

University of Groningen

Goederenrechtelijke rechtsvorderingen tot afgifte

Jansen, J.E.

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, J. E. (2014). Goederenrechtelijke rechtsvorderingen tot afgifte : Over onjuiste aantasting van het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten in het Burgerlijk Wetboek. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 175(6), 275-283. <http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/134797>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Goederenrechtelijke rechtsvorderingen tot afgifte

Over onjuiste aantasting van het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten in het Burgerlijk Wetboek

Prof. mr. J.E. Jansen*

1. Goederenrechtelijke rechtsvorderingen in het Burgerlijk Wetboek

Goederenrechtelijke rechten gelden, anders dan persoonlijke rechten, tegen de gehele wereld. De goederenrechtelijk gerechtigde beschikt daarom over een uit zijn recht voortvloeiende rechtsvordering waarmee hij het goed kan opeisen waar het zich maar bevindt.¹ In het zesde eeuwse in opdracht van keizer Justinianus opgetekende Romeinse recht beschikte de eigenaar over de *rei vindicatio*, de vruchtgebruiker en de gerechtigde tot een erfdiensbaarder beschikten over de *actio confessoria*, de erfpachter over de *rei vindicatio utilis* en de zekerheidsgerechtigde over de *actio (quasi) Serviana* (zie par. 2). De Nederlandse wetgever gaf alleen de revindicatie een afzonderlijke bepaling in het Burgerlijk Wetboek. De eigenaar heeft de bevoegdheid zijn zaak op te eisen van een ieder die haar zonder recht houdt (artikel 5:2 BW). Voor andere goederenrechtelijk gerechtigden ontbreekt een vergelijkbare bepaling. Dat betekent echter niet dat de goederenrechtelijk gerechtigde niet-eigenaar een zelfstandige rechtsvordering mist. Dit blijkt uit de Toelichting Meijers bij artikel 5:2 en 3:296 BW. Dat de eigenaar de revindicatie kan instellen, vloeit voort uit de algemene bepalingen over rechtsvorderingen in Boek 3 en niet uit artikel 5:2 BW. Uit het eigendomsrecht volgt voor een niet-eigenaar de verplichting de zaak aan de eigenaar te geven, en artikel 3:296 lid 1 BW maakt duidelijk dat de rechter de gedaagde er desgevraagd toe veroordeelt deze rechtsplicht na te komen:

‘Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een

ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door een rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.²

Goederenrechtelijke rechtsvorderingen behoeven geen afzonderlijk wetsartikel.³ Zij vloeien als vanzelf voort uit goederenrechtelijke rechten.⁴

1.1. Goederenrechtelijke rechtsvorderingen tot afgifte
De wetgever heeft de bevoegdheid van de goederenrechtelijk gerechtigde om zelfstandig afgifte of wanneer het een onroerende zaak betreft ontruiming van het goed te vragen, in verschillende wetsartikelen ingeperkt. De vruchtgebruiker (artikel 3:218 BW), erfpachter (artikel 5:95 BW) en de opstaller (artikel 5:104 lid 1 BW) delen met de hoofdgerechtigde de bevoegdheid rechtsvorderingen in te stellen die betrekking hebben op zowel het beperkte recht als het recht van degene die het vestigde. Uit de toelichting bij artikel 3:218 BW volgt dat de rechtsvordering tot afgifte van het bezwaarde goed een rechtsvordering is die betrekking heeft op zowel het beperkte recht als het recht van degene die het vestigde.⁵ Als de vruchtgebruiker een derde ex artikel 3:296 BW om afgifte van het goed vraagt, is hij op grond van artikel 3:218 BW verplicht de vruchtgebruiker tijdig in het geding te roepen. Als hij dat niet doet, zal de rechter hem niet-

* Prof. mr. J.E. Jansen is bijzonder hoogleraar bijzondere aspecten van het Privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam (Bregsteinerleerstoel) en universitair hoofddocent rechtsgeschiedenis Radboud Universiteit Nijmegen. Dit artikel bevat de (aangepaste) tekst van de rede die de auteur uitsprak ter aanvaarding van de voornoemde leeropdracht.

1. Zie bijvoorbeeld Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, Deventer: Kluwer 2013/27: ‘Bezien wij nu de bevoegdheden die zijn verbonden aan een recht op een goed, dan dient in de eerste plaats te worden genoemd de bevoegdheid van de rechthebbende om afgifte van de zaak te vorderen, in wiens handen hij de zaak ook mocht aantreffen.’
2. TM bij artikel 5.1.4 (artikel 5:2 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 5*, Deventer: Kluwer 1981, p. 71: ‘Hoewel de toekenning der in dit artikel genoemde rechtsvordering reeds besloten ligt in de bepalingen, die in het derde Boek omtrent rechtsvorderingen in het algemeen worden gegeven, in het bijzonder artikel 3.11.1 (artikel 3:296 BW) – zo is het desniettemin gewenst hier de rechtsvordering nader te regelen, die sinds het Romeinse recht de eigenaar toekomt en revindicatie wordt genoemd.’ Verder de TM bij artikel 3.11.1 (artikel 3:296 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981: ‘De formulering laat uitkomen, dat de verplichting niet alleen het eigenlijke verbintenissenrecht bestrijkt; ook uit bepalingen van het zakenrecht (...) kan een dergelijke rechtsplicht voortvloeien.’
3. J.A. Ankum wijst daarop voor de revindicatie, ‘De historische oorsprong van artikel 5:2 BW’, in: K.J. Krzeminski & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *De Digesten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 55-68, p. 67. P.C. van Es voor de *actio negatoria* en de rechtsvorderingen van beperkt gerechtigden *De actio negatoria* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 189-190 en p. 273.
4. Vgl. bijvoorbeeld voor de vruchtgebruiker TM bij artikel 3.8.17 (artikel 3:218 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 671: ‘In artikel 3.11.1 (3:296 BW) wordt de vruchtgebruiker tegen een ieder die jegens hem verplicht is iets te geven, te doen of na te laten een rechtsvordering gegeven.’ Zie ook artikel 3:106 BW.
5. TM bij artikel 3.8.17 (artikel 3:218 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 671.

ontvankelijk verklaren.⁶ De wetgever maakt zo inbreuk op het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten.⁷ Waarom zou de rechter de vordering tot afgifte van de vruchtgebruiker moeten afwijzen als de vruchtgebruiker de vruchtgebruikgever niet tijdig in het geding roept? Hoe kan de wetgever deze inbreuk op het absolute karakter van vruchtgebruik, erfpacht en opstal beëindigen? Hij kan artikel 3:218, 5:95 en 5:104 BW zo wijzigen dat de rechtsvordering tot afgifte er niet langer onder valt. Ik sta een andere oplossing voor: codificatie van de op het Romeinse recht gebaseerde goederenrechtelijke opeisingsacties van de vruchtgebruiker, de erfpachter en de opstaller in een afzonderlijk wetsartikel. De wetgever maakt zo duidelijk dat de opeisingsactie van de beperkt genotsgerechtigde geen rechtsvordering is die zowel het beperkte recht betreft als dat van de hoofdgerechtigde. De beperkt gerechtigde en de hoofdgerechtigde hoeven elkaar daarom niet tijdig in het geding te roepen als zij een derde om afgifte van het goed vragen (zie par. 3). Bovendien is het dan niet langer noodzakelijk de rechtsvordering tot afgifte van de beperkt genotsgerechtigde af te leiden uit artikel 3:296 BW.

