

Tekst & Uitleg
D. 13,7,20,pr. Paulus libro vicensimo nono ad edictum
en
Hof Amsterdam 2 april 2013 (JOR 2013/351)

Aliena res pignori dari voluntate domini potest: sed et si ignorante eo data sit et ratum habuerit, pignus valebit.

Een zaak van een ander kan met toestemming van de eigenaar worden bezwaard met een beperkt zekerheidsrecht. Maar ook als zij buiten zijn medeweten tot zekerheid is gegeven en hij heeft bekrachtigd, is het zekerheidsrecht geldig.

1 Inleiding

Van de tekst van Paulus tot aan de uitspraak van het hof Amsterdam van 2 april 2013 (JOR 2013/351) loopt een onafgebroken lijn van zo'n tweeduizend jaar.¹ Wat wil het geval? Beide uitspraken gaan over de situatie waarin iemand andermans zaak in pand heeft willen geven. Het beoogde pandrecht komt niet tot stand omdat de pandgever niet bevoegd is om over die zaak te beschikken. De eigenaar raakt vervolgens met die mislukte verpanding bekend en bekrachtigt die. Verkrijgt de pandhouder daarmee alsnog een pandrecht?

2 Romeins recht²

Paulus laat er in het bovenstaande fragment geen misverstand over bestaan. Men kan naar Romeins recht niet rechtsgeldig over andermans zaak beschikken. De regel *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (D. 50,17,54) staat daaraan in de weg. Dit wordt anders als degene die andermans zaak wil verpanden dit doet met toestemming van de eigenaar. De pandgever is weliswaar zelf niet bevoegd om over de zaak te beschikken, maar de vestigingshandeling die hij verricht leidt tot het ontstaan van een geldig pandrecht, dankzij de toestemming van de eigenaar. Deze casus verschilt in de ogen van Paulus niet van de situatie waarin de pandgever aanvankelijk heeft gehandeld zonder toestemming van de eigenaar en de eigenaar de verpanding later bekrachtigt. De vestigingshandeling door de pandgever heeft aanvankelijk bij gebreke van beschikkingsbevoegdheid niet het beoogde

1 Tegen het arrest van het hof is cassatie ingesteld. Het kantoor waaraan de schrijver van deze bijdrage is verbonden treedt in die procedure op voor de bank.

2 Zie hierover uitgebreid G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, diss. Leiden 1998, Deventer 1998, p. 171-207.

rechtgevolg en er ontstaat geen pandrecht. Als gevolg van de bekrachtiging door de eigenaar komt het pandrecht alsnog tot stand.³ De pandhouder verkrijgt een recht dat hij tegen iedereen geldend kan maken.

Het fragment van Paulus is om twee redenen illustratief. Het toont ons in de eerste plaats aan dat de enkele vaststelling dat de verpanding is mislukt niet noodzakelijkerwijs een definitief oordeel is. De vestigingshandeling door de pandgever had aanvankelijk niet het beoogde rechtsgevolg, maar dit rechtsgevolg (het ontstaan van het pandrecht) kon later alsnog intreden op het moment dat alle vereisten vervuld raakten. In de tweede plaats laat Paulus ons zien dat het er volgens hem weinig toe doet of de eigenaar zijn toestemming vooraf geeft dan wel achteraf. In beide gevallen verkrijgt de pandhouder een geldig pandrecht. De Romeinse juristen tilden inderdaad niet zwaar aan dit temporele verschil. Er zijn talrijke fragmenten waarin de bekrachtiging achteraf op een lijn wordt geplaatst met de toestemming die een eigenaar vooraf heeft gegeven. Ulpianus heeft dit in algemene zin verwoord: bekrachtiging wordt namelijk gelijk gesteld aan lastgeving.⁴ In beide gevallen keurt de eigenaar goed dat zijn zaak door een derde in pand wordt gegeven. In beide gevallen maakt de eigenaar met die goedkeuring kenbaar dat hij de rechtsgevolgen van de vestigingshandeling door die derde tegen zich laat werken.

