004, hfst. 1.

⁸⁷⁶ Art. 2:89 lid 2 en 2:198 lid 2 BW. Vergelijk: art. 3:247 BW.

⁸⁷⁷ De voorwaarden voor toekenning van stemrecht op aandelen op naam in een NV zijn vrijwel identiek. Zie: art. 2:89 lid 3 BW.

ning van stemrecht niet uitsluiten en (ii) dat bij vestiging van het pandrecht is bepaald of nadien schriftelijk tussen aandeelhouder en pandhouder is overeengekomen dat het stemrecht (al dan niet onder opschortende voorwaarde) aan de pandhouder toekomt. Is de pandhouder een partij aan wie aandelen niet vrijelijk kunnen worden overgedragen, dan geldt een bijkomend vereiste. In dat geval moet de bepaling waarmee stemrecht aan de pandhouder wordt toegekend, worden goedgekeurd door een daartoe in de statuten aangewezen orgaan, dan wel – bij ontbreken van een dergelijke aanwijzing – door de algemene vergadering van aandeelhouders. Wordt deze goedkeuring niet verleend, dan komt de pandhouder geen stemrecht toe.

De pandhouder aan wie stemrecht is toegekend komt – gelijk een aandeelhouder die geen stemrecht heeft – van rechtswege de rechten toe die door de wet worden toegekend aan houders van certificaten van aandelen waaraan vergaderrecht is verbonden. Aan een pandhouder aan wie geen stemrecht is toegekend, kunnen dergelijke rechten slechts toekomen indien de statuten dit bepalen en bij vestiging of overgang van het pandrecht niet anders is bepaald.⁸⁷⁸ Voorts geldt voor verpanding van aandelen in zowel een naamloze als een besloten vennootschap dat wanneer een ander in de rechten van de pandhouder treedt, de overgang van het stemrecht ook moet worden goedgekeurd.⁸⁷⁹ Tot slot moet worden opgemerkt dat een statutaire blokkeringsregeling ook van toepassing is op vervreemding en overdracht van de verpande aandelen door de pandhouder⁸⁸⁰, bijvoorbeeld in geval van executie.⁸⁸¹

Gezien de bewoordingen van lid 3 van artikel 2:89/198 BW – waarin ten aanzien van toekenning van het stemrecht bij vestiging van het pandrecht⁸⁸² niet uitdrukkelijk wordt gesproken toekenning "door de aandeelhouder" – zou kunnen worden aangenomen dat deze bepaling omtrent toekenning van overeenkomstige toepassing is op de situatie van herverpanding, in de zin dat de pandhouder/herpandgever het stemrecht op de hem verpande aandelen zou kunnen toekennen aan de herpandhouder.⁸⁸³ Toekenning van stemrecht door de pandhouder/herpand-

⁸⁷⁸ Art. 2:198 lid 4 BW (voor de BV). Zie art. 2:89 lid 4 BW voor de BV, waarbij moet worden opgemerkt dat de statuten de rechten van certificaathouder niet aan de pandhouder zonder stemrecht kunnen onthouden. Zie tevens: Clumpkens 2009, p. 40-41.

⁸⁷⁹ Art. 2:89 lid 3 BW en art. 2:198 lid 3 BW. Zie: Huijgen 2011 (T&C BW), aant. 4 bij art. 2:89 BW en art. 2:198 BW, p. 829 en p. 1017.

⁸⁸⁰ Art. 2:89 lid 6 BW en art. 2:198 lid 5 BW.

⁸⁸¹ Zie voor executie in het kader van herverpanding uitgebreider: Hamers 1996, p. 62-64.

⁸⁸² Voor toekenning van het stemrecht aan de pandhouder ná vestiging van het pandrecht wordt in artikel 198 lid 3 BW evenwel gesproken van een "tussen de aandeelhouder en pandhouder" schriftelijke overeenkomst.

⁸⁸³ Visser 2004, p. 203. Hamers ziet bij herverpanding van aandelen in een 'open' naamloze vennootschappen weinig problemen, maar meent dat herverpanding van aandelen op naam in besloten vennootschappen of in 'gesloten' naamloze vennootschappen slechts onder strikte

gever aan de herpandhouder ná vestiging van het herpandrecht zou gezien de bewoordingen van in artikel 198 lid 3 BW niet mogelijk moeten zijn, nu daarvoor een "*tussen de aandeelhouder en pandhouder*" gesloten schriftelijke overeenkomst is vereist.

Bij toekenning van het stemrecht aan de herpandhouder zullen in ieder geval de wettelijke vereisten in acht genomen moeten worden. Dit brengt mee dat het stemrecht slechts aan een herpandhouder buiten de 'vrije kring' kan worden toegekend door middel van een uitdrukkelijke bepaling in de herpandakte en goedkeuring van het daartoe bevoegde vennootschappelijke orgaan.⁸⁸⁴ De vraag is echter onder welke omstandigheden een pandhouder/herpandgever het stemrecht op de (her)verpande aandelen aan de herpandhouder kan toekennen. Bij de beantwoording van deze vraag kunnen twee situaties worden onderscheiden, namelijk: (i) bij vestiging van het oorspronkelijke pandrecht is het stemrecht op de verpande aandelen *niet* aan de (tot herverpanding bevoegde) pandhouder toegekend; en (ii) bij vestiging van het oorspronkelijke pandrecht is het stemrecht op de verpande aandelen *wél* aan de (tot herverpanding bevoegde) pandhouder toegekend.

Breken raakt in zijn bespreking van herverpanding slechts zijdelings de eerste situatie, waarin de pandhouder/herpandgever zelf geen stemrecht heeft. Breken gaat – zoals reeds opgemerkt – uit van de basisgedachte dat het herpandrecht een zelfstandig pandrecht oplevert, dat wat betreft omvang en reikwijdte niet is gebonden aan de grenzen van het oorspronkelijke pandrecht. Tegen deze achtergrond lijkt Breken het mogelijk te achten dat bij herverpanding het stemrecht op de (her)verpande aandelen aan de herpandhouder wordt toegekend, ook al had de pandhouder/herpandgever zelf geen stemrecht.⁸⁸⁵ Visser hanteert een andere benadering. Visser neemt de wettelijke regeling van artikel 2:89 en 2:198 BW als uitgangspunt. Indien bij vestiging van het oorspronkelijke pandrecht geen bepaling over toekenning van het stemrecht aan de pandhouder is opgenomen, geldt de hoofdregel dat het stemrecht aan de aandeelhouder toekomt. De aandeelhouder kan aldus het stemrecht uitoefenen en eventueel – bij vestiging van een tweede pandrecht op de aandelen – toekennen aan een tweede pandhouder. Tegen deze achtergrond en gezien het feit dat de omvang van de herverpandingsbe-

voorwaarden mogelijk zou moeten zijn. Door herverpanding met overgang van stemrecht zou het besloten karakter van de vennootschappen doorbroken kunnen worden. Zie: Hamers 1996, p. 62.

⁸⁸⁴ Zie ook: Hamers 1996, p. 62. Omdat bij herverpanding de beslotenheid van de BV of gesloten NV mogelijk in het geding is, meent Hamers dat in dit geval de goedkeuring gegeven moet worden door de algemene vergadering van aandeelhouders, dat in zijn ogen het orgaan is dat moet toezien op dat de beslotenheid van de vennootschap wordt gewaarborgd.

⁸⁸⁵ Breken 2002, p. 369-371. Zie tevens: Visser 2004, p. 202.

voegdheid door de pandgever wordt bepaald⁸⁸⁶, acht Visser het mogelijk dat de pandgever bij toekenning van de herverpandingsbevoegdheid tevens de bevoegdheid toekent om het stemrecht op de aandelen aan de herpandhouder toe te kennen.⁸⁸⁷ Hierbij geldt naar de mening van Visser wel het vereiste dat de bevoegdheid tot toekenning van het stemrecht op de aandelen uitdrukkelijk door de aandeelhouder/pandgever aan de pandhouder moet zijn verleend.⁸⁸⁸ Is over toekenning van het stemrecht bij herverpanding niets bepaald of afgesproken, dan zal de pandhouder/herpandgever het stemrecht op de aandelen niet kunnen toekennen aan de herpandhouder.⁸⁸⁹

De tweede situatie, waarin bij vestiging van het oorspronkelijke pandrecht op aandelen het stemrecht wél aan de pandhouder is toegekend, wordt door Breken niet besproken.⁸⁹⁰ Visser schrijft dat toekenning van het stemrecht aan de herpandhouder in deze situatie – naar zijn mening – niet mogelijk is. Visser neemt voor zijn argumentatie opnieuw de wettelijke regeling van artikel 2:89 en 2:198 BW als uitgangspunt. Indien de aandeelhouder bij vestiging van het oorspronkelijke pandrecht het stemrecht heeft toegekend aan de pandhouder, kan hij dit zelf niet meer uitoefenen en/of toekennen. Visser meent dat de aandeelhouder om die reden niet (langer) de pandhouder de bevoegdheid kan toekennen om het stemrecht aan de herpandhouder toe te kennen.⁸⁹¹ Dit brengt Visser tot de conclusie dat de pandhouder in deze situatie niet bevoegd is om het stemrecht aan de herpandhouder toe te kennen.⁸⁹² Ik zie echter niet in wat eraan in de weg staat

⁸⁸⁶ De herverpandingsbevoegdheid vindt immers zijn basis in artikel 3:242 BW en de ondubbelzinnige toekenning door de pandgever, aldus Visser. Zie: Visser 2004, p. 202.

⁸⁸⁷ Visser 2004, p. 202. Toekenning van de bevoegdheid om het stemrecht bij herverpanding aan de herpandhouder toe te kennen, doet op zich zelf het stemrecht nog niet overgaan. Aangenomen kan worden dat de aandelen het stemrecht op de aandelen kan uitoefenen tot het moment waarop de pandhouder/herpandgever het herpandrecht op de aandelen vestigt met toekenning van het stemrecht aan de herpandhouder. Zie: Visser 2004, p. 203.

⁸⁸⁸ Artikel 3:242 BW geeft op zichzelf – zoals Visser terecht opmerkt – geen wettelijke bevoegdheid tot toekenning van het stemrecht door de pandhouder/herpandgever aan de herpandhouder. De bevoegdheid om in het kader van herverpanding van aandelen het stemrecht op die aandelen aan de herpandhouder toe te kennen, moet aldus uitdrukkelijk – of in de bewoordingen van artikel 3:242 BW: "ondubbelzinnig" – aan de pandhouder zijn toegekend. Zie: Visser 2004, p. 204

⁸⁸⁹ Visser 2004, p. 203. Vergelijk: paragraaf 4.2.1.1.

⁸⁹⁰ Indien de redenering van Breken wordt gevolgd dat de pandhouder/herpandgever een verderstrekkend herpandrecht dan het oorspronkelijke pandrecht kan vestigen, zou de conclusie gelijk moeten zijn als in de eerste situatie, i.e. de pandhouder kan stemrecht aan de herpandhouder toekennen, ongeacht of hij zelf stemrecht op de aandelen heeft.

⁸⁹¹ Visser 2004, p. 203-204.

⁸⁹² Visser 2004, p. 204. Visser merkt in dit verband op dat de pandhouder het stemrecht ook niet op de pandhouder kan doen overgaan in de zin van artikel 2:89/2:198 lid 3 BW, omdat de herpandhouder niet kan worden geacht in de rechten van de pandhouder te treden. De herpandhouder verkrijgt immers een nieuw, zelfstandig pandrecht. Indien de statuten van de vennootschap dit toelaten, zou de pandhouder hooguit een volmacht tot uitoefening van het stemrecht aan de herpandhouder kunnen geven. Zie: Visser 2004, p. 204.

dat een aandeelhouder/pandgever gelijktijdig met vestiging van het oorspronkelijke pandrecht en toekenning van stemrecht aan de pandhouder – in het kader van de toekenning van de herverpandingsbevoegdheid – uitdrukkelijk de bevoegdheid aan de pandhouder verleend om bij herverpanding het stemrecht aan de herpandhouder toe te kennen. Ook in dat geval zou toekenning van het stemrecht door de pandhouder/herpandgever aan de herpandhouder mogelijk moeten zijn.⁸⁹³ Op grond van het voorgaande kan worden aangenomen dat toekenning van stemrecht aan een herpandhouder in de praktijk niet eenvoudig zal zijn. Dit geldt niet in de laatste plaats omdat voor overgang van het stemrecht van de pandhouder op een ander – bijvoorbeeld: een herpandhouder – steeds de goedkeuring door het aangewezen vennootschappelijke orgaan is vereist.⁸⁹⁴

⁸⁹³ Het voorgaande laat onverlet dat het krachtens de bewoordingen van artikel 2:198 lid 3 BW mogelijk zou moeten zijn dat de aandeelhouder zelf (i.e. de oorspronkelijk pandgever) rechtstreeks aan de herpandhouder het stemrecht op de aandelen toekent door middel van een tussen de aandeelhouder en herpandhouder gesloten schriftelijke overeenkomst. Deze mogelijkheid laat ik in hier verder rusten, nu deze bespreking is gericht op de vraag of de pandhouder/herpandgever aan de herpandhouder het stemrecht op de hem verpande aandelen kan toekennen.

⁸⁹⁴ Zie: art. 2:89 lid 3 BW en art. 2:198 lid 3 BW.

7 VERGELIJKING MET ANDERE RECHTSFIGUREN

7.1 Inleiding

Na een uiteenzetting van de kenmerken van herverpanding onder artikel 3:242 BW in hoofdstuk 4 en de daaropvolgende bespreking van de praktische toepassing en knelpunten in hoofdstukken 5 en 6, richt ik mij in de volgende twee hoofdstukken op de plaats van de rechtsfiguur herverpanding in het goederenrechtelijke systeem.

In dit hoofdstuk zal herverpanding worden vergeleken met andere rechtsfiguren. Daartoe verken ik allereerst de raakvlakken tussen herverpanding en andere vormen van verpanding, zoals meervoudige verpanding door de pandgever, verpanding van een door pandrecht gecureerde vordering en derdenpand.⁸⁹⁵ Tevens sta ik stil bij de rechtsfiguur van oneigenlijke pandrecht, zoals die in de doctrine onder het Oud BW werd onderscheiden. Vervolgens ga ik in op een Europese ontwikkeling op het gebied van het zekerhedenrecht, namelijk de financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht zoals deze is geïntroduceerd door de Richtlijn nr. 2002/47/EG van 6 juni 2002 betreffende de financiële zekerheidsovereenkomsten (de "Collateral Richtlijn"). In het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht kan aan de pandhouder een gebruiksrecht (*right of use*) worden toegekend dat hem de bevoegdheid geeft om de aan hem verpande financiële activa te gebruiken en hierover te beschikken, bijvoorbeeld door hierop een pandrecht te vestigen. De gelijkenis met herverpanding dringt zich hier op. In paragraaf 7.6.4 staat dan ook de vergelijking tussen het gebruiksrecht bij een fzo-pandrecht en herverpanding in de zin van artikel 3:242 BW centraal.

7.2 Meervoudige verpanding

De eerste rechtsfiguur waarmee herverpanding raakvlakken heeft, is de meervoudige verpanding. Hiermee doel ik op de situatie dat de pandgever meerdere pandrechten vestigt op een hem toebehorende goed. Na een kort uiteenzetting

⁸⁹⁵ De theoretische figuur van '*onderverpanding*' – i.e. verpanding van een pandrecht zelf – laat ik in dit hoofdstuk onbesproken. Naar huidig vermogensrecht is het vestigen van een pandrecht op een pandrecht immers niet mogelijk. Een pandrecht is als afhankelijk recht in de zin van artikel 3:7 BW niet zelfstandig overdraagbaar, hetgeen op grond van artikel 3:228 BW een vereiste is voor de verpandbaarheid van een goed. Voor een bespreking van onderverpanding ten opzichte van herverpanding verwijs ik naar onder meer: Zwolve 1994, p. 443 e.v.; Koopal 1995, p. 777; en Stein (*Vermogensrecht*), aant. 19.1 bij art. 3:242 BW.

van meervoudige verpanding en de rechtsgevolgen daarvan, bespreek ik de overeenkomsten en verschillen van meervoudige verpanding met herverpanding.

7.2.1 *Meervoudige verpanding in het algemeen*

Een pandgever die een pandrecht heeft gevestigd op een hem toebehorend goed, blijft als eigenaar/rechthebbende beschikkingsbevoegd ten aanzien van dit goed. Hij kan het goed aldus vervreemden en opnieuw bezwaren. Hierbij moet worden opgemerkt dat, nu op het goed een beperkt recht van pand rust, hij slechts over het goed kan beschikken onder bezwaring van het pandrecht. Dit volgt uit het *nemo plus*-beginsel.⁸⁹⁶ De pandgever kan het reeds door hem verpande goed vervreemden, aldus dat de verkrijger het goed in beginsel onder last van het daarop rustende pandrecht verkrijgt. In gelijke zin kan de pandgever het reeds verpande goed opnieuw met een pandrecht bezwaren, waarbij de houder van dit tweede pandrecht de rechten van de eerste pandhouder zal moeten respecteren. Het eerste pandrecht zal in rang boven het tweede pandrecht gaan.

Bij meervoudige verpanding ontstaat derhalve een rangorde, die in beginsel wordt bepaald door het prioriteitsbeginsel.⁸⁹⁷ De pandrechten nemen rang naar het tijdstip van vestiging. Dit brengt mee dat een reeds op een goed rustend (eerste) pandrecht in rang gaat boven een (tweede) pandrecht dat op een later moment op datzelfde goed wordt gevestigd.⁸⁹⁸ De tweede pandhouder zal de eerste pandhouder als hoger gerangschikt voor zich moeten dulden zowel in de uitoefening van (executie)bevoegdheden⁸⁹⁹ als bij verdeling van een executieopbrengst of een geïnde vordering⁹⁰⁰.

7.2.2 *Vergelijking met herverpanding*

Bij een vergelijking tussen meervoudige verpanding en herverpanding kan een aantal overeenkomsten en verschillen worden genoemd. Een overeenkomst die direct in het oog springt, betreft het pandobject. In beide gevallen wordt het pandobject – een aan de pandgever toebehorend goed – met meer dan één pand-

⁸⁹⁶ Het *nemo plus*-beginsel (naar het adagium van Ulpianus in D. 50,17,54 "*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*") houdt in dat niemand meer recht aan een ander kan overdragen dan hij zelf heeft.

⁸⁹⁷ Op grond van het prioriteitsbeginsel gaan oudere beperkte rechten voor jongere beperkte rechten. Zie hierover uitgebreider: paragraaf 8.5.1. Uitzonderingen op het prioriteitsbeginsel treft met in onder meer artikel 3:229 BW en artikel 3:238 lid 2 BW.

⁸⁹⁸ Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 128; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 780 e.v.; en Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 514.

⁸⁹⁹ Zie onder meer: art. 3:237 lid 3 (afgifte vuistloos pand), art. 3:246 lid 3 (inningbevoegdheid vordering) en art. 3:248 lid 3 (executoriale verkoop met handhaving van hoger gerangschikte pandrechten).

⁹⁰⁰ Zie: art. 3:253 BW respectievelijk art. 3:255 BW.

recht bezwaard. In geval van meervoudige verpanding zijn dit het eerste en het tweede pandrecht⁹⁰¹; in geval van herverpanding het oorspronkelijke pandrecht en het herpandrecht. In beide gevallen is het pandobject verbonden tot zekerheid voor meer dan één schuld. In het schoolvoorbeeld van meervoudige verpanding vestigt pandgever (A) een eerste pandrecht ten gunste van eerste pandhouder (B) tot zekerheid van de vordering (BA), en vervolgens een tweede pandrecht ten gunste van tweede pandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CA). Het pandobject is daarmee voor zowel vordering (BA) als vordering (CA) verbonden. Bij herverpanding vestigt pandgever (A) op een hem toebehorend goed een oorspronkelijk pandrecht ten gunste van pandhouder (B) tot zekerheid van de vordering (BA), ter gelegenheid waarvan hij (B) de herverpandingsbevoegdheid toekent. Pandhouder/herpandgever (B) vestigt vervolgens een herpandrecht op hetzelfde goed ten gunste van herpandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CB). Het (her)pandobject is daarmee voor zowel vordering (BA) als vordering (CB) verbonden.

Uit voorgaande illustratie blijkt meteen een wezenlijk verschil tussen herverpanding en meervoudige verpanding. Bij meervoudige verpanding vestigt de pandgever de twee pandrechten in de regel voor twee eigen schulden – namelijk de vorderingen (BA) en (CA) in het voorbeeld – terwijl bij herverpanding de pandhouder/herpandgever het herpandrecht in de regel vestigt voor een eigen schuld – de vorderingen (CB) in het voorbeeld. Dit brengt mee dat bij herverpanding het oorspronkelijk pandrecht en herpandrecht tot zekerheid strekken van schulden van twee verschillende partijen, namelijk: pandgever (A) en herpandgever (B). Bij meervoudige verpanding strekken de twee pandrechten juist tot zekerheid van schulden van één partij, namelijk: pandgever (A). Ik merk op dat dit verschil zich niet in alle gevallen zal voordoen. Het is bij meervoudige verpanding immers niet noodzakelijk dat de pandgever het tweede pandrecht voor een eigen schuld vestigt; evenmin als het bij herverpanding noodzakelijk is dat de pandhouder/herpandgever het herpandrecht voor een eigen schuld vestigt. Beiden kunnen het tweede pandrecht of herpandrecht ook voor een schuld van een ander vestigen. In dat geval is het tweede pandrecht of herpandrecht een derdenpandrecht, welke figuur in paragraaf 7.3 nader wordt besproken. In dit verband volsta ik met de observatie dat door middel van meervoudige verpanding eenzelfde doel kan worden bereikt als door middel van herverpanding, te weten: het vestigen van goederenrechtelijke zekerheid ten gunste van een achterliggende crediteur (de 'herpandhouder'). De pandgever kan immers een tweede pandrecht vestigen

⁹⁰¹ Ik beperk mij in deze bespreking tot de situatie waarin de pandgever twee pandrechten op een goed vestigt. Een pandgever kan uiteraard ook meer dan twee pandrechten op een goed vestigen. In dat geval geldt het navolgende in gelijke zin.

tot zekerheid van de vordering van de 'herpandhouder' op bijvoorbeeld de eerste pandhouder.⁹⁰²

Een ander verschil tussen meervoudige verpanding en herverpanding houdt verband met de partij die het tweede pandrecht respectievelijk het herpandrecht vestigt. Deze partij is immers niet in beide gevallen dezelfde. Bij meervoudige verpanding wordt het tweede pandrecht – gelijk het eerste pandrecht – door de pandgever (eigenaar/rechthebbende) gevestigd, terwijl bij herverpanding het herpandrecht – anders dan het door de pandgever gevestigde oorspronkelijke pandrecht – door de pandhouder/herpandgever wordt gevestigd. De tot herverpanding bevoegde pandhouder vestigt immers in eigen naam een pandrecht op het hem verpand goed.⁹⁰³ Herverpanding moet derhalve worden onderscheiden van meervoudige verpanding door de pandgever zelf, maar ook van meervoudige verpanding waarbij het tweede pandrecht door een onmiddellijk vertegenwoordiger van de pandgever wordt gevestigd. Het is immers denkbaar dat de pandgever (eigenaar/rechthebbende) een ander een volmacht geeft om in zijn naam een tweede pandrecht te vestigen.⁹⁰⁴ In dat geval wordt het tweede pandrecht door een gevolmachtigde van de pandgever gevestigd, maar heeft de volmachtgever (eigenaar/rechthebbende) – juridisch gezien – als de pandgever van dit tweede pandrecht te gelden.⁹⁰⁵

Tot slot is een verschil tussen meervoudige verpanding en herverpanding gelegen in de rang die de pandrechten in beide gevallen onderling innemen. Zoals hiervoor besproken, wordt de rangorde van pandrechten bij meervoudige verpanding in beginsel beheerst door het prioriteitsbeginsel. Van een rangwisseling – zoals bij herverpanding – is geen sprake.⁹⁰⁶ Het op een later moment door de pandgever gevestigde, tweede pandrecht neemt derhalve rang na het eerder op het goed gevestigde, eerste pandrecht. Bij herverpanding is dit anders. Bij herverpanding vindt immers een rangwisseling plaats tussen het oorspronkelijke

⁹⁰² Daarmee verkrijgt de 'herpandhouder' goederenrechtelijke zekerheid in de vorm van een tweede pandrecht op een goed van de pandgever. Anders dan bij herverpanding, is dit pandrecht rechtstreeks gevestigd door de pandgever en zal het in de regel rang nemen ná het reeds bestaande, eerste pandrecht van de eerste pandhouder. In deze zin is de goederenrechtelijke zekerheid dus niet gelijk aan een herpandrecht, waarbij een rangwisseling optreedt. Mogelijk dat door middel van een rangregeling naar model van artikel 3:262 BW – met uitdrukkelijke instemming van de eerste pandhouder en eventuele, andere beperkt (zekerheids)gerechtigden – de rang van dit tweede pandrecht ten opzichte van het eerste pandrecht kan worden gewijzigd. Zie: paragraaf 8.5.1. Onzeker is of bij pand een dergelijke rangregeling mogelijk is.

⁹⁰³ Zie over de bevoegdheid van de pandhouder/herpandgever en de totstandkoming van het herpandrecht: paragraaf 8.2 en 8.3.

⁹⁰⁴ Zie uitgebreider: paragraaf 8.2.2.

⁹⁰⁵ De door de onmiddellijk vertegenwoordiger verrichte rechtshandeling wordt immers aan de pandgever (als volmachtgever) toegerekend.

⁹⁰⁶ Van een rangwisseling is slechts sprake in de uitzonderingssituaties zoals in art. 3:229 lid 2 BW en art. 3:238 lid 2 BW. Zie hierover: paragraaf 8.5.1.

pandrecht en het herpandrecht. In afwijking van het prioriteitsbeginsel gaat het later gevestigde herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht. Zoals besproken in paragraaf 4.3.1.2, heeft deze rangwisseling tot gevolg dat het herpandrecht de plaats van de oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst in geval meer pandrechten op het (her)pandobject rusten – tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering.

Resumerend kan worden opgemerkt dat meervoudige verpanding en herverpanding een overeenkomst vertonen wat betreft het pandobject. In beide gevallen rusten meerdere pandrechten op één goed. In beide gevallen wordt dit pandobject verbonden tot zekerheid van verschillende vorderingen, waarbij het ingeval van meervoudige verpanding gaat om – in de regel – vorderingen op de pandgever, terwijl het bij herverpanding gaat om vorderingen op twee verschillende partijen. Meervoudige verpanding en herverpanding verschillen daarnaast wat betreft de partij die de meerdere pandrechten vestigt en de rangorde die deze pandrechten onderling innemen.

7.3 Derdenpand

De tweede rechtsfiguur waarmee herverpanding kan worden vergeleken is derdenpand. Van derdenpand is sprake indien een pandrecht tot zekerheid strekt van een schuld van een ander dan de pandgever. Ik zet hierna de figuur van derdenpand kort uiteen, waarna ik de overeenkomsten en verschillen met herverpanding bespreek.

7.3.1 Derdenpand in het algemeen

De schuldenaar van een vordering en de persoon wiens goed tot zekerheid van die vordering is verbonden, behoeven niet noodzakelijkerwijs dezelfde persoon te zijn. Een pandrecht kan namelijk ook tot zekerheid van een schuld van een ander dan de pandgever c.q. eigenaar/rechthebbende van het pandobject strekken. Dit volgt uitdrukkelijk uit artikel 3:231 lid 1 BW (laatste zin). Een pandrecht kan worden gevestigd tot zekerheid van een vordering van de pandhouder op de pandgever, maar ook tot zekerheid van een vordering van de pandhouder op een ander. Indien een goed is verbonden voor een schuld van een ander, spreekt men van derdenpand.⁹⁰⁷

⁹⁰⁷ Zie over derdenpand uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 66 e.v.; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 757; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 513.

Derdenpand ontstaat niet alleen wanneer een partij (de derdenpandgever) een hem toebehorend goed in pand geeft voor de schuld van een ander⁹⁰⁸, maar ook wanneer een met een pandrecht bezwaard goed wordt overgedragen. In dat geval ontvangt de verkrijger immers het goed onder bezwaring van het beperkte recht van pand, welk pandrecht tot zekerheid van een schuld van een ander – in de regel de vervreemder/pandgever – strekt. Tot slot kan een derdenpand ontstaan als gevolg van schuldoverneming (art. 6:155 BW). In dat geval wordt de schuld tot zekerheid waarvan het pandrecht is gevestigd, aan de zijde van de debiteur overgenomen door een ander dan de pandgever, met als gevolg dat het pandrecht tot zekerheid strekt voor een schuld van een ander dan de pandgever.

De wet bevat slechts enkele bepalingen met betrekking tot derdenpand.⁹⁰⁹ Een pandgever die niet tevens schuldenaar is, is aansprakelijk voor waardevermindering van het pandobject, voor zover de waarborg van de schuldeiser daardoor in gevaar wordt gebracht en de pandgever of de persoon waarvoor deze aansprakelijk is, een verwijt kan worden gemaakt (art. 3:233 lid 1 BW).⁹¹⁰ In dit geval is met toepassing van artikel 6:103 BW een veroordeling tot herstel of het stellen van aanvullende zekerheid mogelijk. Evenzeer is denkbaar dat pandgever en pandhouder zijn overeengekomen dat de schuld in dit geval opeisbaar wordt.⁹¹¹ De door hem ten behoeve van het goed – anders dan voor onderhoud daarvan⁹¹² – gemaakte kosten, kan een derdenpandgever terugvorderen van de pandhouder, indien deze zich op het goed heeft verhaald en voor zover deze kosten tot een hogere executieopbrengst hebben geleid (art. 3:233 lid 2 BW). Indien voor een bepaalde vordering zowel goederen van de schuldenaar zélf als die van een derde zijn verpand, kan de derde in geval van executie verlangen dat de goederen van de schuldenaar mede in de verkoop worden begrepen en het eerst worden verkocht (art. 3:234 lid 1 BW). Men noemt dit het "*voorrecht van eerdere uitwinning*".⁹¹³ Op laatstgenoemde regeling kom ik hierna terug.

⁹⁰⁸ Bij situaties van derdenzekerheid kan men bijvoorbeeld denken aan ouders die hun huis verhypothekeren voor een schuld van een van hun kinderen, of een bestuurder van een vennootschap die een goed uit zijn privé-vermogen verpandt voor een krediet van de vennootschap. Ook in concernverhouding is zekerheidstelling door derden denkbaar, bijvoorbeeld indien dochtervennootschappen die hun activa verpanden tot zekerheid van een schuld van de moedervennootschap. Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 66.

⁹⁰⁹ Zie uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 69 e.v.; en Stein (*Vermogensrecht*), aantekeningen bij art. 3:233 BW en art. 3:234 BW.

⁹¹⁰ Artikel 3:233 BW spreekt van een *pandgever*, waaruit kan worden afgeleid dat het alleen betrekking heeft op de situatie waarin een derdenpandgever een pandrecht voor een schuld van een ander vestigt en niet op situatie waarin een derdenpand op een andere wijze – zoals door overdracht van een verpand goed – ontstaat.

⁹¹¹ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 757.

⁹¹² Het gaat hier om kosten tot verbetering van het pandobject

⁹¹³ Zie over deze bepalingen tevens: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 757; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 513; en Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 69 e.v.

Het is van belang te realiseren dat een derde wiens goed verbonden is voor een schuld van een ander, geen (mede)schuldenaar van de betreffende schuld wordt.⁹¹⁴ Indien de schuldenaar in gebreke is met voldoening van de geseceureerde vordering, kan de derdenpandgever⁹¹⁵ niet worden verplicht deze schuld – dat wil zeggen: de geseceureerde vordering – te voldoen. In dat geval kan de pandhouder echter wel het verpande goed uitwinnen. De derdenpandgever zal deze executie moeten dulden.⁹¹⁶ In het kader van (dreigende) executie door de pandhouder heeft een derdenpandgever uit hoofde van die hoedanigheid een aantal rechten en bevoegdheden. Zo heeft hij ingeval van een dreigende executie door de pandhouder, allereerst de mogelijkheid het derdenpand te lossen door voldoening van de geseceureerde vordering, in welk geval hij wordt gesubrogeerd in de vordering van de pandhouder op de schuldenaar (art. 6:150 sub (b) BW).⁹¹⁷ De kwalificatie als derdenpand brengt – zoals hiervoor al kort besproken – tevens mee dat de derdenpandgever ingeval van executie door de pandhouder kan verlangen dat eventueel tevens verpande of verhypothekeerde goederen van de schuldenaar zelf in de verkoop worden betrokken en eerst worden verkocht (art. 3:234 lid 1 BW).⁹¹⁸ Komt het evenwel op een executoriale verkoop van het pandobject aan, dan verliest de derdenpandgever na de levering aan de koper ter executie de eigendom van het pandobject. Ook wanneer het aan de derdenpandgever toebehorend pandobject wordt uitgewonnen voor de vordering van de pandhouder op de schuldenaar, gaat deze vordering bij wege van subrogatie op de derdenpandgever over (art. 6:150 sub (a) BW).⁹¹⁹

7.3.2 Vergelijking met herverpanding

Wanneer derdenpand met de situatie van herverpanding wordt vergeleken, springt een aantal overeenkomsten en verschillen in het oog. De belangrijke overeenkomst tussen beide rechtsfiguren is dat in beide gevallen een goed wordt

⁹¹⁴ De pandgever ('derde' in het kader van het herpandrecht) heeft zich immers niet verbonden de schuld van de ander te voldoen. Zie onder meer: 3:233 lid 1 BW, waarin wordt gesproken van "*de pand- of hypotheekhouder die niet tevens de schuldenaar is*". Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 67.

⁹¹⁵ Ik spreek voor de leesbaarheid hier van "*derdenpandgever*". Onder deze term – die strikt genomen niet in alle gevallen op zijn plaats is – moet hierna tevens een derde wiens goed voor de schuld van een ander is verbonden (zonder dat hij zelf het derdenpandrecht op zijn goed heeft gevestigd), worden begrepen.

⁹¹⁶ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 67.

⁹¹⁷ Op grond van artikel 6:150 sub (b) BW, gaat een vordering bij wege van subrogatie over op een derde indien hij de vordering voldoet omdat een hem toebehorend goed voor de vordering verbonden is. De derdenpandgever kan dit overigens te allen tijde doen. Van een dreigende executie behoeft strikt genomen geen sprake te zijn.

⁹¹⁸ Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 69; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 513.

⁹¹⁹ Op grond van artikel 6:150 sub (a) BW, gaat een vordering bij wege van subrogatie over op een derde indien een hem toebehorend goed voor de vordering wordt uitgewonnen.

verbonden voor een schuld van een ander dan de eigenaar/rechthebbende. Zoals bij derdenpand een pandrecht wordt gevestigd tot zekerheid van een schuld van een ander dan de derdenpandgever (eigenaar/rechthebbende van het pandobject), wordt bij herverpanding een herpandrecht gevestigd tot zekerheid van een schuld van een ander dan de oorspronkelijke pandgever (eigenaar/rechthebbende van het (her)pandobject). In de regel wordt het herpandrecht immers gevestigd voor een schuld van de pandhouder/herpandgever c.q. voor een schuld van een ander.⁹²⁰

Aanzien bij herverpanding een aan de oorspronkelijk pandgever toebehorend goed wordt verbonden voor een schuld van – in de regel – de pandhouder/herpandgever, heeft een herpandrecht ten opzichte van de oorspronkelijk pandgever (eigenaar/rechthebbende van het herpandobject) het karakter van een derdenpandrecht. In het kader van het herpandrecht neemt de oorspronkelijk pandgever de positie in van derde wiens goed voor een schuld van een ander (i.e. de herpandgever of een derde) is verbonden.⁹²¹ Door vestiging van het herpandrecht op een hem toebehorend goed wordt de pandgever geen (mede)schuldenaar van de herpandschuld.⁹²² Wanneer de schuldenaar in verzuim is met voldoening van de door het herpandrecht gezekerde vordering, kan de herpandhouder het verbonden goed van de oorspronkelijk pandgever uitwinnen, hetgeen de oorspronkelijk pandgever zal moeten dulden. In geval van dreigende executie heeft de pandgever evenwel de mogelijkheid het herpandrecht te lossen door voldoening van de herpandschuld, in welk geval hij wordt gesubrogeerd in de vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever (art. 6:150 sub (b) BW). Deze vordering zal de pandgever onder voorwaarden kunnen verrekenen met zijn eigen pandschuld aan de pandhouder/herpandgever.⁹²³

De kwalificatie van het herpandrecht als derdenpand brengt overigens niet mee dat de pandgever – de 'derde' in het kader van het herpandrecht – aansprakelijk is voor waardevermindering van het pandobject op grond van artikel 3:233 BW. De oorspronkelijk pandgever geldt ten aanzien van het herpandrecht immers niet

⁹²⁰ Ik laat hier de mogelijkheid dat het herpandrecht wordt gevestigd voor een schuld van de oorspronkelijk pandgever buiten beschouwing. In dat geval kwalificeert het herpandrecht overigens op zijn beurt weer als derdenpandrecht. Zie: paragraaf 4.2.3.

⁹²¹ Zie tevens: Koopal 1995, p. 775; en Breken 2002, p. 375-376. Zoals reeds opgemerkt, is het herpandrecht vanuit het perspectief van de pandgever een derdenpand: het aan de oorspronkelijk pandgever toebehorende goed wordt verpand voor een schuld van een ander (i.e. de herpandgever of een derde). Zie uitgebreider over derdenpand onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 66-69.

⁹²² De pandgever ('derde' in het kader van het herpandrecht) heeft zich immers niet verbonden de schuld van de ander te voldoen. Zie onder meer: 3:233 lid 1 BW, waarin wordt gesproken van "*de pand- of hypotheekhouder die niet tevens de schuldenaar is*". Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 67.

⁹²³ Zie over subrogatie en verrekening in geval van executie door de herpandhouder uitgebreider: paragraaf 6.4.

als herpandgever, aangezien de pandhouder/herpandgever het herpandrecht in eigen naam op het aan de oorspronkelijk pandgever toebehorende goed heeft gevestigd.⁹²⁴ De kwalificatie als derdenpand brengt echter wel mee dat de pandgever ingeval van executie door de herpandhouder kan verlangen dat eventueel tevens verpande of verhypothekerde goederen van de schuldenaar zelf (i.e. de pandhouder/herpandgever c.q. een derde) in de executie worden betrokken en eerst worden verkocht (art. 3:234 lid 1 BW).⁹²⁵ De pandgever zou ook uitwinning van het hem toebehorende goed door de herpandhouder kunnen voorkomen door de vordering van de herpandhouder te voldoen. Daarbij gaat de vordering van de herpandhouder bij wege van subrogatie over op de pandgever (art. 6:150 sub (b) BW).⁹²⁶ Komt het evenwel op executie van het herpandobject aan, dan gaat daarbij de eigendom van het goed voor de pandgever verloren. Ook wanneer het aan de pandgever toebehorend herpandobject voor de vordering van de herpandhouder wordt uitgewonnen, gaat deze vordering bij wege van subrogatie over op de pandgever (art. 6:150 sub (a) BW).⁹²⁷

Een belangrijk verschil tussen een (gevestigd) derdenpandrecht en een herpandrecht is dat het ene wel, en het andere niet door de eigenaar/rechthebbende van het pandobject wordt gevestigd. Bij derdenpand vestigt de eigenaar/rechthebbende zelf een pandrecht op het hem toebehorende goed tot zekerheid van een schuld van een ander. Hij is daarmee derdenpandgever. Bij herverpanding daarentegen vestigt niet de oorspronkelijk pandgever (eigenaar/rechthebbende), maar de pandhouder/herpandgever het herpandrecht. De pandhouder/herpandgever is daarmee de herpandgever én – in de regel – de schuldenaar van de herpandschuld.⁹²⁸ Voor de goede orde merk ik op dat van herverpanding geen sprake is indien een pandhouder – tot zekerheid van zijn schuld of een schuld van een derde – in naam van de pandgever een pandrecht vestigt op het reeds eerder aan hemzelf verpande goed.⁹²⁹ Dit betreft immers de vestiging van een derdenpandrecht door een onmiddellijk vertegenwoordiger van de pandgever. De handeling van de gevolmachtigde pandhouder wordt aan de pandgever toegerekend, waardoor – juridisch gezien – de pandgever zelf dit derdenpandrecht vestigt. Bij herverpanding is van enige vorm van (onmiddellijk) vertegenwoordiging van de

⁹²⁴ Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 69.

⁹²⁵ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 69; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 513.

⁹²⁶ Op grond van artikel 6:150 sub (b) BW, gaat een vordering bij wege van subrogatie over op een derde indien hij de vordering voldoet omdat een hem toebehorend goed voor de vordering verbonden is. De pandgever kan dit overigens te allen tijde doen. Van een dreigende executie door de herpandhouder behoeft strikt genomen geen sprake te zijn.

⁹²⁷ Op grond van artikel 6:150 sub (a) BW gaat een vordering bij wege van subrogatie over op een derde indien een hem toebehorend goed voor de vordering wordt uitgewonnen.

⁹²⁸ Ik merk op dat het herpandrecht op zichzelf ook een derdenpandrecht kan zijn. Het herpandrecht kan immers worden gevestigd voor een schuld van de pandhouder/herpandgever, maar ook voor een schuld van een ander. In het laatste geval wordt de pandhouder/herpandgever aangemerkt als pandgever die niet tevens schuldenaar van de vordering is.

⁹²⁹ Zie tevens: Faber 1998, p. 686.

pandgever geen sprake. De pandhouder/herpandgever handelt de herverpanding steeds in eigen naam én voor eigen rekening.⁹³⁰

Afsluitend merk ik op dat een herpandrecht wat haar rechtsgevolgen betreft een grote overeenkomst vertoont met een derdenpandrecht. Bij herverpanding wordt immers een goed in pand gegeven voor een schuld van een ander dan de eigenaar/rechthebbende. Zoals hiervoor besproken, heeft de oorspronkelijk pandgever de wettelijke rechten en bevoegdheden van een partij wiens goed voor een schuld van een ander is verbonden. Alleen wat betreft de vestiging verschilt een herpandrecht van een derdenpandrecht, nu het herpandrecht niet door de eigenaar/rechthebbende (i.e. de oorspronkelijk pandgever) zelf, maar door de pandhouder/herpandgever wordt gevestigd. Zoals in paragraaf 8.2.3 uitgebreider zal worden besproken, kan de herverpandingsbevoegdheid worden opgevat als een contractueel aan de pandhouder toegekende, bijzondere beschikkingsbevoegdheid, namelijk: de bevoegdheid om in eigen naam en voor eigen rekening een derdenpandrecht te vestigen op een goed van de pandgever.

7.4 Verpanding van de gecureerde vordering

In de derde plaats moet herverpanding worden onderscheiden van verpanding van de gecureerde vordering.⁹³¹ Hierbij wordt – anders dan bij meervoudige verpanding, derdenpand en herverpanding het geval is – niet het goed waarop het oorspronkelijke pandrecht rust (i.e. het pandobject), maar juist de door dit oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering verpand. Hierna geef ik eerst een kort overzicht van verpanding van een gecureerde vordering en haar rechtsgevolgen. In aansluiting daarop bespreek ik de overeenkomsten en verschillen met herverpanding.

7.4.1 Verpanding van een gecureerde vordering in het algemeen

Een gecureerde vordering – oftewel: een vordering tot zekerheid waarvan een zekerheidsrecht, zoals een pandrecht⁹³², is gevestigd – kan op haar beurt onderwerp van verpanding zijn. Deze situatie laat zich het best illustreren aan de hand van de volgende casus:

⁹³⁰ Omdat dat de pandhouder/herpandgever in eigen naam handelt, is van vertegenwoordiging – zoals op grond van een volmacht – geen sprake. Omdat de pandhouder/herpandgever tevens voor eigen rekening handelt, is ook van middellijke vertegenwoordiging geen sprake. De pandhouder/herpandgever handelt immers niet voor rekening van oorspronkelijk pandgever (als ware hij zijn principaal). Zie tevens: paragraaf 8.2.3.

⁹³¹ Zie tevens, zonder verdere uitwerking: Koops 2010, p. 205; en Faber 1998, p. 686 (voetnoot 4).

⁹³² In deze bespreking beperk ik mij tot verpanding van een door een pandrecht gecureerde vordering. Het navolgende geldt uiteraard in gelijke zin voor verpanding van een door een recht van hypotheek gecureerde vordering.

Pandgever (A) vestigt ten gunste van pandhouder (B) een pandrecht op een hem toebehorend goed. Dit pandrecht strekt tot zekerheid van de vordering van (BA).⁹³³ Crediteur/pandhouder (B) besluit vervolgens zijn vordering (BA) te verpanden voor een eigen schuld: (B) vestigt ten gunste van (C) een pandrecht op de vordering (BA) tot zekerheid van de vordering (CB). Als gevolg van deze verpanding, verkrijgt (C) een pandrecht op de vordering (BA).

Zoals blijkt uit dit voorbeeld, wordt in dit geval door de crediteur (B) een pandrecht gevestigd op een tot zijn vermogen behorende vordering. Hiertoe is (B) als rechthebbende op de vordering (BA) bevoegd.⁹³⁴ Een vordering kan – zoals besproken in paragraaf 4.2.4.1 – worden verpand op een wijze als bepaald in artikel 3:236 (openbaar pandrecht) en 3:239 BW (stil pandrecht). In dit verband is van belang op te merken dat de te verpanden vordering – of zij nu openbaar of stil wordt verpand – voldoende bepaalbaar moet zijn (art. 3:84 lid 2 BW).⁹³⁵ Een stil pandrecht kan bovendien uitsluitend worden gevestigd op een reeds bestaande vordering of een toekomstige vordering die rechtstreeks zal worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 lid 1 BW). Hierin kan een beperking zijn gelegen, omdat de wettelijke vereisten voor een te verpanden vordering strenger zijn dan die voor een te secureren vordering. Een te secureren vordering kan op grond van artikel 3:231 lid 1 BW immers ook voor een (absoluut) toekomstige vordering worden gevestigd, waarbij op grond van het tweede lid als vereiste geldt dat deze vordering voldoende bepaalbaar is.⁹³⁶

Bij verpanding van de geseceerde vordering verkrijgt de pandhouder (C) primair zekerheid in de vorm van de hem verpande vordering (BA). De pandhouder

⁹³³ Ik ga hier ervan uit dat de geseceerde vordering een vordering van de pandhouder/crediteur (B) op de pandgever/debiteur (B) betreft. Ik laat de mogelijkheid van derdenpand hier buiten beschouwing. Uiteraard kan dit eerste pandrecht ook tot zekerheid strekken van een vordering van de pandhouder (B) op een derde. Dit brengt echter geen verandering in de hierna te bespreken gevolgen.

⁹³⁴ Zie over beschikkingsbevoegdheid nader: paragraaf 8.2.1.

⁹³⁵ Hiervoor is niet nodig dat de vordering *in* de pandakte wordt gespecificeerd. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. De te verpanden vordering moet zodanig zijn aangeduid dat zij valt te herleiden. Zie onder meer: HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (*Rivierenland/Gispem q.q.*), HR 20 september 2002, NJ 2004, 182 (*Mulder q.q./Rabobank*). Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 25 en nr. 810a; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 204; en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

⁹³⁶ Deze bepaalbaarheidseis in artikel 3:231 lid 2 BW dient te worden onderscheiden van de bepaalbaarheidseis in artikel 3:84 lid 2 BW. Bij het bepaalbaarheidsvereiste van artikel 3:231 lid 2 BW gaat het om bepaalbaarheid op het tijdstip van executie. Een ruime omschrijving van de gezeekerde vordering(en) is daarbij mogelijk; voldoende is dat – op het moment van executie – aan de hand van de rechtsverhouding tussen pandgever en pandhouder kan worden vastgesteld tot zekerheid van welke vordering(en) het pandrecht tot verhaal strekt. Zie: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 737. Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 751-752; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 510-511; en Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 46.

is immers bevoegd de hem verpande (gesecureerde) vordering te innen, mits mededeling van de verpanding is gedaan aan de debiteur van de verpande vordering (in casu: A). Bij inning van de verpande vordering door de pandhouder komt diens pandrecht op het geïnde te rusten (art. 3:246 lid 5 BW). Hieruit kan de pandhouder zich verhalen zodra zijn vordering (CB) opeisbaar is geworden (art. 3:248 jo. art. 3:255 BW). Indirect verkrijgt de pandhouder op de gesecureerde vordering tevens zekerheid in de vorm van het pandrecht dat tot zekerheid van de verpande vordering is gevestigd. Pandhouder (C) is niet alleen bevoegd de hem verpande (gesecureerde) vordering te innen, maar ook bevoegd – indien deze vordering niet wordt voldaan – het aan deze vordering verbonden pandrecht uit te oefenen. Hij kan het goed dat tot zekerheid van de (aan hem verpande) vordering (BA) is verpand, executeren en zich met voorrang op de executie-opbrengst verhalen.

De verklaring hiervoor wordt door de meeste auteurs gezocht in het accessoire karakter van pandrecht.⁹³⁷ Een pandrecht is – evenals een recht van hypotheek – een afhankelijk recht (art. 3:7 BW) en een nevenrecht (art. 6:142 BW). Als zodanig is een pandrecht nauw verbonden aan de vordering tot zekerheid waarvan het is gevestigd.⁹³⁸ Dit brengt mee dat een pandrecht de vordering volgt waaraan het is verbonden (art. 3:82 BW). Dit volgt tevens uit artikel 6:142 BW, waarin is bepaald dat bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser, deze tevens de bij de vordering behorende nevenrechten – zoals een pandrecht – verkrijgt.⁹³⁹ Wordt de gesecureerde vordering gecedeerd, dan gaan de aan deze vordering verbonden afhankelijke rechten en nevenrechten mee over op de cessio-naris.⁹⁴⁰ Bij vestiging van een beperkt recht op een gesecureerde vordering zijn voormelde bepalingen – zo wordt algemeen aangenomen – van overeenkomstige

⁹³⁷ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 211; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 825; Stein (*Vermogensrecht*), aant. 32-34 bij art. 3:246 BW. Tevens uitgebreider besproken in: Biemans 2011, nr. 248. Biemans wijst er voorts op dat het feit dat een inningsbevoegde pandhouder en een vruchtgebruiker bevoegd zijn de aan de vordering verbonden pandrechten uit te oefenen onder meer volgt uit het bepaalde in artikel 3:256 BW. Op grond van artikel 3:256 BW is bij het tenietgaan van het pandrecht, de pandhouder of indien op de gesecureerde vordering een beperkt recht rust, de beperkt gerechtigde (i.e. de vruchtgebruiker of pandhouder op die vordering) verplicht een verklaring af te geven dat het pandrecht is geëindigd. Hieruit kan – aldus Biemans – worden opgemaakt dat de pandhouder op een door pand gesecureerde vordering bevoegd kan worden geacht tot uitoefening van de aan de vordering verbonden pandrechten. Zie: Biemans 2011, nr. 244.

⁹³⁸ Zie over het accessoire karakter van pand: paragraaf 8.6.1.

⁹³⁹ Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 749 e.v.; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 47; en Wibier 2009, p. 20-23.

⁹⁴⁰ Indien een door een pandrecht gezeekerde vordering wordt gecedeerd, gaat daarmee tevens het pandrecht over op de cessio-naris. Cessie van een door pandrecht gezeekerde vordering lijkt in resultaat op herverpanding, omdat in beide gevallen een verschuiving van zekerheid in het kader van de kredietverlening kan worden gerealiseerd. Zie: Stein (*Vermogensrecht*), aant. 19.2 bij 3:242 BW.

toepassing.⁹⁴¹ Vestiging van een beperkt recht moet immers worden beschouwd als een vorm van partiële of 'kwalitatieve' overdracht, namelijk overdracht van bepaalde bevoegdheden die deel uitmaken van het moederrecht. Welke bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde worden overgedragen, hangt af van het soort beperkt recht.⁹⁴² De bevoegdheden die op de beperkt gerechtigde overgaan zijn beslissend voor de vraag welke afhankelijke rechten en/of nevenrechten (als zijnde verbonden aan het beperkte recht) op de beperkt gerechtigde overgaan, en welke (als zijnde verbonden aan het hoofdrecht) bij de hoofdgerechtigde blijft.

Bij een pandrecht op een vordering, verkrijgt de pandhouder – naast het recht van parate executie (art. 3:248 BW), voorrang (art. 3:227 lid 1 jo. art. 3:278 BW) en separatisme in faillissement (art. 57 lid 1 Fw) – de bevoegdheid de hem verpande vordering te innen na mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de betreffende vordering (art. 3:246 lid 1 BW) en de bevoegdheid deze vordering door opzegging opeisbaar te maken (art. 3:246 lid 2 BW). Kort en goed, verkrijgt een openbaar pandhouder – tot zekerheid van zijn eigen vordering op de pandgever c.q. een derde – de inningsbevoegdheid ter zake van de hem verpande vordering. Indien deze verpande vordering op haar beurt is gecureerd door een pandrecht, verkrijgt de openbaar pandhouder⁹⁴³ naast de inningsbevoegdheid ter zake van de hem verpande vordering, ook het aan deze inningsbevoegdheid verbonden pandrecht.⁹⁴⁴

⁹⁴¹ Zie onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 211; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 825; en Sniijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 550; Stein (*Vermogensrecht*), aant. 32-34 bij art. 3:246 BW. Zie op dit punt kritisch: Verdaas 2008, p. 279 e.v. In dit verband zij opgemerkt dat de schakelbepaling van artikel 3:98 BW – naar de letter – uitsluitend verwijst naar bepalingen in afdeling 3.4.2 BW. Artikel 3:82 BW – dat in afdeling 3.4.1 BW staat – zou daarmee niet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Deze veronderstelling is echter niet juist. Het bepaalde ten aanzien van overdracht en levering van overeenkomstige toepassing is op grond van de systematiek van boek 3 BW van overeenkomstige toepassing op de vestiging van beperkte rechten. Aangenomen moet worden dat artikel 3:82 BW evenzeer van toepassing is in geval een vordering waaraan afhankelijke rechten zijn verbonden, wordt bezwaard met een beperkt recht. Zie uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 211.

⁹⁴² Zoals bekend, vallen beperkte rechten uiteen in gebruiksrechten (vruchtgebruik, erfdienstbaarheid, erfpacht, opstal) en zekerheidsrechten (pand en hypotheek).

⁹⁴³ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 211. Bij een stil pandrecht op een gecureerde vordering, wordt de pandhouder niet inningsbevoegd ter zake van de verpande vordering (art. 3:246 lid 1 BW). In dat geval blijft de pandgever bevoegd de (stil verpande) vordering te innen, en – indien de vordering niet wordt voldaan – het daaraan verbonden pandrecht uit te oefenen.

⁹⁴⁴ Dit achterliggende pandrecht is immers aan de inningsbevoegdheid van de (op haar beurt verpande) gecureerde vordering verbonden. Het vormt een versterking van het recht op voldoening door de debiteur: indien de gecureerde vordering niet wordt voldaan, kan de crediteur/pandhouder deze vordering op het pandobject te verhalen. Het pandrecht strekt met andere woorden tot zekerheid van inning van de gecureerde vordering.

Men kan er echter over twijfelen of wel sprake is van een *overgang* van het pandrecht op de (openbaar) pandhouder van de gecureerde vordering.⁹⁴⁵ Bij verpanding van de gecureerde vordering blijft de pandgever immers hoofdgerechtigde (crediteur van de gecureerde vordering) en pandhouder van het tot zekerheid van deze vordering gevestigde pandrecht. Het lijkt juister om aan te nemen dat met inningsbevoegdheid ter zake van de gecureerde vordering, tevens de bevoegdheid overgaat om het aan deze vordering verbonden pandrecht (dat ten dienste staat aan de inningsbevoegdheid) uit te oefenen.⁹⁴⁶ Dit sluit ook aan op de in de jurisprudentie aanvaarde uitoefening van nevenrechten door een executoriaal beslaglegger.

In het arrest *Rabobank/Stormpolder* heeft de Hoge Raad de uitoefening van nevenrechten door een executoriaal beslaglegger op een door een hypotheekrecht gecureerde vordering aanvaard.⁹⁴⁷ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat in geval van executoriaal derdenbeslag de beslaglegger gerechtigd is het hypotheekrecht uit te oefenen dat tot zekerheid van de beslagen vordering is gevestigd, in dier voege dat de beslaglegger bij de verdeling van de executieopbrengst van het verhypothekeerde goed voorrang boven alle schuldeisers krijgt.⁹⁴⁸ Hoewel de Hoge Raad met zijn bewoordingen⁹⁴⁹ de indruk wekt dat een beslaglegger uitsluitend profiteert van de hypothecaire voorrang, wordt door de meeste auteurs aangenomen dat de beslaglegger ook profiteert van de andere (verhaals)bevoegdheden die voortvloeien uit het aan de beslagen vordering verbonden hypotheekrecht, zoals het recht van parate executie.⁹⁵⁰ Het arrest *Rabobank/Stormpolder* had betrekking op derdenbeslag op een door een hypotheek gezeekerde vordering. De door de Hoge Raad aanvaarde regel geldt echter evenzeer voor beslag op een door pandrecht gezeekerde vorderingen.⁹⁵¹ Indien execu-

⁹⁴⁵ Zie onder meer: Verdaas 2008, hfdst. 12 en de aldaar aangehaalde literatuur. Zie tevens: Biemans 2011, nr. 249.

⁹⁴⁶ Zie in deze zin uitbreider: Biemans 2011, nr. 245-249.

⁹⁴⁷ HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*). Zie tevens: paragraaf 6.6.2.

⁹⁴⁸ De Hoge Raad oordeelde dat het in overeenstemming is met het in art. 477 Rv in verbinding met art. 477a Rv neergelegde wettelijke systeem, waarin aan de derdenbeslaglegger de bevoegdheid toekomt zijn vordering op de beslaglegger te verhalen door inning van de vordering van de beslagdebiteur op de derde-beslagene, dat de derdenbeslaglegger profiteert van de aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang boven andere schuldeisers die verhaal zoeken op het hypothecair verbonden registergoed. Zie: HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*), r.o. 3.5-3.6.

⁹⁴⁹ De Hoge Raad spreekt van "*aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang*". HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*), r.o. 3.5-3.6.

⁹⁵⁰ Zie ook: Biemans 2011, nr. 245; Verdaas 2008, p. 284 e.v.; Heemstra e.a. 2006, nr. 10; Guillaume 2006, par. 2.3; Van Straaten 2005; S.C.J.J. Kortmann in zijn annotatie bij HR 11 maart 2005, *JOR* 2005, 131 (*Rabobank/Stormpolder*). Anders: Broekveldt 2005, p. 112-113. Vergelijk: H.J. Snijders in zijn noot in *NJ* 2006, 362, nr. 1.

⁹⁵¹ Zie onder meer: H.J. Snijders in zijn noot bij HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 (*Rabobank/Stormpolder*), nr. 2; A.I.M. Van Mierlo in zijn annotatie van hetzelfde arrest in *JIN* 2005, 162. Zie tevens: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 76; Stein (*Vermogensrecht*), aant. 19.4 bij art.

toriaal derdenbeslag op een door een pandrecht gezeekerde vordering wordt gelegd⁹⁵², is de beslaglegger bevoegd het aan de beslagen vordering verbonden pandrecht uit te oefenen. Dit betekent dat de beslaglegger niet alleen bevoegd is om hetgeen hij van de pandhouder te vorderen heeft te verhalen door inning van de beslagen vordering op de derde-beslagene, maar ook bevoegd is om – indien deze vordering niet wordt voldaan – het pandrecht dat aan de beslagen vordering is verbonden, uit te oefenen.

Aangenomen wordt dat de Hoge Raad tot eenzelfde oordeel zou komen ten aanzien van uitoefening van nevenrechten door een inningsbevoegde pandhouder op een geseceureerde vordering.⁹⁵³ Een (openbaar) pandhouder is bevoegd de hem verpande, geseceureerde vordering te innen en – indien deze vordering niet wordt voldaan – het aan (de inningsbevoegdheid ter zake van) deze vordering verbonden pandrecht uit te oefenen. Hij kan het goed dat tot zekerheid van de (aan hem verpande) vordering is verpand, executeren en zich met voorrang op de opbrengst verhalen.

Toegepast op voormelde casus, leidt dit tot het volgende. Indien zijn vordering (CB) niet wordt voldaan, kan pandhouder (C) in de eerste plaats verhaal nemen op de hem verpande vordering (BA). Hij kan – na mededeling van de verpanding aan (A) – nakoming van de vordering (BA) vorderen en betaling van deze vordering in ontvangst nemen. Indien ook deze vordering niet wordt voldaan, kan (C) het tot zekerheid van vordering (BA) gevestigde pandrecht uitoefenen. (C) kan het pandobject – het aan (A) toebehorende goed – uitwinnen en zich met voorrang op de opbrengst verhalen. De pandhouder op de geseceureerde vordering (C) profiteert op deze wijze van het pandrecht dat tot zekerheid van de aan hem verpande vordering (BA) is verbonden.

7.4.2 Vergelijking met herverpanding

Wanneer herverpanding wordt vergeleken met verpanding van een door pandrecht geseceureerde vordering, moet allereerst worden opgemerkt dat het object van het pandrecht c.q. herpandrecht verschilt. Bij herverpanding wordt het oorspronkelijke pandobject aan de herpandhouder (her)verpand. Het object van het

3:242 BW; Biemans 2011, nr. 245; en Rb Amsterdam 13 mei 2009, JOR 2009, 213 (*Bald/Van Boekhold*).

⁹⁵² Dit derdenbeslag wordt gelegd ten laste van de pandhouder/crediteur van de vordering (beslagdebiteur) onder de debiteur van de vordering (derdebislagene). De debiteur van de vordering zal in de regel ook de pandgever van het pandrecht dat tot zekerheid van de beslagen vordering strekt, zijn.

⁹⁵³ Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 550; Stein (Vermogensrecht), aant. 19.4 bij art. 3:242 BW; Biemans 2011, nr. 246; Verdaas 2008, p. 287; die opmerkt dat een redelijke wetsuitleg en een vergelijking met beslag – en niet zozeer het afhankelijke karakter van beperkte zekerheidsrechten – meebrengt dat een inningsbevoegde pandhouder bevoegd is tot uitoefening van zekerheidsrechten die van den verpande vordering afhankelijk zijn.

herpandrecht is het aan de pandgever toebehorende goed. De herpandhouder krijgt aldus een rechtstreeks goederenrechtelijke zekerheidsrecht op het oorspronkelijke pandobject. Bij verpanding van een gecureerde vordering is het pandobject niet – zoals bij herverpanding, meervoudige verpanding en/of derdenpand – het oorspronkelijke pandobject, maar de door het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering. Deze vordering behoort tot het vermogen van de crediteur/pandgever – (B) in het besproken voorbeeld.⁹⁵⁴ Hij is rechthebbende ten aanzien van deze vordering en als zodanig bevoegd om de vordering te bezwaren met een pandrecht. Van verpanden van een aan een ander toebehorend goed is hier – anders dan bij herverpanding – dus geen sprake.

Bij verpanding van een gecureerde vordering verkrijgt de pandhouder indirecte zekerheid in het goed dat tot zekerheid van de (aan hem verpande) gecureerde vordering is verpand. De pandhouder vindt in eerste instantie zekerheid in de vorm van de aan hem verpande vordering (BA): hij is bevoegd – na mededeling van de verpanding aan de debiteur van deze vordering (A) – de vordering (BA) te innen en zich uit het geïnde te voldoen. Pas in tweede instantie vindt de pandhouder zekerheid in het goed dat tot zekerheid van de vordering (BA) is verpand. Indien ook de vordering (BA) niet door debiteur (A) wordt voldaan, kan pandhouder (C) het aan deze vordering verbonden pandrecht uitoefenen. Bij herverpanding ligt dit anders. In dat geval verkrijgt de herpandhouder een rechtstreeks zekerheidsrecht op het oorspronkelijke pandobject. Het aan de pandgever toebehorende goed wordt immers rechtstreeks aan hem (her)verpand door een daartoe bevoegde pandhouder/herpandgever. Wordt de vordering van de herpandhouder niet voldaan, dan kan hij het hem (her)verpande goed uitwinnen en zich op de executieopbrengst verhalen. Van een gelaagde zekerheid zoals bij verpanding van een gecureerde vordering, is bij herverpanding geen sprake.⁹⁵⁵

Zoals in hoofdstuk 6 besproken, is een groot aantal complicaties bij herverpanding – zoals de beschikkingsbevoegdheid, de hoogte van de door het herpandrecht gecureerde vordering, de vergoedingsplicht bij executie van het herpandrecht e.d. – het gevolg van het feit dat de pandhouder/herpandgever het herpandrecht vestigt op een goed dat aan een ander toebehoort. Bij verpanding van een gecureerde vordering doen deze complicaties zich niet voor, juist omdat de pandhouder niet een goed van een ander (i.e. het pandobject), maar een aan hem toebehorende vordering verpand. In de verpanding van de vordering (BA) is

⁹⁵⁴ (B) is crediteur van de gecureerde vordering (BA) en derhalve rechthebbende op deze vordering. (B) is bovendien pandhouder in relatie tot (A), die een pandrecht heeft gevestigd tot zekerheid van de vordering (BA). In relatie met (C) is (B) pandgever; hij vestigt een pandrecht ten gunste van (C) op zijn vorderingen (BA).

⁹⁵⁵ Dit is evenwel een formeel verschil. Per saldo zullen de gelaagde zekerheid bij verpanding van een gecureerde vordering en de rechtstreekse zekerheid bij herverpanding op hetzelfde neerkomen.

crediteur (B) als rechthebbende volledig vrij. Als rechthebbende op de vordering is (B) beschikkingsbevoegd. Voor cessie of verpanding van deze vordering heeft hij niet enige ondubbelzinnig toegekende bevoegdheid van debiteur (A). Bij de vestiging van een pandrecht op de gecureerde vordering doet zich – anders dan bij herverpanding – evenmin een probleem voor met betrekking tot de hoogte van de door dit pandrecht te zekeren vordering en/of de partij ten gunste waarvan het herpandrecht wordt gevestigd.⁹⁵⁶ Het pandrecht op de gecureerde vordering kan voor ieder willekeurige schuld worden gevestigd ten gunste van ieder willekeurige partij.⁹⁵⁷ De debiteur van de te verpanden vordering – (A) in het voorbeeld – heeft daarmee niets te maken. Ook van enige vergoedingsplicht en bijkomende verrekeningsproblematiek is bij verpanding van een gecureerde vordering geen sprake. Het feit dat het initiële pandrecht wordt uitgeoefend door de pandhouder op de (door dit initiële pandrecht) gecureerde vordering, maakt dit niet anders. Uitwinning van dit pandrecht vindt immers plaats voor rekening van de initiële pandschuld, zoals kan worden geïllustreerd aan de hand van hiervoor besproken casus.

Indien het aan (A) toebehorende pandobject wordt uitgewonnen door inningsbevoegde pandhouder (C), vindt deze uitwinning niet plaats voor een schuld van een ander, maar voor een schuld van (A) zelf. Pandhouder (C) kan het pandrecht op het goed van (A) immers alleen executeren, indien (A) in gebreke is met het voldoen van zijn schuld aan (B), ter zake waarvan pandhouder (C) – na mededeling van het pandrecht – inningsbevoegd is geworden. Ondanks het feit dat pandhouder (C) in dit geheel verhaal zoekt voor zijn vordering (CB), vindt de uitoefening van het pandrecht dat als nevenrecht aan de verpande vordering (BA) is verbonden, plaats tot zekerheid van de oorspronkelijke pandschuld (BA). Indien het initiële pandrecht op het goed van (A) wordt uitgewonnen voor de vordering (BA), ontstaat dus geen vergoedingsplicht van pandhouder (B) aan pandgever (A).

Goed beschouwd, is verpanding van een door pandrecht gecureerde vordering een eenvoudige wijze om pandhouder (C) – zij het indirect – goederenrechtelijke zekerheid te verschaffen op een achterliggend goed. Het verbaast dan ook niet dat in romanistische studies erop is gewezen dat 'herverpanding' (*subpignus*) eigenlijk moet worden opgevat als een verpanding van een door een pandrecht gezeekerde vordering.⁹⁵⁸ Door niet het pandobject zelf, maar de door het oor-

⁹⁵⁶ Zie over deze problematiek bij herverpanding: paragraaf 4.2.3 en 4.2.1.3.

⁹⁵⁷ De hoogte van de door dit pandrecht te zekeren vordering zal uiteraard wel worden bepaald door de (executie- c.q. innings)waarde van de in pand gegeven vordering(en).

