

# EIGENDOMSOVERDRACHT TOT ZEKERHEID IN NEDERLAND; OPKOMST EN NEERGANG VAN EEN ZEKERHEIDSRECHT

door

Antonius I.M. VAN MIERLO(1)

## I. Inleiding

1. Zoals bekend, is in Nederland op 1 januari 1992 het nieuwe vermogensrecht, in het bijzonder neergelegd in de Boeken 3, 5 en 6 van het Burgerlijk Wetboek (verder: BW), in werking getreden. Op dezelfde datum is — met de inwerkingtreding van de bepaling dat een fiduciaire titel geen geldige titel van overdracht is (art. 3:84 lid 3 BW) — een einde gekomen aan een buitenwettelijke rechtsfiguur die het overgrote deel van de twintigste eeuw in Nederland heeft gedomineerd op het terrein van de bedrijfsfinancieringen tegen zekerheidsverschaffing. Ik doel op de zogeheten eigendomsoverdracht tot zekerheid, ook wel fiduciaire zekerheidsoverdracht genoemd.

De figuur van de eigendomsoverdracht tot zekerheid is aan het begin van de vorige eeuw — naar Duits voorbeeld — geïntroduceerd in de Nederlandse rechtspraktijk en door de Hoge Raad als zodanig expliciet erkend in een tweetal kort na elkaar gewezen arresten in 1929. Nadien zijn de contouren van deze figuur duidelijker geworden als gevolg van een groot aantal arresten en beschikkingen van ons hoogste rechtscollege, waarin telkens de aard en de omvang van dit bijzondere — want buitenwettelijke — zekerheidsrecht centraal stonden.

2. Volgaarne geef ik gehoor aan de uitnodiging van de redactie van het Tijdschrift voor Privaatrecht mee te werken aan dit bijzondere T.P.R.-Millenniumnummer. Mijn keuze voor een bijdrage over de eigendomsoverdracht tot zekerheid is, denk ik, weinig verrassend. Het was dit onderwerp waarop ik op 28 januari 1988, ter verkrijging van de graad van doctor aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, mocht promoveren bij mijn zeer hooggeschatte leermeester prof. mr.

---

(1) Hoogleraar burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht en handelsrecht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

W.C.L. Grinten(2). Als een soort postuum eerbetoen aan mijn promotor wil ik nog eens schrijven over een onderwerp dat ook hem na aan het hart ging en waarover wij tijdens het „proces van proefschrĳven” zo vaak bij hem thuis in de achterkamer — met koffie, meestal uit de magnetron — van gedachten wisselden.

Het spreekt welhaast voor zich dat ik de figuur van de eigendoms-overdracht tot zekerheid niet tot in alle details zal behandelen. In deze bijdrage wil ik achtereenvolgens ingaan op (II) de redenen voor de financieringspraktijk om haar toevlucht te zoeken tot de eigendoms-overdracht tot zekerheid, (III) de erkenning van deze figuur in een tweetal arresten uit 1929, (IV) de verdere ontwikkeling in de rechtspraak van ná 1929, (V) de neergang en, tenslotte, (VI) het wettelijke alternatief voor de eigendomsoverdracht tot zekerheid, het stil pandrecht van art. 3:237 en 3:239 BW. Ik besluit met een korte conclusie.

## II. Redenen voor de eigendomsoverdracht tot zekerheid

3. Met de toename van de economische bedrijvigheid in de dienstensector en het bedrijfsleven neemt ook de vraag naar externe financiering toe. Zou de absolute zekerheid bestaan dat de kredietnemer te allen tijde in staat is zijn aflossings-, rente- en andere verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst jegens de kredietgever (de bank) tijdig en ten volle na te komen, dan bestaat aan zekerheidsverstrekking geen behoefte. De werkelijkheid van alledag is echter een andere. Geen kredietverstrekking zonder zekerheidsverstrekking is thans — en was ook aan het begin van de vorige eeuw — het motto. Bij kredietverstrekking in rekening-courant met het oog op de financiering van lopende uitgaven, is het veelal gebruikelijk de bestaande en toekomstige voorraden (i.e. roerende zaken) alsmede de bestaande en toekomstige vorderingen op afnemers (i.e. vorderingen op naam) aan de kredietverschaffer(s) in zekerheid te geven. Hetzelfde verschijnsel doet zich voor bij de aanschaffinanciering; het gefinancierde object wordt dikwijls in zekerheid aan de financier gegeven.

Onder vigeur van het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek (verder: (oud) BW) waren, ongeacht de aard van de gecureerde

---

(2) A.I.M. VAN MIERLO, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand, Enige beschouwingen omtrent het rechtskarakter van de fiduciaire zekerheids-overdracht naar huidig recht en van de haar opvolgende regeling in het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Academisch proefschrift K.U. Nijmegen 1988, Deventer, Kluwer, 237 p.

vordering(3), de mogelijkheden tot verschaffing van zekerheden op roerende zaken en vorderingen op naam beperkt tot het recht van pand, zoals geregeld in art. 1196 e.v. (oud) BW. Bijzondere wijzen van verpanding, gelijk in België bijvoorbeeld de verpanding van een handelszaak en de verpanding door middel van overgave van warrants(4), zijn en waren in Nederland onbekend.

Voor de vestiging van een — ook aan derden tegenwerpelijk(5) — pandrecht op een roerende lichamelijke zaak eiste art. 1198 lid 1 (oud) BW dat de zaak in de macht wordt gebracht van de schuldeiser of van een derde, omtrent wie partijen zijn overeengekomen. Het tweede lid van art. 1198 (oud) BW voegde daaraan, teneinde elk misverstand dienaangaande te voorkomen, nog eens toe dat het pandrecht niet bestaanbaar is op zaken die in de macht van de schuldenaar of de pandgever worden gelaten of met de wil van de schuldeiser terugkeren. Kortom: het pandrecht op een roerende zaak was onder vigeur van het oude Nederlandse recht per definitie een zogeheten vuistpandrecht. Voor de vestiging van een pandrecht op een vordering op naam eiste art. 1199 (oud) BW een kennisgeving van de verpanding aan de debiteur van de verpande vordering. Verpanding van vorderingen kon derhalve niet anders geschieden dan openbaar(6).

Zowel de eis van machtsonttrekking op de voet van art. 1198 (oud) BW als die van kennisgeving op de voet van art. 1199 (oud) BW stuitten aan het begin van de vorige eeuw op uiteenlopende bezwaren. Fraai in dat verband is hetgeen Blom in zijn proefschrift — kennelijk met in het achterhoofd het bepaalde in art. 1198 (oud) BW — opmerkt:

„In onzen tijd van efficiency past het niet, dat de eigenaar, om crediet te verkrijgen, gedwongen wordt een deel van zijn vermogen buiten het economische leven te plaatsen, door het zijn geldschietter in handen te geven, die er geen behoefte aan heeft, ja zelfs er niets dan last van

---

(3) Het in België bestaande onderscheid tussen de burgerlijke verbintenis (en daarmee het zgn. burgerlijk pand, art. 2071-2091 Belgisch BW (verder: BBW)) en de handelsschuld (en daarmee het handelspand, Wetboek van Koophandel, Titel VI) komt in Nederland zowel onder het (oud) BW als het huidig BW niet voor. Art. 3:227 lid 1 BW vereist slechts dat het zekerheidsrecht wordt gevestigd voor „een vordering tot voldoening van een geldsom”.

