

# Is het pandrecht een goederenrechtelijk of verbintenisrechtelijk recht?

## 1. Inleiding

De vraag of het pandrecht een zakelijk/goederenrechtelijk of verbintenisrechtelijk recht is, lijkt naar huidig burgerlijk recht eenvoudig te beantwoorden. Het recht van pand is, zo bepaalt art. 3:227 lid 1 BW, een beperkt recht dat strekt tot verhaal bij voorrang boven andere schuldeisers van een vordering tot voldoening van een geldsom. Volgens art. 3:81 lid 1 BW vormen de beperkte rechten een gesloten systeem. Zij zijn afgeleid uit een meer omvattend recht, dat met dit beperkte recht is bezwaard, zo leert art. 3:8 BW. Al naar gelang beperkte rechten op goederen (zaken én vermogensrechten) of alleen op zaken kunnen worden gevestigd, staan ze in Boek 3 of in Boek 5 BW. De vestiging van een pandrecht is mogelijk op alle andere goederen dan registergoederen (art. 3:227 lid 1 BW) en is daarom te vinden in Boek 3. Uit de wet vloeit dus voort dat het pandrecht een goederenrechtelijk recht is.

Onlangs betoogde de Tilburgse hoogleraar Wibier dat hij weinig voordeel erin ziet om het pandrecht te blijven benaderen als een goederenrechtelijk, beperkt recht. Hij deed dit naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad van 9 april 2021<sup>1</sup>, waarin deze art. 3:262 BW, dat de mogelijkheid regelt een hypotheekrecht bij notariële akte een hogere rang te geven dan volgens haar inschrijving toekomt, naar analogie toepaste op de rangwisseling bij pandrecht. Volgens Wibier bestaat er geen enkel principieel bezwaar om voorrang krachtens rechtshandeling anders vorm te geven dan als een goederenrechtelijk beperkt recht, namelijk door haar te schoeien op verbintenisrechtelijke leest.<sup>2</sup>

Wat Wibier vermoedelijk niet heeft geweten, is dat in de 19<sup>e</sup> eeuw onder Duitse pandektisten een discussie heeft gewoed over de aard van het pandrecht. Was het een zakelijk recht of was het ‘vielmehr als Forderungsrecht zu betrachten’? Vooral de romanisten Konrad Büchel (1800-1875), hoogleraar in Marburg vanaf 1840, en Karl Adolph von Vangerow (1808-1870), hoogleraar in Heidelberg eveneens vanaf 1840, verdedigden dat het pandrecht als een vorderingsrecht was te zien, ook al ging de heersende

---

1 HR 9 april 2021, NJ 2021/214; ECLI:NL:HR:2021:524 (Van Dooren q.q./X).

2 R.M. Wibier, ‘Is een pandrecht nog wel een beperkt, goederenrechtelijk recht?’, Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht 2021/3, p. 115 e.v.

pandektistische leer uit van het zakelijke karakter van het pandrecht.<sup>3</sup> De discussie tussen de Duitse pandektisten echode na onder Nederlandse schrijvers over het burgerlijke recht. Zij kreeg in ons land bovendien extra voedsel vanwege het feit dat de Nederlandse wetgever van 1838 in navolging van de Franse Code civil uit 1804, de pandhouder niet uitdrukkelijk een zakelijke actie toekende waarmee hij het pandobject kon opeisen.<sup>4</sup> Met het schrappen van het toenmalige art. 1199 BW 1838 en de vervanging door art. 1198 lid 4 in 1874 verviel dit argument.<sup>5</sup> Wel viel menigeen op dat art. 1208 BW 1838, een letterlijke vertaling van art. 2114 Cc, uitdrukkelijk bepaalde dat ‘onderzetting of hypotheek een zakelijk regt’ was, terwijl een vergelijkbaar artikel voor het pandrecht ontbrak. Toch had het debat van die tijd hierover een hoog theoretisch gehalte, omdat art. 584 BW 1838 het pandrecht uitdrukkelijk onder de zakelijke rechten schaarde.<sup>6</sup>

In het vervolg geven wij de discussie onder de Duitse pandektisten over de aard van het pandrecht weer (par. 2). Daarna wenden wij ons tot de discussies onder het oud burgerlijk recht (par. 3). In onze slotbeschouwing komen wij terug op de opvatting van Wibier.

