

Civiel recht

154
<p>Hoge Raad 3 juni 2016, nr. 14/06346 ECLI:NL:HR:2016:1046 ECLI:NL:PHR:2016:73 (mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek) (concl. A-G mr. Rank-Berenschot) Noot G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan</p>
<p>Goederenrecht. Onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen. Voorwaardelijk eigendomsrecht. Terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Pandrecht. Faillissementsrecht. Fixatiebeginsel. Gevolgen van betaling door pandhouder aan leverancier na faillietverklaring.</p>
<p>De levering van goederen onder eigendomsvoorbehoud leidt tot een eigendomsrecht voor de koper onder de opschortende voorwaarde van betaling. De koper kan dit voorwaardelijk eigendomsrecht bezwaren of vervreemden. Bij een verpanding geeft dit de pandhouder een onvoorwaardelijk pandrecht op een voorwaardelijk eigendomsrecht. De pandhouder kan dat pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht doen 'uitgroeien' tot een pandrecht op het onvoorwaardelijk eigendomsrecht door de resterende prestatie aan de leverancier te voldoen. Tussentijds faillissement van de koper staat daaraan niet in de weg.</p>
<p>[BW art. 3:83, 3:84, 3:90, 3:91, 3:92, 3:98, 3:236, 3:237; BW art. 6:30; Fw art. 23, 35]</p>

Revadap kreeg van haar leverancier Meteor een teeltsysteem (roerende zaak, niet-registergoed) geleverd onder eigendomsvoorbehoud. Revadap liet het teeltsysteem deels onbetaald. Revadap vestigde vervolgens een (bezitloos) pandrecht op haar huidige en toekomstige inventaris ten gunste van de Rabobank. Enige tijd later ging Revadap failliet. De Rabobank trad in overleg met de curator en voldeed voor Revadap het restant van de kooprijzen direct aan Meteor. De vraag dient zich aan of Rabobank zich als pandhouder kan verhalen op de opbrengst van het teeltsysteem. De Hoge Raad beslist dat de levering van een zaak onder eigendomsvoorbehoud ertoe leidt dat de koper een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt. De levering van het teeltsysteem is voltooid op het moment van de feitelijke machtsverschaffing aan de koper. De leverancier behoudt vanaf het moment van levering een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van betaling en de koper krijgt een 'terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde'. De koper kan zijn voorwaardelijk eigendomsrecht vervreemden of bezwaren, bijvoorbeeld, zoals in de onderhavige zaak, door de vestiging van een pandrecht. Op het moment dat de voorwaarde werd vervuld die aan het eigendomsrecht was verbonden (betaling aan Meteor), groeide het pandrecht van Rabobank uit tot een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem. Het tussentijdse faillissement van Revadap stond aan deze 'uitgroeien' niet in de weg,

omdat voor de vestiging van het pandrecht ten gunste van Rabobank geen nadere beschikkingshandelingen door Revadap noodzakelijk waren, aldus de Hoge Raad.

De coöperatie *Coöperatieve Rabobank Zuid-Holland Midden U.A.*, gevestigd te Delft, eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, tegen [verweerder], wonende te [woonplaats], verweerder in cassatie, eiser in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. K. Aantjes.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Rabobank en [verweerder].

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

In deze zaak gaat het om de vraag of en op welke wijze een koper onder eigendomsvoorbehoud zijn aanspraak ten aanzien van de geleverde zaak 'faillissementsbestendig' kan verpanden. Daarbij komt ook de werking van een contractueel verpandingsverbod aan de orde. Ten slotte gaat het om de uitleg van het begrip 'niet af te scheiden zonder beschadiging van betekenis' in de zin van art. 3:4 lid 2 BW.

