

MONOGRAFIEËN BW

B11 Algemene bepalingen pand en hypotheek

mr. S.J.L.M. van Bergen

WOORD VOORAF

Deze monografie heeft Titel 9 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek als thema. Ten opzichte van de vorige druk heeft een nieuwe selectie en herschikking van bepaalde onderwerpen plaatsgevonden. Er is voor gekozen om onderwerpen die raken aan zowel pand als hypotheek in deze monografie te betrekken, ook als zij niet (direct) zijn geregeld in de wetsartikelen van Titel 9 van Boek 3. De reikwijdte van deze monografie is dan ook ruimer dan art. 3:227-3:235 BW.

Daarnaast is er meer aandacht voor rechtsvergelijking: op hoofdlijnen is uiteengezet welke zekerheidsrechten de Belgische, Duitse en Engelse rechtsstelsels kennen en hoe deze er globaal uitzien.

Het boek is opnieuw opgebouwd en geschreven. De nummering komt daarom niet meer overeen met de oude druk van dit boek.

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

Afkortingen / XI

Lijst van verkort aangehaalde werken / XV

HOOFDSTUK I

Inleiding / 1

- 1 Maatschappelijke functie zekerheidsrechten / 1
- 2 Plaats in het Burgerlijk Wetboek / 3
- 3 Terminologie / 5
- 4 Plan van aanpak / 5
- 5 Verhaal en zekerheid / 6
- 6 Voorrang / 7
- 7 Parate executie / 9
- 8 Goederenrechtelijke aard / 9
- 9 Beperkte rechten / 10
- 10 Zaaksgevolg / 10
- 11 Rang/Prioriteit / 12
- 12 Separatisme / 15

HOOFDSTUK II

Ontstaan zekerheidsrechten / 17

- 13 Totstandkoming zekerheidsrecht / 17
- 14 Vestiging zekerheidsrecht / 18
- 15 Geldige titel / 18
- 16 Fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW) / 20
- 17 Beschikkingsbevoegdheid / 23
- 18 Derdenbescherming / 25
- 19 Totstandkoming door derdenbescherming bij pand / 25
- 20 Totstandkoming door derdenbescherming bij hypotheek / 26
- 21 Vestigingsformaliteiten / 28
- 22 Bepaaldheidsvereiste (art. 3:84 lid 2 BW) / 29
- 23 Inhoud zekerheidsrechten / 33
- 24 Wijziging / 37

HOOFDSTUK III

De gesecureerde vordering / 41

- 25 Relatie vordering – zekerheidsrecht / 41
- 26 Bepaalbaarheid / 41
- 27 Bestaande en toekomstige vorderingen / 44
- 28 De gesecureerde vordering ontstaat in faillissement / 45
- 29 De gesecureerde vordering ontstaat na beslag / 45
- 30 De gesecureerde vordering ontstaat na uitwinning zekerheidsrecht / 45
- 31 De gesecureerde vordering in een overwaarde-arrangement / 46
- 32 Derdenzekerheid / 47
- 33 Derdenzekerheid: aansprakelijkheid zekerheidsgever / 48
- 34 Derdenzekerheid: verhaal gemaakte kosten / 49
- 35 Overgang en tenietgaan van de gesecureerde vordering / 49
- 36 Overgang en tenietgaan zekerheidsrecht als afhankelijk recht / 50
- 37 Overgang en tenietgaan zekerheidsrecht als nevenrecht / 50
- 38 Overgang en tenietgaan van een door bank- of kredietzekerheid gesecureerde vordering / 51
- 39 Gemeenschappelijke schuldeisers/zekerheidsgerechtigden / 54

HOOFDSTUK IV

Het pand- of hypotheekobject / 57

- 40 Keuze pand of hypotheek / 57
- 41 Zelfstandig overdraagbare goederen / 58
- 42 Kwalificatie van het object als goed (art. 3:1 BW) / 58
- 43 Zelfstandig en overdraagbaar / 60
- 44 Omvang / 67
- 45 Aandeel in een goed / 69
- 46 Stapeling / 71
- 47 Toekomstige goederen / 72
- 48 Zaaksvervanging / 74
- 49 Ondeelbaarheid / 75
- 50 Uitzondering op ondeelbaarheid: het voorrecht van eerste uitwinning / 76

HOOFDSTUK V

Uitwinning / 81

- 51 Voorbereiding op de executie / 81
- 52 Het recht van parate executie / 85
- 53 Lossing / 86
- 54 Verdeling van de opbrengst / 88
- 55 Samenloop met beslag / 91
- 56 Samenloop; zekerheidsrecht gevolgd door beslag / 93
- 57 Samenloop; beslag gevolgd door een zekerheidsrecht / 97
- 58 Samenloop met retentierecht / 99
- 59 Zuivering / 101

- 60 Toe-eigeningsverbod / 102
- 61 Tenietgaan zekerheidsrecht / 103
- 62 Na de uitwinning; de notariële akte als executoriale titel / 106