## 2. Duitse pandektisten over de aard van het pandrecht

Wij geven het debat over het al dan niet zakelijke karakter van het pandrecht vooral weer aan de hand van de opvattingen van Karl von Vangerow en Heinrich Dernburg (1829-1907). Zij zijn te zien als de archetypische vertolkers van het pandrecht als ‘Forderungsrecht’ respectievelijk het pandrecht als ‘dingliches Recht’. Von Vangerow wees erop dat het pandrecht zich onderscheidde van de zakelijke rechten. Die gaven de rechthebbende in meer

- 
- 3 H. Coing, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914, II* (19. Jahrhundert), München: Beck 1989, p. 416. Zie H. Dernburg, *Pandekten, I*, 7. verbesserte Aufl. unter Mitwirkung von Johannes Biermann, Berlin: Verlag von H.W. Müller 1902, § 262 en B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, I*, 8. Aufl. bearbeitet von Th. Kipp, Frankfurt am Main: Rütten & Loening 1900, § 224, noot 8. Rudolph Sohm (1841-1917), hoogleraar in onder meer Straatsburg en Leipzig, was genuanceerder dan Büchel en Vangerow. Volgens F. Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, (...) zum zweitemale herausgegeben von K.F. Rosshirt, Giessen: G.F. Heyer's Verlag 1842, § 103 (p. 129) had een pandrecht op vorderingen ‘mehr die Natur einer obligatio’. Dit strookte met het Romeinse recht. De *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand, was geen zakelijke actie, maar een persoonlijke. Zie A.J.H. Smit, *Pignus nominis. De verpanding van vorderingen naar Romeins recht*, Den Haag: Boomjuridisch 2020, p. 35. Zie ook F. Brandsma, ‘Pignus nominis: does the pledgee have a ius in re or ius in personam’, in: V.A. Leontaritou and others (Ed.), *Antecessor: Festschrift für Spyros N. Troianos*, Athene: Ant. N. Sakkoulas Publishers 2013, p. 227-236.
- 4 J.E. Jansen, *De actio Serviana en het Nederlandse privaatrecht*, Den Haag Boomjuridisch 2017, p. 50 en p. 54 (art. 2076 Code civil (Cc) resp. art. 1199 BW 1838).
- 5 Wet van 8 juli 1874, Stb. 95. Lid 4 van het nieuwe artikel luidde: ‘Is het [pandregt] door dezen [pandhouder] verloren, dan heeft hij het regt van terugvordering bij artikel 2014 [...]’.
- 6 ‘Men kan op zaken hebben, het zij een regt van bezit, het zij een regt van eigendom, het zij een regt van erfgenaamschap, het zij een vruchtgenot, het zij een regt van erfdienstbaarheid, het zij een regt van pand of hypotheek.’ Over het zakelijk karakter van het hypotheekrecht onder het oud BW: A.S. van Nierop, *Hypotheekrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1927, p. 23 e.v. (over art. 1208 B.W.) en J.B.M. Roes, *Hypotheek. Een zakelijk recht*, Arnhem: Gouda Quint-Brouwer 1970, p. 38 e.v.

## IS HET PANDRECHT EEN GOEDERENRECHTELIJK OF VERBINTENISRECHTELIJK RECHT?

of mindere mate het recht om de zaak te gebruiken, voor zichzelf nuttig te maken of ervan te genieten. Zij waren ‘ihrer Natur nach auf Dauer berechnet’. ‘Ganz anders das Pfandrecht’, aldus Von Vangerow. Van gebruik, nut of genot gedurende een zekere tijd was geen sprake, ‘indem der Gerechtigte in keinerlei Weise auf die verhaftete Sache einzuwirken oder sie zu gebrauchen befugt ist (...).’ Het pandrecht had tot doel zekerheid te verschaffen aan de schuldeiser. Bij de verbonden zaak ging het om haar verkoopbaarheid. Zij was slechts het middel voor de schuldeiser om zich die zekerheid te verschaffen. Het pandrecht ging dan ook teniet, als het doel werd bereikt. De conclusie van Von Vangerow was dan ook:

‘Daß in all’ diesen Punkten das Pfandrecht sich eben so sehr der Obligatio annähert, wie es sich von den übrigen jura in re aliena unterscheidet, bedarf keiner besondern Ausführung, und da dürfte es doch wohl mehr als eine bloße “in das Reich der Phantasie zu verweisende Spielerei” (...) sein, wenn man in Gegensatz zu den übrigen jura in re aliena, welche eine *rei servitus* begründen, das spezifische Wesen des Pfandrechts in eine *rei obligatio* setzt.’<sup>7</sup>

Dernburg was het met Von Vangerow eens dat het pandrecht een ander karakter had dan de (andere) zakelijke rechten. De pandhouder mocht de zaak inderdaad niet ‘fysisch’ gebruiken, maar hij was bevoegd haar te vervreemden. Toch was het pandrecht een zakelijk recht, want ‘zu dem Zwecke [de bevoegdheid tot vervreemding] aber bindet es die Sache unmittelbar und dauernd, und unterwirft Sie so der Verfügung des Gläubigers’. Velen bestreden echter het zakelijke karakter van het pandrecht. ‘Sie wollen es als Forderungsrecht angefaßt wissen.’ Het pandrecht was geen ‘Forderungsrecht’, of het nu werd geconstrueerd als vorderingsrecht jegens de zaak zelf (‘gegenüber der Sache selbst’) of jegens de eigenaar van dat moment van de zaak (‘gegenüber dem jeweiligen Eigentümer der Sache’). ‘Beides ist unhaltbar’, aldus Dernburg.