Voor het pandrecht beperkte de wetgever de zelfstandige bevoegdheid afgifte te vragen op een iets andere wijze in artikel 3:245 BW. Artikel 3:245 BW verplicht de pandgever en de pandhouder ertoe elkaar tijdig in het geding te roepen als zij 'een rechtsvordering instellen ter bescherming van het verpande goed'. Wat is daarmee precies bedoeld? De formulering van artikel 3:245 BW kan de indruk wekken dat de pandhouder aangewezen is op de rechtsvordering tot afgifte van de pandgever. Stein neemt op grond van artikel 3:245 BW inderdaad aan dat de pandhouder die afgifte van het verpande goed wil vragen daarbij is aangewezen op de rechtsvordering van de pandgever, die hij met de pandgever deelt. De pandhouder van een roerende zaak is dan aangewezen op de revindicatie van de pandgever. Om recht te doen aan het absolute karakter van een pandrecht wordt in de literatuur wel aangenomen dat de pandhouder beschikt over een zelfstandige rechtsvordering tot afgifte die niet onder het bereik valt van artikel 3:245 BW (zie par. 4).

Qua resultaat ben ik het daarmee eens. Ik acht het echter onwenselijk om uit artikel 3:245 BW af te leiden dat de pandhouder de rechtsvordering tot afgifte van de pandgever instelt. De voorgeschiedenis van artikel 3:245 BW maakt deze uitleg weliswaar waarschijnlijk, ik zou aan die voorgeschiedenis niet veel gewicht willen toekennen omdat zij het gevolg is van een misverstand. De kiem van het misverstand dat de pandhouder geen zelfstandige rechtsvordering heeft, maar de revindicatie van de pandgever instelt, ligt in het Franse recht (zie par. 5). Het Franse misverstand vond zijn weg naar het Burgerlijk Wetboek van 1838 (zie par. 6) en naar het huidige artikel 3:245 BW. De uitleg waarin artikel 3:245 BW de pandhou-

der de rechtsvordering toekent van de pandgever laat zich bovendien slecht rijmen met het gegeven dat uit artikel 3:296 BW volgt dat een goederenrechtelijk gerechtigde een zelfstandige rechtsvordering tot afgifte heeft. De tekst van artikel 3:245 BW dwingt er evenmin toe aan te nemen dat de pandhouder de rechtsvordering van de pandgever instelt. In artikel 3:245 BW is sprake van 'rechtsvorderingen ter bescherming van het verpande goed'. Ik zou willen aannemen dat artikel 3:245 BW ziet op zowel de rechtsvordering van de pandgever, als die van de pandhouder. Wanneer het gaat om een door de eigenaar gevestigd pandrecht op een roerende zaak leidt deze uitleg tot het volgende: de eigenaar/pandgever kan zijn revindicatie niet zelfstandig instellen, de pandhouder kan de uit artikel 3:296 BW voortvloeiende rechtsvordering (de *actio Serviana*) evenmin zelfstandig instellen. In deze uitleg is de codificatie in een afzonderlijk wetsartikel van de *actio Serviana* niet voldoende om het absolute karakter van een pandrecht tot volle wasdom te laten komen. De uit het pandrecht voortvloeiende rechtsvordering tot afgifte is immers een rechtsvordering tot bescherming van het verpande goed, zodat artikel 3:245 BW de pandhouder ertoe verplicht de pandgever tijdig in het geding te roepen (*et vice versa*). De wetgever dient daarom in ieder geval duidelijk te maken dat artikel 3:245 BW alleen ziet op de rechtsvordering van de pandgever en niet op de rechtsvordering van de pandhouder (zie par. 7). Artikel 3:245 BW vormt dan nog wel een beperking van het absolute karakter van het recht van de pandgever. De wetgever kwam hiertoe om te voorkomen dat een als zodanig gevestigd vuistpandrecht tenietgaat op grond van artikel 3:258 BW als de vuistpandgever de zaak succesvol onder een derde opeist. Hier wordt betoogd dat artikel 3:258 BW in zulke gevallen niet tot het einde leidt van het als zodanig gevestigde vuistpandrecht. Artikel 3:245 BW kan daarom in zijn geheel worden geschrapt (zie par. 8).

2. Goederenrechtelijke rechtsvorderingen in het justiniaanse Romeinse recht

Het onderscheid tussen persoonlijke rechten en zakelijke of goederenrechtelijke rechten kan teruggevoerd worden op een Romeinsrechtelijk onderscheid in acties (rechtsvorderingen). De Romeinse juristen maakten een onderscheid tussen *actiones in personam* (persoonlijke acties) en *actiones in rem* (zakelijke acties).⁸ Gaius legt het verschil uit in zijn *Instituten*. Een persoonlijke actie stelt men in tegen iemand die uit contract of delict tegen de eiser gebonden is. De *actio in rem* richtte zich niet zozeer tegen de gedaagde, als wel op een zaak.

'Een zakelijke actie doet zich voor, wanneer wij in de *intentio* beweren of dat een lichamelijke zaak ons eigendom is, of dat ons het een of andere recht toekomt, bijvoorbeeld het recht van gebruik of van vruchtgebruik, van voetpad, van dreef of van waterleiding of om hoger

6. Vgl. over de systematiek van de tijdige oproeping Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI*, Deventer: Kluwer 2010/155.

7. Zie J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Rechtsvorderingen met betrekking tot een in vruchtgebruik gegeven goed', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* (XIII), 1996, p. 65-83. De bepaling miskent volgens Tjeenk (p. 83) het zakelijke karakter van het recht van vruchtgebruik door onmogelijk te maken dat de vruchtgebruiker zelfstandig afgifte vordert.

8. Vgl. hierover bijvoorbeeld W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht, I. Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2006 (3e druk), p. 76 e.v.

te bouwen of van uitzicht, of wanneer omgekeerd de tegenpartij een *actio negativa* instelt.⁹

Gaius noemt de eigenaar als eerste voorbeeld van een met een zakelijke actie beschermde. Hij beschikte over de *rei vindicatio*. Letterlijk vertaald betekent dat handhaving van de zaak. De actie richtte zich op betaling van de doorgaans door de rechter geschatte waarde van de zaak. De gedaagde kon aan de veroordeling tot betaling van de waarde ontkomen door de zaak af te staan aan de eigenaar.¹⁰ De eigenaar kon de revindicatie instellen als een ander in het bezit van zijn zaak was. Hij zal de zaak meestal van de bezitter hebben opgeëist, maar kon zijn actie ook tegen een houder richten: vereist was dat de gedaagde in staat was de zaak af te staan aan de eiser.¹¹

Bij de revindicatie voegden zich andere *actiones in rem*. Gaius noemt de rechten van (vrucht)gebruik en enkele erfdiensbaarheden. De Romeinse juristen rekenden de rechten van vruchtgebruik en gebruik tot de persoonlijke dienstbaarheden en de rechten van overpad en dergelijke tot de *erfdienstbaarheden*. De dienstbaarheden waren de oudste – in moderne terminologie – beperkte rechten. De gerechtigde tot een erfdiensbaarheid beschikte over een *actio in rem* naar het voorbeeld van de revindicatie.¹² De naam van deze rechtsvordering was de *actio confessoria*. Zij staat ook wel bekend als de *vindicatio servitutis*. Oorspronkelijk kon de gerechtigde tot de erfdiensbaarheid deze actie alleen richten tegen de eigenaar van het dienende erf. Later kon hij haar ook richten tegen andere inbreukmakers.¹³ Hij eiste er herstel in de uitoefening van zijn recht mee en/of vaststelling van de omvang van zijn recht. Voor de persoonlijke dienstbaarheden geldt hetzelfde. Zij beschikten over een *actio in rem* naar het voorbeeld van de *rei vindicatio*: de *vindicatio ususfructus*

ofwel *actio confessoria*. Oorspronkelijk kon deze actie alleen tegen de eigenaar worden gericht, later tegen iedere bezitter.¹⁴