Aan de bekrachtiging zijn volgens de Romeinse juristen geen vormvereisten verbonden. De bekrachtiging hoeft dus niet noodzakelijkerwijs te bestaan uit een uitdrukkelijke wilsverklaring. De eigenaar kan ook worden geacht stilzwijgend een mislukte verpanding te hebben bekrachtigd.⁵ Scaevola zegt hierover meer in het algemeen in D. 46,8,5: hij heeft geantwoord dat men niet slechts door woorden kan bekrachtigen, maar ook door een handeling.⁶ Die handeling kan bijvoorbeeld bestaan uit het instellen van een rechtsmiddel.⁷

3 Duits recht⁸

De uitgangspunten van de casus die Paulus behandelt in D. 13,7,20,pr. hebben via de beschouwingen van de Pandektisten een plaats gekregen in het Duitse BGB. Artikel 185 BGB gaat over beschikkingen door een onbevoegde en de strekking van die bepaling is geheel in lijn met het fragment van Paulus:

(1) Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.

(2) Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt (...).⁹

Het eerste lid van artikel 185 BGB maakt duidelijk dat naar Duits recht een derde andermans zaak geldig kan verpanden mits hij daarvoor de toestemming van de rechthebbende (de *Ermächtigung*) heeft gekregen. Het tweede lid gaat over de bekrachtiging (de *Genehmigung*).

3 Zie naast het fragment van Paulus ook D. 20,1,16,1, D. 20,2,5,2 en CJ 8,15(16),7.

4 D. 46,3,12,4 *i.f.* (Ulpianus). *Rati enim habitio mandato comparatur*.

5 Zie bijvoorbeeld D. 20,2,5,2.

6 D. 46,8,5 (Scaevola): *Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu*.

7 Zie D. 46,1,66.

8 Zie hierover uitgebreid Staudinger/Gursky (2009), § 185 BGB en Staudinger/Lorenz (2007), § 816 BGB.

9 Het vervolg van artikel 185 BGB gaat over gevallen van convalescentie en kan in het kader van deze bijdrage buiten beschouwing blijven.

Als uitgangspunt geldt dan de situatie dat de derde zonder toestemming van de rechthebbende diens zaak heeft willen verpanden. Het beoogde rechtsgevolg treedt in dat geval niet omdat de pandgever niet bevoegd is om over die zaak te beschikken.¹⁰ Het pandrecht ontstaat echter alsnog indien de rechthebbende de eerder mislukte verpanding bekrachtigt. Eveneens in lijn met het Romeinse recht hoeft de bekrachtiging naar Duits recht niet expliciet kenbaar te worden gemaakt. Zij kan stilzwijgend plaatsvinden en zijn gelegen in een gedraging van de rechthebbende.

Op deze plaats is het goed om kort stil te staan bij het samenspel dat in de praktijk voorkomt tussen artikel 185 en artikel 816 BGB.¹¹ Dit laatste artikel gaat uit van de casus waarin een onbevoegde over andermans zaak heeft willen beschikken en de eigenaar die beschikking desondanks tegen zich moet laten gelden. Op grond van artikel 816 BGB komt de eigenaar in dat geval een vordering toe waarmee hij van de onbevoegde de afgifte kan eisen van hetgeen deze voor die beschikking heeft ontvangen. Het klassieke voorbeeld is het geval waarin iemand de zaak van de eigenaar verkoopt en levert aan een derde die de bescherming geniet van de derde-verkrijgers te goeder trouw. De "echte" eigenaar moet deze overdracht tegen zich laten gelden, ook al was de vervreemder niet bevoegd om diens zaak over te dragen. De eigenaar kan in die situatie op grond van artikel 816 BGB van de vervreemder eisen dat deze afstaat hetgeen hij voor de verkochte en overgedragen zaak heeft gekregen. Maar laten we nu uitgaan van de situatie waarin de beoogde overdracht niet plaatsvindt, bijvoorbeeld omdat de verkrijger niet te goeder trouw is. Men komt dan in beginsel aan de toepassing van artikel 816 BGB niet toe. De eigenaar hoeft de beoogde overdracht niet tegen zich te laten gelden en hij kan de zaak gewoon van een ieder opeisen. Toch kan het zo zijn dat de eigenaar de zaak liever laat voor wat zij is, bijvoorbeeld als hij het zicht op of interesse in de zaak heeft verloren. Hij is er dan juist bij gebaat om de mislukte overdracht wel tegen zich te laten werken zodat hem de vordering van artikel 816 BGB toekomt en hij van de vervreemder de koopprijs kan opeisen die deze voor de overgedragen zaak heeft ontvangen. Dit resultaat bereikt de eigenaar eenvoudig door die eerder beoogde overdracht op grond van artikel 185 BGB te bekrachtigen. Als gevolg van de bekrachtiging vindt die overdracht alsnog plaats en krijgt de (nu ex-) eigenaar op grond van artikel 816 BGB een vordering tegen de vervreemder.