⁹⁵⁸ Zie: Out 2005, p. 124 e.v.; en tevens Zwolve 1994, p. 446. De Romeinsrechtelijke grondslagen van 'herverpanding' vallen buiten het bestek van dit onderzoek. Hiervoor verwijs ik naar de bespreking van Out in haar proefschrift uit 2005. Zie: Out 2005, p. 116-130. Ik merk in dit verband op dat de thans in artikel 3:242 BW opgenomen wettelijke regeling haar oorsprong niet

spronkelijke pandrecht gezeekerde vordering te verpanden, kan aan hetzelfde zekerheidsbelang als bij herverpanding worden voldaan. Herverpanding wordt algemeen opgevat als een mogelijkheid voor een kredietgever om in zijn eigen kredietbehoefte te voorzien. Door een herpandrecht op hem in pand gegeven goederen te vestigen, kan de pandhouder/herpandgever krediet aantrekken en hiervoor zijn eigen kredietverschaffers solide onderpand verstrekken. Dit kan echter evenzeer door middel van verpanding van geseceerde vordering(en). Een kredietgever/pandhouder kan namelijk ook zekerheid voor een eigen krediet verstrekken in de vorm van zijn vorderingen op debiteuren. Wanneer deze vorderingen op hun beurt door (goederenrechtelijke) zekerheidsrechten zijn gedekt, profiteert de pandhouder op deze geseceerde vordering(en) van deze zekerheidsrechten. Als gevolg kan de kredietgever/pandhouder op de geseceerde vordering(en) op vergelijkbare wijze terugvallen op verbonden goederen, als wanneer deze hem direct waren herverpand – zonder dat daarbij zich de complicaties en risico's voor de oorspronkelijk pandgever voordoen.⁹⁵⁹

Samengevat: het belang dat aan herverpanding ten grondslag ligt, kan dus evengoed door verpanding van een door pandrecht geseceerde vordering worden gediend. Deze wijze is niet alleen eenvoudiger, maar past – zoals hiervoor besproken – ook beter in het goederenrechtelijk systeem.

7.5 Oneigenlijk pandrecht

Herverpanding kan voorts worden afgezet tegen het zogeheten 'oneigenlijk pandrecht'. Onder oneigenlijk pandrecht wordt verstaan een pandrecht waarbij een algemene beschikkingsbevoegdheid – een algemeen gebruiksrecht – aan de pandhouder wordt toegekend. De pandhouder kan de hem in pand gegeven goederen gebruiken onder de verplichting dat hij bij het eindigen van het pandrecht vervangende goederen aan de pandgever retourneert. Hierna zet ik de figuur van oneigenlijk pandrecht kort uiteen, waarna ik op de overeenkomsten en verschillen met herverpanding inga.

7.5.1 *Oneigenlijk pandrecht in het algemeen*

De figuur van oneigenlijk pandrecht is met name onderscheiden in de literatuur onder het Oud BW. Zoals in paragraaf 2.2 uiteengezet, was het in de 19^e en 20^e-eeuwse bancaire praktijk gewoonte om in belenings- en prolongatiecontracten clausules op te nemen met de strekking dat de effecten in de algemene effecten

zoeker vindt in het gerecipieerde Romeinse recht, maar veeleer in de bancaire praktijk van effectenbelening en prolongatie in de 19^e eeuw, zoals in hoofdstuk 2 besproken. Ten onrechte anders: Van den Hoek 2012, p. 417.

⁹⁵⁹ Zie in gelijke zin: Stein (*Vermogensrecht*), aant. 19.4 bij art. 3:242 BW.

voorraad werden opgenomen en nummerverantwoording werd uitgesloten. Deze standaardclausules stelden de bank in staat na afloop van het belenings- of prolongatiecontract gelijksoortige effecten, zij het met andere nummers, aan de cliënt te retourneren. Feitelijk werd de bank in staat gesteld om gedurende de looptijd van het contract de aan haar in belening of prolongatie gegeven – goederenrechtelijk gezien: in pand gegeven – effecten vrijelijk te gebruiken en hierover te beschikken.

In de literatuur werd de vraag opgeworpen of nog wel van pandrecht kon worden gesproken indien de pandhouder een zodanig ruime gebruiks- en beschikkingsbevoegdheid kreeg.⁹⁶⁰ Een pandrecht waarbij aan de pandhouder (feitelijk) een algemeen gebruiksrecht en beschikkingsbevoegdheid werd toegekend, werd aangeduid als een 'oneigenlijk pandrecht' ofwel *pignus irregulare*.⁹⁶¹ Hetgeen een dergelijk pandrecht oneigenlijk maakte, was het feit dat hierbij een eigendomsovergang plaatsvond.⁹⁶² Deze eigendomsovergang hing nauw samen met het feit dat het pandobject (feitelijk) vervangbaar was geworden. Door in hun onderlinge pandovereenkomst nummerverantwoording uit te sluiten, maakten partijen de in pand gegeven effecten, die reeds naar hun aard in hoge mate verwisselbaar waren, tot vervangbare goederen. Dit betrof eerder een feitelijke, dan een juridische vervangbaarheid. Doordat de pandhouder na afloop van het belenings- of prolongatiecontract kon volstaan met het retourneren van gelijksoortige effecten, was de pandhouder feitelijk in staat de hem in pand gegeven goederen vrijelijk te gebruiken en hierover te beschikken.

Juist het vervangbaar maken van het pandobject en uitoefening van de daardoor mogelijk gemaakte gebruiks- en beschikkingsbevoegdheid door de pandhouder had een eigendomsovergang van pandgever op pandhouder tot gevolg. Over het moment van eigendomsovergang bestond in de literatuur verschil van mening: was dit het moment van inpandgeving of het moment waarop de pandhouder beschikkingshandelingen ten aanzien van het pandobject verrichtte?⁹⁶³ Voor de door Scholten⁹⁶⁴ verdedigde opvatting is wellicht het meest te zeggen. Eigendomsovergang vond niet reeds plaats door inpandgeving met de bevoegdheid tot nummerverwisseling – voor zover daarmee niet tevens een oneigenlijke vermen-

⁹⁶⁰ Zie: paragraaf 2.3.3.1.

⁹⁶¹ Zie onder meer: Eggens 1929, p. 547; Losecaat Vermeer 1928, p. 49-51; Van Nierop 1928, p. 5 e.v.; en Pitlo 1951, p. 384.

⁹⁶² Hiermee kreeg de figuur – aldus de meeste auteurs – het karakter van een fiduciaire eigendomsoverdracht. De figuur werd dan ook vergeleken met een op de Romeinsrechtelijke *fiducia* gelijkende zekerheidsoverdracht. Zie onder meer: Delprat 1894, p. 59; Asser/Scholten 1905, p. 333; Van Goedoever 1901, p. 287. Zie tevens: Wertheim 1935, p. 44-48; en Asser/Van Oven 1967, p. 84.

⁹⁶³ De problematiek van oneigenlijke vermenging stond centraal in het arrest HR 12 januari 1968, AA 1968, p. 144 en NJ 1968, 274 (*Teixeira de Mattos*). Zie: paragraaf 2.4.1.4.

⁹⁶⁴ Asser/Scholten 1927, p. 402.

ging plaatsvond⁹⁶⁵ – maar doordat de pandhouder van die bevoegdheid gebruik maakte. Vervreemde of verpandde de pandhouder op enig moment de hem in pand gegeven goederen, dan ging daarmee de eigendom voor de pandgever verloren.⁹⁶⁶ Pas op het moment dat de pandhouder na afloop van vervangbare goederen – bijv. een gelijk aantal effecten van dezelfde soort en waarde (doch met een ander nummer) als de oorspronkelijk in pand gegeven effecten – aan de pandgever ter beschikking stelde, verkreeg de pandgever weer de eigendom, zij het over deze vervangende goederen.⁹⁶⁷ Als gevolg van uitoefening door de pandhouder van zijn (feitelijke) gebruiksrecht, moet de pandgever het aldus gedurende een bepaalde periode stellen met een verbintenisrechtelijke aanspraak in plaats van een goederenrechtelijke.⁹⁶⁸ In plaats van een goederenrechtelijke aanspraak op de in pand gegeven goederen (i.e. eigendom), heeft de pandgever slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak jegens de pandhouder op retournering van gelijksoortige goederen. Het verschil tussen deze aanspraken laat zich vanzelfsprekend gevoelen ingeval van faillissement van de pandhouder.⁹⁶⁹

Een op oneigenlijk pandrecht gelijkende situatie doet zich tevens voor bij een financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht waarbij een gebruiksrecht aan de pandhouder kan worden toegekend. De financiëlezekerheidsovereenkomst en in het bijzonder het daarbij te verlenen gebruiksrecht bespreek ik in paragraaf 7.6.3 hierna.

7.5.2 Vergelijking met herverpanding

Anders dan de hiervoor besproken rechtsfiguren van meervoudige verpanding, derdenpand en verpanding van een door pandrecht gecureerde vordering, is oneigenlijk pandrecht een figuur die alleen in de juridische doctrine is onderscheiden. Het betreft bovendien een figuur die met name onder het Oud BW van belang was. Desalniettemin kan uit vergelijking van herverpanding met oneigenlijk pandrecht een aantal relevante gezichtspunten worden ontleend.

In de eerste plaats kan een vergelijking worden gemaakt tussen het gebruiksrecht van de oneigenlijk pandhouder en de herverpandingsbevoegdheid van pandhouder/herpandgever. Hierbij moet niet alleen onderscheid worden gemaakt wat betreft de grondslag, maar ook wat betreft de inhoud van deze bevoegdheid. Zo-

⁹⁶⁵ Zie: paragraaf 2.4.1.4.

⁹⁶⁶ Anders: Keijser 2004, nr. 5.

⁹⁶⁷ In deze opvatting, doet zich dus een opmerkelijke vorm van substitutie voor. Deze problematiek valt buiten het bestek van deze bespreking. Ik verwijs hiervoor naar: paragraaf 2.4.1.4 en – met betrekking tot de substitutieregeling bij financiëlezekerheidsovereenkomsten tot vestiging van een pandrecht – paragraaf 7.6.3.2; en de aldaar aangehaalde literatuur.

⁹⁶⁸ Zie ook: Keijser 2004, nr. 5.

⁹⁶⁹ Zie voor deze situatie onder meer het in paragraaf 2.4.1.4 besproken *Maas en Waalsche Bank*-arrest (HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 882).

als in voorgaande paragraaf is besproken, vindt de algemene gebruiks- en beschikkingsbevoegdheid van een oneigenlijk pandhouder haar grondslag niet zozeer in een juridische toekenning, maar in een *feitelijke* mogelijkheid. Deze feitelijke mogelijkheid ontstaat doordat partijen bij de inpandgeving van goederen – in de regel effecten – overeenkomen dat de pandhouder na het eindigen van het pandrecht niet exact dezelfde goederen behoeft te retourneren, maar kan volstaan met het ter beschikking stellen van gelijksoortige goederen. Doordat hij niet dezelfde goederen aan de pandgever behoeft te retourneren, is de pandhouder feitelijk in staat de in pand verkregen goederen gedurende de looptijd vrijelijk te gebruiken, vervreemden en/of verpanden. Zonder de vervangbaarstelling van het pandobject zouden tussentijds gebruik en beschikkingshandelingen door een pandhouder niet mogelijk zijn. Bij herverpanding is de grondslag van het 'gebruiksrecht' van de pandhouder/herpandgever gelegen in de hem ondubbelzinnig door de pandgever toegekende herverpandingsbevoegdheid. Zoals in paragraaf 8.2 zal worden uiteengezet, betreft de herverpandingsbevoegdheid een contractueel toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid (oftewel: 'machtiging'). Zonder toegekende herverpandingsbevoegdheid kan de pandhouder/herpandgever niet bevoegdelijk over het goed van de pandgever beschikken. Van een feitelijke mogelijkheid tot herverpanding is geen sprake.⁹⁷⁰

Het (feitelijke) gebruiksrecht van de oneigenlijk pandhouder is algemeen. De oneigenlijk pandhouder kan de in pand verkregen goederen vrijelijk gebruiken en hierover beschikken. Hij kan de goederen voor eigen rekening bezwaren en zelfs vervreemden. De enige beperking van de gebruiks- en beschikkingsbevoegdheid van de oneigenlijk pandhouder, zo men die wil aannemen, is gelegen in het feit dat hij in staat moet zijn – althans contractueel verplicht is – om na afloop van het pandrecht gelijksoortige goederen aan de pandgever ter beschikking te stellen. Bij herverpanding is dit anders. Een tot herverpanding bevoegde pandhouder heeft geen algemene beschikkingsbevoegdheid. Hij is niet bevoegd het pandobject te vervreemden of te gebruiken, zoals een oneigenlijk pandhouder dat kan. Hij is uitsluitend bevoegd een (her)pandrecht op het pandobject te vestigen. Een tot herverpanding bevoegde pandhouder heeft dus slechts een beperkte beschikkingsbevoegdheid.

In de tweede plaats vindt bij herverpanding – anders dan bij oneigenlijk pandrecht – in beginsel geen eigendomsovergang plaats op het moment dat de herverpandingsbevoegdheid wordt uitgeoefend. Zoals in de vorige paragraaf be-

⁹⁷⁰ Een vuistpandhouder kan hooguit in de feitelijke gelegenheid worden geacht het pandobject dat hij onder zich heeft, aan een ander in pand geven als ware hij daartoe bevoegd. In dat geval is echter – juridisch gezien – sprake van verpanding door een beschikkingsonbevoegde en komt in beginsel geen geldig pandrecht tot stand. Een feitelijke mogelijkheid tot herverpanding is niet mogelijk, omdat een pandhouder slechts tot herverpanding bevoegd is indien hem ondubbelzinnig de bevoegdheid daartoe is toegekend.

sproken, kan bij oneigenlijk pandrecht worden aangenomen dat de pandgever (eigenaar/rechthebbende van het pandobject) de eigendom verliest zodra de pandhouder van de hem (feitelijk) toegekende beschikkingsbevoegdheid gebruik maakt en de verpande goederen vervreemdt of bezwaart. Bij herverpanding verliest de pandgever de eigendom van het pandobject niet onmiddellijk bij vestiging van het herpandrecht door de pandhouder/herpandgever. De pandgever blijft eigenaar van c.q. rechthebbende op het (her)pandobject.⁹⁷¹ De pandgever verliest de eigendom pas indien de herpandhouder het (her)pandobject voor zijn vordering op de pandhouder/herpandgever executeert.⁹⁷²

In aansluiting hierop kan – in de derde plaats – worden gewezen op het verschil in compensatieverplichting in geval van een dergelijk eigendomsverlies. In beide gevallen krijgt de pandgever een verbintenisrechtelijke aanspraak op de pandhouder. Bij uitoefening van het gebruiksrecht door de oneigenlijk pandhouder, heeft de pandgever jegens hem aanspraak op ter beschikking stelling van gelijksoortige goederen. Bij executie door de herpandhouder, heeft de pandgever een vordering op de pandhouder/herpandgever tot vergoeding van de waarde van het pandobject. Bovendien wordt de pandgever krachtens artikel 6:150 sub (a) BW gesubrogeerd in de rechten van de herpandnemer, nu een hem toebehorend goed is uitgewonnen voor de schuld van de pandhouder. Indien de pandhouder zijn compensatieverplichting jegens de pandgever niet nakomt, kan –zowel bij oneigenlijk pandrecht als bij herverpanding – verrekening (tot op zekere hoogte) uitkomst bieden. De pandgever kan in beide gevallen zijn pandschuld aan de pandhouder (i.e. de oorspronkelijk geseceerde vordering) verrekenen met zijn vordering op de pandhouder uit hoofde van voormelde compensatieverplichting.

7.6 Financiële zekerheidsovereenkomsten

Op Europees niveau is al enige tijd een ontwikkeling zichtbaar naar een meer flexibel zekerhedenrecht. In de financiële markten bestaat een groeiende behoefte aan flexibele financiële zekerheidsrechten, waarbij zekerheidsgerechtigden de mogelijkheid hebben de in zekerheid verkregen goederen tussentijds te gebruiken, te bezwaren of zelfs te vervreemden. Een belangrijk exponent van deze ontwikkeling is de invoering van de regeling omtrent financiële zekerheidsovereenkomsten.

De rechtsfiguur van de financiële zekerheidsovereenkomst is geïntroduceerd door de Richtlijn nr. 2002/47/EG van 6 juni 2002 betreffende de financiële zekerheids-

⁹⁷¹ Dit heeft de wetgever uitdrukkelijk bevestigd in de toelichting op artikel 3:242 BW. Zie: Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II 1970/71, 3770*, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 766-767.

⁹⁷² Zie paragraaf: 6.4.

overeenkomsten⁹⁷³ (hierna: de "Collateral Richtlijn" of "Richtlijn"). Het begrip financiële zekerheidsovereenkomsten – een wat onhandige vertaling van de Engelse term *financial collateral arrangements* – is niet eenduidig. Het strekt zich uit over een grote verscheidenheid aan financiële zekerheidsarrangementen.⁹⁷⁴ Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld *repurchase agreements*⁹⁷⁵, *securities lending*⁹⁷⁶ en bepaalde derivatenovereenkomsten^{977,978}. Vereenvoudigd weergegeven, gaat het steeds om financiële constructies waarbij financiële activa – zoals geld, effecten en kredietvorderingen⁹⁷⁹ – als zekerheidsobject worden gebruikt voor (al dan niet toekomstige) financiële verplichtingen.⁹⁸⁰ Voor deze soorten financiële zekerheidsarrangementen hebben verschillende marktorganisaties standaarddocumentatie ontwikkeld.⁹⁸¹ Vanwege de verschillen in het nationale

⁹⁷³ Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende de financiële zekerheidsovereenkomst (*Collateral Richtlijn*), *PbEG* L168/43. De *Collateral Richtlijn* is in 2009 gewijzigd door de Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG en Richtlijn 2002/47/EG, *PbEG* L146/37 (hierna ook wel aangeduid als de "Wijzigingsrichtlijn").

⁹⁷⁴ Zie onder meer: Van Vliet 2010, p. 61 en 73.

⁹⁷⁵ Een *repurchase* overeenkomst (ookwel aangeduid als "repo" of "retrocessie-overeenkomst") is een overeenkomst waarbij partij A (de zekerheidnemer) geld verschafft aan partij B (de zekerheidgever) tegen een gelijktijdige overdacht van effecten door B aan A. Daarbij komen partijen overeen dat A aan het einde van de looptijd soortgelijke effecten aan B zal overdragen tegen eenzelfde bedrag met een renteopslag. Zie uitgebreider: Keijser 2006, p. 11-12; Keijser/Keijser 2008, p. 2; en Van Vliet 2010, p. 63-67.

⁹⁷⁶ *Securities lending* vindt normaliter plaats in het kader van een tussen partijen gesloten raamovereenkomst. Indien één van partijen behoefte heeft aan een bepaald soort effecten, bijvoorbeeld in verband met een beoogde transactie, dan kunnen partijen overeenkomen dat partij A (de *securities lender*) de benodigde effecten voor een bepaalde tijd aan partij B (de *securities borrower*) "uitleent", dat wil zeggen: de effecten overdraagt of verpand. Tegenover deze "uitleen" moet de partij B wel geld en/of andere effecten aan A verschaffen. Aan het eind van de looptijd retourneren A en B over en weer het geld en/of de (soortgelijke) effecten, waarbij B (de *securities borrower*) een rentecomponent aan A betaalt. Zie uitgebreider: Keijser 2006, p. 12-14; Keijser/Keijser 2008, p. 2; en Van Vliet 2010, p. 67-68.

⁹⁷⁷ Ook bij bepaalde derivaten, zoals *swaps*, verschaffen partijen geld en/of effecten voor een bepaalde tijd aan elkaar. Hierbij kan worden gedacht aan valuta swaps, maar derivaten komen voor in vele verschillende vormen. Zie uitgebreider: Keijser 2006, p. 14-15; Keijser/Keijser 2008, p. 2; en Van Vliet 2010, p. 68.

⁹⁷⁸ Zie voor een uiteenzetting van de verschillende financiële zekerheidsovereenkomsten: Keijser 2002, p. 167 e.v.; Keijser 2006, p. 10 e.v.; Rank 2011 (T&C 7.2 BW), p. 3034; Van Vliet 2008, p. 427-429; en Van Vliet 2010, p. 61-69.

⁹⁷⁹ Kredietvorderingen kunnen sinds de implementatie van de Richtlijn 2009/44/EG in Nederland onderwerp van financiële zekerheidsovereenkomsten zijn. Zie: Wet van 21 april 2011 ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG, *Staatsblad* 2011, 210.

⁹⁸⁰ Zie: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 30 138, nr. 3, p. 2. Vergelijk: ISDA Report 2010, p. 2, waarin "*collateral arrangements*" worden gedefinieerd als: "*A collateral arrangement, broadly defined, is an arrangement under which one party (the collateral giver) delivers some form of property, typically securities and/or cash, to another party (the collateral taker) and agrees that the collateral taker may use that property, in the event of a default by the collateral giver, to satisfy outstanding obligations of the collateral giver to the collateral taker.*"

⁹⁸¹ Ik volsta hier met vermelding van de Global Master Repurchase Agreements (GRMA) voor *repurchase agreements*, de Global Master Securities Lending Agreement (GMSLA) voor *securities lending* en de standaarddocumentatie van de ISDA (*International Swaps and Derivatives Associa-*

zekerhedenrecht van lidstaten, bestond voor marktpartijen echter onzekerheid over de geldigheid en de afdwingbaarheid van deze transacties.⁹⁸² De Collateral Richtlijn, die in Nederland in 2006 is geïmplementeerd in de vorm van Titel 7.2 BW (*Financiële zekerheidsovereenkomsten*), strekt primair ten doel deze onzekerheden weg te nemen en bovengenoemde zekerheidsarrangementen te faciliteren.⁹⁸³ Daarmee wordt een toename van de liquiditeit op de Europese financiële markten en een hogere efficiëntie van grensoverschrijdende transacties beoogd.⁹⁸⁴

Financiële zekerheid kan onder de Collateral Richtlijn op twee manieren worden verschaft, namelijk ofwel door eigendomsoverdracht van ofwel door vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht (i.e. een pandrecht) op de betreffende financiële activa. 'Financiële zekerheid' moet in dit verband ruim worden opgevat.⁹⁸⁵ Het heeft een tweeledige functie: de in zekerheid gegeven financiële activa dienen niet alleen als verhaalsobject voor het geval de debiteur de gezeekerde verplichtingen niet nakomt⁹⁸⁶, maar vormen ook een middel voor de zekerheidsgerechtigde om nieuwe transacties op de financiële markten aan te gaan.⁹⁸⁷ Juist deze laatste functie speelt een belangrijke rol bij het vergroten van de liquiditeit op de financiële markten, omdat het partijen namelijk in staat stelt de in zekerheid ontvangen financiële activa aan te wenden voor verdere handel.⁹⁸⁸ Kenmerkend voor financiële zekerheidsovereenkomsten – ongeacht de vorm van zekerheids-

tion) voor derivaten. Een bespreking van deze documentatie valt buiten het bestek van dit boek. Zie voor een bespreking verwijs ik naar: Keijser 2006, p. 20 e.v.; en Rank 2010, p. 308 e.v.. Waar van belang zal ik in mijn bespreking naar de bepalingen van de verschillende documenten verwijzen.

⁹⁸² Zo heeft onder meer de ISDA Collateral Law Reform Group deze onzekerheden en de behoefte aan Europese regelgeving gewezen. Zie: ISDA Collateral Survey 2000, par. 7.4; en ISDA Report 2000. De ISDA is een internationale organisatie die actief is op het gebied van de derivatenhandel. De ISDA heeft onder meer standaarddocumentatie ontwikkeld voor derivatencontracten, zoals *swaps*, *securities lending* en *repurchase agreements*. De ISDA Collateral Law Reform Group richt zich op verbetering van wetgeving op het gebied van *financial collateral arrangements*. Zie verder: Keijser 2002, p. 165; en Van Vliet 2008, p. 426-427.

⁹⁸³ Zie ook: Van Vliet 2008, p. 426.

⁹⁸⁴ Zie: overweging 10 van de considerans van de Collateral Richtlijn.

⁹⁸⁵ De term "zekerheid" in financiële zekerheidsovereenkomsten moet – aldus de wetgever – overigens niet worden opgevat in de betekenis zoals die in het BW wordt gebruikt, maar in de zin van het economisch effect: financiële zekerheid in het algemeen. Zie: Memorie van Antwoord, *Kamerstukken II* 30 138, nr. 3, p. 9. Wat onder de term "financiële zekerheid in het algemeen" moet worden verstaan, licht de wetgever niet toe. De opmerking over het afwijkende zekerheidsbegrip lijkt vooral te zijn ingegeven door de discussie over de geldigheid van de zekerheidsoverdracht.

⁹⁸⁶ De in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst gestelde zekerheid moet in een dergelijk geval snel en gemakkelijk kunnen worden uitgeoefend, zodat het financiële risico van de niet-nakoming (het zogeheten *counterparty risk*) zo klein mogelijk wordt gehouden. Zie onder meer: Van Vliet 2008, p. 426.

⁹⁸⁷ Keijser duidt deze functies aan als respectievelijk de "*recovery function*" en de "*tradeability function*". Zie: Keijser 2006, p. 16-17; p. 70-71. Zie tevens: Keijser 2002, p. 169-170.

⁹⁸⁸ Zie uitgebreider: Keijser 2006, p. 17 en p. 177.

verschaffing – is dan ook de grote mate van flexibiliteit wat betreft het gebruik van de als zekerheid verschaft activa.⁹⁸⁹ Bij financiële zekerheidstelling door eigendomsoverdracht ligt het gebruiksrecht van de zekerheidsgerechtigde in zijn eigendomsrecht besloten.⁹⁹⁰ Baanbrekend aan de Collateral Richtlijn is dat ook aan een pandhouder onder een financiëlezekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht – kortom: een beperkt zekerheidsgerechtigde – een algemeen recht van gebruik van de aan hem verpande financiële activa kan worden toegekend. Het gebruiksrecht (*right of use*) van de pandhouder in het kader van een financiëlezekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht is in artikel 5 van de Collateral Richtlijn geïntroduceerd. Op grond van deze – in Nederland in artikel 7:53 BW geïmplementeerde – bepaling kan bij een financiëlezekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht worden bedongen dat de pandhouder de verpande goederen kan gebruiken of verkopen.

Het algemene gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn en artikel 7:53 BW is een opmerkelijke uitbreiding van de traditionele bevoegdheden van een pandhouder als beperkt zekerheidsgerechtigde naar Nederlands goederenrecht. De gelijkennis met de rechtsfiguur herverpanding dringt zich hier op. Evenals een tot herverpanding gemachtigde pandhouder, kan de pandhouder in het kader van een financiëlezekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht – buiten executie – over de aan hem in pand gegeven goederen beschikken.⁹⁹¹ Het gebruiksrecht bij financiëlezekerheidsvereenkomsten tot vestiging van een pandrecht en de vergelijking met de rechtsfiguur van herverpanding in de zin van artikel 3:242 BW staat in dit hoofdstuk centraal. Hierna geef ik eerst een overzicht van de achtergrond en strekking van de Collateral Richtlijn en Titel 7.2 BW (Financiëlezekerheidsvereenkomsten). In aansluiting daarop ga ik in paragraaf 7.6.3 dieper in op het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn, zoals geïmplementeerd in artikel 7:53 BW. Tot slot bespreek ik in paragraaf 7.6.4 de overeenkomsten en verschillen tussen dit gebruiksrecht en de bevoegdheid tot herverpanding.

⁹⁸⁹ De behoefte aan flexibiliteit bij zekerheidsverschaffing op basis van financiële activa is goed te begrijpen tegen de achtergrond van de werking van financiële markten. Door de mogelijk snelle fluctuatie van de waarde van financiële activa, zoals effecten, zijn zekerheidsgerechtigden erbij gebaat deze activa snel te kunnen executeren en verkopen. De Collateral Richtlijn plaats de noodzaak van flexibiliteit vooral in het kader van de liquiditeit van de Europese financiële markten. Zie: overweging 12 van de considerans van de Collateral Richtlijn.

⁹⁹⁰ Bij een financiëlezekerheidsvereenkomst tot overdracht behoeft het gebruiksrecht aldus niet bijzonder aan de zekerheidsgerechtigde worden verleend. Het gebruiksrecht vloeit dan immers reeds voort uit het (tot zekerheid) overgedragen eigendomsrecht c.q. gerechtigheid.

⁹⁹¹ De vergelijking tussen herverpanding en het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn en artikel 7:53 BW is onder meer gemaakt door: Keijser 2006, p. 216-217; Keijser/Spath 2007, p. 571; Logmans 2008, p. 15; en Loof 2008, p. 201

7.6.1 Collateral Richtlijn

De in 2002 tot stand gekomen Collateral Richtlijn moet worden gezien tegen de achtergrond van het Europees beleid voor de verwezenlijking van een geïntegreerde markt voor financiële diensten.⁹⁹² Kort weergegeven, is de doelstelling van de Richtlijn gericht op de flexibilisering van de financiële markten, in het bijzonder op het gebied van geld- en effectenverkeer. Zoals kan worden opgemaakt uit de considerans van de Richtlijn, wordt met de Collateral Richtlijn beoogd de integratie en efficiëntie van de financiële markten, alsmede de stabiliteit van het Europese financiële bestel te bevorderen. Tevens is de Richtlijn erop gericht de vrijheid van dienstverlening en het vrije kapitaalverkeer op de interne markt voor financiële diensten te ondersteunen.⁹⁹³

Om de gestelde doelstellingen te verwezenlijken wordt in de Richtlijn een communautaire minimumregeling gegeven voor de verschaffing van geld en/of effecten als zekerheid van financiële verplichtingen.⁹⁹⁴ Met deze algemene regeling voor financiële zekerheidsvereenkomsten moet ten aanzien van deze vormen van zekerheidsstelling meer rechtszekerheid ontstaan doordat de verschillen tussen nationale wetgeving van lidstaten wordt opgeheven.⁹⁹⁵ Daarbij streeft de Richtlijn naar afschaffing van formaliteiten en een beperking van administratieve lasten. Zo mogen lidstaten niet vereisen dat het bestaan, de geldigheid, afdwingbaarheid, derdenwerking of bewijsbaarheid van een financiële zekerheidsvereenkomst of de zekerheidsverschaffing uit hoofde van een financiële zekerheidsvereenkomst afhangt van het vervullen van enige formaliteit.⁹⁹⁶ Voornoemde maatregelen moeten ertoe leiden dat het gebruik van de als zekerheid verschafte financiële activa wordt vergemakkelijkt. Dit alles moet – zoals reeds opgemerkt – leiden tot een toename van de liquiditeiten op de Europese geldmarkt en een hogere efficiëntie van grensoverschrijdende transacties.⁹⁹⁷ Daarbij streeft de Richtlijn wel naar een evenwicht tussen de beoogde marktefficiëntie en de veilig-

⁹⁹² Zie: overwegingen 1, 2, 4 en 7 van de considerans van de Collateral Richtlijn. Tot dit kader behoren onder meer de Finaliteitsrichtlijn (Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 inzake definitieve afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, PbEG 1998, L 166/45) en de Insolventieverordening (Verordening 1346/2000/EG van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, PbEG 2000, L 160/1). Zie tevens: Jansen 2007, p. 354. Voor een uitvoeriger bespreking van de achtergrond van de Collateral Richtlijn verwijs ik naar onder meer: Keijser/Keijser 2008, p. 3 e.v.; en Van Vliet 2010, p. 70-72.

⁹⁹³ Zie: overweging 3 van de considerans van de Collateral Richtlijn.

⁹⁹⁴ Zie: overweging 3 van de considerans van de Collateral Richtlijn.

⁹⁹⁵ Jansen 2007, p. 355.

⁹⁹⁶ Artikel 3 lid 1 Collateral Richtlijn. Het verbod van formaliteiten doet geen afbreuk aan het feit dat de Richtlijn pas op de als zekerheid verschafte financiële activa van toepassing is vanaf het moment van de zekerheidsverschaffing en bewijsbaarheid daarvan. Zie: artikel 3 lid 2 Collateral Richtlijn.

⁹⁹⁷ Zie: overweging 10 van de considerans van de Collateral Richtlijn.

heid van partijen bij de overeenkomst en derden, zodat onder meer het risico van fraude wordt vermeden.⁹⁹⁸ Zoals reeds opgemerkt, geeft de Collateral Richtlijn een algemene regeling voor de inhoud, geldigheid en afdwingbaarheid van financiële zekerheidsovereenkomsten. Lidstaten hebben in hun wetgeving moeten voorzien in een gelijke regeling van financiële zekerheidsovereenkomsten.⁹⁹⁹ In de volgende paragraaf bespreek ik Titel 7.2 BW, waarin de regeling van financiële zekerheidsovereenkomsten is opgenomen. Voordat ik op de Nederlandse regeling inga, geef ik hieronder kort de hoofdlijnen van de Collateral Richtlijn weer.

De reikwijdte van de Collateral Richtlijn is beperkt. Om onder de Richtlijn te vallen, moet een financiële zekerheidsovereenkomst tussen bepaalde categorieën financiële marktpartijen worden gesloten en betrekking hebben op bepaalde financiële activa. Op grond van artikel 1 lid 2 van de Richtlijn moeten zowel de zekerheidnemer als de zekerheidsverschaffer behoren tot de in de Richtlijn genoemde categorieën van financiële marktpartijen, waaronder: de Europese Centrale Bank, overheidsinstanties en centrale banken van lidstaten en financiële instellingen onder bedrijfseconomisch toezicht, zoals banken en beleggingsondernemingen.¹⁰⁰⁰ Financiële zekerheidsovereenkomsten in de zin van de Collateral Richtlijn kunnen dus niet worden gesloten door natuurlijke personen die niet handelen in uitoefening van een beroep of bedrijf. Voorts heeft de regeling in de Richtlijn uitsluitend betrekking op zekerheidstelling van bepaalde financiële activa. Op grond van artikel 1 lid 4 moeten de als zekerheid verschafte financiële activa bestaan uit "*contanten*" of "*financiële instrumenten*", dat wil zeggen: (giraal) geld¹⁰⁰¹ of effecten¹⁰⁰². Met de wijziging van de Collateral Richtlijn in 2009, is aan hieraan een derde categorie financiële activa toegevoegd, te weten: "*kredietvorderingen*".¹⁰⁰³ Deze uitbreiding is in Nederland in mei 2011 geïmplementeerd.¹⁰⁰⁴

⁹⁹⁸ Zie: overweging 3 van de considerans van de Collateral Richtlijn.

⁹⁹⁹ Op grond van artikel 11 Collateral Richtlijn, diende de richtlijn uiterlijk op 27 december 2003 te zijn geïmplementeerd. De Nederlandse implementatiewetgeving is echter pas op 20 januari 2006 in werking getreden.

¹⁰⁰⁰ Voor de categorieën van financiële instellingen onder bedrijfseconomisch toezicht, zie: artikel 1 lid 2 sub (c) Collateral Richtlijn.

¹⁰⁰¹ In de Collateral Richtlijn wordt het begrip "*contanten*" gedefinieerd als: "*op een rekening in ongeacht welke valuta gecrediteerde gelden of soortgelijke vorderingen tot restitutie van geld, zoals geldmarktdeposito's*". Zie artikel 1 sub (d) Collateral Richtlijn.

¹⁰⁰² In de Collateral Richtlijn wordt het begrip "*financiële instrumenten*" gedefinieerd als: "*aandelen en andere met aandelen gelijk te stellen effecten, obligaties en andere schuldinstrumenten indien deze op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn, en alle andere gewoonlijk verhandelde effecten waarmee die aandelen, obligaties of andere effecten via inschrijving, koop of omruiling kunnen worden verkregen of die aanleiding kunnen geven tot afwikkeling in contanten met uitsluiting van waardepapieren die een betalingsopdracht belichamen, inclusief rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging, geldmarktinstrumenten en vorderingen op of rechten ten aanzien van een van voornoemde instrumenten*". Zie artikel 1 sub (e) Collateral Richtlijn.

¹⁰⁰³ Zie: artikel 2 lid 4 en 5 van de Richtlijn 2009/44/EG. Onder "*kredietvorderingen*" moet worden verstaan: geldvorderingen die voortvloeien uit een overeenkomst waarbij een krediet-

De Collateral Richtlijn onderscheidt, zoals reeds opgemerkt, twee vormen van financiëlezekerheidsvereenkomsten, namelijk: (i) de financiëlezekerheidsvereenkomst die leidt tot overdracht (*title transfer*)¹⁰⁰⁵ en (ii) de financiëlezekerheidsvereenkomst die leidt tot de vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht (*security interest*)¹⁰⁰⁶. Bij beide vormen van zekerheidsverschaffing is feitelijke (machts)verschaffing over de betreffende financiële activa aan de zekerheidsge-rechtigde van doorslaggevend belang. Zonder dergelijke verschaffing¹⁰⁰⁷ – en de bewijsbaarheid daarvan met schriftelijke bewijsstukken – is de regeling van de Richtlijn niet van toepassing.¹⁰⁰⁸

7.6.2 Titel 7.2 BW (Financiëlezekerheidsvereenkomsten)

Op 20 januari 2006 is de Nederlandse wet tot implementatie van de Collateral Richtlijn in werking getreden.¹⁰⁰⁹ De wet houdt een uitbreiding in van het Burgerlijk Wetboek met Titel 7.2 BW, almede een wijziging van een aantal bepalingen in onder meer de Faillissementswet.¹⁰¹⁰ De invoering van de financiëlezekerheids-

instelling als omschreven in artikel 4, punt 1, van Richtlijn 2006/48/EG, met inbegrip van de in artikel 2 van die richtlijn genoemde instellingen, krediet verleent in de vorm van een lening. Hierbij dient te worden opgemerkt dat lidstaten kredietvorderingen van de werking van de Collateral Richtlijn kunnen uitsluiten, indien de debiteur van de kredietvordering een consument is. Zie: artikel 2 lid 4 sub (d) Richtlijn 2009/44/EG. Nederland heeft dergelijke kredietvorderingen op consumenten inderdaad uitgesloten. Zie: art. II.A.3 Wet van 21 april 2011 ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG, *Staatsblad* 2011, 210.

¹⁰⁰⁴ Zie: Wet van 21 april 2011 ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG, *Staatsblad* 2011, 210. De Richtlijn 2009/44/EG moest overigens uiterlijk op 31 december 2010 in het Burgerlijk Wetboek zijn geïmplementeerd en met ingang van 30 juni 2011 kunnen worden toegepast. Zie: artikel 3 lid 1 Richtlijn 2009/44/EG.

¹⁰⁰⁵ Onder financiëlezekerheidsvereenkomst die leidt tot overdracht moet – aldus artikel 2 lid 1 sub (b) Collateral Richtlijn – worden verstaan: "een overeenkomst, inclusief retrocessieovereenkomsten, op grond waarvan een zekerheidsverschaffer de volledige eigendom van / gerechtigheid tot als zekerheid verschafte financiële activa overdraagt aan een zekerheidsnemer teneinde de nakoming van de betrokken financiële verplichtingen te waarborgen of anderszins af te dekken."

¹⁰⁰⁶ Een financiëlezekerheidsvereenkomst die leidt tot de vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht wordt in artikel 2 lid 1 sub (c) Collateral Richtlijn gedefinieerd als: "een overeenkomst op grond waarvan een zekerheidsverschaffer financiële activa als zekerheid verschaft tot vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht ten gunste van of aan een zekerheidsnemer, en waarbij de zekerheidsverschaffer volledig eigenaar blijft van/gerechtigd blijft tot de als zekerheid verschafte financiële activa wanneer het zakelijk zekerheidsrecht wordt gevestigd".

¹⁰⁰⁷ Onder "verschaffing" in de zin de Richtlijn moet, kort gezegd, worden begrepen dat de financiële activa daadwerkelijk worden geleverd, overgedragen, gehouden of ingeschreven in een register, zodat zij in het bezit of onder de controle van de zekerheidsnemer komen. Zie: art. 2 lid 2 Collateral Richtlijn.

¹⁰⁰⁸ Artikel 3 lid 2 Collateral Richtlijn.

¹⁰⁰⁹ Wet van 22 december 2005 tot uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten, *Staatsblad* 2006, nr. 15 en 16.

¹⁰¹⁰ Op grond van de implementatiewet zijn onder meer de artikelen 14, 212b en 216 Fw gewijzigd en zijn de artikelen 63d, 63e, 241d, 241e, 309a Fw aan de Faillissementswet toegevoegd.

overeenkomst heeft het nodige stof doen opwaaien. Het oorspronkelijke wetsvoorstel¹⁰¹¹ werd mede naar aanleiding van felle kritiek in de literatuur¹⁰¹² door de Eerste Kamer verworpen, waarna een nieuw wetsvoorstel¹⁰¹³ met de nodige wijzigingen het uiteindelijk wel tot het Staatsblad wist te brengen.

De wettelijke regeling van financiëlezekerheidsovereenkomsten heeft, zoals reeds opgemerkt, een plaats gekregen in Titel 2 van Boek 7 BW (Bijzondere overeenkomsten). Naar de mening van de wetgever genoot plaatsing in Boek 7 – gezien het obligatoire karakter van de financiëlezekerheidsovereenkomst – de voorkeur boven plaatsing in Boek 3 BW. Een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht betreft – aldus de wetgever – een combinatie van verschillende benoemde obligatoire overeenkomsten, zoals koop, ruil en verbruikleen, waardoor het voor de hand lag de regeling na de regeling van koop en ruil in Boek 7 BW op te nemen. Een financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht betreft naar het oordeel van de wetgever een obligatoire overeenkomst die tot vestiging van een pandrecht verplicht.¹⁰¹⁴ Afgezien van het voorgaande was de gedachte achter het opnemen van de regeling in Boek 7 (Bijzondere Overeenkomsten) vooral een praktische. Het zou naar de mening van de wetgever niet praktisch zijn indien de financiëlezekerheidsovereenkomst niet op één plek in Boek 7 BW, maar op verschillende plaatsen in Boek 3 BW geregeld zou zijn.¹⁰¹⁵ De plaatsing van de regeling in Boek 7 heeft in de literatuur tot de nodige discussie geleid. Zo werd gesteld dat de regeling enkele belangrijke goederenrechtelijke bepalingen inhield en dat de regeling in Boek 3 BW beter op zijn plaats zou zijn.¹⁰¹⁶

De wijziging van de bepalingen van de Faillissementswet valt buiten het bestek van deze bespreking. Hiervoor verwijs ik naar: Artikel II van de Implementatiewet, *Staatsblad* 2006, nr. 15, p. 4 e.v. Zie tevens: Keijser 2003 (2), p. 32 e.v.; Keijser/Keijser 2008, p. 68 e.v.; en Van Vliet 2010, p. 86-87.

¹⁰¹¹ Voorstel van Wet (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten), *Kamerstukken II* 2002/03, 28 874, nr. 2.

¹⁰¹² Over de regeling van financiëlezekerheidsovereenkomsten en haar implementatie is veel geschreven. Ik volsta hier met een verwijzing naar: Keijser 2004, p. 761-770; De Serië 2004, p. 68 e.v.; Westrik 2004, p. 771-776; Van Hees 2005, p. 59 e.v.; Sniijders 2005, p. 91; Steffens 2005, p. 55-56; Van Vliet 2005, p. 190 e.v.; en Wibier 2007, p. 83-94.

¹⁰¹³ Voorstel van wet (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten), *Kamerstukken II* 2004/05, 30 138, nr. 2.

¹⁰¹⁴ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 30 138, nr. 3, p. 2.

¹⁰¹⁵ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 30 138, nr. 3, p. 2. Vergelijk: Nadere Memorie, *Kamerstukken I*, 28 874, E, p. 5-6. Zie tevens: Jansen 2007, p. 356.

¹⁰¹⁶ De positie van de zekerheidnemer bij financiëlezekerheidsovereenkomsten ten aanzien van de in zekerheid ontvangen financiële activa is immers primair een goederenrechtelijke. Om die reden zou de regeling – naar de mening van een aantal auteurs – beter op zijn plaats zijn tussen de regeling van overdracht en pandrecht. Zie onder meer: Van Hees 2005, p. 62; Steffens 2006, p. 97; Jansen 2007, p. 355-356; en Keijser/Keijser 2008, p. 7.

Titel 7.2 BW vormt een aanvulling op het algemene vermogensrecht. De regels van Boek 3 BW over overdracht en verpanding van goederen zijn van overeenkomstige toepassing op de overdracht en verpanding op grond van een financieelzekerheidsovereenkomst, voor zover daarvan in de artikelen 7:51-55 BW niet wordt afgeweken.¹⁰¹⁷ Hoewel de regeling van financieelzekerheidsovereenkomsten in Boek 7 is opgenomen, mag daaraan niet de conclusie worden verbonden dat de bepalingen van Titel 7.2 BW van regelend recht zijn. De wetgever heeft benadrukt dat deze hoofdregel hier niet opgaat, nu de regeling van financieelzekerheidsovereenkomsten ook belangrijke goederenrechtelijke aspecten – zoals verpanding – inhoudt. Mede gezien hun belang voor derden (zoals schuldeisers) en de beoogde bescherming van de schuldenaar/pandgever, zijn de bepalingen van Titel 7.2 BW grotendeels dwingendrechtelijk van aard.¹⁰¹⁸

Hierna geef ik een overzicht van de wettelijke regeling van financieelzekerheidsovereenkomst in Titel 7.2 BW, waarna ik het gebruiksrecht van de pandhouder in het kader van financieelzekerheidsovereenkomsten tot vestiging van een pandrecht uitvoeriger zal bespreken.¹⁰¹⁹

7.6.2.1 Reikwijdte van de regeling in Titel 7.2 BW

In overeenstemming met de Collateral Richtlijn is de reikwijdte van de regeling in Titel 7.2 BW is in een tweetal opzichten beperkt, namelijk (i) wat betreft de partijen die de financieelzekerheidsovereenkomst aangaan en (ii) wat betreft de tot zekerheid strekkende financiële activa.

De regeling van Titel 7.2 BW is uitsluitend van toepassing op financieelzekerheidsovereenkomsten waarbij ten minste één van partijen een overheidsinstantie of financiële instelling in de zin van artikel 7:52 lid 1 BW is. Het betreft hier – verkort weergegeven – (a) overheidsinstanties, (b) centrale banken, de Europese Centrale Bank, de Bank voor Internationale Betalingen, multilaterale ontwikkelingsbanken, het Internationaal Monetair Fonds en de Europese Investeringsbank, (c) financiële ondernemingen onder financieel toezicht (waaronder banken,

¹⁰¹⁷ Memorie van Antwoord, *Kamerstukken I*, 28 874, C, p. 3. Voor een uitdrukkelijke afwijking van de regels van Boek 3 BW, zie het hierna te bespreken artikel 7:54 lid 5 BW. Zie tevens: Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.1 bij art. 7:51 BW; Rank 2011 (T&C 7.2 BW), p. 3034.

¹⁰¹⁸ In Titel 7.2 BW is – in afwijking van wat in Boek 7 BW gebruikelijk is – steeds uitdrukkelijk aangegeven wanneer het partijen vrij staat om van een bepaalde regel af te wijken. Vergelijk in dit verband: artikel 7:53 BW en 7:54 lid 1 BW. Zo kunnen partijen – aldus de wetgever – hun relatie in belangrijke mate contractueel nader invullen, maar zijn zij gebonden aan een aantal voorschriften die betrekking hebben op de wijze van uitwinning van de zekerheidnemer. Zie: Memorie van Antwoord, *Kamerstukken II* 28 874, C, p. 4-5. Zie tevens: Van Vliet, p. 196-197; Jansen 2007, p. 356; Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.1 bij art. 7:51 BW.

¹⁰¹⁹ Voor een uitvoerige uiteenzetting van de bepalingen van Titel 7.2 BW, verwijs ik naar: Keijser/Keijser 2008, p. 25 e.v.; Van Vliet 2010, p. 72 e.v.; Bartels/Jansen 2011, p. 33 e.v.

beleggingsinstellingen en financiële instellingen)¹⁰²⁰ of (d) centrale tegenpartijen, afwikkellende instanties en verrekeningsinstituten.¹⁰²¹ Titel 7.2 BW is uitdrukkelijk niet van toepassing indien één van de partijen een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.¹⁰²² Financiële zekerheidsvereenkomsten onder de reikwijdte van Titel 7.2 BW kunnen derhalve uitsluitend worden gesloten door financiële instellingen en/of overheidsinstanties onderling of door financiële instellingen en/of overheidsinstanties met niet-consumenten, zoals rechtspersonen, personenvennootschappen of natuurlijke personen handelend in uitoefening van beroep of bedrijf.¹⁰²³

Daarnaast moeten financiële zekerheidsvereenkomsten om onder de reikwijdte van de regeling in Titel 7.2 BW te vallen, betrekking hebben op bepaalde financiële activa, namelijk: giraal geld¹⁰²⁴, effecten¹⁰²⁵ en – als gevolg van de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn in mei 2011¹⁰²⁶ ook – kredietvorderingen.¹⁰²⁷ Hierbij moet worden opgemerkt dat in het Nederlandse implementatiewet ten aanzien van deze categorie financiële activa een belangrijke beperking is opgenomen: kredietvorderingen waarvan de debiteur een consument is, zijn van de regeling in Titel 7.2 BW uitgesloten.¹⁰²⁸

¹⁰²⁰ Zie voor de wettelijke definities van de genoemde categorieën: artikel 1:1 Wft; waarover uitgebreider: Grundmann-van de Krol 2012; en Graaf/Stegeman 2007, p. 153 e.v.

¹⁰²¹ Art. 7:52 lid 1 BW. Hierbij moet worden opgemerkt dat buitenlandse equivalenten van de hier genoemde partijen evengoed partij kunnen zijn bij een financiële zekerheidsvereenkomst.

¹⁰²² Art. 7:52 lid 2 BW.

¹⁰²³ Zie ook: Keijser/Keijser 2008, p. 37-38; Verhagen/Schuijling 2010, aant. C bij art. 7:52 BW.

¹⁰²⁴ Op grond van artikel 7:51 (d) BW, moet onder "geld" worden verstaan: "*op een rekening of deposito gecrediteerd tegoed in geld.*" Het maakt daarbij niet uit in welke valuta het saldo luidt (art. 2 lid 1 sub e Collaterale Richtlijn). De regeling is dus niet van toepassing op contact geld.

¹⁰²⁵ Het gaat hier, kortweg, om op de kapitaalmarkt verhandelbare effecten. "effecten" wordt in artikel 7:51 (d) BW gedefinieerd als: "*aandelen en andere met aandelen gelijk te stellen effecten, obligaties en andere schuldinstrumenten indien deze op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn, en alle andere gewoonlijk verhandelde effecten waarmee die aandelen, obligaties of andere effecten via inschrijving, koop of omruiling kunnen worden verkregen of die aanleiding kunnen geven tot afwikkeling in geld met uitsluiting van waardepapieren die een betalingsopdracht belichamen, inclusief rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging, geldmarktinstrumenten en vorderingen op of rechten ten aanzien van een van de voornoemde instrumenten.*"

¹⁰²⁶ Zie: artikel II.A.3 Wet van 21 april 2011 ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG, *Staatsblad* 2011, 210. Deze wetwijziging is op 11 mei 2011 in werking getreden. Zie tevens: artikel 2 lid 4 en 5 van de Richtlijn 2009/44/EG.

¹⁰²⁷ "Kredietvordering" wordt in het nieuwe artikel 7:51 (f) BW gedefinieerd als: "*een geldvordering voortvloeiend uit een overeenkomst waarbij een kredietinstelling als bedoeld in artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht krediet verschaft in de vorm van een lening met uitzondering van geldvorderingen waarbij de debiteur een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf, tenzij de zekerheidsnemer of zekerheidsverschaffer van een dergelijke kredietvordering een van de instellingen is als genoemd in artikel 52 lid 1 onder b.*" Zie tevens: artikel II.A.3 Wet van 21 april 2011 ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG, *Staatsblad* 2011, 210. Vergelijk: artikel 2 lid 5 sub a (ii) Richtlijn 2009/44/EG. In de Richtlijn is bepaald dat onder "kredietvorderingen" moet worden verstaan: "*geldvorderingen die voortvloeien uit een overeenkomst waarbij een kredietinstelling (...) krediet verleent in de vorm van een lening.*"

¹⁰²⁸ In artikel II.A.3 van de implementatiewet is immers de uitdrukkelijke uitzondering opgeno-

De totstandkoming van een financiële zekerheidsovereenkomst is in beginsel vormvrij. Uit artikel 1 lid 5 van de Collateral Richtlijn¹⁰²⁹ volgt echter dat de financiële zekerheidsovereenkomst en de daaruit voortvloeiende zekerheidsverschaffing met schriftelijke stukken of op juridische gelijkwaardige wijze moet kunnen worden aangetoond. De wetgever is van mening dat daaraan wordt voldaan indien de overeenkomst aantoonbaar is, bijvoorbeeld met behulp van de administratie van partijen. De overeenkomst zelf behoeft aldus niet door partijen op schrift te worden gesteld.¹⁰³⁰ De zekerheidsverschaffing – overdracht of verpanding – moet uiteraard wel aan de formele vereisten voldoen, zoals hierna zal worden besproken. In navolging van de Richtlijn, wordt in Titel 7.2 BW een onderscheid gemaakt tussen financiële zekerheidsovereenkomsten tot overdracht¹⁰³¹ en financiële zekerheidsovereenkomsten tot vestiging van een pandrecht.¹⁰³²

7.6.2.2 Financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht

In het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht kunnen financiële activa worden overgedragen tot zekerheid van de nakoming van de financiële verplichtingen. Kortom: een zekerheidsoverdracht. Een vraag die onmiddellijk opkomt, is of een dergelijke overdracht zich wel verhoudt met het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW.¹⁰³³ De Collateral Richtlijn verplicht Lidstaten de geldigheid van een dergelijke overdracht te waarborgen.¹⁰³⁴ De wetgever heeft dan ook ter voorkoming van discussie en onzekerheid over de geldigheid van een dergelijke overdracht in artikel 7:55 BW een uitdrukkelijke bevestiging opgenomen. Op grond van deze bepaling wordt een overdracht ter nakoming

men voor: "geldvorderingen waarbij de debiteur een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf, tenzij de zekerheidsnemer of zekerheidsverschaffer van een dergelijke kredietvordering een van de instellingen is als genoemd in artikel 52 lid 1 onder b." Deze uitzondering is ingegeven door een beschermingsgedachte ten aanzien van consumenten. Zie: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 457, nr. 3, p. 14. Op p. 11 van de Memorie van Toelichting wordt overigens opgemerkt dat financiële zekerheidsovereenkomsten ten aanzien van kredietvorderingen voornamelijk zullen voorkomen in de verhouding van banken en De Nederlandsche Bank. De genoemde beperking is in overeenstemming met artikel 2 lid 4 (d) Richtlijn 2009/44/EG.

¹⁰²⁹ Zie ook: artikel 3 lid 2 Collateral Richtlijn.

¹⁰³⁰ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 30 138, nr. 3, p. 6-7.

¹⁰³¹ Een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht wordt in artikel 7:51 (b) BW gedefinieerd als: "een overeenkomst op grond waarvan de onder (d) of (e) bedoelde goederen worden overgedragen als waarborg voor een verplichting".

¹⁰³² Een financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht wordt in artikel 7:51 (c) BW gedefinieerd als: "een overeenkomst op grond waarvan een pandrecht wordt ver-schaft op de onder (d) of (e) bedoelde goederen".

¹⁰³³ Zie in dit verband: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 28 874, nr. 3, p. 7. Zie tevens: Beekhoven van den Boezem 2009, p. 315 e.v.

¹⁰³⁴ Artikel 6 Collateral Richtlijn.

van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht niet aangemerkt als een overdracht tot zekerheid in de zin van artikel 3:84 lid 3 BW. De regels van pandrecht zijn op een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht en de uitvoering daarvan niet van overeenkomstige toepassing. De financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht laat ik thans verder buiten beschouwing.¹⁰³⁵ Ik richt mij hierna op de financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht en het in het kader daarvan te bedingen gebruiksrecht.

7.6.2.3 Financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht

Naast overdracht kan een financiëlezekerheidsovereenkomst ook strekken tot vestiging van een pandrecht. Door het sluiten van de financiëlezekerheidsovereenkomst ontstaat een verbintenis tot het vestigen van het pandrecht op financiële activa. Het pandrecht (hierna aangeduid als het "fzo-pandrecht") wordt vervolgens op de betreffende financiële activa gevestigd overeenkomstig de algemene bepalingen van pandrecht (art. 3:98 jo. art. 3:83 e.v. en art. 3:227 e.v. BW), met inachtneming van bijzondere formaliteiten.¹⁰³⁶ Zo worden girale effecten in verzameldepots of girodepots verpand volgens de bepalingen van de Wet giraal effectenverkeer (art. 16, 20, 21, 40, 42 Wge) en moet bij aandelen op naam in een naamloze vennootschap worden gelet op artikelen 2:86-86c en 2:89 BW. De vestiging van een pandrecht op creditsaldi geschiedt met een daartoe bestemde akte en mededeling aan de schuldenaar (art. 3:236 jo. art. 3:94 lid 1 BW).¹⁰³⁷ Gezien het in de Collateral Richtlijn gestelde vereiste dat bij de vestiging van een zekerheidsrecht het 'bezit' van of de 'macht' over het goed aan de zekerheidnemer wordt verschaft, hebben de Richtlijn en de regeling in Titel 7.2 BW geen betrekking op een bezitloos of stil pandrecht in de zin van artikel 3:237 en 3:239 BW.¹⁰³⁸

¹⁰³⁵ Voor een bespreking van de financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht en het fiduciaverbod verwijs ik naar onder meer: Jansen 2007, p. 361-365; Beekhoven van den Boezem 2009, p. 315 e.v.; Verhagen/Schuijling 2010, aant. bij art. 7:55 BW; Van Vliet 2010, p. 8-84.

¹⁰³⁶ De vestiging van een fzo-pandrecht mag overigens op grond van artikel 3 Collateral Richtlijn niet aan nadere formaliteiten onderworpen zijn. De regels voor de vestiging van een pandrecht in Afdeling 3.9.2 BW bevatten echter wel degelijk formele vereisten. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan vereisten voor verpanding van creditsaldi ex artikel 3:237 lid 1 BW (authentieke of geregistreerde onderhandse akte) of artikel 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 1 BW (akte plus mededeling aan de debiteur). De wetgever is echter van oordeel dat deze vestigingsvereisten geen door artikel 3 lid 1 Collateral Richtlijn verboden formaliteiten betreft. Zie: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 30 138, nr. 3, p. 6. Zie tevens: Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.2 bij art. 7:53 BW.

¹⁰³⁷ Zie onder meer: Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.2 bij art. 7:53 BW.

¹⁰³⁸ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 30 138, nr. 3, p. 8. Zie ook: Keijser/Keijser 2008, p. 17-18; Van Vliet 2010, p. 72; Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.2 bij art. 7:53 BW. In het licht van het machtsvereiste in de Collateral Richtlijn, is in de literatuur een discussie ontstaan over de fzo-verpanding van de creditsaldi. De wetgever heeft namelijk opgemerkt dat uit het 'machtsvereiste' voortvloeit dat de girale gelden op een rekening moeten worden overgeboekt, waarover de fzo-pandhouder wél, en de fzo-pandhouder niet, kan beschikken. Zie: Memorie van

Een fzo-pandrecht levert – afgezien van enkele belangrijke afwijkingen – een 'gewoon' pandrecht in de zin van Boek 3 BW op. Gezien het aanvullende karakter van de Titel 7.2 BW ten opzichte van het algemene vermogensrecht zijn de regels van pand uit Boek 3 BW in beginsel op het fzo-pandrecht van toepassing. Zo is een fzo-pandrecht een beperkt goederenrechtelijk zekerheidsrecht en heeft de zekerheidnemer (hierna aangeduid als "fzo-pandhouder") het recht van parate executie in de zin van artikel 3:248 BW, voorrang bij verhaal in de zin van artikelen 3:278-279 BW en in het faillissement van de pandgever de positie van separatist ex artikel 57 lid 1 Fw. Het fzo-pandrecht is voorts een afhankelijk recht in de zin van artikel 3:7 jo. artikel 3:82 BW.¹⁰³⁹ De onderlinge rangorde tussen fzo-pandrechten wordt bepaald op basis van prioriteit.¹⁰⁴⁰ Een fzo-pandrecht kan gelijk een 'gewoon' pandrecht uit Boek 3 BW bij voorbaat worden gevestigd (art. 3:98 jo. art. 3:97 BW) en tot zekerheid strekken van zowel bestaande als toekomstige vorderingen (art. 3:231 lid 1 BW).¹⁰⁴¹

Het fzo-pandrecht wijkt af van het 'gewone' pandrecht uit Boek 3 BW wat betreft de (executie)bevoegdheden van de fzo-pandhouder. De regeling van financiëlezekerheidsovereenkomsten strekt immers tot doel de executie en het tussentijds gebruik van de financiële activa te vereenvoudigen. De bijzondere bevoegdheden van de fzo-pandhouder treft men aan in artikel 7:53 BW (gebruiksrecht) en 7:54 BW (executiebevoegdheden). Zo kan bij een financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht worden bedongen dat de fzo-pandhouder de verpande goederen kan gebruiken of verkopen en de opbrengst behouden.¹⁰⁴² Uitoefening van dit recht tot gebruik of verkoop brengt voor de fzo-pandhouder

Toelichting, *Kamerstukken II*, 30 138, nr. 3, p. 14-15. In de literatuur is opgemerkt dat het – gezien de formele vereisten voor vestiging van een pandrecht – misleidend is dat de wetgever doet voorkomen dat een enkele "overboeking" op de rekening van een bank waarover de fzo-pandhouder wel en de fzo-pandgever niet kan beschikken, voor vestiging van een fzo-pandrecht voldoende zou zijn. Zie: Jansen 2007, p. 358; Verstijlen 2005, p. 70; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 981. Zie in dit verband tevens: Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.2 bij art. 7:53 BW.

¹⁰³⁹ Het fzo-pandrecht gaat teniet wanneer de geseceureerde vordering wordt voldaan en het gaat in het algemeen mee over op de verkrijger van de geseceureerde vordering. Zie: Nadere Memorie van Antwoord, *Kamerstukken I*, 28 874, E, p. 10. Zie ook: Van Vliet 2010, p. 73. De vraag die in het kader van het accessoire karakter opkomt is of er op grond van artikel 7:52 BW eisen mogen worden gesteld aan de hoedanigheid van een verkrijger van een door een fzo-pandrecht gezeekerde vordering. Zie hierover: Verhagen/Schuijling 2010, aant. C bij art. 7:52 BW, die menen dat de eisen van artikel 7:52 BW de verkrijger van een door een fzo-pandrecht gezeekerde vordering niet aangaan, doch dat een dergelijke verkrijger, indien hij niet tot de in artikel 7:52 lid 1 BW genoemde categorieën behoort, de bijzondere bevoegdheden van artikel 7:53 en 7:54 BW niet kan uitoefenen.

¹⁰⁴⁰ Een uitzondering op deze regel kan zich voordoen in geval van substitutie in de zin van artikel 7:53 lid 2 BW, dat hierna zal worden besproken.

¹⁰⁴¹ Zie onder meer: Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.1 bij art. 7:53 BW; Van Vliet 2010, p. 73. Dat een fzo-pandrecht ook tot zekerheid van een toekomstige verplichting kan worden gevestigd, is benadrukt in artikel 2 lid 1 sub f (i) Collateral Richtlijn.

¹⁰⁴² Artikel 7:53 lid 1 BW. Zie tevens: Van Vliet 2010, p. 74-75.

van rechtswege een verplichting mee tot overdracht van gelijkwaardige goederen aan de zekerheidgever (de "fzo-pandgever"), in welk geval het fzo-pandrecht zich van rechtswege uitstrekt over deze in de plaats gestelde goederen.¹⁰⁴³ In plaats van een verplichting tot overdracht van gelijkwaardige goederen, kan in de financiëlezekerheidsovereenkomst ook worden bedongen dat de fzo-pandhouder de geseceerde vordering met de waarde van gelijkwaardige goederen mag verrekenen op het tijdstip waarop de vordering moet worden voldaan of zoveel eerder als zich een executiegrond voordoet.¹⁰⁴⁴

Daarnaast heeft een fzo-pandhouder op grond van artikel 7:54 lid 1 BW – tenzij in de overeenkomst anders is bedongen – vergaande executiebevoegdheden. Zodra een executiegrond zich voordoet, kan de fzo-pandhouder de aan hem verpande financiële activa op een snelle en eenvoudige wijze executeren. De fzo-pandhouder is in dat geval bevoegd om (a) de effecten waarop het pandrecht rust te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen¹⁰⁴⁵ dan wel zich de effecten toe te eigenen en de waarde van de effecten te verrekenen met het hem verschuldigde¹⁰⁴⁶, en (b) het geld waarop het pandrecht rust te verrekenen¹⁰⁴⁷ met het hem verschuldigde.¹⁰⁴⁸ In afwijking van het voorgaande kan in de financiëlezekerheidsovereenkomst ook worden bedongen dat de Voorzieningenrechter op verzoek van de fzo-pandhouder of fzo-pandgever kan bepalen dat de effecten op een afwijkende wijze worden verkocht, of dat de Voorzieningenrechter op verzoek van de fzo-pandhouder kan bepalen dat effecten voor een vast te stellen bedrag bij wege van toe-eigening aan de fzo-pandgever zullen verblijven.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴³ Artikel 7:53 lid 2 BW.

¹⁰⁴⁴ Artikel 7:53 lid 4 BW.

¹⁰⁴⁵ De verkoop van effecten moet plaatsvinden op een markt door tussenkomst van een tussenpersoon in het vak of ter beurze door die van een bevoegde tussenpersoon overeenkomstig de regels en gebruiken die aldaar voor een gewone verkoop gelden. Zie: artikel 7:54 lid 2 BW. Indien de fzo-pandhouder zelf bevoegd is om als tussenpersoon op de markt of beurs te handelen, behoeft hij geen tussenpersoon in te schakelen. Zie: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 30 138, nr. 3, p. 18.

¹⁰⁴⁶ De zekerheidnemer kan zich effecten toe-eigenen indien dit in de financiëlezekerheidsovereenkomst tot de vestiging van een pandrecht is bedongen en de waardering van de effecten is gebaseerd op de waarde op een markt of ter beurze. Zie: artikel 7:54 lid 3 BW.

¹⁰⁴⁷ Hoewel de wetgever hier spreekt van 'verrekening', menen Verhagen en Suijling in navolging van Faber dat hier geen sprake is van verrekening in eigenlijke zin, maar van verhaal op het verpande creditsaldo doordat de fzo-pandhouder zich uit het creditsaldo voldoet op gelijke voet als onder artikel 3:255 BW. Zie: Faber 2005, p. 115; en Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.4 bij art. 7:54 BW.

¹⁰⁴⁸ Hierbij moet worden opgemerkt dat, indien de waarde van de op grond van artikel 7:54 lid 3 BW toegeëigende effecten of het op grond van artikel 7:54 lid 1 sub b BW verrekenende geld de geseceerde vordering overtreft, de fzo-pandhouder gehouden is dit overschot aan de fzo-pandgever uit te keren. Zie: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 28 874, nr 3, p. 16-17. Zie ook: Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.6 bij art. 7:54 BW.

¹⁰⁴⁹ Artikel 7:54 lid 4 BW. Zie met betrekking tot de uitoefening van het pandrecht tevens: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 28 874, nr. 3, p. 6-7.

De mogelijkheid van toe-eigening van de in pand gegeven effecten door de fzo-pandhouder (en verrekening van de waarde ervan met de geseceerde vordering) staat haaks op het toe-eigeningsverbod ex artikel 3:235 BW. Met het oog op dergelijke conflicten tussen de bepalingen van Titel 7.2 BW en de wettelijke regeling van pand in Boek 3, heeft de wetgever een aantal artikelen uit Afdeling 3.9.1 en 3.9.2 BW expliciet buiten toepassing verklaard. Aldus zijn artikelen 3:235 (verbod van toe-eigening), 3:248 leden 1 en 2 (parate executie bij pand), 3:249 (mededeling van executieverkoop en lossing), 3:250 (openbare verkoop), 3:251 (afwijkende wijze van verkoop) en 3:252 (mededeling van verkoop) BW niet van toepassing op een fzo-pandrecht.

Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, staat de regeling van financiëlezekerheidsvereenkomsten in Titel 7.2 BW op gespannen voet met een aantal fundamentele beginselen van het Nederlandse goederenrecht. Zo wijken de bepalingen over het fzo-pandrecht op belangrijke punten af van de wettelijke regeling van pand.¹⁰⁵⁰ Eén van deze afwijkende bepalingen betreft het gebruiksrecht van de fzo-pandhouder ex artikel 5 Collateral Richtlijn en artikel 7:53 lid 1 BW.

7.6.3 Gebruiksrecht (right of use)

Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is in artikel 5 Collateral Richtlijn een algemeen gebruiksrecht geïntroduceerd voor zekerheidnemers bij financiëlezekerheidsvereenkomsten tot vestiging van zakelijk zekerheidsrecht. Het gebruiksrecht is door de Nederlandse wetgever opgenomen in artikel 7:53 BW. Op grond van deze bepaling kan een fzo-pandhouder in een financiëlezekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht een recht van gebruik ten aanzien van het pandobject bedingen. Dit gebruiksrecht houdt in dat de fzo-pandhouder – in overeenstemming met de voorwaarden die daarvoor zijn overeengekomen – de verpande goederen kan gebruiken en vervreemden alsof hij daarvan de eigenaar is.¹⁰⁵¹ In deze paragraaf ga ik nader in op de achtergrond en de ratio van dit bijzondere gebruiksrecht. Daartoe bespreek ik allereerst de inhoud en de strekking van het gebruiksrecht, waarbij ik de Nederlandse regeling van artikel 7:53 BW tot uitgangspunt neem en – waar relevant – zal verwijzen naar de bepalingen van Collateral Richtlijn. Vervolgens ga ik in op de vraag wat eigenlijk de aanleiding is geweest voor het opnemen van een zodanig gebruiksrecht in de Collateral Richtlijn. Daarbij besteed ik in het bijzonder aandacht aan de behoefte van financiële marktpartijen om vrij over de aan hen in zekerheid gegeven financiële activa te

¹⁰⁵⁰ Voor een bespreking van Titel 7.2 BW tegen de achtergrond van het Nederlandse goederenrecht verwijs ik naar onder meer: Westrik 2004, p. 773-776; Snijders 2005, p. 91; en Verstijlen 2005.