Bij de door Gaius in zijn leerboek genoemde zakelijke rechtsvorderingen kwam de op de revindicatie gebaseerde *actio in rem* van de erfpachter. Erfpacht was steeds meer op eigendom gaan lijken. Oorspronkelijk was erfpacht een huur- of pachtovereenkomst voor bepaalde tijd. Steeds vaker werd de overeenkomst niet in tijd beperkt, en was het de pachter toegestaan zijn bevoegdheden over te dragen aan een derde. De bevoegdheden van de erfpachter waren al bijna net zo ruim als die van de eigenaar. Hij kon bijvoorbeeld evenals de eigenaar erfdiensbaarheden vestigen.¹⁵ De *praetor*, een magistraat die op grond van zijn *imperium* de bevoegdheid had om het wettenrecht (het *ius civile*) aan te vullen, stelde de erfpachter daarom een *rei vindicatio utilis* ter beschikking.¹⁶

Een andere zakelijke actie van praetorische makelij is de *actio (quasi) Serviana*. Dat was de naam van de zakelijke actie, wederom naar het voorbeeld van de *rei vindicatio*,¹⁷ die een praetor *Servius* toekende aan de zekerheidsgerechtigde. De zekerheidsgerechtigde aan wie het zekerheidsobject niet was afgestaan, kon er het zekerheidsobject mee opeisen. De zekerheidsgerechtigde die de aan hem afgestane zaak kwijt was geraakt aan een derde stelde de *actio Serviana* in tegen die derde. De derde was in zo'n geval verplicht de waarde van de zaak te vergoeden. De pandhouder was ten opzichte van de pandgever namelijk aansprakelijk voor teruggave van de zaak. Als de derde de zaak aan de pandhouder afstond, hoefde hij niets te betalen.¹⁸ De pandhouder kon de *actio Serviana* ook tegen

9. Gaius *Instituten*, IV, 3 *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamque ducendi vel altius tollendi prospiciendive aut cum actio ex diverso adversario est negativa*. De vertaling ontleende ik aan A.C. Oltmans, *De instituten van Gaius*, Groningen: Tjeenk Willink 1967 (3e druk). Justinianus nam een gelijklopende passage op in zijn *Instituten*, 4,6,1.

10. Voor een korte schets van het Romeinse procesrecht, gericht op zakelijke rechtsvorderingen, P.C. van Es, *De actio negatoria* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 5 e.v.

11. Als de dief de gestolen zaak in bruikleen gaf aan een derde, kon de eigenaar haar dus opeisen onder die derde. Vgl. D. 6,1,9.

12. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München: C.H. Beck 1971, p. 446: 'Abkömmling der rei vindicatio'; H. Dernburg, *Pandekten, Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin: H.W. Müller 1986, p. 630: '(...) die actio confessoria ist der rei vindicatio verwandt'.

13. Zie D. 8,5,10,1: Met deze actie kan men niet alleen procederen tegen diegene op wiens land het water opwelt of over wiens grond het wordt geleid, maar naar het voorbeeld van alle andere erfdiensbaarheden tegen eenieder, die ons in het watertransport belemmert. En in het algemeen zal ik de actie kunnen richten tegen eenieder die de watertoevoer belemmert: *Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. Et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri poterit*.

14. Zie D. 7,6,5,1: De vraag is opgeworpen of aan de vruchtgebruiker een zakelijke actie tegen de eigenaar toekomt, of ook tegen iedere willekeurige bezitter. Julianus schrijft in het zevende boek van zijn *Digesten* dat deze actie hem toekomt tegen iedere willekeurige bezitter. (...) *Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. Et Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere (...)*.

15. D. 43,18,1,9.

16. Zie bijvoorbeeld D. 6,3,1,1 voor een cijnsplichtig (d.w.z. in erfpacht uitgegeven) stuk grond: Het is geldend recht geworden dat aan degene die een stuk grond hebben gepacht van een gemeente om er eeuwig vruchten van te trekken, ook al worden zij geen eigenaar, een zakelijke actie toekomt tegen iedere willekeurige bezitter, maar ook tegen de gemeente zelf: *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes*. Vgl. H. Dernburg, *Pandekten*, p. 648: 'Klagen in der Weise eines Eigenthümers'. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, p. 455: '(...) nach dem Muster der rei vindicatio'. Voor de opstalgerechtigde gold iets soortgelijks. Hij kreeg in verschillende gevallen een op de feiten toegesneden zakelijke actie (een *actio in factum*), p. 456.

17. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, p. 473: '(...) folgt die Pfandklage dem Muster der Eigentumsklage'. Een alternatieve benaming van de *actio Serviana*, *vindicatio pignoris* brengt deze gelijkenis tot uitdrukking, zie D. 20,1,28 en 29pr.

18. Zie D. 20,1,21,3 en D. 20,16,3/4/6.

de eigenaar-pandgever richten.¹⁹ De pandgever diende dan (het restant van) de vordering te voldoen, zodat het pandrecht tenietging. Kon of wilde hij dat niet, dan moest hij het pandobject aan de pandhouder afstaan.²⁰

3. Codificatie van de goederenrechtelijke rechtsvordering tot afgifte van de beperkt genots-gerechtigde

De vruchtgebruiker van een schaaap die ex artikel 3:296 BW als vruchtgebruiker afgifte vraagt van het door een derde weggenomen dier, is daarbij op grond van artikel 3:218 BW verplicht de vruchtgebruikgever tijdig in het geding te roepen. Hetzelfde geldt voor de erfpachter en de opstaller (artikel 5:95 en 5:104 BW). De vordering tot afgifte (of ontruiming als het om een onroerende zaak gaat) lijkt mij geen rechtsvordering die zowel het recht van de beperkt gerechtigde betreft als het recht van de hoofdgerechtigde.²¹ Waarom moet de eigenaar de vruchtgebruiker bijvoorbeeld tijdig in het geding roepen als hij afgifte vraagt van zijn zaak? De wetgever doet afbreuk aan het goederenrechtelijke karakter van de blote eigendom en het recht van vruchtgebruik. Hij zou er goed aan doen de zelfstandige op afgifte gerichte rechtsvordering van de beperkt genotsgerechtigde te codificeren om zo te benadrukken dat deze rechtsvordering niet onder het bereik valt van artikel 3:218, 5:95 en 5:104 BW. Zo zou duidelijk worden dat zowel degene die het vruchtgebruik vestigt als de vruchtgebruiker beschikt over een goederenrechtelijke rechtsvordering waarmee zij zelfstandig afgifte kunnen bewerkstelligen.²²