‘Die Sache kann nicht Schuldner sein, denn ein Schuldner soll leisten, handeln! Wie sollte dies der Sache möglich sein? Denkbar wäre eher, den jeweiligen Eigentümer der Sache als Schuldner anzusehen. Doch diese Konstruktion entspricht dem Tatbestande des Pfandrechts nicht.’<sup>8</sup>

Het pandrecht gaf immers (‘eigentümlich und charakteristisch’) anders dan bij vorderingsrechten voorrang aan de oudste pandhouder. ‘Nicht den Forderungsrechten also gehört es zu, sondern den dinglichen rechten.’ Daarnaast was het in overeenstemming met

---

7 K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 7. vermehrte und verbesserte Aufl., Marburg und Leipzig: Elwert’sche Universitäts-Buchhandlung 1863, § 363 (citaat op p. 798). De woorden van Vangerow vindt men bijna letterlijk terug bij Asser/Scholten, *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel-Zakenrecht*, achtste druk, met medewerking van G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945, p. 418-419. Zie ook nog: Asser/Van Oven, *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Tweede deel-Zakenrecht, Bijzonder deel*, negende druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 64.

8 Dernburg, *Pandekten*, I, § 262 (citaat op p. 644).

de bronnen van het Romeinse recht dat het pandrecht een zakelijk karakter had. Het Romeinse recht kende aan de pandhouder immers een zakelijke actie toe waarmee hij het pand van eenieder kon opeisen (de *actio Serviana*):

‘Die Pfandklage geht nämlich in Rom nicht auf Zahlung der Schuld, wie dies der Fall sein müßte, wenn sie aus einer Forderung entspränge. Ihr petitum ist herausgabe der Sache, nicht anders als bei einer Eigentumsklage.’<sup>9</sup>

Het debat is in het voordeel van Dernburg beslist. De heersende leer was volgens de pandektisten dat het pandrecht een zakelijk karakter had. Windscheid kende geen enkele twijfel: ‘es [das Pfandrecht] ist ein dingliches, und kein obligatorisches Recht.’<sup>10</sup>

### 3. De Nederlandse discussies over de aard van het pandrecht

De *actio Serviana* was in het Romeinse recht de zakelijke actie tot bescherming van het zekerheidsrecht, en in de ‘hoogklassieke tijd’, aldus Kaser/Knütel, ‘steht sie als **vindicatio pignoris** jedem Pfandgläubiger offen, und zwar auf Verschaffung oder Wiedererlangung des Besitzes von jedem besitzer.’<sup>11</sup> Zoals gezegd heeft de Franse wetgever en in zijn kielzog de Nederlandse wetgever de *actio Serviana* niet opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. Tot de wetwijziging van 1874 verbond de latere Leidse hoogleraar R.T.H.P.L.A. van Boneval Faure (1826-1909) hieraan de consequentie dat het pandrecht geen zakelijk recht was, ook al schaarde art. 584 BW 1838 het pandrecht onder de zakelijke rechten. Het recht van verkoop, dat aan de pandhouder was toegestaan, behoorde volgens Van Boneval Faure niet tot het wezen van het pandrecht. Dat was het bezit van de zaak, want het BW 1838 kende enkel een vuistpandrecht. Was de pandhouder namelijk het bezit kwijtgeraakt, dan hield het pandrecht op te bestaan, ‘al hetwelk mij bovendien voorkomt van het pandrecht het algemeene kenmerk der zakelijke regten, de zakelijke regtsvordering nl., uit te sluiten’. In de Code Napoleon werd, aldus Van Boneval Faure, het pandrecht evenmin als zakelijk recht behandeld, maar als ‘pand-contract’. ‘De enkele verandering van naam en plaatsing [in het Nederlandse BW van 1838] zal wel op het regt zelf niet van invloed kunnen zijn.’<sup>12</sup>

9 Dernburg, *Pandekten*, I, § 262, p. 645. Over de *actio Serviana* recent: Jansen, *De actio Serviana en het Nederlandse pandrecht*, p. 31 e.v. Jansen schreef: ‘De *actio Serviana* was de zakelijke actie ter bescherming van het zekerheidsrecht, zoals de *rei vindicatio* dat voor de eigenaar was.’

10 Windscheid, *Lehrbuch des Pandekten*, I, § 224 (p. 1007).

11 M. Kaser/R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., München: Beck 2008, § 31.39.

12 R. van Boneval Faure, ‘Over den invloed en de kracht van den regel des Romeinschen Regts: traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur: in het Nederlandsch Burg. Wetb., vooral in vergelijking met den Code Napoleon’, in: *Nederlandsche Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving* 1847/2, p. 304. Hij is na de wetwijziging van 1874 van mening veranderd. Hij schreef in *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht*, I, Leiden: Brill 1893, p. 241 over het recht van pand als een absoluut en zakelijk recht, hoewel de absolute werking van het pandrecht zijns inziens wel beperkt was, omdat de pandhouder alleen het recht van terugvordering had, als hij voldeed aan de eisen van art. 2014 lid 2 BW 1838.