(4) Vgl. daarover o.m. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1992, nr. 399-415. Zie over de verpanding van de handelszaak voorts de uitvoerige literatuur genoemd in *T.P.R.* 1992, p. 1381, nr. 135.

(5) De in het kader van het burgerlijk pand in België voorgeschreven eis van een openbare of een behoorlijke geregistreerde onderhandse akte die een opgave van de verschuldigde som bevat en een aantal gegevens betreffende de verpande zaak (vgl. art. 2074 BBW), komt in Nederland niet voor.

(6) Hier valt de gelijkenis op met art. 2075 BBW, zoals dat heeft gegolden tot de Wet van 6 juli 1994 (*B.S.* 15 juli 1994).

heeft. Men denke aan de Haagsche Bank van Leening, die een kapitaal in garages moest vastleggen, teneinde de haar verpande auto's te bergen. Neen, voor lichamelijke goederen is het pandstelsel verouderd en zullen wij ons aan nieuwe wegen moeten gewinnen. Economisch waardevolle goederen mogen niet zonder noodzaak renteloos blijven staan.”(7)

4. Vestiging van een pandrecht op roerende zaken die een schuldenaar voor zijn bedrijfsvoering of anderszins niet kon missen, behoorde onder de vigerende wetgeving niet tot de mogelijkheden. Van de in het kader van de verpanding van vorderingen op naam voorgeschreven verplichte kennisgeving werd gezegd dat die, afgezien van allerlei daaraan verbonden praktische bezwaren (administratieve rompslomp, bijkomende kosten, etc.), als minder gewenst gevolg had dat derden wetenschap krijgen van de verpanding hetgeen het gevaar meebrengt dat daaruit met betrekking tot de kredietwaardigheid van de pandgever onjuiste conclusies worden getrokken. Om aan de genoemde knellende vestigingsvoorschriften te ontkomen, ging de praktijk op zoek naar alternatieven(8). Men wenste een zekerheidsrecht op roerende zaken, waarbij de tot zekerheid dienende zaken in handen van de schuldenaar konden blijven. Voor de vorderingen wilde men een zekerheid, waarbij kennisgeving aan de debiteur van de tot zekerheid strekkende vordering achterwege kon blijven.

In navolging van de Duitse *Sicherungsübereignung* zocht men in de praktijk zijn toevlucht tot de figuur van de eigendomsoverdracht tot zekerheid. Deze overdracht leidde tot, wat ik zou willen noemen, een zekere overbedeling van recht aan de zijde van de kredietgever. De kredietgever verwierf meer recht dan ter verzekering van zijn vordering op de kredietnemer noodzakelijk was; hij verkreeg eigendom in plaats van een beperkt zekerheidsrecht. Het is mede om die reden dat de overdracht ook wel fiduciaire zekerheidsoverdracht werd genoemd. Zij geschiedde in het vertrouwen dat de kredietgever van de hem overbedeelde bevoegdheden geen ongeoorloofd gebruik zal maken. De door de „*fiducia*” geregelde verhouding tussen kredietgever en kredietnemer bracht mee dat, zolang de kredietnemer aan zijn verplichtingen jegens de kredietgever voldeed, de uitoefening van

---

(7) A. BLOM, *Bezitloos zekerheidsrecht op roerende lichamelijke zaken*, proefschrift Utrecht 1929, 8-9.

(8) Het fenomeen dat de wetgever snel met alternatieve wetgeving komt teneinde aldus op adequate wijze tegemoet te komen aan duidelijke wensen van de praktijk komt in Nederland nauwelijks voor. Het is veelal de Hoge Raad die in dergelijke gevallen het voortouw neemt in door partijen gestarte proefprocedures.

de eigenaarsbevoegdheden niet strijdig mocht zijn met de belangen van de kredietnemer.

Anders dan in België gaat in Nederland de eigendom van een goed niet over louter door de obligatoire overeenkomst. Voor overdracht — ook tussen partijen — is in Nederland nog een nadere handeling vereist, te weten: levering. In haar meest eenvoudige vorm geschiedde een eigendomsoverdracht tot zekerheid van roerende zaken aldus dat de kredietnemer, daartoe gehouden op grond van de kredietovereenkomst, ten titel van zekerheid(9) aan de kredietgever in eigendom overdraagt, waarbij de voor de overdracht vereiste levering geschiedt door middel van een *constitutum possessorium*. Aldus wordt bewerkstelligd, waar het allemaal om te doen is: de tot zekerheid strekkende zaak blijft in de macht van de kredietnemer, die op zijn beurt van de desbetreffende zaken — al dan niet op basis van expliciete contractuele afspraken met de kredietnemer — gebruik kan (blijven) maken. Eigendomsoverdracht tot zekerheid van vorderingen op naam geschiedde door cessie van de vordering. Men sprak van de fiduciaire cessie. Daartoe was in het oude recht op de voet van art. 668 lid 1 (oud) BW voldoende het opmaken van een authentieke of onderhandse akte. De overdracht had evenwel eerst werking tegenover de schuldenaar van de vordering (i.e. de debitor cessus) vanaf het ogenblik dat de cessie aan hem was betekend dan wel door hem schriftelijk was aangenomen of erkend (art. 668 lid 2 (oud) BW).

### III. De erkenning in de rechtspraak: de arresten van 1929

5. De eigendomsoverdracht tot zekerheid van roerende zaken is door de Hoge Raad uitdrukkelijk erkend in de arresten HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, 616, m.nt. PS (De Haan/Heineken) en HR 21 juni 1929, *NJ* 1929, 1096 (Hakkers/Van Tilburg).

In het eerstgenoemde arrest — ook wel het Bierbrouwerij-arrest genoemd — kreeg de Hoge Raad te oordelen over een zekerheidskoop(10), waarbij ene Bos de inventaris van zijn koffiehuis, tot

---

(9) Aanvankelijk durfde men het niet goed aan — uit vrees dat de rechter anders geen geldige titel van overdracht zou aannemen — de figuur in een zuivere eigendomsoverdracht tot zekerheid te gieten en bediende men zich van de zogenaamde zekerheidskoop. De kredietnemer verkoopt de zaken aan de kredietgever met voorbehoud van het recht van wederinkoop. Hij levert de zaken *constituto possessorio* en houdt ze vervolgens onder zich in bruikleen of bewaring. De betaalde koopprijs vervult de rol van het geleende geld. De terugbetaling daarvan geschiedt door gebruikmaking van het recht van wederinkoop. Vgl. LOSECAAT VERMEER, preadvies NJV 1928, 9 e.v.