Ik wijs er hierbij nog op dat de wetgever in het wetboek wel ruimte vond in een afzonderlijk wetsartikel voor de zelfstandige goederenrechtelijke rechtsvordering tot afgifte van twee quasigoederenrechtelijk gerechtigden, de bezitter en de retentor. De bezitter kan op grond van artikel 3:125 BW na bezitsverlies dezelfde rechtsvorderingen instellen tot terugverkrijging van het goed die de recht-hebbende toekomen. Hij kan die rechtsvordering blijkens lid 2 met succes tegen de eigenaar instellen als deze hem

de zaak met geweld of heimelijk afnam. De bezitter beschikt dus over een op zijn (verloren) bezit gebaseerde rechtsvordering naar het voorbeeld van de revindicatie van de eigenaar.²³ De retentor kan de zaak volgens artikel 3:295 BW na machtsverlies opeisen 'onder dezelfde voorwaarden als een eigenaar'.²⁴ De toelichting bij artikel 3:295 BW maakt duidelijk dat de retentor evenmin beschikt over de revindicatie van de eigenaar, maar dat de gelijkens tussen de rechtsvordering van de retentor en de revindicatie daarin bestaat dat zij beide mislukken als de gedaagde een geslaagd beroep kan doen op derdenbescherming.²⁵ Rank-Berenschot spreekt daarom over de quasirevindicatie van de retentor.²⁶

4. Artikel 3:245 BW: de pandhouder stelt de rechtsvordering van de pandgever in

Artikel 3:245 BW verplicht de pandgever en de pandhouder ertoe elkaar tijdig in het geding te roepen als zij een rechtsvordering instellen ter bescherming van het verpande goed. Over deze bepaling is weinig geschreven in de Nederlandse literatuur. Stein becommentarieert haar wel vrij uitgebreid in de *Groene Serie Vermogensrecht*. Hij leidt uit het artikel af dat de pandhouder die het aan hem verpande goed kwijtraakt, daarbij is aangewezen op de rechtsvordering van de pandgever. Als het een door een eigenaar gevestigd pandrecht op een roerende zaak betreft, stelt de pandhouder de revindicatie in.²⁷ De wetgever doet zo volgens Stein afbreuk aan het absolute karakter van een pandrecht. Kan stille pandhouder B de zaak bijvoorbeeld van C opeisen, als pandgever A de zaak in bezwaarde toestand aan C overdroeg? Artikel 3:245 BW suggereert van niet. Pandhouder B beschikt immers over de rechtsvorderingen van pandgever A. Nu A geen eige-

19. Zie bijvoorbeeld M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, p. 473; P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929 (8e druk, herdruk Parijs: Dalloz 2003), p. 825-826; Recent H.L.E. Verhagen, 'Ius honorarium, equity and real security', in: E. Koops & W.J. Zwolve (red.), *Law & Equity, Approaches in Roman Law and Common Law*, Leiden/Boston: Brill Publishers 2014, p. 129-160, p. 133, noot 25.

20. Vgl. over deze materie F.B.J. Wubbe, 'Der Streitwert bei der actio Serviana', in: D. Medicus (red.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1976, p. 179-200.

21. Dat is natuurlijk wel het geval als de vruchtgebruiker van een onroerende zaak in een grensgeschil een vordering tot grensbepaling instelt, zie TM bij artikel 3.8.17 (artikel 3:218 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 671.

22. Wanneer de vruchtgebruikgever de eigenaar van de zaak is, kan hij haar revindicieren (artikel 5:2 BW), als de vruchtgebruikgever een beperkt gerechtigde is, dan stelt hij – net als de vruchtgebruiker – de te codificeren rechtsvordering van de beperkt genotsgerechtigde in.

23. W.H.M. Reehuis, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006 (12e druk), p. 347: 'Zij is de revindicatie van de bezitter (...)'.
 24. Reehuis brengt de rechtsvordering van de retentor op een andere manier in verband met die van beperkt gerechtigden. Hij laat zich bij de uitleg van artikel 3:218 BW leiden door artikel 3:295 BW. Hij stelt dat de vruchtgebruiker de zaak net als de retentor onder dezelfde voorwaarden kan opeisen als de eigenaar. W.H.M. Reehuis, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012 (13e druk), nr. 164, p. 113. Dat de vruchtgebruiker de zaak met een goederenrechtelijke rechtsvordering kan opeisen, vloeit zoals ik hierboven opmerkte voort uit artikel 3:296 BW. Uit artikel 3:218 BW volgt dat de vruchtgebruiker daarbij verplicht is de vruchtgebruikgever tijdig in het geding te roepen.

25. Zie NvW bij artikel 3.10.4A.5a (artikel 3:295 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 891.

26. E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 184. Of de retentor met deze rechtsvordering de zaak kan opeisen van de eigenaar, is in de Nederlandse literatuur omstrepen. Vgl. daarover A-G A.S. Hartkamp in punt 12 van zijn conclusie bij HR 20 september 2002, *NJ 2004/171 (Van der Wal/Duinstra)*; zie ook J.E. Jansen, 'Over de rechtsvordering van de retentor', *WPNR* 2014, afl. 7042 en hieronder aan het einde van par. 8.

27. P.A. Stein, in: *Groene Serie Vermogensrecht*, artikel 3:245 BW, aant. 4; Zie ook E.B. Rank-Berenschot (met H.J. Snijders), *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012 (5e druk), nr. 553. De bestolen eigenaar kan de zaak op grond van artikel 3:86 lid 3 BW tot drie jaar na de diefstal als zijn eigendom opeisen. Datzelfde geldt volgens Rank-Berenschot op grond van artikel 3:245 BW voor de bestolen vuistpandhouder.

naar meer is, zou B met lege handen staan.²⁸ Ik voeg daaraan toe dat de pandhouder bij deze uitleg van artikel 3:245 BW mogelijk een rechtsvordering tot afgifte tegen de pandgever mist. Kan de pandhouder van een roerende zaak haar van de eigenaar/pandgever opeisen door tegen hem de revindicatie te richten?²⁹

Om te voorkomen dat de pandhouder het goed niet zelfstandig kan opeisen, neemt Stein aan dat de pandhouder beschikt over een zelfstandige rechtsvordering tot afgifte die niet onder het bereik valt van artikel 3:245 BW.³⁰ Ik ben het – zoals gezegd – met dit resultaat eens, maar acht het onwenselijk uit artikel 3:245 BW af te leiden dat de pandhouder aangewezen is op de rechtsvordering van de pandgever. Dat de pandhouder van een roerende zaak de revindicatie van de eigenaar/pandgever instelt, is een historisch misverstand. Voordat ik de door mij voorgestane uitleg van artikel 3:245 BW geef en de aanpassingen schets die nodig zijn om recht te doen aan het absolute karakter van het pandrecht (zie par. 7) en van het recht van degene die het vestigde (zie par. 8), belicht ik de geschiedenis van het misverstand. De kiem ervan ligt in de Code Civil van 1804.

5. Een historisch misverstand: de pandhouder stelt de revindicatie van de pandgever in

De Franse wetgever erkende in 1804 – voortbouwend op het Franse gewoonterecht van voor de codificatie, het zogenoemde *ancien droit français* – alleen vuistpandrechten op roerende zaken.³¹ Artikel 2076 Cc eiste niet alleen dat de geldlener zijn zaak afstond aan de geldschieter of een derde, maar ook dat de crediteur of een derde de zaak behield. In de Belgische vertaling van het artikel:

‘In alle gevallen blijft het voorrecht op het pand slechts bestaan voor zover dit pand in het bezit is gesteld *en gebleven* van de schuldeiser of van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen.’ (cursivering toegevoegd)