1 Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:¹

- Kwekerij Revadap B.V. (hierna: Revadap) heeft in 2008 een tuinbouwbedrijf in Nootdorp aangekocht. Ten behoeve van de paprikateelt die zij voornemens was in dat bedrijf te ondernemen, heeft zij Meteor Systems B.V. (hierna: Meteor) opdracht gegeven tot het vervaardigen en leveren van een teeltsysteem, bestaande uit aan staaldraden opgehangen stalen teeltgoten met opvangbakken en een druppelbevloeïingssysteem (hierna als geheel aan te duiden als het teeltsysteem). Het teeltsysteem is geplaatst in een gedeelte van de kas van Revadap. De teeltgoten zijn ter plaatse vervaardigd om maximale lengten te kunnen verkrijgen en daardoor lekkages tot een minimum te beperken. Het gehele systeem is ter plaatse door Meteor samengesteld en in november 2008 gereedgekomen.
- De overeengekomen prijs van omstreeks € 600.000,- is door Revadap grotendeels voldaan, maar een restbedrag van € 120.000,- heeft zij onbetaald gelaten. De tussen Revadap en Meteor toepasselijke Algemene verkoopvoorwaarden hielden in dat de eigendom van het geleverde pas op Revadap zou overgaan nadat deze aan Meteor al het door haar verschuldigde zou hebben voldaan.²
- In december 2008 sloot Revadap met Rabobank een financieringsovereenkomst waarbij zij de bank een aantal zekerheden verstrekke, waaronder:
 - een recht van eerste hypotheek op haar perceel tuinland met bedrijfsruimte, glasopstanden en verder toebehoren;
 - een pandrecht op alle huidige en toekomstige inventaris en voorraden en op alle ten tijde van de registratie van de pandakte (zijnde 30 december 2008) bestaande rechten/vorderingen op

1 Ontleend aan rov. 2.1-2.5 van het arrest van het hof Den Haag van 2 september 2014.

2 Art. 11 Algemene verkoopvoorwaarden Meteor Systems B.V. (prod. 2 bij Akte overlegging producties d.d. 10 augustus 2011).

derden of die worden verkregen uit op dat ogenblik bestaande rechtsverhoudingen tussen Revadap en derden.³

De hierop toepasselijke algemene voorwaarden voor verpanding van de bank bepalen onder meer:

“Ingeval enige zaak of enig vermogensrecht waarop het pandrecht betrekking heeft of dient te hebben onder opschortende voorwaarde aan de pandgever is overgedragen, strekt dat pandrecht zich uit tot de voorwaardelijke eigendom van die zaak, respectievelijk tot het voorwaardelijk recht met betrekking tot dat vermogensrecht.”⁴

d) Op 24 november 2009 is Revadap in staat van faillissement verklaard met benoeming van [verweerder] tot curator.

e) In overleg met de curator heeft Rabobank aan Meteor ter voldoening van haar restantvordering op Revadap met rente en kosten € 135.000,= betaald, waartegenover Meteor finale kwijting heeft verleend en haar eigendomsvoorbehoud heeft prijsgegeven. De curator heeft daaraan zijn medewerking verleend, echter onder verschillende voorbehouden, onder meer ten aanzien van de aanspraken van de boedel op de overwaarde van het teeltsysteem.

f) In december 2009 heeft de curator met toestemming van de rechter-commissaris en in overleg met Rabobank de onderneming van Revadap, in hoofdzaak bestaande uit het onroerend goed, verkocht aan [A] B.V. (hierna: [A]). Op 26 januari 2010 heeft de levering plaatsgevonden. De koopprijs ad € 5.800.000,= is betaald aan Rabobank als eerste hypotheekhouder. Ook daaraan heeft de curator zijn goedkeuring gehecht, eveneens onder voorbehoud van de aanspraak van de boedel op de overwaarde van het teeltsysteem dat met de onderneming verkocht was.

g) Op 24 januari 2010 heeft de curator Rabobank gesommeerd € 110.920,=, althans € 77.000,= aan de boedel te voldoen als overwaarde van het teeltsysteem. Aan die sommatie heeft de bank niet voldaan. De curator heeft van de rechter-commissaris geen machtiging gekregen de bank in rechte aan te spreken, maar heeft met toestemming van de rechter-commissaris de gepretendeerde vordering op de bank aan zichzelf in persoon verkocht en gecedeerd.