¹⁰⁵¹ Artikel 2 lid 1 (m) Collateral Richtlijn. In het algemeen wordt aangenomen dat het gebruiksrecht ruim moet worden uitgelegd. Zie onder meer: Keijser/Keijser 2008, p. 40; Pitlo/Reehuis Heisterkamp 2006, nr. 982; en Van Vliet 2010, p. 74.

kunnen beschikken. Ik sluit deze paragraaf af met een vergelijking tussen het gebruiksrecht van de fzo-pandhouder ex artikel 7:53 BW en de bevoegdheid van herverpanding in de zin van artikel 3:242 BW.

7.6.3.1 Inhoud en strekking van het gebruiksrecht

Zoals reeds opgemerkt, is een fzo-pandrecht in beginsel onderworpen aan de gewone regels van pand in Boek 3 BW. Voor een fzo-pandhouder gelden dus in beginsel dezelfde regels als voor een gewone pandhouder. Dit betekent dat ook een fzo-pandhouder als een goed pandhouder voor het verpande goed zorg moet dragen (art. 3:243 BW) en hij zich het verpande goed niet mag toe-eigenen (art. 3:235 BW). Artikel 7:53 lid 1 BW maakt op de algemene pandregels een uitzondering.¹⁰⁵² Op grond van deze bepaling kunnen partijen bij een financiële zekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht overeenkomen dat aan de fzo-pandhouder het recht van gebruik toekomt.

Het gebruiksrecht houdt, aldus artikel 7:53 lid 1 BW, in dat de fzo-pandhouder de verpande goederen kan "*gebruiken of verkopen en de opbrengst kan behouden*".¹⁰⁵³ Hoewel in de Nederlandse bepaling wordt gesproken van "*gebruiken of verkopen*", moet hieronder – gelet op de strekking van de Richtlijn – worden verstaan: gebruiken en vervreemden.¹⁰⁵⁴ Zoals onder meer Keijser opmerkt, is de formulering "gebruiken en beschikken" hier eigenlijk meer op zijn plaats.¹⁰⁵⁵ Het gebruiksrecht geeft de fzo-pandhouder immers niet alleen het recht om de aan hem verpande goederen te vervreemden, maar ook de bevoegdheid om deze goederen te bezwaren.¹⁰⁵⁶ Dat het gebruiksrecht zich tevens uitstrekt over het vestigen van een zakelijk zekerheidsrecht blijkt uitdrukkelijk uit het evaluatie-

¹⁰⁵² Zie ook: Rank 2011 (T&C 7.2 BW), p. 3043.

¹⁰⁵³ Artikel 7:53 lid 1 BW. Vergelijk: artikel 5 lid 1 Collateral Richtlijn, dat luidt: "*Indien en voor zover een financiële zekerheidsvereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht daartoe strekkende bepalingen bevat, zorgen de lidstaten ervoor dat de zekerheidsnemer beschikt over de mogelijkheid tot uitoefening van het recht van gebruik met betrekking tot de als zekerheid verschaft financiële activa die worden verschaft in het kader van de financiële zekerheidsvereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht.*"

¹⁰⁵⁴ In artikel 2 lid 1 sub m Collateral Richtlijn wordt het gebruiksrecht immers gedefinieerd als: "*het recht van de zekerheidsnemer om uit hoofde van een financiële zekerheidsvereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht, als zekerheid verschaft financiële activa, in overeenstemming met de bepalingen van een dergelijke financiële zekerheidsvereenkomst, te gebruiken en te vervreemden alsof hij daarvan eigenaar of gerechtigde is.*" De term 'verkopen' heeft overigens vooral een obligatoire betekenis, terwijl het hier juist gaat om een goederenrechtelijke bevoegdheid tot vervreemding. De term 'verkopen' dekt voorts – zoals Keijser en Keijser opmerken – niet de volledige lading van overdracht bij financiële zekerheidsvereenkomsten, omdat deze ook elementen van verbruiklening kunnen bevatten. Zie: Keijser/Keijser 2008, p. 42.

¹⁰⁵⁵ Keijser 2006, p. 257; Keijser/Keijser 2008, p. 39-40; en Jansen 2007, p. 358.

¹⁰⁵⁶ Het gebruiksrecht strekt zich dus ook uit over een vorm van herverpanding: de (daartoe contractueel gerechtigde) fzo-pandhouder vestigt in eigen naam een pandrecht op de door de fzo-pandgever aan hem verpande financiële activa.

rapport van de Europese wetgever.¹⁰⁵⁷ Het gebruiksrecht houdt derhalve een algemene beschikkingsbevoegdheid van de fzo-pandhouder ten aanzien van de verpande goederen in. Tenzij de financiëlezekerheidsovereenkomst beperkingen van het gebruiksrecht inhoudt, is de fzo-pandhouder in de uitoefening van het hem toegekende gebruiksrecht geheel vrij. Bij dit gebruiksrecht kan – praktisch gezien – aan het volgende worden gedacht. Bij een fzo-pandrecht op effecten brengt het gebruiksrecht mee dat de fzo-pandhouder de effecten kan vervreemden of ten behoeve van zichzelf aan derden kan verpanden (oftewel: herverpanding). Bij een fzo-pandrecht op giraal geld komt het gebruiksrecht erop neer dat fzo-pandhouder gelden op de betreffende rekening naar een eigen rekening of ten behoeve van zichzelf naar de rekening van een derde overmaakt. Ook kan worden gedacht aan het aanwenden van de gelden voor valuta-swaps.¹⁰⁵⁸

Het gebruiksrecht moet strikt worden onderscheiden van de in artikel 7:54 BW geregelde executiebevoegdheden van de fzo-pandhouder. De bevoegdheid van de fzo-pandhouder om over de in pand gegeven financiële activa te beschikken in de zin van artikel 7:53 lid 1 BW is immers niet gerelateerd aan enige executiegrond. Voor uitoefening van het gebruiksrecht behoeft de vordering van de fzo-pandhouder niet opeisbaar te zijn.¹⁰⁵⁹ Anders gezegd, de fzo-pandhouder mag te allen tijde over de verpande goederen beschikken en de opbrengst daarvan behouden. Het gebruiksrecht van de fzo-pandhouder is dermate ruim dat de vraag kan worden gesteld of er praktisch nog wel een verschil is tussen een financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht waarbij het recht van gebruik is toegekend, en een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht.¹⁰⁶⁰

In de Parlementaire Toelichting heeft de wetgever benadrukt dat het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn in samenhang met artikel 1 (*reikwijdte*) moet worden gelezen. Omdat de regeling van financiëlezekerheidsovereenkomsten zich niet uitstrekt tot niet-professionele partijen, kan het gebruiksrecht niet worden bedongen ten aanzien van natuurlijke personen die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelen.¹⁰⁶¹ Daarnaast kan het gebruiksrecht evenmin worden bedongen ter zake van kredietvorderingen. In de Wijzigingsrichtlijn is

¹⁰⁵⁷ Zie onder meer: Evaluatierapport betreffende de Europese Richtlijn, p. 11: "*Gebruiksrecht betekent dat de zekerheidsnemer het recht heeft om de zekerheden van de hand te doen aan een derde door middel van een overdracht van eigendom/gerechtigdheid of een zakelijke zekerheidsstelling.*"

¹⁰⁵⁸ Keijser/Keijser 2008, p. 41-42; en Van Vliet 2010, p. 74.

¹⁰⁵⁹ Keijser/Keijser 2008, p. 41. Zie tevens: Van Hees 2005, p. 61; Van Vliet 2005, p. 193; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 982.

¹⁰⁶⁰ Zie: Keijser 2002, p. 176. In dit verband hebben Keijser en Keijser erop gewezen dat een fzo-pandrecht in de praktijk om bijvoorbeeld fiscale redenen de voorkeur kan genieten boven een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht. Zie: Keijser/Keijser 2008, p. 42.

¹⁰⁶¹ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 28 874, nr. 3, p. 7.

immers uitdrukkelijk bepaald dat het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn niet op kredietvorderingen van toepassing is¹⁰⁶², welke uitsluiting met de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn in artikel 7:53 lid 5 BW opgenomen. De reden voor het uitsluiten van kredietvordering van het gebruiksrecht is gelegen in het feit dat kredietvorderingen naar hun aard – anders dan giraal geld en effecten – niet fungibel zijn. Dit heeft tot gevolg dat een fzo-pandhouder die zijn gebruiksrecht uitoefent, niet in staat is om na afloop van de transactie aan de fzo-pandgever gelijkwaardige goederen over te dragen.¹⁰⁶³ Er bestaat aldus een duidelijk verband tussen het gebruiksrecht van de fzo-pandhouder en de mate van verwisselbaarheid van de in pand gegeven financiële activa.¹⁰⁶⁴

Het gebruiksrecht moet contractueel worden bedongen. Hierbij geldt het beginsel van contractsvrijheid. Het staat partijen vrij om te bepalen of in de financiëlezekerheidsovereenkomst een dergelijke gebruiksrecht aan de fzo-pandhouder wordt toegekend.¹⁰⁶⁵ Of op dit punt in de praktijk ook werkelijk sprake zal zijn van contractsvrijheid, is niet geheel zeker. In de regel zal de fzo-pandhouder de voorwaarden van de betreffende financiëlezekerheidsovereenkomst tot op zekere hoogte kunnen bepalen. De ongelijkheid tussen partijen zal bij professionele marktpartijen, op wie de regeling van financiëlezekerheidsovereenkomsten per slot van rekening van toepassing is¹⁰⁶⁶, mogelijk niet groot zijn, maar geheel te verwaarlozen is zij niet.¹⁰⁶⁷ De verhouding tussen zekerheidgever en zekerheidsnemer is immers – ook bij financiëlezekerheidsovereenkomsten – geen gelijke. Een zekerheidgever is als kredietnemer¹⁰⁶⁸ immers in zekere, zo niet aanzienlijke,

¹⁰⁶² Artikel 2 lid 8 Richtlijn 2009/44/EG. Zie in gelijke zin: artikel II.B.5 van het wet ter implementatie van de Wijzigingsrichtlijn, waarin is bepaald dat artikel 7:53 BW niet van toepassing is op financiëlezekerheidsovereenkomsten die strekken tot verpanding van kredietvorderingen. Zie: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 457, nr. 2, p. 4.

¹⁰⁶³ Europese Commissie, *Voorstel van 23 april 2008 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG en Richtlijn 2002/47/EG*, COM 2008/213, p. 10. Zie tevens: Van 't Westeinde 2009, p. 382; Beekhoven van den Boezem 2009, p. 317.

¹⁰⁶⁴ Ook bij herverpanding (of beter gezegd: herbelening of herprolongatie) bestond oorspronkelijk een duidelijke relatie tussen de bijzondere bevoegdheid van de pandhouder en de verwisselbaarheid van het pandobject. Zo zag artikel 6 lid 1 Beurswet 1914 uitsluitend op effecten ("fondsen). Niet-verwisselbare effecten, zoals loten en obligaties van premieleningen, waren uitdrukkelijk van de regeling uitgesloten. Pas bij (het ontwerp van) het huidige artikel 3:242 BW is – overigens zonder toelichting – de oorspronkelijke beperking van de herverpandingsbevoegdheid tot verwisselbare pandobjecten verlaten. Zie: hoofdstuk 2 en 3.

¹⁰⁶⁵ Vergelijk in dit verband de opmerking van de wetgever over regelend recht in: Zie: *Memorie van Antwoord, Kamerstukken I*, 28 874, C, p. 4-5.

¹⁰⁶⁶ Zie: artikel 7:52 lid 2 BW.

¹⁰⁶⁷ Kritisch over de gevolgen van het gebruiksrecht voor het midden- en kleinbedrijf: Keijser 2004, p. 767 e.v. Zie tevens: Van Erp 2004, p. 968; Meulman 2005, p. 250; en Keijser/Keijser 2008, p. 41.

¹⁰⁶⁸ Voor de leesbaarheid spreek ik hier van "kredietnemer" en "kredietgever". Het spreekt voor zich dat zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst ook voor andere financiële verplichtingen dan verleend krediet kan worden verschaft. Hierbij kan bijvoorbeeld

mate afhankelijk van zijn wederpartij, de kredietgever. In dit verband dient te worden opgemerkt dat standaarddocumentatie voor financiële zekerheidsovereenkomsten in de regel een bepaling bevat waarin het gebruiksrecht wordt toegekend.¹⁰⁶⁹ Men kan dus aannemen dat het gebruiksrecht *market practice* is en als gevolg standaard in financiële zekerheidsovereenkomsten wordt opgenomen.

7.6.3.2 Overdracht van gelijkwaardige goederen en bijzondere substitutieregel

De gevolgen van uitoefening van het gebruiksrecht door de fzo-pandhouder zijn slechts gedeeltelijk in de wet geregeld. Algemeen wordt aangenomen dat de fzo-pandgever als gevolg van uitoefening van het gebruiksrecht door de fzo-pandhouder zijn aanspraak (eigendom c.q. recht)¹⁰⁷⁰ op de verpande financiële activa verliest.¹⁰⁷¹ Teneinde de fzo-pandgever hiervoor te compenseren, is de fzo-

worden gedacht aan verstrekking van bepaalde effecten (zoals bij *securities lending*) of bepaalde valuta (zoals bij *swaps*).

¹⁰⁶⁹ Zie: Keijser 2006, p. 16 e.v. Standaarddocumentatie voor financiële zekerheidsarrangementen (die veelal door Engels of Amerikaans recht beheerst) voorziet – zowel bij zekerheidstelling door eigendomsoverdracht als bij zekerheidstelling door verpanding – in tussentijdse verhandelbaarheid van het zekerheidsobject (door Keijser aangeduid als de *tradeability function*). Bij eigendomsoverdracht is tussentijds gebruik door de zekerheidsgerechtigde niet moeilijk voor te stellen. De zekerheidsgerechtigde is immers eigenaar van het zekerheidsobject geworden. Bij financiële zekerheidstelling door vestiging van een pandrecht wordt in de standaarddocumentatie dit pandrecht veelal gecombineerd met een algemeen gebruiksrecht. Keijser verwijst hierbij onder meer naar: de 2001 ISDA Margin Provisions (New York law), die betrekking hebben op zekerheidsverschaffing ter afdekking van koersfluctuaties ('*margin*'), waarin in artikel 2.2 (c) is bepaald dat de pandhouder de bevoegdheid krijgt "*to sell, pledge, rehypothecate, assign, invest, use, commingle or otherwise dispose of, or otherwise use in its business, any Margin Received (...)*"; en artikel 6 (c) van de daarvoor geldende 1994 ISDA Credit Support Annex (New York law), waarin was bepaald dat: "*the Secured Party will (...) have the right to: (i) sell, pledge, rehypothecate, assign, invest, use, commingle or otherwise dispose of, or otherwise use in its business any Posted Collateral it holds (...)*".

¹⁰⁷⁰ Ik spreek zal hierna omwille van de leesbaarheid van 'eigendom' van financiële activa. Hiermee bedoel ik de meest omvattende aanspraak (eigendom c.q. recht) van de fzo-pandgever/rechthebbende op de betreffende financiële activa.

¹⁰⁷¹ De meeste auteurs nemen aan dat uitoefening van het gebruiksrecht door de fzo-pandhouder – niet alleen door vervreemding maar ook door bezwaring van financiële activa – meebrengt dat de fzo-pandgever de eigendom van de betreffende financiële activa verliest. Zie onder meer: Keijser 2003, p. Keijser/Spath 2007, par. 2; Jansen 2007, p. 359; en Verhagen/Schuijling 2010, aant. C.4 bij art. 7:53 BW. Indien het gebruiksrecht door de fzo-pandhouder wordt uitgeoefend door verkoop en *overdracht* van de financiële activa, ligt eigendomsverlies voor de fzo-pandgever voor de hand. Deze situatie kan worden vergeleken met de situatie waarin een pandhouder op grond van zijn recht van parate executie het pandobject overdraagt. Over de vraag of ook een *bezwaring* van financiële activa door de fzo-pandhouder eigendomsverlies voor de fzo-pandgever tot gevolg heeft, valt echter te twisten. Een dergelijk gevolg valt echter niet uit de regeling in artikel 7:53 BW op te maken. (Her)verpanding van het pandobject door de fzo-pandhouder behoeft niet noodzakelijkerwijs onmiddellijk eigendomsverlies voor de fzo-pandgever mee te brengen. Ook in geval van herverpanding in de zin van artikel 3:242 BW verliest de oorspronkelijk pandgever de eigendom van het (her)pandobject niet. Eigendomsverlies doet zich daarentegen (pas) voor in geval van oneigenlijke vermenging, zoals in *Teireira de Mattos*, of bij executie door de (her)pandhouder. Zie: paragraaf 2.4.1.4. Zie over het voorgaande

pandhouder – wanneer hij zijn contractueel toegekende recht van gebruik of verkoop uitoefent – verplicht gelijkwaardige goederen aan de fzo-pandgever over te dragen.¹⁰⁷² Onder 'gelijkwaardige goederen' moet – afhankelijk van het type financiële activa dat onderwerp is van het fzo-pandrecht – het volgende worden verstaan. Gaat het om geld, dan moeten de gelijkwaardige goederen bestaan uit hetzelfde bedrag in dezelfde valuta. Gaat het om effecten dan zijn de vervangende goederen gelijkwaardig indien het – kort gezegd – effecten betreft van dezelfde uitgevende instelling of debiteur, behorende tot dezelfde emissie of categorie, ter waarde van hetzelfde nominale bedrag, luidende in dezelfde valuta en van dezelfde soort.¹⁰⁷³ De term 'gelijkwaardig' heeft – zoals onder meer Keijser & Keijser opmerken – in dit verband niet zonder meer de betekenis van gelijke waarde. Op grond van de wettelijke definitie lijkt het immers primair om het in de plaats stellen van financiële activa van gelijke soort. Zij menen dat het juist zou zijn hier te spreken van 'gelijksoortige goederen'.¹⁰⁷⁴ De voorgestelde definitie lijkt echter niet geheel in lijn met de compensatiegedachte van achter de verplichting tot overdracht van vervangende financiële activa.¹⁰⁷⁵

De fzo-pandhouder behoeft niet onmiddellijk bij uitoefening van zijn gebruiksrecht gelijkwaardige goederen aan de fzo-pandgever over te dragen. Hij dient de gelijkwaardige goederen uiterlijk aan de fzo-pandgever over te dragen op het moment waarop de verplichting waarvoor het fzo-pandrecht is gevestigd (kortweg: de geseceerde vordering), moet worden voldaan.¹⁰⁷⁶ In de financiëlezekerheidsvereenkomst kan ook worden bedongen dat de fzo-pandhouder op dat tijdstip (of zoveel eerder als zich een executiegrond voordoet) – in plaats van overdracht van gelijkwaardige goederen – de *waarde* van gelijkwaardige goederen mag verrekenen met de geseceerde vordering.¹⁰⁷⁷ In de literatuur wordt

uitgebreider: Diamant 2012, par. 3. Naar mijn mening kan niet worden uitgesloten dat de fzo-pandgever ook na verpanding van de financiële activa door de fzo-pandhouder, eigenaar/rechthebbende van deze financiële activa blijft. Ik laat dit punt hier verder rusten.

¹⁰⁷² Zie: artikel 7:53 lid 2 BW. Vergelijk artikel 5 lid 2 (eerste zin) Collateral Richtlijn, dat luidt: "*Wanneer een zekerheidsnemer een gebruiksrecht uitoefent, is hij gehouden tot overdracht van gelijkwaardige activa ter vervanging van de oorspronkelijke als zekerheid verschaft financiële activa uiterlijk op de datum waarop de betrokken financiële verplichtingen uit hoofde van de financiëlezekerheidsvereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht moeten worden nagekomen. (...)*".

¹⁰⁷³ Artikel 7:51 sub f BW. Vergelijk: art. 2 lid 1 sub i Collateral Richtlijn.

¹⁰⁷⁴ Keijser/Keijser 2008, p. 42; en tevens p. 30-31.

¹⁰⁷⁵ Zie in dit verband ook artikel 7:53 lid 4 BW, waarin als alternatieve vergoedingsverplichting uitdrukkelijk wordt gesproken van verrekening van de "*waarde van de gelijkwaardige goederen*". Zie ook: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 874, nr. 3, p. 15-16.

¹⁰⁷⁶ Artikel 7:53 lid 1 en 2 BW. Op dat tijdstip ontvalt immers door voldoening van de geseceerde vordering de grondslag van het pandrecht en dient de schuldenaar weer vrij over de goederen – eventueel vervangen door gelijkwaardige goederen – te kunnen beschikken. Zie: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 28 874, nr. 3, p. 15.

¹⁰⁷⁷ Artikel 7:53 lid 4 BW. Zie tevens: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 30 138, nr. 3, p. 17. Vergelijk in dit verband: artikel 5 lid 2 (tweede zin) Collateral Richtlijn, dat luidt: "*De zeker-*

algemeen aangenomen dat in de praktijk vrijwel steeds van deze verrekeningsmogelijkheid gebruik zal worden gemaakt.¹⁰⁷⁸

Pas op het moment waarop de fzo-pandhouder de gelijkwaardige goederen aan de oorspronkelijk fzo-pandgever overdraagt, wordt deze hiervan eigenaar. Tot dat moment heeft de fzo-pandgever slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak tot overdracht van gelijkwaardige goederen. Er is dus een periode van onzekerheid en risico voor de fzo-pandgever, in het bijzonder wanneer de waarde van de verpande goederen tussentijds is toegenomen en daarmee de geseceerde vordering overtreft.¹⁰⁷⁹ Met het oog op deze onzekerheid heeft de wetgever bij de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn een nieuw lid 3 aan artikel 7:53 BW toegevoegd, waarin is bepaald dat de zekerheidgever voor zijn vordering tot overdracht van gelijkwaardige goederen een voorrecht heeft op de bij de zekerheidnemer aanwezige gelden en effecten.¹⁰⁸⁰

Op het moment van overdracht van de gelijkwaardige goederen, rust het fzo-pandrecht op grond van artikel 7:53 lid 2 BW van rechtswege op deze gelijkwaardige goederen.¹⁰⁸¹ De regeling kent aldus een bijzondere regel van substitutie: de (gelijkwaardige) financiële activa die door de fzo-pandhouder in de plaats worden gesteld van de oorspronkelijk verpande financiële activa, zijn van rechtswege met terugwerkende kracht onderworpen aan het oorspronkelijke fzo-pandrecht.¹⁰⁸² Met de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn is in artikel 7:53

heidsnemer draagt, op de dag waarop de betrokken financiële verplichtingen moeten worden nagekomen, gelijkwaardige activa over dan wel verrekent hij, indien en voorzover aldus bepaald in een financiëlezekerheidsovereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht, de waarde van de gelijkwaardige activa met of gebruikt hij de gelijkwaardige activa voor de nakoming van de betrokken financiële verplichtingen." Zie tevens artikel 5 lid 5 Collateral Richtlijn, dat luidt: "Wanneer zich een afdwingingsgrond voordoet terwijl een verplichting als omschreven in lid 2 nog niet is nagekomen, kan deze verplichting het voorwerp uitmaken van een clause tot saldering bij vroegtijdige beëindiging." Zie uitgebreider: Faber 2005, p. 116; Keijser 2006, p. 287-288; Keijser/Keijser 2008, p. 49-50; Rank 2011 (T&C 7.2 BW), p. 3043-3044; Van Vliet 2010, p. 75;

¹⁰⁷⁸ Rajmakers/Van Beek 2003, p. 187; Verstijnen 2005, p. 71-72, Steffens 2005, p. 63; Pitlo/Reehuis & Heesterkamp 2006, nr. 982; en Jansen 2007, p. 360-361

¹⁰⁷⁹ In dat laatste geval biedt de hiervoor besproken mogelijkheid van verrekening geen uitkomst. Vergelijk de situatie van de belener van effecten naar oud recht, zoals in het in paragraaf 2.4.1.4 besproken *Maas en Waalsche Bank*-arrest (HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 882).

¹⁰⁸⁰ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 30 138, nr. 3, p. 17.

¹⁰⁸¹ Vergelijk artikel 5 lid 3 Collateral Richtlijn, dat luidt: "*De ter nakoming van lid 2, eerste alinea, overgedragen gelijkwaardige activa zijn onderworpen aan dezelfde financiëlezekerheidsovereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht als waaraan de oorspronkelijke als zekerheid verschafte financiële activa waren onderworpen, en worden behandeld als zijnde op hetzelfde tijdstip verschafte uit hoofde van de financiëlezekerheidsovereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht als de oorspronkelijke als zekerheid verschafte financiële activa.*"

¹⁰⁸² Zie voor de Parlementaire Toelichting op de bijzondere substitutieregeling onder meer: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken I*, 28 874, C, p. 11; Nadere Memorie van Antwoord, *Kamerstukken I*, 28 874, E, p. 11; en Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 30 138, nr. 3, p. 16.

lid 2 BW een uitdrukkelijke substitutieregeling opgenomen, waarin is bepaald dat het pandrecht van de fzo-pandhouder op de vervangende goederen wordt geacht te zijn verkregen op het moment dat de financiëlezekerheidsvereenkomst werd gesloten.¹⁰⁸³ Daarmee is de fictie van een onafgebroken fzo-pandrecht, waarop de oorspronkelijke substitutieregeling van artikel 7:53 lid 4 BW (oud) steunde, expliciet in de wet opgenomen.¹⁰⁸⁴ Onder artikel 7:53 lid 4 BW (oud)¹⁰⁸⁵ ging men namelijk uit van de fictie dat het fzo-pandrecht niet door uitoefening van het gebruiksrecht was geëindigd.¹⁰⁸⁶ De in de plaats gestelde gelijkwaardige goederen werden geacht te zijn verpand op hetzelfde tijdstip als de oorspronkelijk verpande goederen en aldus van meet af aan onafgebroken te zijn gevestigd op de vervangende goederen.¹⁰⁸⁷ Met de wijziging van lid 2 is deze notie wettelijk vastgelegd.

De bijzondere substitutieregeling bij fzo-pandrecht springt te meer in het oog omdat een degelijke regel ontbreekt bij een 'gewoon' pandrecht op grond van Boek 3 BW. Op grond van artikel 3:229 BW rust een dergelijk pandrecht van rechtswege immers uitsluitend op vorderingen tot vergoeding die in plaats van het pandobject treden. In dit verband kan ook de – eerder besproken – discussie over zaaksvervanging en oneigenlijk pandrecht bij prolongatie en belening van effecten

¹⁰⁸³ Artikel II.B.1 Wet van 21 april 2011 ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG, *Staatsblad* 2011, 210.

¹⁰⁸⁴ Memorie van Toelichting (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten), *Kamerstukken II* 2002/03, 28 874, nr. 3, p. 16-17.

¹⁰⁸⁵ Artikel 7:53 lid 4 BW (oud) luidde: "*Het pandrecht strekt zich van rechtswege uit over de goederen die als gevolg van dit artikel in de plaats zijn gesteld van de verbonden goederen*". Dit artikel is vervallen bij implementatie van de Wijzigingsrichtlijn. Zie: Artikel II.B Wet van 21 april 2011 ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG, *Staatsblad* 2011, 210.

¹⁰⁸⁶ Op grond van de algemene goederenrechtelijke regels gaat als gevolg van gebruik of vreeemding van de financiële activa door de fzo-pandhouder niet alleen de eigendom voor de fzo-pandgever, maar ook het fzo-pandrecht voor de fzo-pandhouder verloren. Het fzo-pandrecht 'herleeft' – althans wordt geacht nooit verloren te zijn gegaan – op het moment dat de gelijkwaardige goederen door de fzo-pandhouder in de plaats worden gesteld van de oorspronkelijk verpande financiële activa. Over hoe de bijzondere substitutieregeling van artikel 7:53 lid 4 BW (oud) precies werkte, bestond in de literatuur verschil van mening. Voor deze discussie verwijs ik naar: De Serië 2004, p. 70; Keijser 2006, p. 253-255; Keijser/Spath 2007, p. 55 e.v.; Jansen 2007, p. 359; Keijser/Keijser 2008, p. 43; en Spath 2010, p. p. 55-56. Met de wettelijke vastlegging van de presumptie van een onafgebroken pandrecht in het huidige artikel 7:53 lid 2 (laatste volzin) BW is deze onduidelijkheid – voor de praktijk althans – weggenomen.

¹⁰⁸⁷ Dit is in overeenstemming met de Collateral Richtlijn, die voorschrijft dat het pandrecht uit hoofde van een financiëlezekerheidsvereenkomst niet door uitoefening van het gebruiksrecht en de indeplaatsstelling van gelijkwaardige goederen verloren mag gaan. Zie artikel 5 lid 4 Collateral Richtlijn, dat luidt: "*De lidstaten zorgen ervoor dat het overeenkomstig dit artikel door een zekerheidsnemer gemaakte gebruik van als zekerheid verschaft financiële activa er niet toe leidt dat de rechten van de zekerheidsnemer uit hoofde van de financiëlezekerheidsvereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht met betrekking tot de door de zekerheidsnemer ter nakoming van lid 2, eerste alinea, overgedragen als zekerheid verschaft financiële activa, hun gelidigheid verliezen of niet meer afgedwongen kunnen worden.*"

onder het Oud BW in herinnering worden geroepen.¹⁰⁸⁸ Ook in die tijd speelde het probleem dat de markt behoefte had aan een pandrecht op verwisselbare effecten, maar de wettelijke regeling van pand een dergelijke flexibel zekerheidsrecht niet toestond.¹⁰⁸⁹ De substitutieregeling van het huidige artikel 7:53 lid 2 (laatste volzin) BW maakt een flexibel pandrecht op een verwisselbaar pandobject uitdrukkelijk mogelijk. Artikel 7:53 BW vormt aldus een opvallende uitbreiding op de algemene, in Boek 3 BW neergelegde regeling van pand.

7.6.3.3 Gevolgen voor de positie van de fzo-pandgever

Uitoefening van het gebruiksrecht door de fzo-pandhouder gaat ten koste van de rechtspositie van de fzo-pandgever. Wanneer de fzo-pandhouder zijn gebruiksrecht uitoefent – bijvoorbeeld door verkoop van de in pand verkregen financiële activa aan derden – verliest de zekerheidsgever de eigendom van de in pand gegeven financiële activa¹⁰⁹⁰ en rest hem slechts een verbintenisrechtelijke vordering op de fzo-pandhouder tot overdracht van gelijkwaardige goederen. Rank merkt in dit verband op dat de positie van de fzo-pandgever niet in alle gevallen verslechtert door verlies van de goederenrechtelijke aanspraak. De positie van de fzo-pandgever verslechtert naar zijn mening niet door uitoefening van het gebruiksrecht indien het fzo-pandrecht betrekking had op creditsaldi of op rechten die corresponderen met door een bank of effectenbewaarbedrijf niet-geïndividualiseerd gehouden effecten op naam. In dat geval verliest de fzo-pandgever immers geen goederenrechtelijke positie, maar treedt de ene verbintenisrechtelijke aanspraak in de plaats van de andere. Zag het fzo-pandrecht echter op effecten opgenomen in een Wge-verzameldepot of op andere effecten waarvan de fzo-pandgever rechthebbende was, dan gaat de positie van de fzo-pandgever door uitoefening van het gebruiksrecht er wél op achteruit. In dat geval verliest de fzo-pandgever immers zijn goederenrechtelijke aanspraak, waarvoor in de plaats hij een verbintenisrechtelijke vordering krijgt.¹⁰⁹¹

Zoals reeds opgemerkt, kan de fzo-pandhouder met overdracht van gelijkwaardige goederen wachten tot het einde van de looptijd van de financiëlezekerheids-overeenkomst. Tot het moment waarop de fzo-pandhouder de gelijkwaardige goederen overdraagt en de fzo-pandgever daarvan eigenaar wordt, loopt de fzo-pandgever een insolventierisico. De aanspraak van de fzo-pandgever op de fzo-

¹⁰⁸⁸ Zie paragraaf 7.5.1.

¹⁰⁸⁹ Zie: paragraaf 2.4.1. Ook Spath maakt in dit verband de vergelijking met vervangbare en verwisselbare zaken. Zie: Spath 2010, p. 57.

¹⁰⁹⁰ De fzo-pandgever blijft eigenaar van de verpande activa totdat de fzo-pandgever zijn gebruiksrecht uitoefent door de financiële activa vervreemden. Zie: Jansen 2007, p. 359; en Keijser 2003, p. 440. Onduidelijk is of de fzo-pandgever ook zijn eigendom verliest door een bezwaring van de financiële activa door de fzo-pandhouder. Zie: paragraaf 7.6.3.2.

¹⁰⁹¹ Rank 2011 (T&C 7.2 BW), p. 3043.

pandhouder tot overdacht van gelijkwaardige goederen heeft immers een verbintenisrechtelijk karakter, met als gevolg dat de fzo-pandgever in geval van faillissement van de fzo-pandhouder slechts een concurrent vordering heeft. Bovenge- noemd insolventierisico is volgens de meeste auteurs niet zo groot. Zo heeft een aantal auteurs erop gewezen dat de fzo-pandhouder in de regel een solide, onder toezicht staande financiële instelling is, waardoor het insolventierisico erg klein zou zijn.¹⁰⁹² Dit argument is gezien de recente ontwikkelingen in de financiële wereld niet erg overtuigend. Ook ten aanzien van financiële instellingen is het insolventierisico immers niet denkbeeldig.¹⁰⁹³ Voorts is in de literatuur opge- merkt dat het insolventierisico voor de fzo-pandgever in de regel beperkt zal zijn tot de overwaarde of toegenomen waarde van de verpande goederen. De zeker- heidgever kan in de regel zijn schuld aan de fzo-pandhouder (i.e. de geseceerde vordering) verrekenen met zijn vordering tot overdracht van gelijkwaardige goederen of tot vergoeding van de waarde daarvan.¹⁰⁹⁴ Deze mogelijkheid tot verrekening biedt de fzo-pandgever natuurlijk slechts uitkomst indien hoogte van de geseceerde vordering gelijk is aan de waarde van gelijkwaardige financiële activa. Dit behoeft echter niet steeds het geval te zijn. Indien de koers van de be- treffende financiële activa in de tussentijd is gestegen of de fzo-pandgever tussen- tijds heeft afgelost, met als gevolg dat de waarde van de financiële activa de hoog- te van de geseceerde vordering overstijgt, is het insolventierisico voor de fzo- pandgever wat deze overwaarde betreft reëel.¹⁰⁹⁵ Ook de wetgever heeft ge- meend dat met het oog op voornoemd insolventierisico de vordering van de fzo- pandgever tot overdracht van gelijkwaardige goederen moet worden verstrekt. Daartoe is met de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn een nieuw lid 3 aan artikel 7:53 BW toegevoegd, op grond waarvan de fzo-pandgever voor zijn vorde- ring een voorrecht heeft op de bij de fzo-pandhouder aanwezige (vervangende) gelden en effecten.¹⁰⁹⁶

Gezien de gevolgen van het gebruiksrecht voor de positie van fzo-pandhouder hebben verschillende auteurs opgemerkt dat dit gebruiksrecht de grens tussen pand en fiduciaire eigendomsoverdracht vervaagt¹⁰⁹⁷ en het traditionele even-

¹⁰⁹² Zie: Verstijlen 2005, p. 72; Loof 2007, p. 202; en Logmans 2008, p. 10.

¹⁰⁹³ Zie in gelijke zin: Memorie van Toelichting (Uitvoering van Richtlijn nr. 2009/44/EG), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 457, nr. 3, p. 16.

¹⁰⁹⁴ Zie onder meer: Keijser/Keijser 2008, p. 45.

¹⁰⁹⁵ In dat geval resteert de fzo-pandgever slechts een concurrente vordering ter hoogte van de overwaarde. Zie onder meer: Van Vliet 2008, p. 431.

¹⁰⁹⁶ Artikel II.B.3 Wet van 21 april 2011 ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG, *Staatsblad* 2011, 210; en Memorie van Toelichting (Uitvoering van Richtlijn nr. 2009/44/EG), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 457, nr. 3, p. 16-17.

¹⁰⁹⁷ Hoewel de fzo-pandhouder – anders dan bij een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdacht – niet de eigendom van de betreffende financiële activa krijgt overgedragen en der- halve geen rechthebbende wordt, heeft hij praktisch gezien nagenoeg dezelfde beschikkingsbe-

wicht in de rechtsverhouding tussen pandgever en pandhouder verstoort.¹⁰⁹⁸ Een pandrecht strekt immers tot zekerheid voor verhaal, hetgeen meebrengt dat de pandhouder alleen over het pand kan beschikken indien een executiegrond zich voordoet. Een pandhouder kan dus niet te allen tijde over het pandobject beschikken. Hierbij komt dat de pandgever en pandhouder in een fiduciaire relatie staan, waarin hun belangen in evenwicht zijn. Enerzijds heeft de pandhouder als kredietgever een sterk zakelijk zekerheidsrecht, waaraan het recht van parate executie, voorrang en de positie van separatist in faillissement is verbonden. Anderzijds, wordt de pandgever, die zich als kredietnemer in beginsel in een zwakkere positie bevindt, beschermd tegen misbruik door de pandhouder van deze sterke zekerheidspositie. Zo kan de pandgever het pandrecht op ieder moment doen teniet gaan door voldoening van de gecureerde vordering en waarborgen verschillende bepalingen maximalisatie van de executieopbrengst.¹⁰⁹⁹ In het licht hiervan is het – zoals Keijser terecht opmerkt – opmerkelijk dat uitgerend aan de (in beginsel sterkere) pandhouder de bevoegdheid wordt toegekend om de regels die juist de (in beginsel zwakkere) pandgever beschermen, buiten werking te stellen.¹¹⁰⁰ De fzo-pandhouder met een algemeen gebruiksrecht kan feitelijk eenzijdig op ieder willekeurig moment de fiduciaire, goederenrechtelijke verhouding met de fzo-pandgever uit hoofde van pand beëindigen. Door het gebruiksrecht uit te oefenen, kan de fzo-pandhouder immers de eigendom voor de fzo-pandgever verloren doen gaan.¹¹⁰¹ Tegen die achtergrond heeft onder meer Keijser de vraag onderzocht in hoeverre het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn en artikel 7:53 BW zich verhoudt met het karakter en de beginselen van pand naar Nederlands recht.¹¹⁰²

7.6.3.4 Behoefte aan een algemeen gebruiksrecht

Het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn vormt een novum voor de meeste continentaal-Europese rechtstelsels, omdat het een uitbreiding inhoudt van de in deze rechtstelsels gebruikelijke bevoegdheden van een pandhouder als zekerheidsgerechtigde.¹¹⁰³ Naast de traditionele zekerheidsfunctie, krijgt het pandobject in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst immers ook

voegdheid als een eigenaar. Zie onder meer: Keijser 2002, p. 167; en Raijmakers/Van Beek 2003, p. 186.

¹⁰⁹⁸ Zie onder meer: Westrik 2004, p. 774; Keijser 2004, p. 767; en Keijser 2006, p. 233.

¹⁰⁹⁹ Zie onder meer: art. 3:250-251 BW (executieverkoop) en art. 3:235 BW (verbod van toe-eigening).

¹¹⁰⁰ Keijser 2006, p. 258-259.

¹¹⁰¹ Dit geldt in ieder geval indien de fzo-pandhouder de hem verpande financiële activa vervreemdt. Zie: paragraaf 7.6.3.2.

¹¹⁰² Voor een bespreking van deze problematiek verwijst ik naar zijn proefschrift. Zie: Keijser 2006, hoofdstuk IV (*Right of use*) en in het bijzonder: p. 232-235. Zie tevens: Van Vliet 2005, p. Snijders 2005, p. 91; en Verstijlen 2005, par. 3.4.

¹¹⁰³ Zie tevens: Sagaert 2007, p. 325-326.

een prominente gebruiksfunctie. De uitbreiding van de bevoegdheden van de pandhouder gaan in veel gevallen ten koste van de positie van de pandgever. De vraag dringt zich op waarom financiële marktpartijen behoefte hebben aan een dermate ruim gebruiksrecht en waarom deze behoefte een inbreuk de positie van de pandgever rechtvaardigt? Naar de achtergronden van het gebruiksrecht bij een fzo-pandrecht is reeds uitgebreid onderzoek gedaan.¹¹⁰⁴ Ik volsta hier om die reden met een overzicht van de belangrijkste gronden voor het gebruiksrecht.

Het gebruiksrecht bij een fzo-pandrecht is primair ingegeven door een economische behoefte. Het gebruiksrecht stelt marktpartijen in staat om de financiële activa die aan hen in zekerheid zijn gegeven, te gebruiken met als gevolg dat ook ten aanzien van die financiële activa op de financiële markten nieuwe transacties kunnen worden aangegaan. Algemeen wordt dan ook aangenomen dat het gebruiksrecht de liquiditeit van de financiële markten vergroot.¹¹⁰⁵ Het positieve liquiditeitseffect is economisch gezien als volgt te verklaren.¹¹⁰⁶ Op macro-economisch niveau, dwingt de relatieve schaarste van financiële activa marktpartijen om optimaal gebruik te maken van alle financiële activa die tot hun beschikking staan, met inbegrip van financiële activa die zij in zekerheid hebben ontvangen. Het gebruiksrecht stelt hen daartoe in staat. Naast de verwachte positieve effecten op de liquiditeit van de financiële markten, brengt het gebruiksrecht tevens op micro-economisch niveau voordelen voor zowel zekerheidsverschaffers als zekerheidnemers mee. Het gebruiksrecht stelt zekerheidnemers immers in staat inkomsten te genereren door hergebruik van de in zekerheid verkregen financiële activa, waardoor zij mogelijk tegen gunstigere voorwaarden (en lagere kosten) financiële diensten aan hun zekerheidsverschaffers kunnen aanbieden.¹¹⁰⁷

Ook in de literatuur¹¹⁰⁸ en de parlementaire geschiedenis is de economische onderbouwing van het gebruiksrecht en de positieve effecten ervan voor de liquiditeit van de financiële markten onderschreven. De hiervoor besproken economische effecten lijken ook voor de Nederlandse wetgever leidend te zijn geweest.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁴ Keijser heeft de achtergronden van het gebruiksrecht uitvoerig besproken in zijn dissertatie uit 2006, waarnaar ik in dit verband verwijs. Zie: Keijser 2006, hoofdstuk IV (*Right of use*), p. 175 e.v.

¹¹⁰⁵ Zie onder meer: Europese Commissie, Voorstel van 27 maart 2001 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, COM 2001/168, p. 9. Zie tevens: overweging 19 van de considerans van de Collateral Richtlijn.

¹¹⁰⁶ Zie uitgebreider: Keijser 2006, p. 181-182.

¹¹⁰⁷ Europese Commissie, Voorstel van 27 maart 2001 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, COM 2001, 168, p. 9. Zie tevens: Mulder 2003, p. 20-21; en Keijser 2006, p. 182.

¹¹⁰⁸ Zie onder meer: Rank 2002, p. 319; Mulder 2003, p. 20-21; De Serière 2004, p. 71; Westrik 2004 I, p. 772-773; Jansen 2007, p. 359; Keijser/Keijser 2008, p. 5; en Van Vliet 2008, p. 430.

¹¹⁰⁹ Zie onder meer: Memorie van Toelichting (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten), *Kamerstukken II* 2002/03, 28 874, nr. 3, p. 2;

Het gebruiksrecht voorziet – aldus de wetgever – in een economische behoefte van marktpartijen en heeft een belangrijk liquiditeitseffect op de financiële markten. Het gebruiksrecht stelt marktpartijen in staat de in pand verkregen financiële activa aan te wenden voor nieuwe transacties. Zo zal de fzo-pandhouder – aldus de wetgever – in de praktijk de financiële activa ten aanzien waarvan een gebruiksrecht is bedongen, gebruiken om andere financiële verplichtingen af te dekken. Eventuele koerswinsten die daarmee worden gegenereerd, mag de fzo-pandhouder behouden.¹¹¹⁰

Gezien de hierboven besproken economische motieven is het niet verwonderlijk dat het aannemen van het gebruiksrecht in het kader van financiëlezekerheids-overeenkomsten tot vestiging van een pandrecht in belangrijke mate het resultaat was van een succesvolle lobby van financiële marktpartijen, waaronder de ISDA Collateral Reform Group.¹¹¹¹ Tegen de achtergrond van de economische 'noodzaak' voor marktpartijen om gebruik te kunnen maken van in zekerheid verkregen financiële activa¹¹¹², heeft de ISDA aanbevolen dat nationale wetgeving werd aangepast opdat een algemeen gebruiksrecht bij financiëlezekerheids-overeenkomsten tot vestiging van een pandrecht mogelijk zou worden gemaakt. De nationale wetgeving van de meeste EU lidstaten staat immers niet toe dat een pandhouder gebruik maakt van of beschikkingsbevoegdheid heeft over het pandobject, omdat dit zich in de regel niet verhoudt met het karakter van het pandrecht als *zekerheidsrecht*.¹¹¹³ In het rapport uit 2000, formuleerde de ISDA Collateral Reform Group dan ook als één van de uitgangspunten voor de aanpassing van wet- en regelgeving dat: "*the collateral taker should be free to deal with the collateral as though it were the outright owner of the assets, and third parties purchasing from the collateral taker should be able to obtain a clean title to the assets, whether or not they have notice of the original interest of the collateral provider.*"¹¹¹⁴ Dit uitgangspunt van een onbeperkt recht van gebruik is uiteindelijk overgenomen door de Europese Commissie, hetgeen heeft geleid tot het gebruiksrecht in de Collateral Richtlijn.¹¹¹⁵

Nader voorlopig verslag, *Kamerstukken I* 2002/03, 28 874, D, p. 7; Nadere Memorie van Antwoord, *Kamerstukken I* 2002/03, 28 874, E, p. 20-22; en Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 138, nr. 3, p. 3.

¹¹¹⁰ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2004/05 30 138, nr. 3, p. 16.

¹¹¹¹ Keijser 2006, p. 181 e.v.

¹¹¹² De ISDA Collateral Reform Group spreekt in haar rapport uit 2000 van een '*commercial imperative*'. Zie: ISDA report 2000, p. 6, waar wordt opgemerkt dat "*most financial institutions holding collateral in the form of securities in fungible form consider it a commercial imperative that they be able to deal freely with the securities until they are required to re-deliver securities under the collateral arrangement*".

¹¹¹³ ISDA Report 2000, p. 6-7

¹¹¹⁴ ISDA Report 2000, p. 11. Zie tevens: Keijser 2006, p. 181.

¹¹¹⁵ Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van het wetgevingsproces onder meer: Keijser 2006, p. 181.

Naast de economische behoefte van marktpartijen om gebruik te kunnen maken van in zekerheid ontvangen financiële activa, hebben ook andere factoren een rol gespeeld bij het aannemen van het gebruiksrecht in de Collateral Richtlijn. Keijser noemt in dit verband onder meer de doorwerking via standaarddocumentatie van het Amerikaanse concept van zekerheidsrechten met algemeen gebruiksrecht¹¹¹⁶ en het feit dat ten aanzien van effecten een minder vastomlijnd eigendomsbegrip lijkt te bestaan.¹¹¹⁷ Een niet onbelangrijke factor bij het aannemen van het gebruiksrecht is bovendien dat financiële activa naar hun aard in hoge mate verwisselbaar zijn. Het maakt een partij die in het kader van een financieelzekerheidsovereenkomst financiële activa verpandt, in de regel immers weinig uit dat hij na afloop exact dezelfde financiële activa terug ontvangt, zolang de goederen maar van eenzelfde soort en waarde zijn als de in pand geven goederen. Juist dit gegeven maakt tussentijds gebruik van in zekerheid gegeven financiële activa mogelijk.¹¹¹⁸

Resumerend: de Collateral Richtlijn kwam tegemoet aan een economische behoefte van marktpartijen. Daarbij was verbetering van de liquiditeit van de financiële markten een belangrijke doelstelling voor de Europese regelgever. Inmiddels lijkt een evaluatie van de Collateral Richtlijn te bevestigen dat de Richtlijn het functioneren van de Europese financiële markt positief heeft beïnvloed.¹¹¹⁹

7.6.4 Vergelijking met herverpanding

Zoals ik aan het begin van dit hoofdstuk al opmerkte, dringt zich bij het gebruiksrecht van een fzo-pandhouder de gelijkenis met herverpanding op. Evenals een tot herverpanding gemachtigde pandhouder, kan de fzo-pandhouder buiten executie over de aan hem als zekerheid verschaft goederen beschikken. Het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn en artikel 7:53 BW gaat echter aanzienlijk verder dan de bevoegdheid tot herverpanding van artikel 3:242 BW. Een fzo-pandhouder aan wie in een financieelzekerheidsovereenkomst een gebruiksrecht is toegekend, kan de in zekerheid ontvangen financiële activa immers niet alleen bezwaren met een beperkt zekerheidsrecht (zoals bij herverpanding), maar kan deze financiële activa ook voor eigen doeleinden gebruiken en zelfs verkopen (met behoud van de opbrengst).

¹¹¹⁶ Zie: voetnoot 1069 hiervoor.

¹¹¹⁷ Zie: Keijser 2006, p. 183 e.v.

¹¹¹⁸ Zie tevens: Keijser 2006, p. 184; en Logmans 2008, p. 17. Vergelijk de situatie bij (her)prolongatie en (her)belening van effecten naar oud recht, zoals besproken in paragraaf 2.2.2.

¹¹¹⁹ Zie: Europese Commissie, Evaluation report on the Financial Collateral Arrangements Directive (2002/47/EC) van 20 december 2006, COM 2006/833, par. 3 en 5. In paragraaf 4.3 van het Evaluatierapport, wordt opgemerkt dat de invoering van het gebruiksrecht uit hoofde van de Collateral Richtlijn geen aanleiding tot problemen heeft gegeven, maar dat nog moet worden afgewacht wat de marktervaring met het uitoefening van het gebruiksrecht zal zijn.

In deze paragraaf bespreek ik de overeenkomsten en verschillen tussen het gebruiksrecht van de fzo-pandhouder ex artikel 5 Collateral Richtlijn en artikel 7:53 BW en de herverpandingsbevoegdheid ex artikel 3:242 BW. Met deze vergelijking wordt gepoogd een antwoord te vinden op de vraag waarom in beide gevallen een beschikkingsbevoegdheid aan een pandhouder wordt toegekend, die de traditionele bevoegdheden van de pandhouder als beperkt zekerheidsgerechtigde te buiten gaat. Hiermee wordt een aanvullend perspectief geboden voor bestudering en een beter begrip van de rechtsfiguur herverpanding.

7.6.4.1 Overeenkomsten

De eerste overeenkomst tussen herverpanding en het recht van gebruik bij een fzo-pandrecht is het feit dat het hier gaat om een bijzondere bevoegdheid van een beperkt gerechtigde. Evenals de pandhouder bij herverpanding, heeft de fzo-pandhouder een beperkt zekerheidsrecht. Beiden kunnen niet over de in zekerheid ontvangen goederen beschikken, tenzij hen daartoe door de pandgever de bevoegdheid is verleend. In deze zin heeft zowel de tot herverpanding bevoegde pandhouder, als de fzo-pandhouder met een gebruiksrecht een bijzondere beschikkingsbevoegdheid. De strekking van deze beschikkingsbevoegdheid verschilt echter in beide gevallen, zoals in paragraaf 7.6.4.2 zal worden besproken.

Als tweede overeenkomst kan erop worden gewezen dat deze bijzondere beschikkingsbevoegdheid in beide gevallen zijn grondslag vindt in een uitdrukkelijke wettelijke bepaling, namelijk artikel 3:242 BW respectievelijk artikel 7:53 BW jo. artikel 5 Collateral Richtlijn. In beide gevallen betreft het aldus een bijzondere, in de wet geregelde bevoegdheden van een beperkt zekerheidsgerechtigde.

Een derde overeenkomst is dat zowel de bevoegdheid tot herverpanding als het recht van gebruik bij een fzo-pandrecht contractueel moet worden bedongen. Zonder een machtiging door de (fzo)pandgever, is de (fzo)pandhouder niet tot gebruik respectievelijk herverpanding bevoegd. Daarbij zij opgemerkt dat de bevoegdheid tot herverpanding op grond van artikel 3:242 BW ondubbelzinnig moet worden verleend. Een dergelijke formeel vereiste ontbreekt in Titel 7:2 BW voor de toekenning van het gebruiksrecht aan een fzo-pandhouder. Hierbij wordt in herinnering geroepen dat een financiëlezekerheidsovereenkomst en daaruit voortvloeiende zekerheidsverschaffing met schriftelijke stukken of op juridische gelijkwaardige wijze moet kunnen worden aangetoond.¹¹²⁰ Hieruit volgt dat ook de toekenning van het gebruiksrecht bij een fzo-pandrecht in de regel met een schriftelijk stuk moet kunnen worden bewezen. Wordt de herverpandingsbevoegdheid of het gebruiksrecht bij een fzo-pandrecht contractueel toegekend, dan kunnen in beide gevallen ook voorwaarden en/of beperkingen aan deze be-

¹¹²⁰ Art. 1 lid 5 en art. 3 lid 2 van de Collateral Richtlijn. Zie tevens: paragraaf 7.6.2.1.

voegdheden worden gesteld. Zo kan contractueel worden bedongen dat de pandhouder uitsluitend een herpandrecht kan vestigen tot zekerheid van een vordering die hoogte van de oorspronkelijk gecureerde vordering niet overstijgt. Ook bij het gebruiksrecht van een fzo-pandhouder zijn soortgelijke beperkingen denkbaar.¹¹²¹

Een vierde overeenkomst is het feit dat zowel de bevoegdheid tot herverpanding als het gebruiksrecht van de fzo-pandhouder zijn ingegeven door een eenzelfde economische behoefte. Zoals besproken in hoofdstuk 2, vindt herverpanding haar oorsprong in de effectenpraktijk van de 19^e en vroege 20^e eeuw. Effectenhandelaren verleenden zeer regelmatig krediet tegen een onderpand van effecten, welke effecten zij niet zelden aan hun eigen geldschietters verpandden; de zogeheten herbelening of herprolongatie. Deze praktijk werd uiteindelijk wettelijk geregeld in de Beurswet 1914, waarbij als belangrijkste argument werd aangevoerd dat het toestaan van herbelening en herprolongatie een gunstig effect zou hebben op de liquiditeit van de als gevolg van de Eerste Wereldoorlog gecrashte financiële markten.¹¹²² De achterliggende gedachte van het gebruiksrecht in de Collateral Richtlijn verschilt hiervan niet erg veel. Hoewel hier een Wereldoorlog en een daarmee samenhangende beurscrisis ontbrak, is de economische rechtvaardiging van het gebruiksrecht dezelfde. Opvallend genoeg was het aannemen van beide regelingen in belangrijke mate het resultaat van een krachtige lobby van marktpartijen.¹¹²³

Als vijfde overeenkomst kan worden opgemerkt dat beide rechtsfiguren op gespannen voet staan met de klassieke zekerheidsfunctie van het pandrecht en de daarbij behorende bevoegdheden van de pandhouder. Zowel de herverpandingsbevoegdheid als het recht van gebruik bij het fzo-pandrecht vormen een bijzondere aanvulling op de bevoegdheden van de pandhouder als beperkt zekerheids-gerechtigde. Zoals opgemerkt, betreffen beide figuren een bijzondere bevoegdheid om buiten gevallen van executie over de in zekerheid ontvangen goederen te beschikken. Ten aanzien van het gebruiksrecht bij een fzo-pandrecht is deze uitbreiding expliciet door de wetgever beoogd en toegelicht. Met het algemene gebruiksrecht van de fzo-pandhouder wordt immers de *tradeability*-functie van de financiële zekerheid mogelijk gemaakt. Bij herverpanding ex artikel 3:242 BW blijkt de grondslag noch ratio van de bevoegdheid uit de wet en parlementaire toelichting. De redengeving van herverpanding wordt slechts duidelijk uit de historische ontwikkeling, zoals in hoofdstuk 2 en 3 besproken.

¹¹²¹ Zie paragraaf 7.6.3.1.

¹¹²² Zie paragraaf 2.4.

¹¹²³ Ik verwijs naar de inspanningen van besproken in paragraaf 2.4 en die van onder meer de ISDA bij de totstandkoming van de Collateral Richtlijn, zoals besproken in paragraaf 7.6.3.4.

7.6.4.2 Verschillen

Zoals in de vorige paragraaf besproken, zijn er opvallende overeenkomsten tussen herverpanding en het gebruiksrecht door de fzo-pandhouder. Er kan echter ook een aantal belangrijke verschillen worden genoemd.

Het eerste verschil tussen herverpanding en het gebruiksrecht van de fzo-pandhouder dat in het oog springt, is het verschil in de toegestane beschikkingshandeling van de pandhouder ten aanzien van het pandobject. Een tot herverpanding gemachtigde pandhouder is bevoegd tot zekerheid van een eigen schuld een nieuw pandrecht op het pandobject te vestigen. Hij kan het pandobject niet in eigendom aan een derde overdragen en mag zich voorts het pandobject niet toe-eigenen. Een fzo-pandhouder met een gebruiksrecht heeft daarentegen een veel verderstreckende beschikkingsbevoegdheid. De fzo-pandhouder mag de in zekerheid ontvangen financiële activa voor eigen doeleinden gebruiken in de ruimste zin van het woord: hij mag de in zekerheid ontvangen de financiële activa gebruiken, bezwaren en zelfs vervreemden met behoud van de opbrengst.¹¹²⁴ De fzo-pandhouder heeft, kortom, een algemene beschikkingsbevoegdheid. Een dergelijk ruime bevoegdheid heeft een pandhouder op grond van artikel 3:242 BW niet.

Een tweede verschil betreft het type goederen dat kan worden herverpand of 'gebruikt'. Terwijl in beginsel alle voor verpanding vatbare goederen kunnen worden herverpand op grond van artikel 3:242 BW, kan het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn en artikel 7:53 BW uitsluitend worden bedongen ten aanzien van giraal geld en effecten. Ook op (krediet)vorderingen – die uitdrukkelijk van het gebruiksrecht in het kader van een fzo-pandrecht zijn uitgezonderd¹¹²⁵ – kan aldus een herpandrecht worden gevestigd. Dat de bevoegdheid tot herverpanding ex artikel 3:242 BW niet is beperkt tot in hoge mate vervangbare goederen, zoals de genoemde financiële activa, is overigens opmerkelijk. Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 4.2.2.2.

Een derde verschil tussen herverpanding en het gebruiksrecht bij een fzo-pandrecht betreft het type partijen ten aanzien waarvan een bevoegdheid tot herverpanding respectievelijk een gebruiksrecht kan worden bedongen. Zoals reeds in paragraaf 7.6.1 en 7.6.2.1 aan de orde kwam, is de reikwijdte van de Collateral Richtlijn en Titel 7.2 BW beperkt tot, kort gezegd, professionele marktpar-

¹¹²⁴ Zie tevens: Keijser 2006, p. 218. In gelijke zin: Loof 2008, p. 202.

¹¹²⁵ Ik verwijs naar: Artikel 2 lid 8 Richtlijn 2009/44/EG. Zie in gelijke zin: artikel II.B.5 van de wet ter implementatie van de Wijzigingsrichtlijn, waarin is bepaald dat artikel 7:53 BW niet van toepassing is op financiëlezekerheidsovereenkomsten die strekken tot verpanding van kredietvorderingen (*Staatsblad* 2011, 210). Zie: art. 7:53 lid 5 BW; en tevens: *Kamerstukken II* 2009/10, 32 457, nr. 2, p. 4.

tijen. Dit heeft tot gevolg dat het tamelijk ingrijpende gebruiksrecht bij een fzo-pandrecht alleen ten aanzien van professionele partijen kan worden bedongen. Achterliggende gedachte hiervan is dat professionele partijen worden geacht voldoende in staat te zijn risico's te overzien en te mitigeren en daardoor minder bescherming nodig hebben. Bij herverpanding ontbreekt een dergelijke beperking: de bevoegdheid tot herverpanding kan ten aanzien van iedere partij, met inbegrip van consumenten, worden bedongen.¹¹²⁶

In aansluiting op deze twee hierboven besproken verschillen moet worden vastgesteld dat het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn en artikel 7:53 BW een veel beperkter toepassingsgebied heeft dan herverpanding in de zin van artikel 3:242 BW. De reikwijdte van de regeling omtrent financiëlezekerheidsvereenkomsten in Titel 7.2 BW is bepalend voor de mogelijkheid en geldigheid van het gebruiksrecht van artikel 5 Collateral Richtlijn en artikel 7:53 BW. Slechts indien het pandrecht binnen de reikwijdte van de regeling omtrent financiëlezekerheidsvereenkomsten in Titel 7.2 BW valt – dat wil zeggen: het pandrecht wordt gevestigd op in artikel 7:51 BW genoemde financiële activa en aangegaan tussen professionele marktpartijen in de zin van artikel 7:52 BW – kan het algemene gebruiksrecht aan de fzo-pandhouder worden toegekend. Valt een financiële zekerheidsstelling buiten de reikwijdte van Titel 7.2 BW, dan is artikel 7:53 BW niet van toepassing en kan een algemeen gebruiksrecht van de pandhouder niet rechtsgeldig worden bedongen.¹¹²⁷

Een vierde verschil betreft het soort pandrecht in het kader waarvan het gebruiksrecht, respectievelijk de herverpandingsbevoegdheid kan worden bedongen. Zoals opgemerkt in paragraaf 7.6.2.3, strekt de regeling van het fzo-pandrecht zich niet uit tot bezitloos of stil pandrecht in de zin van artikel 3:237 en 3:239 BW. Dit brengt mee dat het gebruiksrecht ex artikel 7:53 BW uitsluitend kan worden bedongen ter zake van een vuistpandrecht c.q. openbaar pandrecht op de genoemde financiële activa. Ten aanzien van herverpanding geldt een dergelijke beperking niet. In beginsel kan in het kader van iedere vorm van verpanding – zowel vuist als vuistloos; zowel stil als openbaar – de bevoegdheid tot herverpanding worden bedongen en uitgeoefend.

Als vijfde en laatste verschil kan worden gewezen op het verschil in het moment van het potentiële eigendomsverlies voor de pandgever. Bij een fzo-pandrecht

¹¹²⁶ Dit gebeurt in de praktijk dan ook geregeld. Ik verwijs naar de in paragraaf 4.2.1.4 aangehaalde bepalingen in algemene voorwaarden van verschillende banken.

¹¹²⁷ Hierbij dient te worden bedacht dat in een dergelijk geval – namelijk: een gewoon pandrecht dat niet onder de reikwijdte van Titel 7.2 BW en de Collateral Richtlijn valt – een beschikkingsbevoegdheid slechts aan de pandhouder kan worden toegekend binnen de grenzen van de gewone regels van pand. Op grond van artikel 3:242 BW zou in dat geval nog wel de bevoegdheid tot herverpanding kunnen worden toegekend.

wordt algemeen aangenomen dat de fzo-pandgever zijn aanspraak (eigendom c.q. recht) op de in zekerheid gegeven financiële activa verliest op het moment waarop de fzo-pandhouder van zijn gebruiksrecht gebruik maakt. Bij herverpanding behoeft de pandgever de eigendom van het pandobject niet onmiddellijk te verliezen; hij verliest de eigendom pas indien de herpandhouder het (her)pandobject voor zijn vordering op de herpandgever (eerste pandhouder) executeert. In dat verband kan ook worden gewezen op het verschil in compensatieverplichting in geval van een dergelijk eigendomsverlies. In beide gevallen krijgt de pandgever een verbintenisrechtelijke aanspraak op de (fzo)pandhouder. Bij uitoefening van het gebruiksrecht door de fzo-pandhouder krijgt de fzo-pandgever een vordering op de fzo-pandhouder tot overdracht van gelijkwaardige goederen c.q. vergoeding van de waarde van gelijkwaardige goederen (in geval van verrekening ex artikel 7:53 lid 4 BW).¹¹²⁸ Ter zake van deze vordering heeft de fzo-pandgever een voorrecht op de bij de fzo-pandhouder aanwezige gelden en effecten (art. 7:53 lid 3 BW). Bij executie door de herpandhouder, heeft de pandgever slechts een concurrente vordering op de pandhouder/herpandgever tot vergoeding van de waarde van het pandobject. Bovendien wordt de pandgever krachtens artikel 6:150 sub (a) BW gesubrogeerd in de rechten van de herpandhouder, nu een hem toebehorend goed is uitgewonnen voor de schuld van de pandhouder. Zowel bij het gebruiksrecht bij een fzo-pandrecht als bij herverpanding, kan verrekening met de oorspronkelijk gesecureerde vordering – tot op zekere hoogte – uitkomst bieden indien de pandhouder de compensatieverintenis niet nakomt.

¹¹²⁸ Zie paragraaf 7.6.3.2. Keijser & Spath hebben overigens opgemerkt dat – nu de regels van Titel 7.2 BW een *lex specialis* vormen op de regels van Titel 3.9 en artikel 7:53 BW als gevolg wordt geacht voor te gaan boven artikel 3:242 BW – op een fzo-pandhouder die een herpandrecht op de door hem in zekerheid ontvangen financiële activa vestigt, eveneens een verplichting rust tot overdracht van gelijkwaardige goederen, ook al heeft de fzo-pandgever goederenrechtelijk gezien op dat moment nog niet de eigendom over de financiële activa verloren. Zie: Keijser/Spath 207, p. 57-58.

8 HERVERPANDING IN HET GOEDERENRECHTELIJK SYSTEEM

8.1 Inleiding

De figuur van herverpanding en haar rechtsgevolgen staan op gespannen voet met een aantal beginselen van het goederenrecht.¹¹²⁹ In dit hoofdstuk staat de verhouding van herverpanding met deze goederenrechtelijke beginselen centraal. Hierbij komen de volgende onderwerpen aan de orde.

In de eerste plaats is het de vraag hoe bij herverpanding aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid wordt voldaan. Het bevreemdt namelijk dat een pandhouder in eigen naam een geldig pandrecht kan vestigen op een goed van een ander. Een pandhouder is namelijk per definitie niet bevoegd om het pandobject te gebruiken of hierover – buiten executie – te beschikken. De herverpandingsbevoegdheid verdient in dit verband bijzondere aandacht. Herverpanding wordt namelijk mogelijk geacht indien de herverpandingsbevoegdheid ondubbelzinnig aan de pandhouder is toegekend. Onduidelijk is echter hoe deze herverpandingsbevoegdheid goederenrechtelijk moet worden gekwalificeerd en hoe de totstandkoming van het herpandrecht rechtstheoretisch kan worden verklaard. Deze vragen komen in paragrafen 8.2 en 8.3 aan de orde.

In de tweede plaats bestaat een zekere spanning tussen herverpanding en het karakter van pandrecht als beperkt zekerheidsrecht. De herverpandingsbevoegdheid vormt immers geen versterking van de verhaals- en zekerheidspositie van een pandhouder ten opzichte van de schuldenaar/pandgever. Het geeft de pandhouder daarentegen een zekere gebruiksvrijheid, namelijk de bevoegdheid om het goed van de pandgever aan te wenden als onderpand voor een eigen schuld. Met uitoefening van deze bevoegdheid is evenwel een ander – en mogelijk zelfs tegengesteld – belang gediend dan het zekerheidsbelang van de pandhouder. De vraag is aldus hoe herverpanding zich met het karakter van pandrecht als beperkt zekerheidsrecht verhoudt. Deze vraag bespreek ik in paragraaf 8.4.

In de derde plaats is op voorhand niet te verklaren waarom de pandhouder/herpandgever een pandrecht zou kunnen vestigen dat – in afwijking van het prioriteitsbeginsel – de rang van zijn oorspronkelijke pandrecht inneemt, terwijl de pandgever (eigenaar/rechthebbende van het pandobject) een dergelijke van het prioriteitsbeginsel afwijkende rangorde van pandrechten in beginsel niet kan

¹¹²⁹ Zie nader: de knelpunten bij herverpanding, zoals besproken in hoofdstuk 6.

bewerkstelligen. Men kan zich afvragen waarin de grondslag en rechtvaardiging voor deze bijzondere rangwisseling is gelegen. In paragraaf 8.5 ga ik op de verhouding tussen herverpanding en het prioriteitsbeginsel in.

Tot slot bespreek in paragraaf 8.6 het afhankelijke karakter van het herpandrecht. Hoewel algemeen wordt aangenomen dat het herpandrecht uitsluitend afhankelijk is van de vordering van de herpandhouder tot zekerheid waarvan het herpandrecht strekt, kan de vraag worden gesteld in hoeverre het herpandrecht afhankelijk is van het (voort)bestaan van oorspronkelijke pandrecht en de daarvoor gezeekerde vordering.

8.2 Beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever

Voor de vestiging van een beperkt recht, zoals een pandrecht, gelden dezelfde vereisten als voor overdracht (art. 3:98 jo. art. 3:84 lid 1 BW). Naast vestiging krachtens geldige titel¹¹³⁰, is vereist dat de vestigingshandeling wordt verricht door een beschikkingsbevoegde (art. 3:84 lid 1 BW). Is aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid niet voldaan, dan komt – behoudens een succesvol beroep op een derdenbeschermende bepaling¹¹³¹ – geen geldig pandrecht tot stand. Deze vereisten gelden vanzelfsprekend ook voor de vestiging van een herpandrecht. Bij herverpanding vestigt een daartoe bevoegde pandhouder in eigen naam een herpandrecht op het door hem in pand verkregen goed. De pandhouder/herpandgever beschikt aldus over het goed van een ander: hij bezwaart het aan de pandgever toebehorende goed. Een pandhouder is als niet-rechthebbende in beginsel niet bevoegd om – buiten executie¹¹³² – over het aan de pandgever toebehorende goed te beschikken. De vraag is dus hoe bij herverpanding aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid wordt voldaan.