## IS HET PANDRECHT EEN GOEDERENRECHTELIJK OF VERBINTENISRECHTELIJK RECHT?

C.W. Opzoomer (1821-1892), vanaf 1854 hoogleraar in de wijsbegeerte in Utrecht, bestreed Van Boneval Faures standpunt dat het pandrecht niet tot een zakelijke rechtsvordering leidde. De pandhouder mocht namelijk in rechte vorderen, ‘dat de zaak hem in betaling zal verblijven, of dat zij verkocht zal worden’. ‘Is nu die regtsvordering zakelijk of persoonlijk?’ Opzoomer betoogde:

‘Mij dunkt, het eerste. Er wordt niets van eenigen persoon gevorderd, ook niet van den persoon des schuldenaars, de zaak alleen is het onderwerp van den eisch. De schuldenaar is niet verplicht iets te geven of te doen; alleen op de zaak wordt aan den schuldeischer een regt verleend.’<sup>13</sup>

Het feit dat de pandhouder een pandobject dat uit zijn bezit was geraakt niet kon terugvorderen, was volgens Opzoomer geen gevolg van het beginsel dat het pandrecht geen zakelijk recht was, maar van het beginsel dat roerende zaken geen zaaksgevolg hadden (*mobilia non habent sequelam*), dat wil zeggen niet opvorderbaar waren bij een derde.<sup>14</sup>

Het standpunt dat het pandrecht geen zakelijk karakter had, omdat een zakelijke pandactie ontbrak in het BW, werd niet meer verdedigd na de invoering van art. 1198 lid 4. In deze bepaling stond dat een pandhouder het recht van terugvordering op grond van art. 2014 lid 2 BW 1838 had, indien hij het pandobject had verloren of het hem was ontvreemd.<sup>15</sup> Als de pandhouder op grond van deze bepaling het object had teruggekregen, werd het pandrecht geacht ‘nooit verloren te zijn geweest’.<sup>16</sup> Op grond hiervan schreef J.Ph. Suijling (1869-1962), van 1911 tot 1929 hoogleraar Burgerlijk recht in Utrecht, dat de pandhouder tot handhaving van zijn recht over de acties beschikte, ‘welke iederen tot het houden van een zaak gerechtigde toekomen. Op denzelfden voet als een eigenaar vordert de pandhouder de hem onttrokken pandzaak van den houder op.’<sup>17</sup>

---

13 C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek. Aanteekening op de artikelen, die thans nog verklaring behoeven*, II, Leiden en Amsterdam: J.H. Gebhard en Comp. 1850, p. 227.

14 Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek*, p. 227. Zie over het adagium *mobilia non habent sequelam* (‘roerend goed heeft geen gevolg’) het proefschrift van A.F. Salomons, 2014 tot 1950. De geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde, Deventer: Kluwer 1997 en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europees Privaatrecht, I (Inleiding en zakenrecht)*, derde druk, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2006, p. 266 e.v.

15 Art. 2014 lid 2 BW 1838 bepaalde dat ‘degene die iets verloren heeft of aan wien iets ontvreemd is, gedurende drie jaren (...) het verlorene of ontvreemde als zijn eigendom [kan] terug vorderen van dengenen in wiens handen hij hetzelfde vindt, (...)’.

16 Zie over de wetwijziging Salomons, 2014 tot 1950, p. 72 e.v.

17 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk recht*, 5<sup>e</sup> stuk (Zakenrecht), Haarlem: De Erven Bohn 1940, nr. 544. Zie ook N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, III, tweede herziene en vermeerderde druk, Haarlem: De Erven Bohn 1902, p. 332. De zakelijke actie van de pandhouder is thans geregeld in art. 3:245 BW. Zie daarover J.E. Jansen, ‘Goederenrechtelijke rechtsvorderingen tot afgifte’, *RM Themis* 2014-6, p. 275-283.

## JANSEN EN SCHUIJLING

Met de wetwijziging van 1874 verstomde echter het debat niet over de vraag of het pandrecht al dan niet een zakelijk karakter had. H.J. Hamaker (1844-1911), hoogleraar Burgerlijk recht in Utrecht van 1877 tot 1911, gooide de knuppel in het hoenderhok met zijn opstel *Beschouwingen over pandrecht* (1875). Hij ontkende daarin, geïnspireerd door de Duitse literatuur, het zakelijke karakter van het pandrecht. Hij kreeg opmerkelijk genoeg van de Nederlandse beoefenaren van het burgerlijke recht weinig ‘weerwoord’. Opzomer bestreed weliswaar de opvatting dat het pandrecht geen zakelijk recht zou zijn, maar hij richtte zich vooral tegen Duitse pandektisten. Hij verwees slechts in het voorbijgaan naar het opstel van Hamaker. Opzomer wees er voorts op dat de ‘vele [Duitse] geleerde en diepzinnige onderzoekingen’ over dit onderwerp soms wel erg ver voerden.

‘Dikwijls wat al te diepzinnige onderzoekingen, waarbij door de fijnheid der begripsonderscheiding en de nauwkeurigheid der ontleding duisternis in plaats van licht werd aangebracht, en aan hetgeen men voor wijsgeerige grondigheid aanzag de juridische begrijpelijkheid werd opgeofferd.’<sup>18</sup>

Opzomer had zich al eerder negatief uitgelaten over deze ‘Duitse’ juridische spitsvondigheid.