1.2 Bij inleidende dagvaarding van 27 juli 2011 heeft [verweerder] Rabobank gedagvaard voor de rechtbank 's-Gravenhage en gevorderd Rabobank te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 110.920,= dan wel € 77.000,=, vermeerderd met wettelijke rente en kosten.

Hij heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat, nadat Rabobank het restantbedrag voor het teeltsysteem aan Meteor had voldaan en daarmee het eigendomsvoorbehoud was vervallen, het teeltsysteem in de boedel is gevallen. Als gevolg daarvan kwam de overwaarde van het teeltsysteem ad € 110.920,= aan de boedel toe. Na de overdracht van de onderneming aan [A] heeft Rabobank ten onrechte een door haar verondersteld zekerheidsrecht op het teeltsysteem geëffectueerd. De boedel heeft een vordering jegens de bank ter zake de overwaarde, welke aan [verweerder] is gecedeerd.

Rabobank heeft als verweer aangevoerd, *primaire*, dat het teeltsysteem als hecht verbonden bestanddeel van het bedrijfsgebouw ex art. 3:4 lid 2 BW onder haar hypotheekrecht viel, en *subsidiar*, dat het onder haar pandrecht viel.

1.3 Bij eindvonnis van 12 september 2012⁵ heeft de rechtbank

Rabobank veroordeeld tot betaling aan [verweerder] van een bedrag van € 110.920,= vermeerderd met wettelijke rente.

De rechtbank oordeelde daartoe, voor zover thans van belang, dat bij verwijdering van het teeltsysteem geen sprake is van ‘beschadiging van betekenis’ in de zin van art. 3:4 lid 2 BW, zodat het teeltsysteem niet kan worden aangemerkt als bestanddeel en niet door natrekking onder het hypotheekrecht van Rabobank is komen te vallen (rov. 4.3-4.9). Volgens de rechtbank heeft Rabobank evenmin een geldig pandrecht op het teeltsysteem gekregen, nu het teeltsysteem in 2008 als toekomstig goed bij voorbaat stil verpand was en het, gelet op art. 23 en 35 lid 2 Fw, als gevolg van de verkrijging door Revadap na haar faillietverklaring in 2009 onbezwaard in de boedel is gevallen (rov. 4.10-4.12). Voor zover op het contractuele recht op levering al een stil pandrecht kon worden gevestigd, is dit na de betaling van de restant koopprijs en de eigendomsovergang niet automatisch geconverteerd tot een volwaardig pandrecht op het teeltsysteem zelf, aldus de rechtbank (rov. 4.13).

1.4 Rabobank is van het vonnis van 12 september 2012 in hoger beroep gekomen met conclusie dat het hof, na vernietiging, de vorderingen van [verweerder] alsnog afwijst. Zij heeft in appel haar primaire en subsidiaire stellingen omgedraaid aldus dat zij zich in appel *primaire* op haar pandrecht (grief I) en *subsidiar* op haar hypotheekrecht (voorwaardelijke grief II) heeft beroepen.

[verweerder] heeft verweer gevoerd en op zijn beurt voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld, met conclusie dat het hof de in rov. 4.12 van het vonnis gegeven argumentatie voor het ontbreken van een geldig pandrecht vernietigt. Zijn voorwaardelijk incidentele grief strekt tot betoog dat de totstandkoming van een pandrecht reeds is verhinderd door het door Meteor bedongen verpandingsverbod. Rabobank heeft daartegen verweer gevoerd.

1.5 Bij eindarrest van 2 september 2014⁶ heeft het hof Den Haag het bestreden vonnis bekrachtigd. Het hof oordeelde daartoe, voor zover in cassatie van belang:

“3 *Het pandrecht van de bank*

Bespreking van grief I in het principale hoger beroep

3.1 De bank heeft zich in eerste aanleg subsidiair, maar in hoger beroep primair op het standpunt gesteld dat het teeltsysteem een roerende zaak is en dat haar pandrecht zich mede over dat teeltsysteem uitstrekte. Zij meent daarom dat de door haar ontvangen koopprijs, ook voor zover die aan het in de koop begrepen teeltsysteem zou moeten worden toegerekend, haar daarom toekwam.