HOOFDSTUK VI

De positie van zekerheidsgerechtigden bij insolventie / 107

- 63 Separatisme (art. 57 lid 1 Fw) / 107
- 64 Separatisme; bijzonderheden bij surseance van betaling / 108
- 65 Separatisme; bijzonderheden bij een akkoord / 108
- 66 Verdeling executieopbrengst (art. 57 lid 2-4 Fw) / 109
- 67 De rechten van beslagleggers; art. 57 lid 3 eerste zin Fw / 113
- 68 Bevoorrechte schuldeisers; art. 57 lid 3 tweede zin Fw / 115
- 69 Termijnstelling door de curator (art. 58 lid 1 Fw) / 116
- 70 Lossing (art. 58 lid 2 Fw) / 120
- 71 Oneigenlijke lossing / 120
- 72 Botsing zekerheidsrecht en retentierecht in faillissement (art. 60 Fw) / 125
- 73 Afkoelingsperiode / 126

HOOFDSTUK VII

Rechtsvergelijking / 129

- 74 Inleiding rechtsvergelijking / 129
- 75 Karakterschets zekerheidsrechten / 129
- 76 Ontstaan zekerheidsrechten / 136
- 77 De gesecureerde vordering / 141
- 78 Het zekerheidsobject / 142
- 79 Uitwinning / 145

Artikelenregister / 149

Jurisprudentieregister / 159

Trefwoordenregister / 163

Monografieën BW / 169

Inleiding

1 Maatschappelijke functie zekerheidsrechten

Zekerheden spelen een cruciale rol in de financieringspraktijk. De aard van de financiering is nauwelijks relevant. Of het nu gaat om een lening voor een particulier woonhuis, bedrijfskapitaal voor mkb-ondernemingen of krediet tussen (commerciële) banken onderling, schuldeisers verlangen doorgaans zekerheid dat de verstrekte lening wordt terugbetaald. De zekerheidsrechten pand en hypotheek komen aan dat verlangen tegemoet: zij verkleinen het terugbetalingsrisico. Enerzijds doordat de schuldeiser zonder rechterlijke tussenkomst verhaal kan zoeken op de goederen waarop de zekerheidsrechten zijn gevestigd (zoals het woonhuis, de bedrijfsinventaris en de debiteurenvorderingen of (girale) effecten) en anderzijds doordat zij daarbij voorrang toekennen aan de verzekerde vordering(en). Bovendien hebben zekerheidsgerechtigden een separatistpositie in faillissement. Zij hoeven zich van een faillissement (behoudens de afkoelingsperiode) niets aan te trekken bij het uitoefenen van hun zekerheidsrechten en hoeven ook niet bij te dragen in de faillissementskosten (art. 57 jo. 182 Fw).

Hoewel concrete cijfers niet beschikbaar zijn, lijken zekerheidsgerechtigden dankzij deze separatistpositie hun vorderingen in het faillissement van hun schuldenaren grotendeels voldaan te krijgen. Concurrente schuldeisers blijven veelal met lege handen achter (vgl. Kortmann 2017). Deze (on)balans tussen de positie van zekerheidsgerechtigden en overige schuldeisers is regelmatig onderwerp van discussie. Zo zijn naar aanleiding van de hiervoor aangehaalde afscheidsrede van Kortmann Kamervragen gesteld (*Kamerstukken II* 2017/18, nr. 2243), terwijl ook in de literatuur de discussie over de (te) sterke positie van banken al jaren woedt en regelmatig oplaait (zie het recent verschenen proefschrift van Van Uden, (Van Uden, *Voorrang bij verhaal* (R&P nr. InsR22) 2024), alsook Van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* 2004, p. 123 e.v., Van Dijck, *TvI* 2006/13, Keukens, *TvI* 2009/7, Kaptein, *NTBR* 2012/30, Wibier, *WPNR* 2012/6931, Verstijlen, *NJB* 2012/1520, Beekhoven van den Boezem & Van den Bosch, *MvV* 2015/7-8, recenter in het kader van de WHOA: Jonkers & Van Moorsel, *Ondernemingsrecht* 2019/168) en het WODC-rapport *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (Karapetian, Lennarts & Verstijlen, *WODC-rapport* 2021). Die positie heeft ook gevolgen voor de beloning van curatoren; zij krijgen in geval van een lege boedel hun salaris niet vergoed (zie hierover het *INSOLAD-rapport Beloning Curatoren*, p. 14 e.v.).

Toch blijkt de wetgever hiervoor vrij ongevoelig; de economische noodzaak van zekerheden wordt keer op keer onderstreept en de juridische positie van zekerheidsgerechtigden verstevigd (zie hierover kritisch Bloemink, *MvV* 2018/2). Zie voor een recent voorbeeld de wijziging van art. 3:83 BW met betrekking tot onoverdraagbaarheidsbedingen (Wet opheffing verpandingsverboden; *Kamerstukken II* 2019/20, nr. 35482, 3 (MvT); hierna nr. 43) en op Europees niveau Richtlijn 2019/1023/EU, de toelichting op het Voorstel (COM) 2016/723, p. 14 e.v.