(10) Zie voor dit begrip de vorige noot.

zekerheid voor de terugbetaling van een aan hem verstrekte geldlening, verkocht en *constituto possessorio* leverde aan N.V. Heineken's Bierbrouwerij Maatschappij. Bos werd failliet verklaard, met benoeming van mr. De Haan tot curator. Tussen partijen ontstaat een procedure omtrent de afgifte van de inventaris. In cassatie stelde De Haan dat de zekerheidskoopovereenkomst uit een ongeoorloofde oorzaak was aangegaan, omdat haar strekking was een crediteur zekerheid en voorrang te verschaffen in strijd met art. 1198 lid 2, in strijd met art. 1178(11) en in strijd met de goede zeden. De Hoge Raad verwierp het beroep in cassatie. Gelet op het principiële karakter van het arrest, geef ik, voor zover thans van belang, de belangrijkste rechtsoverwegingen vrijwel volledig weer:

„dat (...) de strekking der overeenkomst, datgene wat partijen beoogen door haar te bewerken, hierin bestaat, dat de inventaris van Bos zou strekken tot zekerheid van de door deze aangegane geldlening en hiermede de oorzaak der gesloten overeenkomst is vastgesteld;

dat die oorzaak echter niet ongeoorloofd is;

dat zij toch niet rechtstreeks in strijd is noch met de wettelijke voorschriften omtrent pandrecht, noch met die betreffende de gelijkgerechtigdheid der schuldeischers, niet met die omtrent pandrecht, omdat ten deze geene pandovereenkomst is aangegaan en niet met de voorschriften omtrent de gelijkgerechtigdheid der schuldeischers, omdat die voorschriften slechts werking hebben met betrekking tot de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar en het hier niet een goed van den schuldenaar betreft;

dat ook eene ongeoorloofde wetsontduiking ten deze niet is aan te nemen(12);

dat hier immers niet op onzedelijke wijze doeleinden worden verijdelde, die de wet nastreeft en aan de werking der wet wordt onttrokken een toestand, dien zij niet gewild heeft;”

En even verder:

„dat voorts strijd met de goede zeden hier niet aanwezig is;

---

(11) Art. 1178 (oud) BW bevatte de regel omtrent de gelijkheid der schuldeisers, tenzij er „tusschen de schuldeischers wettige redenen van voorrang mogten bestaan”. Vgl. voor België art. 7 en 8 van de Wet van 16 december 1851 (Hypotheekwet), zoals opgenomen in titel XVIII van Boek III BBW.

(12) Anders E.M. MEIJERS, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid*, preadvies voor de Broederschap der Notarissen, 1936, 267. Ook A.G. POS, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht)*. *Enkele rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen*, proefschrift Leiden 1970, 209-210 en ASSER-VAN OVEN, *Zakenrecht III*, 119 zijn van mening dat de Hoge Raad wetsontduiking heeft gesanctioneerd. Van Oven echter spreekt in dit verband van een *geoorloofde* wetsontduiking.

dat toch vaststaat, dat de geldleening (...) tusschen partijen is aange-  
gaan en te zelfder tijd (...) de onderhavige overeenkomst tot nadere  
zekerstelling der leenschuld; terwijl (...) de pandovereenkomst (...) om  
voor de hand liggende redenen van practischen aard in dit geval voor  
partijen te eenen male ondoeltreffend en dus uitgesloten was.”(13)

6. Volgens annotator Scholten in zijn noot onder het arrest in de  
Nederlandse Jurisprudentie heeft de Hoge Raad zich in dit arrest reeds  
niks aangetrokken van de versluiting van de eigendomsoverdracht  
tot zekerheid door een koop-verkoop constructie. Men kon eenvoudig  
overeenkomen dat de eigendom wordt overgedragen tot zekerheid.  
Een en ander is door de Hoge Raad uitdrukkelijk bevestigd in het vijf  
maanden later gewezen arrest Hakkers/Van Tilburg. Daar ging het om  
een werkelijk eigendomsoverdracht tot zekerheid van een auto door  
Hakkers aan Van Tilburg. Hakkers kwam zijn betalingsverplichtingen  
niet na jegens Van Tilburg, die daarop afgifte van de auto vorderde. In  
cassatie voerde Hakkers een zelfde verweer als curator De Haan in het  
Bierbrouwerij-arrest. Ook hier verwierp de Hoge Raad het cassatie-  
beroep. De voornaamste rechtsoverweging luidde:

„dat (...) zoodanige overeenkomst, gelijk hier gesloten is, noch recht-  
streeks in strijd komt met de bepalingen van evenvermelde titel(14)  
noch strekt tot ontduiking dier bepalingen;

dat evenmin is in te zien, waarom uit anderen hoofde een overeen-  
komst als voormeld niet zou opleveren een rechtsgeldigen titel van  
eigendomsovergang”.

7. Met deze beide arresten was de teerling geworpen. De rechtsgel-  
digheid van de eigendomsoverdracht tot zekerheid van roerende zaken  
staat vanaf 1929 vast. Het begin van een tocht door een ingewikkeld  
doolhof(15). De rechtsgeldigheid van de fiduciaire cessie heeft —  
nadien — nimmer ter discussie gestaan. Mijns inziens is dat ook niet  
onbegrijpelijk. Als fiduciaire overdracht van roerende zaken rechtens  
mogelijk is, zal hetzelfde moeten gelden voor een fiduciaire over-  
dracht van vorderingen op naam. In latere rechtspraak van de Hoge

---

(13) Overigens laat zich uit latere rechtspraak van de Hoge Raad afleiden dat in geval partijen  
wél een pandovereenkomst hadden kunnen aangaan een (overeenkomst tot) zekerheidsover-  
dracht niettemin geldig is. Zie o.m. HR 18 september 1987, *NJ* 1988, 983, m.nt. WMK, *AA*  
1988, 396, m.nt. S.C.J.J. KORTMANN (Berg/De Bary).

(14) Gedoeld wordt op titel 19 (Van pand), art. 1196 e.v. (oud) BW.

(15) Aldus J. EGGENS, „Oneigenlijk pandrecht”, *WPNR* 3117 (1929), 537 l.k.

Raad waarin fiduciaire cessie centraal stond is de vraag naar de rechtsgeldigheid daarvan (dan ook) nooit een issue geweest(16).

#### **IV. Verdere ontwikkeling van de eigendomsoverdracht tot zekerheid in de rechtspraak van ná 1929**

8. Na de arresten van 1929 is in de rechtspraak aan de inhoud van de eigendomsoverdracht tot zekerheid nadere vorm gegeven. De jurisprudentie van de Hoge Raad laat zich grofweg verdelen in de uitspraken die betrekking hebben op:

- (A) het rechtskarakter van de eigendom tot zekerheid;
- (B) de vraag naar de mogelijkheid van fiduciaire cessie van — toekomstige — vorderingen;
- (C) de rechtspositie van de eigenaar tot zekerheid ten opzichte van andere schuldeisers van de zekerheidsgever; en
- (D) de wijze waarop de eigenaar tot zekerheid zijn verhaalsrecht moet uitoefenen in geval van verzuim van de kredietnemer.