In dit verband moet in het bijzonder worden gekeken naar de herverpandingsbevoegdheid. Op grond van artikel 3:242 BW moet de herverpandingsbevoegdheid ondubbelzinnig aan de pandhouder zijn toegekend.¹¹³³ Algemeen wordt aangenomen dat de pandhouder/herpandgever aan de ondubbelzinnig toegekende herverpandingsbevoegdheid de bevoegdheid kan ontleen om in eigen naam een nieuw, zelfstandig pandrecht te vestigen op een aan de pandgever toebehorend

¹¹³⁰ De elementen vestiging en geldige titel laat ik hier buiten beschouwing. Zie hierover: 8.3.1. Het element van vestiging komt hierna aan de orde in het kader van de vraag of een pandhouder aan wie de beschikkingsbevoegdheid is verleend, in eigen naam aan de verschillende leveringsformaliteiten kan voldoen. Zie: paragraaf 8.3.2.

¹¹³¹ Zie: art. 3:238 BW (bescherming tegen de beschikkingsonbevoegdheid van een pandgever). Vergelijk: art. 3:86 en 3:88 BW (bescherming tegen de beschikkingsonbevoegdheid van een vervreemder).

¹¹³² In geval van executie is de pandhouder overigens slechts bevoegd tot *vervreemding* van het pandobject. Ook dan heeft de pandhouder niet de bevoegdheid het pandobject te bezwaren.

¹¹³³ Zie: paragraaf 4.2.1.1.

goed. Onduidelijk is echter hoe deze herverpandingsbevoegdheid goederenrechtelijk moet worden gekwalificeerd. Deze kwalificatie is van belang, omdat zij beslissend is voor de vraag of aan de herverpandingsbevoegdheid privaatieve werking kan worden toegekend – in de zin dat de pandgever zélf niet langer bevoegd is tot het vestigen van een pandrecht op het betreffende goed – en of deze bevoegdheid ook kan worden uitgeoefend in het faillissement van de pandgever en/of de pandhouder dan wel na tussentijds eindigen van het oorspronkelijke pandrecht.

Ter beantwoording van de hiervoor genoemde vragen schets ik hierna allereerst een algemeen kader van situaties waarin een niet-rechthebbende bevoegdelijk over een goed van een ander kan beschikken. Vervolgens richt ik mij op de beschikkingsbevoegdheid bij herverpanding en, meer in het bijzonder, op het goederenrechtelijke karakter van de herverpandingsbevoegdheid.

8.2.1 Beschikkingsbevoegdheid

Beschikkingsbevoegdheid is de bevoegdheid om ten aanzien van een bepaald goed beschikkingshandelingen te verrichten, zoals dit goed te vervreemden (i.e. het goed over te dragen), te bezwaren (i.e. het goed met een beperkt recht te belasten) of hiervan afstand te doen.¹¹³⁴ De beschikkingsbevoegdheid is geen algemene bevoegdheid die aan een persoon toekomt, maar heeft altijd betrekking op de goederenrechtelijke verhouding tussen een bepaald persoon en een bepaald goed.¹¹³⁵

De beschikkingsbevoegdheid komt in beginsel toe aan de rechthebbende op een goed. Dit is de eigenaar van een zaak, de crediteur van een vordering of de gerechtigde tot een beperkt recht.¹¹³⁶ Als uitgangspunt geldt dat de rechthebbende exclusief bevoegd is om over het hem toebehorende goed te beschikken. Dit betekent dat in beginsel niemand naast of in de plaats van de rechthebbende beschikkingsbevoegd is.¹¹³⁷ De bevoegdheid om over een bepaald goed te beschikken, maakt deel uit van het recht van de rechthebbende. De beschikkingsbevoegdheid

¹¹³⁴ Voor een uitgebreide bespreking van beschikkingsbevoegdheid (en de uitzonderingen daarop) verwijs ik naar: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 136 e.v.; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 360 e.v.; Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 82 e.v. bij art. 3:84 BW; Reehuis 2010; en Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 246.

¹¹³⁵ In deze zin moet beschikkingsbevoegdheid worden onderscheiden van handelingsbekwaamheid en handelingsbevoegdheid. Zie: Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 88 bij art. 3:84 BW.

¹¹³⁶ Voor de leesbaarheid, duid ik deze partijen hierna steeds aan met "rechthebbende". In uitzonderingsgevallen komt, zoals hierna zal worden besproken, de beschikkingsbevoegdheid niet aan de rechthebbende, maar aan een ander toe. Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 142.

¹¹³⁷ Zie uitgebreider: Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 90.5 bij art. 3:84 BW.

is zozeer verbonden met het recht van de rechthebbende, dat het zich daarvan niet laat afsplitsen. De beschikkingsbevoegdheid kan niet van het recht van de rechthebbende worden losgemaakt en als zelfstandig recht aan een ander worden overgedragen, teneinde die ander met uitsluiting van de rechthebbende beschikkingsbevoegd te maken.¹¹³⁸ Dit neemt niet weg dat de rechthebbende de beschikkingsbevoegdheid wel aan een ander kan *verlenen*.

Op het uitgangspunt dat de rechthebbende met uitsluiting van anderen beschikkingsbevoegd is, bestaan uitzonderingen. Onder omstandigheden is een rechthebbende niet of slechts beperkt bevoegd om over een hem toebehorend goed te beschikken. Zo verliest de rechthebbende in bepaalde gevallen de beschikkingsbevoegdheid, bijvoorbeeld indien hij in staat van faillissement wordt gesteld (art. 23 Fw). Daarnaast kan een rechthebbende in bepaalde situaties in zijn beschikkingsmacht zijn beperkt, bijvoorbeeld doordat het recht van de rechthebbende een voorwaardelijk recht is of op het betreffende goed een beperkt recht rust. In dat geval kan de rechthebbende slechts over het goed beschikken onder last van die voorwaarde of dat beperkte recht.¹¹³⁹ Ook indien of de rechthebbende voor de verrichting van rechtshandelingen medewerking behoeft van een bewindvoerder¹¹⁴⁰, is de rechthebbende in zekere zin in zijn beschikkingsbevoegdheid beperkt.

8.2.2 Beschikkingsbevoegdheid van niet-rechthebbenden

Anderen dan de rechthebbende zijn in beginsel niet bevoegd om over een goed te beschikken. Op deze regel bestaan evenwel uitzonderingen. In bepaalde gevallen kan een ander dan de rechthebbende – ik spreek hierna van: "niet-rechthebbende" – bevoegdelijk over een goed beschikken. Ik beperk mij hier tot *bevoegd* beschikken door een niet-rechthebbende. Beschikkingshandelingen van een beschikkingsonbevoegde, die met een beroep op een derdenbeschermende bepaling¹¹⁴¹ tot een geldige overdracht of bezwaring kunnen leiden, laat ik op deze plaats buiten beschouwing.

Een niet-rechthebbende kan onder omstandigheden beschikkingsbevoegdheid ontlenen aan de wet of aan een door de rechthebbende verrichte rechtshandeling. Ik licht beide categorieën kort toe.

¹¹³⁸ Zie onder meer: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 138; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 360; en Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 90.2 bij art. 3:84 BW.

¹¹³⁹ Reehuis 2010, nr. 24-25.

¹¹⁴⁰ Zie onder meer: art. 1:438 BW (onderbewindstelling meerderjarigen); art. 4:153 e.v. BW (testamenteair bewind); en art. 228 Fw (medewerking bewindvoerders in surséance). Zie uitgebreider: Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 90.5 bij art. 3:84 BW.

¹¹⁴¹ Zie: art. 3:86 en 3:88 BW (bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van vervreemder) en art. 3:238 BW (bescherming tegen de beschikkingsonbevoegdheid van een pandgever).

8.2.2.1 Beschikkingsbevoegdheid op grond van de wet

De wet kent in een aantal gevallen – al dan niet expliciet – beschikkingsbevoegdheid toe aan een ander dan de rechthebbende.¹¹⁴² Zo is een niet-rechthebbende in bepaalde gevallen bevoegd beschikkingshandelingen in naam van de rechthebbende te verrichten. In deze zin is sprake van vertegenwoordiging krachtens de wet.¹¹⁴³ Hierbij kan worden gedacht aan de wettelijke vertegenwoordiging van een minderjarige kind door de ouders (art. 1:253i BW) of een voogd (art. 1:337 lid 1 BW; zie ook: art. 1:345 lid 1 (a) BW) en die van een onder curatele gestelde door de curator (art. 1:386 lid 1 BW). Voorts kan worden gewezen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van een vereniging, naamloze vennootschap, besloten vennootschap of stichting (respectievelijk: art. 2:45 lid 1 BW; art. 2:130 lid 1 BW; art. 2:240 lid 1 BW; en art. 2:292 lid 1 BW).

Naast deze gevallen van wettelijke vertegenwoordiging van de rechthebbende, kent de wet in bepaalde gevallen ook de bevoegdheid aan een niet-rechthebbende toe om *in eigen naam* over een goed te beschikken. Een voorbeeld hiervan is een executerend pandhouder, die op grond van artikel 3:248 lid 1 BW het recht van parate executie heeft: wanneer de schuldenaar in zijn betalingsverplichtingen tekort schiet, is de pandhouder bevoegd het pandobject te verkopen en zich met voorrang op de opbrengst te verhalen. Eenzelfde bevoegdheid komt een executerend hypotheekhouder toe (art. 3:268 lid 1 BW). Een executerende pand- of hypotheekhouder is niet alleen wettelijk bevoegd het pandobject in eigen naam te "*verkopen*", maar ook wettelijk bevoegd het goed in eigen naam te leveren. In het recht van parate executie ligt besloten dat de executerend pand- of hypotheekhouder het pand- of hypotheekobject kan leveren als beschikkingsbevoegde krachtens de wet. Ook een executoriale beslaglegger is uit hoofde van zijn executoriale titel bevoegd het beslagen goed te vervreemden (vgl. art. 3:276 BW).¹¹⁴⁴ Eenzelfde bevoegdheid komt de curator in het faillissement van de rechthebbende toe in het kader van de vereffening van de failliete boedel (art. 175-176 jo. art. 68 lid 1 Fw)^{1145, 1146}

¹¹⁴² Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 142; Reehuis 2010, nr. 29; Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 90.3 bij art. 3:84 BW.

¹¹⁴³ Zie: Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 108 bij art. 3:84 BW.

¹¹⁴⁴ Op grond van artikel 3:276 BW is een schuldeisers bevoegd zijn vorderingen op alle goederen van de schuldenaar te verhalen. Dit verhaal vindt plaats door middel van executie volgens de regels van Boek 2 Rv, namelijk: ingeleid door beslag vindt uitwinning plaats door executoriale verkoop van een aan de schuldenaar toebehorend goed. De bevoegdheid van de schuldeisers om zich door middel van executie te verhalen op goederen van zijn schuldenaar, impliceert de bevoegdheid om die goederen in het kader van de executie te vervreemden. Zie: Groefsema 1993, p. 104-105. Zie tevens: Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 704; en Stein/Rueb 2007, p. 340.

¹¹⁴⁵ Vergelijk: art. 347 Fw met betrekking tot de bewindvoerder bij vereffening in geval van schuldsanering.

8.2.2.2 Beschikkingsbevoegdheid krachtens rechtshandeling

Naast de hiervoor besproken gevallen van een wettelijke beschikkingsbevoegdheid kan een niet-rechthebbende onder omstandigheden ook aan een daartoe strekkende rechtshandeling van de rechthebbende beschikkingsbevoegdheid ontlenen. In dit verband kan allereerst worden gewezen op de situatie van onmiddellijke vertegenwoordiging, waarbij een vertegenwoordiger krachtens een hem verleende volmacht¹¹⁴⁷ bevoegd is om *in naam van de rechthebbende* met betrekking tot diens goed beschikkingshandelingen te verrichten.¹¹⁴⁸ Dientengevolge kan de vertegenwoordiger de rechthebbende verbintenisrechtelijk binden door bijvoorbeeld in diens naam een overeenkomst aan te gaan, maar ook de rechthebbende vertegenwoordigen bij goederenrechtelijke handelingen zoals een voor overdracht vereiste levering c.q. vestiging van een beperkt recht.¹¹⁴⁹ In dit geval worden de door de tussenpersoon verrichte handelingen aan de principaal toegerekend, met als gevolg dat een levering c.q. vestiging – juridisch gezien – niet door de tussenpersoon, maar door de rechthebbende wordt verricht. De vraag naar de beschikkingsbevoegdheid van een niet-rechthebbende is hier dus niet aan de orde.¹¹⁵⁰ Om deze reden zal ik deze situatie hier niet verder bespreken.¹¹⁵¹

Voor deze bespreking is meer van belang de situatie waarin een niet-rechthebbende krachtens rechtshandeling bevoegd is om *in eigen naam* over een goed van een ander te beschikken. Deze situatie doet zich onder meer voor bij middellijke vertegenwoordiging. Ingeval van middellijke vertegenwoordiging handelt de tussenpersoon in eigen naam, doch voor rekening van de principaal.¹¹⁵² De door

¹¹⁴⁶ Andere voorbeelden van een wettelijke beschikkingsbevoegdheid van een niet-rechthebbende zijn: art. 3:212 BW (beschikkingsbevoegdheid vruchtgebruiker), art. 5:6 BW (bevoegdheid tot verkoop van gevonden zaken) en 6:90 lid 1 BW (bevoegdheid tot verkoop van bederfelijke zaken). Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 142; en Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 109 bij art. 3:84 BW.

¹¹⁴⁷ Zie voor de wettelijke regeling van volmacht: art. 3:60 e.v. BW. Volmacht is de bevoegdheid die de volmachtgever aan een ander, de gevolmachtigde, verleent om *in zijn naam* rechtshandelingen te verrichten.

¹¹⁴⁸ De beschikkingsbevoegdheid van wettelijke (onmiddellijke) vertegenwoordigers kwam hiervoor aan de orde.

¹¹⁴⁹ De rechtshandeling waarmee de bevoegdheid wordt verleend om de rechthebbende bij levering c.q. vestiging te vertegenwoordigen, kan worden gekwalificeerd als volmachtverlening. Zie: Reehuis 2010, nr. 27; Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 94 bij art. 3:84 BW.

¹¹⁵⁰ De gevolmachtigde zelf wordt immers niet beschikkingsbevoegd. Hij is slechts bevoegd tot het verrichten van beschikkingshandelingen, die aan de volmachtgever/beschikkingsbevoegde worden toegerekend.

¹¹⁵¹ Zie hierover uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 142; en Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 93 bij art. 3:84 BW.

¹¹⁵² De term 'middellijke vertegenwoordiging' is – strikt genomen – niet op zijn plaats. De tussenpersoon handelt immers niet in naam van de rechthebbende, maar in eigen naam. De rechtsgevolgen van het handelen van de middellijk vertegenwoordiger worden derhalve niet

de tussenpersoon verrichte handeling is rechtens zijn eigen handeling, maar heeft wel rechtsgevolgen voor de principaal.¹¹⁵³ Algemeen wordt aangenomen dat een rechthebbende aan een middellijk vertegenwoordiger de bevoegdheid kan verlenen om in eigen naam over zijn goed te beschikken.¹¹⁵⁴ Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin een middellijk vertegenwoordiger (bijv. een verkoopcommissienair) de opdracht krijgt om in eigen naam een goed van de rechthebbende te verkopen.¹¹⁵⁵ In dit geval houdt de opdracht aan deze tussenpersoon niet alleen de lastgeving tot verkoop in, maar ook een verlening van de bevoegdheid om het goed in eigen naam, doch ten laste van de rechthebbende over te dragen. Bij uitvoering van de koopovereenkomst – bij levering van het goed aan de verkrijger – kan de tussenpersoon beschikkingsbevoegdheid ontlenen aan zijn verkoopopdracht.¹¹⁵⁶

De rechtshandeling waarbij de rechthebbende beschikkingsbevoegdheid aan een ander toekent, betreft geen volmachtverlening. Een volmacht is immers de bevoegdheid van de gevolmachtigde om *in naam van de volmachtgever* rechtshandelingen te verrichten. In dat geval zou sprake zijn van onmiddellijke vertegenwoordiging, zoals hiervoor besproken. In het hier bedoelde geval handelt de middellijk vertegenwoordiger echter *in eigen naam*. De rechtshandeling waarmee de bevoegdheid aan een middellijk vertegenwoordiger wordt verleend¹¹⁵⁷ om in eigen naam over een goed¹¹⁵⁸ te beschikken, is door Groefsema aangeduid met de

aan de principaal toegerekend. Van vertegenwoordiging in strikte zin is in dit geval dus geen sprake. Zie ook: Meijer 1999, p. 49-50.

¹¹⁵³ Asser/van der Grinten & Kortmann 2004, nr. 6. Zoals Peter opmerkt, kan men in die zin middellijke vertegenwoordiging dan ook onder 'vertegenwoordiging' laten vallen. De rechtsgevolgen treden voor de principaal in wanneer de tussenpersoon bevoegd was voor rekening van de principaal te handelen en de tussenpersoon als middellijk vertegenwoordiger heeft gehandeld. Zie: Peter 2007, p. 95-96.

¹¹⁵⁴ Zie onder meer: Groefsema 1993, p. 22 e.v.; Aerts 1997, p. 454; Van Vliet 2000, p. 155; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2004, nr. 135; Bartels 2004, p. 59; Reehuis 2010, nr. 28; Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 98 bij art. 3:84 BW; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 142; en Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 442.

¹¹⁵⁵ Groefsema 1993, p. 24. Zie tevens: Peter 2007, p. 107.

¹¹⁵⁶ Zie onder meer: Reehuis 2010, nr. 28.

¹¹⁵⁷ De beschikkingsbevoegdheid kan – aldus Groefsema – uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend worden toegekend. Zie: Groefsema 1993, p. 23. Hierbij merk ik op dat een stilzwijgende verlening van de beschikkingsbevoegdheid, praktisch gezien, slechts beperkt nut heeft, gezien de moeilijkheid (zo niet onmogelijkheid) van bewijs. Met stilzwijgende machtiging doelt Groefsema mijns inziens op een impliciete beschikkingsbevoegdheid die in een lastgevingsovereenkomst besloten ligt. Zo zal een verkoopcommissienair die goederen van zijn principaal onder zich krijgt met de opdracht deze in eigen naam en voor rekening van de principaal te verkopen, tevens bevoegd zijn deze goederen aan de koper in eigendom over te dragen.

¹¹⁵⁸ Voor de verlening van beschikkingsbevoegdheid is het soort goed niet van belang. Hoewel in de literatuur de vraag of de rechthebbende aan een tussenpersoon de bevoegdheid kan verlenen om in eigen naam te beschikken over een de rechthebbende toebehorend goed voornamelijk is besproken met betrekking tot roerende zaken, niet registergoederen, geldt het voorgaande evenzeer voor andere goederen, zoals registergoederen en vorderingsrechten. Indien men

term "*machtiging*".¹¹⁵⁹ Een dergelijke toekenning van beschikkingsbevoegdheid kan de vorm hebben van een eenzijdige rechtshandeling van de rechthebbende, maar zal in de regel zijn opgenomen in een meeromvattende overeenkomst.¹¹⁶⁰ Een overeenkomst van lastgeving¹¹⁶¹ waarbij de lasthebber in eigen naam handelt, ligt hierbij het meest voor de hand. Het is van belang te realiseren dat de contractueel¹¹⁶² toegekende beschikkingsbevoegdheid een bevoegdheid – en geen verplichting – van de middellijk vertegenwoordiger inhoudt om over een goed van de rechthebbende te beschikken. Een contractueel toegekende beschikkingsbevoegdheid kan – evenals volmacht – met een last samenvallen, maar noodzakelijk is dit niet. Zoals Groefsema het verwoordt, is machtiging mogelijk zonder lastgeving en lastgeving zonder machtiging.¹¹⁶³

Van een zelfstandig aan de middellijke vertegenwoordiger overgedragen beschikkingsbevoegdheid is hier geen sprake. De rechthebbende blijft zelf ondanks de bevoegdheidsverlening – in beginsel¹¹⁶⁴ – beschikkingsbevoegd. De middellijke vertegenwoordiger wordt ook niet zelfstandig beschikkingsbevoegd. De beschikkingsbevoegdheid van de middellijke vertegenwoordiger is immers ontleend aan de contractuele toekenning en afgeleid van de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende.¹¹⁶⁵ Dit afgeleide karakter brengt mee dat de middel-

het immers mogelijk acht dat de eigenaar van een roerende zaak, niet-registergoed contractueel beschikkingsbevoegdheid aan een ander toekent, dan moet men die mogelijkheid ook aanvaarden voor andere type goederen. Zie: Groefsema 1993, p. 39; Bartels 2004, p. 61; en Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 101 bij art. 3:84 BW. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de literatuur verdeeld is over de vraag of een beschikkingsbevoegde tussenpersoon in eigen naam door middel van een akte kan leveren. Deze vraag komt in paragraaf 8.3.1 aan de orde. Zie tevens: Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 251.

¹¹⁵⁹ Naar: "*Ermächtigung*" in het Duitse recht. Zie: Groefsema 1993, p. 23, voetnoot: 7. Vergelijk: paragraaf 3.3 met betrekking tot Zwitsers recht.

¹¹⁶⁰ Groefsema 1993, p. 23; die voor deze aspecten van machtiging een parallel trekt met volmachtverlening.

¹¹⁶¹ Lastgeving is de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij (de lasthebber) zich jegens de andere partij (de lastgever) verbindt voor rekening van de lasthebber een of meer rechtshandelingen te verrichten. Zie: art. 7:414 BW. De lasthebber kan in de overeenkomst worden verplicht te handelen in eigen naam of in naam van de lastgever. In dat laatste geval bevat de lastgevingsovereenkomst een volmacht (art. 3:60 e.v. BW).

¹¹⁶² In dit verband merk ik op dat de aanduiding "contractuele toekenning van beschikkingsbevoegdheid" – strikt genomen – niet in alle gevallen juist is. Een machtiging kan ook de vorm hebben van een eenzijdige rechtshandeling. Aangezien de beschikkingsbevoegdheid in de regel in het kader van een meeromvattende overeenkomst zal worden toegekend, zal ik hierna – mede uit oogpunt van leesbaarheid – de in de literatuur veelvuldig gebruikte aanduiding van "contractuele toekenning" hanteren.

¹¹⁶³ Zie: Groefsema 1993, p. 24.

¹¹⁶⁴ Op de (on)mogelijkheid van privatieve werking van een contractuele toekenning van de beschikkingsbevoegdheid, kom ik hierna terug.

¹¹⁶⁵ Anders dan een rechthebbende, die zijn beschikkingsbevoegdheid ontleent aan het feit dat hij rechthebbende is, ontleent de tussenpersoon de bevoegdheid om over een goed van de rechthebbende te beschikken aan de rechthebbende die hem heeft gemachtigd. De beschik-

lijke vertegenwoordiger nooit tot meer bevoegd kan zijn dan de rechthebbende zelf. Indien de rechthebbende zelf de beschikkingsbevoegdheid verliest – bijvoorbeeld doordat hij in staat van faillissement wordt verklaard (art. 23 Fw) – kan de middellijke vertegenwoordiger derhalve niet langer zijn (afgeleide) beschikkingsbevoegdheid uitoefenen.¹¹⁶⁶ Daarnaast zal een contractueel toegekende beschikkingsbevoegdheid een einde nemen door opzegging, door herroeping (tenzij de bevoegdheid onherroepelijk is verleend) alsmede door wilsovereenstemming van partijen. Indien de beschikkingsbevoegdheid voor bepaalde tijd is toegekend, zal de bevoegdheid door tijdsverloop een einde nemen. In gelijke zin neemt de bevoegdheid een einde op het moment dat de rechtsverhouding waaraan de verleende bevoegdheid is verbonden, eindigt.¹¹⁶⁷ Groefsema heeft betoogd dat de 'machtiging' vervalt in alle gevallen waarin ook een volmacht vervalt (zie: art. 3:72 BW). Naast voornoemde gevallen, zal een contractueel toegekende bevoegdheid aldus eindigen – tenzij anders tussen rechthebbende en gemachtigde overeengekomen – door de dood, de ondercuratelestelling of het faillissement van de rechthebbende dan wel van de gemachtigde.¹¹⁶⁸ Dat de beschikkingsbevoegdheid in die gevallen eindigt, ligt mijns inziens voor de hand. Dergelijke ingrijpende veranderingen van de vermogenstoestand van de 'gemachtigde' brengen mee dat de rechthebbende niet op voorhand kan worden geacht gebonden te blijven aan de verlening van beschikkingsbevoegdheid. Als uitgangspunt heeft derhalve te gelden dat een rechthebbende in die gevallen niet langer aan de verlening van beschikkingsbevoegdheid gebonden is.¹¹⁶⁹

Contractuele toekenning van de beschikkingsbevoegdheid is niet alleen in de literatuur algemeen aanvaard¹¹⁷⁰, maar lijkt inmiddels ook door de Hoge Raad te

kingsbevoegdheid van de gemachtigde tussenpersoon is aldus een van de rechthebbende afgeleide bevoegdheid. Zie: Groefsema 1993, p. 26.

¹¹⁶⁶ Reehuis 2010, nr. 28.

¹¹⁶⁷ Groefsema 1993, p. 32.

¹¹⁶⁸ Groefsema 1993, p. 32.

¹¹⁶⁹ Dit is slechts anders indien rechthebbende op voorhand heeft bepaald dat de verleende beschikkingsbevoegdheid ook in faillissement of ondercuratelestelling van de gemachtigde zal voortduren. Zie ten aanzien van volmachtverlening: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 286; en tevens: Van der Korst (Vermogensrecht), aant. 4 bij art. 3:72 BW

¹¹⁷⁰ Zie onder meer: Aertsen 1997, p. 454; Van Vliet 2000, p. 155; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2004, nr. 135-136; Bartels 2004, p. 58 e.v.; Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 251; Reehuis 2010, nr. 26-28; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2011, nr. 142; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 442; en Keirse/Beukers (Vermogensrecht), aant. 99 bij art. 3:84. De opvatting dat beschikkingsbevoegdheid door de rechthebbende contractueel kan worden verleend aan een ander, werd aanvankelijk niet door alle schrijvers aanvaard. Als bezwaar tegen die opvatting is aangevoerd dat de beschikkingsbevoegdheid alleen aan de rechthebbende toekomt en dat zij niet contractueel aan een ander kan worden verleend omdat de beschikkingsbevoegdheid niet van het recht van de rechthebbende kan worden afgescheiden. Zie onder meer: Asser/Van der Grinten 1990, nr. 134; Van der Grinten 1993, nr. 28; en Rank-Berenschot 1994, p. 841 e.v. Zie voor een overzicht van standpunten in de literatuur: Keirse/Beukers (Vermogensrecht), aant. 99 bij art. 3:84.

zijn erkend. Een contractueel toegekende beschikkingsbevoegdheid van een middellijke vertegenwoordiger was aan de orde in het arrest *Mesdag II*.¹¹⁷¹ In dit arrest – waarvan het feitencomplex reeds in paragraaf 4.2.1.3 is besproken – was een schilderij in consignatie gegeven aan een tussenpersoon, die het in eigen naam had verkocht. Ten aanzien van het vereiste van beschikkingsbevoegdheid overwoog de Hoge Raad dat de in eigen naam handelende tussenpersoon geen rechthebbende van het bewuste schilderij was, om welke reden hij de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van dit schilderij uitsluitend kon ontlenen aan de in de consignatieovereenkomst opgenomen opdracht tot verkoop.¹¹⁷² Daarmee heeft de Hoge Raad impliciet erkend dat de beschikkingsbevoegdheid – in het kader van middellijke vertegenwoordiging – contractueel aan een niet-rechthebbende kan worden verleend.¹¹⁷³

Zoals opgemerkt, laat een toekenning van de beschikkingsbevoegdheid de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende zelf in beginsel onverlet.¹¹⁷⁴ De vraag is echter of aan een dergelijke toekenning van de beschikkingsbevoegdheid privatieve werking kan worden verbonden – bij voorbeeld in de vorm van een privatieve last (art. 7:423 lid 1 BW)¹¹⁷⁵ – met als gevolg dat de rechthebbende zijn beschikkingsbevoegdheid verliest. Zoals ik hierna zal uiteenzetten, is privatieve toekenning van beschikkingsbevoegdheid aan een niet-rechthebbende naar mijn mening niet mogelijk. Op dit punt zijn de meningen in de literatuur evenwel verdeeld. Als bezwaar tegen privatieve toekenning van de beschikkingsbevoegdheid is aangevoerd dat dit zich niet verdraagt met het uitgangspunt dat de beschikkingsbevoegdheid zo nauw is verbonden aan het recht van de rechthebbende dat het zich daarvan niet laat afsplitsen. Overdracht van beschikkingsbevoegdheid zonder gelijktijdige overdracht van het goed waarop deze beschikkingsbevoegdheid betrekking heeft, verhoudt zich niet met het gesloten systeem van het goederenrecht.¹¹⁷⁶ Tevens is erop worden gewezen dat de wettelijke regeling van privatieve last primair voor beheershandelingen en incasso van vorderingen, en niet voor beschikkingshandelingen is geschreven.¹¹⁷⁷ Desondanks nemen de meeste auteurs – onder verwijzing naar de bewoordingen en parlementaire ge-

¹¹⁷¹ HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241 en *NJ* 2012, 88 (*Mesdag II*).

¹¹⁷² HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241 en *NJ* 2012, 88 (*Mesdag II*), r.o. 3.3.3.

¹¹⁷³ In gelijke zin: Wenting 2011, p. 319; en Spath 2011, par. 2.3.

¹¹⁷⁴ Zie onder meer: Groefsema 1993, p. 29; en Aertsen 1997, p. 454.

¹¹⁷⁵ Zie tevens: art. 7:424 lid 1 BW, waarin de regeling van lastgeving – waaronder de privatieve last ex artikel 7:423 BW – van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op andere overeenkomsten dan lastgeving (met uitzondering van vervoerovereenkomsten; zie: lid 2), op grond waarvan een partij bevoegd is voor rekening van de andere partij rechtshandelingen te verrichten, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daar niet tegen verzet.

¹¹⁷⁶ Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 103 bij art. 3:84 BW; en Groefsema 1993, p. 29.

¹¹⁷⁷ Het gelegenheidskarakter van de wettelijke regeling van privatieve last is onder meer benadrukt door: Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 283-287.

schiedenis van artikel 7:423 lid 1 BW¹¹⁷⁸ – aan dat ook met betrekking tot beschikkingshandelingen een privatieve last kan worden verleend.¹¹⁷⁹ Ter onderbouwing van dit standpunt wordt aangevoerd dat ook bij een privatieve toekenning, de beschikkingsbevoegdheid niet van het recht van de rechthebbende wordt afgesplitst en/of zelfstandig aan de middellijk vertegenwoordiger wordt overgedragen. De beschikkingsbevoegdheid wordt immers aan de middellijke vertegenwoordiger verleend in het kader van een meeromvattende overeenkomst, te weten: de lastgeving. In dit opzicht is de privatieve werking van de machtiging beperkt. De beschikkingsbevoegdheid wordt immers toegekend in het kader van een lastgeving, waarbij de lasthebber niet alleen de bevoegdheid, maar ook de verplichting heeft om in het kader van zijn last bepaalde beschikkingshandelingen voor rekening van de lastgever te verrichten. De privatieve werking is bovendien beperkt tot de duur van de overeenkomst van lastgeving. Eindigt de lastgeving, dan is de rechthebbende weer onverminderd beschikkingsbevoegd. Indien met de meerderheid van auteurs wordt aangenomen dat ook met betrekking tot beschikkingshandelingen een privatieve last kan worden verleend, dan brengt dit mee dat een aan de middellijke vertegenwoordiger toegekende last om met uitsluiting van de lasthebber over een goed te beschikken, tot gevolg heeft dat de rechthebbende zelf niet langer over zijn goed kan beschikken. Een rechthebbende kan aldus ook op deze wijze in zijn beschikkingsbevoegdheid worden beperkt.¹¹⁸⁰

Ik benadruk dat verlening van de beschikkingsbevoegdheid in de literatuur steeds is besproken in het kader van middellijke vertegenwoordiging en/of lastgeving. Ook de vraag of aan toekenning van beschikkingsbevoegdheid privatieve werking kan worden gegeven, wordt in dat kader besproken en – mede onder verwijzing naar de privatieve last ex artikel 7:423 BW – bevestigend beantwoord. De vraag of beschikkingsbevoegdheid ook buiten de situatie van middellijke vertegenwoordiging en/of lastgeving – oftewel in de situatie dat de gemachtigde niet alleen in eigen naam, maar ook voor eigen rekening handelt – kan worden ver-

¹¹⁷⁸ Zie: Memorie van Antwoord, *Kamerstukken* 17 779, nr. 8, p. 10, alwaar de Minister ten aanzien van de inschrijfbaarheid in de openbare registers van een privatieve last met betrekking tot registergoederen opmerkte: "Zou men haar in de praktijk ook betrekken op het beheer van registergoederen, dan zal inschrijving van het beding krachtens artikel 17 lid 1 onder a van Boek 3 mogelijk zijn voor zover het de bevoegdheid van de rechthebbende (de lastgever) om over het goed te beschikken aantast en derhalve in dit opzicht voor de rechtstoestand van het registergoed van belang is." Daarmee werd de suggestie gewekt dat een privatieve last om in eigen naam te beschikken over een (register)goed van de lastgever, tot gevolg zou kunnen hebben dat de beschikkingsbevoegdheid van de lastgever zelf wordt aangetast. Zie tevens: Rank 1997, p. 469-470.

¹¹⁷⁹ Zie onder meer: Smits 1994, p. 494; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 361 en 402; Asser/Mijnssen/De Haan 2006, nr. 477; en Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 103 bij art. 3:84 BW.

¹¹⁸⁰ Zie ook: Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 361.

leend, is evenwel niet aan de orde gesteld.¹¹⁸¹ Wat betreft verlening van de bevoegdheid tot vervreemding voor eigen rekening, is het antwoord op deze vraag ongewis. Ik kan mij geen situatie voorstellen waarbij een rechthebbende aan een ander de bevoegdheid verleent om in eigen naam en voor eigen rekening zijn goed te vervreemden.¹¹⁸² Wat betreft verlening van de bevoegdheid tot bezwaring voor eigen rekening zou kunnen worden gedacht aan de situatie waarin een rechthebbende aan een ander de bevoegdheid verleent om voor rekening van diens schuld een beperkt zekerheidsrecht te vestigen. Tegen toekenning van die bevoegdheid zie ik geen principieel bezwaar. Het staat een rechthebbende op grond van zijn autonomie vrij te bepalen voor wiens rekening hij zijn recht inzet. Een rechthebbende kan bijvoorbeeld een hem toebehorend goed verbinden voor een schuld van een ander, bijvoorbeeld door hierop een derdenpand- of derdenhypotheekrecht te vestigen. Indien de rechthebbende door middel van machtiging aan een ander beschikkingsbevoegdheid kan verlenen – hetgeen, zoals hiervoor besproken, algemeen wordt aangenomen – en hij zelf in staat is tot het vestigen van derdenzekerheid, dan zou het ook mogelijk moeten zijn dat de rechthebbende een ander de bevoegdheid verleent om dit zekerheidsrecht zelf te vestigen.

Privatieve toekenning van de beschikkingsbevoegdheid buiten middellijke vertegenwoordiging, acht ik evenwel niet mogelijk. Dat zou betekenen dat een niet-rechthebbende de bevoegdheid krijgt om – met uitsluiting van de rechthebbende – in eigen naam en voor eigen rekening te beschikken over een goed van de rechthebbende. De gemachtigde zou daardoor niet alleen de exclusieve bevoegdheid, maar ook de volledige vrijheid en het volledige economische belang krijgen om over een goed van de ander te beschikken. De gemachtigde wordt daardoor in wezen een quasi-rechthebbende; hetgeen niet verenigbaar kan worden geacht met het gesloten systeem van het goederenrecht.¹¹⁸³

8.2.3 Het karakter van de herverpandingsbevoegdheid

Zoals in de vorige paragraaf besproken, kan een rechthebbende aan een ander de bevoegdheid toekennen om in eigen naam over een aan de rechthebbende toebehorend goed te beschikken. Deze bevoegdheid kan niet alleen strekken tot vervreemding, maar ook tot bezwaring van het betreffende goed. Zo kan een niet-

¹¹⁸¹ Groefsema heeft weliswaar opgemerkt dat beschikkingsbevoegdheid ook zonder last kan worden verleend, maar ook hij belicht de machtiging in het kader van middellijke vertegenwoordiging. Zie: Groefsema 1993, p. 24.

¹¹⁸² Dit zou erop neerkomen dat de rechthebbende een ander de bevoegdheid verleent om in eigen naam en voor eigen rekening (dat wil zeggen: met behoudt van de opbrengst) een goed van de rechthebbende te vervreemden.

¹¹⁸³ Vergelijk: Groefsema 1993, p. 29; Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 103 bij art. 3:84 BW; en Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 78-79.

rechthebbende worden gemachtigd tot het in eigen naam vestigen van een pandrecht op het goed van de rechthebbende. Voor de hand ligt dat een dergelijke bevoegdheid tot vestiging van een pandrecht wordt toegekend in het kader van een kredietovereenkomst of de vestiging van een pandrecht. In de praktijk wordt niet zelden bij de vestiging van een pandrecht tevens een volmacht aan kredietgever/pandhouder verleend om op een later moment toekomstige goederen – meestal: vorderingen – van de pandgever/rechthebbende aan zichzelf te verpanden.¹¹⁸⁴ Op grond van een dergelijke volmacht wordt het (aanvullende) pandrecht in naam van de pandgever/rechthebbende gevestigd. Men kan zich voorstellen dat – in plaats van een volmacht – de bevoegdheid aan een kredietgever en/of pandhouder wordt verleend om het aanvullende pandrecht in eigen naam te vestigen tot zekerheid van zijn vorderingen op de rechthebbende.¹¹⁸⁵

Ook bij herverpanding is van een contractuele toekenning van beschikkingsbevoegdheid sprake. Bij herverpanding vestigt de pandhouder/herpandgever in eigen naam een herpandrecht op een goed dat aan de pandgever (eigenaar/rechthebbende) toebehoort. Voor vestiging van dit herpandrecht is naast vestiging krachtens geldige titel, beschikkingsbevoegdheid van de herpandgever vereist (art. 3:98 jo. art. 3:84 lid 1 BW). Als niet-rechthebbende is de pandhouder/herpandgever in beginsel onbevoegd om over het aan de pandgever toebehorende pandobject te beschikken. Ook als beperkt zekerheidsgerechtigde is de pandhouder/herpandgever niet bevoegd om – buiten executie – over het pandobject te beschikken. Hierbij moet worden opgemerkt dat in geval van executie de pandhouder slechts *vervreemdings*bevoegd is: hij kan het pandobject executoriaal verkopen en is in dat verband om de eigendom op de executiekoper te doen overgaan. Een executerend pandhouder heeft evenwel niet de bevoegdheid het pandobject te bezwaren. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de pandhouder/herpandgever noch aan zijn pandrecht, noch aan de wet de bevoegdheid kan ontfangen om op het pandobject een nieuw pandrecht te vestigen. Om bevoegdelijk het pandobject te kunnen bezwaren, zal de bevoegdheid daartoe specifiek aan de pandhouder/herpandgever moeten worden toegekend.

¹¹⁸⁴ Voor de goede orde merk ik op dat de kredietgever/pandhouder krachtens deze volmacht niet zelf beschikkingsbevoegd wordt, maar bevoegd wordt om in naam van de volmachtgever (i.e. de kredietnemer) beschikkingshandelingen te verrichten, zoals hier: het vestigen van een pandrecht. Deze beschikkingshandelingen worden dan aan de volmachtgever (i.e. de kredietnemer) toegerekend.

¹¹⁸⁵ Ik merk voor op dat het – anders dan bij de hierna te bespreken herverpandingsbevoegdheid – niet noodzakelijk is dat de beschikkingsbevoegdheid (of beter gezegd: verpandingsbevoegdheid) wordt toegekend aan een pandhouder. De rechthebbende kan deze bevoegdheid ook – buiten enige verpanding – aan een ander (niet-pandhouder) toekennen.

De pandhouder/herpandgever ontleent zijn beschikkingsbevoegdheid – i.e. de bevoegdheid om in eigen naam een pandrecht te vestigen op het aan de pandgever toebehorend pandobject – derhalve aan de rechtshandeling waarmee de pandgever (eigenaar/rechthebbende) hem de herverpandingsbevoegdheid heeft toegekend. Toekenning van de herverpandingsbevoegdheid voldoet aan alle kenmerken van de hiervoor besproken contractuele toekenning van beschikkingsbevoegdheid of – zoals door Groefsema aangeduid – de 'machtiging'.¹¹⁸⁶ Verlening van de herverpandingsbevoegdheid betreft immers een rechtshandeling waarbij de rechthebbende aan een ander de bevoegdheid toekent om in eigen naam te beschikken over een aan de rechthebbende toebehorend goed. Bij herverpanding gaat het uiteraard om een beperkte beschikkingsbevoegdheid, namelijk de bevoegdheid om het pandobject te bezwaren. De pandhouder/herpandgever kan alleen een pandrecht – het herpandrecht – vestigen en wel op de door hem in pand verkregen goederen.¹¹⁸⁷

Door toekenning van deze bevoegdheid verliest de pandgever (eigenaar/rechthebbende) zijn beschikkingsbevoegdheid niet. De pandgever (eigenaar/rechthebbende) blijft zelf, ondanks verlening van de beschikkingsbevoegdheid aan de pandhouder, beschikkingsbevoegd. Aan de herverpandingsbevoegdheid kan naar mijn mening geen privatieve werking worden toegekend, in de zin dat de pandgever zelf voor de duur van de herverpandingsbevoegdheid niet bevoegd is een (tweede) pandrecht op het hem toebehorende goed te vestigen. Bij herverpanding is van middellijke vertegenwoordiging – laat staan van lastgeving – geen sprake. Zoals hierna nader wordt besproken, handelt de pandhouder/herpandgever bij herverpanding in eigen naam én voor eigen rekening. Privatieve toekenning van beschikkingsbevoegdheid buiten het geval van middellijke vertegenwoordiging, acht ik niet mogelijk.¹¹⁸⁸

Aangezien de pandhouder/herpandgever, als niet-rechthebbende, in beginsel beschikkingsonbevoegd is, kan hij zijn beschikkingsbevoegdheid uitsluitend onlenen aan voormelde contractuele toekenning van de herverpandingsbevoegdheid, oftewel het herverpandingsbeding waarmee de pandgever (de rechthebbende) hem de bevoegdheid ondubbelzinnig heeft verleend. Indien in dit herverpandingsbeding voorwaarden en beperkingen zijn gesteld aan (de uitoefening van) de herverpandingsbevoegdheid, dan beperken deze clausuleringen recht-

¹¹⁸⁶ Zie tevens: Breken 2002, p. 370.

¹¹⁸⁷ Vergelijk de bespreking van 'machtiging' in paragraaf 8.2.2 hiervoor. Zie tevens: Groefsema 1993, p. 23.

¹¹⁸⁸ Dit verdraagt zich – zoals besproken in paragraaf 8.2.2.2 – niet met gesloten systeem van het goederenrecht. Tot slot merk ik op dat bij herverpanding van een privatieve last in de zin van artikel 7:423 lid 1 BW geen sprake kan zijn, nu de pandhouder/herpandgever slechts de bevoegdheid en niet een last tot het vestigen van een herpandrecht heeft en daarbij niet voor rekening van de pandgever als zijnde de lastgever handelt.

streeks de beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever. Overschrijding door de pandhouder/herpandgever van de aan hem toegekende herverpandingsbevoegdheid verbonden clausuleringen, hebben aldus niet alleen een wanprestatie jegens de pandgever, maar ook beschikkingsonbevoegdheid tot gevolg. In dat geval dan komt in beginsel geen geldig herpandrecht tot stand.¹¹⁸⁹

Bij vestiging van het herpandrecht oefent de pandhouder/herpandgever de hem toegekende beschikkingsbevoegdheid uit. Van (een vorm van) vertegenwoordiging is bij herverpanding dus geen sprake; de pandhouder/herpandgever vestigt immers in eigen naam het herpandrecht op het pandobject.¹¹⁹⁰ De herverpandingsbevoegdheid is evenwel ontleend aan de contractuele toekenning ('machtiging') door de pandgever en afgeleid van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever als eigenaar/rechthebbende van het pandobject. Dit brengt mee dat de herverpandingsbevoegdheid alleen kan worden uitgeoefend zolang de pandgever, als rechthebbende, zelf beschikkingsbevoegd is. Indien de pandgever de beschikkingsbevoegdheid over het pandobject verliest – bijvoorbeeld doordat hij in staat van faillissement wordt verklaard (art. 23 Fw) – kan de pandhouder/herpandgever niet langer de daarvan afgeleide herverpandingsbevoegdheid uitoefenen. Reeds om deze reden moet – zoals in paragraaf 6.5 besproken – worden geconcludeerd dat herverpanding in het faillissement van de pandgever niet mogelijk is. Daarnaast moet worden aangenomen dat de herverpandingsbevoegdheid – als contractueel toegekende beschikkingsbevoegdheid – tevens vervalt in de gevallen dat ook de volmacht vervalt (art. 3:72 BW).¹¹⁹¹ Dit betekent dat de herverpandingsbevoegdheid vervalt in geval van dood, ondercuratelestelling, faillissement of toepassing van de schuldsanering van ofwel de pandgever ofwel de pandhouder/herpandhouder. Tenzij de herverpandingsbevoegdheid onherroepelijk is verleend, kan deze bevoegdheid voorts eindigen doordat zij door de pandgever wordt herroepen. Tot slot zal de herverpandingsbevoegdheid een einde nemen op het moment dat het oorspronkelijke pandrecht een einde neemt. De herverpandingsbevoegdheid is nauw verbonden aan het oorspronkelijke pandrecht. De herverpandingsbevoegdheid kan uitsluitend aan een pandhouder worden toegekend en uitsluitend worden uitgeoefend zolang het oorspronkelijke

¹¹⁸⁹ Zie: paragraaf 4.2.1.3 en 6.3.2; en tevens: HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241 en *NJ* 2012, 88 (*Mesdag I*), r.o. 3.3.3.

¹¹⁹⁰ Anders: Fikkers 1998, p. 303. Naar de mening van Fikkers, moet de pandhouder/herpandgever goederenrechtelijke worden beschouwd als een middellijk vertegenwoordiger van de oorspronkelijk pandgever. Zij betoogt dat bij herverpanding via artikel 7:424 BW een analogie zou bestaan met lastgeving, hoewel bij herverpanding geen sprake is van een verplichting tot herverpanding, maar slechts van een bevoegdheid. Om die reden zijn de regels van lastgeving niet rechtstreeks van toepassing, maar zou – aldus Fikkers – sprake kunnen zijn van een analogie. Deze opvatting is, zoals hierna uiteengezet, niet juist. Zie tevens: Faber 1998, p. 687.

¹¹⁹¹ Groefsema 1993, p. 32. Zie tevens: voorgaande paragraaf 8.2.2.

pandrecht bestaat.¹¹⁹² Zodra het oorspronkelijke pandrecht eindigt – bijvoorbeeld door voldoening van de gecureerde vordering¹¹⁹³ – en hij de hoedanigheid van pandhouder verliest, is de pandhouder niet langer tot herverpanding bevoegd.

In dit opzicht verschilt toekenning van de herverpandingsbevoegdheid van een algemene toekenning van de 'verpandingsbevoegdheid'. Een rechthebbende kan immers aan een willekeurig ander de bevoegdheid verlenen om in eigen naam een pandrecht op een aan hem toebehorende goed te verlenen. Ook in een ander opzicht bestaat een belangrijk verschil tussen contractuele toekenning van de 'verpandingsbevoegdheid' en toekenning van de herverpandingsbevoegdheid. Wat betreft contractuele toekenning van de 'verpandingsbevoegdheid' wordt – net zoals wat betreft toekenning een algemene beschikkingsbevoegdheid – ervan uit gegaan dat de partij aan wie deze bevoegdheid wordt toegekend, deze bevoegdheid weliswaar in eigen naam, doch steeds voor rekening van de rechthebbende zal uitoefenen.¹¹⁹⁴ Onder "*voor rekening van*" wordt verstaan dat de economische gevolgen van de door de tussenpersoon in eigen naam verrichte rechtshandelingen voor de principaal zijn.¹¹⁹⁵ Wanneer de beschikkingsbevoegdheid aan een middellijke vertegenwoordiger – zoals een verkoopcommissie – wordt toegekend in het kader van een opdracht om goederen van de rechthebbende te verkopen, zal deze verkoop en daaropvolgende eigendomsoverdracht, die de (beschikkingsbevoegde) middellijke vertegenwoordiger in eigen naam kan verrichten, voor rekening van de rechthebbende worden uitgeoefend. De rechthebbende zal het economisch voordeel daarvan genieten, evenals hij het economisch risico daarvan zal dragen. Ook bij verpanding door een daartoe gemachtigde middellijke vertegenwoordiger wordt ervan uit gegaan dat de middellijke vertegenwoordiger deze bevoegdheid zal uitoefenen voor rekening van de rechthebbende, in de zin dat het pandrecht wordt gevestigd voor een schuld van de rechthebbende.¹¹⁹⁶

¹¹⁹² Aldus zou men de herverpandingsbevoegdheid ook kunnen opvatten als verleend onder de voorwaarde dat de pandhouder/herpandgever de hoedanigheid van pandhouder heeft. Indien niet langer aan die voorwaarde wordt voldaan, dan vervalt de herverpandingsbevoegdheid.

¹¹⁹³ Dit geldt voor een vaste pandschuld. In geval van een krediet- of bankpandrecht zal ook de krediet- c.q. bankrelatie moeten beëindigd, om het pandrecht definitief te doen tenietgaan. Zie hierover tevens: paragraaf 5.4.

¹¹⁹⁴ Aangenomen wordt aldus dat de beschikkingsbevoegdheid wordt toegekend in het kader van middellijke vertegenwoordiging, waarbij de middellijke vertegenwoordiger (tussenpersoon) handelt in opdracht en voor rekening van de middellijk vertegenwoordigde (achterman).

¹¹⁹⁵ Vergelijk: art. 7:414 lid 1 BW. Zie onder meer: Lamers 2012, p. 114; Peter 2007, p. 95-96; en Van Neer-van den Broek (*Bijzondere Overeenkomsten*), aant. 3 bij art. 7:414 BW.

¹¹⁹⁶ Net zoals een kredietnemer/pandgever aan zijn kredietgever/pandhouder een volmacht kan geven om tot zekerheid van zijn schuld in zijn naam een (aanvullend) pandrecht te vestigen op hem toebehorende goederen, kan een kredietnemer/pandgever ook contractueel de bevoegdheid aan de kredietgever/pandhouder toekennen om dit (aanvullende) pandrecht in eigen

Bij herverpanding ligt dit anders. Bij herverpanding handelt de pandhouder/herpandgever niet voor rekening van de pandgever (eigenaar / rechthebbende), maar *voor eigen rekening*.¹¹⁹⁷ Algemeen wordt aangenomen dat de herverpandingsbevoegdheid de pandhouder/herpandgever de bevoegdheid geeft om in eigen naam een herpandrecht te vestigen op het aan de pandgever toebehorende pandobject tot zekerheid van een eigen schuld of een schuld van een derde.¹¹⁹⁸ In die zin treffen de economisch gevolgen van de herverpanding in eerste instantie de pandhouder/herpandgever.¹¹⁹⁹ De pandgever (eigenaar/rechthebbende) wordt door de herverpanding geen medeschuldenaar. Evenwel is een aan de pandgever (eigenaar/rechthebbende) toebehorend goed voor een schuld van de pandhouder/herpandgever of een derde verbonden. Op grond van deze laatste omstandigheid zou men kunnen betogen dat de herverpandingsbevoegdheid voor rekening van de pandgever (eigenaar/rechthebbende) wordt uitgeoefend.¹²⁰⁰ Dit is echter niet juist. Zoals door Faber terecht opgemerkt, brengt het feit dat het herpandrecht op een goed van de pandgever rust en dit goed mogelijk voor de herpandschuld kan worden uitgewonnen, nog niet mee dat het herpandrecht ook "voor rekening van" de pandgever wordt uitgeoefend. De executie treft weliswaar in goederenrechtelijk opzicht de pandgever omdat zijn goed wordt uitgewonnen en hij daarmee de eigendom verliest, maar dat zegt niets over de vraag wie uiteindelijk in economisch opzicht de gevolgen ondervindt en/of behoort te ondervinden. In geval van executie van het herpandrecht komen de economische gevolgen uiteindelijk – via een vergoedingsverplichting dan wel via regres door de pandgever uit hoofde van subrogatie¹²⁰¹ – voor reke-

naam te vestigen. Ook dan zal deze 'verpandingsbevoegdheid' worden aangewend ter secure-ring van de schuld van de kredietnemer/pandgever (eigenaar/rechthebbende).

¹¹⁹⁷ Om deze reden is bij herverpanding van middellijke vertegenwoordiging – laat staan van lastgeving – geen sprake. De pandhouder/herpandgever handelt namelijk voor eigen rekening en niet voor rekening van de pandgever als een soort achterman. Zie anders: Fikkers 1998, p. 303.

¹¹⁹⁸ Zie: paragraaf 4.2.4. Alleen Fikkers heeft verdedigd dat herverpanding plaatsvindt voor rekening van de pandgever, omdat deze de economische gevolgen van de herverpanding draagt doordat zijn goed voor de herpandschuld is verbonden. Zie: Fikkers 1998, p. 303. Deze opvatting lijkt mij, zoals hierna besproken, niet juist.

¹¹⁹⁹ Zie in gelijke zin: Visser 2004, p. 196-197.

¹²⁰⁰ De pandgever draagt het (executie)risico, i.e. het risico van verlies van eigendom indien het herpandobject wordt uitgewonnen voor de schuld van een ander. In dat geval moet echter worden geconstateerd dat economisch belang en risico uiteenlopen. De pandhouder/herpandgever heeft immers belang bij uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid (hij kan een schuld aangaan en/of hiervoor een pandrecht vestigen). De pandgever (eigenaar/rechthebbende) draagt echter het executierisico ingeval de herpandschuld niet worden voldaan. Indien zijn goed wordt uitgewonnen door de herpandhouder, verliest hij immers de eigendom daarvan.

¹²⁰¹ Dit is slechts anders indien kan worden aangenomen dat de herpandschuld (mede) de pandgever aangaat; bijvoorbeeld indien het herpandrecht is gevestigd tot zekerheid van een schuld van de oorspronkelijk pandgever. Zie in dit verband: paragraaf 4.2.3.

ning van de pandhouder/herpandgever.¹²⁰² Op grond hiervan moet worden aangenomen dat de herverpandingsbevoegdheid door de pandhouder/herpandgever niet voor rekening van de pandgever, maar voor eigen rekening wordt uitgeoefend.

Resumerend: de herverpandingsbevoegdheid betreft een contractueel aan de pandhouder toegekende bevoegdheid om in eigen naam een goed van de pandhouder te verbinden tot zekerheid voor een eigen schuld c.q. een schuld van een derde aan de herpandhouder. In deze zin kan de herverpandingsbevoegdheid worden opgevat als een contractueel aan de pandhouder toegekende bevoegdheid om een bijzonder soort derdenpand te vestigen op een goed van de pandgever.¹²⁰³

8.3 Totstandkoming van het herpandrecht

Zoals in de vorige paragraaf besproken, kan een rechthebbende aan een ander de bevoegdheid verlenen om in eigen naam over een aan hem toebehorend goed te beschikken. Hiermee wordt voldaan aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid in de zin van artikel 3:84 lid 1 BW. Een vervolgvraag is of een (beschikkingsbevoegde) niet-rechthebbende in eigen naam de verschillende leverings- c.q. vestigingsformaliteiten kan verrichten. Over deze vraag bestaat in de literatuur verschil van mening. In het verlengde daarvan kan men zich afvragen hoe de totstandkoming van door een (beschikkingsbevoegde) niet-rechthebbende in eigen naam gevestigd pandrecht – zoals een herpandrecht – rechtstheoretisch kan worden verklaard. Deze vragen staan in deze paragraaf centraal.

8.3.1 Leverings- en vestigingsformaliteiten

Indien een niet-rechthebbende krachtens rechtshandeling bevoegd is over een goed van een ander te beschikken, doet de vraag zich voor of deze in eigen naam kan voldoen aan de formaliteiten voor levering en bezwaring van dat goed. Deze vraag speelt met name ten aanzien van de levering of bezwaring van goederen waarvoor een akte is vereist.¹²⁰⁴ Ik neem bij de bespreking van deze problema-

¹²⁰² Zie: Faber 1998, p. 787.

¹²⁰³ Alleen indien het herpandrecht wordt gevestigd tot zekerheid van een schuld van de oorspronkelijk pandgever, neemt de pandgever niet de positie in van derde wiens goed voor een schuld van een ander is verbonden. In dat geval is echter het herpandrecht zelf een derdenpand. Vestiging van een herpandrecht heeft uiteraard andere rechtsgevolgen dan vestiging van een derdenpandrecht. Zo ontbreekt bij derdenpand de bijzondere rangwisseling met het oorspronkelijke pandrecht. Zie over de vergelijking tussen herverpanding en derdenpand: paragraaf 7.3

¹²⁰⁴ De vraag speelt ook ten aanzien van de levering van de toonderstukken, waarvoor – naast bezitsverschaffing van het orderstuk – endossement is vereist. Of een (beschikkingsbevoegde) tussenpersoon die in eigen naam handelt, rechtsgeldig aan het endossementvereiste kan vol-

tiek levering door een niet-rechthebbende tot uitgangspunt (paragraaf 8.3.1.1). In aansluiting daarop ga ik in op de mogelijkheid tot vestiging van een pandrecht door een niet-rechthebbende (paragraaf 8.3.1.2). Ik sluit deze paragraaf af met een bespreking van de vestiging van een herpandrecht (paragraaf 8.3.1.3).

8.3.1.1 Bevoegdelijke levering door niet-rechthebbende

Zoals bekend, zijn de vereisten van levering afhankelijk van het soort goed. Levering van een onroerende zaak of een ander registergoed geschiedt door een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers (art. 3:89 lid 1 BW). Levering van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door bezitsverschaffing aan de verkrijger (art. 3:90 lid 1 BW).¹²⁰⁵ Vorderingen op naam kunnen niet alleen worden gecedeerd door een daartoe bestemde akte en mededeling daarvan aan de debiteur (art. 3:94 lid 1 BW; openbare cessie), maar ook door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte zonder mededeling daarvan aan de debiteur (art. 3:94 lid 3 BW; stille cessie). Vorderingsrechten aan toonder of order worden geleverd door de verkrijger het bezit van het toonder- of orderpapier te verschaffen, waarbij voor levering van een recht aan order het aanvullende vereiste van endossement geldt (art. 3:93 BW).¹²⁰⁶

Algemeen wordt aangenomen dat een (beschikkingsbevoegde) niet-rechthebbende roerende zaken, niet-registergoederen, en rechten aan toonder in eigen naam kan leveren door middel van bezitsverschaffing. Een tussenpersoon die de zaak onder zich heeft, kan – als houder – het bezit van een zaak weliswaar niet overdragen, maar wel verschaffen.¹²⁰⁷ Anders dan ten aanzien van levering door bezitsverschaffing, bestaat in de literatuur¹²⁰⁸ verschil van mening over de vraag of een in eigen naam handelende (beschikkingsbevoegde) tussenpersoon door middel van een akte goederen op naam kan leveren.¹²⁰⁹

doen, bestaat evenzeer verschil van mening. Ik laat dit onderwerp verder buiten beschouwing. Zie hierover: Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 102.4 bij art. 3:84 BW.

¹²⁰⁵ Bevinden deze zaken zich niet in de macht van de vervreemder, dan kan levering slechts plaatsvinden op de in artikel 3:95 BW voorgeschreven wijze, te weten: middels een daartoe bestemde akte.

¹²⁰⁶ Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2011, hoofdstuk 6; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 325 e.v.; en Hijma/Olthof 2011, nr. 125 e.v.

¹²⁰⁷ Zie: Groefsema 1993, p. 39; Aertsen 1997, p. 455; Bartels 2004, p. 59; Asser/Van de Grinten & Kortmann 2004, nr. 136; Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 168; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 442.; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 300; en Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 102.2 bij art. 3:84 BW. Zie tevens: Parl. Gesch. (*Vermogensrecht*) 1981, p. 382.

¹²⁰⁸ Voor een overzicht van deze discussie, verwijs ik naar: Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 102 bij art. 3:84 BW.

¹²⁰⁹ Bevindt een roerende zaak, niet-registergoed of een toonderstuk zich niet in de macht van de vervreemder, dan is levering door machtsverschaffing niet mogelijk en kan levering slechts

Een groot aantal auteurs meent van niet.¹²¹⁰ Naar hun mening wordt in dat geval niet voldaan aan het vereiste dat de vervreemder – al dan niet vertegenwoordigd door een gevolmachtigde¹²¹¹ – partij is bij de leveringsakte. Bij levering van onroerende zaken brengt het vereiste van een "*tussen partijen opgemaakte notariële akte*" (art. 3:89 lid 1 BW) mee dat zowel de vervreemder als de verkrijger partij moeten zijn bij de notariële akte. Onder 'vervreemder' moet hier – naar hun mening – de rechthebbende begrepen. Onder verwijzing naar het *Modehuis Nolly*-arrest¹²¹² is bovendien betoogd dat ook het publiciteitsvereiste aan vervreemding van een registergoed door een in eigen naam handelende tussenpersoon in de weg staat.¹²¹³ Levering van onroerende zaken en andere registergoederen door een middellijk vertegenwoordiger zou om deze reden niet mogelijk zijn. In gelijke zin menen zij dat bij cessie van vorderingen op naam het vereiste van een "*daartoe bestemde akte*" (art. 2:94 lid 1 respectievelijk lid 4 BW) meebrengt dat de cedent – waaronder de rechthebbende/schuldeiser wordt begrepen – zelf partij moet zijn bij de akte.¹²¹⁴ Aan dit leveringsvereiste wordt alleen voldaan indien de akte door of namens de rechthebbende wordt ondertekend. Ook rechten aan order kunnen aldus niet door een middellijke vertegenwoordiger worden geleverd, omdat daarvoor naast bezitsverschaffing van het orderpapier een endossement door de vervreemder (opgevat als zijnde de rechthebbende) is vereist.¹²¹⁵

plaatsvinden door een daartoe opgemaakte akte (art. 3:95 BW). Ook in geval van de levering van onroerende zaken en andere registergoederen (art. 3:89 lid 1 en lid 4 BW) is een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte vereist, welke vervolgens in de openbare registers dient te worden ingeschreven. Een daartoe bestemde akte is tevens vereist voor levering van rechten op naam (art. 3:94 BW). Wordt geen mededeling aan de debiteuren gedaan, dan is een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist (art. 3:94 lid 2 BW)

¹²¹⁰ Zie onder meer: Rank-Berenschot 1994, p. 843; Van Boom 1994, p. 865; Meijer 1999, p. 196-200; Aertsen 1997, p. 460 e.v.; Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 215; Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 251; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 299-302; en Peter 2007, p. 109-110 en p. 126.

¹²¹¹ In dat geval moet – bij levering van onroerende zaken en andere registergoederen – de volmacht van de tussenpersoon nauwkeurig in de akte worden vermeld. Zie: art. 3:89 lid 3 BW.

¹²¹² HR 2 april 1976, *NJ* 1976, 450 (*Modehuis Nolly*). In dit arrest ging het om verkrijging van een onroerende zaak door een middellijk vertegenwoordiger, meer in het bijzonder om de vraag of levering van een onroerende zaak *aan* een middellijk vertegenwoordiger die in eigen naam handelde, kon leiden tot eigendomsverkrijging van diens principaal. De Hoge Raad beantwoorde deze vraag ontkennend en overwoog dat een dergelijke wijze van eigendomsverkrijging van onroerend goed onverenigbaar is met art. 3:89 BW (art. 671 Oud BW) en met de door dit voorschift beoogde openbaarheid van de eigendomsverkrijging van onroerend goed door middel van overdracht.

¹²¹³ Zie onder meer: Rank-Berenschot 1994, p. 843; Van Boom 1994, p. 865; Aertsen 1997, p. 460; Meijer 1999, p. 196-198; en Peter 2007, p. 126 e.v.

¹²¹⁴ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 299 en 302; Aertsen 1997, p. 459-461; en Meijer 1999, p. 199-200.

¹²¹⁵ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 301; Aertsen 1997, p. 462; en Meijer 1999, p. 200.

Met Groefsema¹²¹⁶ en Bartels¹²¹⁷ en Kortmann¹²¹⁸ ben ik evenwel van mening dat een in eigen naam handelende tussenpersoon, aan wie de rechthebbende de beschikkingsbevoegdheid heeft toegekend, wél tot levering door middel van een daartoe opgestelde akte in staat moet worden geacht. Zoals door Groefsema en Bartels is opgemerkt, moeten de vervreemder en de verkrijger bij een leveringsakte partij zijn, maar behoeft de vervreemder niet per definitie de rechthebbende te zijn. Ook een in eigen naam handelende tussenpersoon die bevoegd is om over het goed te beschikken, kan als een vervreemder in de zin van afdeling 3.4.2 BW worden opgevat en als zodanig partij zijn bij een leveringsakte.¹²¹⁹ De openbaarheid van eigendomsverkrijging van registergoederen – die voor *verkrijging* door een in eigen naam handelend tussenpersoon een beletsel vormt – staat evenmin aan *vervreemding* door een in eigen naam handelend tussenpersoon in de weg.¹²²⁰ Hierbij komt nog dat het ook in andere in de wet geregelde gevallen mogelijk is dat een (beschikkingsbevoegde) niet-rechthebbende – zoals een executerende pand- of hypotheekhouder, executerend beslaglegger of curator – een goed rechtsgeldig vervreemdt. Voor die gevallen vormen – zoals Kortmann heeft opgemerkt – de leveringsformaliteiten en/of de openbaarheid van verkrijging van registergoederen evenmin een beletsel.¹²²¹ Op grond van het voorgaande moet dan ook worden aangenomen dat ook een tussenpersoon aan wie contractueel de beschikkingsbevoegdheid is toegekend, in staat is in eigen naam een rechtsgeldige levering te verrichten middels een daartoe opgestelde akte.

In de leveringsakte zal de grondslag van de beschikkingsbevoegdheid van de tussenpersoon – als zijnde niet-rechthebbende – moeten worden vermeld.¹²²² Daardoor zal de naam van de principaal (de rechthebbende) alsmede de 'machtiging' worden blootgelegd, waarmee het belang bij een overdracht door middelrijke vertegenwoordiging mogelijk grotendeels zo niet volledig zal wegvallen.¹²²³ In dat geval zal – praktisch gezien – immers nauwelijks verschil bestaan met situatie

¹²¹⁶ Groefsema 1993, p. 39-40. Hierover kritisch: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 299.

¹²¹⁷ Bartels 2004, p. 61-63.

¹²¹⁸ Asser/Van de Grinten & Kortmann 2004, nr. 136.

¹²¹⁹ Groefsema 1993, p. 39-40; en Bartels 2004, p. 61.

¹²²⁰ De openbare registers moeten zo veel mogelijk de juiste rechtstoestand weergeven, opdat derden zich in hun gedrag kunnen laten leiden door de daarin opgenomen informatie. In dat verband past niet dat een levering aan een tussenpersoon zou leiden tot eigendomsverkrijging door de achterman. Bij *vervreemding* door een in eigen naam handelend tussenpersoon speelt het belang bij openbaarheid van eigendomsverkrijging van registergoederen – anders dan bij verkrijging – echter geen rol. In dit geval ontstaat immers geen discrepantie tussen de ware rechtstoestand en de ingeschreven rechtstoestand. Zie: Bartels 2004, p. 62.

¹²²¹ Asser/Van de Grinten & Kortmann 2004, nr. 136. Zie tevens: Groefsema 1993, p. Keirse/Beukers (*Vermogensrecht*), aant. 102.3 bij art. 3:84 BW.

¹²²² Zie: Groefsema 1993, p. 39-40; en Bartels 2004, p. 62-63. Vergelijk de vermelding van de volmacht ex art. 3:89 lid 3 BW.

¹²²³ Zie: Groefsema 1993, p. 40; Rank-Berenschot 1994, p. 843; Aertsen 1997, p. 460; Meijer 1999, p. 198; en Bartels 2004, p. 63.

van onmiddellijke vertegenwoordiging waarbij de rechthebbende zelf (via een onmiddellijk vertegenwoordiger) als vervreemder partij is bij de akte.¹²²⁴ Het eventueel ontbreken van praktisch belang betekent echter geenszins dat levering door een in eigen naam handelend tussenpersoon juridisch onmogelijk zou zijn.¹²²⁵

8.3.1.2 Bevoegdelijke vestiging van een pandrecht door niet-rechthebbende

In de vorige paragraaf ben ik ingegaan op de levering in het kader van een bevoegdelijke vervreemding door een ander dan de rechthebbende.¹²²⁶ Het voorgaande is echter evenzeer van belang voor bevoegdelijke bezwaring (vestiging van een beperkt recht) door een ander dan de rechthebbende.¹²²⁷ Ik beperkt mij in deze bespreking, zoals gezegd, tot de bevoegdelijke vestiging van een pandrecht door een niet-rechthebbende.¹²²⁸

Bij de vestiging van het pandrecht treedt de in eigen naam handelende (beschikkingsbevoegde) tussenpersoon op als pandgever. Hij vestigt in eigen naam een pandrecht op een goed van de rechthebbende. De vereisten voor vestiging van een pandrecht zijn reeds aan de orde gekomen in paragraaf 4.2.4. Ten aanzien van de vestigingsvereisten kan – evenals ten aanzien van de leveringsvereisten – de vraag worden gesteld of een niet-rechthebbende hieraan in eigen naam kan voldoen. Zoals in paragraaf 8.2.2 besproken, wordt door een groot aantal auteurs¹²²⁹ verdedigd dat levering van rechten op naam door een in eigen naam handelende tussenpersoon niet mogelijk zou zijn, omdat daarvoor is vereist dat de rechthebbende zélf (al dan niet via een onmiddellijk vertegenwoordiger) als vervreemder partij is bij leveringsakte. Indien de akte wordt ondertekend door een in eigen naam handelende tussenpersoon, zou niet zijn voldaan aan het vereiste van door de vervreemder (waaronder de rechthebbende wordt begrepen) opgemaakte akte. In gelijke zin zou voor levering van rechten aan order endorsement door de rechthebbende zelf (al dan niet via een onmiddellijk vertegenwoordiger) vereist zijn.¹²³⁰

¹²²⁴ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 299.