De rechtspraak laat een vergelijkbaar beeld zien. Sinds de invoering van het BW in 1992 stond de Hoge Raad onder meer toe dat in het licht van het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW generieke omschrijvingen van pandobjecten werden gebruikt (HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488, *NJ* 1995/447 (*Spaarbank Rivierland/Gispén q.q.*) en HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, *NJ* 2004/182 (*Rabo/Mulder q.q.*)). Ter praktische ondersteuning van die mogelijkheid, oordeelde hij vervolgens dat de curator pas op de plaats moet maken met het actief innen van verpande vorderingen om de pandhouder in de gelegenheid te stellen mededeling te doen aan de debiteuren (HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2511, *NJ* 2007/520 (*ING/Verdonk q.q.*)) en dat het verstrekken van debiteurengegevens inherent is aan een pandrecht op vorderingen (HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN Amro*)). Later bleek dat ook gebruik mocht worden gemaakt van een verpandingsvolmacht (HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, *NJ* 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*) en HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134, *NJ* 2013/156, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van Leuveren q.q./ING*)), die de weg vrij maakte voor een praktijk waarin het dagelijks registreren van verzamelpandakte de beperkingen van art. 3:94 lid 1 en art. 3:239 lid 1 BW omzeilt. Andere voorbeelden van uitspraken die de positie van zekerheidsgerechtigden hebben versterkt zijn HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface Finanz/Intergamma*) over de voor een pandhouder gunstige verbintenisrechtelijke 'standaarduitleg' van onoverdraagbaarheidsbedingen en HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder/CLBN*), waarin is geoordeeld dat art. 54 Fw niet aan verrekening aan de weg staat als debiteuren van stil verpande vorderingen in het zicht van faillissement op de bankrekening van de pandgever bij de pandhouder betalen. In het verband van uitoefening van zekerheidsrechten kan verder nog worden gewezen op HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319, *NJ* 2014/264, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Feenstra q.q./ING*).

Zó eenzijdig als hierboven geschetst, is het echter ook niet. Banken kregen soms ook het lid op de neus. Wat oudere voorbeelden zijn HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2940, *NJ* 2000/158, m.nt. W.M. Kleijn (*Van Gorp q.q./Rabobank*) en HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3137, *NJ* 2005/199, m.nt. P. van Schilfgaarde (*ING/Gunning q.q.*) met betrekking tot de onderhandse (niet-executoriale) verkoop van roerende en onroerende zaken. Een ander thema wordt aangestipt in HR 25 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0122, *NJ* 1992/172, m.nt. H.J. Snijders (*Van Berkel/Tribosa*) over beslag op huurvorderingen, dat vooral voor vastgoedfinanciers negatief uitpakt. Recentere voorbeelden zijn HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189, *NJ* 2019/343, m.nt. H.J. Snijders (*Eurocommerce*) met betrekking tot de uitwinning van een openbaar pandrecht op een banksaldo en de

strijd die dat oplevert met art. 54 Fw en HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, NJ 2020/357, m.nt. H.J. Snijders (*ING/Thielen q.q.*)), waarin werd geoordeeld dat een assurantieportefeuille niet als een voor verpanding vatbaar goed kan worden aangemerkt.

Voor zover de genoemde onderwerpen en uitspraken (de Algemene bepalingen) pand en hypotheek raken, komen zij later in deze monografie nog aan bod; waar het specifiek (de uitwinning van) pand of hypotheek betreft, verwijs ik naar de desbetreffende monografieën (Steneker, *Pandrecht (Mon. BW B12a)* 2022 respectievelijk Huygen, *Hypotheek (Mon. BW B12b)* 2023).

Alles bij elkaar genomen hebben pand en hypotheek een bestendige positie in de financieringspraktijk. Economische ontwikkelingen als circulair of modulair bouwen (waarin goederenrechtelijk gezien met name het natrekkingsleerstuk een rol speelt, zie nr. [26]) vragen echter om flexibiliteit en ook een deel- of diensteneconomie noopt tot een andere visie op zekerheid. Het ligt in de lijn der verwachting dat in toenemende mate bijvoorbeeld gevels, daken, zonnepanelen, fietsen of kledingstukken worden geleased en uit hoofde van zulke leaseovereenkomsten mogen worden gebruikt. Het gebruiksrecht is dan niet langer gebaseerd op een eigendomsrecht, waardoor zakelijke zekerheidsrechten minder belangrijk worden. De nadruk verschuift dan naar (de mogelijkheid van) zekerheidsrechten op deze gebruiksrechten (zoals op een opstal- of erfpachtrecht) of daarvan afgeleide rechten als het wegneemrecht van de huurder ex art. 7:216 BW (zie nr. [43]). Alternatieven zijn persoonlijke zekerheden (borgtocht of medeschuldenaarschap) of kredietverzekeringen. Zie over deze ontwikkelingen onder andere Van der Veen e.a., *WPNR* 2014/7033, Mes e.a., in: *Boek 5 BW van de toekomst* 2016, p. 145 e.v., Chao-Duivis, *TBR* 2017/10, Koolhoven, in: *Circulair bouwen* 2018, p. 6 e.v., Van der Plank, *TBR* 2019/89, Vermeulen, *Circulair bouwen: knelpunten en oplossingen in het goederenrecht* 2020, Wibier, *WPNR* 2021/7326.

2 Plaats in het Burgerlijk Wetboek

De goederenrechtelijke zekerheidsrechten pand en hypotheek hebben gezamenlijk een plaats gekregen in Titel 9 van Boek 3 BW. De eerste afdeling van deze titel bevat de Algemene bepalingen, die het onderwerp zijn van deze monografie. De artikelen uit deze afdeling zijn op beide zekerheidsrechten van toepassing. Ze beschrijven onder meer de aard van de beide zekerheidsrechten (art. 3:227 BW), bepalen de voor pand en hypotheek vatbare goederen (art. 3:228 BW), omschrijven de geseceerde vordering (art. 3:231 BW) en het derdenpand en de derdenhypotheek (art. 3:233-234 BW). Specifieke regelingen voor het pandrecht zijn te vinden in de tweede en derde afdeling van Titel 9 (art. 3:236-259 BW) en voor het hypotheekrecht in de vierde afdeling (art. 3:260-275 BW). Hierin zijn bijvoorbeeld de vestigingsformaliteiten opgenomen (art. 3:236, 3:237 en 3:239 BW respectievelijk art. 3:260 BW), zijn de bijzondere bevoegdheden en verplichtingen van de pand- of hypotheekhouder geregeld (zie bijvoorbeeld art. 3:243, 3:246 en 3:247 BW voor de pandhouder en art. 3:264-267a BW voor de hypotheekhouder) en zijn de wijzen van uitwinning van de verschillende zekerheidsrechten uiteengezet (art. 3:250-251 BW respectievelijk art. 3:268 BW).