##### A. HET RECHTSKARAKTER VAN DE EIGENDOM TOT ZEKERHEID

9. De discussie rondom de vraag naar het rechtskarakter van de eigendom tot zekerheid kwam in de kern hierop neer of de zekerheidseigendom leidt tot een beperkt zekerheidsrecht — lees: een oneigenlijk pandrecht — dan wel tot eigendom bij de kredietgever. A. van Oven meent in zijn eerste bewerking van het deel over zekerheidsrechten in de Asser-serie dat het resultaat van de eigendomsoverdracht tot zekerheid „een beperkt zakelijk recht is, dat — afgezien van zijn ’bezitloosheid’ — een gelijkenis als van twee druppels water vertoont met pandrecht.”(17)

Ter motivering daarvan beriep hij zich op HR 3 januari 1941, *NJ* 1941, 470, m.nt. PS (Boerenleenbank Hazerswoude/Los), waarin de Hoge Raad analogische toepassing aannam, voor zover mogelijk, van de

---

(16) Zie o.m. HR 17 juni 1960, *NJ* 1962, 60 (Helmig/Smit) en HR 29 april 1977, *NJ* 1980, 188 (Van Lanschot/Heeres q.q.).

(17) Vgl. ASSER, *Zakenrecht*, negende druk, Bijzonder deel, Tweede stuk (zekerheidsrechten) 1967, 107. Idem ASSER-VAN OVEN, *Zakenrecht* III, 1978, 123-124.



„bepalingen van de Faillissementswet omtrent door den schuldenaar in hypotheek of pand gegeven goed”.(18)

De Hoge Raad komt in zijn beschikking van 3 oktober 1980(19) evenwel, in een geval waarin het ging om de eigendomsoverdracht tot zekerheid van roerende zaken, tot een ander oordeel:

„De beperkte strekking van de fiduciaire eigendomsoverdracht, als uitsluitend strekkende tot het verschaffen van zekerheid, brengt mee dat de algehele voldoening in beginsel heeft te gelden als een in de overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde, waarvan de vervulling meebrengt dat de eigendom van de goederen alsdan overgaat op degenen die ze had overgedragen.”

Geparafraseerd komt de opvatting van de Hoge Raad hierop neer dat een eigendomsoverdracht tot zekerheid de kredietgever een eigendomsrecht verschaft, zij het in beginsel een onder ontbindende voorwaarde van algehele voldoening van de schuld. Op het punt van die voorwaarde kunnen partijen evenwel anders overeenkomen.

## B. FIDUCIAIRE CESSIE

**10.** De fiduciaire cessie van vorderingen op naam heeft in de loop der jaren aanleiding gegeven tot nogal wat rechtspraak. Daarin kwamen uiteenlopende vragen aan de orde, zoals:

1. wanneer is iets een bestaande, wanneer een toekomstige vordering?
2. in hoeverre is het mogelijk toekomstige vorderingen tot zekerheid over te dragen?
3. leidt een zogeheten levering bij voorbaat van een toekomstige vordering steeds tot eigendom voor de cessionaris/kredietgever op het moment dat de vordering ontstaat?

### *1. Bestaande vordering, toekomstige vordering?*

**11.** Het onderscheid tussen een bestaande en een toekomstige vordering is relevant voor de beantwoording van de vraag of een eigendomsoverdracht van vorderingen altijd (en terstond) leidt tot eigendom voor de cessionaris van de vordering in kwestie.

---

(18) In dezelfde zin ook o.m. HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578, m.nt. PhANH (Doyer en Kalf/Bouman q.q.).

(19) HR 3 oktober 1980, *NJ* 1981, 60, m.nt. WMK (Ontvanger/Schriks q.q.)

De grens tussen heden (i.e. bestaan) en toekomst levert bij vorderingen meer moeilijkheden op dan bij andere vermogensbestanddelen. Van het begrip „toekomstige vordering” ontbreekt (nog altijd) een omschrijving van de Hoge Raad.

In HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615, m.nt. WMK (SOS/ABN) wordt slechts een aantal indicaties gegeven. Zo overweegt de Hoge Raad: „Een toekomstige vordering (...) kan (...) niet geacht worden reeds te bestaan ten tijde van het ontstaan van de betreffende rechtsverhouding op grond van het enkele feit dat zij daarin haar onmiddellijke grondslag vond.”

Even verder geeft de Hoge Raad, bij wijze van voorbeeld, drie categorieën van bestaande vorderingen:

„Een toekomstige vordering — die moet worden onderscheiden van bijv. een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde of tot periodieke betalingen.”

Het onderscheid tussen *bestaande* en *toekomstige* vordering speelt een zeer belangrijke rol in de gevallen dat de kredietnemer een toekomstige vordering bij voorbaat tot zekerheid heeft gecedeerd aan de kredietgever en de kredietnemer vóór het ontstaan van de vordering („tussentijds”) in staat van faillissement komt te verkeren of surséance van betaling wordt verleend. In een dergelijk geval blokkeert het tussentijds faillissement of de tussentijdse surséance de overgang van de vordering van kredietnemer naar kredietgever op het moment dat de vordering ontstaat<sup>(20)</sup>. Dit probleem doet zich niet voor in geval de overdracht tot zekerheid betrekking had op een bestaande vordering. Immers, alsdan vindt terstond overgang plaats.

## 2. Overdracht toekomstige vordering?

**12.** Overdracht van vorderingen — ongeacht of het daarbij al dan niet om een overdracht tot zekerheid gaat — is in Nederland niet onbeperkt mogelijk. Overdracht is slechts mogelijk als de over te dragen vordering door de akte van cessie inhoudelijk voldoende wordt bepaald. Dat brengt voor de overdracht van toekomstige vorderingen (dat wil zeggen vorderingen die op het moment van de cessie nog

---

(20) Zie naast HR 3 oktober 1980, *NJ* 1981, 60, m.nt. WMK (Ontvanger/Schriks q.q.) o.m. HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 68 (Kramer q.q./NMB), HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530, m.nt. G (WUH/Emmerig q.q.), HR 25 maart 1988, *NJ* 1989, 200, m.nt. WMK, *AA* 1989, 56, m.nt. S.C.J.J. KORTMANN (Staal/Ambags q.q.) en HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 747, m.nt. WMK (Banken/Verzekeraars).

moeten ontstaan) mee dat zij hun onmiddellijke grondslag moeten hebben in een rechtsverhouding die op dat moment reeds bestond(21). Wat betreft de inhoud van de akte van cessie kan dan nog worden opgemerkt dat de akte zodanige gegevens dient te bevatten dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat(22).

### 3. *Levering bij voorbaat en eigendomsverkrijging door de cessionaris/kredietgever*

**13.** In geval een — daarvoor vatbare — toekomstige vordering bij voorbaat is geleverd, wordt de cessionaris/kredietgever eigenaar van de vordering op het moment dat de vordering ontstaat, mits de cedent/kredietnemer op dát moment niet in staat van faillissement verkeert en geen surséance van betaling is verleend(23).

### C. RECHTSPOSITIE EIGENAAR TOT ZEKERHEID TEN OPZICHTE VAN ANDERE SCHULDEISERS(24)

**14.** De strekking van de eigendom tot zekerheid is aan de zekerheids-eigenaar/kredietgever een voorrangpositie te verschaffen in geval van een *concursum creditorum*. Uit de jurisprudentie blijkt dat de vraag van de rechtspositie van de eigenaar tegenover andere crediteuren van de zekerheidverschaffer hoofdzakelijk een rol speelt in de gevallen waarin de overdracht tot zekerheid betrekking heeft op roerende zaken.