¹²²⁵ Bartels 2004, p. 63.

¹²²⁶ Ook in de literatuur is de beschikkingsbevoegdheid van een niet-rechthebbende voornamelijk besproken vanuit oogpunt van vervreemding. Het in eigen naam vestigen van een beperkt recht – bijvoorbeeld een pandrecht – door niet-rechthebbende, is grotendeels onderbelicht gebleven.

¹²²⁷ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 298.

¹²²⁸ Het navolgende geldt echter in gelijke zin voor de vestiging van andere beperkte rechten.

¹²²⁹ Zie onder meer: Rank-Berenschot 1994, p. 843; Van Boom 1994, p. 865; Meijer 1999, p. 196-200; Aertsen 1997, p. 460 e.v.; Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 215; Peter 2007, p. 109-110 en p. 126; Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 251; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 299-302; en Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 442.

¹²³⁰ Zie: paragraaf 8.2.2 en de aldaar aangehaalde literatuur.

Indien deze gedachte wordt doorgetrokken naar de vestiging van een pandrecht, dan zou moeten worden aangenomen dat een niet-rechthebbende uitsluitend in eigen naam een vuistpandrecht op roerende zaken en rechten aan toonder zou kunnen vestigen. In dat geval wordt het pandrecht immers gevestigd door de zaak of het toonderpapier in de macht van de pandhouder te brengen, waartoe ook een niet-rechthebbende in staat is.¹²³¹ Een in eigen naam handelende tussenpersoon zou geen pandrecht op vorderingen op naam (zowel stil als openbaar) of een vuistloos pandrecht op roerende zaken kunnen vestigen, omdat daarvoor steeds een akte vereist waarbij de rechthebbende (als pandgever) partij is.¹²³² Een pandrecht op een recht aan order zal in die zin ook uitsluitend door de rechthebbende zelf (al dan niet via een onmiddellijk vertegenwoordiger) kunnen worden gevestigd, omdat daarvoor endossement door de rechthebbende vereist zou zijn.¹²³³

Zoals ik in de vorige paragraaf ten aanzien van bevoegdelijke levering door een niet-rechthebbende heb toegelicht, lijkt deze opvatting mij minder juist. Naar mijn mening kan door een in eigen naam handelende (beschikkingsbevoegde) tussenpersoon niet alleen door machtsverschaffing¹²³⁴, maar ook bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte¹²³⁵ een pandrecht worden gevestigd. Een beschikkingsbevoegde tussenpersoon die in eigen naam een pandrecht vestigt, heeft te gelden als de pandgever en is als zodanig partij bij de pandakte. Zoals bij levering de vervreemder niet per definitie de rechthebbende behoeft te zijn, behoeft bij vestiging van een pandrecht de pandgever niet per definitie de rechthebbende te zijn. De wettelijke vestigingsvereisten verplichten ook geenszins ertoe dat de rechthebbende zelf (al dan niet onmiddellijk vertegenwoordigd) partij is bij een pandakte.

Wordt het pandrecht door de niet-rechthebbende bij akte gevestigd – bijvoorbeeld in geval van een vuistloos pandrecht op roerende zaken of een pandrecht op vorderingen op naam – dan zal de grondslag van de beschikkingsbevoegdheid

¹²³¹ Als houder kan de tussenpersoon immers de macht over de zaak c.q. toonderstuk verschaffen.

¹²³² Zoals voornoemde auteurs bij overdracht aannemen dat de vervreemder steeds de rechthebbende moet zijn, moeten zij bij verpanding aannemen dat de pandgever steeds de rechthebbende moet zijn.

¹²³³ Dit is een rechtstreeks gevolg van de strikte opvatting ten aanzien van overdracht en levering, welke opvatting van overeenkomstige toepassing moet worden geacht op de vestiging van beperkte rechten, zoals de vestiging van een pandrecht. Zoals hiervoor uiteengezet, ben ik in tegenstelling tot voornoemde auteurs van mening dat een in eigen naam handelende (beschikkingsbevoegde) tussenpersoon een pandrecht kan vestigen op een goed van de rechthebbende zowel door machtsverschaffing als bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte.

¹²³⁴ Art. 3:236 lid 1 BW

¹²³⁵ Art. 3:236 lid 2 jo. art 3:94 lid 1 BW; art. 3:237 lid 1 BW en art. 3:239 lid 1 BW.

in de akte moeten worden vermeld.¹²³⁶ Dit volgt bovendien uit artikel 3:237 lid 2 BW¹²³⁷, op grond waarvan de pandgever verplicht is in de akte te verklaren dat hij tot het verpanden van het goed bevoegd is. Bij vermelding van de grondslag van de beschikkingsbevoegdheid zal de machtiging door de rechthebbende worden moeten worden blootgelegd. Zoals opgemerkt, kan men zich afvragen of bij vermelding van de machtiging en de identiteit van de rechthebbende nog wel enig belang bestaat bij verpanding door de tussenpersoon in eigen naam. In dat geval bestaat immers weinig tot geen verschil met de situatie waarin de tussenpersoon op basis van een volmacht een pandrecht vestigt in naam van de rechthebbende. Dit neemt echter niet weg dat verpanding middels een akte door een in eigen naam handelende tussenpersoon mogelijk moet worden geacht.¹²³⁸

8.3.1.3 Bevoegdelijke vestiging van een herpandrecht door niet-rechthebbende

Bij herverpanding vestigt de pandhouder/herpandgever in eigen naam een herpandrecht op een goed dat aan de pandgever (eigenaar/rechthebbende) toebehoort. De bevoegdheid om over het goed van de pandgever te beschikken, ontleent de pandhouder/herpandgever aan de hem toegekende herverpandingsbevoegdheid. Als beschikkingsbevoegde kan de pandhouder/herpandgever in eigen naam aan de formaliteiten voor vestiging van het herpandrecht voldoen. Zoals in de vorige paragraaf uiteengezet, moet worden aangenomen dat de (beperkt beschikkingsbevoegde) pandhouder/herpandgever in eigen naam een herpandrecht kan vestigen zowel door machtsverschaffing¹²³⁹, als door middel van een authentieke of geregistreerde onderhandse (herpand)akte.¹²⁴⁰ De pandhouder/herpandgever heeft immers te gelden als de pandgever van het herpandrecht en is als zodanig partij bij de herpandakte.

Indien evenwel de hiervoor besproken meerderheidsopvatting in de literatuur¹²⁴¹ wordt gevolgd, dan zou moeten worden geconcludeerd dat herverpanding uitsluitend mogelijk in de vorm van een vuistpandrecht op roerende zaken en rechten aan toonder. Bij herverpanding vestigt per slot van rekening een niet-

¹²³⁶ Zie in gelijke zin ten aanzien van levering: Groefsema 1993, p. 39-40; en Bartels 2004, p. 62-63.

¹²³⁷ Deze bepaling met betrekking tot de vestiging van een vuistloos pand op roerende zaken en rechten aan toonder is – krachtens artikel 3:239 lid 2 BW – van overeenkomstige toepassing in geval van stille verpanding van vorderingen op naam.

¹²³⁸ Zie in gelijke zin ten aanzien van levering: paragraaf 8.3.1.1.

¹²³⁹ Art. 3:236 lid 1 BW

¹²⁴⁰ Art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW; art. 3:237 lid 1 BW en art. 3:239 lid 1 BW.

¹²⁴¹ Zie onder meer: Rank-Berenschot 1994, p. 843; Van Boom 1994, p. 865; Meijer 1999, p. 196-200; Aertsen 1997, p. 460 e.v.; Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 215; Peter 2007, p. 109-110 en p. 126; Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 251; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 299-302; en Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 442. Anders: Asser/Van de Grinten & Kortmann 2004, nr. 136; Bartels 2004, p. 61-63; en Groefsema 1993, p. 39-40.

rechthebbende in eigen naam een pandrecht op een goed van een ander. Volgens de meerderheidsopvatting zou een pandhouder/herpandgever niet rechtsgeldig in eigen naam kunnen voldoen aan de vereisten voor vestiging van een vuistloos (her)pandrecht op roerende zaken en rechten aan toonder, een (stil of openbaar) (her)pandrecht op vorderingen op naam en een (her)pandrecht op rechten aan order. Voor vestiging van een herpandrecht is in deze gevallen immers een pandakte vereist. Indien de opvatting van voornoemde auteurs wordt doorgetrokken naar de vestiging van een beperkt recht, zoals een herpandrecht, dan brengt dit mee dat een de pandhouder/herpandgever, die in eigen naam handelt, niet zou kunnen voldoen aan het vereiste van een "*daartoe opgemaakte akte*", omdat hij niet zelf rechthebbende ten aanzien van het pandobject is. Zoals hiervoor uiteengezet, lijkt deze opvatting mij minder juist. Deze opvatting is niet te verenigen met de praktijk en de in de literatuur breed gedragen opvatting dat herverpanding mogelijk is ten aanzien van alle typen voor verpanding vatbare goederen.¹²⁴²

8.3.2 Totstandkoming van het herpandrecht

Zoals hiervoor besproken, kan de rechthebbende door middel van een rechtshandeling aan een ander de bevoegdheid verlenen om in eigen naam over zijn goed te beschikken. Daarmee is aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid (art. 3:84 lid 1 BW) voldaan. Als beschikkingsbevoegde kan deze partij vervolgens in eigen naam voldoen aan de leverings- c.q. vestigingsvereisten. De vraag resteert hoe in dat geval de eigendomsovergang dan wel de totstandkoming van het pandrecht kan worden verklaard. Toegespitst op herverpanding, is de vraag hoe dit (door de pandhouder/herpandgever in eigen naam gevestigde) herpandrecht op het goed van de pandgever komt te rusten. Deze vragen staan in deze paragraaf centraal. Ik bespreek hierna allereerst de eigendomsovergang in geval van middellijke vervreemding. Vervolgens bespreek ik de totstandkoming van het pandrecht ingeval van middellijke verpanding en tot slot ga ik in op de totstandkoming van het herpandrecht bij herverpanding.

In dit verband moet worden opgemerkt dat middellijke vervreemding strikt moet worden onderscheiden van middellijke verkrijging. Over middellijke eigendomsverkrijging – i.e. verkrijging door een in eigen naam handelende tussenpersoon – is veel geschreven, met name over de wijze waarop de verkrijger (i.e. de principaal) de eigendom verkrijgt. In dit verband wordt – verkort weergegeven – onderscheid gemaakt tussen de directe leer en de doorleveringsleer. In het eerste geval (doorleveringsleer) verkrijgt de tussenpersoon het goed van de vervreemder, welk goed hij gelijktijdig – men spreekt hier van een ondeelbaar rechtsmoment – doorlevert aan de verkrijger. Het goed gaat daarbij via het vermogen van

¹²⁴² Zie onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 132; en tevens: Faber/Vermunt 2010, p. 176.

de tussenpersoon, hetgeen problematisch is indien de tussenpersoon in staat van faillissement is verklaard. In het tweede geval (directe leer) verkrijgt de verkrijger de eigendom rechtstreeks van de vervreemder, zonder dat het goed via het vermogen van de tussenpersoon gaat. In dit geval speelt geen faillissementsrisico. Het principe van rechtstreekse verkrijging is – zij het uitsluitend voor de verkrijging van roerende zaken, niet registergoederen¹²⁴³ – door de wetgever gecodificeerd in artikel 3:110 BW.¹²⁴⁴

Voor de vraag naar eigendomsovergang bij middellijke vervreemding en – in het verlengde daarvan – totstandkoming van een pandrecht bij middellijke verpanding, geeft de wet geen uitsluitel. Artikel 3:110 BW biedt voor onderbouwing van rechtstreekse eigendomsovergang bij middellijke vervreemding geen basis.¹²⁴⁵ In de literatuur is de volgende verklaring gegeven. Indien de rechthebbende aan een tussenpersoon de bevoegdheid heeft verleend om in eigen naam een goed van de rechthebbende te vervreemden, dan kan deze tussenpersoon – als beschikkingsbevoegde – het betreffende goed aan de verkrijger leveren. Als gevolg van deze levering vindt – naar wordt aangenomen – een eigendomsoverdracht plaats tussen de tussenpersoon (als vervreemder) en de verkrijger. Met deze overdracht wordt een rechtstreeks eigendomsovergang tussen de rechthebbende en de verkrijger geëffectueerd. Het gevolg is dat het betreffende goed van het vermogen van de rechthebbende (i.e. de principaal) overgaat in het vermogen van de verkrijger.¹²⁴⁶ Er is dus sprake van één levering en overdracht (namelijk: tussen de tussenpersoon en de verkrijger) en één overgang (namelijk: tussen de rechthebbende en de verkrijger).¹²⁴⁷

Een dergelijke rechtstreekse 'overgang van recht' valt ook aan te nemen bij middellijke vestiging van een beperkt recht, zoals een pandrecht. Indien de rechtheb-

¹²⁴³ HR 2 april 1976, *NJ* 1976, 450 (*Modehuis Nolly*), waarin de Hoge Raad oordeelde middellijke verkrijging van een onroerende zaak niet mogelijk was. Vergelijk: HR 23 september 1994, *NJ* 1996, 461 (*Kas-Associatie/Drying Corporation*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat artikel 3:110 BW geen rol speelt bij goederen die op een andere wijze dan door bezitsverschaffing worden geleverd.

¹²⁴⁴ Zie hierover uitgebreider: Asser/Van der Grinten & Kortmann 2006, nr. 128 e.v.; Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 162-163; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 303-306; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 437 e.v.; Meijer 1999, p. 177 e.v.; Bartels 2004, p. 54-57; en Peter 2007, par. 4.3.

¹²⁴⁵ Zie ook: Bartels 2004, p. 59-60. Artikel 3:110 BW wordt door verschillende auteurs echter aangehaald om de eigendomsovergang bij middellijke vervreemding – de spiegelbeeldige situatie van middellijke verkrijging – te verklaren. Zie onder meer: Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 442-443.

¹²⁴⁶ Ik merk op dat een groot aantal auteurs van mening is dat directe eigendomsovergang bij middellijke vervreemding uitsluitend mogelijk is bij roerende zaken, niet-registergoederen, en toondervorderingen. Zij achten het – zoals hiervoor besproken – niet mogelijk dat een middelmatig vertegenwoordiger voldoet aan de formaliteiten voor levering van goederen op naam.

¹²⁴⁷ Bartels 2004, p. 63 en 65; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 300; en Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 443.

bende aan een tussenpersoon de bevoegdheid heeft verleend om in eigen naam een aan hem toebehorend goed te verpanden, dan kan deze tussenpersoon – als beschikkingsbevoegde – een pandrecht op het betreffende goed ten gunste van de pandnemer vestigen. Aangezien de tussenpersoon in eigen naam handelt, is hij degene die het pandrecht vestigt; evenals bij vervreemding de in eigen naam handelende tussenpersoon de vervreemder is. Het rechtgevolg van de door hem bevoegdlijk verrichte verpanding, is evenwel dat een aan de rechthebbende toebehorende goed wordt bezwaard. Zoals in geval van vervreemding door een in eigen naam handelende, beschikkingsbevoegde tussenpersoon een rechtstreekse eigendomsovergang plaatsvindt tussen rechthebbende (als middellijk vertegenwoordigde) en de verkrijger, vindt in dit geval door een in eigen naam verrichte vestiging door de tussenpersoon een bezwaring plaats van een goed van de rechthebbende met een pandrecht. Deze bezwaring kan worden opgevat als een beperkte overdracht, namelijk een overdracht van het beperkte recht als gedeelte van het recht van de rechthebbende. Door verrichting van de vestigingshandeling(en) door de beschikkingsbevoegde tussenpersoon komt derhalve rechtstreeks een geldig pandrecht op het goed van de rechthebbende tot stand.

Toegepast op herverpanding brengt dit het volgende mee. Door de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder toe te kennen, verleent de pandgever (eigenaar/rechthebbende) de pandhouder de bevoegdheid om in eigen naam over het pandobject te beschikken; meer in het bijzonder: om in eigen naam op het pandobject een nieuw pandrecht (het herpandrecht) te vestigen. Bij de vestiging van het herpandrecht handelt de pandhouder/herpandgever in eigen naam, waardoor hij in het kader van de herverpanding als pandgever heeft te gelden. Het rechtgevolg van de door hem bevoegdlijk verrichte vestiging is dat het pandobject wordt bezwaard met het herpandrecht. Door verrichting van de vestigingshandeling(en) door de tot herverpanding bevoegde pandhouder/herpandgever komt derhalve rechtstreeks een geldig herpandrecht op het goed van de rechthebbende tot stand.

8.4 Het karakter van pandrecht als beperkt zekerheidsrecht

Uit de bespreking van de herverpanding onder artikel 3:242 BW en de praktische knelpunten die zich daarbij kunnen voordoen, kwam reeds naar voren dat een zekere spanning bestaat tussen herverpanding en het karakter van pandrecht als beperkt zekerheidsrecht. De herverpandingsbevoegdheid vormt immers geen versterking van de zekerheidspositie van de pandhouder ten opzichte van de schuldenaar/pandgever, maar geeft de pandhouder juist een zekere gebruiks- en beschikkingsvrijheid. Met uitoefening van deze bevoegdheid is een ander – en mogelijk zelfs een tegengesteld – belang gediend dan het zekerheidsbelang van de pandhouder. De vraag is hoe herverpanding zich verhoudt met het karakter van pandrecht als beperkt zekerheidsrecht.

8.4.1 Karakter van pand als zekerheidsrecht

Pandrecht heeft – evenals het recht van hypotheek – het karakter van een zekerheidsrecht. Het strekt ertoe een geldvordering bij voorrang boven andere schuldeisers op het pandobject te verhalen (art. 3:227 BW). Pandrecht vormt een van de belangrijkste uitzonderingen op het uitgangspunt van *paritas creditorum*. Zoals bekend, kan iedere schuldeiser zijn vordering op het gehele vermogen van zijn schuldenaar verhalen (art. 3:276 BW), maar daarbij komt hem in beginsel een verhaalsrecht toe dat gelijkwaardig is aan dat van zijn medeschuldeisers (art. 3:277 lid 1 BW).¹²⁴⁸ Dit biedt echter niet in alle gevallen voldoende waarborg voor verhaal van de (gehele) vordering op de schuldenaar. Wil een schuldeiser zijn verhaalspositie versterken, dan kan hij een pandrecht bedingen. Pand is een bijzonder verhaalsrecht in de vorm van een beperkt recht¹²⁴⁹, aan welk verhaalsrecht voorrang is verbonden.¹²⁵⁰ De verhaalspositie van de pandhouder wordt niet alleen versterkt door de aan het pandrecht verbonden voorrang, maar ook door onder meer het aan de pandhouder toekomende recht van parate executie. Een pandhouder is bevoegd om, indien de schuldenaar in verzuim is met voldoening van de geseceureerde vordering, het verpande goed te verkopen¹²⁵¹ en zich op de opbrengst te verhalen, zonder eerst een executoriale titel te moeten halen en executoriaal beslag te moeten leggen (art. 3:248 lid 1 BW).¹²⁵² Een pandhouder kan dus snel en eenvoudig tot executie van het pandobject en verhaal van zijn vordering overgaan. Een andere belangrijke versterking van de verhaalspositie van een pandhouder is het feit dat hij in het faillissement van de schuldenaar/pandgever de positie van separatist inneemt.¹²⁵³ Dit houdt in dat de

¹²⁴⁸ Zie tevens: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2011, nr. 745; en Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 7 e.v.

¹²⁴⁹ Zoals bekend, brengt het karakter van pand als beperkt recht mee dat het absolute werking en zaaksgevolg (*droit de suite*) heeft. Het pandrecht kan tegen eenieder worden ingeroepen en volgt het goed waarop het is gevestigd. Dit brengt mee dat de pandhouder ondanks overdracht van het pandobject zich op het goed kan blijven verhalen middels parate executie.

¹²⁵⁰ Voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek en voorrecht en uit de andere in de wet aangegeven gronden (art. 3:278 lid 1 BW). Anders dan pand en hypotheek – die vrij kunnen worden gevestigd – ontstaan voorrechten alleen uit de wet (art. 3:278 lid 2 BW). Op grond van artikel 3:279 BW gaan pand en hypotheek boven voorrecht, tenzij de wet anders bepaald. De aan pand verbonden voorrang doet zich gelden ingeval naast de pandhouder ook anderen zich op de (executie)opbrengst willen verhalen, maar deze onvoldoende is om allen te voldoen. In dat geval heeft de pandhouder recht op voldoening van zijn vordering vóór de concurrente en lager gerangschikte schuldeisers. Zie tevens: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2011, nr. 745 en nr. 748; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 505.

¹²⁵¹ Bij pandrecht op vorderingen op naam zal de executie veelal plaatsvinden door inning van de verpande vordering.

¹²⁵² Zie voor hypotheek: art. 3:268 BW. Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2011, nr. 746; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 514.

¹²⁵³ Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2011, nr. 747; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 521.

pandhouder in geval van faillissement zijn recht kan uitoefenen alsof er geen faillissement is (art. 57 lid 1 Fw).¹²⁵⁴

Wanneer de rechten en bevoegdheden die de wet aan een pandhouder toekent – zoals het recht van parate executie, voorrang en de positie van separatist – worden overzien, moet worden vastgesteld dat deze alle dienstig zijn aan het zekerheidsbelang van de pandhouder. Bedoelde rechten en bevoegdheden zijn immers gericht op het handhaven van de zekerheidspositie van de pandhouder, het te gelde maken van het pandobject en/of het zich verhalen op de opbrengst.¹²⁵⁵ Gezien het karakter van pand als zekerheidsrecht heeft de pandhouder op grond van de wet uitsluitend die bevoegdheden, die noodzakelijk zijn voor (zekerheid van) verhaal van de gecureerde vordering.¹²⁵⁶ Verdergaande bevoegdheden komen de pandhouder niet toe. Hij heeft het pandobject immers slechts tot zekerheid onder zich. In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever opgemerkt dat in het algemeen de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen die de rechten en belangen van de pandgever "diepgaand treffen"¹²⁵⁷, bij de pandgever (eigenaar/rechthebbende) blijven. Want – zo vervolgt de wetgever – "Anders dan bijvoorbeeld bij het vruchtgebruik het geval is, (...) (is) de – immers niet tot genot gerechtigde en in beginsel evenmin beheer voerende – pandhouder alleen in het aan hem verpande geïnteresseerd, voor zover dit hem zijn vordering waarborgt. Slechts bevoegdheden die dit belang dienen (...) behoren hem mitsdien te worden toegekend."¹²⁵⁸

Een pandhouder is dan ook niet gerechtigd tot genot en gebruik van het hem in pand gegeven goed. In dit opzicht onderscheidt pandrecht zich van de beperkte

¹²⁵⁴ Een pandhouder kan – ondanks het faillissement – het pandobject executoriaal verkopen en zich met voorrang verhalen op de verkoopopbrengst. Andere crediteuren (niet zijnde pand- of hypotheekhouder) kunnen ingeval van faillissement alleen nog verhaal zoeken door hun vorderingen op de schuldenaar ter verificatie in te dienen. Alle gelegde beslagen komen namelijk door de faillietverklaring te vervallen (art. 33 Fw). Een praktisch verschil tussen een separatist en een gewone schuldeiser in faillissement is voorts dat de separatist niet hoeft te delen in de faillissementskosten.

¹²⁵⁵ Zie in dit verband onder meer: art. 3:248 lid 1 BW (parate executie), art. 57 Fw (separatisme), art. 3:227 lid 1 jo. art. 3:278 BW (voorrang), art. 3:237 lid 3 BW (afgifte pandobject), art. 3:239 lid 3 BW (mededeling van verpanding vordering); en art. 3:246 lid 1 en 2 BW (inningbevoegdheid van verpande vordering).

¹²⁵⁶ Zie tevens: Biemans 2011, nr. 46.

¹²⁵⁷ De opmerking wordt gemaakt naar aanleiding van een vraag over het opnemen van een aanvulling in artikel 3:246 BW dat de pandhouder niet bevoegd is tot het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling e.d. ten aanzien van verpande vorderingen. De opmerking van de wetgever is evenzeer van belang voor pandrecht op andere verpandbare goederen, nu hierin de opvatting van de wetgever over het karakter van pand als zekerheidsrecht – en niet als gebruiks- of beheersrecht – tot uitdrukking wordt gebracht.

¹²⁵⁸ Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 773.

genotsrechten¹²⁵⁹ en het fzo-pandrecht.¹²⁶⁰ Een pandhouder is niet bevoegd het in pand verkregen goed te gebruiken, laat staan het te bezwaren of te vervreemden. Buiten executie, kan een pandhouder dus niet bevoegdelijk over het pandobject beschikken.¹²⁶¹

Dat een gebruiksrecht bij pand ontbreekt, ligt voor de hand wanneer wordt bedacht dat de pandhouder in een fiduciaire relatie tot opzichte van de pandgever en het in pand verkregen goed staat. Dit komt met name bij vuistpand naar voren. Het pandobject wordt aan de pandhouder 'toevertrouwd', met als enig doel als zekerheid te dienen voor voldoening van de pandschuld. Met dit fiduciaire karakter van pand is niet in overeenstemming dat de pandhouder het goed voor eigen doeleinden gebruikt. Tegen de achtergrond van dit fiduciaire karakter moet eveneens de verplichtingen van een (vuist)pandhouder worden begrepen om als een goed pandhouder over het pandobject zorg te dragen (art. 3:243 lid 1 BW)¹²⁶² en het bij het einde van het pandrecht aan de pandgever te retourneren (art. 3:256 BW). Schiet de pandhouder ernstig in zijn zorgplicht tekort, dan kan de rechtbank op vordering van de pandgever of een andere pandhouder bevelen dat de zaak aan een van hen wordt afgegeven of in gerechtelijke bewaring van een derde wordt gesteld (art. 3:257 BW).¹²⁶³ Het is de pandhouder bovendien verboden zich het pandobject toe te eigenen. Elk beding waarbij de pandhouder de bevoegdheid wordt gegeven zich het pandobject toe te eigenen, is nietig (art. 3:235 BW). Deze bepaling strekt ertoe te voorkomen dat de pandhouder ten koste van het vermogen van de schuldenaar – en daarmee ten koste van andere crediteuren van de schuldenaar – zou worden bevoordeeld in het geval de waarde

¹²⁵⁹ Bij beperkte genotsrechten (ook wel: beperkte gebruiksrechten) kan men denken aan: vruchtgebruik (art. 3:201 e.v. BW), erfdiensbaarheid (art. 5:70 e.v. BW), erfpacht (art. 5:85 e.v. BW), en opstal (art. 5:101 e.v. BW).

¹²⁶⁰ Zoals besproken in paragraaf 7.6.3, kan in het kader van een financiëlezekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht het recht van gebruik aan de fzo-pandhouder worden toegekend (art. 7:53 BW).

¹²⁶¹ Alleen in geval van executie is de pandhouder bevoegd het hem verpande goed te executoriaal te verkopen (i.e. te vervreemden) teneinde zich op de executieopbrengst te verhalen. In dat geval is een pandhouder dus slechts vervreemdingsbevoegd. Hij kan in dat geval het pandobject dus niet bezwaren met een beperkt recht.

¹²⁶² Hierbij zij opgemerkt dat de zorgplicht van de pandhouder in artikel 3:243 lid 1 BW zich uitstrekt over "*hij die uit hoofde van een pandrecht een zaak onder zich heeft*". Uit de bewoordingen volgt dat deze zorgplicht alleen betrekking heeft op een houder uit hoofde van een pandrecht, hetgeen zich alleen voordoet ingeval een roerende zaak of toonderstuk in vuistpand is gegeven door het in de macht van de pandhouder of van een derde te brengen of een aanvaankelijk vuistloos verpande zaak op grond van artikel 3:237 lid 3 BW alsnog in de macht van de pandhouder of een aangewezen derde wordt gebracht. Deze zorgplicht strekt zich dus zowel over een (vuist)pandhouder als over een door partijen aangewezen derde uit. Zie uitgebreider: Stein (*Vermogensrecht*), aant. 9.1 en 9.2. bij art. 3:243 BW. In dit verband moet – tot slot – worden opgemerkt dat de aard van het pandobject soms meebrengt dat het pandobject moet worden gebruikt om in stand te worden gehouden. Zie: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2011, nr. 747.

¹²⁶³ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2011, nr. 783; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 553.

van het pandobject de hoogte van de gecureerde vordering overtreft. Het strekt dan ook tot bescherming van de pandgever, die zich – bij het verstrekken van het pandrecht in het kader van kredietverlening – als kredietnemer veelal in een zwakkere positie ten opzichte van zijn kredietgever/pandhouder bevindt. Hierbij moet worden opgemerkt dat, indien de pandhouder eenmaal bevoegd is geworden om tot executie over te gaan, de pandgever zich ten opzichte van de pandhouder niet langer in een afhankelijke positie bevindt. In dat geval geldt het toe-eigeningsverbod niet langer.¹²⁶⁴ Zo kunnen pandhouder en pandgever op dat moment een afwijkende wijze van verkoop overeenkomen (art. 3:251 lid 2 BW). Ook kan de voorzieningenrechter in geval van executie op verzoek van pandhouder bepalen dat het pand voor een door de voorzieningenrechter vast te stellen bedrag aan de pandhouder als koper zal verblijven (art. 3:251 lid 1 BW).

8.4.2 Verhouding tussen herverpandingsbevoegdheid en het karakter van pandrecht als beperkt zekerheidsrecht

Het recht van pand is een zekerheidsrecht. Het vormt een versterking van de verhaalspositie van de pandhouder ten aanzien van de gecureerde vordering. Als zekerheidsgerechtigde is de pandhouder niet bevoegd het in pand verkregen goed te gebruiken of te vervreemden. De herverpandingsbevoegdheid lijkt zich niet direct met deze uitgangspunten te verhouden. Het geeft immers de pandhouder de bevoegdheid om in eigen naam een nieuw pandrecht op het pandobject te vestigen tot zekerheid van een eigen schuld.¹²⁶⁵ De vraag is derhalve hoe de herverpandingsbevoegdheid zich met het karakter van pand als beperkt zekerheidsrecht verhoudt.

In dit verband moet allereerst worden stilgestaan bij het inhoud van de herverpandingsbevoegdheid. Deze herverpandingsbevoegdheid betreft, zoals opgemerkt, de bevoegdheid van de pandhouder om – buiten executie – over het in pand verkregen goed te beschikken, te weten: om het pandobject te verpanden. De bevoegdheid maakt mogelijk dat de pandhouder een goed van een ander (i.e. het herpandobject) aanwendt als onderpand voor een eigen schuld. Hierin is dan ook het belang van herverpanding gelegen. Het stelt de pandhouder/herpandgever in staat krediet te verkrijgen tegen onderpand bestaande uit andermans goederen. Op deze wijze kan de pandhouder in zijn eigen kredietbehoefte voldoen.¹²⁶⁶ De pandhouder kan tegen onderpand in de vorm van een herpandrecht op het pandobject – het goed of de goederen van de pandgever – een krediet ver-

¹²⁶⁴ Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 519.

¹²⁶⁵ Voor de leesbaarheid ga ik in deze bespreking uit van een herpandrecht dat tot zekerheid van een eigen schuld van de pandhouder/herpandgever is gevestigd.

¹²⁶⁶ Ik verwijs in dit verband naar de historische ontwikkeling van herverpanding in hoofdstuk 2 en tevens de achtergrond van het gebruiksrecht bij financiëlezekerheidsvereenkomsten als besproken in paragraaf 7.6.3.4.

krijgen dat hij zonder dit onderpand niet zou kunnen verkrijgen.¹²⁶⁷ De herverpandingsbevoegdheid geeft de pandhouder dus een zeker gebruiksrecht en beschikkingsbevoegdheid. Dit is reeds op zichzelf genomen moeilijk te verenigen met opvatting van de wetgever dat een pandhouder slechts de bevoegdheden dienen te worden toegekend, die nodig zijn voor het zekerstellen van verhaal van zijn vordering.¹²⁶⁸

Hierbij komt nog dat de herverpandingsbevoegdheid geen uitbreiding of versterking vormt van de verhaals- en zekerheidspositie van een pandhouder ten opzichte van de schuldenaar/pandgever. De herverpandingsbevoegdheid is in het geheel niet gericht op (zekerheid van) verhaal van de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering. Het belang van herverpanding is uitsluitend erin gelegen dat de pandhouder de vrijheid krijgt om het in pand verkregen goed voor een eigen schuld in pand te geven. Met uitoefening van deze (beperkte) beschikkingsbevoegdheid is niet alleen een ander belang, maar zelfs een tegengesteld belang dan het zekerheidsbelang van de pandhouder gediend. Zoals hiervoor in paragraaf 4.3.1 besproken, vindt bij vestiging van een herpandrecht een rangwisseling plaats. Dit heeft tot gevolg dat pandhouder/herpandgever ten opzichte van de herpandhouder in rang terugtreedt. Door de wijziging van rang wordt de zekerheidspositie van de pandhouder/herpandgever minder sterk. Het zekerheidsbelang van de pandhouder – hetgeen als primaire functie van het pandrecht moet worden gezien – wordt aldus niet gediend en komt daardoor zelfs onder druk te staan. Zolang de (executie)waarde van het (her)pandobject voldoende is om zowel de herpandhouder als de pandhouder/herpandgever te voldoen, behoeft (de zekerheid van) verhaal door de pandhouder/herpandgever niet door vestiging van het herpandrecht in gevaar te komen. De vordering van de pandhouder tot zekerheid waarvan het oorspronkelijke pandrecht strekt, kan dan immers nog (geheel) worden voldaan. Is de (executie)waarde van het (her)pandobject daarentegen onvoldoende om – na voldoening van de (hoger gerangschikte) herpandhouder – ook de vordering van de pandhouder/herpandgever te voldoen, dan moet worden geconcludeerd dat herverpanding de zekerheidspositie van de pandhouder verslechtert. De door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering kan in dat geval niet, althans niet geheel, worden voldaan. In dit geval is herverpanding zelfs strijdig met de primaire functie van het oorspronkelijke pandrecht, namelijk zekerstellen van verhaal van de door het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering.

¹²⁶⁷ Een bank die van meerdere cliënten goederen in pand heeft verkregen (en daarbij de herverpandingsbevoegdheid heeft gekregen), kan om in zijn eigen kredietbehoefte te voldoen deze goederen een eigen krediet aangaan met deze goederen in onderpand. Op deze wijze kan de bank een zeer groot zekerhedenpakket aan zijn eigen kredietgever bieden.

¹²⁶⁸ Zie: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 773.

Door toekenning van de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder ver- vaagt de grens tussen pandrecht als zekerheidsrecht en de beperkte genotsrechten. De pandhouder krijgt daarmee immers een zeker gebruiksrecht toegekend, dat normaliter is voorbehouden aan de eigenaar/rechthebbende van het pandob- ject (i.e. de pandgever). Toekenning van een dergelijke 'eigenaarsbevoegdheid', die – zoals hiervoor besproken – niet dienstig is aan zijn zekerheidsbelang, ver- houdt zich niet met het karakter van pand als beperkt zekerheidsrecht.

Toekenning van de herverpandingsbevoegdheid verstoort bovendien het traditi- onele evenwicht in de rechtsverhouding tussen pandgever en pandhouder. Een pandgever en pandhouder staan in een fiduciaire relatie, waarin hun belangen in evenwicht zijn. Enerzijds heeft de pandhouder als kredietgever een sterk goede- renrechtelijk zekerheidsrecht, waaraan het recht van parate executie, voorrang en de positie van separatist in faillissement is verbonden. Anderzijds wordt de pandgever, die zich als kredietnemer in beginsel in een zwakkere positie bevindt, beschermd tegen misbruik door de pandhouder van deze sterke zekerheidsposi- tie. Zo is de pandhouder niet bevoegd – buiten executie – over het pandobject te beschikken. Hij mag zich het pandobject niet toe-eigenen¹²⁶⁹ en moet als een goed pandhouder zorg te dragen voor een pandobject dat hij onder zich heeft.¹²⁷⁰ Schiet de pandhouder in die zorgverplichting ernstig tekort, dan kan het pandob- ject op vordering van de pandgever aan hen worden afgegeven of in gerechtelijke bewaring worden gesteld.¹²⁷¹ Bovendien kan de pandgever het pandrecht op ieder moment doen teniet gaan door voldoening van de geseceerde vordering – waarmee het pandobject weer in de macht van de pandgever moet worden ge- bracht¹²⁷² – en waarborgen verschillende bepalingen maximalisatie van de execu- tieopbrengst.¹²⁷³

Het evenwicht in de verhouding tussen pandgever en pandhouder wordt ver- stoord indien aan de (in beginsel sterkere) pandhouder de bevoegdheid wordt toegekend het pandobject voor een eigen schuld te bezwaren. Met de vestiging van een herpandrecht stelt de pandhouder/herpandgever de (in beginsel zwak- kere) pandgever bloot aan extra risico's.¹²⁷⁴ In de eerste plaats wordt het goed van de pandgever verbonden voor nieuwe schulden. Dit betekent dat de pandge- ver het goed slechts onbezwaard in zijn macht kan herkrijgen, door niet alleen de zijn eigen schuld aan de pandhouder/herpandgever, maar ook de schuld van de pandhouder/herpandgever aan de herpandhouder te voldoen. Het voornaamste

¹²⁶⁹ Art. 3:235 BW.

¹²⁷⁰ Art. 3:243 lid 1 BW

¹²⁷¹ Art. 3:257 BW.

¹²⁷² Art. 3:256 BW.

¹²⁷³ Zie onder meer: art. 3:250-251 BW (executieverkoop) alsook art. 3:235 BW (verbod van toe-eigening).

¹²⁷⁴ Vergelijk ten aanzien van het gebruiksrecht bij fzo-pandrecht: Keijser 2006, p. 258-259.

risico van herverpanding voor de pandgever is evenwel dat het hem toebehorende goed wordt uitgewonnen voor een schuld van de pandhouder/herpandgever, waarbij het maar zeer de vraag of de pandgever effectief compensatie kan vinden voor zijn verlies van de eigendom van het pandobject. Dit geldt te meer indien wordt bedacht dat executie van het herpandrecht haar oorzaak vindt in het onvermogen van de pandhouder/herpandgever om de herpandschuld te voldoen.¹²⁷⁵ In wezen worden de rollen tussen pandgever/kredietnemer en pandhouder/kredietgever omgedraaid. De pandgever zal zich van de financiële goedheid van zijn pandhouder moeten vergewissen, alvorens hij hem de bevoegdheid verleent een hem toebehorend goed te herverpanden.

Men zou het executierisico dat de pandgever op de pandhouder/herpandgever loopt, aanvaardbaar kunnen achten onder verwijzing naar de figuur van derdenpand¹²⁷⁶ en/of door te stellen dat de pandgever dit risico aanvaardt door zélf de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder toe te kennen. De verstoring van het evenwicht tussen pandgever en pandhouder wordt daardoor mijns inziens echter niet gerechtvaardigd. Bij vestiging van een derdenpand staat de derdenpandgever immers niet in een afhankelijke positie ten opzichte van de pandhouder als kredietgever. Hij is namelijk niet de kredietnemer (oftewel: schuldenaar van de te zekeren vordering). De derdenpandgever behoeft in die zin in mindere mate te worden beschermd tegen de machtspositie van de pandhouder/kredietgever. Een pandgever staat tegenover de pandhouder, die als diens kredietgever wenst dat hem in het kader van zijn pandrecht ook de herverpandingsbevoegdheid wordt toegekend, wél in een ongelijke positie. Ook het argument van risicoaanvaarding door de pandgever overtuigt mij niet. Dit zou namelijk evenzeer kunnen worden gezegd van toekenning aan de pandhouder van een toe-eigeningsbevoegdheid, ware dit niet in de verbodsbepaling van artikel 3:235 BW gesanctioneerd. De wettelijke regeling van pand dient mijns inziens het evenwicht tussen pandgever en pandhouder te waarborgen, hetgeen soms meebrengt dat de (als kredietbehoevende in beginsel zwakkere) pandgever tegen de (als kredietgever in beginsel sterkere) pandhouder wordt beschermd – bijvoorbeeld door een verbodsbepaling als in artikel 3:235 BW. Men zou zich kunnen afvragen of een herverpandingsbeding, op gelijke wijze als een toe-eigeningsbeding – ter bescherming van de pandgever – in de wet zou moeten worden gesanctioneerd. De wetgever heeft daartoe, vanwege van behoefte in de bancaire praktijk en on-

¹²⁷⁵ In een faillissement van de pandhouder/herpandgever leveren de vergoedingsvorderingen slechts concurrente vorderingen op. Onder de voorwaarden van artikel 6:127 BW en – in faillissement – artikel 53 Fw, biedt verrekening met de oorspronkelijke pandschuld de pandgever hier mogelijk enig soelaas. Indien de waarde van het pandobject c.q. de herpandschuld (waarin de pandgever is gesubrogeerd ex. art. 6:150 sub (a) BW) de oorspronkelijke pandschuld overtreft, blijft de pandgever evenwel met schade achter. Zie: paragraaf 6.4.

¹²⁷⁶ Bij derdenpand loopt de derde wiens goed voor een ander is verbonden, immers ook het risico dat zijn goed voor de schuld van een ander wordt uitgewonnen.

danks rechtssystematische bezwaren, echter niet besloten. De wetgever heeft zelfs het formele vereiste van "een uitdrukkelijk beding", dat een waarborg zou vormen voor het al te gemakkelijk bedingen van de herverpandingsbevoegdheid ten koste van een pandgever, omwille van de praktijk verlaten. Indien men de herverpandingsbevoegdheid met het oog op een in de praktijk levende behoefte wenst te handhaven, zou men mijns inziens in de wettelijke regeling van herverpanding waarborgen voor de pandgever moeten opnemen opdat het evenwicht tussen partijen wordt hersteld. Ik kom op dit punt in het afsluitende hoofdstuk 9 terug.

Tot slot zou men zich kunnen afvragen of *uitoefening* van de herverpandingsbevoegdheid, dan wel het laten aankomen op executie door de herpandhouder, in strijd komt met een van de wettelijke verplichtingen van de pandhouder of zelfs met het toe-eigeningsverbod. Deze vragen zijn niet nieuw. Begin 20^e eeuw bestond in de rechtsliteratuur verschil van mening over de vraag of herbelening en herprolongatie van effecten mogelijk was met het oog op goed pandhouderschap en het toe-eigeningsverbod van art. 1200 Oud BW. Deze discussie naar oud recht kwam reeds in paragraaf 2.3.3 aan de orde. Deze vragen moeten ook naar huidig recht ontkennend worden beantwoord. Door een herpandrecht te vestigen, eigent de pandhouder/herpandgever zich niet het pandobject toe. Zoals besproken in paragraaf 8.2.3, moet de herverpandingsbevoegdheid worden opgevat als contractueel toegekende beschikkingsbevoegdheid. Toekenning van deze bevoegdheid aan de pandhouder heeft geen overgang van recht tussen pandgever en pandhouder tot gevolg: de tot herverpanding gemachtigde pandhouder wordt hierdoor niet eigenaar/rechthebbende. Uitoefening van deze herverpandingsbevoegdheid heeft evenmin een eigendomsovergang tot gevolg. Weliswaar heeft bevoegdelijke vestiging van een herpandrecht (door de pandhouder/herpandgever in eigen naam) tot gevolg dat het aan de pandgever toebehorende goed rechtstreeks met dit herpandrecht wordt bezwaard, maar dit betreft geen toe-eigening door de pandhouder/herpandgever.

Het vestigen van een herpandrecht levert op zichzelf genomen evenmin strijd op met de verplichtingen van de pandhouder. Er bestaat uiteraard een zekere spanning tussen herverpanding en de verplichting van de (vuist)pandhouder om over het pandobject zorg te dragen, het niet aan risico's bloot te stellen en het na afloop aan de pandgever in goede staat te retourneren. Aan herverpanding van het pandobject kleeft immers het inherente risico dat het pandobject voor de herpandschuld kan worden uitgewonnen. Het vestigen van het herpandrecht behoeft op zichzelf geen strijd met de zorgplicht van de pandhouder op te leveren.¹²⁷⁷ Op

¹²⁷⁷ Hierbij moet worden bedacht dat de pandgever zelf aan de pandhouder de herverpandingsbevoegdheid toekent. De zorgverplichting van de pandhouder strekt tot bescherming van de pandgever. Indien laatstgenoemde de pandhouder daarvan ten dele 'vrijtekent' door herver-

het moment dat de pandhouder/herpandgever de herpandschuld onbetaald laat en het daarmee op executie door de herpandhouder laat aankomen, ligt dit anders. Door executie van het pandobject verliest de pandgever immers de eigendom daarvan.¹²⁷⁸ Ook in dit geval is van toe-eigening door de pandhouder/herpandgever geen sprake, maar schiet de pandhouder/herpandgever wel jegens de pandgever tekort in onder meer zijn verplichting het pandobject na het eindigen van het pandrecht aan de pandhouder te retourneren. De pandhouder/herpandgever is in dit geval jegens de pandgever gehouden tot vergoeding van de schade die de pandgever dientengevolge lijdt, hetgeen in de regel neerkomt op vergoeding van de waarde van het verpande goed.¹²⁷⁹

Resumerend, merk ik op dat de herverpandingsbevoegdheid los moet worden gezien van het zekerheidskarakter van het oorspronkelijke pandrecht. Daarmee is herverpanding, zoals hiervoor uiteengezet, niet goed te verenigen. Herverpanding vindt haar oorsprong en grondslag niet in het zekerheidskarakter van het oorspronkelijke pandrecht, maar veeleer in de economische behoefte van kredietgevers om in hun eigen kredietbehoefte te voorzien.¹²⁸⁰ Herverpanding moet dan ook worden opgevat als een afzonderlijke gebruiks- en beschikkingsbevoegdheid die aan een pandhouder kan worden toegekend, weliswaar tegen de achtergrond van het oorspronkelijk pandrecht, maar daarmee niet noodzakelijk-kerwijs in overeenstemming.

8.5 Prioriteitsbeginsel

Bij herverpanding vestigt de tot herverpanding bevoegde pandhouder/herpandgever een nieuw pandrecht (het herpandrecht) op het aan de pandgever toebehorende pandobject. Dit herpandrecht komt naast het oorspronkelijke pandrecht op het pandobject te rusten. Tussen deze twee pandrechten treedt een bijzondere rangwisseling op. Naar algemeen wordt aangenomen neemt het herpandrecht de rang van het oorspronkelijke pandrecht in, met als gevolg dat het herpandrecht in

panding toe te staan, zal moeten worden aangenomen dat het vestigen van het herpandrecht niet in strijd komt met deze verplichting van de pandhouder om als een goed pandhouder over het pandobject zorg te dragen.

¹²⁷⁸ Zie paragraaf 6.4.

¹²⁷⁹ De (gevolgen van) executie door de herpandhouder kwam uitgebreid aan de orde in paragraaf 6.4, waarnaar ik in dit verband verwijs. Ook indien het oorspronkelijke pandrecht teniet gaat (bijvoorbeeld door voldoening van de pandschuld), is de pandhouder verplicht al hetgeen te doen dat zijnerzijds nodig is opdat de pandgever de hem toekomende feitelijke macht over het pandobject herkrijgt (art. 3:256 BW). Deze verplichting brengt mee dat de pandhouder/herpandgever gehouden is de herpandschuld te voldoen opdat het herpandrecht teniet gaat en het pandobject (vrij van herpandrecht) aan de pandgever kan worden geretourneerd. Doet de pandhouder/herpandgever dit – na eindigen van het oorspronkelijke pandrecht – niet, dan schiet hij evenzeer jegens de pandgever tekort. De pandgever kan hem in dat geval aansprakelijk houden voor alle schade die de pandgever dientengevolge lijdt.

¹²⁸⁰ Zie in dit verband: paragraaf 2.2.2.

rang boven dit oorspronkelijke pandrecht gaat.¹²⁸¹ Deze rangwisseling is bijzonder omdat het een uitzondering vormt op het prioriteitsbeginsel dat gewoonlijk de rangorde van pandrecht beheerst. De vraag is hoe de rangwisseling bij herverpanding zich tot het prioriteitsbeginsel en de andere in wet geregelde gevallen van rangwisseling bij pandrechten verhoudt.

8.5.1 Prioriteitsbeginsel en de rangorde van pandrechten

De rangorde van beperkte rechten, waaronder pandrechten, wordt beheerst door het prioriteitsbeginsel. Op grond van het adagium "*prior tempore, potior iure*"¹²⁸² geldt als uitgangspunt dat wanneer twee of meer beperkte rechten op een goed rusten, het oudste recht voorgaat. De rang die beperkt gerechtigden innemen, wordt ontleend aan het tijdstip waarop hun recht is ontstaan.¹²⁸³ Het prioriteitsbeginsel hangt samen met de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende. Wanneer op het goed een beperkt recht is gevestigd, is de rechthebbende ten aanzien van dit goed in zijn beschikkingsbevoegdheid beperkt. Hij kan slechts onder de last van dit beperkte recht over zijn recht beschikken. Vestigt de rechthebbende vervolgens een tweede beperkt recht op het goed, dan verkrijgt de tweede beperkt gerechtigde – behoudens toepasselijkheid van een derdenbeschermende bepaling – een beperkt recht op het reeds bezwaarde goed. Dientengevolge zal de tweede beperkt gerechtigde het bestaande beperkte recht op het goed tegen zich moeten laten gelden.

Het prioriteitsbeginsel beheerst aldus de rangorde van meerdere op één goed rustende pandrechten. Bij meervoudige verpanding brengt het prioriteitsbeginsel mee dat een ouder (i.e. eerder gevestigd) pandrecht hoger is gerangschikt dan een jonger (i.e. later gevestigd) pandrecht. De pandhouder ten gunste van wie op een goed een jonger pandrecht wordt gevestigd, moet de eerder op het goed gevestigde pandrechten eerbiedigen.¹²⁸⁴ Voor de onderlinge rangorde van de pandrechten is in beginsel hun respectieve ontstaansmoment bepalend. Pandrechten ontstaan – aangenomen dat aan overige geldigheidsvereisten is voldaan – op het moment dat vestigingshandeling wordt voltooid. In geval van vuistpand is dit het moment waarop het pandobject in de macht van de pandhouder of een overeengekomen derde wordt gebracht. In geval van vuistloze of stille verpanding is dit ofwel het moment waarop de authentieke akte is verleden, ofwel het moment waarop de onderhandse akte ter registratie is aangeboden.

¹²⁸¹ Zie: paragraaf 4.3.1.

¹²⁸² Oftewel "*ouder in tijd, sterker in recht*". Zie onder meer: C. 8,17,3.

¹²⁸³ Voor rechten op registergoederen tot uitdrukking gebracht in artikel 3:21 BW. Zie onder meer: Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 29; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2011, nr. 781; en Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 553.

¹²⁸⁴ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 128.

Bij een meervoudige vuistloze of stille verpanding zal de rangorde veelal kunnen worden opgemaakt uit de verklaring van de pandgever in de pandakte (art. 3:237 lid 2 en 3:239 lid 2 BW). De pandhouder moet in de latere pandakte namelijk verklaren welke beperkte rechten, waaronder pandrechten, reeds op het pandobject rusten. Ontbreekt deze opgaaf van bestaande pandrechten echter, dan zal de rangorde moeten worden vastgesteld aan de hand van de data dan wel tijdstippen van de verschillende pandaktes. Zijn de pandrechten bij notariële akte gevestigd, dan kan de rangorde van pandrechten worden vastgesteld aan de hand van de data van de verschillende pandakten of – indien op dezelfde dag gepasseerd – uit het (in de pandakte vermelde) tijdstip van ondertekening door de notaris.¹²⁸⁵ Zijn de verschillende pandrechten bij geregistreerde onderhandse akte gevestigd, dan zal hun onderlinge rangorde worden vastgesteld aan de hand van het tijdstip van aanbieding ter registratie. Met de registratie wordt immers voldaan aan het laatste vestigingsvereiste, waarmee de pandrechten tot stand komen.¹²⁸⁶ Bij registratie wordt evenwel alleen de datum en niet het tijdstip van registratie vastgelegd. Indien op één dag meerdere onderhandse pandakten worden geregistreerd, zal hun onderlinge rangorde veelal niet kunnen worden vastgesteld. In dat geval zal moeten worden aangenomen dat deze pandrechten gelijke rang nemen.¹²⁸⁷

Op de rangorde naar prioriteit wordt slechts in een enkel geval uitzondering gemaakt. Een dergelijk geval doet zich voor indien een vuistpandrecht¹²⁸⁸ wordt gevestigd op een roerende zaak of een order- of toondervordering waarop reeds een ouder pandrecht rustte dat de pandhouder echter niet kende of behoorde te kennen. De (jongere) pandhouder wordt in dat geval beschermd tegen de beperkte beschikkingsonbevoegdheid van zijn pandgever, als gevolg waarvan zijn later gevestigde pandrecht in rang boven het hem onbekende, oudere pandrecht gaat (art. 3:238 lid 2 BW). Artikel 3:238 lid 2 BW vormt een *specialis* van de algemene derdenbeschermende bepaling in artikel 3:86 BW.¹²⁸⁹ De vuistpandhouder wordt

¹²⁸⁵ Op grond van artikel 40 lid 2 aanhef en sub (c) Wet op notarisambt ("Wna"), moet een notariële akte de plaats en datum van het verlijden van de akte vermelden. Indien vermelding van het tijdstip van ondertekening van de akte door de notaris in verband met de inschrijving in de openbare registers of om een andere reden van belang kan zijn, dient op grond van artikel 40 lid 3 Wna ook dit tijdstip in de akte te worden vermeld.

¹²⁸⁶ Het moment van aanbieding van de onderhandse pandakte ter registratie heeft te gelden als het moment van registratie. Zie ook: HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (*Stichting Riviereland/Gispen q.q.*)

¹²⁸⁷ Dit is slechts anders indien de volgorde van vestiging (i.e. de volgorde van aanbieding van de betreffende pandaktes ter registratie) op een andere wijze kan worden vastgesteld. Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 128.

¹²⁸⁸ Een dergelijke bescherming strekt zich alleen uit tot een vuistpandhouder op een roerende zaak, order- of toondervordering. Een vuistloos pandhouder wordt niet beschermd.

¹²⁸⁹ Artikel 3:86 BW is van overeenkomstige toepassing op de vestiging van beperkte rechten (art. 3:98 BW). Indien een beperkt recht wordt gevestigd op een goed waarop reeds een beperkt recht rust, dan is sprake van beperkte beschikkingbevoegdheid. Hiertegen wordt de verkrijger van het (jongere) beperkt recht onder de in art. 3:86 lid 1 BW genoemde omstandigheden

beschermd tegen de (beperkte) beschikkingsonbevoegdheid van zijn pandgever.¹²⁹⁰ Deze bescherming gaat echter niet verder dan nodig is om het belang van de vuistpandhouder te beschermen: het oudere pandrecht vervalt niet, maar kan niet als ouder en daarmee hoger gerangschikt recht aan de vuistpandhouder worden tegengeworpen.¹²⁹¹ Er vindt in dit geval derhalve een rangwisseling plaats: in afwijking van het prioriteitsbeginsel gaat het jongere pandrecht boven het oudere pandrecht. Een andere uitzonderingssituatie treft men in artikel 3:229 BW. Op grond van het eerste lid van dit artikel brengt een pandrecht op een goed van rechtswege een pandrecht mee op alle vordering tot vergoeding die in de plaats van dit verbonden goed treden. Bij de hier bedoelde vergoedingsvorderingen kan men denken aan vorderingen die voortvloeien uit een verzekeringsovereenkomst of uit een onrechtmatige daad, of vorderingen ter zake van waardevermindering van een goed. Artikel 3:229 lid 1 BW is een toepassing van substitutie. Indien een vergoedingsvordering in de plaats treedt van het oorspronkelijk verbonden goed, dan komt van rechtswege een (stil) pandrecht op deze vergoedingsvordering tot stand. Op grond van het tweede lid van artikel 3:229 BW gaat dit pandrecht – in afwijking van de normale prioritaire rangorde van pandrechten – in rang boven ieder ander pandrecht dat op deze vordering is gevestigd. Het gaat dus ook in rang boven een reeds bij voorbaat op de vergoedingsvordering gevestigd pandrecht, ongeacht of de vestiging daarvan eerder heeft plaatsgevonden dan die van het oorspronkelijke pandrecht op het goed in de plaats waarvan de vergoedingsvordering is getreden.¹²⁹²

Tot slot moet worden opgemerkt dat bij pand – anders dan bij hypotheek (art. 3:262 lid 1 BW)¹²⁹³ – een wettelijke regeling ontbreekt om een van het prioriteitsbeginsel afwijkende rangorde te bewerkstelligen. In de literatuur is evenwel verdedigd dat desondanks ook ten aanzien van pandrechten een onderlinge rang-

beschermd, te weten: vestiging van een beperkt recht (i) op een roerende zaak of een toonder of orderrecht, (ii) anders dan om niet, waarbij (iii) de beperkt gerechtigde te goeder trouw is ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid.

¹²⁹⁰ De beschikkingsbevoegdheid van de pandgever is in dit geval erin gelegen dat de deze de roerende zaak, recht aan toonder of recht aan order niet onbezwaard mag verpanden. Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 128; en Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 322 e.v.

¹²⁹¹ Zie ook: Hijma/Olthof 2011, nr. 240.

¹²⁹² Zie uitgebreider: Stein (*Vermogensrecht*), aant. 6 e.v. bij art. 3:229 BW; Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 509; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 756; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 58 e.v.

¹²⁹³ Op grond van artikel 3:262 lid 1 BW kan bij notariële akte die in de openbare registers wordt ingeschreven, worden bepaald dat een hypotheek ten aanzien van een of meer hypotheeken op hetzelfde goed een hogere rang heeft dan haar volgens het tijdstip van haar inschrijving toekomt, mits uit de akte blijkt dat de andere hypotheekhouders daarin toestemmen. Zie uitgebreider: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 455; en Stein (*Vermogensrecht*), aant. 6 bij art. 3:262 BW.

regeling zou moeten kunnen worden bewerkstelligd.¹²⁹⁴ Voor een dergelijke rangregeling zou – naar analogie van artikel 3:262 lid 1 BW – in ieder geval de toestemming zijn vereist van alle pandhouders die door deze rangregeling een andere rang zouden toekomen dan zij op grond van het prioriteitsbeginsel bezitten. Die toestemming zal uitdrukkelijk moeten blijken, bijvoorbeeld uit vermelding in de pandakte of een schriftelijke verklaring van de betrokken pandhouder. Aan pandhouders die geen toestemming voor de rangwisseling hebben gegeven, zal de rangwisseling niet kunnen worden tegengeworpen.¹²⁹⁵ Zij behouden aldus hun rang en goederenrechtelijke positie die hen op grond van het prioriteitsbeginsel toekomt. Het is onzeker of een afwijkende rangregeling bij pandrechten onder het thans geldende recht zal worden aanvaard.¹²⁹⁶ Hoewel een rangregeling bij pand zou aansluiten bij de in de wet geregelde gevallen (i.e. art. 3:262 BW) en pand en hypotheek in de kern genomen eenzelfde soort recht zijn (zie: art. 3:227 BW), moet worden bedacht dat bij pand – anders dan bij hypotheek – de (maximum) hoogte van de gecureerde vordering niet op voorhand vaststaat¹²⁹⁷ en tevens publiciteit (en daarmee kenbaarheid van de afwijkende rangorde) ontbreekt. Daarmee is het bij pand op voorhand moeilijker om de exacte omvang en strekking van een reeds bestaand pandrecht te bepalen. Het is overigens ook zeer de vraag of – naar huidig recht – een dergelijke rangregeling bij pandrechten goederenrechtelijke werking heeft, in de zin dat het tot gevolg heeft dat de rang van de verschillende pandrecht ook goederenrechtelijk wijzigt en zij deze rang ook tegen eenieder kunnen inroepen. Mogelijk dat een dergelijke regeling slechts obligatoir effect heeft tussen de pandhouders die bij een onderlinge overeenkomst tot rangwijziging partij zijn. Een dergelijke verbintenisrechtelijke regeling heeft echter geen goederenrechtelijk effect, met als gevolg dat de regeling mogelijk niet bestand is tegen bijvoorbeeld het faillissement van een van partijen.

Indien een afwijkende rangregeling bij pandrechten naar model van artikel 3:262 BW niet wordt aanvaard, dient te gelden dat een rangwisseling bij pandrechten alleen mogelijk is doordat de eerste pandhouder afstand doet van zijn pandrecht en de pandgever na vestiging van het tweede pandrecht (dat als gevolg eerste in

¹²⁹⁴ Zie onder meer: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 781; en Faber/Vermunt 2010, p. 168-169; Vermunt 2002, p. 325-326; en Breken 2002, p. 373 (voetnoot 20).

¹²⁹⁵ Vergelijk: art. 3:262 lid 1 BW. Dit geldt evenzeer voor andere beperkt gerechtigden op het goed, zoals een vruchtgebruiker. Zie ook: Vermunt 2002, p. 325; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 781.

¹²⁹⁶ Zie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 455.

¹²⁹⁷ Bij hypotheekrechten moet het (maximum)bedrag van de vordering tot zekerheid waarvan het hypotheekrecht strekt in de akte worden vermeld. Zie: art. 3:260 lid 1 BW. Bij pandrecht behoeft het (maximum)bedrag niet in de pandakte te worden vermeld. Voldoende is dat de vordering tot zekerheid waarvan het pandrecht strekt, voldoende bepaalbaar is (art. 3:231 lid 2 BW).

rang wordt), een nieuw pandrecht vestigt ten behoeve van de oorspronkelijke eerste pandhouder.¹²⁹⁸

8.5.2 Rangwisseling bij herverpanding

Algemeen wordt aangenomen dat bij herverpanding een rangwisseling plaatsvindt tussen het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever en het herpandrecht van de herpandhouder. Deze rangwisseling kwam reeds uitgebreid aan de orde in paragraaf 4.3.1. Zoals aldaar besproken, is de rangwisseling bij herverpanding niet wettelijke geregeld. Zij wordt afgeleid uit de opmerking van de wetgever in de parlementaire toelichting dat een herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever komt, "*omdat hij (de pandhouder/herpandgever) door vestiging geacht kan worden jegens de herpandnemer afstand van zijn rang te hebben gedaan*".¹²⁹⁹ In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de rangwisseling in het karakter van herverpanding besloten ligt.¹³⁰⁰ De inpassing van deze rangwisseling in het systeem van het goederenrecht is echter niet eenvoudig. De rangwisseling staat immers op gespannen voet met het prioriteitsbeginsel. Dit geldt in de onderlinge verhouding tussen pandhouder/herpandgever – het (jongere) herpandrecht gaat in rang voor het (oudere) oorspronkelijke pandrecht – maar *a fortiori* in de verhouding met andere beperkt gerechtigden op het (her)pandobject, zoals andere pandhouders. Ik licht beide verhoudingen hierna toe.

In de onderlinge verhouding tussen herpandgever en herpandhouder ligt een rangwisseling voor de hand, althans zij is te verklaren vanuit het oogpunt van het belang van de herpandhouder. In de regel is de herpandhouder kredietgever van de pandhouder/herpandgever. Het herpandrecht wordt gevestigd tot zekerheid van de schuld die de pandhouder/herpandgever aan de herpandhouder heeft. Vanuit dit oogpunt zal geen herpandhouder genoeg nemen met een herpandrecht dat lager is gerangschikt dan het pandrecht van zijn schuldenaar (i.e. de herpandgever) dat op datzelfde goed rust. Was dit wel het geval, dan zou de herpandhouder zijn schuldenaar (i.e. de pandhouder/herpandgever) als hoger gerangschikt pandhouder voor zich zou moeten dulden zowel in de uitoefening van (executie)bevoegdheden¹³⁰¹ als bij verdeling van een executieopbrengst of een

¹²⁹⁸ Faber/Vermunt 2010, p. 168; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 133 en 455.

¹²⁹⁹ Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1970/71, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 767.

¹³⁰⁰ Zie onder meer: Faber 1998, p. 686; en Faber/Vermunt 2010, p. 175; en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 783.

¹³⁰¹ Zie onder meer: art. 3:237 lid 3 (afgifte vuistloos pand), art. 3:246 lid 3 (inningbevoegdheid vordering) en art. 3:248 lid 3 (executoriale verkoop met handhaving van hoger gerangschikte pandrechten).

geïnde vordering.¹³⁰² Zonder rangwisseling zou het herpandrecht als zekerheidsrecht een beperkte betekenis hebben.¹³⁰³ Een herpandrecht dat *niet* in rang boven het oorspronkelijke pandrecht gaat, heeft slechts betekenis indien het pandobject een grote overwaarde heeft, oftewel: indien de waarde van het pandobject de hoogte van de oorspronkelijke pandrecht overtreft. In dat geval biedt het pandobject een basis en zekerheid voor verhaal door de herpandhouder. Bij verdeling van een executieopbrengst zou na voldoening van de vordering van de (in dat geval hoger gerangschikte) pandhouder voldoende overschot resteren, waaruit de herpandhouder zou kunnen worden voldaan.

Voormeld belang van de herpandgever vormt op zichzelf echter onvoldoende verklaring om een rangwisseling met goederenrechtelijk effect aan te nemen. De rangwisseling kan niet worden verklaard met een analoge toepassing van artikel 3:238 lid 2 BW. Nog afgezien van het feit dat deze bescherming zich slechts uitstrekt over vuistpand, kan een herpandhouder niet worden geacht onbekend te zijn met het (oudere) oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever. Bij herverpanding is de herpandhouder zich per definitie bewust van het feit dat aan de vestiging van zijn herpandrecht een voorafgaand oorspronkelijk pandrecht ten grondslag ligt. Een herpandhouder kan dus nooit te goeder trouw zijn ten aanzien van het bestaan van het eerdere, oorspronkelijke pandrecht. Ook vanuit oogpunt van beschikkingsbevoegdheid is de rangwisseling niet te verklaren. Het blijft immers wat wonderlijk dat een pandhouder/herpandgever, wiens herverpandingsbevoegdheid is afgeleid van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever, iets zou kunnen wat de pandgever (eigenaar/rechthebbende) zelf niet kan, namelijk: een nieuw pandrecht op het reeds bezwaarde goed vestigen dat in rang boven het oorspronkelijke pandrecht gaat. Indien het pandrecht van de herpandhouder niet door de pandhouder/herpandgever, maar door de pandgever zelf zou worden gevestigd, dan zou dit pandrecht een 'gewoon' tweede pandrecht betreffen. Het zou op grond van het prioriteitsbeginsel in rang na het oorspronkelijke, eerste pandrecht komen. De pandgever kan immers slechts onder last van het eerdere pandrecht over het pandobject beschikken; zijn beschikkingsbevoegdheid is in die zin beperkt.¹³⁰⁴ Nu kan de pandgever – in plaats van het pandrecht zelf te vestigen – de bevoegdheid hiertoe toekennen aan een ander. Die ander – de gemachtigde – kan vanzelfsprekend ook slechts over het betreffende goed beschikken onder dezelfde beperkingen en lasten als de pandgever dat zelf kan. Indien reeds een pandrecht op het goed rust, dan kan de gemachtigde – evenals de pandgever zelf – slechts onder last van dat pandrecht over het goed beschikken. Een door de gemachtigde gevestigd pandrecht zal om die reden – in beginsel – in rang na het eerdere pandrecht komen. Indien de pandgever (eige-

¹³⁰² Zie: art. 3:253 BW respectievelijk art. 3:255 BW.

¹³⁰³ Vergelijk: Van Hees 2001, p. 229-230.

¹³⁰⁴ Zie: paragraaf 8.2.1.

naar/rechthebbende) de bevoegdheid tot het vestigen van een pandrecht niet aan een willekeurige derde, maar aan de houder van het bestaande pandrecht toekent, zou kunnen worden betoogd dat deze pandhouder over het goed kan beschikken zonder de last van zijn eigen pandrecht.¹³⁰⁵ Hoe de uitoefening van een dergelijke, samengestelde bevoegdheid moet worden geplaatst, is echter niet gemakkelijk te verklaren. In de onderlinge verhouding tussen herpandgever en herpandhouder¹³⁰⁶ kan de rangwisseling mogelijk worden verklaard vanuit oogpunt dat de pandhouder/herpandgever – door tot herverpanding over te gaan – geacht kan worden in te stemmen met een wijziging van zijn rang ten gunste van de herpandhouder.