Aanvullende procedurele regels rondom de uitwinning van een pand- of hypotheekrecht zijn in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) opgenomen (zie bijvoorbeeld art. 439 Rv voor pandhoudersbeslag, art. 461a-c Rv over overnemen van executie, art. 480 e.v. Rv over de verdeling van de executie-opbrengst en art. 544 e.v. Rv met betrekking tot de executie door een hypotheekhouder).

Een bijzondere vorm van pand komt tot stand via de overeenkomst van pandbelening (art. 7:130 e.v. BW). Op deze overeenkomst zijn ingevolge art. 7:138 BW de algemene bepalingen uit Titel 9 van Boek 3 BW van toepassing, met uitzondering van art. 3:233-235 BW. Pandbelening kent bijzondere regels met betrekking tot verhaal en uitwinning, deze figuur en zijn bijzonderheden vallen buiten het bestek van deze monografie. Zie hierover Ruijs, *Pandbelening 2023* en Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2025/243.

Hetzelfde geldt voor de wettelijke regeling omtrent de financiële zekerheidsovereenkomst en het 'fzo-pandrecht' dat daarin voorkomt (art. 7:51 e.v. BW). Zie hierover, met verwijzingen naar verdere literatuur, Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2024/3.4.VII, Diamant, *De collateral richtlijn* 2015, Keijser, *Financial collateral arrangements* 2006 en Krzeminski, *Herverpanding* 2013, par. 7.6.

Tot slot zullen ook de specifieke regels voor goederen- en consumentenkrediet (Titel 7.2b) grotendeels buiten beschouwing blijven. Zie hierover o.m. Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2025, i.h.b. hfdst. 2-4 en 6, Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, hfdst. 20 en Van der Weide, *WPNR* 2017/7158.

Titel 9 houdt nauw verband met Titel 10 van Boek 3 BW, waarin de materiële aspecten van het verhaalsrecht op goederen geregeld zijn. Zo vloeit uit art. 3:278 BW de voorrang voort die aan het pand- en hypotheekrecht verbonden is (zie hierna nr. [6]) en is in art. 3:279 BW de rangorde bepaald tussen pand en hypotheek enerzijds en voorrechten anderzijds. Pand en hypotheek gaan krachtens deze bepaling voor voorrechten, tenzij de wet anders bepaalt.

Voorrechten vloeien voort uit de wet en kunnen ingevolge art. 3:278 lid 2 BW rusten op bepaalde goederen (bijzondere voorrechten, zie bijvoorbeeld art. 3:283 e.v. BW, art. 8:210 e.v. BW en art. 8:820 e.v. BW) of op alle goederen van een schuldenaar (algemene voorrechten, zie bijvoorbeeld art. 3:288 BW en art. 21 lid 1 IW). De onderlinge rangorde tussen de verschillende voorrechten is bepaald in art. 3:280 e.v. BW. Zie hierover Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/10 en Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/709.

Uitzonderingen op de rangorde van art. 3:279 BW kunnen bijvoorbeeld worden gevonden in art. 3:284 lid 2 BW, art. 3:285 lid 2 BW, art. 3:287 lid 2 BW en art. 21 lid 2 IW (het bodemvoorrecht van de fiscus). Ook in Boek 8 BW zijn deze te vinden met betrekking tot de rangorde tussen hypotheekrechten en voorrechten op zee- en binnenschepen, zie art. 8:204 en 8:794 BW.

De rangorde tussen pandrechten of hypotheekrechten onderling is niet wettelijk vastgelegd, deze vloeit voort uit het prioriteitsbeginsel, zie hierna nr. [11].

3 Terminologie

In deze monografie worden de rechthebbenden van een pandrecht of hypotheekrecht aangeduid als zekerheidsgerechtigden. Wanneer het gaat om de rechthebbende van specifiek ofwel een pandrecht ofwel een hypotheekrecht, dan worden zij pandhouder respectievelijk hypotheekhouder genoemd. De zekerheidsgever wordt in dat geval aangeduid als pandgever respectievelijk hypotheekgever.

Bij verpanding van zaken kan onderscheid worden gemaakt tussen een vuistpandrecht en een vuistloos pandrecht. Bij de eerste variant worden de zaken in de macht van de pandhouder of een derde gebracht (art. 3:236 BW) en bij de tweede blijven de zaken in de macht van de pandgever (art. 3:237 BW). Bij verpanding van vorderingen kan onderscheid worden gemaakt tussen een openbaar pandrecht en een stil pandrecht. Bij de eerste optie moet als vestigingsformaliteit (zie nr. [21]) onder meer mededeling van het pandrecht worden gedaan aan de debiteur van de te verpanden vordering (art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW). Bij de tweede optie blijft zo'n mededeling achterwege; in dat geval moet de vestigingsakte worden geregistreerd bij de Belastingdienst, of moet een authentieke akte worden opgemaakt (art. 3:239 lid 1 BW). Zie hierover verder Steneker, *Pandrecht (Mon. BW B12a)* 2022, nr. 3.26 e.v.