Naast deze bepaling is het onnodig de pandhouder een rechtsvordering toe te kennen waarmee hij de aan hem verpande zaak kan opeisen. Op het ogenblik dat de pandhouder de zaak verliest, gaat het pandrecht immers op grond van artikel 2076 Cc teniet. Artikel 2076 Cc maakt daarbij geen onderscheid tussen gevallen waarin de pandhouder de macht over de zaak vrijwillig verloor en gevallen waarin hij de macht over de zaak onvrijwillig verloor. Gaat een pandrecht teniet als de zaak tegen de wil van de pandhouder uit zijn macht raakt? In de Franse literatuur groeide al betrekkelijk snel na de invoering van de Code Civil de *communis opinio* dat een pandrecht niet eindigde na onvrijwillig machtsverlies. Vasthouden aan de wettekst zou tot de onverteerbare gevolgtrekking leiden dat een pandrecht bijvoorbeeld eindigt als de pandgever de zaak van de pandhouder afpakt. Het pandrecht gaat alleen op grond van artikel 2076 Cc teniet als de pandhouder de zaak vrijwillig afstaat aan de pandgever en zo afstand doet van zijn zekerheidsrecht. In andere gevallen blijft het pandrecht in weerwil van de wettekst bestaan.³²

Omdat een pandrecht kan voortbestaan na machtsverlies door de pandhouder, is een rechtsvordering noodzakelijk waarmee de pandhouder de zaak kan opeisen. Met welke rechtsvordering kan de pandhouder de zaak opeisen? De Franse wetgever had niet in een rechtsvordering voor de pandhouder voorzien. Hij had slechts voor één specifiek wettelijk pandrecht aan de pandhouder de mogelijkheid gegeven het pandobject op te eisen. Het gaat om het wettelijke pandrecht dat de verhuurder heeft op de inventaris van zijn huurder. Artikel 2102 Cc stelt dat de verhuurder-pandhouder de inventaris van de huurder kan opeisen door hem te revindiceren, mocht de huurder vertrekken met zijn spulletjes en een huurschuld. De meeste Franse schrijvers gaan er naar analogie van deze regeling van uit dat *iedere* pandhouder beschikt over de

28. P.A. Stein, in: *Groene Serie Vermogensrecht*, artikel 3:245 BW, aant. 12. Bovendien mist de vuistpandhouder in deze opvatting een rechtsvordering als de vuistpandgever beschikkingsonbevoegd was en het pandrecht langs de weg van het derdenbeschermende artikel 3:238 BW tot stand kwam.

29. Vgl. daarover voor het Romeinse recht in par. 2, voor het Burgerlijk Wetboek van 1838 hieronder in par. 6. Artikel 3:245 BW kent de pandhouder en de pandgever de gedeelde bevoegdheid toe rechtsvorderingen ter bescherming van het verpande goed in te stellen tegen *derden*. Missen zij daarom de mogelijkheid tegen elkaar op te treden? Dat zou in strijd met het absolute karakter van hun rechten. Artikel 3:296 BW biedt hier soelaas. Vgl. ook artikel 3:106 BW waar de rechtsvordering van de beperkt gerechtigde tegen degene die het beperkte recht vestigde centraal staat.

30. Stein wijst daarbij op verschillende bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering die impliceren dat de pandhouder het pandobject zelfstandig kan opeisen. Zo kan de stille pandhouder zich blijkens artikel 456 Rv verzetten tegen het beslag dat een crediteur van de pandgever op de verpande zaak legde. Verder kan de stille pandhouder blijkens artikel 496 Rv beslag tot afgifte van de zaak leggen. P.A. Stein, in: *Groene Serie Vermogensrecht*, artikel 3:245 BW, aant. 12. Van Mierlo leidt het bestaan van deze door de wetgever niet in het Burgerlijk Wetboek vastgelegde rechtsvordering af uit het goederenrechtelijke karakter van het pandrecht. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI*, Deventer: Kluwer 2010/143; in gelijke zin H. Logmans, *Zekerheid op lading* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 130. Ik merk hierbij (nogmaals) op dat de wetgever codificatie van goederenrechtelijke rechtsvorderingen naast artikel 3:296 BW overbodig achtte.

31. Zie voor een weergave van het *ancien droit français* bijvoorbeeld J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen & F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht*, Hilversum: Verloren 1999, hoofdstuk 6, p. 87 e.v.

32. Zie, naast in de volgende noot genoemde literatuur, bijvoorbeeld A. Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques*, Parijs: Joubert 1846, nr. 49, p. 49; Paul Pont, *Marcadé's Explication théorique et pratique du Code Civil* (Volume 9, deel II), Parijs: Delamotte 1867, nr. 1136-1137, p. 629.

revindicatie om de zaak mee op te eisen.³³ De Franse wetgever en de literatuur verwarren zo de zakelijke rechtsvordering van de eigenaar, de *rei vindicatio*, met die van de zekerheidsgerechtigde, de *actio Serviana*. Een van de weinige Franse schrijvers die hierop wijst, is Marcel Planiol. Dat de pandhouder de zaak met een zelfstandige zakelijke rechtsvordering kan opeisen, vloeit volgens hem voort uit het zakelijke karakter van het pandrecht.³⁴

6. Burgerlijk Wetboek van 1838

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 volgde de Code Civil nauwkeurig. Het equivalent van artikel 2076 Cc was artikel 1199 Oud Burgerlijk Wetboek (voortaan: OBW):

‘In alle gevallen kan het pandrecht slechts stand grijpen voor zoverre het verpande goed gesteld en gebleven is in het bezit van den schuldeischer, of van een derde omtrent wien partijen zijn overeengekomen.’

Wanneer de pandhouder de zaak verliest, eindigt het pandrecht, ongeacht wie of op welke wijze hij de zaak verliest. De wetgever hoefde daarom aan de pandhouder geen rechtsvordering toe te kennen waarmee hij het pandobject kon opeisen. In de woorden van Diephuis:

‘Ook hier spreekt de wet algemeen, en het is daarom onverschillig, op welke wijze de zaak uit handen, dat is uit de magt, van den schuldeischer is geraakt, met of tegen zijnen wil, door toedoen van den schuldenaar of van eenen derde. In alle gevallen toch vervalt de *conditio sine qua non*, en daarmede het zakelijk regt van den pandhouder. Deze kan ook, mijns bedunkens, het pand niet terugvorderen, dat tegen, zijnen wil uit zijn bezit geraakt is; eene revindicatoire actie toch heeft hij niet, omdat hij geen eigenaar is; eene *possisoire* evenmin, omdat hij geen eigenlijk bezitter is.’³⁵

Bij de herziening van de bepalingen over het pandrecht in 1874 verdween artikel 1199 OBW. Artikel 1198 lid 2, 3 en 4 OBW kwam er voor in de plaats:

‘2. Het [pandregt] is niet bestaanbaar op zaken, die in de magt van den schuldenaar of den pandgever worden gelaten of met den wil van den schuldeischer terugkeeren.

3. Het [pandregt] gaat te niet, wanneer het pand uit de magt van den pandhouder geraakt.

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

Diephuis en Opzoomer tonen zich over dit gedeelte van de wetswijziging op zijn zachtst gezegd weinig enthousiast. Opzoomer merkt op:

‘Hij [de wetgever, JEJ] heeft het echter op een manier gedaan, die bewijst, hoe “onze achterlijkheid in de kunst van wetgeving” nog altijd voortduurt, toen althans nog niet geweken was.’³⁶

Waaruit bestaat hun kritiek? Zij wijzen er onder meer op dat lid 2, 3 en 4 tegenstrijdig aan elkaar zijn. Een pandrecht is volgens artikel 1198 lid 2 OBW niet bestaanbaar wanneer een zaak in de macht van de schuldenaar blijft of ‘met den wil van den schuldeischer’ terugkeert. Dit impliceert dat een pandrecht wel blijft bestaan als de zaak tegen de wil van de schuldeiser bij de schuldenaar terugkeert. Artikel 1198 lid 3 OBW stelt evenwel in het algemeen dat een pandrecht tenietgaat wanneer het pand uit de macht van de pandhouder raakt. Vervolgens maakt de wetgever op het te algemeen gestelde lid 3 weer een uitzondering door de pandhouder die de zaak onvrijwillig verloor – in navolging van het Franse recht – de mogelijkheid te geven de zaak op te eisen door middel van de in artikel 2014 lid 2 OBW genoemde rechtsvorderingen. In artikel 2014 OBW was de revindicatie geregeld. Als de geldschietster de zaak terugkrijgt door haar ‘als eigenaar’ op te eisen, wordt het pandrecht bij terugbekoming geacht nooit verloren te zijn gegaan, alhoewel het op grond van lid 3 teniet was gegaan.