Hoewel het naar huidig recht onzeker is of een rangorde van pandrechten in goederenrechtelijke zin kan worden gewijzigd op basis van instemming van de pandhouders¹³⁰⁷, zou bij herverpanding een vergelijking kunnen worden gemaakt met de rangregeling bij hypotheekrechten (art. 3:262 lid 1 BW). Voor het bewerkstelligen van een afwijkende rangorde van hypotheekrechten, is immers – naast het formele vereiste van een notariële akte en inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers – vereist dat de (andere) hypotheekhouder(s) toestemmen met een wijziging van hun rang. De vergelijking gaat echter niet volledig op. Bij herverpanding wordt de pandhouder/herpandgever *verondersteld* in te stemmen met wijziging van de rang van zijn pandrecht ten gunste van het herpandrecht. Men kan zich afvragen of een enkel veronderstelde toestemming van de pandhouder/herpandgever volstaat om zijn (oudere) oorspronkelijke pandrecht in goederenrechtelijke zin achter te stellen bij het (jongere) herpandrecht. Indien met Reehuis, Faber en Vermunt wordt aangenomen dat een afwijkende rangregeling ook bij pand mogelijk is, moet daarmee ook worden aangenomen dat voor wijziging van onderlinge rangorde van pandrechten de uitdrukkelijke, schriftelijke instemming van de betrokken pandhouders is vereist. Strikt genomen, brengt dit mee dat voor de rangwisseling bij herverpanding de expliciete toestemming van de pandhouder/herpandgever nodig zou zijn en/of dat de rangwisseling uitdrukkelijk tussen partijen zou zijn overeengekomen.¹³⁰⁸ Deze gedachte wordt in de literatuur echter niet gevolgd. De meeste auteurs gaan ervan uit dat de rangwisseling tussen herpandrecht en oorspronkelijk pandrecht in het karakter van herverpanding besloten ligt. Gezien het bijzondere karakter van herverpanding zou men kunnen aannemen dat voor de rangwisseling tussen het oorspronkelijke pandrecht en het herpandrecht de *impliciete* instemming van de pandhouder/herpandgever voldoende is.

¹³⁰⁵ Van vermenging van het pandrecht met het moederrecht (het recht van de eigenaar/rechthebbende), zoals in art. 3:81 lid 2 (d) BW, is hier evenwel geen sprake.

¹³⁰⁶ In verhouding tot derden ligt dit anders, zoals hierna zal worden besproken.

¹³⁰⁷ Zie: paragraaf 8.5.1.

¹³⁰⁸ Een dergelijke opvatting is door Fikkers verdedigd. Zie: Fikkers 1998, p. 304. Deze opvatting is bestreden door Faber (zie: Faber 1998, p. 686 e.v.) en heeft nadien geen navolging gehad.

In de externe verhouding ten opzichte van andere pandhouders is de rangwisseling moeilijker te plaatsen. Deze kwestie kwam reeds uitgebreid aan de orde in paragraaf 4.3. Zoals aldaar uiteengezet, heeft de rangwisseling bij herverpanding naar mijn mening slechts een beperkt goederenrechtelijk effect. Hiermee bedoel ik dat het herpandrecht weliswaar ook in goederenrechtelijke zin de positie van het oorspronkelijke pandrecht in de rangorde inneemt – de rangwisseling is niet zuiver obligatoir; de herpandhouder kan de aan de rang van het oorspronkelijke pandrecht toekomende (executie)bevoegdheden uitoefenen –, maar dat het herpandrecht niet onverkort aan andere pandhouders kan worden tegengeworpen. Indien meerdere pandrechten op het (her)pandobject rusten, dan neemt het herpandrecht de plaats van de oorspronkelijke pandrecht in de rangorde in, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering. Ook wat betreft de uitoefening van de aan het oorspronkelijke pandhouder/herpandgever toekomende executiebevoegdheden zal de herpandhouder daartoe slechts bevoegd zijn indien en voor zover het oorspronkelijke pandrecht nog bestaat.

De rangwisseling tussen het herpandrecht en het oorspronkelijke pandrecht laat mijns inziens de goederenrechtelijke positie van derden met betrekking tot het herpandobject onverlet. Voor afwijking van het prioriteitsbeginsel ten aanzien van derden bestaat namelijk geen rechtvaardiging.¹³⁰⁹ Anders dan de pandhouder/herpandgever, kunnen derden – zoals een tweede pandhouder – niet worden geacht te hebben ingestemd met een wijziging van hun rang. Voor wijziging van de rang van andere pandhouders is – evenals voor een rangwisseling tussen herpandrecht en oorspronkelijke pandrecht die volledig aan andere pandhouders kan worden tegengeworpen – vereist dat deze andere pandhouders daarmee uitdrukkelijk hebben ingestemd. Die instemming zal ook moeten blijken, ofwel uit vermelding in een ondertekende pandakte ofwel uit een schriftelijke verklaring van betrokken pandhouders. Ook in dit verband kan een vergelijking worden gemaakt met de rangregeling bij hypotheekrechten in de zin van artikel 3:262 BW.¹³¹⁰ In dat geval is de rechtvaardiging voor de afwijkende rangregeling gelegen in de instemming van andere hypotheekhouders met wijziging van hun rang. Heeft één van de hypotheekhouders niet ingestemd met de rangwijziging, dan heeft deze tegen hem geen werking. Dit brengt mee dat – ingeval van een rangwisseling tussen een eerste en derde hypotheekrecht, waarin de tweede hypotheekhouder niet toestemt – de (als gevolg van rangwisseling thans eerste) derde hypotheekhouder in executie slechts met voorrang boven de tweede hypotheek-

¹³⁰⁹ Zie uitgebreider: paragraaf 4.3.1.

¹³¹⁰ Een dogmatische inpassing van de rangwisseling bij herverpanding onder verwijzing naar art. 3:262 BW is door onder meer Breken verdedigd. Zie: Breken 2002, p. 373-374. De vergelijking van art. 3:262 BW met de situatie van herverpanding gaat, zoals hierna besproken, echter niet volledig op.

houder de rechten van de eerste hypotheekhouder kan uitoefenen zoals die op dat moment bestaan. Dit komt overeen met de door mij verdedigde strekking van de rangwisseling bij herverpanding, namelijk dat het herpandrecht de plaats van de oorspronkelijke pandrecht in de rangorde inneemt, doch – wat betreft de verdeling van de executieopbrengst – tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering. Alleen op die wijze wordt recht gedaan aan de positie die andere pandhouders krachtens het prioriteitsbeginsel toekomt.

8.6 Accessoriteitsbeginsel

Zoals besproken in paragraaf 4.2.3, wordt een herpandrecht gevestigd tot zekerheid van een eigen schuld van de pandhouder/herpandgever dan wel een schuld van een derde. Het herpandrecht vormt een zelfstandig pandrecht dat tot zekerheid van deze herpandschuld strekt. Algemeen wordt aangenomen dat het herpandrecht uitsluitend van deze vordering afhankelijk is.¹³¹¹ In deze paragraaf ga ik nader in op het afhankelijke karakter van het herpandrecht. Daarbij onderzoek ik onder meer in hoeverre het herpandrecht verbonden is aan het oorspronkelijke pandrecht en de daardoor gezeekerde vordering.

8.6.1 Accessoriteit van pandrechten in het algemeen

Een pandrecht is – zoals bekend – als verhaalsrecht onlosmakelijk verbonden aan de vordering ter voldoening waarvan het tot zekerheid strekt. Het is een afhankelijk ofwel accessoir recht in de zin van artikel 3:7 BW.¹³¹² Pandrecht is bovendien een nevenrecht in de zin van artikel 6:142 BW.¹³¹³

Een pandrecht is zodanig aan de geseceureerde vordering verbonden dat het niet zonder of los van deze vordering kan bestaan. Dit afhankelijke karakter wordt bij pand in die zin gerelativeerd, dat een pandrecht ook tot zekerheid van een toekomstige vordering kan worden gevestigd (art. 3:231 lid 1 BW) en een dergelijke pandrecht rang neemt naar het moment van vestiging. Voor vestiging van een pandrecht is slechts vereist dat vordering tot zekerheid waarvan het pandrecht

¹³¹¹ Zie: paragraaf 4.2.3 en de aldaar aangehaalde literatuur.

¹³¹² Het pandrecht als afhankelijk recht is verbonden aan de geseceureerde vordering, die kan worden aangeduid als het 'hoofdrecht'.

¹³¹³ Een nevenrecht is – anders dan een afhankelijk recht – steeds verbonden aan een vordering. Nevenrechten behoeven geen vermogensrechten te zijn. In artikel 6:142 BW geeft de wetgever een aantal voorbeelden van nevenrechten, zoals: pand en hypotheek, borgtocht, voorrechten, en de bevoegdheid om executoriale titels ten uitvoer te leggen. Zie: Sniijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 48.

wordt gevestigd, "voldoende bepaalbaar" is (art. 3:231 lid 2 BW).¹³¹⁴ Het accessoire karakter van pand heeft tot gevolg dat een pandrecht van rechtswege teniet gaat indien de gecureerde vorderingen wordt voldaan. Daarnaast volgt een pandrecht als afhankelijk recht de vordering waaraan het verbonden is (art. 3:82 BW).¹³¹⁵ Een pandrecht kan niet van de vordering worden losgekoppeld en als zelfstandig recht worden overgedragen. Het kan slechts op een ander overgaan door overgang van de vordering waarvan het afhankelijk is. Op grond van artikel 3:7 jo. artikel 3:82 BW gaat het pandrecht mee over bij cessie of subrogatie van de gecureerde vordering. Dit volgt tevens uit artikel 6:142 BW, waarin is bepaald dat bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser, deze tevens de bij de vordering behorende nevenrechten – zoals een pandrecht – verkrijgt.¹³¹⁶

8.6.2 Afhankelijkheid van het herpandrecht

Zoals opgemerkt, wordt een herpandrecht gevestigd tot zekerheid van een vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever of een derde (i.e. de herpandschuld). Het herpandrecht is als afhankelijke recht en nevenrecht aan deze vordering verbonden. Dit brengt mee dat het herpandrecht teniet gaat op het moment dat de herpandschuld wordt voldaan.¹³¹⁷ Het heeft voorts tot gevolg dat indien de vordering van de herpandhouder aan een ander wordt gecedeerd of bij wege van subrogatie op een ander overgaat, daarbij tevens het herpandrecht mee overgaat.

¹³¹⁴ Dit maakt voorts mogelijk dat een pandrecht wordt gevestigd tot zekerheid van al hetgeen de pandhouder uit hoofde van een bepaald krediet of bankrelatie van de pandgever te vorderen heeft (i.e. een bank- of kredietpandrecht). Daarbij vervaagt de relatie tussen het pandrecht en gezeekerde vordering, omdat het pandrecht in dat geval tot zekerheid strekt van een (fluctuerende) veelvoud van bestaande alsook toekomstige vorderingen. Zie over de problematiek rond accessoriteit bij bank- en kredietpandrecht: paragraaf 5.4.

¹³¹⁵ Tenietgaan en overgang van bank- en kredietpandrecht ligt wat gecompliceerder. Deze problematiek kwam reeds aan de orde in paragraaf 5.4. Kort weergegeven, hangt het tenietgaan en de (volledige) overgang van krediet- en bankpandrecht af van het (al dan niet) voortbestaan van de krediet- of bankrelatie waaruit mogelijk nog nieuwe (gecureerde) vorderingen kunnen ontstaan. Voor het tenietgaan van een krediet- of bankpandrecht is niet alleen vereist dat de op dat moment openstaande, gecureerde vordering wordt voldaan, maar ook dat de krediet- en bankrelatie wordt beëindigd. Ook voor een volledige overgang van een krediet- of bankpandrecht bij cessie van de gecureerde vordering, zal de krediet- en bankrelatie moeten worden beëindigd. Blijft de krediet- en bankrelatie voortbestaan, dan heeft dit hooguit een gedeeltelijke overgang van het bank- en kredietpandrecht tot gevolg. Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 5.4 en de aldaar aangehaalde literatuur.

¹³¹⁶ Zie uitgebreider: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 749 e.v.; en Snijders/Rank-Berenschot 2011, nr. 47.

¹³¹⁷ Zoals besproken in paragraaf 6.4, kan de herpandschuld niet alleen door de pandhouder/herpandgever worden voldaan, maar ook door ieder ander, waaronder de oorspronkelijk pandgever zelf.

Het herpandrecht is een zelfstandig pandrecht. Het strekt tot zekerheid van de vordering van de herpandhouder en is uitsluitend van die vordering afhankelijk. Het is niet afhankelijk van het oorspronkelijke pandrecht en/of de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering. Juist dit kenmerk van herverpanding heeft een aantal praktische moeilijkheden tot gevolg, die zich met name manifesteren in het geval de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering wordt voldaan en daarmee tevens het oorspronkelijke pandrecht tenietgaat. Op dat moment wordt de pandgever immers geconfronteerd met het feit dat het herpandrecht op zijn goed blijft rusten, ondanks dat hij zijn schuld aan de pandhouder/herpandgever heeft voldaan. Deze praktische moeilijkheden heb ik besproken in paragrafen 4.2.3 en 6.4.

Het feit dat het herpandrecht uitsluitend van de vordering van de herpandhouder afhankelijk is, heeft onder meer tot gevolg dat het bestaan van het herpandrecht niet wordt geraakt door een tussentijds einde van het oorspronkelijke pandrecht, bijvoorbeeld door voldoening van de oorspronkelijke pandschuld.¹³¹⁸ In dat geval blijft het herpandrecht op het pandobject rusten. In dit opzicht verschilt herverpanding van bijvoorbeeld verpanding van een door een pandrecht geseceerde vordering.¹³¹⁹ In dat geval heeft het tenietgaan van de geseceerde vordering waarop het pandrecht rust, tot gevolg dat het pandrecht tenietgaat. Dit is overigens niet het gevolg van accessoriteit van het pandrecht, maar van het karakter van pand als beperkt recht. Een beperkt recht gaat immers teniet indien het goed waarop het rust (het 'moederrecht') teniet gaat (art. 3:81 lid 2 (a) BW).

Hoewel het herpandrecht niet van rechtswege teniet gaat als gevolg van voldoening van de oorspronkelijke pandschuld en daarmee het tenietgaan van het oorspronkelijke pandrecht, is het herpandrecht toch in bepaalde opzichten aan het (voort)bestaan van het oorspronkelijke pandrecht verbonden. In de eerste plaats kan een herpandrecht uitsluitend worden gevestigd indien en zolang de tot herverpanding gemachtigde herpandgever zelf de hoedanigheid van pandhouder heeft. Wanneer het oorspronkelijke pandrecht tenietgaat, neemt ook de herverpandingsbevoegdheid – welke bevoegdheid nauw verbonden is aan de hoedanigheid van pandhouder – een einde. In dit opzicht is het herpandrecht voor de vestiging afhankelijk van het (bestaan van het) oorspronkelijke pandrecht.¹³²⁰ In de tweede plaats is de pandhouder/herpandgever indien het oorspronkelijke pandrecht eindigt door bijvoorbeeld voldoening van de oorspronkelijke pandschuld, gehouden al hetgeen te doen dat zijnerzijds nodig is om de pandgever weer de

¹³¹⁸ Indien het oorspronkelijke pandrecht teniet gaat doordat het pandobject teniet gaat, dan gaat daardoor vanzelfsprekend ook het herpandrecht teniet, nu het herpandrecht op datzelfde goed rust.

¹³¹⁹ Verpanding van een door pandrecht geseceerde vordering kwam aan de orde in paragraaf 7.4. Zie in dit verband tevens: Out 2005, p. 123.

¹³²⁰ Zie over vestiging van een herpandrecht bij voorbaat: paragraaf 4.2.4.3.

macht over het pandobject te verschaffen (art. 3:256 BW). Deze verplichting brengt mee dat de pandhouder/herpandgever het pandobject van het daarop rustende herpandrecht moet vrijmaken om dit onbezwaard aan de pandgever te retourneren.¹³²¹ Nu het herpandrecht in dit geval niet van rechtswege eindigt, maar door de pandhouder/herpandgever moet worden beëindigd, verdient het aanbeveling dat pandgever bij toekenning van de herverpandingsbevoegdheid hierover specifieke afspraken maakt met de pandhouder.¹³²²

Tot slot merk ik op dat het feit dat het herpandrecht niet afhankelijk is van de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering, tot een wat wonderlijke situatie kan leiden indien deze vordering aan een ander wordt gecedeerd of op een ander overgaat. Cessie of overgang van de vordering en het oorspronkelijke pandrecht heeft immers tot gevolg dat de hoedanigheden van pandhouder (van het oorspronkelijke pandrecht) en herpandgever (van het herpandrecht) niet langer aan dezelfde partij toekomen. Met de cessie of overgang van de geseceureerde vordering gaat immers ook het daaraan als afhankelijk recht en nevenrecht verbonden oorspronkelijk pandrecht mee over, terwijl een dergelijke cessie of overgang het herpandrecht niet raakt: dit blijft rusten op het (her)pandobject tot zekerheid van de vordering van de herpandhouder. Als gevolg van overgang van de geseceureerde vordering en het daaraan verbonden pandrecht wordt de cessionaris c.q. de partij op wie de vordering overgaat, pandhouder van het oorspronkelijke pandrecht. De cedent (voormalig pandhouder) blijft in het kader van de herverpanding echter de herpandgever.¹³²³ Deze hoedanigheid wordt immers niet – althans niet noodzakelijkerwijs – door deze partij overgenomen. De cessionaris van de door het oorspronkelijke pandrecht geseceureerde vordering wordt immers niet (mede)schuldenaar ter zake van de herpandschuld. Het gevolg van dit alles is dat het aan de pandgever (eigenaar/rechthebbende) toebehorende goed is bezwaard met twee pandrechten tussen verschillende partijen tot zekerheid van verschillende vorderingen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende casus:

Pandgever (A) vestigt een pandrecht ten gunste van pandhouder (B) tot zekerheid van de vordering (BA). In het kader van deze verpanding verleent (A) ondubbelzinnig de bevoegdheid tot herverpanding aan (B). Pandhouder/herpandgever (B) vestigt vervolgens een herpandrecht ten gunste van herpandhouder (C) tot zekerheid van de vordering (CB). Indien (B) zijn vordering (BA) cedeert aan cessionaris (D), verkrijgt (D) niet alleen de vordering (BA) maar ook het daaraan verbonden, oor-

¹³²¹ Zie: paragraaf 4.3.2 en 4.3.3.

¹³²² Zie: paragraaf 4.4. Dergelijke afspraken komen in de praktijk voor, zoals geïllustreerd met de in paragraaf 4.2.1.4 aangehaalde herverpandingsclausules.

¹³²³ Nu hij de hoedanigheid van pandhouder heeft verloren, kan hij echter niet langer een geldig herpandrecht vestigen. De herverpandingsbevoegdheid is immers nauw verbonden aan de hoedanigheid van pandhouder. Zie hiervoor en tevens paragraaf 4.2.1.

spronkelijke pandrecht van (B). Het oorspronkelijke pandrecht is immers van de vordering (BA) afhankelijk. Door overgang van de vordering en het oorspronkelijke pandrecht van (B) op (D), wordt het herpandrecht van (C) niet geraakt. Het herpandrecht is immers niet van de vordering (BA) afhankelijk. In dit geval rusten op het aan (A) toebehorende pandobject twee pandrechten voor schulden van verschillende partijen, namelijk: het oorspronkelijke pandrecht thans in handen van (D) tot zekerheid van de vordering (BA) én het herpandrecht van (C) tot zekerheid van de vordering (CB).

Dit compliceert de afwikkeling van het herpandrecht bij tussentijds eindigen van het oorspronkelijke pandrecht en tevens de mogelijkheden tot verrekening voor de pandgever aanmerkelijk.¹³²⁴ Het voorgaande toont eens te meer aan hoe moeilijk de figuur van herverpanding past in het gestructureerde goederenrechtelijke systeem, waarin vordering, goed en (daaraan verbonden respectievelijk daarop gevestigd) zekerheidsrecht normaliter onderling samenhangen.

¹³²⁴ Zie in dit verband: paragraaf 4.4 en 6.4.

9 SLOTBESCHOUWING

9.1 Inleiding

In dit hoofdstuk sluit ik mijn studie af met een drietal beschouwingen over de rechtsfiguur herverpanding. Daarbij grijp ik terug naar het centrale thema van dit onderzoek – "*de plaats van herverpanding in het goederenrechtelijk systeem*" – en de in paragraaf 1.2 geformuleerde deelvragen. Allereerst sta ik stil bij de ontwikkeling van de figuur herverpanding, die heeft geresulteerd in het huidige artikel 3:242 BW. Deze rechtsontwikkeling wordt gekenmerkt door een wisselwerking tussen de wensen van de praktijk enerzijds en de beperkingen van het wettelijke kader en de grenzen van het goederenrechtelijke systeem anderzijds. De wetgever is uiteindelijk tegemoet gekomen aan de behoefte van de praktijk aan een grotere gebruiksvrijheid van pandhouders ten aanzien van de door hen in pand verkregen goederen. De vraag kan worden gesteld of het belang van pandhouders om voor eigen rekening over het onderpand te kunnen beschikken door het zelf te kunnen verpanden, goederenrechtelijke zou moeten worden erkend. Daarnaast kan men zich afvragen of de wetgever zich bij het aannemen van een wettelijke regeling van herverpanding voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen die door de goederenrechtelijke regels waarop herverpanding een uitzondering vormt, worden beschermd. Deze vragen komen in paragraaf 9.2 aan de orde. In aansluiting daarop ga ik in paragraaf 9.3 in op de vraag of het achterliggende belang bij herverpanding op een eenvoudigere en beter in het goederenrechtelijke systeem passende wijze kan worden gediend. Daarbij bespreek ik zowel de vestiging van een derdenpandrecht als de verpanding van een (door een pandrecht) gecureerde vordering. Tot slot houd ik in paragraaf 9.4 de huidige regeling van herverpanding tegen het licht. Daarbij doe ik – tegen de achtergrond van de in deze studie geïdentificeerde knelpunten en goederenrechtelijke bezwaren – een aantal aanbevelingen voor aanpassing van de huidige regeling.

9.2 Wisselwerking tussen behoefte van de praktijk en goederenrechtelijke systematiek

In de praktijk bestaat behoefte aan een flexibel zekerhedenrecht. Dit heeft niet alleen betrekking op de vereisten voor vestiging van goederenrechtelijke zekerheidsrechten, maar bijvoorbeeld ook op de vervangbaarheid van het zekerheidsobject en de bevoegdheden van de zekerheidsgerechtigde tot gebruik van het zekerheidsobject. De behoefte aan flexibiliteit is van alle tijden. In de 19e eeuw

wilde men met zo min mogelijk formaliteiten een pandrecht kunnen vestigen.¹³²⁵ In de huidige tijd hebben banken belang bij eenvoudige, collectieve verpanding van vorderingenportefeuilles.¹³²⁶ Zoals kredietgevers in de 19e en begin 20e eeuw de door hen in pand verkregen effecten tussentijds wilden kunnen gebruiken, bestaat in de huidige financiële markten behoefte aan de mogelijkheid van tussentijds gebruik van in zekerheid ontvangen financiële activa.¹³²⁷

De wensen van de praktijk stuiten niet zelden op beperkingen in bestaande wettelijke regelingen en grenzen van het goederenrechtelijke systeem. Het goederenrecht biedt immers maar beperkt ruimte aan partijen om naar eigen behoefte vorm te geven aan de inhoud van in Boek 3 BW geregelde, goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Het goederenrecht kent een gesloten systeem. Dit houdt in dat geen andere beperkte rechten kunnen worden gevestigd dan die in de wet zijn erkend.¹³²⁸ Partijen kunnen door hen gecreëerde rechten en plichten niet 'verzakelijken', opdat deze als goederenrechtelijk recht tegen derden kunnen worden tegengeworpen. Ook zijn partijen beperkt in hun vrijheid om af te wijken van rechtsregels over de inhoud van goederenrechtelijke rechten¹³²⁹, aangezien deze rechtsregels overwegend van dwingendrechtelijke aard zijn. Deze kenmerken van het goederenrecht dragen eraan bij dat tussen de veranderende wensen van de maatschappij en het handelsverkeer en de begrenzingen van het goederenrecht een zekere spanning kan ontstaan. Het is juist deze spanning die de rechtsontwikkeling voortstuwt.

¹³²⁵ Zie: paragrafen 2.3.1 en 2.3.2.

¹³²⁶ Bij grote kredietgevers, zoals banken, is verpanding van vorderingen middels een verzamel-pandakte dagelijkse praktijk. In één allesomvattende pandakte (de "verzamel-pandakte") verpandt de bank namens alle kredietnemers/pandgevers die haar daartoe een volmacht hebben gegeven, aan zichzelf alle vorderingen van die kredietnemers/pandgevers op derden die voor verpanding in aanmerking komen. Met de registratie van deze verzamel-pandakte komt een stil pandrecht van de bank te rusten op alle op dat moment bestaande en relatief toekomstige vorderingen van de kredietnemers/pandgevers. De verzamel-pandakte vermeldt niet de namen van de verschillende pandgevers en bevat evenmin een specificatie van de vorderingen waarop het pandrecht wordt gevestigd. De geldigheid van de verzamel-pandakte-constructie is door de Hoge Raad aanvaard in het arrest HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 261 (*Dix q.q./ING Bank*). Zie hierover onder meer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 224; Stein (losbl.), aant. 24 bij artikel 3:239 BW; en Struycken 2010, p. 306 e.v..

¹³²⁷ De mogelijkheid voor tussentijds gebruik van een zekerheidsobject is aanzienlijk verruimd in het kader van financiëlezekerheidsovereenkomsten. Zoals besproken in paragraaf 7.6 heeft een zekerheidsgerechtigde bij financiëlezekerheidsovereenkomsten – ongeacht de vorm van zekerheidsverschaffing – een grote mate van flexibiliteit wat betreft het gebruik van de in zekerheid verkregen financiële activa. In geval van financiëlezekerheidsovereenkomsten tot vestiging van een pandrecht, heeft de Collateral Richtlijn een gebruiksrecht geïntroduceerd dat aan de fzo-pandhouder kan worden toegekend. Zie: art. 5 Collateral Richtlijn en art. 7:53 BW.

¹³²⁸ Zie art. 3:81 lid 1 BW.

¹³²⁹ Struycken 2007, p. 360.

De spanning tussen de behoeften van de praktijk en de begrenzingen van het goederenrecht ziet men duidelijk terug in de ontwikkeling van het pandrecht onder het Oud BW. Deze rechtsontwikkeling volgt een duidelijk patroon; steeds wanneer de wettelijke regeling van pand te streng werd bevonden en/of onvoldoende tegemoet kwam aan de op dat moment in de praktijk levende behoeften, zocht de praktijk naar (contractuele) uitwegen. In reactie op deze alternatieve zekerheidsstructuren paste de wetgever de wettelijke regeling van pand aan opdat de door de praktijk gewenste zekerheid weer onder de noemer van pandrecht werd gebracht. Zoals besproken in paragraaf 2.3.1 en 2.3.2, werden bijvoorbeeld in de 19e eeuw de vestigingsvereisten voor pandrecht onder het Oud BW (1838) in de praktijk als te restrictief ervaren. Voor vestiging van een pandrecht tot zekerheid van een schuld van meer dan f 100,- was een schriftelijke pandakte vereist, die weliswaar onderhands kon worden opgesteld, maar om tegen derden te kunnen worden ingeroepen, van een dagtekening moest worden voorzien. Dagtekening kon alleen worden verkregen door registratie, hetgeen verlies van tijd, kosten en – mogelijk zelfs – vertrouwelijkheid tot gevolg had. Om deze vestigingsvereisten te omzeilen, nam men een toevlucht tot constructies van verkoop met recht van wederinkoop. In reactie hierop versoepelde de wetgever in 1874 de vestigingsvereisten voor pandrecht. Niet langer was een schriftelijke pandakte vereist, maar kon worden volstaan met het in de macht van de pandhouder brengen van de verpande zaak. Enige tijd later ontstond in de praktijk de behoefte aan een pandrecht waarbij het pandobject in de macht van de pandgever kon blijven (i.e. een 'vuistloos' pandrecht), zodat het pandobject door de pandgever in zijn normale bedrijfsvoering kon worden gebruikt en – zo nodig – kon worden vervangen. Dit speelde met name bij verpanding van bedrijfsmiddelen en voorraden. Omdat het Oud BW een dergelijk vorm van pandrecht niet toestond – de wet kende uitsluitend vuistpand – kwam begin 20e eeuw de figuur van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid op.¹³³⁰ De in de praktijk gewenste vorm van zekerheid werd opnieuw gezocht in een alternatieve constructie: de betreffende goederen werden niet langer verpand, maar in eigendom aan de crediteur overgedragen tot zekerheid van betaling van de uitstaande geldsom.¹³³¹ Bij de invoering van het huidig BW kwam de wetgever uiteindelijk aan wensen van

¹³³⁰ Eenzelfde ontwikkeling vond plaats met betrekking tot stille verpanding van vorderingen. Onder het Oud BW was stille verpanding van vorderingen niet mogelijk. Op grond van artikel 1199 BW was mededeling aan de debiteur van de vordering een constitutief vereiste voor een pandrecht op vorderingen. Omdat ook hier de wettelijke regeling niet tegemoet kwam aan de wensen van de praktijk – het doen van mededeling van verpanding was praktisch bezwaarlijk en bovendien uit zakelijk oogpunt onwenselijk – nam men toevlucht tot fiduciaire verkoop en cessie van vorderingen (met het recht van terugkoop en retrocessie). Voor een bespreking van deze ontwikkeling, verwijs ik naar: Van Mierlo 1988, p. 176-177; alsmede Verdaas 2008, p. 35-39 en p. 48 e.v.

¹³³¹ De Hoge Raad bevestigde de rechtsgeldigheid van fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid in: HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, p. 616 (*Bierbrouwerij*) en HR 21 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1096 (*Hakkers/Van Tilburg*).

de praktijk tegemoet door in artikel 3:237 BW een regeling voor vuistloos pandrecht te introduceren.¹³³² De 'sluiproute' van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid werd gelijktijdig afgesloten met de invoering van het fiduciaverbod in artikel 3:84 lid 3 BW.

Eenzelfde spanning tussen de behoeften van de praktijk en de begrenzings van het goederenrecht ziet men terug in de ontwikkeling van herverpanding. Zoals besproken in hoofdstuk 2, ontstond in de effectenhandel en bancaire praktijk van de 19e eeuw bij kredietgevers de behoefte om de door hen in pand verkregen effecten tussentijds te kunnen 'gebruiken', bijvoorbeeld door deze in pand te kunnen geven voor eigen schulden. Kredietgevers, zoals banken en effectenhandelaren, verstrekten in die tijd veelvuldig krediet op basis van onderpand in de vorm van effecten, met als gevolg dat zij over grote effectenvoorraden beschikten. Zij hadden er een economisch belang bij deze voorraden, die grotendeels bestonden uit van hun cliënten in pand of bewaring verkregen stukken, te kunnen aanwenden als onderpand voor eigen schulden. Op deze wijze konden zij in hun eigen kredietbehoefte voorzien. De behoefte van kredietgevers aan tussentijds gebruik van onderpand botste echter met de grenzen die het goederenrecht aan de bevoegdheden van een pandhouder stelt. De wettelijke regels van pand stonden – en staan – gebruik van het pandobject door de pandhouder niet toe. Als beperkt zekerheidsgerechtigde was – en is – de pandhouder evenmin bevoegd om buiten executie over het pandobject te beschikken¹³³³ of het zich toe te eigenen. Desondanks werden in de praktijk op grote schaal verpande effecten herbeleend of geherprolongeerd. Naast voormeld economische belang van kredietgevers om eigen krediet te kunnen aantrekken, was de reden hiervoor gelegen in het feit dat de kredietgevers feitelijk vergaande beschikkingsmacht over de in pand verkregen effecten hadden. Op grond van standaardclausules in belenings- en prolongatiecontracten waren banken en effectenhandelaren niet verplicht bij aflossing exact dezelfde effecten aan hun cliënten te retourneren. Zolang zij bij aflossing maar een gelijk aantal stukken van gelijke nominatie aan hun cliënten retourneerden, waren de kredietgevers vrij om gedurende de looptijd van de leningen te doen met de in pand verkregen effecten wat zij wilden. Bovendien werd de bevoegdheid tot herbelening en herprolongatie – oftewel: de bevoegdheid tot herverpanding – vrijwel standaard in belenings- en prolongatiecontracten

¹³³² Tevens werd een regeling voor stil pandrecht op vorderingen op naam geïntroduceerd in artikel 3:239 BW.

¹³³³ Voor executoriala verkoop van het pandobject was aanvankelijk zelfs een uitdrukkelijke machtiging door de pandgever vereist. Het recht van parate executie, zoals wij dat thans kennen (art. 3:248 BW), bestond onder het Oud BW (1838) niet. Een pandhouder moest door de pandgever "*bij een uitdrukkelijk beding*" worden gemachtigd om bij niet-voldoening van de schuld tot executoriala verkoop van het pandobject over te gaan. Zie: art. 1201 Oud BW (1838), opgenomen in Bijlage I. Bij de wetwijziging van 1874 heeft de wetgever de pandhouder van rechtswege deze bevoegdheid toegekend in artikel 1201 Oud BW (1874).

ten bedongen.¹³³⁴ Evenals de 19^e-eeuwse constructie van verkoop met recht van wederinkoop en de 20^e-eeuwse figuur van eigendomsoverdracht tot zekerheid, voorzag de contractueel bedongen herverpandingsbevoegdheid in een praktische behoefte, namelijk: een vergaande gebruiksvrijheid van de pandhouder ten aanzien van het pandobject. Hoewel dit gebruiksrecht niet goed verenigbaar was met het karakter van pand als beperkt zekerheidsrecht en botste met een aantal uitgangspunten van het goederenrecht – waaronder het *nemo plus*-beginsel – is de wetgever uiteindelijk (en wederom) tegemoetgekomen aan de wensen van de praktijk – lees: de wensen van kredietgevers/pandhouders – door een regeling van herverpanding in artikel 6 Beurswet 1914 en vervolgens in artikel 3:242 BW op te nemen.

Dat de wetgever tegemoet komt aan (veranderende) wensen van de praktijk is op zichzelf goed te begrijpen. Het recht heeft immers een faciliterende rol: het moet ten behoeve van de maatschappij en het handelsverkeer een coherent, voorspelbaar rechtssysteem bieden. De behoeften van de rechtspraak vormen tevens een krachtig argument voor erkenning van de rechtsgeldigheid van een in dezelfde praktijk ontstane figuur. Dit betekent echter niet dat alle in de praktijk ontwikkelde figuren en constructies ook goederenrechtelijk zouden moeten worden erkend.¹³³⁵ In het gesloten systeem van het goederenrecht heeft de wetgever een belangrijke ordenende rol. Hij kan in de praktijk ontwikkelde constructies en figuren die in het maatschappelijke verkeer wenselijk en nuttig zijn, in de wet opnemen, zoals hij onwenselijke figuren kan verbieden. Bij de beoordeling of een nieuwe figuur tot het goederenrechtelijke systeem moet worden toegelaten of juist uitgesloten, dient de wetgever alle bij deze figuur betrokken belangen af te wegen. Dit geldt niet in de laatste plaats omdat een goederenrechtelijk erkende figuur absolute werking krijgt: de daaruit voortvloeiende rechten en plichten kunnen tegen eenieder worden ingeroepen. De wetgever dient zich dan ook rekenschap te geven van de belangen van eventuele derden die door de (gevolgen van) de betreffende figuur worden geraakt. Daarnaast moet worden bedacht dat achter de meeste goederenrechtelijke regels een belangenafweging schuilgaat. Zo strekken veel goederenrechtelijke regels tot bescherming van bepaalde belangen en/of bepaalde partijen. In geval van pandrecht wordt bijvoorbeeld de pandgever, die als geldnemer ten opzichte van de pandhouder als geldgever in beginsel een zwakkere positie inneemt, in verschillende opzichten beschermd tegen een al te sterke positie van de pandhouder, teneinde het onderlinge evenwicht tussen de pandgever en pandhouder te waarborgen.¹³³⁶

¹³³⁴ Zie paragraaf 2.3 en 2.4.

¹³³⁵ Struycken 2007, p. 774.

¹³³⁶ Hierbij kan worden gedacht aan het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW), de verklaringsverplichting van pandhouder (art. 3:241 BW) en de vereisten en formaliteiten voor executoriale verkoop, waaronder het lossingsrecht van de pandgever (art. 3:249 lid 2 BW)

Wanneer het aannemen van een nieuwe figuur afbreuk doet aan goederenrechtelijke regels die tot bescherming van een bepaald belang of een bepaalde partij strekken, dient de wetgever – indien hij meent dat het belang bij erkenning van de nieuwe figuur boven dit beschermde belang prevaleert – voldoende waarborgen in de wettelijke regeling op te nemen ter bescherming van het betreffende belang of de betreffende partij. Deze belangenafweging en belangenbescherming door de wetgever is noodzakelijk, omdat bij de ontwikkeling van figuren en constructies in de praktijk niet – althans niet op gelijke wijze – met alle betrokken belangen rekening wordt gehouden. In de praktijk bestaat immers een natuurlijke behoefte om – veelal om fiscale motieven – de grenzen van het geldende recht op te zoeken. Daarbij worden de belangen van betrokken partijen in de regel niet op eenzelfde wijze afgewogen zoals een rechter of wetgever dit zou doen.¹³³⁷ Dit laatste blijkt ook duidelijk uit de ontwikkeling van de figuur van herverpanding.

In 1914 heeft de wetgever – tegen de achtergrond van de beurscrisis ten tijde van het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog – gehoor gegeven aan een krachtige lobby van banken en effectenhandelaren om de bestaande praktijk van herbelening en herprolongatie van effecten wettelijk toe te staan. Hoewel herverpanding (met name voor de oorspronkelijke pandgever) niet zonder risico's was en in de rechtsgeleerde literatuur principiële bezwaren tegen deze handelspraktijk waren geuit, heeft de wetgever herverpanding van effecten in artikel 6 Beurswet 1914 toegestaan. De wetgever heeft daarbij niet uitgebreid stilgestaan bij de goederenrechtelijke bezwaren tegen deze figuur en de implicaties daarvan voor de positie van de oorspronkelijk pandgever. Het belang van kredietgevers/pandhouders bij een gebruiks- en beschikkingsvrijheid ten aanzien van de in pand verkregen goederen en het achterliggende belang van het vergroten van liquiditeit op de financiële markten teneinde de beurscrisis van 1914 te verhelpen, werden door de wetgever boven het (door het goederenrecht beschermde) belang van de pandgever als eigenaar/rechthebbende van de (her)verpande goederen gesteld. Dit kan ten dele worden verklaard door de uitzonderlijke omstandigheden waaronder de Beurswet 1914 tot stand is gekomen alsmede het feit dat artikel 6 Beurswet 1914 door de wetgever uitdrukkelijk als tijdelijke noodmaatregel was bedoeld.

Dat de wetgever bij aannemen van de regeling van herverpanding in artikel 3.9.2.4 van het Ontwerp Nieuw BW – thans: artikel 3:242 BW – zich eveneens maar beperkt rekenschap heeft gegeven van de achterliggende belangen en goederenrechtelijke bezwaren, is echter minder goed te verklaren. Bij het aannemen van de algemene herverpandingsregeling in het huidig BW borduurde de wetgever in feite voort op de regeling in artikel 6 Beurswet 1914, zonder deze als tijde-

¹³³⁷ Struycken 2007, p. 774.

lijke noodmaatregel bedoelde regeling in de juiste context te plaatsen. Dat de wetgever weinig oog heeft gehad voor de goederenrechtelijke inpassing van deze figuur en haar gevolgen is des te opmerkelijker, indien men bedenkt dat de regeling van herverpanding in artikel 3:242 BW niet langer beperkt is tot (in hoge mate verwisselbare) effecten, maar is uitgebreid tot alle voor verpanding vatbare goederen. Hierbij komt dat de wetgever het formele vereiste voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid – welk vereiste tot bescherming van de pandgever (eigenaar/rechthebbende) strekt tegen het al te gemakkelijk aannemen van de bevoegdheid van de pandhouder om buiten executie over het pandobject te beschikken – juist heeft afgezwakt. Door het formele vereiste voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid te wijzigen van "*uitdrukkelijk*" in "*ondubbelzinnig*" heeft de wetgever – om daarmee tegemoet te komen aan de wensen van kredietgevers/pandhouders – in feite verder afbreuk gedaan aan het belang van de pandgever (eigenaar/rechthebbende), welk belang goederenrechtelijk juist zou moeten gewaarborgd.

Naar mijn mening heeft de wetgever bij het aannemen van de regeling van de herverpanding onvoldoende gewicht toegekend aan de betrokken belangen van de pandgever en rechtssystematische bezwaren die tegenover het belang bij goederenrechtelijke erkenning van herverpanding stonden. De wetgever zou aan deze bezwaren tegemoet moeten komen en in de wettelijke regeling van artikel 3:242 BW voldoende waarborgen moeten opnemen om voormelde belangen te beschermen. Op dit punt kom ik in paragraaf 9.4 terug.

9.3 Achterliggend belang bij herverpanding en mogelijke alternatieven

Het achterliggende belang van kredietgevers/pandhouders bij herverpanding is – evenals het achterliggende belang bij tussentijds gebruik van in zekerheid verkregen financiële activa bij financiële zekerheidsovereenkomsten – gelegen in de economische behoefte van kredietgevers aan vereenvoudiging van het aantrekken van eigen krediet en daarmee – indirect – verbetering van de liquiditeit van de financiële markten. Het krediet dat de pandhouder/herpandgever aan de pandgever verstrekt – en tot zekerheid waarvan de pandgever het oorspronkelijk pandrecht vestigt – zal de pandhouder veelal financieren uit gelden die hij van anderen aantrekt. Deze achterliggende kredietgevers zullen op hun beurt zekerheid wensen voor het door hen te verstrekken krediet. Doordat een tot herverpanding gemachtigde pandhouder bevoegd is de hem in pand gegeven goederen (die aan de oorspronkelijke pandgever toebehoren) aan te wenden als onderpand voor een eigen schuld, kan hij gemakkelijker krediet aantrekken en zijn kredietgevers goederenrechtelijke zekerheid op deze goederen verschaffen. Aangenomen wordt dat op deze wijze – indirect – de liquiditeit op de financiële markten wordt gediend, omdat kredietgevers die op eenvoudigere en goedkopere wijze hun leningsactiviteiten kunnen financieren, ook zelf gemakkelijker en tegen lage-

re tarieven krediet zullen verstrekken. Men kan zich afvragen of het belang van kredietgevers/pandhouders om tot zekerheid van een eigen schuld goederenrechtelijke zekerheid te kunnen vestigen op in pand verkregen goederen van een ander, goederenrechtelijk zou moeten worden gefaciliteerd.

Aan de economische rationale van herverpanding alsmede het gebruiksrecht bij financiëlezekerheidsvereenkomsten tot vestiging van een pandrecht ("fzo-pand") valt op zichzelf weinig af te dingen. Zoals in de effectenhandel en bancaire praktijk van de 19e en begin 20e eeuw de behoefte bestond om in pand verkregen effecten te kunnen herbelenen of herprolongeren (oftewel: herverpanden), bestaat thans bij zekerheidsnemers in het kader van financiëlezekerheidsvereenkomsten de behoefte om in zekerheid verkregen financiële activa te kunnen aanwenden.¹³³⁸ Weliswaar is het praktische belang bij herverpanding van effecten met de invoering van het girale effectenbeheer sterk afgenomen, de relevantie van de juridische mogelijkheid om in pand verkregen goederen van een ander te kunnen aanwenden als onderpand voor een eigen schuld is niet afgenomen. Voor het aannemen van het gebruiksrecht bij fzo-pand is onder meer de economische 'noodzaak' tot gebruik van in zekerheid gegeven financiële activa als argument aangevoerd. Vanwege de relatieve schaarste van financiële activa zouden marktpartijen worden gedwongen optimaal gebruik te maken van alle financiële activa die tot hun beschikking staan, met inbegrip van de financiële activa die zij in zekerheid hebben ontvangen.¹³³⁹ Deze onderbouwing gaat mijns inziens slechts in beperkte mate op voor herverpanding onder de algemene regeling van artikel 3:242 BW. In geval van financiëlezekerheidsvereenkomsten gaat het immers steeds om in hoge mate verwisselbare financiële activa en worden de zekerheidsarrangementen afgesloten tussen op de financiële markt opererende professionele partijen.¹³⁴⁰ Dit behoeft bij herverpanding onder artikel 3:242 BW geenszins het geval te zijn. Artikel 3:242 BW kan namelijk evengoed betrekking hebben op een uniek familieportret dat door een consument aan een bank in pand wordt gegeven tot zekerheid van een persoonlijke lening.

Tegenover het (economische) belang van de kredietgever/pandhouder staat dat de herverpandingsbevoegdheid een aanzienlijke uitbreiding van de bevoegdheden van de pandhouder als beperkt zekerheidsgerechtigde inhoudt. Deze uitbreiding gaat ten koste van de rechtspositie van de pandgever en verhoudt zich niet in alle opzichten met een aantal grondbeginselen van het Nederlands goederenrecht, zoals het *nemo plus*-beginsel en het karakter van pand als beperkt zekerheidsrecht. Men kan erover twisten of het (economische) belang van kredietge-

¹³³⁸ Zie: paragraaf 2.3 en 7.6.

¹³³⁹ Zie: paragraaf 7.6.3.4. Zie tevens: Keijser 2006, hoofdstuk IV (*Right of use*), p. 175 e.v.

¹³⁴⁰ Zie over de reikwijdte van de regeling van financiëlezekerheidsvereenkomsten in titel 7.2 BW: paragraaf 7.6.2.1.

vers/pandhouders bij de ruime gebruiksvrijheid en beschikkingsmacht over het pandobject opweegt tegen de goederenrechtelijke bezwaren en het belangen van onder meer de pandgever (eigenaar/rechthebbende van het pandobject). De wetgever heeft evenwel besloten herverpanding toe te laten tot het goederenrechtelijke systeem met het opnemen van een herverpandingsregeling in artikel 3:242 BW. De bevoegdheid tot herverpanding past – evenals het gebruiksrecht bij fzo-pandrecht – in een bredere ontwikkeling naar een meer flexibel zakelijke zekerhedenrecht, waarbij economische behoeften van financiële marktpartijen voorrang krijgen boven rechtssystematische bezwaren en wettelijk verankerde waarborgen voor de pandgever.

Indien men van oordeel is dat het goederenrecht tegemoet moet komen aan het achterliggende belang bij herverpanding – i.e. de mogelijkheid van kredietgevers/pandhouders om tot zekerheid van een eigen schuld een zelfstandig goederenrechtelijk zekerheidsrecht te vestigen op in pand verkregen goederen –, dan zou dit belang ook op andere, eenvoudigere wijzen kunnen worden gediend. Zoals blijkt uit de in hoofdstuk 7 besproken vergelijking van herverpanding met andere rechtsfiguren, komen twee vormen van verpanding hiervoor in aanmerking.

In de eerste plaats kan een zelfstandig goederenrechtelijk zekerheidsrecht aan een achterliggende kredietgever van de pandhouder worden verschaft doordat de oorspronkelijke pandgever zélf een pandrecht vestigt op een hem toebehorende goed tot zekerheid van de vordering van de achterliggende kredietgever op de pandhouder. In dat geval is sprake van een derdenpand: de pandgever (eigenaar/rechthebbende) verbindt een hem toebehorend goed voor een schuld van een ander, i.e. de pandhouder. Indien dit derdenpand wordt gevestigd op hetzelfde goed als waarop het oorspronkelijke pandrecht is gevestigd, dan is tevens sprake van meervoudige verpanding. In dat geval zijn immers op een pandobject meerdere pandrechten gevestigd. Indien de pandhouder het opvolgende pandrecht wil kunnen vestigen zónder medewerking van de pandgever, dan zou hij een volmacht kunnen bedingen om dit pandrecht in naam van de pandgever te vestigen.¹³⁴¹ Hierbij dient evenwel te worden bedacht dat de vestiging van een tweede pandrecht door de pandgever (al dan niet vertegenwoordigd door de pandhouder op basis van een daartoe afgegeven volmacht) tot gevolg heeft dat dit pandrecht rang zal nemen ná het – eerder gevestigde en uit dien hoofde eerste – pandrecht van de pandhouder. De rangorde van pandrechten wordt immers beheerst door het prioriteitsbeginsel en het is onzeker of een pandgever – naar analogie van artikel 3:262 BW – een afwijkende rangorde van pandrechten kan

¹³⁴¹ Het vestigen van pandrechten op basis van een volmacht is niet ongebruikelijk. Banken bedingen regelmatig volmachten om in naam van hun pandgevers o.m. (toekomstige) vorderingen aan zichzelf te (kunnen) verpanden.

bewerkstelligen met de instemming van alle pandhouders.¹³⁴² Indien de achterliggende kredietgever een eersterangs pandrecht eist, vormt deze prioritaire rangorde mogelijk een probleem.¹³⁴³ In dit opzicht biedt herverpanding een uniek voordeel ten opzichte van meervoudige verpanding door de pandgever. Zoals besproken in paragraaf 4.3.1, vindt bij herverpanding immers – in afwijking van een zuiver prioritaire rangorde – een rangwisseling plaats tussen het herpandrecht en het oorspronkelijke pandrecht.

In de tweede plaats kan aan een achterliggende kredietgever zelfstandige, goederenrechtelijke zekerheid worden verschaft door verpanding van de vordering die door het oorspronkelijke pandrecht is gecureerd. In plaats van herverpanding van het aan de pandgever toebehorende pandobject, kan een pandhouder zijn eigen vordering op de pandgever (de gecureerde vordering) aan de achterliggende kredietgever verpanden. De achterliggende kredietgever krijgt daarmee een pandrecht op de gecureerde vordering. Indirect krijgt de achterliggende kredietgever ook zekerheid in de vorm van de goederen die de pandgever tot zekerheid van deze vordering aan de pandhouder heeft verpand. Wanneer een verpande vordering is gedekt door goederenrechtelijke zekerheidsrechten, profiteert de inningsbevoegde pandhouder immers van deze goederenrechtelijke zekerheidsrechten indien inning van de aan hem verpande vordering illusoir blijkt.¹³⁴⁴ De achterliggende kredietgever kan aldus op een met herverpanding vergelijkbare – zij het indirecte – wijze op deze goederen terugvallen. Aan het zekerheidsbelang van de achterliggende kredietgever wordt op deze wijze tegemoetgekomen. De complicaties bij herverpanding, die primair het gevolg zijn van het feit dat de pandhouder/herpandgever tot zekerheid van een eigen schuld een aan een ander toebehorend goed herverpand, doen zich bij verpanding van een gecureerde vordering niet voor. De pandhouder beschikt immers over de vordering die tot zijn vermogen behoort en ten aanzien waarvan hij volledig beschikkingsbevoegd is. Van een zogeheten machtiging (i.e. contractuele toekenning van beschikkingsbevoegdheid) is in dit geval geen sprake. Ook de problematiek rond de rangwisseling doet zich niet voor. Doordat de gecureerde vordering – en niet het met het oorspronkelijke pandrecht bezwaarde goed – wordt verpand, doet zich evenmin de situatie van meervoudig pandrecht op het oorspronkelijke pandobject voor. De achterliggende kredietgever krijgt immers een pandrecht op de (door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde) vordering en niet op het oorspronkelijke pandobject.

¹³⁴² Zie hierover: paragraaf 4.3.1.

¹³⁴³ De pandhouders kunnen weliswaar een contractuele regeling treffen voor de uitwinning van hun pandrechten en de onderlinge rangorde voor de verdeling van de executieopbrengst. Een dergelijke regeling heeft goederenrechtelijk echter geen betekenis, hetgeen zich in gevallen van faillissement laat gevoelen.

¹³⁴⁴ Zie uitgebreider: paragraaf 7.4.

Het achterliggende belang bij herverpanding kan aldus evengoed worden gediend door verpanding van de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering.¹³⁴⁵ Deze wijze van verpanding is niet alleen eenvoudiger, maar past ook beter in het goederenrechtelijk systeem.¹³⁴⁶

9.4 Aanbevelingen voor aanpassing van de wettelijke regeling van herverpanding in artikel 3:242 BW

Bij het aannemen van de regeling van herverpanding in artikel 3:242 BW heeft de wetgever, zoals hiervoor besproken, de goederenrechtelijke bezwaren tegen de figuur van herverpanding onvoldoende onderkend. Zoals blijkt uit de in hoofdstuk 6 besproken knelpunten en de in hoofdstuk 8 besproken verhouding ten opzichte van goederenrechtelijke beginselen, laat de figuur van herverpanding zich moeilijk inpassen in het goederenrechtelijke systeem. De wetgever heeft deze goederenrechtelijke bezwaren niet weggenomen met het aannemen van de huidige wettelijke regeling. Sterker nog: juist met het opnemen van een algemene herverpandingsregeling in afdeling 3.9.2 BW, waarmee deze regeling is gaan gelden voor alle verpandbare goederen, tekenen de moeilijkheden zich nog duidelijker af.¹³⁴⁷ Daarnaast heeft de wetgever onvoldoende oog gehad voor de belangen van de pandgever en eventuele derden met een goederenrechtelijke aanspraak op het (her)pandobject, welke belangen juist goederenrechtelijk behoren te worden beschermd.¹³⁴⁸ Om voormelde redenen zou de huidige regeling van herverpanding – zo men deze reeds wenst te handhaven in het licht van hetgeen in de voorgaande paragraaf is besproken – op vier punten moeten worden herzien, te weten: (i) aanscherping van de vereisten voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid, (ii) maximering van de door het herpandrecht te zekeren vordering, (iii) wettelijke verankering van de rangwisseling bij herverpanding en (iv) opneming van een verklaringplicht van de pandhouder/herpandgever omtrent het herpandrecht. Ik licht deze punten achtereenvolgens nader toe.

9.4.1 Aanscherping van de vereisten voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid

In de eerste plaats dient het vormvereiste voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid te worden aangescherpt. Het huidige criterium "*ondubbelzinnig*" is onduidelijk. De wetgever heeft met het opnemen van het ondubbelzinnig-

¹³⁴⁵ Zoals bleek uit de bespreking van de praktische toepassingen van herverpanding in hoofdstuk 5, kan verpanding van de gecureerde vordering in de meeste gevallen evengoed uitkomst bieden.

¹³⁴⁶ Zie in gelijke zin (vanuit rechtshistorisch perspectief): Zwalve 1994, p. 446.

¹³⁴⁷ Ik verwijs naar de in hoofdstukken 4 en 6 besproken complicaties rond vestiging en executie van het herpandrecht.

¹³⁴⁸ Zie: paragraaf 9.2.

heids criterium beoogd formalistische verweren tegen toekenning van de herverpandingsbevoegdheid af te snijden. Voor verlening van de herverpandingsbevoegdheid is niet vereist dat een beding met zoveel woorden van herverpanding spreekt. Voldoende is een beding waarvan niet twijfelachtig is dat het ertoe strekt herverpanding toe te staan.¹³⁴⁹ Een beding dat niet met zoveel woorden van herverpanding spreekt, maar wel ondubbelzinnig ertoe strekt de bevoegdheid daartoe aan de pandhouder toe te kennen, laat zich naar mijn mening echter moeilijk voorstellen.¹³⁵⁰ Een blik op in de praktijk voorkomende herverpandingsbedingen leert bovendien dat daarin zonder uitzondering woordelijk wordt gesproken van "*herverpanding*" of "*herverpanden*".¹³⁵¹ Praktische behoefte aan een herverpandingsbeding waarin niet met zoveel woorden van herverpanding wordt gesproken, lijkt dus niet te bestaan. Indien het betreffende goed wordt verpand door middel van een pandakte, wordt hierin dan wel in de hierop van toepassing zijnde algemene voorwaarden, een uitdrukkelijk beding opgenomen waarin de herverpandingsbevoegdheid aan de pandhouder wordt toegekend.¹³⁵² Het formele toekenningsvereiste in artikel 3:242 BW zou derhalve weer "*uitdrukkelijk*" moeten luiden.

Hierbij komt dat het huidige ondubbelzinnigheids criterium een onvoldoende waarborg vormt tegen het al te gemakkelijk aannemen van de herverpandingsbevoegdheid. Zoals opgemerkt, strekt het formele vereiste voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid tot bescherming van de pandgever als eigenaar/rechthebbende van het pandobject. Die bescherming is geboden omdat het verlenen van de herverpandingsbevoegdheid ziet op de toekenning van een (bepaalde) beschikkingsbevoegdheid over een aan de pandgever toebehorend goed. Het geeft de pandhouder de bevoegdheid om buiten executie over het pandobject te beschikken. Uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid kan voorts vergaande gevolgen hebben voor de pandgever, waaronder verlies van de goederenrechtelijke aanspraak op (kortweg: de eigendom van) het pandobject. Om deze redenen mogen mijns inziens aan toekenning van deze bevoegdheid strenge eisen worden gesteld. Met aanpassing van het toekenningscriterium in artikel 3:242 BW van "*ondubbelzinnig*" naar "*uitdrukkelijk*", zoals hiervoor verdedigd, wordt reeds een stap in die richting gezet.

¹³⁴⁹ Zie: Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II*, 1970/71, 3770, nr. 5, p. 261; en tevens paragraaf 3.4.

¹³⁵⁰ Zie uitgebreider: paragraaf 4.2.1.1.

¹³⁵¹ Zie voor in de praktijk voorkomende herverpandingsbedingen: paragraaf 4.2.1.4.

¹³⁵² De bevoegdheid tot herverpanding wordt in de praktijk aldus steeds schriftelijk en uitdrukkelijk toegekend. De door de wetgever geboden vrijheid om de herverpandingsbevoegdheid op een andere wijze te kunnen verlenen, zou hooguit betekenis kunnen hebben ingeval een pandrecht zonder pandakte wordt gevestigd; oftewel bij vestiging van een vuistpand op – kort gezegd – roerende zaken. Hoewel het op zichzelf genomen voorstelbaar is dat bij vestiging van een vuistpandrecht de herverpandingsbevoegdheid mondeling wordt toegekend, lijkt dat met het oog op de bewijsbaarheid van de herverpandingsbevoegdheid in de praktijk niet waarschijnlijk.

Een verdere aanscherping van de toekenningsvereiste ter bescherming van de pandgever, is evenwel geboden bij pandgevers die bij vestiging van het pandrecht niet in uitoefening van hun bedrijf of beroep handelen.¹³⁵³ Ten aanzien van deze niet-professionele pandgevers zou als vereiste moeten worden gesteld dat de herverpandingsbevoegdheid uitdrukkelijk *in de pandakte of in een ander, specifiek daartoe opgesteld stuk* moet worden bedongen. Zoals geïllustreerd in paragraaf 4.2.1.4, worden herverpandingsbedingen in de regel opgenomen in de algemene voorwaarden van banken. Men zou het uit praktische oogpunt onwenselijk kunnen achten banken te verplichten de bepaling voor toekenning van de herverpandingsbevoegdheid expliciet in de pandakte op te nemen. Hier kan echter het volgende tegenover worden gesteld. Een eventuele praktische bezwaar tegen een vormvoorschrift voor herverpandingsbedingen weegt niet op tegen het principiële belang bij bescherming van (met name niet-professionele) pandgevers tegen onvoldoende bewuste toekenning van een bevoegdheid aan de pandhouder. Toekenning van de herverpandingsbevoegdheid in een in de algemene voorwaarden opgenomen beding biedt daartoe onvoldoende waarborg. Bij die wijze van toekenning van de herverpandingsbevoegdheid wordt de pandgever immers onvoldoende bewust gemaakt van de aan herverpanding verbonden risico's. Bovendien laat het zich voorstellen dat banken vanuit hun bancaire zorgplicht reeds gehouden zijn consumenten te wijzen op de aan herverpanding verbonden risico's die en hen om uitdrukkelijk instemming te vragen voor uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid. In dit verband kan tevens worden gewezen op de notitie van de Autoriteit Financiële Markten ("AFM") over herverpanding.¹³⁵⁴ De AFM is van oordeel is dat het herverpanden door de kredietinstelling van rechten van de cliënt – gezien de daaraan voor de cliënt verbonden risico's – in beginsel niet in overeenstemming is met artikel 6:14 Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft ("Nrgfo"), waarin – verkort weergegeven – is bepaald dat een beleggingsonderneming met betrekking tot de financiële instrumenten en gelden van cliënten een zodanige regeling dient te treffen dat de rechten van cliënten voldoende zijn beschermd. In de ogen van de AFM is herverpanding alleen in overeenstemming met dit vereiste, indien de cliënt (pandgever) is gewezen op de risico's van herverpanding, de cliënt (pandgever) uitdrukkelijk – in een aparte (cliënten)overeenkomst – zijn toestemming voor herverpanding geeft, en de beleggingsonderneming (pandhouder/herpandgever) voldoende waarborgen heeft getroffen voor de bescherming van de cliënt. In artikel 3:242 BW zouden vergelijkbare waarborgen moeten worden opgenomen ter bescherming van niet-professionele pandgevers. Hiertoe zou aan de hoofdregel dat her-

¹³⁵³ Tussen professionele partijen geldt deze noodzaak in mindere mate, nu professionele partijen in staat moeten worden geacht zich een beeld te kunnen vormen van de strekking en eventuele gevolgen van herverpanding.

¹³⁵⁴ AFM Inzicht 14 maart 2007, p. 8-9 (beschikbaar via: www.afm.nl). Waarover tevens: Rank/Schim 2007, p. 222-223.

verpanding slechts mogelijk is op grond van een uitdrukkelijk verleende herverpandingsbevoegdheid, een bijzondere regeling moeten worden toegevoegd met de strekking dat ter zake van niet-professionele pandgevers de herverpandingsbevoegdheid uitdrukkelijk in de pandakte ofwel in een ander, specifiek daartoe opgesteld stuk moet worden overeengekomen.

9.4.2 Maximering van de door het herpandrecht te zekeren vordering

In de tweede plaats verdient aanbeveling dat de hoogte van de door het herpandrecht te secureren schuld wordt gemaximeerd tot de hoogte van de (op het moment van herverpanding) door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering. Een dergelijke maximering strekt tot bescherming van de pandgever tegen een te groot executierisico op de pandhouder/herpandgever.

Zoals besproken in paragrafen 4.2.3 en 6.4.2, loopt de pandgever het risico dat het hem toebehorende pandobject wordt uitgewonnen voor een schuld van de pandhouder/herpandgever. Dit risico is inherent aan iedere vorm van derdenpand. Indien het pandobject dreigt te worden uitgewonnen door de herpandhouder voor de schuld van de pandhouder/herpandgever, kan de pandgever het herpandrecht lossen door de herpandschuld aan de herpandhouder te voldoen. Als gevolg hiervan verkrijgt de pandgever uit hoofde van subrogatie de vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever, welke vordering hij vervolgens kan verrekenen met zijn eigen pandschuld aan de pandhouder/herpandgever. Indien de herpandschuld kleiner is dan of gelijk is aan de oorspronkelijke pandschuld is het risico voor de pandgever op deze wijze beperkt.

Indien executie door de herpandhouder niet kan worden voorkomen en het (her)pandobject door de herpandhouder wordt uitgewonnen, verliest de pandgever zijn goederenrechtelijke aanspraak op het pandobject. Voor dit verlies kan de pandgever evenwel op twee manieren compensatie zoeken. In de eerste plaats verkrijgt de pandgever als gevolg van de uitwinning van het hem toebehorende goed voor de schuld van de pandhouder/herpandgever een schadevergoedingsvordering op de pandhouder/herpandgever. In de tweede plaats verkrijgt de pandgever bij wege van subrogatie de vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever. Beide vorderingen kan de pandgever in beginsel verrekenen met zijn eigen pandschuld aan de pandhouder/herpandgever. Ook hier geldt dat indien de herpandschuld in hoogte is beperkt tot het bedrag van de door het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering, het executierisico dat de pandgever op de pandhouder/herpandgever loopt, beperkt is.

Gelet op het voorgaande zou ik menen dat als hoofdregel in artikel 3:242 BW moet worden vastgelegd dat een herpandrecht alleen kan worden gevestigd tot

zekerheid van een vordering die niet hoger mag zijn dan het bedrag van de oorspronkelijke pandschuld. Op deze wijze zijn de gevolgen van eventuele executie van het herpandrecht voor de pandgever beperkt. Aan partijen zou evenwel de mogelijkheid moeten worden geboden overeen te komen dat een herpandrecht voor een hogere herpandschuld kan worden gevestigd. Een dergelijke afwijkende herverpandingsbevoegdheid zal evenwel uitdrukkelijk tussen partijen moeten worden overeenkomen. De pandgever zal het grotere executierisico dat hij op de pandhouder/herpandgever loopt, bewust moeten aanvaarden.

In de praktijk zullen tegen het opnemen van een beperking van door het herpandrecht te zekeren vordering niet veel bezwaren bestaan. Zoals uit de in paragraaf 4.2.1.4 aangehaalde herverpandingsbedingen blijkt, wordt in de praktijk de herverpandingsbevoegdheid geregeld beperkt tot de hoogte van de door het oorspronkelijke pandrecht gecureerde vordering. Zo wordt de door het herpandrecht te zekeren schuld veelal gemaximeerd tot "*het door de Bank van de Cliënt (al dan niet opeisbaar) te vordering bedrag*". Tevens wordt de vestiging van het herpandrecht veelal onderworpen aan een vorm van proportionaliteit, in de zin dat de herverpanding niet verder mag gaan dan de bank op het moment van herverpanding redelijkerwijs nodig heeft als zekerheid voor hetgeen zij op dat moment van de cliënt te vorderen heeft.

9.4.3 Wettelijke verankering van de rangwisseling bij herverpanding

In de derde plaats dient de rangwisseling bij herverpanding en haar gevolgen in de wet te worden vastgelegd. De rangwisseling kwam uitgebreid aan de orde in paragraaf 4.3.1 en 6.7. Zoals aldaar besproken, is de rangwisseling bij herverpanding thans niet wettelijk geregeld. Zij wordt aangenomen op grond van een enkele opmerking van de wetgever in de parlementaire toelichting dat het herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever gaat, omdat de pandhouder door vestiging van het herpandrecht "*geacht kan worden jegens de herpandnemer afstand van zijn rang te hebben gedaan*".¹³⁵⁵ Deze opmerking, die overigens voor meer dan één uitleg vatbaar is, biedt naar mijn mening een onvoldoende duidelijke grondslag om een rangwisseling met goederenrechtelijk effect aan te nemen. Bovendien bestaat wegens het ontbreken van een wettelijke regeling van de rangwisseling onvoldoende helderheid over de strekking en gevolgen van de rangwisseling. Zoals besproken in paragraaf 4.3.1, moet mijns inziens worden aangenomen dat de rangwisseling bij herverpanding tot gevolg heeft dat het herpandrecht de plaats van het oorspronkelijke pandrecht inneemt, doch – wat betreft verdeling van de executieopbrengst in geval er meer pandrechten op het (her)pandobject rusten – tot maximaal het

¹³⁵⁵ Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1970/71, 3770, nr. 5, p. 261. Zie tevens: Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981, p. 767. Zie tevens: paragraaf 3.4 en 4.3.1.

bedrag van de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering. Voor afwijking van het prioriteitsbeginsel ten nadele van eventuele derden bestaat – anders dan ten aanzien van de pandhouder/herpandgever, die zelf tot herverpanding overgaat en daarmee geacht kan worden de gevolgen hiervan te accepteren – namelijk geen rechtvaardiging.

Het verdient aanbeveling dat de rangwisseling bij herverpanding en haar gevolgen in artikel 3:242 BW worden geregeld. Hiertoe dient in het artikel te worden bepaald dat een bevoegdelijk gevestigd herpandrecht in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever gaat. Ter verduidelijking van de strekking van deze rangwisseling dient voorts in artikel 3:242 BW te worden bepaald dat het herpandrecht, indien op het betreffende pandobject meerdere pandrechten rusten, de plaats van het oorspronkelijke pandrecht in de rangorde inneemt, doch wat betreft de verdeling van de executieopbrengst tot maximaal het beloop van de door het pandrecht van de herpandgever gezeekerde vordering. Op deze wijze krijgt de rangwisseling de thans ontbrekende wettelijke basis en wordt verduidelijkt dat deze rangwisseling geen afwijking van het prioriteitsbeginsel ten nadele van derden tot gevolg heeft.

9.4.4 Verklaring pandhouder omtrent het herpandrecht

In de vierde plaats zou in de regeling van herverpanding voor de pandhouder/herpandgever de verplichting moeten worden opgenomen om desverlangd de pandgever te informeren omtrent het op het pandobject gevestigde herpandrecht. Het is van belang voor de pandgever op de hoogte te zijn voor welke schulden, voor welk bedrag en aan wie het hem toebehorende goed is herverpand. Dit stelt hem immers in staat het herpandrecht te lossen ingeval van dreigende executie door de herpandhouder, om vervolgens de vordering van de herpandhouder die hij uit hoofde van subrogatie verkrijgt, te verrekenen met zijn eigen pandschuld aan de pandhouder/herpandgever. In lijn met het bepaalde in artikel 3:241 BW zou de pandhouder/herpandgever schriftelijk moeten verklaren over het door hem gevestigd herpandrecht, alsmede over van de aard en het bedrag van de vordering waarvoor het herverpand tot zekerheid strekt.