De vordering die met het pand- of hypotheekrecht wordt verzekerd, is de geseecureerde vordering. Degene die de gerechtigde is tot de geseecureerde vordering, wordt aangeduid als de schuldeiser en degene die de vordering aan de schuldeiser moet voldoen als de schuldenaar. Tenzij anders is aangegeven, wordt ervan uitgegaan dat de pand- of hypotheekgever tevens de schuldeiser is (dit is bijvoorbeeld anders bij derdenpand of -hypotheek, waarover nr. [32]-[34]).

4 Plan van aanpak

Zoals uit nr. [2] blijkt, staan de Algemene bepalingen pand en hypotheek allerm minst op zichzelf. De verbondenheid met andere delen van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten (zoals de Faillissementswet) komt in de opbouw van deze monografie tot uitdrukking. Er is gekozen voor een geïntegreerde behandeling van art. 3:227-3:235 BW, in die zin dat de hoofdstukken thematisch zijn opgezet en niet een artikelsgewijs commentaar vormen.

De monografie bestaat uit zeven hoofdstukken. In de eerste twee hoofdstukken, waaronder deze inleiding, wordt een algemene introductie gegeven op de zekerheidsrechten pand en hypotheek. In hoofdstuk I wordt de (goederenrechtelijke) aard van de Nederlandse zekerheidsrechten pand en hypotheek toegelicht en wordt uiteengezet welke rechtsgevolgen hieraan zijn verbonden. In hoofdstuk II komt vervolgens het ontstaan van een pand- of hypotheekrecht aan bod.

In hoofdstuk III staat de geseecureerde vordering centraal en in hoofdstuk IV volgt het pand- of hypotheekobject. De hoofdstukken V en VI gaan over de uitwinning van zekerheidsrechten. Hoofdstuk V ziet op de 'normale' executie van zekerheidsrechten en hoofdstuk VI gaat in op de situatie waarin de zekerheidsgever in staat van faillissement verkeert.

De verschillende onderwerpen komen in beginsel uitsluitend aan bod voor zover zij voor beide zekerheidsrechten gelden. Voor de specifieke regels rondom pand of hypotheek, verwijs ik naar de desbetreffende monografieën (Huijgen, *Hypotheek* (Mon. BW nr. B12b) 2023 en Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2022).

Tot slot is hoofdstuk VII een rechtsvergelijkend hoofdstuk. Hierin worden op hoofdlijnen de zekerheidsrechten in België, Duitsland en Engeland geschetst.

5 Verhaal en zekerheid

Het verhaalsrecht van een schuldeiser omvat de mogelijkheden om nakoming van een verschuldigde prestatie in rechte af te dwingen door goederen van de schuldenaar te gelde te maken en zich uit de opbrengst daarvan te voldoen. Deze materiële verhaalsbevoegdheid ontstaat over het algemeen uit een verbintenis: 'een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is' (*Asser/Sieburgh 6-I* 2024/6). Hierbij kan worden gedacht aan een verbintenis tot terugbetaling van een geleende geldsom of de verbintenis tot betaling van de koopprijs uit hoofde van een koopovereenkomst.

Ter uitoefening van een materiële verhaalsbevoegdheid kan een schuldeiser zich krachtens art. 3:276 BW in beginsel op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen. De goederen van de schuldenaar vormen aldus zijn verhaalsvermogen (Van Boom, *Verhaal, uitwinning en rangorde* 2020, p. 11).

Van het verhaalsvermogen van de schuldenaar zijn bepaalde goederen uitgesloten. Zo geldt een beslagvrije voet voor periodieke betalingen van onder meer bepaalde uitkeringen, loon en pensioen en lijfrente (art. 475b e.v. Rv) en kan geen beslag gelegd worden op bepaalde roerende zaken, zoals bed, beddengoed, kleding en voedsel, en gereedschappen van ambachtslieden en werklieden die tot hun persoonlijke bedrijf behoren (art. 447 sub 1-3 Rv, zie uitgebreider Mijnsen & Van Mierlo, *Materieel beslagrecht* (Mon. Pr. nr. 10) 2018/1.17 en *Asser Procesrecht/Steneker 5* 2023/19). Andere voorbeelden kunnen worden gevonden in art. 436, 448 en 475a Rv en in bijzondere wetten, zoals in art. 23 AKW. In geval van faillissement is in art. 21 Fw bepaald welke goederen buiten het faillissement blijven (vgl. art. 295 Fw voor de WSNP). Tot slot kunnen schuldeiser en schuldenaar op grond van art. 3:276 BW overeenkomen dat de schuldeiser geen verhaal kan zoeken op (bepaalde) goederen van de schuldenaar.