Opzoomer en Diephuis merken op dat het vreemd is dat de wetgever voor de pandhouder die de zaak onvrijwillig verloor, verwijst naar de revindicatie van artikel 2014 OBW. Opzoomer vraagt zich retorisch af:

‘Hem, die iets verloren heeft of aan wien iets ontstolen is, wordt daar het recht toegekend, om het verlorene of gestolene “als zijn eigendom” terug te vorderen. Vordert

33. Zie bijvoorbeeld M. Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil* (Volume 19), Parijs: Gobelet 1835, p. 153: ‘(...) mais que si le créancier a perdu le gage ou s’il lui a été soustrait il peut le revendiquer pendant trois ans dans les mains de celui duquel il le trouve par argument de l’article 2279 Cc (...)’. In gelijke zin: Volume 18, Parijs: Gobelet 1834, nr. 529, p. 606-607. Zie ook Volume 10, Brussel: Société Belge de Librairie 1841, nr. 529, p. 205: ‘Mais on sent que si le débiteur usait de fraude ou de la surprise pour se resaisir de la chose engagée, le créancier pourrait la revendiquer.’; M.J.F. Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil* (Volume 7), Parijs: Alphonse Delhomme 1848, p. 90: ‘(...) il le peut revendiquer pendant trois ans contre celui qui la détient (art. 2279 Cod Civ.)’; Paul Pont, *Marcadé’s Explication théorique et pratique du Code Napoléon* (Volume 9, deel II), Parijs: Delamotte 1867, nr. 1136-1137, p. 629; S. Quincart, *La notion de gage en droit privé français*, Bordeaux: Ségalas-Bérou 1937, p. 421.

34. M. Planiol & G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français* (Tome XII), Parijs: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1953 (2e druk), nr. 237, p. 277-278, noot 3: ‘Les auteurs donnent volontiers à ce droit du gagiste, dépossédé involontairement, de reprendre son gage entre les mains des tiers, le nom de revendication: en réalité c’est un véritable droit de suite attaché au droit réel de gage.’

35. G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, Vijfde deel, Groningen: Wolters 1848, nr. 848, p. 568. In dezelfde zin A.A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek*, II, Aanteekeningen, Den Haag: J. Belinfante 1840 (2e druk), § 644, p. 318.

36. C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard* (deel IV), Amsterdam: Gebhard 1879 (2e druk), p. 605. Opzoomer verwijst in het citaat naar zijn pamflet *Onze achterlijkheid in de kunst van wetgeving, aangetoond vooral in die artikelen der grondwet, die aan het onderwijs gewijd zijn*, Amsterdam s.n. 1873.

dus ook de pandhouder het verloren of ontstolen pand *als zijn eigendom* terug?³⁷

De verwijzing in artikel 1198 lid 4 OBW naar de rechtsvordering van de eigenaar uit artikel 2014 lid 2 OBW is de codificatie van de in de Franse literatuur ontwikkelde oplossing. De Nederlandse wetgever verwarde in navolging van de Franse literatuur de *rei vindicatio* en de *actio Serviana* met elkaar. Suijling en Eggens stellen om die verwarring te voorkomen dan ook niet dat de pandhouder de zaak kan revindiceren, maar leiden de zakelijke rechtsvordering van de pandhouder af uit het zakelijke karakter van het pandrecht.³⁸ De pandhouder kan zijn rechtsvordering daarom volgens Scholten ook instellen tegen de eigenaar-pandgever, als deze de zaak bijvoorbeeld van de pandhouder heeft afgepakt.³⁹

7. Artikel 3:245 BW

In de Toelichting Meijers wordt een voorganger van het uiteindelijke artikel 3:245 BW in verband gebracht met het oude recht. In die voorganger was bepaald dat de pandhouder rechten en rechtsvorderingen ter bescherming van het goed die de pandgever tegen derden ten dienste staan, tijdens de duur van het pandrecht uitoefent. Meijers kende de pandhouder in lijn met het oude recht niet alleen de mogelijkheid toe de zaak als zijn eigendom op te eisen, maar ontzegde die mogelijkheid ook aan de pandgever/eigenaar.

‘Immers in artikel 1198 lid 4 B.W. is aan de pandhouder het recht van terugvordering van artikel 2014 lid 2 B.W. toegekend. In de voorgestelde redactie is aan deze gelijkstelling uitbreiding gegeven.’⁴⁰

Dit ging de wetgever te ver. Als de pandhouder weigerde het gestolen pandobject op te eisen – bijvoorbeeld omdat zijn vordering nagenoeg was voldaan – stond de pandgever zolang het pandrecht duurde met lege handen. De oplossing die de wetgever hiervoor in artikel 3:245 BW vond, is weinig gelukkig. De pandgever en de pandhouder hebben een gedeelde bevoegdheid rechtsvorderingen ter bescherming van het verpande goed in te stellen tegen derden.⁴¹ De voorgeschiedenis van artikel 3:245 BW suggereert dat daarmee bedoeld is dat de pandhouder en de pandgever de rechtsvordering van de pandgever delen.

Ik zou aan die voorgeschiedenis weinig gewicht willen toekennen: zie bijvoorbeeld de spijkerharde kritiek op het oude artikel 1198 lid 4 OBW. Dat de pandhouder op grond van artikel 3:245 BW aangewezen is op de rechtsvordering van de pandgever strookt bovendien – zoals ik hierboven al opmerkte – niet met artikel 3:296 BW en evenmin met de tekst van artikel 3:245 BW. Uit artikel 3:296 BW volgt dat een goederenrechtelijk gerechtigde over een goederenrechtelijke opeisingsactie beschikt. In artikel 3:245 BW is sprake van ‘rechtsvorderingen ter bescherming van het verpande goed’. Daarmee zijn de rechtsvordering van de pandgever en de *actio Serviana* van de pandhouder bedoeld.⁴²

Als men deze uitleg van artikel 3:245 BW volgt, is het enkele vastleggen van de *actio Serviana* in een afzonderlijk wetsartikel niet voldoende om ervoor te zorgen dat de pandhouder zelfstandig afgifte kan vragen. De *actio Serviana* is immers een rechtsvordering tot bescherming van het verpande goed. De wetgever dient daarom artikel 3:245 BW aan te passen. Hij moet duidelijk maken dat het artikel niet ziet op de rechtsvordering van de pandhouder, maar dat het artikel enkel de pandgever beperkt in zijn mogelijkheden om afgifte te vragen. Moet de wetgever het artikel niet in zijn geheel afschaffen omdat het afbreuk doet aan het absolute karakter van het recht van de pandgever? Die vraag beantwoord ik in de volgende paragraaf bevestigend.