3.2 Onder 4.12 en 4.13 van het bestreden vonnis heeft de rechtbank hieromtrent, verkort weergegeven, overwogen dat het onder eigendomsvoorbehoud geleverde teeltsysteem (vóór datum faillissement en vanuit de boedel gezien) moet worden beschouwd als een toekomstig goed. Als zodanig kon het op grond van artikel 3:97 BW jo artikel 3:98 BW wel stil worden verpand, maar door haar faillissement verloor Revadap van rechtswege de beschikking en het beheer over haar tot het faillissement behorende vermogen en werd de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk. Op grond van artikel 35 lid 2 Fw geldt dat, indien de schuldenaar (in casu: Revadap) vóór de dag van de faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat heeft geleverd (waarbij in dit geval als toekomstig goed geldt: een stil pandrecht op het teeltsysteem, omdat artikel 35 lid 2 Fw ook geldt voor de vestiging van beperkte rechten op toekomstige goederen), dit goed in de boedel valt, indien het eerst na de aanvang van die dag door die schuldenaar wordt ver-

3 Zie de akte Verpanding d.d. 11 december 2008, geregistreerd op 30 december 2008 (prod. 16 bij MvG).

4 Art. 2 lid 1 sub b Algemene voorwaarden voor verpanding van de Rabobank 2006 (prod. 8 bij CvA).

5 ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7231, JOR 2012/377 m.nt. W.J.M. van An del; RI 2012/110; NJF 2012/453.

6 ECLI:NL:GHDHA:2014:4352; JOR 2015/53 m.nt. W.J.M. van An del en M.E. ten Brinke; RI 2015/37; NJF 2015/204.

cregen. Op deze gronden heeft de rechtbank het standpunt van de bank verworpen. Daartegen richt de bank zich met grief I in het principale hoger beroep.

3.3 In het kader van deze grief heeft de bank de mogelijkheid geopperd dat het hof de Hoge Raad rechtsvragen zal stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing. Het hof ziet daartoe echter onvoldoende aanleiding.

3.4 In deze grief en de daarop gegeven toelichting voert de bank tegen de aangevallen beslissing van de rechtbank aan dat deze aldus ten onrechte heeft geoordeeld dat de bank geen pandrecht toekomt. Met een beroep op artikel 3:92 lid 1 BW stelt zij dat Revadap als koper onder eigendomsvoorbehoud niet een toekomstig goed, te weten het eigendomsrecht, heeft verkregen, maar dat zij terstond een goed, te weten een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, heeft gekregen en dat daarop het pandrecht van de bank is gevestigd. Dit standpunt komt erop neer dat de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud een goederenrechtelijke positie wordt toegekend die kan worden aangemerkt als een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde waarover hij kan beschikken. Het eigendomsrecht wordt aldus gesplitst in een door de vervreemder behouden eigendomsrecht onder de ontbindende voorwaarde en een aan de verkrijger toegekend eigendomsrecht onder de opschortende voorwaarde van volledige voldoening van het aan de vervreemder nog verschuldigde.

3.5 Dit standpunt wordt inderdaad door vele rechtsgeleerde schrijvers verdedigd, door anderen daarentegen bestreden. Het hof sluit zich bij deze laatsten aan. De wet omschrijft in artikel 5:1 BW de eigendom als het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben en, omdat slechts één recht het meest omvattende kan zijn, is het hof van oordeel dat daaruit voortvloeit dat in de visie van de wetgever op een zaak slechts één eigendomsrecht kan bestaan. Dat eigendomsrecht kan gedeeld zijn tussen een aantal mede-eigenaren, maar dan als in beginsel gelijkwaardige gerechtigden tot hetzelfde eigendomsrecht. Ook kan het recht onvolledig zijn door beperkingen die het recht de eigenaar oplegt in de wijze waarop hij zijn eigendomsrecht mag gebruiken, of door het bestaan van beperkte rechten op de zaak, maar een splitsing zoals de bank die bepleit, wordt in de wet niet voorzien.