In de groep van „andere crediteuren” kan een onderverdeling worden gemaakt in bij voorbeeld:

1. de concurrente crediteuren,
2. de crediteuren met een bijzonder voorrecht,
3. de onbetaalde verkoper,

---

(21) Zie HR 24 oktober 1980, *NJ* 1981, 265, m.nt. WMK (Solleveld II), alsmede o.m. HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447, m.nt. WMK (Spaarbank Rivierenland/Gispens q.q.) en HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 508, m.nt. WMK (Ontvanger/Rabobank IJmuiden).

(22) Zie o.m. HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 508, m.nt. WMK (Ontvanger/Rabobank IJmuiden). Zie verder expliciet art. 3:84 lid 2 BW dat bepaalt dat het goed bij de titel (= de levering) met „voldoende bepaaldheid” moet zijn omschreven.

(23) Zie voor het faillissement HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615, m.nt. WMK (SOS/ABN), alsmede art. 35 lid 2 Faillissementswet en voor de surséance HR 15 maart 1991, *NJ* 1992, 605, m.nt. WMK (Veenendaal/Hogeslag).

(24) Zie hierover uitgebreid mijn dissertatie, 117-153.

4. degene aan wie de zaak ten tweede male tot zekerheid wordt overgedragen,
5. degene aan wie de zaak „gewoon” in eigendom wordt overgedragen, en, tenslotte,
6. de retentor.

Voor vrijwel iedere categorie is in de periode na 1929 jurisprudentie van de Hoge Raad verschenen. Ik volsta met een korte weergave.

### 1. *Concurrente crediteuren*

**15.** De concurrente crediteuren waren in de jurisprudentie in de verhouding tot de fiduciaire eigenaar volledig „ondergeschikt” of „achtergesteld” gemaakt(25).

### 2. *Bijzonder bevoorrechte crediteuren*

**16.** Rechtspraak op dit punt leerde dat de eigendomsoverdracht tot zekerheid ten opzichte van de bevoorrechte schuldeiser buiten beschouwing werd gelaten (gerelativeerd), indien:

- degene die de zaak tot zekerheid had overgedragen de zaak dankzij de prestatie van de bevoorrechte crediteur in zijn macht had gekregen;
- de overdracht tot zekerheid was geschied door middel van een levering *constitutum possessorium*;
- de eigenaar tot zekerheid inmiddels niet de feitelijke macht over de zaak had verkregen en indien dat wel het geval was zulks ná datum faillissement van de zekerheidsgever was geschied(26).

### 3. *De onbetaalde verkoper*

**17.** De onbetaalde verkoper had onder vigeur van het oude recht naast een beroep op het verkopersvoorrecht (art. 1185 onder 3° (oud) BW), met als consequentie toepassing van de hierboven onder 16 genoemde „relativerings”-jurisprudentie, de mogelijkheid tot ontbinding van de koopovereenkomst wegens wanprestatie (art. 1302 (oud) BW) of de mogelijkheid tot uitoefening van het reclamerecht (art. 1191 (oud)

(25) Zie HR 13 maart 1959, *NJ* 1959, 579 (Van Vliet q.q./Amsterdamsche Bank).

(26) Te noemen valt o.m. HR 6 maart 1970, *NJ* 1970, 433, m.nt. *PhANH*, *AA* 1970, 211, m.nt. G (Van Wessem/Traffic), HR 18 september 1987, *NJ* 1988, 983 m.nt. WMK, *AA* 1988, p. 396, m.nt. S.C.J.J. KORTMANN (Berg/De Bary), HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 340, m.nt. G (OAR/ABN) en HR 5 november 1993, *NJ* 1994, 258, m.nt. WMK (Dutch Air/De Bary).

BW). De consequenties daarvan voor de eigenaar tot zekerheid werden bepaald door het antwoord op de vraag of deze een beroep toekwam op art. 2014 (oud) BW („bescherming tegen onbevoegdheid rechtsvoorganger”)(27). Art. 2014 (oud) BW is vergelijkbaar met de bescherming die een verkrijger te goeder trouw van een roerende zaak geniet in België op grond van art. 1141 en 2279 BBW.

4. *Degene aan wie de zaak ten tweede male tot zekerheid wordt overgedragen*

18. Vraag is of degene die een zaak tot zekerheid heeft overgedragen die zaak nogmaals tot zekerheid *constituto possessorio* kan overdragen aan een ander. Vaste rechtspraak is dat zulks niet kan. In dat verband deed de Hoge Raad een beroep op art. 592 (oud) BW, dat bescherming op grond van art. 2014 (oud) BW onmogelijk maakte. Had feitelijke overgave van de reeds tot zekerheid overgedragen zaak plaatsgevonden, dan kon art. 2014 (oud) BW wél uitkomst bieden(28). Degene aan wie „later” werd overgedragen, verkreeg evenmin een recht indien de desbetreffende zaak slechts voorwerp van de eerste fiduciaire zekerheidsoverdracht kon zijn doordat deze zaak door hem, de beoogde latere „verkrijger”, was gefinancierd(29).

5. *Degene aan wie de zaak „gewoon” in eigendom wordt overgedragen*

19. Gangbare opvatting onder het oude recht was dat indien de tot zekerheid overgedragen zaak aan een ander wordt overgedragen in gewone eigendom in het kader van een normale bedrijfsvoering, de ander de eigendom verwerft op grond van art. 639 (oud) BW, mits de vervreemding geschiedde met toestemming van de eigenaar tot zekerheid. Was een goed voor vervreemding bestemd, dan mocht een bevoegdheid tot vervreemding evenwel niet in het contract worden „ingelesen”(30).

---

(27) Zie in dit verband ook HR 18 september 1992, *NJ* 1993, 455, m.nt. HJS (Rabobank/Sinke) in geval van een dubbele overdracht tot zekerheid, waarbij aan de „tweede” feitelijke overgave plaatsvond.

(28) HR 18 september 1992, *NJ* 1993, 455, m.nt. HJS (Rabobank/Sinke).

(29) Vgl. HR 21 juni 1985, *NJ* 1986, 306, m.nt. WMK (LDM/Brock).

(30) HR 14 februari 1992, *NJ* 1993, 623, m.nt. WMK (Hinck/van der Werff).

## 6. De retentor

**20.** Wat betreft de positie van de retentor ten opzichte van de eigenaar tot zekerheid onderscheidde men twee situaties, te weten de posterieure en de anterieure zekerheidsoverdracht.

Onder het oude recht was heersende leer dat een retentierecht kon worden ingeroepen jegens een opvolgend „echte” eigenaar. Hetzelfde diende te gelden wanneer het ging om een opvolgend fiduciair eigenaar.

In geval de zekerheidsoverdracht anterieur was, werd aangenomen dat de retentor zijn retentierecht kon tegenwerpen aan de eigenaar tot zekerheid, indien hij er vanuit mocht gaan dat de wederpartij (zekerheidsgever) bevoegd was de overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan of geen twijfel had om aan deze bevoegdheid te twijfelen<sup>(31)</sup>.