Bij de Wet van 3 juni 2020 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet in verband met de herziening van het beslag- en executierecht (Wet Herziening beslag en executierecht, *Stb.* 2020, 177) is een aantal wetsartikelen in (met name) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet gewijzigd. De nieuwe artikelen, die op 1 oktober 2020, 1 januari 2021 of 1 april 2021 in werking zijn getreden (*Stb.* 2020, 277), beogen te voorkomen dat een schuldenaar niet meer in zijn bestaansminimum kan voorzien (*Kamerstukken II* 2018/19, nr. 35225, 3 (MvT), p. 1 en 46). In het kader van het verhaalsvermogen is de meest in het oog springende wijziging de invoering van de beslagvrije voet bij bankbeslag. Van bankbeslag is sprake als beslag wordt gelegd op geldmiddelen die een natuurlijk persoon aanhoudt bij een bank (art. 475a lid 5

jo. art. 475 jo. art. 475da Rv). De wijziging snijdt de schuldeiser de pas af die meende de beslagvrije voet te kunnen omzeilen door direct na storting van periodieke uitkering beslag te (laten) leggen op de bankrekening van de schuldenaar. Een andere opmerkelijke wijziging is het onttrekken van gezelschapsdieren aan het verhaalsvermogen van de schuldenaar, inclusief de voor de verzorging van die dieren noodzakelijke zaken (art. 447 lid 1 sub g Rv).

Uit art. 3:276 BW volgt tot slot dat alleen de goederen in het verhaalsvermogen van de schuldenaar zelf vatbaar zijn voor verhaal door de schuldeiser. Op goederen van derden kan in beginsel geen verhaal worden genomen. Ook op deze regel bestaan uitzonderingen, zoals wanneer sprake is van een derdenpand of derdenhypotheek (art. 3:233 en 234 BW; zie nr. [32]-[34]) en bij het bodemrecht van de fiscus ex art. 22 lid 3 IW. Zie voor meer (wettelijke) uitzonderingen op art. 3:276 BW Asser/*Van Mierlo & Krzeminski* 3-VI 2024/470.

Het is voor een schuldenaar niet mogelijk om eenzijdig een deel van zijn vermogen af te schermen voor verhaal door schuldeisers. Een uitzondering is de kwaliteitsrekening: een bankrekening op naam van de schuldenaar (de rekeninghouder) die desondanks buiten het vermogen van die schuldenaar blijft. In een aantal gevallen is een kwaliteitsrekening bij wet geregeld, zoals voor notarissen (art. 25 Wna) en deurwaarders (art. 19 GDW) en met betrekking tot girale effecten art. 12 lid 1 Wge). De hier bedoelde saldi/depots behoren op grond van de genoemde wetsbepalingen toe aan de gezamenlijke rechthebbenden. Zonder wettelijke regeling wordt een kwaliteitsrekening door de Hoge Raad vrijwel nooit geaccepteerd; schaarse uitzonderingen zijn kwaliteitsrekeningen voor advocaten en accountants. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2019/743a, Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2)* 2022/208 en Steneker, *Afgescheiden vermogen en kwaliteitsrekening* 2005, p. 208, zie ook HR 3 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4750, NJ 1984/752 (*Slis/Stroom*) en HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, NJ 2004/196 (*Procall*). Zie over de verhouding van de kwaliteitsrekening tot art. 3:276 BW een van het arrest *Procall* afwijkende opvatting in Asser/*Kortmann* 3-III 2017/132.

Het (bewust) verkleinen van het verhaalsvermogen door bijvoorbeeld overdracht van vermogensbestanddelen aan een derde is evenmin een optie. Een rechtshandeling waarvan de schuldenaar weet of behoort te weten dat schuldeisers daardoor in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld, is vernietigbaar (art. 3:45 BW of art. 42 en 47 Fw in geval van faillissement).

6 Voorrang

In een situatie waarin meerdere schuldeisers verhaal willen (en mogen) nemen op een vermogensbestanddeel van de schuldenaar, terwijl de opbrengst van dat goed ontoereikend is om al die vorderingen volledig te voldoen, moet de opbrengst onder de schuldeisers worden verdeeld. Die verdeling wordt bepaald door de onderlinge rangorde van de te verhalen vorderingen. De hoofdregel daarvoor is de *paritas creditorum*, die tot uitdrukking is gebracht in art. 3:277 lid 1 BW: ‘schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om (...) uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering (...)’. Op basis van deze hoofdregel hebben schuldeisers een gelijke rang en krijgt bij een tekort elke schuldeiser eenzelfde percentage van zijn vordering uit de netto-verkoopopbrengst. De term ‘netto-verkoopopbrengst’ brengt tot uitdrukking dat het gaat om de opbrengst na aftrek van de executiekosten.

Schuldeisers A, B en C hebben een vordering van respectievelijk 50, 25 en 25 op schuldenaar X. Het goed waarop zij zich kunnen verhalen brengt 55 op. De executiekosten zijn 5. A, B en C krijgen in dat geval $(55-5)/100 = 50\%$ van hun vordering uit de netto-opbrengst uitgekeerd (25, respectievelijk 12,5 en 12,5). Het ontstaansmoment van de vorderingen noch het tijdstip waarop ze beslag hebben gelegd is voor die verdeling relevant.

De hoofddregel moet krachtens het slot van art. 3:277 lid 1 BW wijken wanneer sprake is van door de wet erkende redenen van voorrang. Pand en hypotheek zijn hiervan voorbeelden (zie art. 3:278 BW). Door de voorrangspositie van de pand- of hypotheekhouder wordt de verdeling van de opbrengst niet meer naar rato onder de schuldeisers verdeeld, maar leidt de onderlinge rangorde tot een bepaalde volgorde waarin de executieopbrengst aan de schuldeisers wordt uitgekeerd. In een eenvoudig voorbeeld wordt de hoogst gerangschikte schuldeiser, zoals de oudste pandhouder (zie hierna nr. [11]), als eerste voldaan. Blijft daarna nog geld over, dan wordt uitgekeerd aan de overige, concurrente schuldeisers (vgl. Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht (SBR 2) 2022/707-710* en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht 2019/743*). De voorrangspositie levert een pand- of hypotheekhouder op deze manier een evident voordeel op.