‘De Duitse rechtsgeleerden, meer dan die van andere volken aan wijsgeerige begripsontleiding gewend, maken door overdrijving de deugd licht tot een gebrek, de filosofie tot een onvruchtbare, onpraktische scholastiek. Vele Duitse rechtsmonographiëen [sic] schijnen mij reeds aan dat euvel, en maar, al te sterk, te lijden.’<sup>19</sup>

De neiging van de ‘Duitse’ rechtswetenschap tot onpraktische fijnslijperij en het gebrek aan ‘klaarheid’ en eenvoud maakten ‘dat de heldere geest van een Savigny zich niet meer te huis zou gevoelen.’<sup>20</sup>

Hamaker begon in een betoog zonder noten<sup>21</sup> met de lezer eraan te herinneren dat het pandrecht een voorname plaats innam onder de rechtsinstellingen die de rechtsgeleerde wereld heel wat hoofdbrekens had gekost. Een van de oorzaken van ‘dit vrij zonderlinge verschijnsel’ was dat het pandrecht enerzijds in een nauwe betrekking tot een zaak stond, maar anderzijds veel van de zakelijke rechten verschilde. Die gaven genot, het pandrecht gaf een verkooprecht en geen genot; zakelijke rechten waren doel, het pandrecht was middel

---

18 C.W. Opzomer, *Het Burgerlijke Wetboek, verklaard*, vierde deel, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1879, p. 581.

19 C.W. Opzomer, *Het Burgerlijke Wetboek, verklaard*, derde deel, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1876, p. 463.

20 Opzomer, *Het Burgerlijke Wetboek, verklaard*, III, p. 363-364 (in noot) en IV, p. 581 (noot 2).

21 Het is dus bijna onmogelijk te achterhalen op wie de opvattingen van Hamaker teruggingen. Hij citeerde zelden of nooit. Zie G.C.J.J. van den Bergh en C.J.H. Jansen, ‘Hendrik Jacob Hamaker: de jurist tegenover het moderne denken’, in: L.J. Dorsman (red.), *Beroep op de wetenschap. Utrechtse geleerden tussen universiteit en samenleving 1850-1940*, Utrecht: Matrijs 1999, p. 112.

## IS HET PANDRECHT EEN GOEDERENRECHTELIJK OF VERBINTENISRECHTELIJK RECHT?

tot een doel. Sommige juristen hadden daarom het pandrecht uit de rij van de zakelijke rechten geschrapt en noemden het een *obligatio rei*. Het pandrecht hoorde thuis bij het verbintenissenrecht, niet bij het zakenrecht.<sup>22</sup> Hamaker onderschreef de gedachte dat het pandrecht geen onderdeel was van het zakenrecht. De pandhouder had zijns inziens niets anders dan de macht om aan te wijzen, wie krachtens de wilsverklaring van de pandgever bij openbare verkoop de eigenaar van het pand zou worden. Hij beschikte zelf niet over de zaak, dat deed de pandgever, maar hij maakte slechts de *persona incerta*, ‘te wiens behoeve de verpander [pandgever] beschikt heeft’, tot een *persona certa*. De pandhouder was dus eigenlijk niets meer of minder dan ‘de handlanger’ van de pandgever bij de eigendomsoverdracht aan een koper en droeg zelf niets over. ‘En nu zal het wel bij niemand opkomen, deze macht een zakelijk recht of *obligatio rei* of iets dergelijks te noemen.’<sup>23</sup>

Was de macht of de bevoegdheid van de pandhouder om iemand aan te wijzen die eigenaar zou worden, eigenlijk wel een (verbintenisrechtelijk) recht, zo vroeg Hamaker zich af. Het kunnen aanwijzen van een persoon, die een koopsom zou betalen voor het pand, vertegenwoordigde een vermogenswaarde. De aan te wijzen persoon zou (en moest) de pandhouder gaan betalen. Liever dan deze macht echter een recht te noemen, wilde Hamaker haar brengen onder de door Rudolph von Jhering (1818-1892) ‘blootgelegde “Reflexwirkungen” van rechtsfeiten op derde personen’. Jhering bedoelde hiermee de gevolgen, die een rechtsfeit dikwijls had voor een ander dan de onmiddellijk betrokken personen.<sup>24</sup> Hamaker wenste met gebruikmaking van Jherings theorie de bevoegdheid van de pandhouder te zien als een ‘Reflexwirkung’, omdat deze het gevolg was van een wilsverklaring van eigendomsoverdracht. De bevoegdheid van de pandhouder vloeide namelijk voort uit wat de pandgever verklaarde te willen. Hamaker concludeerde dan ook: ‘Het verdwijnen van het zakelijk recht van pand, ziedaar dan de eerste vrucht, welke mijn onderzoek, ondersteld dat het juist is, hebben zou.’ Hij vreesde dat de toekomst nog veel onnuttig werk zou brengen ‘over den waren aard van het pandrecht’. ‘Waar zooveel onnut

---

22 H.J. Hamaker, ‘Beschouwingen over pandrecht’ (1875), in: W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann (red.), *Verspreide Geschriften van Mr. H.J. Hamaker*, II (Zakenrecht), Haarlem: De Erven Bohn 1911, p. 246.