### D. WIJZE VAN VERHAALSUITOEFENING DOOR DE EIGENAAR TOT ZEKERHEID

**21.** In geval de kredietnemer in verzuim is met zijn rente- en aflossingsverplichtingen zal de kredietgever in geval van een eigendoms-overdracht tot zekerheid van roerende zaken afgifte van die zaken vorderen. Alsdan komt hij in dezelfde positie als een verhaalzoekende schuldeiser aan wie de zaak zou zijn verpand. De pandhouder heeft een opeisbare vordering op de in verzuim zijnde pandgever/schuldenaar en kan die vordering bij voorrang verhalen op de aan hem verpande — en in zijn feitelijke macht bevindende — roerende zaak. Voor de eigenaar tot zekerheid geldt niet anders. Op dit punt kunnen de pandhouder en de eigenaar tot zekerheid op één lijn worden gesteld. Illustratief is in dat verband hetgeen de Hoge Raad overwoog in een arrest uit 1942:

„dat op goederen door den schuldenaar zelf tot zekerheid in eigendom overgedragen, voor zoover mogelijk toepasselijk zijn de bepalingen van de Faillissementswet omtrent door den schuldenaar in hypotheek of pand gegeven goed.”<sup>(32)</sup>

Hieruit werd algemeen afgeleid dat de eigenaar tot zekerheid, gelijk de pand- en hypotheekhouder zijn rechten kan uitoefenen als ware er

(31) Vgl. HR 16 maart 1933, *NJ* 1933, 790 (Dordtsche Autogarage) en HR 1 mei 1964, *NJ* 1965, 339 (Echo).

(32) HR 3 januari 1941, *NJ* 1941, 470, m.nt. PS (Boerenleenbank Hazerswoude/Los).

geen faillissement, derhalve als separatist (art. 57 Fw). Dit is later bevestigd in een arrest van de Hoge Raad uit 1975, waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk overwoog:

„dat — evenals krachtens art. 57 Fw de hypothecaire schuldeiser en de pandhouder — de door fiduciaire zekerheid beschermde schuldeiser in geval van faillissement in beginsel zijn rechten kan uitoefenen alsof er geen faillissement ware.”(33)

Over de vraag op welke wijze de eigenaar tot zekerheid vervolgens zijn rechten diende uit te oefenen, heeft de Hoge Raad zich nimmer expliciet uitgelaten. Nergens is overwogen dat *de* pandbepalingen uit het BW, althans de voor pand geschreven regels van executierecht gelden. Toch was dat de gangbare opvatting in de literatuur. De eigenaar tot zekerheid moet zich bij de uitoefening van zijn verhaalsrechten gedragen naar de regels die gelden voor de pandhouder. Eigendomsoverdracht tot zekerheid, zo luidde dan de redenering, vervult eenzelfde functie als het pandrecht. Het verschaft de eigenaar tot zekerheid bij voorrang een verhaalsobject voor de voldoening van diens vordering op de kredietnemer. Bij gebreke van een wettelijke regeling omtrent de wijze waarop de verhaalsrechtuitoefening door de eigenaar tot zekerheid zijn daarop, naar analogie, de dwingendrechtelijke pandbepalingen van toepassing.

## **V. De neergang van de eigendomsoverdracht tot zekerheid; het verbod van fiduciaire titels**

**22.** Bij Koninklijk Besluit van 25 april 1947 werd aan de Leidse hoogleraar prof. mr. E.M. Meijers opdracht gegeven een nieuw Burgerlijk Wetboek te ontwerpen(34).

Van Meijers was bekend dat hij geen voorstander was van de eigendomsoverdracht tot zekerheid *constituto possessorio*. Hij beschouwde haar als een ongeoorloofde ontduiking van de in het Burgerlijk Wetboek neergelegde dwingendrechtelijke voorschriften betreffende pandrecht. Illustratief in dat verband is zijn preadvies — met medepreadviseur C.J. de Lange — over de eigendomsoverdracht tot zekerheid voor de Broederschap der Notarissen in 1936. Hij besloot dit preadvies met de volgende — smaakmakende — opmerking:

---

(33) HR 7 maart 1975, *NJ* 1976, 91, m.nt. WMK, *AA* 1975, m.nt. G (Van Gend en Loos).

(34) Zie over de betekenis van E.M. MEIJERS voor het Nederlandse recht de bijdrage in dit Millenniumnummer van J.M. POLAK.

„Moge de wetgever eindelijk inzien, dat deze zaak in een stadium is gekomen, waar wij zonder wettelijk ingrijpen niet meer op redelijke wijze kunnen uitkomen.”(35)

Het is niet onbegrijpelijk, dat Meijers op het moment dat hem daartoe de gelegenheid werd geboden met voorstellen kwam die overduidelijk een „wettelijk ingrijpen” in de door hem in 1936 bepleite zin, inhielden. Uiteindelijk heeft de wetgever op drie fronten ingegrepen, te weten:

- (A) introductie van een wettelijk verbod van fiduciaire titels (art. 3:84 lid 3 BW),
- (B) relativering van de min of meer vaste leveringsvorm bij de eigendomsoverdracht tot zekerheid van roerende zaken, de levering *constituto possessorio* (art. 3:90 lid 2 BW), en
- (C) introductie van de mededeling als constitutieve eis voor de cessie van vorderingen (art. 3:94 BW).

Over elk van deze punten een aantal korte opmerkingen.

#### A. VERBOD VAN FIDUCIAIRE TITELS (ART. 3:84 LID 3 BW)

**23.** Het Nederlandse recht, kent evenals het Belgische recht(36), een causaal stelsel van overdracht; aan de verkrijging moet een rechtsgeldige titel ten grondslag liggen. Voor overdracht van een goed, zo bepaalt art. 3:84 lid 1 BW, wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. Met het oog op de eigendomsoverdracht tot zekerheid bepaalt art. 3:84 lid 3 BW, voor zover thans van belang:

„Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid (...) is geen geldige titel voor overdracht van dat goed.”

Art. 3:84 lid 3 BW bevat een zogeheten *fiducia*-verbod. Het heeft tot gevolg gehad dat in Nederland vanaf 1 januari 1992 de eigendomsoverdracht tot zekerheid, gegeven het causale stelsel, niet meer mogelijk is. Immers, een overdracht ten titel van zekerheidstelling is een

---

(35) *Preadvies voor de Broederschap der Notarissen*, 1936, 284. In dezelfde zin zijn medepreadviseur C.J. DE LANGE, 211 e.v., alsmede J. EGGENS, „Oneigenlijk pandrecht”, *WPNR* 3118 (1929), 547 e.v.

(36) Zie hierover o.m. M.E. STORME, „Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie” in *Het Zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, 1992, 415 e.v.



overdracht die een geldige titel ontbeert en uit dien hoofde zonder rechtsgevolg, want nietig is(37).

B. RELATIVERING LEVERING *CONSTITUTO POSSESSORIO*  
(ART. 3:90 LID 2 BW)

**24.** Uit art. 3:84 lid 1 BW volgt tevens dat de eigendom van een goed niet overgaat door de obligatoire overeenkomst. Anders dan in België is in Nederland voor overdracht — ook tussen partijen — nog een nadere handeling vereist, te weten: levering. Eigendomsoverdracht tot zekerheid van roerende zaken geschiedde in de regel door middel van een levering *constitutum possessorium*. De vervreemder die de zaak bezit, houdt haar krachtens een bij de levering gemaakte afspraak voortaan voor de verkrijger. In het BW is ook de werking van deze leveringsvorm aanmerkelijk gewijzigd c.q. beknot. Art. 3:90 lid 2 BW bepaalt in dat verband dat in geval de zaak na de levering in handen blijft van de vervreemder — hetgeen bij de levering *constituto possessorio* het geval is — de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, te denken valt onder meer aan een schuldeiser van de vervreemder met een voorrecht of beperkt recht op de zaak, eerst werkt vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen. Dit is slechts anders, indien de ouder gerechtigde met de vervreemding heeft ingestemd.