Stel dat C uit het voorbeeld hierboven een (ouder) pandrecht heeft op het goed dat te gelde wordt gemaakt. In dat geval wordt C bij de verdeling eerst uit de netto-opbrengst volledig voldaan. Daarna delen A en B, als onderling gelijk gerangschikte schuldeisers, de rest. Zij krijgen dan nog $(55-5-25)/75 = 33,33\%$ van hun vordering betaald. Ook in deze situatie is het ontstaansmoment van de vorderingen niet relevant.

In de literatuur wordt het gesloten systeem rondom voorrang en de restrictieve uitleg daarvan benadrukt; de *paritas creditorum* wordt gezien als regel van openbare orde (zie bijvoorbeeld Asser/*Van Mierlo & Krzeminski* 3-VI 2024/468, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht 2019/712*, Pannevis, *Achtergestelde vorderingen 2019/146*, Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* 2007, p. 12). Andere (wettelijke) gronden van voorrang dan pand en hypotheek zijn voorrechten (art. 3:278 lid 1 BW), het voorrangrecht van de retentor (art. 3:292 BW), het voorrangrecht dat is verbonden aan de schadevergoedingsvordering van een gewezen huurder of pachter wiens recht door het invoeren van een huurbeding verloren is gegaan (art. 3:264 lid 7 BW) en het voorrangrecht dat is verbonden aan de schadevergoedingsvordering van een beperkt gerechtigde wiens recht door executie is vervallen (art. 3:282 BW).

Niet in alle gevallen leidt een rangordeverschil tussen schuldeisers tot een *volgorde* waarin de executieopbrengst verdeeld wordt. In de WSNP leidt een rangverschil tot een afwijkend uitkeringspercentage (zie art. 349 lid 2 Fw). Onder de WHOA zorgt het voor indeling in verschillende klassen. Zie hierna hoofdstuk VI.

Tegenover voorrang staat de achterstelling van een vordering. Op grond van art. 3:277 lid 2 BW kunnen schuldeiser en schuldenaar overeenkomen dat de vordering ten opzichte van alle of bepaalde schuldeisers een lagere rang inneemt dan zij op grond van de wet zou hebben (zie over de (uitleg van de) inhoud van een achterstellingsovereenkomst Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht 2019/744*, en Pannevis, *Achtergestelde vorderingen (O&R nr. 114) 2019*). Nog niet uitgekristalliseerd is de vraag of de achterstelling van een vordering die is verzekerd met pand of hypotheek goederenrechtelijke werking heeft (zie Asser/*Van Mierlo & Krzeminski* 3-VI 2024/468 en verdere verwijzingen naar literatuur aldaar, zie met uitwerking van voorbeelden en complicaties Pannevis, *Achtergestelde vorderingen (O&R nr. 114) 2019/9.2*).

7 Parate executie

Een ('gewone') schuldeiser moet zijn materiële verhaalsbevoegdheid volgens de daarvoor geldende formele regels uitoefenen. Voor schuldeisers zijn de twee meest voor de hand liggende manieren om zich op het vermogen van een schuldenaar te verhalen (i) het leggen van verhaalsbeslag (art. 430 e.v. Rv); of (ii) als blijkt dat de schuldenaar ex art. 1 Fw in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, door middel van het verzoeken van diens faillissement. Als de schuldenaar failliet wordt verklaard, neemt de curator het beheer en de vereffening van de faillissementsboedel ter hand (art. 68 Fw; zie hierna hoofdstuk VI).

De schuldeiser heeft voor het gedwongen uitwinnen van het verhaalsvermogen van de schuldenaar een executoriale titel nodig. Uit art. 430 Rv volgt dat zowel (i) grossen van in Nederland gewezen vonnissen; (ii) grossen van beschikkingen van de Nederlandse rechter; (iii) grossen van in Nederland verleden authentieke akten; en (iv) andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken in Nederland ten uitvoer kunnen worden gelegd. Een schuldeiser kan er dus op voorhand voor zorgen dat hij een executoriale titel heeft voor het nemen van verhaal op het vermogen van de schuldenaar door de vordering vast te laten leggen in een notariële (of andere authentieke) akte (art. 157 Rv). Een bijkomend voordeel hiervan is dat een authentieke een grotere bewijskracht heeft dan een gewone akte (art. 156 Rv), zodat het in rechte aantonen van het bestaan van de vordering eenvoudiger is. Uiteraard is voor het opmaken van een dergelijke akte de medewerking van de schuldenaar nodig. In alle andere gevallen zal de schuldeiser de gang naar de rechter moeten maken (ex art. 3:296 BW), zodat hij op basis van een (veroordelend) vonnis het vermogen van de schuldenaar kan uitwinnen.

In tegenstelling tot de hierboven bedoelde gewone schuldeisers, beschikken pand- en hypotheekhouders over het recht van parate executie. Dat wil zeggen dat zij géén executoriale titel nodig hebben om verhaal te nemen op de goederen die met het pand- of hypotheekrecht zijn bezwaard (art. 3:248 en 268 BW). De bevoegdheid om zonder rechterlijke tussenkomst verhaal te nemen op de met pand of hypotheek bezwaarde goederen volgt rechtstreeks uit het zekerheidsrecht.