23 Hamaker, ‘Beschouwingen over het pandrecht’, p. 290. De opvatting van Hamaker toonde verwantschap met de al door Romeinse juristen verworpen opvatting dat de pandhouder de pandgever vertegenwoordigde of diens lasthebber was. De pandhouder ontleende echter zijn verkoopbevoegdheid aan zijn zekerheidsrecht. Hij verkocht ‘iure suo’ (D. 20, 5, 13) en bracht zijn eigen recht ten uitvoer (D. 12, 9, 7, 1). Zie Jansen, *De actio Serviana en het Nederlandse privaatrecht*, p. 26-31.

24 R. von Jhering, ‘Die Reflexwirkungen oder die Rechtswirkung rechtlicher Thatfachen auf dritte Personen’, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik* 10 (1871), p. 245-271. Jherings beschouwing heeft grote invloed uitgeoefend op het proefschrift van J.P. Moltzer, *De overeenkomst ten behoeve van derden* (1876). Over Jhering en de Nederlandse (privaat)rechtswetenschap: ‘Rudolf von Jhering (1818-1892). Jhering heute’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXXV* (2018). Jhering oefende grote invloed uit op W. Modderman (1838-1882), hoogleraar Romeins recht in Groningen van 1867 tot 1882, en H.L. Drucker (1857-1917), hoogleraar Romeins recht in Groningen en Leiden. Hij stond in persoonlijk contact met de raadsheer in de Hoge Raad, S.J. Hingst (1834-1890).

werk verricht wordt, is het zeker nuttig op die nutteloosheid opmerkzaam te maken en dat heb ik gedaan door te zeggen: gij onderzoekt den aard van iets, dat niet bestaat.’<sup>25</sup>

Het standpunt van Hamaker lokte – zoals gezegd – nauwelijks tegenspraak uit. Opzoomer gaf vrij uitvoerig vooral de pandektistische afwijzing van het pandrecht als zakelijk recht weer en vatte haar slotsom als volgt samen: het pandrecht is ‘dus een persoonlijk recht met dat eigenaardige dat er geen persoon verbonden was, en het was geen zakelijk recht, ofschoon het die eigenaardigheid vertoonde, dat een zaak en niet een persoon, verbonden was.’ Deze leer had, aldus Opzoomer, veel bijval gevonden. ‘Maar nog veel meer bestrijding. En met de scherpste en treffendste wapenen.’ Het pandrecht verschilde van andere zakelijke rechten, maar het had alle kenmerken van die zakelijke rechten (zoals absolute werking). ‘Een zaak is voor een ander dan den eigenaar bruikbaar, niet alleen door het stoffelijke nut dat zij dagelijks oplevert, maar ook door de eigenschap dat zij verkoopbaar is, dat zij een koopwaarde bezit en in geld kan worden omgezet.’ Het pandrecht was naar Nederlands burgerlijk recht dus een zakelijk recht, maar alleen op een roerende zaak. De wetgever had dit ook onmiskenbaar zo bepaald in het wetboek (art. 584 BW 1838).<sup>26</sup>

De Groningse hoogleraar G. Diephuis (1817-1892), hoogleraar Burgerlijk recht van 1859 tot 1887, die nogal eens met Opzoomer van mening verschilde,<sup>27</sup> was het op het punt van het zakelijke karakter van het pandrecht roerend met Opzoomer eens. Ook al repte art. 1196 BW 1838 ten aanzien van het pandrecht niet uitdrukkelijk, zoals art. 1208 BW 1838 ten aanzien van het hypotheekrecht, van het feit dat het een zakelijk recht was, uit de aanduiding in de wet dat de schuldeiser (pandhouder) een recht verkreeg op een zaak, kenmerkte het pandrecht zich als een zakelijk recht. ‘En dat de wetgever het als zoodanig beschouwt, blijkt ook daaruit, dat het in art. 584 nevens hypotheek genoemd wordt onder de regten, die men op zaken hebben kan.’<sup>28</sup>

25 Hamaker, ‘Beschouwingen over het pandrecht’, p. 291-292.

26 Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard*, p. 582 (citaat), p. 583 e.v., p. 584 (citaat), p. 589. Opzoomer wees er ten overvloede op dat het pandrecht ook naar Romeins recht een zakelijk recht was. Dat bleek alleen al uit het feit dat de *actio hypothecaria* qua inhoud van haar vordering geheel gelijksoortig was met de andere zakelijke rechtsvorderingen, ‘uit eigendom en servitutenrecht geboren’. Zie Inst. 4,6,7 (in de vertaling van Spruit/Feenstra/Bongenaar): ‘De actio quasi-Serviana is de actie waarmee schuldeisers hun recht op pandobjecten of verhypotheceerde zaken geldend maken. Tussen pand en hypotheek bestaat, voor zover het de hypothecaire actie betreft, geen verschil’ (quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasse persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam ad actionem hypothecariam nihil interest).