---

(37) Uit latere rechtspraak, in het bijzonder uit HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119, m.nt. WMK, *AA* 1995, 872, m.nt. R.D. VRIESENDORP (Keereweer q.q./Sogelease), blijkt dat het *fiducia*-verbod van art. 3:84 lid 3 BW slechts een beperkte strekking heeft. Geparafraseerd komt de opvatting van de Hoge Raad hierop neer dat een overdracht tot zekerheid met nietigheid wordt bedreigd, indien zij louter betreft een overdracht ten titel van verhaal. Overdracht tot zekerheid in de zin van art. 3:84 lid 3 BW betekent derhalve overdracht ten titel van verhaal, ertoe strekkende de verkrijger in zijn schuldeisersbelangen te beschermen. Beogen de partijen met de overdracht een overgang van het goed aan de verkrijger zonder enige beperking, dan is de overdracht rechtsgeldig. Daaraan doet niet af dat een motief voor een dergelijke overdracht kan zijn de verkrijger tevens een vorm van zekerheid te bieden. Wanneer aan de schuldeiser meer dan slechts een verhaalsrecht wordt toegekend, wordt de eigendomsoverdracht niet door het verbod van art. 3:84 lid 3 BW getroffen. Een ongeldige titel van overdracht is bijvoorbeeld een overeenkomst die de bevoegdheden van de verkrijger, in geval van wanprestatie van de vervreemder (i.e. het niet voldoen aan zijn rente- en aflossingsverplichtingen), beperkt tot het recht om het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder de gehoudenheid een eventueel overschot aan de vervreemder ten goede te doen komen. Het arrest is in de literatuur uitvoerig besproken. Zie o.m. R.M. HERMANS, *preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Koninklijke Vermande 1997, 81 e.v., met uitvoerige verwijzing op p. 85 (noot 171) naar andere literatuur.

C. CONSTITUTIEVE EIS VAN MEDEDELING IN GEVAL VAN CESSIE  
(ART. 3:94 BW)

25. Wij hebben reeds gezien dat in het oude recht op de voet van art. 668 lid 1 (oud) BW voor de cessie van vorderingen voldoende was het opmaken van een authentieke of onderhandse akte. Door en met het opmaken van de akte gaat de vordering over van het vermogen van de cedent in dat van de cessionaris. Betekening van de cessie of erkenning daarvan door de schuldenaar van de gecedeerde vordering (de debitor cessus) was slechts noodzakelijk voor de werking van de cessie.

Sedert 1 januari 1992 is in deze regel verandering gekomen. Art. 3:94 lid 1 BW schrijft thans dwingend voor dat — kort aangeduid — vorderingen op naam worden geleverd door een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan aan de debitor cessus door de vervreemder of verkrijger. De cessie van vorderingen is derhalve per definitie een openbare aangelegenheid geworden. Mededeling aan de schuldenaar van de vordering is een voor de geldigheid van de overdracht wettelijk vereiste geworden<sup>(38)</sup>.

Sedert 1 januari 1992 geldt in Nederland derhalve als regel: wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen<sup>(39)</sup>.

**VI. Het wettelijk alternatief voor de eigendomsoverdracht tot zekerheid; het stil pandrecht van art. 3:237 en 3:239 BW**

26. Wij hebben reeds gezien dat de eigendomsoverdracht tot zekerheid min of meer uit nood is geboren. De praktijk zocht een mogelijkheid om de kredietgever een zekerheidsrecht te verschaffen op een roerende zaak zonder dat die zaak uit de macht van de kredietnemer behoefde te worden gebracht en op een vordering op naam zonder dat kennisgeving aan de debiteur van de verpande vordering diende te geschieden. Het op 1 januari 1992 in werking getreden Burgerlijk Wetboek kent die beide mogelijkheden wel. Het introduceert voor

---

(38) Betwijfeld kan worden of de eis van constitutieve mededeling een gelukkige is. Op dit punt zou, zo dunkt mij, de radicale verandering die in België heeft plaatsgevonden op het punt van de cessie van vorderingen — ik doel op de wijziging bij Wet van 6 juli 1994 van art. 1690 BBW, aldus dat overdracht van een vordering plaatsvindt op het moment van totstandkoming van de overeenkomst van cessie — de Nederlandse wetgever tot voorbeeld kunnen strekken. Zie over deze materie in dezelfde — kritische — zin H.L.E. VERHAGEN en M.H.E. RONGEN, *Cessie, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Kluwer, 2000, 21-35.

(39) Toelichting MEIJERS, Parl. Gesch. Boek 3, 317.

zowel de roerende zaak als de vordering op naam, naast het vuistpandrecht respectievelijk het openbaar pandrecht(40), de mogelijkheid van de vestiging van een zogeheten stil pandrecht. Gelet op de mij ter beschikking staande ruimte wil ik op deze plaats slechts aandacht besteden aan(41):

- (A) de voor de vestiging van het stil pandrecht voorgeschreven leveringshandeling;
- (B) het overgangsrecht.

#### A. VESTIGINGSHANDELING STIL PANDRECHT

27. Voor de vestiging van een pandrecht op een goed gelden, ongeacht of het daarbij gaat om een stil pandrecht of niet, dezelfde vereisten als art. 3:84 lid 1 stelt voor de overdracht van dat goed (art. 3:98 BW). Vereist is derhalve een tot vestiging leidende leveringshandeling krachtens een geldige titel, verricht door iemand die bevoegd is over het te verpanden goed te beschikken.

Op deze plaats wil ik slechts ingaan op de leveringshandeling die leidt tot vestiging van een stil pandrecht. Het stil pandrecht op roerende zaken is nader geregeld in art. 3:237 BW, het stil pandrecht op vorderingen in art. 3:239 BW. Voor het stil pandrecht op zaken geldt dat het wordt gevestigd bij authentieke of onderhandse geregistreerde akte, zonder dat de zaak in de macht van de pandhouder of een derde wordt gebracht(42). Voor het stil pandrecht op vorderingen geldt hetzelfde, met dien verstande dat van de verpanding geen mededeling behoeft te worden gedaan aan de debiteur van de verpande vordering. In de regel zal de authentieke akte een notarieel verleden akte zijn. Veelal zal die akte tweezijdig zijn, maar noodzakelijk is dat niet. Voldoende is een eenzijdige akte, waarin de pandgever verklaart in pand te geven. De pandhouder moet weliswaar aanvaarden, maar deze aanvaarding is vormvrij. Zij kan door iedere daartoe geëigende gedra-

---

(40) Vgl. art. 3:236 BW.