8 Goederenrechtelijke aard

Wanneer een schuldeiser de terugbetaling van zijn vordering op de schuldenaar wil verzekeren, zijn er twee smaken waaruit hij kan kiezen: persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheden. Onder de persoonlijke zekerheden vallen onder meer hoofdelijkheid (art. 6:6 e.v. BW), borgtocht (art. 7:850 e.v. BW) en (bank)garantie (niet als bijzondere overeenkomst bij wet geregeld; de inhoud is afhankelijk van wat partijen zijn overeengekomen). De persoonlijke zekerheden hebben met elkaar gemeen dat een derde met (een deel van) zijn vermogen instaat voor de voldoening van de vordering door de schuldenaar (zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2019/743, Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR 2) 2022/482-483, Van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht* 2023, par. 21.1).

De goederenrechtelijke zekerheden worden daarentegen gekenmerkt door de aanspraak die een schuldeiser kan maken op één of meer bepaalde goederen in het verhaalsvermogen van de schuldenaar. In deze paragraaf worden enkele consequenties besproken die aan de goederenrechtelijke aard van pand en hypotheek verbonden zijn.

9 Beperkte rechten

Pand- en hypotheekrechten zijn beperkte rechten in de zin van art. 3:8 BW. Het zijn rechten die zijn afgeleid uit een meer omvattend recht, dat op zijn beurt met het beperkte recht is bezwaard. Dat ‘meer omvattende recht’, ook wel het moederrecht genoemd, kan een eigendomsrecht of een ander vermogensrecht zijn. Wanneer het gaat om een zekerheidsrecht op een registergoed, dan is het een hypotheekrecht. In andere gevallen moet een pandrecht worden gevestigd (art. 3:227 lid 1 BW). Zo kan op een stuk grond een hypotheekrecht zijn gevestigd en kan een vordering op naam bezwaard worden met een pandrecht. Maar ook beperkte rechten zijn in beginsel vatbaar voor bezwaring met een pand- of hypotheekrecht. Dit maakt het mogelijk om bijvoorbeeld op een recht van erfpacht een hypotheekrecht te vestigen, of een recht van vruchtgebruik (op een niet-registergoed) met een pandrecht te bezwaren (zogenoemde stapeling van beperkte rechten, zie hierna nr. [46]).

Over het concept van ‘een beperkt recht’ bestaan verschillende theorieën, ondersteund door evenzoveel metaforen. De twee hoofdrichtingen zijn het afsplitsingsmodel (met brokstukken of taartpunten als verbeelding van beperkte rechten) en het bezwarings- of afspiegelingsmodel, waarin een (elastische) ingedeukte tennisbal het met een beperkt recht bezwaarde moederrecht voorstelt. In de kern komt het verschil tussen beide theorieën neer op de verhouding tussen eigendom en het beperkte recht. In de eerste theorie omvat het beperkte recht een deel van (de bevoegdheden van) het eigendomsrecht waaruit het is afgeleid, in de tweede wordt een (volledig) nieuw recht gevestigd dat als last op het eigendomsrecht drukt en dit tijdelijk ‘gedeeltelijk verlamt’. De dogmatische duiding van ‘het beperkte recht’ blijft hier verder buiten beschouwing. Zie hiervoor onder anderen (met verdere verwijzingen) Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/9 e.v., Koops MvV 2014/1, Mollema, *Het beperkte recht* 2013, hfdst. 6, i.h.b. par. 6.1.3.3, Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* 1992, par. 6.3, en voor de daarmee samenhangende vraag wat tot de inhoud van het beperkte recht kan worden gemaakt Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* 2007, par. 6.6.

Onder het oud BW bestond nog de mogelijkheid van de zekerheidsoverdracht (door de Hoge Raad gesanctioneerd in HR 25 januari 1929, ECLI:NL:HR:1929:392, NJ 1929/616, m.nt. P. Scholten (*Brouwerij I*) en HR 21 juni 1929, ECLI:NL:HR:1929:317, NJ 1929/1096 (*Hakkers/Van Tilburg*)). Doordat goederen uit het vermogen van de schuldenaar werden gehaald en in het vermogen van de schuldeiser werden gebracht, was de verhaalspositie van de schuldeiser ten opzichte van dat goed verzekerd. Die goederen maakten immers geen deel meer uit van het verhaalsvermogen van de schuldenaar, zodat de overige schuldeisers van de schuldenaar hierop geen verhaal meer konden nemen. Bij de invoering van het huidige BW is deze mogelijkheid verdwenen; art. 3:84 lid 3 BW bepaalt dat een rechtshandeling die tot doel heeft een goed tot zekerheid over te dragen, geen geldige titel kan opleveren in de zin van art. 3:84 lid 1 BW (het fiduciaverbod). Het toepassingsbereik van art. 3:84 lid 3 BW is echter behoorlijk versmald in het *Sogelease*-arrest (HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (*Sogelease*), zie nr. [16]).

10 Zaaksgevolg

Pand en hypotheek zijn absolute rechten; zij hebben derdenwerking. Hieruit volgt onder meer dat aan de beide rechten zaaksgevolg (*droit de suite*) is verbonden. Dat betekent