27 J.H.A. Lokin, *De Groninger Faculteit der Rechtsgeleerdheid (1596-1970)*, Den Haag: Boomjuridisch 2019, p. 302 e.v.

28 G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, VII, tweede druk, Groningen: J.B. Wolters 1886, p. 542. De pandhouder had bovendien in art. 1198 lid 4 BW een zakelijke rechtsvordering toegekend gekregen, namelijk het recht van terugvordering, zoals bedoeld in art. 2014 lid 2 BW 1838. Zie ook Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, III, p. 327, noot 1: ‘De voorstelling ‘dat pignus eene



## IS HET PANDRECHT EEN GOEDERENRECHTELIJK OF VERBINTENISRECHTELIJK RECHT?

Volgens P. Scholten (1875-1946), vanaf 1910 hoogleraar Burgerlijk recht in Amsterdam, ten slotte kwam het zakelijke karakter van het pandrecht duidelijker dan uit de tekst van art. 1198 lid 4 (met verwijzing naar art. 2014 lid 2 BW 1838) en van art. 584 BW 1838 naar voren uit het recht van de pandhouder om de zaak eigenmachtig zonder enige rechterlijke tussenkomst te mogen verkopen, ‘haar aldus geheel voor den eigenaar te doen verloren gaan’, terwijl hij de opbrengst mocht doen strekken om zichzelf boven en met uitsluiting van anderen betaling te verschaffen. De zelfstandige positie van de pandhouder, die ook bleek uit het feit, dat hij zijn recht mocht uitoefenen bij het faillissement van de schuldenaar, stempelde zijn recht tot een zakelijk recht.<sup>29</sup>

### 4. Slotbeschouwing

De discussie over de aard van het pandrecht is daarna lange tijd verstomd. Bij de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek lokte de voorgestelde definitie van het pandrecht in het uiteindelijke art. 3:227 BW geen enkel debat uit. De goederenrechtelijke aard van het pandrecht is simpelweg boven iedere twijfel verheven.<sup>30</sup> Met zijn recente kritiek op het goederenrechtelijke karakter van het pandrecht werpt Wibier, als een hedendaagse Von Vangerow, een steen in de vijver van dit oude debat. Zijn argumenten verschillen van degenen die vóór hem de zakelijke natuur van het pandrecht bestreden, maar delen een gebrek aan overtuigingskracht. Zijn bespiegelingen voeren – evenals die van sommige pandektisten over de aard van het pandrecht – nogal ver.

Een van Wibiers bezwaren is dat het zakelijke karakter van het pandrecht wringt met het Unierecht, meer bepaald de financiëlezekerheidsovereenkomsten-richtlijn.<sup>31</sup> Die op Engelse leest geschoeide richtlijn zou het uitgangspunt hanteren dat zekerheidsarrangementen contractueel van aard zijn.<sup>32</sup> In deze Europeanisering van het zekerhedenrecht kunnen wij echter geen fundamentele keuze ontwaren voor zekerheidsrechten van verbintenisrechtelijke snit. Sterker nog, de genoemde richtlijn gaat uitdrukkelijk uit van overeenkomsten die leiden tot overdracht of bezwaring met een zakelijk zekerheidsrecht van het financiële onderpand.<sup>33</sup> Dat in het kader van die zekerheidsrechten ruimte bestaat voor partijautonomie, zoals bij het bedingen van executiegronden, gebruiksrechten of een

---

verbintenis zou zijn van de zaak, is zeker een *contradictio in adjecto*; indien al bij *pignus* van “obligari” en bij pand en hypotheek van “verbonden-zijn” gesproken wordt, dan is toch de verbintenis van een persoon van geheel anderen aard dan die van eene zaak; door beide met elkander in verband te brengen, stelt men zich bloot aan allerlei verwarring.’

<sup>29</sup> Asser/Scholten, *Zakenrecht*, p. 419. Zie eveneens Asser/Van Oven, *Zakenrecht*, bijzonder deel, p. 64.

<sup>30</sup> Zie bijv. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/37.

<sup>31</sup> Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, zoals nadien gewijzigd (fzo-richtlijn).

<sup>32</sup> Wibier, ‘Is een pandrecht nog wel een beperkt, goederenrechtelijk recht?’, p. 115.