Het samenspel tussen artikel 185 en artikel 816 BGB heeft de Duitse juristen aardig wat hoofdbrekens gekost. Men komt logischerwijs pas aan de toepassing van artikel 816 BGB toe als de eigenaar de door de onbevoegde vervreemder beoogde overdracht tegen zich laat gelden. Dit betekent dat de eigenaar de mislukte overdracht noodzakelijkerwijs eerst moet bekrachtigen en dat als gevolg van die bekrachtiging de aanspraak ex artikel 816 BGB ontstaat. Om die reden neemt men in de Duitse praktijk al als snel aan dat de eigenaar geacht wordt om de overdracht te willen bekrachtigen wanneer hij tegen de vervreemder aanspraak maakt op afdracht van hetgeen deze voor de zaak heeft ontvangen. Maar geheel bevredigend is dit niet. Wat als de eigenaar de mislukte overdracht bekrachtigt om aanspraak te kunnen maken op de vergoeding van artikel 816 BGB en de vervreemder vervolgens niet betaalt? Hij is dan al wel zijn eigendom kwijt maar staat verder met lege handen. Duitse juristen hebben

10 Dit is anders natuurlijk als de pandhouder de bescherming geniet van een derde-verkrijger te goeder trouw.

11 Artikel 816(1) BGB. *Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.*

daarom wel verdedigd dat in het samenspel van de twee artikelen de bekrachtiging ex artikel 185 BGB moet worden geacht plaats te vinden onder de ontbindende voorwaarde dat de vervreemder niet voldoet aan zijn betalingsverplichting ex artikel 816 BGB.¹²

4 Nederlands recht¹³

Het is nu tijd om terug te keren naar het geval waarin iemand andermans zaak heeft willen verpanden en de eigenaar die eerder beoogde maar mislukte verpanding bekrachtigt. De uitkomst van die casus is naar Nederlands recht op grond van artikel 3:58 lid 1 BW in lijn met de oplossing die de Romeinse juristen en het Duitse recht voorstaan. Recentelijk mocht het hof Amsterdam zich buigen over zo'n casus.¹⁴ Wat was het geval? Bedrijf F is failliet gegaan. De curator van F werkt aan een doorstart en verkoopt en levert de activa van F onder eigendomsvoorbehoud aan bedrijf TW. TW zelf heeft haar huidige en toekomstige bedrijfsinventaris verpand aan de bank. Als het vervolgens ook slecht gaat met TW, neemt de bank de activa in vuistpand en treft zij voorbereidingen voor een executie. De curator van F krijgt kennis van de plannen van de bank en beroept zich bij de bank op het door hem bedongen eigendomsvoorbehoud. Beide partijen gaan met elkaar gesprek. Zij komen overeen dat met betrekking tot de executieverkoop een bedrag van zo'n EUR 20.000 uit de opbrengst aan de boedel van F zal worden voldaan. De bank gaat over tot executie van het pandrecht. TW gaat failliet en de curator van TW start een procedure tegen de bank. De curator van TW stelt dat de bank onrechtmatig heeft gehandeld door overgaan tot executie van de activa zonder dat de bank daarop een geldig pandrecht had verkregen. De curator van TW wordt in eerste aanleg in het gelijk gesteld. De bank stelt hoger beroep in en zodoende komt de zaak voor het hof Amsterdam.

Het feitencomplex lijkt op het eerste gezicht tamelijk ingewikkeld, maar de casus laat zich vrij makkelijk verder ontleden. Het begint bij de vraag naar de rechtspositie van TW ten opzichte van de activa die zij in pand heeft gegeven aan de bank. Het staat vast dat TW die activa heeft gekocht en geleverd gekregen terwijl de curator van F zich het eigendom voorbehield. Het staat eveneens vast dat TW de bedongen koopprijs voor die activa niet heeft voldaan. De curator van TW heeft in de procedure daarom het standpunt ingenomen dat TW geen eigenaar van de activa is geworden en daarom onbevoegd was om op die activa een geldig pandrecht te vestigen ten gunste van de bank.¹⁵ In beide instanties heeft de rechter inderdaad aangenomen dat TW vanwege het eigendomsvoorbehoud niet bevoegd is om de gekochte activa te verpanden. Ook staat het vast dat de bank op de hoogte was van het bestaan van het eigendomsvoorbehoud waardoor zij niet de bescherming geniet van een derde-verkrijger te