(41) Zie voor andere kwesties o.m. W.H.M. REEHUIS, *Stille verpanding*, proefschrift Rijksuniversiteit Groningen, Arnhem: Gouda Quint 1987, 344 p., alsmede — met een belangrijke component Nederlands internationaal privaatrecht — M.V. POLAK en A.I.M. VAN MIERLO, *Verstrekking van zekerheden aan internationale syndicaten*, Nibe Bankjuridische Reeks, 2e herziene druk, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenrecht, 1998, 59-99.

(42) Hier dringt zich een zekere gelijkenis op met de in België bestaande mogelijkheid van verpanding van een handelszaak op basis van de Wet van 25 oktober 1919. Zie daarover de literatuur genoemd in *T.P.R.* 1992, p. 1381, nr. 135, waaraan toegevoegd E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1992, nr. 399-413.

ging geschieden. In de praktijk zijn de onderhandse akten overigens meestal tweezijdig.

Betreft de verpanding een bestaand goed (i.e. een bestaande zaak of een bestaande vordering op naam), dan verschilt het tijdstip van totstandkoming van het stil pandrecht, zo men wil van de vestiging van het pandrecht, naar gelang gebruik wordt gemaakt van een notariële dan wel een onderhandse akte. In het eerste geval komt het pandrecht tot stand op het moment van het verlijden van de akte, dat wil zeggen op het tijdstip waarop de notaris — als laatste — de akte ondertekent. Bij de tweezijdige onderhandse akte daarentegen ligt het tijdstip van vestiging van het pandrecht op een later moment dan dat van de ondertekening der akte door partijen. De wet schrijft immers voor dat de akte geregistreerd moet worden. Registratie geldt hier als constitutieve eis. Het pandrecht komt eerst tot stand door registratie van de akte op grond van de Registratiewet 1970 bij de Inspectie der Successie en Registratie. Als dag van registratie mag, blijkens rechtspraak van de Hoge Raad, worden aangemerkt de dag waarop de akte ter registratie wordt aangeboden. Noch in de tekst van de Registratiewet 1970, noch in die van de Uitvoeringsbeschikking Registratiewet 1970 is, aldus de Hoge Raad, voldoende steun te vinden voor de opvatting dat als datum van registratie heeft te gelden de dag waarop de akte daadwerkelijk is ingeboekt door het vermelden van de gedeeltelijke inhoud ervan in het register<sup>(43)</sup>. Aan het register moet niet al te veel betekenis worden toegekend. Het is zeker geen openbaar register. Registratie van de onderhandse akte maakt het alsdan tot stand gekomen pandrecht niet zoiets als een „registerpandrecht”.

Uitdrukkelijk zij opgemerkt dat het stil pandrecht op vorderingen op naam op de voet van art. 3:239 BW verschilt van het stil pandrecht, zoals dat in België sedert de Wet van 6 juli 1994 (*B.S.* 15 juli 1994) mogelijk is. In België verkrijgt de pandhouder het „bezit” van de in pand gegeven schuldvordering door het sluiten van de pandovereenkomst (art. 2075 lid 1 BBW nieuw). Op hetzelfde moment verkrijgt de pandhouder de in pand gegeven schuldvordering ten aanzien van derden. Tot zover bestaat geen wezenlijk verschil met het Nederlands recht. De wegen lopen uiteen als de debiteur van de verpande vordering in de beschouwing wordt getrokken. In België is het zo dat het pandrecht slechts ten aanzien van de debiteur geldt nadat de verpanding aan deze is ter kennis gebracht dan wel nadat de verpanding door

---

(43) HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447, m.nt. WMK, *AA* 1996, 115, m.nt. S.C.J.J. KORTMANN (Stichting Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.).

deze is erkend (art. 2075 lid 2 BBW nieuw)(44). In Nederland daarentegen geldt het pandrecht terstond na vestiging ook ten aanzien van de debiteur, zij het dat zolang van de verpanding geen mededeling is gedaan de bevoegdheid de (verpande) vordering te innen nog bij de pandgever berust (art. 3:246 lid 1 BW).

## B. OVERGANGSRECHT

**28.** Vanzelfsprekend deed zich na 1 januari 1992 het fenomeen voor dat men werd geconfronteerd met — nog bestaande — eigendomsrechten tot zekerheid ten gevolge van een zekerheidsoverdracht naar oud recht. Wat geldt dan rechtens, oud recht, nieuw recht of een combinatie van oud en nieuw?

De overgangswetgeving is op dit punt tamelijk eenvoudig van opzet. Art. 86 Overgangswet komt hierop neer dat een krachtens een eigendomsoverdracht tot zekerheid verkregen eigendomsrecht op een naar nieuw recht voor verpanding vatbaar goed wordt geëerbiedigd door omzetting in een met de zekerheidseigendom vergelijkbaar pandrecht. In de praktijk betekende dit dat een bestaande eigendom tot zekerheid *constituto possessorio* op 1 januari 1992 van rechtswege werd geconverteerd in een stil pandrecht. Dit was slechts anders, indien aan de schuldenaar de uitwinning van het tot zekerheid overgedragen goed reeds ten tijde van de inwerkingtreding van het nieuwe recht was aangezegd(45).

## VII. Besluit

29. Ik kom tot een afronding. De eigendomsoverdracht tot zekerheid, zoals die door de Hoge Raad in 1929 is erkend, is niet meer. Eén enkele wetbepaling in het op 1 januari 1992 ingevoerde nieuw Burgerlijk Wetboek heeft voor Nederland het einde gebracht van een rechtsfiguur die de praktijk ruim zestig jaren in haar greep heeft gehouden. Het feit dat deze rechtsfiguur geen wettelijke basis kende, heeft geleid tot nogal wat jurisprudentie van de Hoge Raad. Deze jurisprudentie heeft aan de eigendomsoverdracht tot zekerheid „handen en voeten”

---

(44) Zie hierover o.m. E. DIRIX, „De vormvrije cessie”, *R.W.* 1994-1995, 137-145, met name nr. 30-31 en dezelfde auteur, „Stil pandrecht op vorderingen in België”, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1995, 142-143.

(45) Zie uitvoeriger A.I.M. VAN MIERLO, „Over zekerheidsrechten, het overgangsrecht en conversie ex lege transitoria” in *Capita Overgangsrecht NBW, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad, Vermande, 1991, 29-50.

gegeven, waarbij het niet altijd eenvoudig bleek deze figuur in de bestaande regels in te passen.

Over de schrapping van de eigendomsoverdracht tot zekerheid *an sich* behoeven wij, zo meen ik, niet rouwig te zijn<sup>(46)</sup>. Het stil pandrecht van art. 3:237 en 3:239 BW, zo blijkt in de praktijk, vormt een zeer bruikbaar en degelijk alternatief. Eigendom is te veel van het goede als een beperkt recht beter op zijn plaats is. De NBW-wetgever heeft eigenlijk op dit punt van het zekerhedenrecht niets anders gedaan dan de juiste maatvoering in wettelijke regels neergelegd. Het „oversized” confectiepak is vervangen door een maatpak. En zo hoort het!

---

(46) Over de wijze waarop dat is geschied — door introductie van art. 3:84 lid 3 BW — heb ik wel mijn twijfels. Het verbod van art. 3:84 lid 3 BW kan aan een verdere rechtsontwikkeling hier te lande in de weg staan.