9.4.5 Concepttekst voor aanpassing van artikel 3:242 BW

Op basis van de hiervoor uiteengezette aanbevelingen, zou artikel 3:242 BW als volgt moeten luiden:

Artikel 3:242 BW:

1. *Een pandhouder is niet bevoegd het goed dat hij in pand heeft, te herverpanden, tenzij deze bevoegdheid hem uitdrukkelijk is verleend. Tenzij de pandgever handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, dient de bevoegdheid tot herverpanding in de pandakte dan wel in een specifiek daartoe opgesteld stuk aan de pandhouder te worden verleend.*
2. *Tenzij bij toekenning van de bevoegdheid tot herverpanding anders is bedongen, kan een herpandrecht niet worden gevestigd tot zekerheid van een vordering met een hoger beloop dan de vordering waarvoor het pandrecht van de herpandgever tot zekerheid strekt.*
3. *Een bevoegdelijk gevestigd herpandrecht gaat in rang boven het pandrecht van de herpandgever op het goed. Rust op een goed meer dan één pandrecht, dan neemt het herpandrecht in de rangorde de plaats van het pandrecht van de herpandgever in, doch wat betreft de verdeling van de executieopbrengst tot maximaal het beloop van de door het pandrecht van de herpandgever gezeekerde vordering.*
4. *De pandhouder is verplicht desgevorderd aan de pandgever een schriftelijke verklaring af te geven omtrent enig door hem gevestigd herpandrecht, alsmede van de aard en, voor zover mogelijk, het bedrag van de vordering waarvoor het herpandrecht tot zekerheid strekt.*

SAMENVATTING

Hoofdstuk 1: Inleiding

Herverpanding in de zin van artikel 3:242 BW houdt in dat een pandhouder het goed dat hij in pand heeft, op zijn beurt verpandt aan een derde. Daartoe is een pandhouder uitsluitend bevoegd indien hem de bevoegdheid tot herverpanding ondubbelzinnig is verleend. Herverpanding is een opmerkelijke rechtsfiguur in het huidige Burgerlijk Wetboek. Omtrent zowel de vereisten, kenmerken en rechtsgevolgen van herverpanding onder artikel 3:242 BW, als haar verhouding met goederenrechtelijke beginselen bestaat de nodige onduidelijkheid. In dit onderzoek staat de vraag naar de plaats van herverpanding in het goederenrechtelijke systeem centraal.

Hoofdstuk 2: Herverpanding onder het Oud Burgerlijk Wetboek

In hoofdstuk 2 is de historische ontwikkeling van de rechtsfiguur herverpanding onder het Oud BW uiteengezet. Herverpanding, zoals thans geregeld in artikel 3:242 BW, komt voort uit de effectenhandel en bancaire praktijk van de 19^e eeuw. Banken en commissionairs in effecten verleenden hun cliënten regelmatig krediet tegen onderpand van effecten. Dit gebeurde in verschillende vormen en onder verschillende benamingen; de meest voorkomende vormen waren '*belening*' en '*prolongatie*'. In de praktijk kwam het vaak voor dat geldgevers de in pand ontvangen effecten op hun beurt in pand gaven tot zekerheid van een eigen schuld. Dit noemde men '*herbelening*' of '*herprolongatie*'. Voor deze vorm van herverpanding bestond echter geen duidelijke juridische grondslag. Het verschijnsel moet dan ook primair worden begrepen vanuit de behoefte van banken om de in pand ontvangen effecten tussentijds te kunnen 'gebruiken', door bijvoorbeeld de effecten te verpanden om in de eigen kredietbehoefte te voorzien. Herverpanding van effecten was feitelijk mogelijk omdat effecten naar hun aard in hoge mate verwisselbaar waren. Banken behoefden krachtens standaardclausules in hun kredietdocumentatie bij aflossing niet exact dezelfde effecten (i.e. stukken met dezelfde nummers) aan hun cliënten te retourneren, maar konden volstaan met teruggave van een gelijk aantal soortgelijke effecten. Hierdoor verkregen banken feitelijk de vrije beschikkingsmacht over de effecten.

Herverpanding van effecten leidde tot uitgebreide discussies in de literatuur en jurisprudentie over onder meer de bevoegdheid tot herverpanding, de rechtsgevolgen voor het oorspronkelijke pandrecht en het eigendomsrecht, en de vraag of herverpanding een verboden toe-eigening en/of misbruik van het pandrecht opleverde. Deze discussie is van groot belang geweest voor de ontwikkeling van

herverpanding onder het Oud BW en biedt een basis voor beter begrip van de huidige regeling van herverpanding in artikel 3:242 BW. De discussies over de toelaatbaarheid en rechtsgevolgen van herverpanding van effecten vormde tevens aanleiding voor de invoering van een wettelijke regeling van herverpanding. De eerste wettelijke regeling van herverpanding werd opvallend genoeg niet opgenomen in titel 2.19 Oud BW, maar in artikel 6 van de Beurswet 1914. Min of meer als compromis in het kader van de strenge noodmaatregelen ten tijde van de beurscrisis in 1914, heeft de wetgever ten behoeve van de geldgevers de bevoegdheid tot herverpanding in de wet opgenomen. Deze herverpandingsbevoegdheid was beperkt tot bepaalde soorten effecten en gold derhalve niet voor alle verpandbare goederen. Hoewel de discussie over het rechtskarakter en de rechtsgevolgen van herverpanding daarmee niet was afgedaan, is met artikel 6 Beurswet 1914 een basis gelegd voor de huidige wettelijke regeling.

Hoofdstuk 3: Herverpanding in het Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek

In hoofdstuk 3 kwam de regeling van herverpanding in het Ontwerp Nieuw BW aan bod. In het Ontwerp Meijers werd een algemene regeling van herverpanding geïntroduceerd: artikel 3.9.2.4. Op grond van deze bepaling is een pandhouder niet bevoegd het pand te herverpanden, tenzij hem deze bevoegdheid hem on dubbelzinnig – aanvankelijk: "*bij uitdrukkelijk beding*" – is toegekend. Meijers heeft voor de regeling in artikel 3.9.2.4 Ontwerp Nieuw BW inspiratie ontleend aan de Zwitserse herverpandingsregeling in artikel 887 ZGB. Artikel 3.9.2.4 Ontwerp Nieuw BW kan worden gezien als een voortzetting van de lijn die met artikel 6 Beurswet 1914 was ingezet. Artikel 3.9.2.4 Ontwerp BW behelsde evenwel een aanzienlijke uitbreiding van de reikwijdte van de herverpandingsregeling: de regeling was echter niet langer beperkt tot (verwisselbare) effecten, zoals onder artikel 6 Beurswet 1914, maar werd van toepassing op alle voor verpanding vatbare goederen. Daarmee deed een in de effectenpraktijk ontstane, doch dogmatisch moeilijk te plaatsen rechtsfiguur zijn intrede in de algemene, wettelijke regeling van pand. De toelichting op artikel 3.9.2.4 Ontwerp Nieuw BW uitsluitend op een aantal geschilpunten in de discussie over herbelening en herprolongatie van effecten. Andere fundamentele punten, zoals de genoemde uitbreiding naar alle verpandbare goederen en de plaats van herverpanding in het goederenrechtelijk systeem, bleven echter onbesproken. Ook in de literatuur is aan deze problematiek maar relatief weinig aandacht besteed.

Hoofdstuk 4: Herverpanding onder artikel 3:242 BW

In hoofdstuk 4 kwamen de kenmerken van herverpanding onder de huidige regeling van artikel 3:242 BW aan de bod. Van herverpanding is sprake indien een daartoe door de pandgever gemachtigde pandhouder in eigen naam een herpandrecht vestigt op het aan hem verpande goed. Deze kenmerken besprak ik in de

thematische volgorde van totstandkoming, rechtsgevolgen en einde van het herpandrecht.

In het kader van de totstandkoming van het herpandrecht de volgende elementen worden onderscheiden: de herverpandingsbevoegdheid, het herpandobject, de door het herpandrecht gezekerde vordering en de (wijze van) vestiging van het herpandrecht. Een pandhouder is in beginsel niet bevoegd het in pand verkregen goed te gebruiken of hierover te beschikken. Het uitgangspunt is dan ook dat een pandhouder in beginsel onbevoegd is het pandobject te herverpanden. Daartoe is een pandhouder slechts bevoegd, indien de herverpandingsbevoegdheid ondubbelzinnig aan hem is toegekend door de pandgever. Hoewel de bewoordingen van artikel 3:242 BW suggereren dat alleen de toekenning ondubbelzinnig moet zijn, moet naar mijn mening worden aangenomen dat ook de inhoud en reikwijdte van de verleende herverpandingsbevoegdheid ondubbelzinnig moeten zijn. De herverpandingsbevoegdheid maakt geen deel uit van het oorspronkelijke pandrecht, maar moet separaat daarvan aan de pandhouder worden toegekend. Aan de toe te kennen herverpandingsbevoegdheid kunnen beperkingen en voorwaarden worden gesteld. Dergelijke beperkingen hebben goederenrechtelijk effect: zij beperken rechtstreeks de bevoegdheid van de pandhouder om een geldig herpandrecht te vestigen. Bij herverpanding vestigt de pandhouder in eigen naam een herpandrecht op het aan hem verpande goed van de pandgever. Blijkens de bewoordingen van artikel 3:242 BW kan een herpandrecht worden gevestigd op alle voor verpanding vatbare goederen. Het herpandrecht kan worden gevestigd tot zekerheid van een eigen schuld van de pandhouder/herpandgever of voor een schuld van een derde. De wet stelt geen bijzondere vereisten aan het karakter en de hoogte van de door het herpandrecht te zekeren vordering. Desondanks valt er veel voor te zeggen dat de hoogte van de te zekeren vordering is beperkt tot de hoogte van de door het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering.

Het herpandrecht wordt gevestigd op hetzelfde goed als waarop het oorspronkelijke pandrecht rust. Derhalve komen twee zelfstandige pandrechten op één goed te rusten. Een bijzonder rechtsgevolg van herverpanding is de rangwisseling die dientengevolge optreedt tussen het oorspronkelijke pandrecht en het herpandrecht. Uit de parlementaire toelichting volgt dat het herpandrecht, dat naast het oorspronkelijke pandrecht op het pandobject komt te rusten, in rang boven het oorspronkelijke pandrecht van de pandhouder/herpandgever gaat. Deze rangwisseling vormt een uitzondering op het prioriteitsbeginsel, dat gewoonlijk de rangorde tussen pandrecht beheerst. Het herpandrecht is een zelfstandig herpandrecht dat tot zekerheid strekt van de vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever c.q. op een derde. Het herpandrecht is uitsluitend van deze vordering (de 'herpandschuld') afhankelijk. Het is niet afhankelijk van het oorspronkelijke pandrecht en/of de door het oorspronkelijke pandrecht gezekerde vordering. Hierdoor kan de situatie zich voordoen dat het herpandrecht op

het pandobject blijft rusten, terwijl het oorspronkelijke pandrecht reeds is geëindigd.

Hoofdstuk 5: Praktische toepassing van herverpanding

Herverpanding is niet langer van belang voor de belening of prolongatie van effecten. Dit betekent echter niet dat herverpanding thans geen praktische betekenis meer heeft. Het economische belang dat aan herverpanding ten grondslag ligt, is namelijk niet komen te ontvallen. De huidige regeling van herverpanding stelt kredietgevers – mits zij daartoe door hun kredietnemer (de oorspronkelijk pandgever) zijn gemachtigd – nog altijd in staat de door hen in pand verkregen goederen aan te wenden als zekerheidsobject voor een eigen schuld. Deze mogelijkheid heeft met name praktische betekenis indien het pandobject een overwaarde heeft. De onverminderde praktische behoefte aan een dergelijke mogelijkheid blijkt overigens ook uit het feit dat juist met het oog hierop een gebruiksrecht is geïntroduceerd in het kader van het fzo-pandrecht. Daarnaast kan ook een aantal andere, niet te verwaarlozen toepassingen worden genoemd. Zo kan herverpanding een instrument zijn om in complexe zekerheidsstructuren een zelfstandig pandrecht toe te kennen aan achterliggende of opvolgende kredietgevers, bijvoorbeeld om daarmee het insolventierisico af te dekken dat in een syndicaat participerende banken op een *security agent* lopen. Het kan tevens uitkomst bieden in situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een bank- of kredietpandrecht als accessoir recht mee overgaat bij cessie van de daardoor gezeekerde vordering. Gezien de unieke rangwisseling kan herverpanding ten slotte tevens een middel bieden om een afwijkende rangorde tussen pandhouders te bewerkstelligen.

Hoofdstuk 6: Knelpunten bij herverpanding

In hoofdstuk 6 besprak ik de complicaties die zich als gevolg van herverpanding kunnen voordoen. Daarbij kwam allereerst de vraag aan de orde hoe een algemeen of ongeclausuleerd herverpandingsbeding moet worden opgevat. Een pandhouder kan aan een dergelijk beding geen onbeperkte herverpandingsbevoegdheid ontlenen. Aan de herverpandingsbevoegdheid uit hoofde van een algemene herverpandingsclausule moet invulling worden gegeven aan de hand van de inhoud van het oorspronkelijke pandrecht. Het oorspronkelijke pandrecht biedt een objectieve maatstaf voor de uitleg van het herverpandingsbeding en de daaruit voortvloeiende bevoegdheid. Zonder ondubbelzinnige toekenning van verdergaande bevoegdheden, geldt dat de herverpandingsbevoegdheid uit hoofde van een algemeen beding wat betreft de hoogte van de geseceerde vordering en wijze van vestiging, is beperkt tot de grenzen van het oorspronkelijke pandrecht.

Een ander probleem doet zich voor indien een pandhouder, zonder daartoe bevoegd te zijn, tot herverpanding overgaat. Hiervan is niet alleen sprake indien de herverpandingsbevoegdheid in het geheel niet is toegekend, maar ook indien de pandhouder bij de vestiging van het herpandrecht de aan zijn herverpandingsbevoegdheid gestelde beperkingen of voorwaarden overschrijdt. Indien zonder voorafgaande, door de pandgever ondubbelzinnig verleende bevoegdheid tot herverpanding wordt overgegaan, komt geen geldig herpandrecht tot stand. Van herverpanding is dan zelfs in het geheel geen sprake. Of in een dergelijk geval een regulier pandrecht tot stand komt, hangt – zoals bij iedere verpanding door een beschikkingsonbevoegde – af van de vraag of de pandnemer ter zake daarvan te goeder trouw is. Ook indien de pandhouder bij vestiging van het herpandrecht de aan zijn herverpandingsbevoegdheid gestelde voorwaarden of beperkingen overschrijdt, komt geen geldig herpandrecht tot stand. De aan de herverpandingsbevoegdheid gestelde voorwaarden of beperkingen hebben goederenrechtelijke werking: zij beperken rechtstreeks de aan de pandhouder toegekende bevoegdheid tot het vestigen van een geldig herpandrecht.

Ook in geval van executie door de pandhouder of herpandgever doet zich een aantal praktische vragen voor. Indien de pandhouder/herpandgever tot executie overgaat terwijl het herpandrecht nog op het pandobject rust, zal hij de rechten van de hoger gerangschikte herpandhouder moeten respecteren. Indien de pandhouder/herpandgever het oorspronkelijke pandrecht vrij van het herpandrecht wil executeren, zal hij eerst moeten bewerkstelligen dat het herpandrecht tenietgaat, hetgeen in de regel betekent dat hij de door het herpandrecht gezekerde vordering moet voldoen. Executie door de herpandhouder heeft verstrekkende gevolgen voor zowel de oorspronkelijk pandgever als de pandhouder/herpandgever. Executie van het herpandrecht houdt immers in dat het aan de oorspronkelijk pandgever toebehorend goed voor een schuld van een ander wordt uitgewonnen. Daarmee gaat niet alleen het (lager gerangschikte) oorspronkelijk pandrecht voor de pandhouder/herpandgever, maar ook de eigendom c.q. het recht voor de pandgever verloren. Voor dit verlies kan de pandgever op verschillende manieren compensatie zoeken, onder meer door verrekening van zijn oorspronkelijke pandschuld aan de pandhouder.

Verskillende complicaties bij herverpanding doen zich voor in geval van faillissement en beslaglegging. Zo staat faillietverklaring van de pandgever in de weg aan de totstandkoming van een nieuw herpandrecht op een aan de pandgever toebehorend goed. Het faillissement van de pandhouder/herpandgever staat op zichzelf niet in de weg aan de totstandkoming van een ten gunste van hem gevestigd pandrecht, doch uitoefening van een hem toegekende herverpandingsbevoegdheid tijdens zijn faillissement lijkt niet mogelijk. Beslag op het pandobject heeft tot gevolg dat een eventueel nadien gevestigd herpandrecht niet aan de beslaglegger kan worden tegengeworpen. Beslag op de door het oorspronkelijke

pandrecht gezeekerde vordering, vormt geen beletsel voor vestiging van een herpandrecht, al heeft dit wel gevolgen voor de afgeleide zekerheidspositie van de beslaglegger.

Een bijzonder probleem doet zich voor als gevolg van de rangwisseling bij herverpanding in de situatie waarin meerdere pandrechten en/of meerdere herpandrechten worden gevestigd. De rangwisseling bij herverpanding compliceert in deze situaties de heldere rangorde van pandrechten op grond van het prioritetsbeginsel. Bij het bepalen van de rangorde van verschillende (her)pandrechten geldt dat de rangwisseling bij herverpanding tot gevolg heeft dat het herpandrecht de plaats van het oorspronkelijke pandrecht in de rangorde inneemt, doch wat betreft verdeling van de executieopbrengst tot maximaal het bedrag van de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering. Alleen op deze wijze wordt voorkomen dat andere (her)pandhouders in hun rang en goederenrechtelijke positie – in afwijking van het prioritetsbeginsel – worden benadeeld.

Tot slot kwam de specifieke problematiek aan de orde, die zich voordoet bij herverpanding van aandelen waaraan stemrecht is verbonden. De vraag doet zich in dat geval voor of het stemrecht op de (her)verpande aandelen aan de herpandhouder kan worden toegekend. Hierbij moet worden gelet op de vereisten die artikelen 2:89 en 198 BW stellen aan de overgang van stemrecht.

Hoofdstuk 7: Vergelijking met andere rechtsfiguren

In hoofdstuk 7 stond de vraag centraal hoe herverpanding zich verhoudt tot andere rechtsfiguren in het zekerhedenrecht. Om de overeenkomsten en verschillen in kaart te brengen, is herverpanding achtereenvolgens afgezet tegen meervoudige verpanding door de pandgever, derdenpand, en verpanding van een door een pandrecht gecureerde vordering. Voor de volledigheid – en in aansluiting op de in hoofdstukken 2 en 3 besproken historische ontwikkeling – is herverpanding tevens vergeleken met de rechtsfiguur van oneigenlijk pand, zoals deze hoofdzakelijk in de doctrine onder het Oud BW werd onderscheiden. Vervolgens kwam het fzo-pandrecht aan de orde, zoals geïntroduceerd door de Collateral Richtlijn. In het kader van een fzo-pandrecht kan aan de pandhouder een zeer ruim gebruiksrecht (*right of use*) worden toegekend. Dit gebruiksrecht geeft de fzo-pandhouder de bevoegdheid de aan hem verpande financiële activa te gebruiken en hierover te beschikken, bijvoorbeeld door hierop een pandrecht te vestigen. Het gebruiksrecht bij fzo-pandrecht vertoont een opvallende gelijkenis met de herverpandingsbevoegdheid in de zin van artikel 3:242 BW.

Hoofdstuk 8: Herverpanding in het goederenrechtelijk systeem

De figuur van herverpanding en haar rechtsgevolgen lijkt in verschillende opzichten op gespannen voet te staan met een aantal uitgangspunten van het goederenrechtelijk systeem. In hoofdstuk 8 stond de verhouding van herverpanding met de goederenrechtelijke beginselen van beschikkingsbevoegdheid, prioriteit en accessoriteit en het verhaalsrechtelijke karakter van pand centraal.

Het bevreemdt allereerst dat een in beginsel gebruiks- en beschikkingsonbevoegde pandhouder in eigen naam een geldig pandrecht vestigt op een goed van een ander. De herverpandingsbevoegdheid betreft een contractueel toegekende (beperkte) beschikkingsbevoegdheid. De bevoegdheid van de pandhouder om een herpandrecht op het goed van de pandgever te vestigen, is afgeleid van beschikkingsbevoegdheid van de pandgever als eigenaar/rechthebbende van het pandobject en nauw verbonden aan de hoedanigheid van de herpandgever als pandhouder. Indien bij toekenning voorwaarden of beperkingen aan de herverpandingsbevoegdheid zijn gesteld, dan beperken deze voorwaarden of beperkingen rechtstreeks de beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder/herpandgever. Het is bovendien de vraag hoe de herverpandingsbevoegdheid zich verhoudt met het karakter van pand als verhaals- en zekerheidsrecht. Het vestigen van een herpandrecht voor een eigen schuld draagt immers op het eerste gezicht weinig bij aan (versterking van positie voor) het verhaal van de oorspronkelijke pandschuld. Herverpanding dient zelfs een belang dat tegengesteld, en onder omstandigheden zelfs strijdig, is met het primaire zekerheidsbelang van de pandhouder.

Daarnaast lijkt de rangwisseling die bij herverpanding optreedt, moeilijk te verenigen met het prioriteitsbeginsel dat de rangorde van pandrechten normaalgesproken beheerst. In de onderlinge verhouding tussen pandhouder/herpandgever en herpandhouder is deze rangwisseling te verklaren vanuit het belang van de herpandhouder en de (veronderstelde) instemming van de pandhouder/herpandgever met achterstelling van zijn rang ten gunste van de herpandhouder. In de externe verhouding ten opzichte van eventueel andere pandhouders is de rangwisseling bij herverpanding moeilijker te plaatsen. Ook de verhouding van herverpanding met het accessoriteitsbeginsel ligt niet eenvoudig. Een herpandrecht betreft een zelfstandig pandrecht dat tot zekerheid strekt van de vordering van de herpandhouder op de pandhouder/herpandgever dan wel op een derde. Het herpandrecht is uitsluitend van deze herpandschuld afhankelijk. Het herpandrecht is dus niet afhankelijk of als nevenrecht verbonden aan de door het oorspronkelijke pandrecht gezeekerde vordering. Dit brengt mee dat het herpandrecht niet mee overgaat indien deze vordering op een andere schuldeiser overgaat. Evenmin gaat het herpandrecht teniet indien deze vordering tenietgaat. Dit kan in de praktijk tot onwenselijke situaties leiden, hetgeen eens te meer aan-

toont dat de figuur van herverpanding moeilijk is in te passen in de structuur van het goederenrecht

Hoofdstuk 9: Slotbeschouwing

In hoofdstuk 9 werd deze studie afgesloten met een drietal beschouwingen over de rechtsfiguur herverpanding. Allereerst werd ingegaan op de historische ontwikkeling van de figuur herverpanding, die heeft geleid tot het huidige artikel 3:242 BW. Deze ontwikkeling wordt gekenmerkt door een wisselwerking tussen de wensen van de praktijk enerzijds en de beperkingen en de grenzen van het goederenrechtelijke systeem anderzijds. De wetgever is uiteindelijk tegemoetgekomen aan de behoefte van de praktijk aan een grotere gebruiksvrijheid van pandhouders ten aanzien van de door hen in pand verkregen goederen. De wetgever heeft bij het aannemen van de regeling van herverpanding echter onvoldoende gewicht toegekend aan de betrokken belangen en de rechtssystematische bezwaren die tegenover het belang bij goederenrechtelijke erkenning van herverpanding stonden.

In aansluiting daarop kwam de vraag aan de orde of het achterliggende belang bij herverpanding – i.e. de mogelijkheid van kredietgevers/pandhouders om tot zekerheid van een eigen schuld een zelfstandig goederenrechtelijk zekerheidsrecht te vestigen op in pand verkregen goederen – mogelijk op een eenvoudigere en beter in het goederenrechtelijke systeem passende wijze kan worden gediend. Daarbij is zowel de vestiging van een derdenpandrecht als de verpanding van een (door een pandrecht) geseceerde vordering besproken. Hieruit kwam naar voren dat door middel van verpanding van een (door een pandrecht) geseceerde vordering op een met herverpanding vergelijkbare – zij het indirecte – wijze zekerheid kan worden gegeven op het voor deze vordering verbonden pandobject.

Tot slot is de huidige regeling van herverpanding tegen het licht gehouden. Tegen de achtergrond van de in deze studie geïdentificeerde knelpunten en goederenrechtelijke bezwaren, heb ik een aantal aanbevelingen gedaan voor aanpassing van de huidige regeling.

SUMMARY

Chapter 1: Introduction

Pursuant to Article 3:242 Dutch Civil Code ("DCC"), a pledgee can create a further right of pledge over a pledged asset as security for a debt to a third party. A pledgee is only authorized to do so, if the pledgor has unequivocally granted him or it the power to repledge (*herverpandingsbevoegdheid*). In case of repledging, at least three parties are involved, namely: (i) the pledgor, who or which is typically the owner of the pledged asset (hereinafter: the "*pledgor*"), (ii) the pledgee who or which grants a right of repledge over the pledged asset to a third party (hereinafter: the "*pledgee/repledgor*"); and (iii) the third party who or which receives a right of repledge over the pledged asset (hereinafter: the "*repledge holder*"). As a result of repledging, the asset is encumbered with two, separate rights of pledge, namely: the right of pledge held by the pledgee/repledgor (hereinafter: the "*original right of pledge*") and the right of repledge held by the repledge holder (hereinafter: the "*right of repledge*").

Repledging of collateral is a remarkable legal concept under Dutch law. The focus of this research is on place of the legal concept of repledging within the system of Dutch property law.

Chapter 2: Repledging under the Former Dutch Civil Code

In Chapter 2, the historical development of the legal concept of repledge under the Former Dutch Civil Code is discussed. Repledging, as currently regulated in Article 3:242 DCC, stems from the banking and securities trade practices of the 19th century. During that time, banks and securities brokers frequently provided loans and/or credit to clients against securities as collateral. The borrowing of money against securities took place in various forms, but the most common forms were called '*belening*' and '*prolongatie*'. In practice, lenders often used the pledged securities as collateral for their own debts. This was called '*herbelening*' or '*herprolongatie*'. There was no clear legal basis for this form of repledging. The phenomenon as it has developed, must therefore be primarily understood from the economic interest of lenders to be able to 'use' pledged securities during the term of the loans to clients, for example by using pledged securities as collateral for their own loans and/or credit. Repledging of securities was possible, because securities were highly interchangeable; not only because of their very nature, but also because of contractual arrangements that were put in place. For instance, in loan documentation of the time, standard clauses were included by which banks were no longer obliged to return the exact same securities (i.e. securities with the

same numbers) to their clients upon repayment of the loan. Banks could suffice with returning an equal number of securities of the same type and denomination. As a result, banks were practically able to freely dispose of the pledged securities in their custody.

Repledging of securities led to extensive discussions amongst Dutch scholars and in case law on, *inter alia*, the authority to repledge, the legal consequences of repledging for both the original right of pledge and the pledgor's proprietary rights, as well as the question of whether repledging constituted an unlawful appropriation and/or abuse of the right of pledge. These discussions have been of great influence on the development of the legal concept of repledging under the Former Dutch Civil Code and provide a basis for a better understanding of the current statutory provision in Article 3:242 DCC.

The first legislation on repledging was – strikingly enough – not adopted in the rules on rights of pledge in Title 19.2 of the Former Dutch Civil Code, but instead was included in Article 6 of the Exchange Act 1914 (*Beurswet 1914*). At the outbreak of the First World War, the financial world was thrown into a serious financial crisis. More or less as a compromise in relation to stringent emergency measures, the legislature adopted a statutory provision in favor of lenders which allowed the repledging of pledged securities. The statutory power to repledge, which was introduced by Article 6 Exchange Act 1914, was expressly limited to particular types of securities and was, therefore, not applicable to other types of pledged assets. Although Article 6 Exchange Act 1914 did not put an end to the scholarly discussions about the legal qualification and consequences of repledging, it formed the foundation for the present Article 3:242 DCC.

Chapter 3: Repledging in the Draft for a New Dutch Civil Code

In Chapter 3, the statutory provision on repledging on the Draft for a New Dutch Civil Code is discussed. In the Draft for a New Dutch Civil Code, a general provision on repledging has been introduced: Article 3.9.2.4. Pursuant to this provision, a pledgee is not entitled to repledge his or its collateral, unless that authority has been unequivocally – initially: "*by express agreement*" – awarded to him or it. Article 3.9.2.4 was inspired by the Swiss regulation on repledge in Article 887 Swiss Civil Code. Article 3.9.2.4 of the Draft for a New Dutch Civil Code can be regarded as a continuation of the development which started with the adoption of Article 6 Exchange Act 1914.

Article 3.9.2.4 of the Draft for a New Dutch Civil Code entails, however, a significant extension of the scope of the statutory provision on repledge. The provision is no longer limited to (interchangeable) securities – as was the case under Article 6 Exchange Act 1914 – but is applicable to all types of pledgeable assets. Consequently, the legal concept of repledging was introduced in the general rules on

pledge in the Dutch Civil Code. The Explanatory Notes to Article 3.9.2.4 of the Draft for a New Dutch Civil Code provided clarity on some of the issues that were debated in relation to the raising of loans and/or credits against securities as collateral ('*herbelening*' or '*herprolongatie*'). Other fundamental issues – including the aforementioned extension of the scope of the statutory provision, and the relation between the legal concept of repledging and fundamental principles of Dutch property law were not discussed. In subsequent legal writing, there has also been paid relatively little attention to these topics.

Chapter 4: Repledging of collateral under Article 3:242 BW

In chapter 4, the characteristics of repledging under Article 3:242 BW are discussed. Repledging of collateral occurs when a pledgee/repledgor – authorized by the pledgor – creates, in his own name, a new right of pledge (i.e. the *right of repledge*) on the pledged assets. The features of repledging are discussed in the thematic order of the creation, the legal consequences thereof and the ensuing end of the right of repledge.

With respect of the establishment of the right of repledge, the following elements can be distinguished: the power to repledge, the object of repledge, the secured debt, and the (method of) creating a right of repledge. A pledgee has, in principle, no right to use and/or dispose of an asset that he or it holds as collateral. The basic principle is that the pledgee is *not* authorized to repledge collateral held. A pledgee is only authorized to repledge collateral, if the power to do so is unequivocally granted to him or it by the pledgor. Although the wording of Article 3:242 DCC seems to imply that only the *granting* of the power to repledge must be unambiguous, it should – in my view – be held that also the *content* and the *scope* of the power to repledge must be unambiguous. Since the power to repledge is not part of the pledgee's original right of pledge, that power must be separately granted to the pledgee by the pledgor. Conditions and/or restrictions may be attached to the power to repledge. Such conditions and/or restrictions have legal consequences under Dutch property law, and directly limit the authority of the pledgee to establish a valid right of repledge. In case of repledging, the pledgee creates a new right of pledge (i.e. the *right of repledge*) on the property of the pledgor. From the wording of Article 3:242 BW, it may be derived that a right of repledge can be created in respect of all property that can be the object of a pledge. A right of repledge can be established in order to secure either a debt of the pledgee himself or a debt of a third party. The statutory provision does not set any requirements with respect to the nature and amount of debt to be secured by a right of repledge. It is highly arguable, however, that the amount of the debt to be secured by the right of repledge is limited to the amount of the debt secured by the original right of pledge.

A right of repledge is created on the same asset as the original right of pledge. As a result, the asset is encumbered with two separate rights of pledge. A special consequence of repledging is the change of priority between the original right of pledge and the right of repledge. From the Explanatory Notes to Article 3:242 DCC, it follows that the right of repledge, with which the respective property is encumbered in addition to the original right of pledge, ranks above the original right of pledge of the pledgee/repledgor. This change of priority forms an exception to the general principle of priority, which ordinarily governs the order of rank between rights of pledge.

The right of repledge constitutes an independent right of pledge that secures a claim of the repledge holder (i.e. *'herpandschuld'*). The right of repledge is only a dependent right in relation to this secured debt. It is not dependent from the original right of pledge or the debt secured by it. As a result, it is possible that the asset remains subject to the right of repledge, even though the original right of pledge has already terminated.

Chapter 5: Practical application of repledging

Repledging is no longer applied for the raising of loans and/or credits against securities as collateral (*'herbelening'* or *'herprolongatie'*). This does not mean, however, that repledging no longer has practical significance. Repledging still has the same underlying economic relevance. The current statutory provisions on repledging allow lenders – provided that they are authorized to do so by their borrowers (the original pledgor) – to use pledged property as collateral for their own debts. This possibility is of particular importance when the (re)pledged property has surplus value. The practical need for the possibility to use collateral has not diminished, which fact is demonstrated by the introduction of a 'right of use' for security in financial collateral arrangements under the EC Collateral Directive.

In addition, there are a number of other practical applications of repledging. Repledging provides a method by which to grant independent security rights to underlying and/or subsequent lenders in security structures. It can be used, for example, to mitigate the insolvency risk that lenders, participating in a syndicated loan, run with respect to the appointed security agent. Repledging can also be useful in situations in which it is uncertain whether a right of pledge will follow a secured claim when it is transferred to another creditor. Such uncertainty exists under Dutch law with respect to rights of pledge securing the balance of a credit and/or banking relationship (*krediet- of bankpandrecht*). Creating a right of repledge in favor of the new creditor can assure that he receives, in any event, the highest ranking right of pledge over the pledged assets. Finally, the unique change of priority between the original right of pledge and the right of repledge in itself provides the ground for repledging. Under Dutch law, rights of pledge take

rank in the order of their establishment (principle of priority). Generally, parties cannot agree upon an alternative order of rank for existing rights of pledge. Creating a right of repledge, however, provides a method to alter the order of rank for existing rights of pledge.

Chapter 6: Complications in relation to repledging

In Chapter 6, the complications that may result from repledging of collateral are discussed. First, the issue is discussed how an unconditional repledge clause should be interpreted. From such a repledge clause, a pledgee cannot derive an unlimited power to create rights of repledge. The power to repledge should be construed on the basis of the scope and characteristics of the original right of pledge, which forms the most objective criterion for interpretation of a particular repledge clause. It should be held that, in the absence of an unambiguous granting of wider powers to the pledgee, a pledgee's power to repledge is limited to the scope and characteristics of the original pledge.

Second, the chapter discusses the difficulty that arises when a pledgee creates a right of repledge without having the required authority to do so. This situation occurs not only when the pledgee was not granted the power to repledge, but also when the pledgee breaches conditions and/or exceeds limitations attached to the power to repledge that was granted to him or it. If a pledgee encumbers a pledged asset with a subsequent right of pledge, without the power to repledge having been unequivocally granted to him or it, no valid right of repledge is established. In fact, such unauthorized pledging of collateral does not qualify as repledging within the meaning of Article 3:242 BW. Whether such unauthorized pledging of collateral results in a regular right of pledge, depends – as in every case of unauthorized disposal of property – on the good faith of the party receiving the respective right of pledge. Similarly, if a pledgee breaches the conditions and/or limitations attached to the power to repledge granted to him or it, no valid right of repledge is established. Conditions and/or restrictions may be attached to the power to repledge. Conditions and/or limitations attached to a pledgee's power to repledge have property-law effect: they directly limit the authority of the pledgee to establish a valid right of repledge.

Also the execution by the pledge or repledge holder causes a number of difficulties. If the pledgee/repledgor wants to execute his original right of pledge against the collateral, while it is still encumbered by the right of repledge, the pledgee must respect the rights of the repledge holder. Due to special change of rank, the right of repledge has priority over the original right of pledge. If the pledgee wants to execute the original right of pledge free from the right of repledge, he or it must first end the right of repledge, which usually means that the debt secured by the right of repledge must be repaid. Execution by the repledge holder has far-

Summary

reaching consequences for both the original pledgee/repledgor and the original pledgor. Execution of a right of repledge entails that the repledged asset, which is the property of the original pledgor, is executed for the debt of the pledgee or a third party. As a result thereof, both the original right of pledge and the proprietary rights of the pledgor will be lost. For this loss of proprietary rights, the pledgor can seek compensation from the pledgee/repledgor. Amongst other things, the original pledgor can set off the compensation claim against the debt to the pledgee/repledgor.

Various complications with respect to repledging occur in the event of bankruptcy or attachment. For example, the bankruptcy of the original pledgor prevents a right of repledge being created on one of his or its assets. The bankruptcy of the pledgee, however, does in itself not preclude a right of pledge from being established in his or its favor. Nevertheless, it should be held that a bankrupt pledgee cannot exercise the power of repledge. As a result of attachment of the pledged asset, a right of repledge subsequently created cannot be enforced against the party levying the attachment. Attachment of the claim secured by the original right of pledge, does not prevent the establishment of a right of repledge, but it does have consequences for the derived security position of the party levying the attachment.

A specific problem occurs, in light of the change in priority, when collateral is encumbered with multiple rights of pledge and/or multiple rights of repledge. The change in priority between the original right of pledge and the right of repledge complicates the clear order of rank of the rights of (re)pledge on the basis of the principle of priority. In determining the ranking of multiple (re)pledges, it should be held that the right of repledge takes the original right of pledge's position in the order of rank, however – in respect of the distribution of the proceeds of a sale in execution – the right of repledge can only be exercised on the basis of the original right of pledge's rank up to the amount of the debt secured by the original right of pledge. Only in this way, may it be prevented that the rank and legal position of other security holders is disadvantaged in deviation of the principle of priority.

As a final point, the specific issue with respect to voting rights on repledged shares is discussed. This issue arises when share certificates with voting rights are repledged. In that case, the legal requirements on the transfer of voting rights to security holders in Article 2:89 and 2:198 DCC have to be met.

Chapter 7: Comparison with other legal concepts

In Chapter 7, the relation between repledging and other legal concepts is explored. In order to map out the similarities and differences, repledging is compared with multiple rights of pledge on the same assets, third party security, and

a pledge on a secured debt. For completeness sake – and in connection with the historical development discussed in Chapters 2 and 3 – the legal concept of repledge is also compared with the so-called 'irregular pledge' (*pignus irregulare*), as it was distinguished in legal doctrine under the Former Dutch Civil Code. In addition, the security financial collateral arrangements under the EC Collateral Directive are discussed. In connection with a security financial collateral arrangement, a right of use can be granted to the security holder. This right of use gives the security holder the authority to use and dispose of collateral, for example by creating a right of pledge on the collateral. The right of use in relation to financial collateral arrangements bears a striking resemblance to the power to repledge within the meaning of Article 3:242 DCC.

Chapter 8: The legal concept of repledge in the system of Dutch property law

The legal concept of repledge and its consequences appear to be in conflict with a number of fundamental principles of Dutch property law. In Chapter 8, the focus is on the relation between repledging and, *inter alia*, the power to dispose of property, the principle of priority, the dependent nature of security rights, and the character of pledge as a security right.

It is unusual that a pledgee – who is, as a security holder, typically not entitled to use and/or dispose of pledged assets – can create a right of pledge on pledged assets, since those pledged assets are the property of the original pledgor. The power to repledge is a contractually awarded authority to dispose of the property of another by encumbering it with a right of repledge. This authority is derived from the owner of the pledged asset, and is closely linked to the capacity of pledgee as security holder. If conditions and/or limitations are attached to the power to repledge, these conditions and limitations directly limit the pledgee/repledgor's power of disposal. It is unclear, however, how the power to repledge relates to the traditional character of pledge as a security right. Repledging does not in itself strengthen the security position of the pledgee, and may even conflict with the security interest of the pledgee.

The change in priority between the original right of pledge and the right of repledge, which occurs as a result of repledging, is not easily reconciled with the principle of priority, which ordinarily governs the order of rank or rights of pledge. Also the relation between repledging and the dependent nature of security rights, such as rights of pledge, is not easily explained. A right of repledge constitutes an independent lien on the pledged asset, which secures the claim of the repledge holder. The right of repledge is dependent only on this secured claim. It is not dependent from the original right of pledge or the debt secured by it. Consequently, the right of repledge does not follow the original secured debt as a

dependent right, and does not end when the debt secured by the original right of pledge is paid-off. In practice, this may lead to complications. This fact underlines that the legal concept of repledging is difficult to incorporate into the system of Dutch property law.

Chapter 9: Concluding remarks

In Chapter 9, three concluding remarks were made on the figure of repledge of collateral. First, the historical development of repledge of collateral was discussed. This development is characterized by a tension between the needs of the practice on the one side, and the restrictions and limitations of the system of Dutch property law on the other. The legislature has eventually met the practical need for a greater freedom of use of pledgees in respect of collateral held. In adopting a regulation on the repledge of collateral, the legislature has not sufficiently taken the interests of all parties involved and the property law objections against recognition of repledge into account.

Subsequently, the issue whether the underlying interest in the repledge of collateral – i.e. the possibility of a pledgee to grant security to a third party over collateral held in order to secure its own debt - could be better served in a more simple way which better fits within the system of Dutch property law. In relation thereto, both third party security and a pledge on a secured debt were discussed. By creating a right of pledge over a secured debt, similar – though indirect - security can be granted.

Finally, the statutory provision on repledge of collateral in Article 3:242 DCC was examined. In light of the difficulties and property law objections against the repledge of collateral, recommendations were made for amendment of the current statutory provision.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

A

Aertsen 1997

D.W. Aertsen, 'Lastgeving tot verkoop en levering in eigen naam' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuwe burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser 1838

C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon, 's-Gravenhage/Amsterdam: Gebr. Van Cleef 1838.*

Asser/Beekhuis 1957

J.H. Beekhuis, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel 2. Zakenrecht. Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Asser/Van der Grinten & Kortmann 2004

S.C.J.J. Kortmann, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2-1. Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6-II*. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2010

J.M.M. Maeijer, G. van Solinge, en M.P. Nieuwe Weme, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel 2-II*. Rechtspersonenrecht: De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003

A.I.M. van Mierlo, F.H.J. Mijnsen en A.A. van Velten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht. Deel III. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2003.

Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010

A.I.M. van Mierlo en A.A. van Velten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Vermogensrecht Algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Mijnsen & De Haan 2001

F.H.J. Mijnsen & P. de Haan, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Asser/Mijnsen & De Haan 2006

F.H.J. Mijnsen & P. de Haan, met medewerking van C.C. van Dam en H.D. Ploeger, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Van Oven 1967

A. van Oven, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Zakenrecht. Bijzonder deel. Tweede stuk. Zekerheidsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.

Asser/Scholten 1905

P. Scholten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel 2. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905.

Asser/Scholten 1913

P. Scholten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel 2. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1913.

Asser/Scholten 1927

P. Scholten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1927.

Asser/Scholten 1933

P. Scholten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel 2. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933.

Asser/Scholten 1945

P. Scholten met medewerking van G.J. Scholten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel 2. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945.

Asser/Tjong Tjin Tai 2009

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere Overeenkomsten. Deel IV*. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009.

B

Bartels 2004

S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2004.

Bartels 2010

S.E. Bartels, 'Het lossingsrecht', *WPNR* 2010/6864.

Bartels 2012

S.E. Bartels, '20 jaar Nieuw BW en het goederenrecht: er is in die tijd veel/weinig gebeurd', *Ars Aequi* 2012, p. 478-486.

Bartels/Jansen 2011

S.E. Bartels & C.J.H. Jansen, 'De herziene regeling van de financiële zekerheidsovereenkomst' in: S.E. Bartels, A.K. Verdaas en R.J. van der Weijden, *Effecten en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Bast 1956

J.H. Bast, *Het Ontwerp-Meijers voor een nieuw Burgerlijk Wetboek vergeleken met de bestaande wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956.

Bauer 2007

T. Bauer, 'Art. 887 ZGB' in: H. Honsell, N.P. Vogt en T. Geiser (red.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Zivilgesetzbuch II. Art. 457 – 977 ZGB. Art. 1-61 SchlT. ZGB*, Basel: Hebling & Lichtenhahn 2007.

Beekhoven van den Boezem 2009

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Richtlijn 2009/44/EG: EG-knuppel in het hoenderhok van het Nederlandse goederenrecht', *MvV* 2009, p. 315-317.

Beekhoven van den Boezem 2010

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Uitlegkwesties naar aanleiding van verpanding en cessie van vorderingen' in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: Boom 2010.

Beekhoven van den Boezem 2012

F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet, 'Uitleg cessie- en verpandingsverboden', *TvI* 2012/13.

Biemans 2011

J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Biemans (Verbintenissenrecht)

J.W.A. Biemans, 'Commentaar afd. 6.1.3 BW' in: E.H. Hondius (red.), *De Groene Serie Privaatrecht. Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Boom 1994

W.H. van Boom, 'Bevoegd beschikken over andermans registergoed anders dan bij wege van onmiddellijke vertegenwoordiging kan niet danwel voegt niets toe', *WPNR* 1994/6161, p. 865-866.

Bösch 2007

R. Bösch, 'Art. 17 Bankengesetz' in: R. Watter, N.P. Vogt, T. Bauer, C. Winzeler (red.), *Basler Kommentar. Bankengesetz*, Basel: Hebling & Lichtenhahn 2005.

Breken 2002

K. Breken, 'Herverpanding, geen standaard 'nemo plus' situatie' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002.

Broekers-Knol 2009

A. Broekers-Knol, 'De tweetrapsraket van de wetsvoorstellen stille cessie en financiële zekerheidsvereenkomsten. Een bijdrage uit de politiek', *MvV* 2009, p. 159-166.

Broekveldt 2003

L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Broekveldt 2005

L.P. Broekveldt, 'Uitwinning van aan een beslagen vordering verbonden zekerheden (HR 11 maart 2005, RvdW 2005, 30', *TCR* 2005, p. 106-113.

C

Cabrillac e.a. 2007

M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac & Ph. Petél, *Droit des sûretés*, Paris: Litec 2007.

Camijn 1987

A.J.W. Camijn, *Samen Effectief. Opkomst, bloei en ondergang van de Vereeniging van Effectenhandelaren te Rotterdam*, Rotterdam: Stichting Historische Publicaties Rotterdam 1987.

Clumpkens 2009

R.W. Clumpkens, 'Pandrecht in de rechtspersonenpraktijk', in: *Zekerheden in ontwikkeling. Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2009.

Da Costa 1893

I. Da Costa, *Eenige opmerkingen in verband met het tijdstip van inpandgeving bij prolongatie*, Amsterdam: Roeloffzen & Hübner 1893.

Cross/Diephuis 1988

D.H. Cross & J.H. Diephuis, *De Amsterdamse effectenbeurs*, Deventer: Kluwer 1988.

D

Damrau 2009

J. Damrau, '§1215 BGB' in R. Gaier (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6. Sachenrecht. §§854-1296*, München: Beck 2009.

Dekhuijzen 1965

M.C. Dekhuijzen, *Pand en hypotheek in het Ontwerp B.W.* (diss. Amsterdam), Amsterdam/Sloterdijk: Blikman en Sartorius 1965.

Delprat 1894

G.H.M. Delprat, *Opmerkingen naar aanleiding van Herbeleening en Herprolongatie* (diss. Leiden), Rotterdam: Wyt & Zonen 1894.

Derksen 2010

S. Derksen, 'Het afhankelijke karakter van de bankhypotheek', *WPNR* 2010/6862.

Van Deventer 1925

L.W.R. van Deventer, 'Herverpanding en terugvordering van effecten in verband met het begrip vervangbaarheid' (I, II, III, IV en slot), *WPNR* 1925/2916-2920.

Diamant 2012

J. Diamant, 'Het gebruiksrecht van de fzo-pandhouder met betrekking tot giraal geld', *WPNR* 2012/6948.

Doorman 1866

H.J. Doorman, *Financiële beschouwingen. Het op beleening of prolongatie uitzetten van gelden*, 's-Gravenhage: Erven Doorman 1866.

Dirix/De Corte 2006

E. Dirix & R. De Corte, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. XII. Zekerheidsrechten*, Antwerpen: Kuwer 2006.

E

Edersheim 1914

E. Edersheim, *De heropening van de Amsterdamsche beurs en de prolongatie*, 's-Gravenhage: W.P. Stockum & Zoon 1914.

Eggens 1929

J. Eggens, 'Oneigenlijk pandrecht' (I,II,III), *WPNR* 1929/3117-3119.

Van Erp 2004

J.H.M. van Erp, 'Financiële zekerheidsovereenkomsten', *WPNR* 2004/6601, p. 967-971.

Van Erp 2009

J.H.M. van Erp, 'Huidig en toekomstig zekerhedenrecht', in: *Zekerheden in ontwikkeling. Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2009.

F

Faber 1998

N.E.D. Faber, 'Reactie op Herverpanding heroverwogen' met naschrift van H.A.G. Fikkers, *WPNR* 6313 (1998), p. 686-688.

Faber 2005

N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

Faber/Vermunt 2010

N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het verleggen van grenzen bij het bepalen van de rangorde van rechten van pand en hypotheek' in: N.E.D. Faber e.a., *Bancaire Zekerheid. Liber Amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010.

Faber/Vermunt 2010 (2)

N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'De security trustee in crisistijden' in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De kredietcrisis*, Deventer: Kluwer 2010.

Fesefur 1979

J.E. Fesefur, *De zakelijke zekerheidsrechten naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht*, Alphen a/d Rijn: H.D. Tjeenk Winnik 1979.

Ferid/Sonnenberger 1986

M. Ferid & H.J. Sonnenberger, *Das Französische Zivilrecht. Band 2. Schuldrecht. Die einzelnen Schuldverhältnisse. Sachenrecht*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1986.

Fikkers 1998

H.A.G. Fikkers, 'Herverpanding heroverwogen', *WPNR* 1998/6313, p. 301-307.

Florijn 1994

E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: UPM 1994.

G

Gerbrandy 1956

S. Gerbrandy, 'Korte opmerkingen omtrent het ontwerp B.W. Zaaksvervangning en pand', *WPNR* 1956/4455, p. 336-337.

Van Goudoever 1901

M.L. Van Goudoever, 'Het Prolongatie-contract', *WPNR* 1901/1643, p. 285-287 en 1901/1958, p. 517-519.

Goudoever 1902

M.L. Goudoever, 'Iets over verpanding der zelfde roerende zaak ten behoeve van verschillende schuldeischers', *WPNR* 1902/1709, p. 457-460.

Graaf/Stegeman 2007

F.G.B. Graaf & R.A. Stegeman, *Wet op het Financieel Toezicht. Tekst & Toelichting*, Deventer: Kluwer 2007.

Gräler 1992

J.G. Gräler, 'Economische eigendomsoverdracht en pandrecht: enkele opmerkingen', *JBN* 1992, p. 9-10.

Gräler e.a. 2007

J.G. Gräler e.a. (red.), *Pandrecht in de notariële praktijk*, Deventer; Kluwer 2007.

Van der Grinten 1993

W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving. Monografieën Nieuw Burgerlijk Wetboek B-81*, Deventer: Kluwer 1993.

Groefsema 1993

L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

Grundmann-van de Krol 2012

C. M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom 2012.

Guggenheim 1981

D. Guggenheim, *Les contrats de a pratique bancaire suisse*, Genève: Georg 1981.

Guillaume 2006

A.A.C. Guillaume, 'De zekerheid van derdenbeslag', *WPNR* 2006/6684.

H

Hamaker 1901

H.J. Hamaker, 'Het Prolongatiecontract', *WPNR* 1901/1650, p. 421-423 en 1902/1660, p. 541-543.

Hamers 1996

J.J.A. Hamers, *Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen*, Deventer: Kluwer 1996.

Heemstra e.a. 2006

J.R.B. Heemstra e.a., 'Derdenbeslag op met hypotheek versterkte vordering: de beslaglegger (w)int (I)', *WPNR* 2006/6659 en 'Derdenbeslag op met hypotheek versterkte vordering: de beslaglegger (w)int (II slot)', *WPNR* 2006/6660.

Van Hees 2001

J.J. Van Hees, 'Gedachten over Herverpanding' in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001.

Van Hees 2005

J.J. Van Hees, in: C.W.M. Lieverse & L.F. Wiggers-Rust 'Verslag van de themamiddag Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004: 'De financiëlezekerheidsvereenkomst', *NTBR* 2005/11.

Van den Heuvel 2001

N.W.M. van den Heuvel, 'Overgang van bankzekerheden' in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001.

Van den Heuvel 2004

N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2004.

Hess/Friedrich 2008

M. Hess & A. Friedrich, *Das neue Bucheffektengesetz (BEG). Hinweise auf Grundlagen und praktische Auswirkungen*, *GesKR* 2008, p. 98-118.

Hijma/Olthof 2011

Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van den Hoek 2012

M.P. van den Hoek, 'Voorkomt Ulpianus de crisis? Goederenrechtelijke beginselen in het financiële recht, in: F.G.B. Graaf, R.H. Maatman en L.J. Silverentand (red.), *Lustrum-*

bundel 2012 Vereniging voor Effectenrecht. Gedurfde essays over financieel toezichtrecht, Deventer: Kluwer 2012.

Hofmann 1935

L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Zakenrecht*, Groningen/Batavia: Wolters 1935.

Houwing 1952

Ph.A.N. Houwing, *Het afscheiden en individualiseeren van vermogensbestanddelen ten behoeve van bepaalde crediteuren of groepen van crediteuren. Praeadvies Broederschap der Notarissen in Nederland*, Correspondentieblad Broederschap der Notarissen in Nederland 1952.

Huijgen 2011 (T&C BW)

W.G. Huijgen, 'Commentaar Titel 3.9 BW' in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.J. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 1, 2, 3, 4 en 5*, Deventer: Kluwer 2011.

I

ISDA Collateral Survey 2000

ISDA Collateral Law Reform Group, *ISDA Collateral Survey 2000*, New York / London: ISDA 2000.

ISDA Report 2000

ISDA Collateral Law Reform Group, *Collateral Arrangements in the European Financial Markets. The Need for National Law Reform*, London: ISDA 2000.

J

Jansen 2007

C.H.J. Jansen, 'De financiële zekerheidsovereenkomst' in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De Invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Jongbloed 2011

A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

K

Kaderli

R.J. Kaderli, *Die Sicherung des Bankkredites*, Bern: Stämpfli 1938.

De Kat 1932

O.B.W de Kat, *Effectenbeheer. Rechtskundig, economisch en administratief handboek*, Haarlem: Bohn 1932.

Keijser 2002

T.R.M.P. Keijser, 'De Collateral Richtlijn' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002.

Keijser 2003

T.R.M.P. Keijser, 'De rechtspositie van de pandgever op de schopstoel. Het 'gebruiksrecht' van de Collateral Richtlijn beschouwd naar Nederlands en Duits recht', *NTBR* 2003/8, p. 432-442.

Keijser 2003 (2)

T.R.M.P. Keijser, 'De Collateral Richtlijn: het belang van de boedel uitgehoud', *TvI* 2003/2, p. 32 e.v.

Keijser (red.) 2003

T.R.M.P. Keijser (red.), *Report on a 'right of use' for collateral takers and custodians, presented to UNIDROIT Secretariat*, Rome, July 2003.

Keijser 2004

T.R.M.P. Keijser, 'De Implementatie van de Europese Richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten', *WPNR* 2004/6592, p. 761-771.

Keijser 2006

T.R.M.P. Keijser, *Financial Collateral Arrangements. The European Collateral Directive considered from a property and insolvency law perspective* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006.

Keijser 2006 (2)

T.R.M.P. Keijser, 'Financiëlezekerheidsovereenkomsten', *Ars Aequi* 2006, p. 835-840.

Keijser/Keijser 2008

T.R.M.P. Keijser & J.A.M.P. Keijser, *Financiëlezekerheidsovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 2008.

Keijser/Spath 2007

T.R.M.P. Keijser & J.B. Spath, 'Voor wat hoort wat?! De schijnbare substitutie van de Collateral Richtlijn', *NTBR* 2007/2, p. 55-63.

Keirse/Beukers (Vermogensrecht)

A.L.M. Keirse & Y.E.M. Beukers, 'Commentaar art. 3:84 BW' in: Jac. Hijma (red.), *De Groene Serie Privaatrecht. Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Keukens/Wibier 2011

W.M.T. Keukens & R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling', *WPNR* 2011/6884.

Koopal 1995

M.A. Koopal, 'De herverpanding van artikel 3:242 BW: Een Monstrum?', *WPNR* 1995/6202, p. 775-777.

Koops 2010

E. Koops, *Vormen van Subsidiariteit. Een historisch-comparatieve studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2010.

Kortmann e.a. 1988

S.C.J.J. Kortmann, *Nieuwe algemene bankvoorwaarden*, Nijmegen: KUN 1988.

Krzemiński 2012

K.J. Krzemiński, 'Rangwisseling bij herverpanding: gevolgen voor derden?', *WPNR* 2012/6929, p. 343-349.

L

Lamers 2012

A.H. Lamers, *Opdracht, Lastgeving en bemiddeling*, Zutphen: Paris 2012.

Levy 1860

I.A. Levy, *In den handel gebruikelijke beleenings- en prolongatiecontracten* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1860.

Logmans 2009

H. Logmans, 'De reikwijdte van het toe-eigeningsverbod ten aanzien van aan de bank verpande effecten en cognossementen', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2008, p. 9-17.

Loof 2008

G. Loof, 'De Richtlijn financiële zekerheidsvereenkomsten: een vooruitgang of achteruitgaan van het civiele recht?', *NTBR* 2008, p. 198-207.

Losecaat Vermeer 1928

P.A.J. Losecaat Vermeer, *Voldoet de tegenwoordige regeling van het pandrecht aan de behoeften van het verkeer? Praeadvies Nederlandsche Juristen-vereeniging* 1928, 's-Gravenhage: Belinfante 1928.

M

Marty/Raynaud/Jestaz 1987

G. Marty, P. Raynaud & P. Jestaz, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: Sirey 1987.

Malaurie/Aynès 1994

P. Malaurie & L. Aynès, *Cours de droit civil. IX. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: Cujas 1994.

Van Meer 1926

G.M.A. van Meer, 'Herbeleening', *WPNR* 1926/2948, p. 328-330.

Van Meer 1927

G.M.A. van Meer, 'Herbeleening en nummervervisseling', *WPNR* 1927/2994, p. 309-310.

Meijer 1974

W.R. Meijer, *Effectenbewaring*, Amsterdam: NIBE 1974.

Meijer 1999

S.Y.T. Meijer, *Middellijke vertegenwoordiging* (diss. VU Amsterdam), 1999.

Meijers 1914

E.M. Meijers, 'Het recht tegenover de huidige crisis', *WPNR* 1914/2333, p. 425-427.

Meijers 1914

E.M. Meijers, 'Nog eens de prolongatierente', *WPNR* 1914/2335, p. 455.

Meijers 1954

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Tekst en Toelichting*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf 1954.

Meijers 1958

E.M. Meijers, *Algemene Leer van het Burgerlijk Recht. Deel I. De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1958.

Meulman 2005

J. Meulman, 'Reactie op "Financiële zekerheidsovereenkomsten" van prof. mr. J.H.M. van Erp in *WPNR* (2004) 6601. Nogmaals de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten – Een Europese barrière voor de Nederlandse implementatiewet?', *WPNR* 2005/6615, p. 248-251.

Mijnssen 1984

F.H.J. Mijnssen, *Geld in het vermogensrecht. Monografieën Nieuw Burgerlijk Wetboek A-17*, Deventer: Kluwer 1984.

Mijnssen/Van Mierlo 2009

F.H.J. Mijnssen & A.I.M. van Mierlo, *Materieel Beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Molengraaff 1923

W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht. Eerste deel*, Haarlem: Bohn 1923.

Molengraaff 1954

W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht. Tweede deel*, Haarlem: Bohn 1954.

Molenaar 1985

F. Molenaar, *Pandrecht. Monografieën Nieuw Burgerlijk Wetboek B-12a*, Deventer: Kluwer 1985.

Molenaar 1991

F. Molenaar, *Pandrecht. Monografieën Nieuw Burgerlijk Wetboek B-12a*, Deventer: Kluwer 1991.

Van Mierlo 1988

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

Van Mierlo 2008

A.I.M. van Mierlo, Rechtsvragenrubriek, *WPNR* 2008/6773, p. 828-829.

Mulder 2003

W.F. Mulder, 'EU-richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten bevordert werking financiële markten', *TvI* 2003/1, p. 20 e.v.

N

Noyon 1954

T.J. Noyon en G.E. Langermeijer, *Het wetboek van strafrecht verklaard. Deel II. Art. 177-479*, Arnhem: Gouda Quint 1954.

O

Oftinger/Bär 1981

K. Oftinger & R. Bär, *Das Sachenrecht. II. Abteilung. Titel 23. Das Fahrnispfand*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1981.

Van Ogtrop 1893

H.J. van Ogtrop, *Het reglement voor den effectenhandel met eene inleiding en aantekeningen* (diss. Amsterdam), Amsterdam: J.H. de Bussy 1893.

Out 2005

J.C. Out, *Vormen van accesoriëteit. Een romanische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht* (diss. Leiden), Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 2005.

P

Palandt 2010

P. Bassenge e.a., *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Band 7*, München: Beck 2010.

Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) 1990

C.J. van Zeben e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) 1991

C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Aanpassing Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1991.

Parl. Gesch. (Vermogensrecht) 1981

C.J. van Zeven en J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Peter 2007

J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Petrasch 1990

F. Petrasch, '§§447 – 471' in: P. Rummel (red.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. §§1 bis 1174 ABGB*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1990.

Pitlo 1951

A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1951.

Pitlo/Brahn 1980

A. Pitlo & O.K. Brahn, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1980.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012

W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, met bijdragen van G.E. van Maanen & G.T. de Jong, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Planiol/Ripert/Becqué 1953

M. Planiol, G. Ripert en E. Becqué, *Traité pratique de droit civil français. XII. Sûretés réelles. Premier partie*, Parijs: LGDJ 1953.

Pleysier 1983

A.J.H. Pleysier, 'Gestapelde rechten in het nieuwe burgerlijk wetboek', *WPNR* 1983/5651, p. 297-302.

Polak/van Mierlo 1998

M.V. Polak & A.I.M. Van Mierlo, *Verstreking van zekerheden aan internationale syndicaten*, Amsterdam: NIBE 1998.

Polak/Pannevis 2011

N.J. Polak en M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

R

Rajmakers/Van Beek 2003

J.A.A.J. Rajmakers & B.M. van Beek, 'Financiële zekerheidsovereenkomsten', *Tijdschrift voor Effectenrecht* 2003/10, p. 183-192.

Rank 1997

W.A.K. Rank, 'Privatieve last tot hypotheekvestiging: een nieuwe zakelijke zekerheid?' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuwe burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Rank 1998

W.A.K. Rank, 'Repo's en repowet: van de regen in de drup?' in: *Onderneming en effecten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Rank 2001

W.A.K. Rank, 'Zekerheid op effecten in internationaal verband. Een bespreking van de draft EU Collateral Directive en de pre-draft Hague Convention on Intermediated Securities' in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001.

Rank 2002

W.A.K. Rank, 'EU Collateral Directive vastgesteld: zekerheid voor financiële zekerheidsovereenkomsten?' in: *Lustrumbundel 2002 Vereniging voor Effectenrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Rank 2011 (T&C 7.2 BW)

W.A.K. Rank, 'Commentaar Titel 7.2 BW. Financiëlezekerheidsovereenkomsten' in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar. Burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 2011.

Rank 2010

W.A.K. Rank, 'Repos and Securities Lending' in: M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Financial Law in the Netherlands*, Deventer: Kluwer 2010.

Rank/Schim 2007

W.A.K. Rank & B.F.L.M. Schim, 'Inzichten van de AFM in de vermogensscheiding', *Tijdschrift voor financieel recht* 2007/7-8, p. 221-223.

Rank-Berenschot 1994

E.B. Rank-Berenschot, 'Boekbespreking. L. Groefsema, Bevoegd beschikken over andermans recht.', *WPNR* 1997/6160, p. 841-843.

Raffan 2006

M. Raffan, 'The Collateral Directive' in: M. Raffan (red.), *A Practitioners's Guide to EU Financial Services Directives*, Surrey: City & Financial Publishing 2006.

Reehuis 1987

W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Reehuis 2010

W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 2010.

Rethaan Macaré 1914

A.J. Rethaan Macaré, *Artikel 6 der Beurswet 1914. Her-beleening, Her-prolongatie en oversluiting. De dwaling waarin men s vervallen en de middelen tot herstel*, Den Haag: W.P. Van Stockum & Zoon 1914.

S

Sagaert 2007

V. Sagaert, 'De verworvenheden van het Europese goederenrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Schärer 2007

H. Schärer, 'Art. 305 ZGB' in: H. Honsell, N.P. Vogt en W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I. Art. 1 – 529 OR*, Basel: Hebling & Lichtenhahn 2007.

Schermer/Eggens 1928

J.P.W. Schermer, G.J.H. Kuyk en J. Eggens, *Ontwerpen van Notarieele Akten. Vierde Deel. Derde gedeelte. Pand en Hypotheek*, Arnhem: Gouda Quint 1928.

Schim 2006

B.F.L.M. Schim, *Giraal effectenverkeer en goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006.

Schukking 1947

W.H.C. Schukking, *Beurswetgeving. Wettelijke regeling van effectenhandel, beurs- en emissiewezen* (diss.), Groningen: J.B. Wolters 1947.

Schwab/Prütting 1994

K.H. Schwab & H. Prütting, *Sachenrecht*, München: Beck 1994.

De Serière 2004

V.P.G. de Serière, 'De financiële zekerheidsovereenkomst: een nieuwe ster aan ons goederenrechtelijk firmament', *Ondernemingsrecht* 2004, p. 68-71.

Simler/Delebecque 2009

P. Simler & P. Delebecque, *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Parijs: Dalloz 2009.

Simons 1941

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsch strafrecht, Deel II, Bijzondere strafbare feiten*, Groningen/Batavia: P. Noordhoff 1941.

Slagter 1999

W.J. Slagter, *Commentaar op de algemene bankvoorwaarden*, Amsterdam: NIBE 1999.

Smits 1994

P. Smits, 'Opdracht, vaststellingsovereenkomst en het uitoefenen van andermans rechten in eigen naam', *WPNR* 1994/6144, p. 493-494.

Snijders 1970

W. Snijders, 'Bezitloze zekerheid op roerende zaken' in: *Honderd jaar rechtsleven. Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970.

Snijders e.a. 1996

H.J. Snijders, *Toegang tot het buitenlands vermogensrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

Snijders 2005

H.J. Snijders, 'Wetgever, het mededogen met ons Burgerlijk Wetboek, ook bij financiëlezekerheidsovereenkomsten' (Redactioneel), *NTBR* 2005, p. 61.

Snijders/Klaassen/Meijer 2011

H.J. Snijders, G.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Snijders/Rank-Berenschot 2012

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Spath 2010

J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

Spath 2011

J.B. Spath, 'Derdenbescherming, conversie en vertegenwoordiging', *NTBR* 2011/79.

Staudinger/Wiegand 2009

W. Wiegand, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 3. Sachenrecht. §§1204-1296; SchiffsRG. Pfandrecht*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2009.

Steffens 2005

L.F.A. Steffens, 'De Europese Richtlijn Financiëlezekerheidsovereenkomsten en de implementatie in de Nederlandse wetgeving', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2005, p. 56-66.

Steffens 2006

L.F.A. Steffens, "'Nieuwe' implementatiewet Richtlijn Financiëlezekerheidsovereenkomsten (FZO) aangenomen en in werking getreden', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2006, p. 95-97.

Stein 1970

P.A. Stein, *Zekerheidsrechten. Zekerheidsoverdracht, pand en borgtocht*, Deventer: Kluwer 1970.

Stein (Vermogensrecht)

P.A. Stein, 'Commentaar titel 3.9 BW' in: Jac. Hijma (red.), *De Groene Serie Privaatrecht. Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Stein/Rueb 2007

P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Steneker 2012

A. Steneker, *Pandrecht. Monografieën BW B-12a*, Deventer: Kluwer 2012.

Stokkermans 1996

Chr. M. Stokkermans, 'Een Amsterdams herverpandingsbeding. Reactie naar aanleiding van het artikel van mr. M.A. Koopal' met naschrift van M.A. Koopal, *WPNR* 1996/6626, p. 418-419.

Stoop 1891

J.C. Stoop, *Herprolongatie* (diss. Leiden), Dordrecht: Revers 1981.

Van Straaten 2005

J.C. van Straaten, 'Beslag op een hypothecaire vordering geeft beslaglegger hypothecaire voorrang', *JBN* 2005, 38.

Struycken 2007

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

Struycken 2009

T.H.D. Struycken, 'Zekerheidsrechten en registratie', in: *Zekerheden in ontwikkeling. Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2009.

Struycken 2010

T.H.D. Struycken, 'Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamel pandakte', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid. Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010, p. 305-327.

Struycken 2010

T.H.D. Struycken, 'The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property' in: R. Westrik & J. van Weide (red.), *Party Autonomy in International Property Law*, München: Sellier 2011.

Suijling 1940

J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5e Stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940.

Sütö 2004

V.J.A. Sütö, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking. Reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2004.

T

Thiele 2003

A.C.F.G. Thiele, *Collective Security Arrangements. A comparative study of Dutch, English and German law* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2003.

Thiele 2009

A.C.F.G. Thiele, 'Collectieve zekerheidsarrangementen; onzekere zekerheid?', in: *Zekerheden in ontwikkeling. Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2009.

Timmerman 2002

L. Timmerman, 'Bankhypotheek en afhankelijkheid', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002.

Tjittes 2009

R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Tuor/Schnyder/Schmid 1995

P. Tuor, B. Schnyder & J. Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich: Schulthess 1995.

Tuil 2009

M.L. Tuil, 'Syndicaatsleningen: veel eenvoudiger als vennootschap', *WPNR* 2009/6812.

V

Verdaas (Faillissementsrecht)

A.J. Verdaas, 'Commentaar artt. 23-24 Fw' in: *De Groene Serie Faillissementsrecht*. Deventer: Kluwer (losbl.).

Verdaas 2008

A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vordering op naam* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008.