-
- 12 Het zou wellicht praktischer zijn om uit te gaan van een opschortende voorwaarde (inhoudende dat de vervreemder aan zijn verplichting ex artikel 816 BGB heeft voldaan) of om uit te gaan van een "gelijk oversteken". Dogmatisch gezien belandt men dan weer in een Catch-22 situatie: de eigenaar heeft vóór de bekrachtiging überhaupt geen aanspraak ex artikel 816 BGB.
- 13 Zie hierover uitgebreid G.H. Potjewijd, *Bekrachtiging en convalescentie*. Over de toepassing van art. 3:58 BW bij beschikkingen over andermans goed, Deventer 2002.
- 14 Hof Amsterdam 2 april 2013, JOR 2013/351, met noot A. Steneker.
- 15 Op dit standpunt valt wel iets af te dingen. Als men de gangbare opvatting volgt dat een overdracht onder eigendomsvoorbehoud leidt tot de overgang van een voorwaardelijk recht, liggen de feiten genuanceerder. TW is dan hangende de voorwaarde eigenaar onder opschortende voorwaarde en kan zij als zodanig over dat recht beschikken. Zie A. Steneker onder Hof Amsterdam 2 april 2013, JOR 2013/351.

goeder trouw.

Daarmee is de casus gereduceerd tot de kern. TW heeft andermans zaak in pand willen geven aan de bank zonder dat de curator van F daarmee had ingestemd. De vestigingshandeling leidde bij gebreke van beschikkingsbevoegdheid niet tot het ontstaan van een pandrecht. In eerste aanleg heeft de rechter daarom geoordeeld dat de bank onrechtmatig heeft gehandeld jegens TW door over te gaan tot executie van de zaken. In hoger beroep komt het hof Amsterdam tot een ander oordeel. Het hof oordeelt (naar mijn mening terecht) dat de afspraak tussen de curator van F en de bank niet anders kan worden begrepen dat de curator alsnog instemde met het door TW aan de bank verschaft vuistpand en de door de bank als vuistpandhouder te verzorgen executieveiling.¹⁶ Met die afspraak bekrachtigde de curator daarmee het eerder door TW beoogde pandrecht en maakte hij (impliciet) kenbaar aan de bank dat hij de rechtsgevolgen van die mislukte verpanding tegen zich zou laten werken. Als gevolg van de bekrachtiging heeft de bank een geldig pandrecht gekregen en was zij bevoegd om tot executie van de zaken over te gaan.

De gang van zaken in dit arrest vertoont een opvallende gelijkenis met het samenspel tussen artikel 185 en 816 BGB dat hierboven ter sprake kwam. Als de curator van F kennis krijgt van de plannen van de bank om tot executie over te gaan, is hij niet zozeer geïnteresseerd om de activa weer in de macht van de boedel te krijgen. Hij kan zich vinden in de door de bank voorgenomen executie mits de bank een deel van de executieopbrengst afdraagt aan de boedel. De bank is echter slechts bevoegd om tot executie over te gaan indien zij een geldig pandrecht heeft gekregen. Bekrachtiging van het door TW beoogde pandrecht door de curator van F is daarom een noodzakelijk vereiste voor een geldige executie. Het ligt daarom voor de hand om de afspraken tussen de curator en de bank te verstaan op de wijze zoals het hof het heeft gedaan, namelijk als een impliciete bekrachtiging. Om er zeker van te zijn dat hij het geld zou krijgen, had de curator van F in lijn met de Duitse praktijk de gevolgen van de bekrachtiging afhankelijk kunnen maken van de ontbindende voorwaarde dat de bank nalaat om het afgesproken deel van de executieopbrengst aan de boedel te voldoen.

G.P. Potjewijd¹⁷

Beijing

16 Het hof leest in die afspraak tevens dat de curator van F afstand doet van het eigendomsvoorbehoud. Dit laatste kan in het kader van deze bijdrage buiten beschouwing blijven.

17 Geert Potjewijd is resident partner bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. - Beijing Representative Office