<sup>33</sup> Zie art. 2 lid 1, sub a-c FZO-richtlijn en art. 7:51, sub a-c, BW.

executie door toe-eigening,<sup>34</sup> doet aan de goederenrechtelijke aard van die zekerheidsrechten niets af. Goederenrecht en partijautonomie zijn geen onverenigbare grootheden.<sup>35</sup> Wij concludeerden eerder al eens dat de richtlijn de fundamenten van het goederenrecht niet aan het wankelen brengt en dat geldt zonder meer voor het zakelijke karakter van het pandrecht.<sup>36</sup>

De overige bezwaren van Wibier hangen samen nauw met de overwegingen van de Hoge Raad in de al genoemde uitspraak van 9 april 2021. Die zouden illustreren dat de kwesties die daar aan de orde waren, namelijk de rangwisseling van pandrechten en de aanspraken op het geïnde, moeilijk zijn in te passen in het goederenrechtelijke model.<sup>37</sup> Zo overweegt de Hoge Raad dat een rangwisseling tussen pandrechten de toestemming behoeft van de pandhouder die in rang wordt verlaagd en dat die toestemming dient te voldoen aan hetzelfde vormvereiste dat geldt voor vestiging van dat pandrecht. Ten aanzien van stil pandrecht op vorderingen kan rangwijziging worden bereikt door middel van een authentieke of onderhandse geregistreerde akte.<sup>38</sup> Inderdaad kan men, zoals Wibier doet, zich afvragen wat dit betekent voor andere gevallen, zoals een rangwisseling met een vuistpandrecht. Maar in die vraag ligt nog geen bewijs besloten dat rangwisseling niet goed past in het goederenrechtelijke stelsel. In plaats van een fundamenteel gebrek gaat het hier juist om de fijnslipperijs van dat stelsel. Met enig systematisch denkwerk komt men al rap op het antwoord, zoals Verstijlen dat reeds heeft geformuleerd, dat de vestigingsvereisten voor een vuistpandrecht meebrengen dat rangwisseling dan kan worden bewerkstelligd door de vormvrije afspraak dat een vuistpandhouder die in rang wordt verlaagd gaat houden voor de andere pandhouder.<sup>39</sup>

Anders dan Wibier zien wij niet in hoe de Hoge Raad door de erkenning van een vrijwillige rangwisseling van pandrechten stappen zet in de richting van een meer contractueel pandrecht.<sup>40</sup> Dat de Hoge Raad geen vormvrije rangwisseling toestaat, maar dezelfde vormvereisten stelt als aan de vestiging van een pandrecht, wijst juist op een goederenrechtelijke benadering. Bovendien staat een ‘contractualisering’ van het pandrecht, in die zin dat de betrokken partijen de goederenrechtelijke rechtsgevolgen door onderlinge afspraken kunnen vormgeven of wijzigen, volgens ons op geen enkele manier op gespannen

---

34 Vgl. art. 7:51, sub h, BW (executiegrond), art. 7:53 BW (gebruiksrecht) en art. 7:54 lid 3 BW (toe-eigening).

35 Zie ook S.E. Bartels, ‘Partijautonomie in het Nederlandse goederenrecht’, in: *Preadvies van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2018, Boom: Den Haag 2018, p. 243-262.

36 C.J.H. Jansen & B.A. Schuijling, ‘De financiële zekerheidsvereenkomst’, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht, deel 81-II), Deventer: Kluwer 2014, p. 499.

37 Wibier, ‘Is een pandrecht nog wel een beperkt, goederenrechtelijk recht?’, p. 117-118.

38 Art. 3:239 lid 1 BW. Zie ook r.o. 3.1.5 van het arrest.

39 Zie ook de noot van F.M.J. Verstijlen in *NJ* 2021/214, onder 4.

40 Wibier, ‘Is een pandrecht nog wel een beperkt, goederenrechtelijk recht?’, p. 116.

## IS HET PANDRECHT EEN GOEDERENRECHTELIJK OF VERBINTENISRECHTELIJK RECHT?

voet met het goederenrechtelijke karakter van dat pandrecht.<sup>41</sup>

Wibier ziet het goederenrechtelijk karakter van het pandrecht uiteindelijk als een ‘knellend keurslijf’ en ‘stalen bal met ketting’.<sup>42</sup> Dat is een sombere kijk op de zaak. Het zakelijke karakter van het pandrecht doorstaat als conceptueel kader de tand des tijds uitstekend. Deze leerstellige en historische grondslag van het pandrecht vormt een stevig fundament van het moderne zekerhedenrecht en zal naar alle waarschijnlijkheid ook richtinggevend zijn bij de verdere harmonisatie van dit rechtsgebied in Europees verband. Met diezelfde mate van waarschijnlijkheid zullen de bespiegelingen van Wibier hetzelfde lot treffen als de eerdere bezwaren die in de loop van de geschiedenis zijn geuit tegen de zakelijke aard van het pandrecht: steeds ebden zij weg. Het pandrecht, kortom, is een goederenrechtelijk recht.

C.J.H. Jansen en B.A. Schuijling<sup>43</sup>

NIJMEGEN

---

41 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1980, p. 31 en 35, die de ‘contractualisering’ signaleerde van de levering en overdracht als gevolg van de mogelijkheden om bezit te verschaffen door middel van tweezijdige verklaring tussen vervreemder en verkrijger.

42 Wibier, ‘Is een pandrecht nog wel een beperkt, goederenrechtelijk recht?’, p. 118.

43 Corjo Jansen is voorzitter en Ben Schuijling is directeur van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) in Nijmegen.