8. Artikel 3:245 BW in verband met artikel 3:258 BW

De wetgever beperkte de mogelijkheid voor de pandgever om afgifte van het goed te vragen welbewust. Hij deed dat in verband met artikel 3:258 BW. Een als zodanig gevestigd vuistpandrecht gaat volgens het eerste lid teniet als de zaak in de macht van de vuistpandgever komt, een stil pandrecht dat later een vuistpandrecht werd niet.⁴³ Artikel 3:258 lid 1 BW behelst wat betreft een als zodanig gevestigd vuistpandrecht een algemene regel: het vuistpandrecht gaat niet alleen teniet als de vuistpandhouder de zaak teruggeeft aan de vuistpandgever en zo afstand doet van zijn recht, maar gaat telkens teniet als de vuistpandgever de macht over de zaak herkrijgt.⁴⁴

37. C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard* (deel IV), Amsterdam: Gebhard 1879 (2e druk), p. 606, noot 1.

38. J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, Se stuk Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, nr. 549, p. 551: ‘Gelijk elke andere zakelijk gerechtigde, wien tegen zijn wil de belaste zaak onttrokken wordt, kan ook de pandhouder de pandzaak met rechterlijk verlof wegnemen bij den houder, onder wien zij zich bevindt.’ Vgl. ook Schermer-Kuyk/J. Eggens, *Ontwerpen van notariële akten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1936, p. 44: ‘(...) als zakelijke gerechtigde, zijn rechten tegen derden zelfstandig mag doen gelden, voor zoverre dit bij roerend goed mogelijk is’.

39. P. Scholten, *Asser II-Zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1927 (6e druk), p. 412.

40. TM bij artikel 3.9.2.6 (artikel 3:245 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 769.

41. VVII bij de voorganger van artikel 3.9.2.6 (artikel 3:245 BW) uit het OM, *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 769.

42. Zie in vergelijkbare zin W.H.M. Reehuis, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012 (13e druk), nr. 164, p. 133. Hij legt artikel 3:245 BW uit in lijn met artikel 3:295 BW over de rechtsvordering van de retentor: de pandhouder kan de zaak net als de retentor onder dezelfde voorwaarden opeisen als de eigenaar. De pandhouder beschikt dus over een zelfstandige uit zijn pandrecht voortvloeiende rechtsvordering.

43. Artikel 3:237 lid 3 BW geeft de stille pandhouder de bevoegdheid afgifte van de verpande zaak te vragen als de pandgever of de schuldenaar tekortschiet in zijn verplichtingen jegens de pandhouder of hem goede grond geeft dat hij dat zal gaan doen. Als de pandgever de zaak desgevraagd afgeeft, wordt het stille pandrecht een vuistpandrecht.

44. MvA II bij artikel 3.9.2.18 (artikel 3:258 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 792: ‘Naast de figuur van het eerste lid kan zich ook de figuur voordoen dat van het pandrecht afstand wordt gedaan.’ (cursivering toegevoegd).

Ook als de machtsverkrijging door de vuistpandgever geschiedde zonder dat de vuistpandhouder dat wilde, of zelfs tegen zijn wil, gaat het pandrecht teniet. Het als zodanig gevestigde vuistpandrecht gaat teniet als de vuistpandgever de zaak afpakt van de vuistpandhouder of van een derde aan wie de vuistpandhouder de zaak verloor. De wetgever wil met artikel 3:245 BW voorkomen dat een als zodanig gevestigd vuistpandrecht teniet gaat als de vuistpandgever de zaak succesvol opeist van een derde.⁴⁵ Het is de vraag of de wetgever deze doelstelling met artikel 3:245 BW heeft verwezenlijkt. Als de vuistpandgever verzwijgt dat hij de zaak verpand heeft en eenvoudigweg de revindicatie instelt (artikel 5:2 BW), zal de rechter de eiser niet-ontvankelijk moeten verklaren. Hoe komt hij te weten dat de zaak met een pandrecht is bezwaard?⁴⁶ Het is bovendien de vraag waarom de wetgever de vuistpandhouder niet beschermt in andere gevallen van door hem niet gewilde machtsverkrijging door de vuistpandgever. Waarom zou een als zodanig gevestigd vuistpandrecht bijvoorbeeld tenietgaan als de vuistpandgever de zaak afpakt van de vuistpandhouder?⁴⁷ Wij zagen dat Scholten onder het oude recht in zo'n geval aannam dat de pandhouder de zaak van de pandgever kon opeisen. Men las de aan elkaar tegenstrijdige leden 2, 3 en 4 van artikel 1198 OBW zo dat een vuistpandrecht alleen tenietging door machtsverlies aan de vuistpandgever als de vuistpandhouder de zaak teruggaf aan de vuistpandgever.

Hetzelfde moet gelden voor het op artikel 1198 lid 2 en 3 OBW gebaseerde artikel 3:258 BW. Het artikel behelst geen algemene regel over de ondergang van een als zodanig gevestigd vuistpandrecht, maar moet beschouwd worden als een regel over het einde van een pandrecht door afstand.⁴⁸ Van Mierlo en Logmans nemen inderdaad aan dat een als zodanig gevestigd vuistpandrecht in weerwil van de tekst van artikel 3:258 BW blijft bestaan als de vuistpandgever de zaak herkrijgt tegen de wil van de vuistpandhouder.⁴⁹ Als men artikel 3:258 BW in lijn leest met artikel 1198 lid 2 OBW – en niet in lijn met artikel 1198 lid 3 OBW – is de beperking die artikel 3:245

BW maakt op het absolute karakter van het recht van de pandgever onnodig. Een als zodanig gevestigd vuistpandrecht blijft dan immers bestaan als de vuistpandgever de macht over de zaak herkrijgt door de revindicatie met succes tegen een derde te richten. De vuistpandhouder kan de zaak steeds van de vuistpandgever opeisen op grond van zijn pandrecht als hij geen afstand deed van zijn recht. De wetgever kan artikel 3:245 BW met een gerust hart afschaffen.⁵⁰

Ik merk bij de hierboven gesuggereerde uitleg van artikel 3:258 BW nog het volgende op. Leest men het artikel als een algemene regel over het einde van een als zodanig gevestigd vuistpandrecht, dan is het goederenrechtelijk belang van de vuistpandhouder onvoldoende beschermd. Uiteraard is de stelende vuistpandgever er op grond van de door hem gepleegde onrechtmatige daad of op grond van de kredietovereenkomst toe verplicht de zaak weer af te staan aan de ex-vuistpandhouder. Die verplichting is evenwel een verbintenisrechtelijke waaraan de schuldeiser in een eventueel faillissement van de schuldenaar weinig heeft.⁵¹ Merkwaardig hieraan is verder dat de bezitter en volgens verschillende schrijvers ook de retentor wél over een goederenrechtelijke rechtsvordering beschikken als de eigenaar de zaak met geweld van hen afpakt.⁵² Het publiciteitsbeginsel biedt naar mijn mening geen rechtvaardiging voor de ondergang van het als zodanig gevestigde vuistpandrecht. Dat beginsel eist dat van het bestaan van een zekerheidsrecht een waarneembaar teken bestaat. De wetgever suggereert dat het publiciteitsbeginsel heeft meegespeeld bij artikel 3:258 BW doordat een als stil pandrecht gevestigd vuistpandrecht wel blijft bestaan na machtsverlies aan de pandgever. Van een als stil pandrecht gevestigd vuistpandrecht resteert na machtsverkrijging door de pandgever een inschrijving in het register. Het gebrek aan publiciteit van een als zodanig gevestigd vuistpandrecht na machtsverlies aan de vuistpandgever is onvoldoende rechtvaardiging voor de ondergang van het zekerheidsrecht. Als de vuistpandhouder de macht aan een derde verliest, is weinig of niets zichtbaar van het

45. MvA bij artikel 3:9.2.6 (artikel 3:245 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 770 'Men denke hier in verband met artikel 3:9.2.18 (artikel 3:258 BW) b.v. aan het belang van de bestolen pandhouder dat het pand bij terugvordering uit handen van een derde niet in de macht van de pandgever komt.' P.A. Stein, in: *Groene Serie Vermogensrecht*, artikel 3:245 BW, aant. 5.