Verdaas 2010

A.J. Verdaas, 'Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht! Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht', *NTBR* 2010, p. 397-406.

Verdaas 2012

A.J. Verdaas, 'Moet een cessie- of pandakte toch meer objectief worden uitgelegd?', *TvI* 2012/2.

Verhagen/Rongen 2000

H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie. De overdracht van vordering op naam. Preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2000.

Verhagen/Schuijling 2010

H.L.E. Verhagen & B.A. Schuijling, 'Commentaar op Titel 7.2 BW. Financiële zekerheids-overeenkomst' in: A.I.M. van Mierlo, T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes (red.), *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2010.

Vermunt 2002

N.S.G.J. Vermunt, 'Enkele knelpunten bij pand, hypotheek en beslag', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002.

Verstijlen 2002

F.M.J. Verstijlen, 'Oneigenlijke vermenging tussen art. 3:109/119 BW en 150 Rv', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002.

Verstijlen 2005

F.M.J. Verstijlen, 'Van feo naar fzo (via Brussel). Over het wetsvoorstel inzake de financiële zekerheids-overeenkomst en het spanningsveld tussen Europees en nationaal goederenrecht', *Ondernemingsrecht* 2005/29.

Verstijlen (Faillissementsrecht)

F.M.J. Verstijlen, 'Commentaar art. 68 Fw' in: *De Groene Serie Faillissementsrecht*. Deventer: Kluwer (losbl.).

Visser 2004

K.I.J. Visser, *Zeggenschapsrechten van houders van een recht van pand of vruchtgebruik op aandelen op naam* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Van Vliet 2000

L.P.W. van Vliet, *Transfer of moveables in German, French, English and Dutch law* (diss. Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.

Van Vliet 2005

L.P.W. van Vliet, 'De financiële zekerheids-overeenkomst, een tussenbalans', *NTBR* 2005, p. 190-204.

Van Vliet 2008

L.P.W. van Vliet, 'De kredietcrisis en de financiële zekerheids-overeenkomst. Repurchase agreements, securities lending en margin accounts', *NTBR* 2008, p. 426-431.

Van Vliet 2010

L.P.W. van Vliet, 'Financiële zekerheids-overeenkomsten', in: B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2010, p. 61-87.

Van Vliet 2011

L.P.W. van Vliet, 'Het faillissement van de zekerheidsnemer: hoe sterk is de vordering van de zekerheidsgever tot vergoeding van de overwaarde bij executie?' *NTBR* 2011/1, p. 15-23.

Völmar 1942

H.F.A. Völmar, *Nederlands burgerlijk recht. Handleiding voor studie en praktijk. II. Zaken- en erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1942.

Völmar 1951

H.F.A. Völmar, *Nederlands burgerlijk recht. Handleiding voor studie en praktijk. II. Zaken- en erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951.

De Vries 1915

W.P. de Vries, *De heropening der Beurs. De Prolongatie-Puzzle*, 's-Gravenhage: Willemse & Co 1915.

W

Wenting 2011

A.P. Wenting, 'Beschikking en beschikken over een Mesdag. Over de vervreemding van roerende zaken via middellijke vertegenwoordiging', *MvV* 2011/12.

Wertheim 1935

H.M. Wertheim, *De eigendom van effecten aan toonder in den boedel van den faillieten commissionair* (diss. Amsterdam), 's-Gravenhage: Belinfante 1935.

Wessels 2009

B. Wessels, *Insolventierecht. Deel II. De gevolgen van faillietverklaring (1)*, Deventer: Kluwer 2009.

Van 't Westeinde 2009

M.G. van 't Westeinde, 'Wijziging van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten: nieuwe ronde, nieuwe kansen!', *Tijdschrift voor financieel recht* 2009, p. 380-385.

Westrik 2004

R. Westrik, 'Verwijdering van de Europese rechtscultuur. Het wetsvoorstel uitvoering Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten', *WPNR* 2004/6592, p. 771-776.

Wibier 2006

R.M. Wibier, 'De financiële zekerheidsovereenkomst: verkeerde implementatie van een Richtlijn en een smet op het Burgerlijk Wetboek!', *WPNR* 2006/6667, p. 393-399.

Wibier 2007

R.M. Wibier, 'Zekerheid op bankrekeningen: de financiële zekerheidsovereenkomst – een gouden greep van de wetgever!', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2007, p. 76-82.

Wibier 2009

R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen. Monografieën BW B-44*, Deventer: Kluwer 2009.

Wibier 2009 (2)

R.M. Wibier, 'Vervanging van de security agent in gesyndiceerde leningen', *Ondernehmensrecht* 2009.

Wiegand 1998

W. Wiegand, 'Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand', in: Wolfgang Wiegand (red.), *Mobiliarsicherheiten*, Bern: Berner Bankrechtstag 1998.

Winters 2011

B. Winters, 'Reactie. Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus', *WPNR* 2011/6895.

Z

Zobl/Thurnherr 2010

D. Zobl & C. Thurnherr, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Sachenrecht. Band IV, 2. Abteilung. 5. Teilband. Das Fahrnispfand. 1. Unterteilband. Systematischer Teil und art. 884-§887 ZGB*, Bern: Stämpfli Verlag 2010.

Zubli 1854

A.J. Zubli, *Beleening- en prolongatie-contracten beschouwd onder den verschillende invloed van wetgeving en handelsgebruik*, Amsterdam: Kraay 1854.

Zwalve 1994

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over art. 3:242 BW', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp en W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB (Brunner-bundel)*, Deventer: Kluwer 1994.

JURISPRUDENTIE

- HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, p. 616 (*De Haan/Heineken*)
HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 882 (*Maas en Waalsche Bank*)
HR 21 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1096 (*Hakkers/Van Tilburg*)
HR 23 juni 1930, *NJ* 1931, p. 592
HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274 en *AA* 1968, p. 144-150 (*Texeira de Mattos*)
HR 10 januari 1975, *NJ* 1976, 249 (*Postgiro/Standaardfilms*)
HR 26 maart 1976, *NJ* 1977, 612 (*Keulen en Oliemans q.q./Cebeko*)
HR 2 april 1976, *NJ* 1976, 450 (*Modehuis Nolly*)
HR 10 februari 1978, *NJ* 1979, 338 en *AA* 1978, p. 512-520 (*Nieuwe Matex*)
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (*Ermes/Haviltex*)
Rb 's-Hertogenbosch 2 november 1984, *NJ* 1987, 203 (*Sanders q.q./Loro*)
HR 16 september 1988, *NJ* 1989, 10 (*Balkema*)
HR 27 januari 1989, *NJ* 1989, 422 (*Otex/Steenbergen q.q.*)
HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661 (*Tiethoff q.q./NMB*)
HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744 (*Ontvanger/NMB*).
HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173 (*Gerritse/HAS*)
HR 24 september 1993, *NJ* 1994/174 (*Hol en FNV/EIM*)
HR 23 september 1994, *NJ* 1996, 461 (*Kas-Associatie/Drying Corporation*)
HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 607 (*Verhagen q.q./INB*)
HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447 (*Rivierenland/Gispen q.q.*)
HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 (*Mulder q.q./CLBN*)
Rb Rotterdam 22 oktober 1998, *JOR* 1999, 71 (*Ophof q.q./Workships*)
HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 (*Potharst/Serée*)
HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 (*Akzo/FNV*)
HR 23 maart 2001, *NJ* 2003, 715
HR 17 september 2004, *NJ* 2005, 493 (*DSM/Fox*)
HR 29 oktober 2004, *NJ* 2006, 203 (*Van den Bergh/Van der Walle*)
HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362; *JOR* 2005, 131; *JIN* 2005, 162 (*Rabobank/Stormpolder*)
HR 5 september 2008, *NJ* 2009, 154 (*Forward/Huber*)
HR 20 februari 2009, *NJ* 2009, 376 (*Ontvanger/De Jong*);
Rb Amsterdam 13 mei 2009, *JOR* 2009, 213 (*Bald/Van Boekhold*)
HR 3 september 2010, *JIN* 2010/741 (*Holding Company/DHV*)
Hof Arnhem 14 december 2010, *JOR* 2011, 100 (*Scent of Nature/Tadorna*)
HR 14 januari 2011, *JIN* 2011, 241 en *NJ* 2012, 88 (*Mesdag II*)
Rb Zutphen 19 oktober 2011, *JOR* 2012, 61
HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 261 (*Dix q.q./ING Bank*)

WET- EN REGELGEVING

Nederlandse wet- en Regelgeving

Wet van 8 juli 1874 tot wijziging der wettelijke bepalingen omtrent het pandrecht, *Staatsblad* 1874, nr. 95.

Wet van 26 April 1884 houdende wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek, *Staatsblad* 1884, nr. 93.

Wet van 4 september 1914 houdende bepalingen betreffende den geld- en fondsenhandel in de tegenwoordige buitengewone omstandigheden (Beurswet 1914), *Staatsblad* 1914, nr. 445.

Wet van 31 December 1914, tot aanvulling van artikel 2 der Beurswet 1914, *Staatsblad* 1914, nr. 645.

Besluit Minister van Financiën van 15 januari 1915 tot vaststelling van voorschriften ingevolge Artikel 2, lid 2 der Beurswet 1914 (Beursvoorschriften 1914), *Staatscourant* van 16 januari 1915, nr. 13.

Wet van 6 september 1939 tot wijziging van de Beurswet 1914, *Staatsblad* 1939, nr. 405.

Besluit waarnemend Secretaris-Generaal, waarnemend Hoofd Departement van Financiën van 3 juli 1940 (Beursvoorschriften 1940), *Staatscourant* 3 juli 1940.

Wet van 22 december 2005 tot invoering van de Richtlijn 2002/47/EG, *Staatsblad* 2006, nr. 15.

Wet van 21 april 2011 tot invoering van de Richtlijn 2009/44/EG, *Staatsblad* 2011, nr. 210.

Europese wet- en Regelgeving

Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 inzake definitieve afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (Finaliteitsrichtlijn), *PbEG* 1998, L 166/45.

Verordening 1346/2000/EG van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (Insolventieverordening), *PbEG* 2000, L 160/1.

Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende de financiëlezekerheidsovereenkomst (Collateral Richtlijn), *PbEG* L168/43.

Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG en Richtlijn 2002/47/EG (Wijzigingsrichtlijn), *PbEG* L146/37.

Parlementaire Geschiedenis

- Ontwerp van Wet (Beurswet 1914), *Handelingen II* 1913/14, Bijlagen 373, nr. 1-2.
- Memorie van Toelichting (Beurswet 1914), *Handelingen II* 1913/14, Bijlagen 373, nr. 3.
- Verslag van vergadering Tweede Kamer van 31 augustus 1914, *Handelingen II* 1913/14, Bijlagen 676.
- Verslag van 29 augustus 1914, *Handelingen II* 1913/14, Bijlagen 373, nr. 6.
- Gewijzigd Ontwerp van Wet (Beurswet 1914), *Handelingen II* 1913/14, Bijlagen 373, nr. 7.
- Verslag van vergadering Eerste Kamer van 4 september 1914, *Handelingen I* 1913/14, Bijlagen 162.
- Eindverslag der Commissie van Rapporteurs, *Kamerstukken I* 1913/14, nr. 373.
- Ontwerp van Wet (Aanvulling artikel 2 Beurswet 1914), *Handelingen II* 1914/15, Bijlagen 267, nr. 1-3.
- Voorlopig verslag der Commissie van Rapporteurs, *Kamerstukken I* 1915/16, nr. 2 IV.
- Ontwerp van Wet (Effectenbeurswet 1919), *Handelingen II* 1918/19, Bijlagen 255, nr. 1-2.
- Memorie van Toelichting (Effectenbeurswet 1919), *Handelingen II* 1918/19, Bijlagen 255, nr. 3.
- Voorlopig Verslag (Effectenbeurswet 1919), *Handelingen II* 1918/19, Bijlagen 255, nr. 4.
- Gewijzigd Ontwerp van Wet (Effectenbeurswet 1919), *Handelingen II* 1920/21, Bijlagen 56, nr. 1-2.
- Brief houdende intrekking wetsvoorstel Effectenbeurswet 1919, *Handelingen II* 1928/29, Bijlagen 18, nr. 1.
- Ontwerp van Wet (Wijziging Beurswet 1914), *Handelingen II* 1938/39, Bijlagen 528, nr. 1-3.
- Verslag van vergadering Tweede Kamer van 4 september 1939, *Handelingen II* 1938/39, Bijlagen 587, p. 2265.
- Verslag van vergadering Eerste Kamer van 5 september 1939, *Handelingen I* 1938/39, Bijlagen 204.
- Ontwerp van Wet (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1954/55, 3770, nr. 2.

Memorie van Toelichting (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1954/55, 3770, nr. 3.

Voorlopig Verslag (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1954/55, 3770, nr. 4.

Memorie van Antwoord (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1970/71, 3770, nr. 5.

Gewijzigd Ontwerp van Wet (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1970/71, 3770, nr. 8.

Nader Gewijzigd Ontwerp van Wet (Vaststelling Boek 3 NBW), *Kamerstukken II* 1976/77, 3770, nr. 13.

Memorie van Antwoord (Aanvulling Overgangswet NBW), *Kamerstukken II* 1988/89, 18 998, nr. 5.

Voorstel van Wet (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten), *Kamerstukken II* 2002/03, 28 874, nr. 2.

Memorie van Toelichting (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten), *Kamerstukken II* 2002/03, 28 874, nr. 3.

Memorie van Antwoord (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten), *Kamerstukken I* 2003/04, 28 874, C.

Nader voorlopig verslag (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten), *Kamerstukken I* 2003/04, 28 874, D.

Nadere Memorie van Antwoord (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten), *Kamerstukken I* 2003/04, 28 874, E.

Memorie van Toelichting (Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten), *Kamerstukken II* 2004/05 30 138, nr. 3.

Voorstel van Wet (Uitvoering van Richtlijn nr. 2009/44/EG), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 457, nr. 2.

Memorie van Toelichting (Uitvoering van Richtlijn nr. 2009/44/EG), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 457, nr. 3.

Europese documenten

Europese Commissie, Voorstel van 27 maart 2001 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, *COM* 2001/168.

Europese Commissie, Evaluation report on the Financial Collateral Arrangements Directive (2002/47/EC) van 20 december 2006, *COM* 2006/833.

Europese Commissie, Voorstel van 23 april 2008 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG en Richtlijn 2002/47/EG, COM 2008/213.

BIJLAGEN

BIJLAGE I: Titel 2.19 Oud BW (1838)

Artikel 1196.

Pand is een regt hetwelk de schuldeischer verkrijgt op eene roerende zaak, die hem door den schuldenaar, of door een' ander in deszelfs naam, tot zekerheid der schuld, is ter hand gesteld, en aan den schuldeischer de bevoegdheid geeft om zich bij voorkeur boven de andere schuldeischers uit die zaak te doen betalen; met uitzondering van de kosten van uitwinning en van de onkosten die, na de inpandgeving, tot behoud van de zaak gemaakt zijn, en welke den voorrang zullen hebben.

Artikel 1197.

Ten opzigte van schulden meer dan honderd gulden bedragende, heeft geen pandregt plaats, tenzij daarvan zij opgemaakt eene schriftelijke akte, van eene zekere dagteekening voorzien, en bevattende de opgave der verschuldigde som, alsmede die der in pand gegeven voorwerpen.

Artikel 1198.

Pandregt op inschulden, welke op naam zijn gesteld, kan niet bestaan, dan ten gevolge eener akte, van eene zekere dagteekening voorzien, en aan den schuldenaar der in pand gegeven inschulden beteekend.

Artikel 1199.

In alle gevallen kan het pandregt slechts stand grijpen voor zoo verre het verpande goed gesteld en gebleven is in het bezin van den schuldeischer, of van eenen derde omtrent wien partijen zijn overeengekomen.

Artikel 1200.

De schuldeischer mag, bij niet voldoening des schuldenaars aan zijne verplichtingen, zich het pand niet toeëigenen; alle hiermede strijdige bepalingen zijn nietig. Hij heeft het vermogen om in regten te vorderen dat het pand hem in betaling zal verblijven tot het beloop der schuld, volgens eene door deskundigen te doene begrooting, of dat hetzelfde bij openbare veiling zal worden verkocht.

Artikel 1201.

Het staat aan de partijen vrij om, bij een uitdrukkelijk beding, overeen te komen dat, bij gebreke van voldoening der schuld, de pandhouder onherroepelijk zal zijn gemagtigd om, na eene aan den schuldenaar gedane sommatie tot voldoening, het pand, in het openbaar, naar plaatselijke gewoonten, en op de gebruikelijke voorwaarden, te doen verkoopen, ten einde uit de opbrengst te verhalen het beloop der op het pand geschoten penningen, met de renten en de kosten.

Artikel 1202.

Bij beleening of inpandgeving van effecten of obligatien, kunnen partijen, insgelijks bij uitdrukkelijk beding, overeenkomen dat, bij nalatigheid des schuldenaars om aan alle zijne verplichtingen, uit de akte van beleening of verpanding voortvloeiende, te voldoen, de beleener of pandhouder onherroepelijk zal zijn gemagtigd om, na voorafgaande sommatie, de beleende of verpande voorwerpen te doen verkoopen, en uit derzelver opbrengst alles te verhalen waartoe de beleener of pandgever zich heeft verbonden.

Courante effecten en obligatien kunnen, in dit geval, daags na de gedane sommatie, ter beurze door twee in dat vak aangestelde makelaars worden verkocht; terwijl de verkoop

van niet courante effecten of obligaties in het openbaar zal moeten geschieden, met inachtneming der plaatselijke gewoonten, en op de gebruikelijke voorwaarden.

Artikel 1203.

De schuldeischer is verantwoordelijk voor het verlies of de vermindering van het pand, voor zoo verre zulks door zijne nalatigheid mogt hebben plaats gehad.

De schuldenaar is van zijne zijde verplicht aan den schuldeischer te vergoeden de nuttige en noodzakelijke onkosten die de laatstgemelde tot het behoud van het pand gemaakt heeft.

Artikel 1204.

Indien eene inschuld in pand gegeven is, en deze inschuld interessen opbrengt, verrekent de schuldeischer die interessen met degene welke hem mogten verschuldigd zijn.

Indien de schuld, tot welke zekerheid eene inschuld in pand gegeven is, geene interessen opbrengt, worden de interessen, die de pandhouder ontvangt, op de hoofdsom gekort.

Artikel 1205.

Zoo lang de houder het in pand gegeven goed niet misbruikt, is de schuldenaar onbevoegd om daarvan de teruggave te vorderen voordat hij ten volle betaald hebbe, zoo wel de hoofdsom, als de interessen en onkosten der schuld, voor welke zekerheid het pand gegeven is, alsmede de onkosten die tot behoud van het pand gedaan zijn.

Indien er tusschen denzelfden schuldenaar en denzelfden schuldeischer eene tweede schuld mogt bestaan, tusschen hen zelve aangegaan na het tijdstip der verpanding, en opeischbaar vóór de betaling der eerste schuld, is de schuldeischer niet gehouden zich van het pand te ontdoen, voordat hem beide schulden ten volle zijn voldaan, al mogt er zelfs geen beding gemaakt zijn om het pand voor de betaling der tweede schuld te verbinden.

Artikel 1206.

Het pand is ondeelbaar, niettegenstaande de schuld onder de erfgenamen van den schuldenaar of onder die van den schuldeischer mogt deelbaar zijn.

De erfgenaam van den schuldenaar die zijn gedeelte in de schuld betaald heeft, kan de teruggave van zijn aandeel in het pand niet vorderen, zoo lang de schuld niet ten volle is gekweten.

Wederkeerig mag de erfgenaam van den schuldeischer die zijn aandeel in de schuld ontvangen heeft, het pand niet terug geven ten nadeele van diegenen zijner mede-erfgenamen die niet betaald zijn.

Artikel 1207.

De hierboven gemaakte bepalingen zijn niet toepasselijk op zaken van koophandel, of op banken van leening welke bij openbaar gezag zijn gevestigd, voor zoo verre bij het Wetboek van Koophandel, of bij de verordeningen omtrent die instellingen, bijzondere bepalingen zijn gemaakt.

BIJLAGE II: Titel 2.19 Oud BW (na wetwijziging van 1874)

Artikel 1196.

Pand is een regt hetwelk de schuldeischer verkrijgt op eene roerende zaak, die hem door den schuldenaar, of door een ander in deszelfs naam, tot zekerheid der schuld, is ter hand gesteld, en aan den schuldeischer de bevoegdheid geeft om zich bij voorkeur boven de andere schuldeischers uit die zaak te doen betalen; met uitzondering van de kosten van uitwinning en van de onkosten die, na de inpandgeving, tot behoud van de zaak gemaakt zijn, en welke den voorrang zullen hebben.

Artikel 1197.

Pandovereenkomst wordt bewezen door alle middelen, die voor het bewijs der hoofdverbintenis zijn toegelaten.

Artikel 1198.

(1) Pandrecht op lichamelijke roerende zaken en op inschulden aan toonder wordt gevestigd door het brengen van het pand onder de magt van den schuldeischer of van een derde, omtrent wien partijen zijn overeengekomen.

(2) Het is niet bestaanbaar op zaken, die in de magt van den schuldenaar worden gelaten of met den wil van den schuldeischer terugkeeren.

(3) Het gaat te niet, wanneer het pand uit de magt van den pandhouder geraakt.

(4) Is het echter door dezen verloren of aan hem ontstolen, dan heeft hij regt van terugvordering bij art. 2014, tweede lid, bedoeld, en wordt bij terugbekoming van het pand het pandregt geacht nooit verloren te zijn geweest.

(5) De onbevoegdheid van den pandgever om over de zaak te beschikken, kan aan den schuldeischer, die haar in pand heeft genomen, niet worden tegengeworpen, onverminderd het regt tot terugvordering van hem, die de zaak verloren heeft, of aan wien zij is ontstolen.¹³⁵⁶

Artikel 1198bis.

Tot vestiging van pandregt, op papier aan order, wordt behalve het endossement de overgaaf van papier gevorderd.

Artikel 1199.

Pandregt op onlichamelijke roerende zaken, met uitzondering van papier aan order of aan toonder, wordt gevestigd door kennisgeving der verpanding aan hem tegen wien het in pand gegeven regt moet worden uitgeoefend. Door dezen kan van die kennisgeving en van de toestemming des pandgevers een schriftelijk bewijs worden gevorderd.

Artikel 1200.

De schuldeischer mag, ingeval de schuldenaar of de pandgever niet aan zijne verplichtingen voldoet, zich het pand niet toeëigenen. Alle hiermede strijdige bepalingen zijn nietig.

Artikel 1201.

Wanneer door partijen niet anders is overeengekomen, is de schuldeischer, ingeval de schuldenaar of de pandgever niet aan zijne verplichtingen voldoet, gerechtigd om, na het verstrijken van den bepaalden termijn, of indien geen vaste termijn is bepaald, na eene sommatie tot voldoening, het pand in het openbaar, naar plaatselijke gewoonten en op de gebruikelijke voorwaarden, te doen verkoopen, ten einde uit de opbrengst het beloop der

¹³⁵⁶ Dit artikel is nadien gewijzigd bij de wet van 26 april 1884, Staatsblad 1884, nr. 93, waarbij het woord "ontstolen" is vervangen door "ontvreemd".

schuld met de renten en de kosten te verhalen. Bestaat het pand uit ter markt of ter beurze verhandelbare koopmansgoederen of effecten, dan kan de verkoop ook aldaar geschieden, mits door tusschenkomst van twee makelaars in het vak.

Artikel 1202.

In alle geval kan, wanneer de schuldenaar of de pandgever in gebreke is aan zijn verplichtingen te voldoen, de schuldeischer in regten vorderen, dat het pand tot verhaal der schuld met de renten en kosten zal worden verkocht op de wijze door de regter te bepalen, of wel de regter op des schuldeischers vordering toestaan, dat het pand aan dezen, voor een bedrag bij het vonnis te bepalen tot het beloop der schuld met de renten en kosten in betaling zal verblijven.

Van de vervreemding van het pand in de gevallen, bij dit en het vorig artikel bedoeld, is de schuldenaar verplicht den pandgever uiterlijk den volgenden dag kennis te geven. Bericht per telegraaf of bij aangeteekenden brief geldt voor behoorlijke kennisgeving.

Artikel 1203.

De schuldeischer is verantwoordelijk voor het verlies of de vermindering van het pand, voor zoo verre zulks door zijne nalatigheid mogt hebben plaats gehad.

De schuldenaar is van zijne zijde verplicht aan den schuldeischer te vergoeden de nuttige en noodzakelijke onkosten die de laatstgemelde tot het behoud van het pand gemaakt heeft.

Artikel 1204.

Indien eene inschuld in pand gegeven is, en deze inschuld interessen opbrengt, verrekent de schuldeischer die interessen met degene welke hem mogten verschuldigd zijn.

Indien de schuld, tot welker zekerheid eene inschuld in pand gegeven is, geene interessen opbrengt, worden de interessen, die de pandhouder ontvangt, op de hoofdsom gekort.

Artikel 1205.

Zoo lang de houder het in pand gegeven goed niet misbruikt, is de schuldenaar onbevoegd om daarvan de teruggave te vorderen voordat hij ten volle betaald hebbe, zoo wel de hoofdsom, als de interessen en onkosten der schuld, voor welker zekerheid het pand gegeven is, alsmede de onkosten die tot behoud van het pand gedaan zijn.

Indien er tusschen denzelfden schuldenaar en denzelfden schuldeischer eene tweede schuld mogt bestaan, tusschen hen zelve aangegaan na het tijdstip der verpanding, en opeischbaar vóór de betaling der eerste schuld, is de schuldeischer niet gehouden zich van het pand te ontdoen, voordat hem beide schulden ten volle zijn voldaan, al mogt er zelfs geen beding gemaakt zijn om het pand voor de betaling der tweede schuld te verbinden.

Artikel 1206.

Het pand is ondeelbaar, niettegenstaande de schuld onder de erfgenamen van den schuldenaar of onder die van den schuldeischer mogt deelbaar zijn. De erfgenaam van den schuldenaar die zijn gedeelte in de schuld betaald heeft, kan de teruggave van zijn aandeel in het pand niet vorderen, zoo lang de schuld niet ten volle is gekweten. Wederkeerig mag de erfgenaam van den schuldeischer die zijn aandeel in de schuld ontvangen heeft, het pand niet terug geven ten nadeele van diegenen zijner mede-erfgenamen die niet betaald zijn.

Artikel 1207.

De hierboven gemaakte bepalingen zijn niet toepasselijk op zaken van koophandel, of op banken van leening welke bij openbaar gezag zijn gevestigd, voor zoo verre bij het Wetboek van Koophandel, of bij de verordeningen omtrent die instellingen, bijzondere bepalingen zijn gemaakt.

BIJLAGE III: Reglement voor den Effectenhandel

Artikel 42 t/m 52 Reglement voor den Effektenhandel

vastgesteld op 27 december 1876 door de Vereeniging voor den Effektenhandel te Amsterdam

Van Beleening en Prolongatie

Artikel 42.

Beleeningen worden gesloten voor drie maanden, prolongatiën voor ééne maand. De geldnemer is echter gerechtigd de post tusschentijds op te vragen, mits hij de rente, bij beleeningen over de volle maanden, gedeelten voor geheelen gerekend, en bij prologantie over minstens vijftien dagen betale.

Artikel 43.

Wanneer de geldnemer eene beleening niet wenschte te verlengen, moet hij daarvan, minstens veertien dagen vóór den vervaldag, ten beurze vóór half-drie ure, aan den geldgever kennis geven.

Bij gebreke hiervan wordt de beleening geacht voor drie maanden te zijn gecontinueerd tot den rentekoers van den dag der continuatie.

Artikel 44.

Wanneer de geldgever eene beleeningen niet wenschte te verlengen, moet hij den geldnemer, minstens veertien dagen vóór den vervaldag, ter beurze vóór half-drie ure, daarvan kennis geven.

Bij gebreke daarvan, wordt de post van den kant des geldgevers geacht te zijn gecontinueerd voor drie maanden fixe, tot den rentekoers van den dag der continuatie.

Artikel 45.

Wanneer de geldnemer eene prolongatie niet wenschte te verlengen, moet hij daarvan op den vervaldag en, zoo deze geen beursdag is, op den laatst voorgaanden beursdag, vóór half-drie ure des namiddags aan den geldgever kennis geven.

Bij gebreke hiervan wordt de prolongatiepost geacht voor ééne maand te zijn verlengd tot den rentekoers van den vervaldag. Bij gecontinueerde posten behoeft, in geval van opvraging tusschentijds, geen minimum van vijftien dagen rente betaald te worden.

Artikel 46.

Wanneer de geldgever een prolongatie niet wenst te continueeren, moet hij de geldnemer op den laatsten dag vóór den vervaldag en, zoo deze geen beursdag is, één dag te voren vóór half-drie ure des namiddags daarvan kennis geven.

Bij gebreke van deze kennisgeving wordt de post van den kant des geldgevers geacht te zijn gecontinueerd voor één maand fixe.

Artikel 47.

Beleeningen en prolongatiën op den 31^{sten} der maand gesloten, worden in maanden, die minder dan 31 dagen hebben, gerekend te vervallen op den laatsten dag der maand.

Artikel 48.

De rente wordt berekend over maanden van dertig dagen.

Posten op den 31^{sten} gesloten worden ten deze aanzien gelijk gesteld met posten van de 1^{sten}.

De rente is verschuldigd tot den vervaldag, of, bij opvraging, voor beleeningsposten tot het einde der ingetreden beleening-maand, en voor prolongatieposten tot den dag van opvra-

ging. Bij opvraging van den beleeningspost tusschen den dag der continuatie en den vervalddag is bovendien de rente over de maand volgende op den vervalddag verschuldigd. Zij moet worden betaald: bij aflopende posten, tegelijk met de hoofdsom, op den eersten beursdag na den vervalddag of na de opvraging; bij niet aflopende posten, op den eersten beursdag na den vervalddag.

Artikel 49.

De waarde van het onderpand in fondsen moet steeds volgens beursprijs, zonder bijvoeging van rente, bij beleeningen met 20 percent en bij prolongatiën met 10 percent, het beloop van het voorschot te boven gaan, zonder dat de subsidiaire verpanding, bedoeld bij het volgende artikel, hierbij in aanmerking komt.

Telkens, wanneer bij daling van de beursprijzen de waarde van het onderpand tot beneden het vereischte bedrag mocht verminderen, moet het, uiterlijk den volgenden dag, vóór 12 ure des middags, tot dat bedrag worden aangevuld.

Artikel 50.

Het onderpand eener beleening of prolongatie is subsidiair verbonden voor alle andere beleeningen en prolongatiën, welke tusschen dezelfde partijen zijn of zullen worden gesloten. Zoolang evenwel de post, waarvoor het onderpand in de eerste plaats is bestemd, nog loopende is, kan het voor andere posten niet worden aangesproken. Ook kan de teruggaaf van het onderpand wegens dit subsidiaire verband niet geweigerd worden, tenzij de geldnemer, op het tijdstip waarop die teruggaaf verplichtend is, ten aanzien van een der andere posten aan eenige zijner verplichtingen niet hebbe voldaan.

Artikel 51.

De onderpanden van de aflopende beleeningen en prolongatiën worden (behoudens het rechtuit het vorige artikel voortvloeiende, en behoudens bijzondere overeenkomsten tusschen geldgever en geldnemer) door den geldgever aan den geldnemer geleverd op den eersten beursdag na den vervalddag of na de opvraging, des voormiddags tusschen 9 en 12 ure, tegen betaling van de daarop voorgeschoten som met de rente.

Artikel 52.

De beleeningen en prolongatiën worden gesloten bij akte volgens formulier door de Vereeniging vastgesteld (Formulier F, G en H).

Artikel 44 t/m 54 Reglement voor den Effectenhandel

gewijzigd op 28 april en 4 mei 1903 door de Vereeniging voor den Effektenhandel te Amsterdam

Van geldleeningen tegen onderpand van fondsen

Artikel 44.

Geldleeningen geschieden:

- a. voor onbepaalden tijd tot wederopzegging door een der partijen (dusgenaamd on call);
- b. voor eene maand (dusgenaamde prolongatie);
- c. voor drie maanden (dusgenaamd beleeningen).

Bij geldleeningen *b.* en *c.* is de geldnemer tusschentijds gerechtigd het opgenomen bedrag terug te betalen, en het onderpand terug te ontvangen, mits, bij prolongatie, rente betalende over minstens 15 dagen en bij beleeningen, rente betalende over minstens 15 dagen en bij beleeningen, rente betalende over de geheele loopende maand.

Artikel 45.

Wanneer de geldnemer eene geldleening on call wenscht af te lossen moet hij daarvan in het lokaal der Vereeniging vóór kwartier over twee ure aan den geldgever kennis geven.

Artikel 46.

Wanneer de geldgever eene geldleening on call wenscht terug te ontvangen, moet hij daarvan in het lokaal der Vereeniging vóór kwartier over twee ure aan den geldnemer kennis geven.

Artikel 47.

Wanneer de geldnemer eene prolongatie of beleening niet wenscht te verlengen, moet hij daarvan op den vervalddag, en zoo deze geen beursdag is, op den laatst voorgaande beursdag, vóór half-drie ure des namiddags aan den geldgever kennis geven. Bij gebreke hiervan wordt de prolongatiepost geacht voor één maand, de beleeningpost voor drie maanden te zijn verlengd tot den rentekoers van den vervalddag.

Wanneer de vervalddag eener prolongatie of beleening niet valt op een beursdag is de rentekoers van den laatsten beursdag vóór dien dag geldig.

Artikel 48.

Wanneer de geldgever eene prolongatie of beleening niet wenscht te continueeren, moet hij de geldnemer op den laatsten dag vóór den vervalddag en, zoo deze geen beursdag is, één dag te voren vóór half-drie ure des namiddags daarvan kennis geven.

Bij gebreke van deze kennisgeving wordt de post van den kant des geldgevers geacht te zijn gecontinueerd voor één maand resp. drie maanden fixe.

Artikel 49.

Beleeningen en prolongatiën op den 31^{sten} der maand gesloten, worden in maanden, die minder dan 31 dagen hebben, gerekend te vervallen op den laatsten dag der maand.

Artikel 50.

De rente wordt berekend over maanden van dertig dagen.

Posten op den 31^{sten} gesloten worden ten deze aanzien gelijk gesteld met posten van de 1^{sten}.

De rente is verschuldigd tot den vervalddag, of, bij opvraging, voor beleeningsposten tot het einde der ingetreden beleening-maand, en voor prolongatieposten tot den dag van opvraging; bij gecontinueerde prolongatieposten behoeft, in geval van opvraging tusschentijds, geen minimum van vijftien dagen betaald te worden. Zij moet worden betaald: bij afloopende posten, tegelijk met de hoofdsom, op den eersten beursdag na den vervalddag of na de opvraging; bij niet afloopende posten, op den eersten beursdag na den vervalddag. Bij geldleening on call gaat de rente in op den beursdag, volgend op dien waarop de leening gesloten is, en is verschuldigd tot den dag der terugbetaling; zij wordt tegelijk met de hoofdsom betaald. De maand wordt daarbij op het juiste aantal dagen berekend.

Artikel 51.

De waarde van het onderpand in fondsen moet steeds volgens beursprijs, zonder bijvoeging van rente, bij beleeningen met 20 percent en bij prolongatiën en geldeningen on call met 10 percent het beloop van het voorschot te boven gaan, zonder dat de subsidiaire verpanding, bedoeld bij het volgende artikel, hierbij in aanmerking komt.

Telkens, wanneer bij daling van de beursprijzen de waarde van het onderpand tot beneden het vereischte bedrag mocht verminderen, moet het, uiterlijk den volgenden dag, vóór 12 ure des middags, tot dat bedrag worden aangevuld.

Artikel 52.

Het onderpand eener beleening, prolongatie of geldleening on call, is subsidiair verbonden voor alle andere geldleeningen, welke tusschen dezelfde partijen zijn of zullen worden gesloten. Zoolang evenwel de post, waarvoor het onderpand in de eerste plaats is bestemd, nog loopende is, kan het voor andere posten niet worden aangesproken. Ook kan de teruggaaf van het onderpand wegens dit subsidiaire verband niet geweigerd worden, tenzij de geldnemer, op het tijdstip waarop die teruggaaf verplichtend is, ten aanzien van een der andere posten aan eenige zijner verplichtingen niet hebbe voldaan.

Artikel 53.

De onderpanden van de aflopende beleeningen, prolongatiën en geldleeningen on call worden (behoudens het rechtuit het vorige artikel voortvloeiende, en behoudens bijzondere overeenkomsten tusschen geldgever en geldnemer) door den geldgever aan den geldnemer geleverd op den eersten beursdag na den vervaldag of na de opvraging, des voormiddags tusschen 9 en 12 ure, tegen betaling van de daarop voorgeschoten som met de rente.

Artikel 54.

De beleeningen, prolongatieën en geldleeningen on call worden gesloten bij akte volgens formulier door de Vereeniging vastgesteld (Formulier F, G, G¹ en H).

BIJLAGE IV: Beurswet 1914

Artikel 1.

Onder beurzen in den zin dezer wet worden verstaan alle Nederlandsche beurzen van koophandel, voor zoover zij bestemd zijn voor den geld- en fondsenhandel, ook wanneer zij niet op gezag van het plaatselijke bestuur worden gehouden, alsmede alle veilingen van fondsen.

Artikel 2.

1. De beurzen staan onder toezicht van Onzen Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel.
2. In verband met het toezicht, in het eerste lid bedoeld, is Onze Minister bevoegd, voorschriften te geven of te doen geven omtrent:
 - 1° de opening en de sluiting der beurzen;
 - 2° de noteering en de wijze waarop ter beurze zaken worden gedaan;
 - 3° de afwikkeling van prolongaties, voorschotten in rekening-courant of andere leeningen, welke van vóór 29 Juli 1914 loopen en waarvoor fondsen tot onderpand werden gegeven, onverschillig of die leeningen al dan niet ter beurze werden gesloten;
 - 4° de afwikkeling van andere vóór 29 Juli 1914 ter beurze gedane zaken.¹³⁵⁷een en ander voor zooveel noodig onder afwijking van de voor eenige beurs bestaande reglementen van het plaatselijke bestuur of van eenige vereeniging.

Artikel 3.

In de prijscouranten der beurzen worden slechts die fondsen opgenomen, welke door of vanwege Onzen genoemden Minister worden aangewezen. Van deze aanwijzing wordt telkens in de *Staatscourant* mededelingen gedaan.

Artikel 4.

1. Als maatstaaf ter berekening van de waarde van fondsen, strekkende tot onderpand voor niet afgeloste prolongaties, voorschotten in rekening-courant of voor andere leeningen, welke van vóór 29 Juli 1914 loopen, worden aangenomen de koersen, door of vanwege Onze genoemden Minister bepaald.
2. Indien de noteering van eenig fonds lager is dan de krachtens het eerste lid bepaalde koers, wordt de termijn of worden de termijnen, binnen welke de geldnemer, wiens onderpand dientengevolge niet meer het overeengekomen surplus oplevert, verplicht is, dit surplus aan te vullen door of vanwege Onzen genoemden Minister bepaald.

Artikel 5.

1. Fondsen, welke tot onderpand strekken voor verbintenissen, als bedoeld in artikel 4, eerste lid, mogen niet zonder toestemming van den pandgever worden verkocht, tenzij de pandhouder de regelen in acht neemt door of vanwege Onze genoemden Minister vastgesteld, en bij den verkoop van die fondsen ter beurze daarop een bod doet, tot een koers, niet lager dan door of vanwege Onzen genoemden Minister voor den dag van den verkoop is bepaald.
2. Indien voor éézelfde verbintenis, bedoeld in artikel 4, eerste lid, fondsen in onderpand zijn gegeven, waarvan een deel ingevolge artikel 3 wèl en een ander deel niet in de prijscourant zijn opgenomen, mogen de eerstbedoelde fondsen met inachtneming van het eerste lid van dit artikel afzonderlijk worden verkocht.

¹³⁵⁷ Toegevoegd bij Wet van 31 december 1914 tot aanvulling van artikel 2 der Beurswet 1914, Staatsblad 1914, nr. 645.

Artikel 6.

1. De pandhouder heeft – behoudens het bepaalde in het derde lid – de bevoegdheid de hem in onderpand gegeven fondsen, met uitzondering van loten en obligatiën van premieleeningen, hetzij geheel, hetzij gedeeltelijk op zijne beurt bij derden te beleenen; hij blijft niettemin tegenover den pandgever ten volle verantwoordelijk.
2. Fondsen, welke op den dag van het in werking treden van dit artikel reeds in onderpand waren gegeven en door den pandhouder op genoemden dag reeds waren herbeleend, zullen geacht worden aldus te zijn herbeleend met goedvinden van den pandgever, onverminderd de verantwoordelijkheid van hem, die herbeleende.
3. De bevoegdheid, bij dit artikel aan den pandhouder gegeven, geldt ten aanzien van fondsen, in pand gegeven na het in werking treden van dit artikel, alleen wanneer zij in de pandovereenkomst is voorbehouden.

Artikel 7.

Alle bepalingen van overeenkomsten of reglementen strijdig met hetgeen bij of ingevolge deze wet is of zal worden bepaald, zijn ongeldig.

Artikel 8.

Bij de uitvoering dezer wet wordt Onze genoemde minister voorgelicht door een door Ons benoemde commissie van deskundigen.

Artikel 9.

Deze wet kan worden aangehaald als "Beurswet 1914".

Artikel 10.

1. De artikel 4 en 5 van deze wet treden in werking op den door Ons te bepalen dag; de overige artikelen dezer wet treden in werking op den dag harer afkondiging.
2. Zoodra de tegenwoordige buitengewoone omstandigheden hebben opgehouden te bestaan, zal aan de Staten-Generaal een voorstel van wet worden gedaan, waarbij de intrekking van deze wet, zoomede de overgang tot den normalen toestand worden geregeld.

BIJLAGE V: Beursvoorschriften 1914

Artikel 61 t/m 78 Beursvoorschriften 1914

Artikel 61.

1. De navolgende bepalingen gelden voor geldleeningen tegen onderpand van fondsen, na heropening der beurs aldaar gesloten, voorzoover partijen geen andere bedingen hebben gemaakt.
2. De artt. 44 tot en met 54, 57, 58, 59 en 60 van het Reglement voor den Effectenhandel van de Vereeniging zijn op die geldleeningen niet van toepassing.

Artikel 62.

1. Onder *daggeld-leening* verstaan deze bepalingen eene geldleening tegen onderpand van fondsen, gesloten voor onbepaalden tijd, tot wederopzegging door een der partijen.
2. Onder *prolongatie* verstaan deze bepalingen eene geldleening tegen onderpand van fondsen, gesloten voor den tijd van één maand.
3. Onder *werkdag* verstaan deze bepalingen iederen dag met uitzondering van:
 - a. De Zondagen en de daarmee volgens 154, lid 2 W. v. K. gelijkgestelde dagen;
 - b. De dagen, die door den Minister verklaard worden voor deze geldleeningen niet als werkdagen te worden beschouwd.
4. Onder *vervaldag* verstaan deze bepalingen den dag, waarop eene daggeld-leening eindigt of eene prolongatie bij niet-verlenging zou eindigen. Indien deze dag geen werkdag is, verstaan deze bepalingen onder vervaldag den laatsten werkdag, voorafgaande aan den dag, waarop eene daggeld-leening eindigt of eene prolongatie bij niet-verlenging zou eindigen.
5. Onder *beursprijs* verstaan deze bepalingen de dagelijksche notering in de onder toezicht van den Minister vastgestelde Prijscourant.

Artikel 63.

1. Eene prolongatie vervalt telkens op den met den datum van sluiting overeenstemmende datum van elke volgende maand.
2. Eene prolongatie, op den 29sten, 30sten of 31sten dag der maand gesloten of verlengd, wordt in eene maand, die den overeenstemmenden datum niet heeft, gerekend te vervallen op den laatsten dag deze maand.

Artikel 64.

1. Bij het sluiten van eene daggeld-leening of van eene prolongatie stelt de geldgever den eerstvolgenden werkdag, tusschen 9 en 12 uur des voormiddags, het bedrag der geldleening ter beschikking van den geldnemer tegen overhandiging van het onderpand.

Artikel 65.

1. Wanneer een der partijen eene daggeld-leening wenscht te doen eindigen, moet zij daarvan aan de andere partij kennis geven op eenen werkdag, uiterlijk te 2 uur des namiddags, en moet de terugbetaling geschieden ten kantore van den geldnemer den daarop volgende werkdag tusschen 9 en 12 uur des voormiddags.

Artikel 66.

1. Wanneer een der partijen eene prolongatie net wenscht te doen verlengen, moet zij daarvan aan de andere partij kennis geven uiterlijk 2 $\frac{3}{4}$ uur des namiddags van den werkdag, voorafgaande aan den vervaldag, en met de terugbetaling geschieden ten kantore van den geldnemer den eersten werkdag na den vervaldag tusschen 9 en 12 uur des voormiddags.

Artikel 67.

1. Bij gebreke van tijdige kennisgeving door een der partijen wordt de prolongatie geacht voor één maand te zijn verlengd tot den rentekoers van den vervaldag.

Artikel 68.

1. Bij eene daggeld-leening en bij eene aflopende prolongatie is de rente verschuldigd van den werkdag, volgende op dien, waarop de daggeld-leening of de prolongatie is gesloten, tot den werkdag, waarop de hoofdsom wordt terugbetaald, met inachtneming van het bepaalde in art. 69.
2. Bij de berekening van de rente wordt het jaar gerekend op 360 dagen.
3. De rente moet worden betaald gelijk met de hoofdsom.

Artikel 69.

1. Bij eene prolongatie is de geldnemer gerechtigd tusschentijds het opgenomen bedrag terug te betalen en het onder pand terug te vorderen, mits hij daarvan aan den geldgever kennis geeft uiterlijk te 2 $\frac{3}{4}$ uur des namiddags van den werkdag, voorafgaande aan dien, waarop hij de leening wil doen vervallen. De terugbetalingen moet dan geschieden ten kantore van den geldnemer den tweede werkdag na de kennisgeving tusschen 9 en 12 uur des voormiddags met de rente tot dien dag, met dien verstande echter, dat gedurende de maand waarvoor de prolongatie is gesloten, steeds ten minste 15 dagen rente is verschuldigd.

Artikel 70.

1. Bij verlenging van eene prolongatie is den rente, waartegen deze oorspronkelijk is gesloten, verschuldigd tot en met den oorspronkelijken vervaldag, en is van dien dag af de rente verschuldigd, waartegen den prolongatie is verlengd.
2. Bij iedere verdere verlenging van eene prolongatie is de rente, waartegen deze telkenmale wordt verlengd, verschuldigd van den dag der verdere verlenging.
3. Ingeval eene prolongatie wordt verlengd, moet de rente echter worden betaald op den eerste werkdag na den oorspronkelijke vervaldag en bij verdere verlenging op den eesten werkdag na den dag, tot welken de prolongatie is verlengd.

Artikel 71.

1. De waarde van het onderpand in fondsen moet steeds het bedrag van de geldleening met ten minste 10 pCt. te boven gaan, zonder dat de subsidiaire verpanding, bedoeld bij het volgende artikel, hierbij in aanmerking komt.
2. De waarde wordt berekend volgens beursprijs, zonder bijberekening van rente.
3. Zoolang fondsen niet zijn opgenomen in de in art. 12 bedoelde dagelijksche noteering, wordt hun waarde door partijen geschat.
4. Telkens wanneer de waarde van het onderpand tot beneden het vereischte bedrag mocht verminderen, moet het uiterlijk den eerstvolgende werkdag, vóór 12 uur des middags, tot dat bedrag worden aangevuld.
5. De geldgever heeft het recht hem niet passende fondsen als onderpand te weigeren, voorzover hij bij het sluiten der leening zich dit recht heeft voorbehouden.

Artikel 72.

1. Het onderpand eener daggeld-leening of eener prolongatie is subsidiair als pand verbonden voor alle andere geldleeningen, welke tusschen dezelfde partijen zijn of zullen worden gesloten. Zoolang evenwel de geldleening, waarvoor het onderpand in de eerste plaats is bestemd, nog loopende is, kan het voor andere geldleeningen niet worden aangesproken. Ook kan de teruggaaf van het onderpand wegens dit subsidiaire verband niet geweigerd worden, tenzij de geldnemer, op het tijdstip, waarop die te-

ruggaaf verplicht is, ten aanzien van een der andere geldleeningen aan eenige zijner verplichtingen niet hebbe voldaan.

2. Echter is het onderpand van na 28 Juli 1914 gesloten geldleeningen niet aldus verbonden voor geldleeningen, tusschen dezelfde partijen vóór 29 Juli 1914 gesloten.

Artikel 73.

1. De geldgever heeft de bevoegdheid de hem in onderpand gegeven fondsen, hetzij geheel, hetzij gedeeltelijk, op zijne beurt bij derden te beleenen, voorzover de geldnemer hem hiertoe schriftelijk heeft gemachtigd.
2. De geldgever blijft niettemin tegenover den geldnemer ten volle verantwoordelijk voor de teruggave van dezelfde stukken als die hij van den geldnemer heeft ontvangen.

Artikel 74.

1. Ingeval de geldnemer in gebreke blijft, ondanks daartoe strekkende gerechtelijke aanmaning, hetzij het onderpand aan te vullen overeenkomstig art. 71, hetzij te voldoen de rente of de aflossing op de daarvoor gestelde tijden of bij staking zijner betalingen, worden de hoofdsom der geldleening en de verschuldigde renten, voorzover niet reeds opvorderbaar, den dag, volgende op dien der aanmaning, des middags om 12 uur vanzelf opvorderbaar, en is de geldgever daarna bevoegd de in pand gegeven fondsen, hetzij in openbare veiling, hetzij door twee makelijaars ter executiebeurze te doen verkoopen, ten einde uit de opbrengst daarvan hoofdsom, renten tot den dag na den verkoop van het onderpand, en kosten te verhalen, behoudens de aansprakelijkheid van den geldnemer voor het te kort komende.
2. Echter zullen geene fondsen verkocht mogen worden, waarvan niet ten minste daags te voren is aangekondigd, hetzij door aanplakking ter executiebeurze, hetzij door kennisgeving in een veelgelezen te Amsterdam verschijnend dagblad.
3. De geldgever, die tot verkoop ter executiebeurze wenscht over te gaan, geeft daarvan kennis aan den Minister.

Artikel 75.

1. Wanneer de geldgever in gebreke blijft het onderpand van eene beëindigde daggeldleening of van eene afgeloopen prolongatie te leveren, is de geldnemer, daags na eene gerechtelijke aanmaning tot levering, bevoegd stukken van dezelfde fondsen als die, waaruit het onderpand bestaat, voor rekening van de geldgever te doen inkoopen door twee makelaars, ter beurze of voor zoover de fondsen niet in de in art. 12 bedoelde dagelijksche beursnotering voorkomen, zoo goed mogelijk elders.
2. Eventuele schade of voordeel wordt met den geldgever verrekend.

Artikel 76.

1. In de gevallen, bij de artt. 74 en 75 voorzien, komen de kosten der aanmaning en der aankondiging ten laste van den aangemaande.

Artikel 77.

1. Van den verkoop of inkoop, gedaan krachtens een der artt. 74 en 75, moet uiterlijk den volgenden werkdag aan hem voor wiens rekening deze gedaan is, worden kennis gegeven. Bericht per telegraaf of bij aangetekende brief geldt voor behoorlijke kennisgeving.

Artikel 78.

1. Eene daggeldleening of eene prolongatie wordt gesloten bij akte, volgens formulier door den Minister vastgesteld.

TREFWOORDENREGISTER

Verwezen wordt naar de paragrafen. De vetgedrukte verwijzingen duiden op paragrafen waarin het onderwerp in het bijzonder aan de orde komt. Niet alle vindplaatsen zijn opgenomen.

A

aandeel | 2.4.1.4, 3.4, 3.5, 4.2.4.1
accessoriteit | 5.4, 8.6, **8.6.1**, **8.6.2**
AFM | 4.2.1.1, 9.4.1
afstand | 3.3.1.2, 3.4, 4.3.1, 4.4, 5.5, 8.5.2
akte | 2.3.1, 2.3.2, 2.4.1.1, 4.2.4.1, 4.2.4.2, 7.6.2.3, 8.3, 8.3.1.1, 8.3.1.2, 8.3.1.3, 8.5.1
Algemene Bankvoorwaarden | 3.4, 4.2.1.4
algemene voorwaarden | 2.4.1.4, 3.3.3.2, 3.4, 4.2.1.1, 4.2.1.2, 4.2.1.4, 6.2, 9.4.1

B

bankhypotheek | **5.4**
bankpandrecht | **5.4**, 8.6.1
bekrachtiging | 4.2.1, 4.2.1.2,
belening | 2.2, **2.2.1**, 2.2.2, 2.3, 2.4, 2.4.1, 3.2
beperkt zekerheidsrecht | 3.2.1, 8.4, 7.6.4, 8.4.1
beschikkingsbevoegdheid | 3.3.1.1, 4.2.1.1, 4.2.4.3, 4.3.1.2, 6.2, 6.3.1, 6.3.2, 6.5.1, 6.5.2, 7.6.4, **8.2.1**, **8.2.2**, **8.2.3**
contractuele toekenning van beschikkingsbevoegdheid | 8.2.2.2
beslag | **6.6.1**, **6.6.2**
beslaglegger | 6.6, 6.6.1, 6.6.2, 7.4.1
blokkerende werking | 6.6, 6.6.1, 6.6.2
derdenbeslag | 6.6, 6.6.1, 6.6.2, 7.4.1
bestanddeel | 4.4
Beurswet 1914 | 2.4, 3.2, 3.4, 3.5
bewaarder | 6.4
bewind | 6.5, 8.2.1
bezit | 2.3.3.2, 2.4.1.4, 2.6.2, 8.3.1, 8.3.2
bezitsverschaffing | 8.3.1, 8.3.2
bezitter | 2.4.1.4
boedel | 5.2, 6.5.1, 6.5.2, 6.5.3
borgtocht | 6.4.2

C

cessie | 7.4.1, 7.4.2, 8.3.1, 8.6.1, 8.6.2
Collateral Richtlijn | **7.6**, **7.6.1**, 7.6.2, 7.6.3, 7.6.4, 9.3
commissionair | 2.2, 2.3.3.3
consignatie | 6.3, 6.3.1, 6.3.2
contractsvrijheid | 7.6.3.1

D

Derdenbescherming | 3.3.1.3, 6.3.1, 6.3.2
derdenpandrecht | 4.2.3, 7.3, **7.3.1**, 7.3.2
directe leer | 8.3.2
doorleveringsleer | 8.3.2

E

effectendienstverlening | 4.2.1.3,
eigendomsoverdracht | 2.4.1.4, 3.2, 7.5, 7.6, 7.6.3.1, 8.2.3, 9.2
eigendomsovergang | 2.2, 2.3.3.1, 2.4.1.4, 7.5, 9.2
eigendomsverkrijging | 2.4.14, 8.3.1.1
erfdienstbaarheid | 7.4.1, 8.4.1
erfpacht | 7.4.1, 8.4.1
executie | 2.3.3.4, 3.3.1.2, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4, 4.4, **6.4**, **6.4.1**, **6.4.2**, 6.5
executiebevoegdheid | 6.4
executoriale titel | 6.4, 6.5, 8.4.1

F

faillissement | 2.4.1.4, 6.5, **6.5.1**, **6.5.2**, **6.5.3**, 8.2.2, 8.4
feitelijke macht | 2.3.3, 4.2.4, 4.3.1.3, 8.4.2
fiducia | 2.4.1.4, 7.5.1
fiduciaire eigendom | 2.4.1.4, 3.4, 7.5.1, 7.6.3
fiduciaire eigendomsoverdracht | 2.4.1.4, 3.4, 7.5.1, 7.6.3, 9.2
fiduciaire relatie | 7.6.3.3, 9.2

financiële zekerheids overeenkomst |
7.6, 7.6.1, 7.6.2, 7.6.3, 7.6.4

financiële zekerheids overeenkomst
tot overdracht | 7.6, 7.6.1, 7.6.2,
7.6.2.2, 7.6.3, 7.6.4

financiële zekerheids overeenkomst
tot vestiging van een pandrecht |
7.6, 7.6.1, 7.6.2, **7.6.2.3**, 7.6.3, 7.6.4

fzo-pandrecht | 7.6, 7.6.1, 7.6.2,
7.6.2.3, 7.6.3, 7.6.4

financiering | 2.2, 5.2, 9.3

fixatiebeginsel | 6.5, 6.5.1, 6.5.2, 6.5.3

G

gebruiksrecht | 3.3.3.2, 4.2.2.2, 6.4.2,
7.5, **7.6.3**, 8.4.2

geldlening | 2.2, 2.4.1.4, 4.2.1.4

gemachtigde | 3.3, 4.2.1.2, 4.2.1.4,
4.2.4.2, **8.2.2**, **8.2.3**

gesecureerde vordering | 2.3.3.4,
2.4.1.3, 3.3.1, **4.2.3**, 4.2.4, 4.3.2, 5.3, 6.2,
6.3, 6.6.2, 6.7, 7.4.1, 7.4.2, 8.6, 9.4.2

verpanding van een gesecureerde
vordering | **7.4**, 9.3

gevolmachtigde | 3.3.1, 7.2.2, 8.2.2.2,
8.3.1.2

gezekerde vordering | Zie: gesecureer-
de vordering

goed pandhouderschap | 8.4.2

goede trouw | 2.4, 6.3.1

gesloten systeem van het goederenrecht
| 4.2.1.2, 8.1, 8.2.2.2

goederenrechtelijke zekerheid | 7.2.2,
7.4.2, 9.3

H

handelingsbekwaamheid | 6.5.2, 8.2,
8.2.1

handelingsbevoegdheid | 6.5.2, 8.2,
8.2.1

herbelening | 2.2, 2.2.1, **2.2.2**, 2.3, 2.3.4,
2.4, 2.4.1, 3.2

herprolongatie | 2.2, 2.2.1, **2.2.2**, 2.3,
2.3.4, 2.4, 2.4.1, 3.2

herpandgever | 2.3.3, 2.4.1, 3.3, 4.1, 4.2,
4.2.1, 4.2.4, 4.3, **4.3.3**, **6.4.1**, 6.5.2, 6.6,
8.2

herpandhouder | 2.3.3, 2.4.1, 3.3, 4.1,
4.2, 4.2.1, 4.2.3, 4.2.4, 4.3, **4.3.4**, **6.4.2**,
6.5.3, 6.6.2, 8.2

herverpandingsbeding | 2.3.3.1, 2.4.1.1,
3.4, **4.2.1**, 6.2, 8.3, 8.4.2

herverpandingsbevoegdheid | 2.3.3.1,
2.4.1.1, 2.4.2, 3.2, 3.3.1.1, 4.2, **4.2.1**,
4.2.4, 5.1, 6.2, 6.3, 6.5.2, 6.6.2, 7.6.4, 8.2,
8.2.3, 8.4.2, 9.4.1, 9.4.2

Toekenning van de herverpandings-
bevoegdheid | **4.2.1.1**

Beperkingen van de herverpan-
dingsbevoegdheid | **4.2.1.3**

Ontbreken van de herverpandings-
bevoegdheid | 3.3.1.3, **6.3**

schouder | 2.3.2.2, 2.4, 3.2, 6.5

hypotheek | 4.2.3, 5.5, 7.4.1, 8.4

I

individualisatie | 2.4.1.4

inningsbevoegdheid | 4.2.4.2, 7.4.1

insolventierisico | 5.3, 7.6.3.3, 8.3.2

K

kredietovereenkomst | 4.2.1.1, 4.2.1.2,
5.2, 5.3

kredietbehoefte | 2.2.2, 3.3.1, 8.4.2, 9.3

kredietpandrecht | 4.3.1.2, **5.4**, 8.6.1

L

lastgeving | 8.2.2.2, 8.2.3

lastgever | 8.2.2.2, 8.2.3

lasthebber | 4.3.1, 8.2.2.2, 8.2.3

privatieve last | 8.2.2.2, 8.2.3

levering | 2.4.1.4, 4.2.4, 6.3.2, 6.5, **8.3.1**,
8.3.2

leveringsakte | 8.2.2.2, 8.2.3

leveringshandeling | 2.4.1.4, 8.2.2.2,
8.2.3

liquiditeit | 2.4, 7.6, 7.6.1, 6.7.4

lossing | 4.4.2, 6.4.1, 7.6.3

M

machtiging | 2.3.3.1, 2.4.1.1, 3.3, 4.2.1,
8.2, **8.2.2.2**, 8.2.3

mededeling | 6.4, 7.4.1, 7.4.2, 8.3.1

moederrecht | 6.4.2, 7.4.1, 8.5.2, 8.6

N

nemo plus-regel | 4.2, 4.2.3, 6.2
 niet-rechthebbende | 4.2.1, 8.2.1, 8.2.2,
 8.2.3, 8.3.1

O

onderverpanding | 4.2.2, 7.1
 openbaarheid | 8.3.1
 openbare registers | 5.5, 8.3.1, 8.5.1
 opzegging | 4.3.2, 4.3.2, 4.4, 7.4.1,
 8.2.2.2
 orderpapier | 4.2.4.1, 6.3, 8.3.1
 overdracht | 2.3, 2.4.1.4, 6.3, 6.8, 7.6.2,
 8.2, 8.3.1
 overeenkomst | 2.4.1.4, 6.2
 overwaarde | 2.2, 4.2.3, 4.3.1, 5.1, 5.2,
 7.6.3, 8.5

P

pandrecht
 oneigenlijk pandrecht | 2.4.1.4,
 3.3.2, 7.5, 7.6.3.2
 openbaar pandrecht | 4.2.4, 4.3.3
 pandakte | 2.3.1, 2.4.1.4, 4.2.1, 6.2,
 6.8, 8.3.2
 pandobject | 2.3.1, 3.3.1, 3.4, 4.1,
 4.2.2, 4.2.4.1, 4.3, 4.4, 5.2, 6.1,
 6.5, 6.6.1, 7.2, 7.3, 7.4, 8.2, 8.4
 stil pandrecht | 4.2.4, 4.3.3, 7.4
 vuistloos pandrecht | 4.2.4, 4.3.3,
 7.4
 vuistpandrecht | 4.2.4, 4.3.3, 7.4
parallel debt | 5.3
 parate executie | 4.3.2, 4.3.4, 6.4, 6.5.2,
 7.4.2, 7.6.2.3
paritas creditorum | 8.4.1
pignus | 7.5.1
pignus irregulare | 7.5.1
 prioriteitsbeginsel | 3.5, **4.3.1**, 6.7, **8.5**
 privatieve werking | 4.2.1.2, 8.2.2
 prolongatie | 2.2.1, 2.2.2, 2.3, 2.4, 2.4.1.4
 publiciteit | 5.5, 8.5
 publiciteitsvereiste | 8.3.1.1

R
 rang
 rangorde | 4.2.1.4, 4.3, **4.3.1**, 6.7, 8.5

rangregeling | 4.3.1.3, **5.5**, 6.4.1,
 6.4.2, 8.5.1, 8.5.2
 rangwisseling | 3.3.1.2, 3.4, 4.3,
4.3.1, 5.3, 5.5, **8.5**, 9.4.3.

recht

afhankelijk recht | 4.2.2, 4.2.3, 6.4.1,
 7.4.1, 7.4.2, 8.6.1, 8.6.2
 beperkt recht | 4.2.1.4, 4.4, 6.4, 8.2.1,

8.4

 voorwaardelijk recht | 8.2.2
 rechten aan order | 4.2.4.1, 8.3.1
 rechten aan toonder | 4.2.4.1, 8.3.1
 rechten op naam | 4.2.4.1, 8.3.1
 rechtsvordering | 4.2.4
 registergoed | 6.6, 6.7.4, 8.3.1
 registratie | 2.3.1, 8.5.1
 revindicatie | 2.4.1.4
 roerende zaak | 4.2.4.1, 8.3.1

S

schadevergoeding | 3.3.1, 3.5, **6.4.2**,
 9.4.2
 schuldoverneming | 7.3.1
 schuldsanering natuurlijke personen |
 6.5
security agent | 5.3
 separatist | 4.3.3, 4.3.4, 6.5, 7.6.2.2, 8.4.2
 SPV | 5.3
 Stemrecht | 4.3.2, 4.3.4, **6.8**
subpignus | 7.5
 subrogatie | 2.4.14, 4.3.3, 6.4.2, 6.5.1,
 7.3.1,
 substitutie | 6.4.2, 7.6.2.3, 8.5.1

T

titel | 2.3, 2.4.1.4, 4.3.4, 6.5, 8.4
 toe-eigening | 2.3.3.3, 4.3.3, 7.6.2.3,
 8.4.1, 8.4.2
 toe-eigeningsverbod | 2.3.3.3, 7.6.2.3,
 8.4.1
 toekomstige goederen | 4.2.2.1, 6.5, 6.6,
 8.2.3
 toestemming | 2.3.3.1, 3.1, 3.2, 3.3.1.1,
 4.2.1, 4.4, 6.4, 8.5.1, 8.5.2, 9.4.1
 toonderpapier | 8.3.1.2
 tussenpersoon | 4.2.2, 8.2.2.2, 8.3.1.1,
 8.3.2

U

uitleg | 2.4.1.4, **6.2**, 6.4.2,
uitwinning | 3.3.1.3, 4.3.3, **6.4.1**, **6.4.2**,
6.6.2, 8.2.2.2,

V

verbintenisrechtelijke aanspraak |
7.5.2, 7.6.3.2, 7.6.4.2
verdeling | 3.2, 4.3.1.1, 5.5, 7.6, 7.4.1,
8.5.2
verhaal | 4.3.1.3, 6.5.2, 6.6.2, 7.4.1,
7.6.2.3, 8.4.1, 8.5.2
verificatie | 2.4.1.4, 6.5, 6.5.1, 6.5.2, 8.4.1
verjaring | 4.4
verkrijging | 2.4.1.4, 3.4, 6.4, 8.3
verlies | 2.31, 2.4.1.4, 3.4, 6.4, 8.3.1
vermenging | 2.4.1.4, 2.4, 4.4, 7.5.1, 8.6
 oneigenlijke vermenging | **2.4.1.4**,
 3.4, 7.5.1, 7.6.3.2,
vermogensrechten | 4.2.2, 4.2.4.1, 6.5,
8.6
verpandbare goederen | 3.2, 3.3.3.2,
8.3.2, 8.4.1
verrekening | 3.4, 6.4, 6.4.1, 6.5.1, 6.5.2,
7.3.2, 8.4.2, 8.6.2, 9.4.2
vertegenwoordiging | 3.4, 7.3.2, 8.2.2.2,
8.2.3
 middellijke vertegenwoordiging |
 7.3.2, 8.2.2.
 onmiddellijke vertegenwoordiging |
 8.3.1.2
vervangbaarheid | 2.4.1.4, 7.5.1
vervreemding | 2.3.3.3, 6.6.1, 6.8, 8.2.3,
8.3.1, 8.3.2
verwisselbaarheid | 2.4.1.4, 7.5.1,
7.6.3.2
verzuim | 4.3.2, 4.3.3, 6.4, 7.3.2
volmacht | 3.3.1.1, 8.2.2.1, 8.2.2.2, 8.3.2
voorrang | 4.3.1, 6.5, 6.6.1, 6.6.2, 6.5,
6.7.5, 7.4.1, 8.4.2
voorrecht | 181, 207, 209, 237

voorwaarde | 4.2.1.3, 4.2.4.3, 5.3, 6.5.1,
6.8
vordering op naam | 4.2.2.1, 4.2.4.1
vorderingsrecht | 2.4.1.4, 8.2.2.2, 8.3.1.1
vormvereiste | 3.4, 4.2.1, 9.3.1
vruchtgebruik | 4.2.4.1, 7.4.1, 8.4.2

W

wanprestatie | 89, 139, 140, 141, 145,
227, 245
Wge | 3.4, 3.5, 4.2.4.1, 5.1, 7.6.2.3

Z

zaak | 2.3, 4.2.2.1, 4.2.4.1, 8.3.1
zaaksgevolg | 8.4
zaaksvervanging | 2.4.1.4, 3.5, 7.6.3.2
zakelijk recht | 2.4.1.4, 6.5
zekerheidsoverdracht | 2.4.1.4, 7.5.1,
7.6.2.2
zekerheidsrecht | 2.3.31, 6.4.2, 7.4,
7.6.3, 8.2.3, 8.4, 8.4.1
zekerheidstelling | 7.3, 7.6, 7.6.3.2

CURRICULUM VITAE

Kasper Krzemiński werd geboren op 7 oktober 1981 te Breda. Na het behalen van zijn eindexamen aan het Stedelijk Gymnasium te Breda en een *gap year* in Hawaii, studeerde hij van 2000 tot 2005 Nederlands recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Tijdens zijn studie was hij redacteur van het juridisch studentenblad *Ars Aequi*. In 2005 studeerde hij af in de studierichtingen privaatrecht en bedrijfsrecht. Aansluitend studeerde Kasper aan de New York University School of Law, alwaar hij in 2006 zijn LL.M. graad behaalde. In dat jaar slaagde hij tevens voor het New York Bar Exam. Na zijn studie in de Verenigde Staten trad hij als advocaat in dienst bij NautaDutilh, waar hij zich heeft gespecialiseerd in de civiele procespraktijk. Kasper is als advocaat toegelaten tot zowel de Rotterdamse balie als de New York State Bar. Naast zijn werk bij NautaDutilh begon hij in 2010 als buitenpromovendus aan dit onderzoek.