46. P.A. Stein, in: *Groene Serie Vermogensrecht*, artikel 3:245 BW, aant. 15.

47. En zo artikel 348 Sr overtreedt.

48. De wetgever brengt artikel 3:258 BW wat betreft een als stil pandrecht gevestigd vuistpandrecht wel in verband met de regels over afstand. Op grond van artikel 3:258 lid 1 BW eindigt een stil pandrecht dat later een vuistpandrecht werd niet na machtsverkrijging door de pandgever. Zo is het einde van het pandrecht voorkomen als de pandhouder na herwonnen vertrouwen in de pandgever hem de zaak weer teruggeeft. Als de pandhouder afstand wil doen van zijn pandrecht is volgens artikel 3:258 lid 2 BW een schriftelijke of elektronische verklaring vereist. MvA II bij artikel 3:9.2.18 (artikel 3:258 BW), *Parlementaire geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 791.

49. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI*, Deventer: Kluwer 2010/143; H. Logmans, *Zekerheid op lading* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 130.

50. Als de wetgever artikel 3:245 BW schrapt, is codificatie van de *actio Serviana* in een afzonderlijk wetsartikel niet strikt noodzakelijk. De pandhouder beschikt immers op grond van artikel 3:296 BW over een goederenrechtelijke rechtsvordering tot afgifte. Codificatie van de *actio Serviana* is wel wenselijk nu zij verduidelijkt dat de pandhouder als goederenrechtelijk gerechtigde over een rechtsvordering tot afgifte beschikt.

51. Vgl. bijvoorbeeld voor het Engelse recht in deze zin: H. Beale e.a., *The law of personal property security*, Oxford: Oxford University Press 2007, § 3.11, p. 44: 'If the pledgor wrongfully repossesses the pledged assets, the pledgee is not merely able to bring a personal action for breach of contract, but has a right to the asset in priority to the pledgor's liquidator or trustee in bankruptcy.' Ook als de vuistpandgever niet failliet gaat en de zaak wederom afstaat aan de ex-vuistpandhouder is de positie van de vuistpandhouder mogelijk verzwakt. Door de hernieuwde afgifte ontstaat een tweede vuistpandrecht dat wellicht een lagere rang heeft dan die van het tenietgegangene vuistpandrecht.

52. Vgl. voor de bezitter artikel 3:125 lid 2 slot BW. Volgens o.a. A-G Hartkamp en H.J. Snijders geldt hetzelfde voor de retentor, zie A-G A.S. Hartkamp in punt 12 van zijn conclusie bij HR 20 september 2002, *NJ* 2004/171 (*Van der Wal/Duinstra*). H.J. Snijders in nr. 12 van zijn *NJ*-noot bij het arrest.

pandrecht, maar blijft het wel bestaan. Bovendien is het register voor pandrechten, anders dan Meijers had gewild,⁵³ geen openbaar register. De registratie dient slechts ter bepaling van de rang van het pandrecht en om antedatering te voorkomen. De wetgever achtte het belang van publiciteit kennelijk niet zo groot. Het gaat dan te ver de ondergang van een als zodanig gevestigd vuistpandrecht na machtsherkrijging door de vuistpandgever te baseren op het gebrek aan publiciteit.⁵⁴

9. Tot slot

Tot de kern van een beperkt recht hoort de mogelijkheid een op dat recht gebaseerde zakelijke of goederenrechtelijke rechtsvordering tot afgifte in te stellen. In het Romeinse recht waren die zakelijke acties gemodelleerd naar de revindicatie. De voorbeeldfunctie van de zakelijke actie van de eigenaar, de *rei vindicatio*, kwam zoals wij zagen tot uitdrukking in de benaming van de zakelijke acties die de verschillende zakelijk gerechtigden toekwamen. Zo kon de gerechtigde tot een erfdiensbaarheid de *vindicatio servitutis* instellen, stelde de erfpachter de *rei vindicatio utilis* in en was een benaming van de rechtsvordering van de zekerheidsgerechtigde de *vindicatio pignoris*. Dat betekende niet dat de beperkt gerechtigde actief gelegitimeerd was tot het instellen van de revindicatie, dat hij de revindicatie samen met de eigenaar instelde, of dat eigenaar en beperkt gerechtigde bij het instellen van een rechtsvordering tot afgifte verplicht waren samen op te trekken. Het betekende slechts dat de beperkt gerechtigde de mogelijkheid had om de zaak – net als de eigenaar – op te eisen van de gehele wereld met een uit zijn recht voortvloeiende rechtsvordering. Als men zich dat realiseert, kan men de uit een goederenrechtelijk recht voortvloeiende bevoegdheid afgifte van het goed te vragen aanduiden met revindicatie.⁵⁵

De wetgever ging veel verder. Hij beperkte de bevoegdheid zelfstandig afgifte te vragen voor goederenrechtelijk gerechtigden in artikel 3:245, 3:218, 5:95 en 5:104 BW. Bij artikel 3:245 BW speelde daarbij mee het misverstand dat de pandhouder van een roerende zaak de revindicatie van de eigenaar instelt. De wetgever dient een einde te maken aan dat misverstand door artikel 3:245 BW te schrappen. Hij dient daarnaast de op afgifte (voor onroerende zaken: ontruiming) gerichte rechtsvordering van de pandhouder, vruchtgebruiker, erfpachter en opstaller in een afzonderlijk wetsartikel vast te leggen, zoals hij dat ook deed voor de rechtsvordering van de eigenaar in artikel 5:2 BW.

53. Vgl. hierover A.F. Salomons, 'De wetshistorische wortels van ons stille pandrecht. Waardoor verloor Meijers de slag om het registerpandrecht?', *AA* 2013, afl. 4, p. 319-325.

54. In een stelsel dat *per se* een inschrijving in een register eist voor de vestiging van een zekerheidsrecht zou dit anders liggen. Zo'n stelsel kent welbeschouwd geen 'zuivere' vuistpandrechten. D.J.Y. Hamwijk bepleit zo'n stelsel in haar proefschrift *Publicity in secured transactions law* (diss. Amsterdam UvA), s.l. s.n. 2014, p. 365-366.

55. Vgl. in deze zin Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, Deventer: Kluwer 2013/27: 'Bezien wij nu de bevoegdheden die zijn verbonden aan een recht op een goed, dan dient in de eerste plaats te worden genoemd de bevoegdheid van de rechthebbende om afgifte van de zaak te vorderen, in wiens handen hij de zaak ook mocht aantreffen. Deze bevoegdheid wordt dikwijls aangeduid met: "revindicatie". Zie ook A.F. Salomons, *De genade en ongenade van de eigenaar*, Deventer: Kluwer 2002, p. 28: 'Duidelijk is hiermee dat de *revindicatiebevoegdheid* ook geen wezenskenmerk is van het eigendomsrecht.' (cursivering toegevoegd)