3.6 Dat doet ook artikel 3:92 lid 1 BW niet. Die bepaling voorziet wel in een voorwaardelijke overdracht van de zaak en deze geeft de koper onder eigendomsvoorbehoud wel een sterkere positie dan die welke toekomt aan de koper aan wie de zaak nog niet (voorwaardelijk of onvoorwaardelijk) overgedragen is, maar dat betekent nog niet dat de koper ook terstond het (of een) recht van eigendom verwerft en hij verwerft ook niet een beperkt recht op de zaak (wat de bank trouwens ook niet gesteld heeft) of een vorderingsrecht. Het is immers niet duidelijk welk vorderingsrecht dat zou moeten zijn tenzij een vorderingsrecht tot overdracht, maar dat kan het ook niet zijn want wat de vervreemder daartoe diende te verrichten, heeft hij al verricht. Volgens artikel 3:84 BW zijn andere rechten dan eigendom, beperkte rechten of vorderingsrechten slechts vatbaar voor overdracht (en ingevolge artikel 3:98 BW dus ook voor verpanding) als de wet dat bepaalt, maar voor de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud bepaalt de wet dat niet.

3.7 Het hof is daarom met de rechtbank van oordeel dat het onder eigendomsvoorbehoud aan Revadap geleverde teeltsysteem voor haar slechts een toekomstige zaak was. Als men haar positie aanduidt als een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, is dat slechts juist in de zin van een eigendomsrecht dat zij kon verwachten te verwerven na vervulling van de voorwaarde, maar niet eerder. Dat sluit niet uit dat zij op het teeltsysteem een pandrecht vestigde want toekomstige zaken zijn ook

vatbaar voor overdracht of voor verpanding, maar de levering geschiedt dan bij voorbaat en verkrijgt pas werking nadat de voorwaarde vervuld is. Toen echter verkeerde Revadap in staat van faillissement en had zij haar beschikkingsbevoegdheid verloren. Artikel 35 lid 2 Fw brengt dan met zich dat het ten gunste van de bank gevestigde pandrecht in de boedel viel en door de bank niet meer kon worden ingeroepen.

3.8 Subsidiar heeft de bank in de toelichting op deze grief nog aangevoerd dat, als haar beroep op het pandrecht op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde niet zou slagen, zij toch ten minste een pandrecht heeft op de contractuele aanspraak van Revadap op de onvoorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem en zij uit dien hoofde voorrang zou hebben op de executieopbrengst daarvan. Ook deze grondslag voor de aanspraak van de bank faalt. De contractuele aanspraak van Revadap was er immers een op overdracht van de eigendom van het teeltsysteem onder de opschortende voorwaarde van voldoening van de vordering van Meteor. Al wat Meteor daartoe diende te verrichten, heeft zij verricht en het effect waarop Revadap onder die opschortende voorwaarde recht had, werd, zodra die voorwaarde vervuld werd, ook van rechtswege bereikt: de eigendom is toen op Revadap overgegaan en ingevolge artikel 35 lid 2 FW in de failliete boedel gevallen. Een verbintenis om aan de bank de eigendom te verschaffen, heeft nooit op Meteor gerust. En waarop de stelling van de bank berust dat zij rechtens voorrang zou hebben op de opbrengst van het teeltsysteem, is niet duidelijk en door de bank ook niet aangegeven.

3.9 Uiteindelijk rest de stelling van de bank dat de positie van Revadap met betrekking tot het teeltsysteem een (niet toekomstig, maar reeds bestaand) vermogensrecht is omdat zij waarde in het economisch verkeer heeft. Wat er ook zij van die terminologie, in elk geval berust de gedachte dat elk vermogensrecht vatbaar is voor overdracht of verpanding niet op het recht. Uit artikel 3:6 BW volgt het tegendeel.⁷

Wat betreft het subsidiaire standpunt van Rabobank dat het teeltsysteem als bestanddeel van de onroerende zaak moet worden beschouwd en dus onder haar hypotheekrecht valt, moet worden geoordeeld dat de gestelde beschadiging bij verwijdering geen gevolg is van de wijze waarop het teeltsysteem met de kas verbonden is, zodat niet aan de eisen van art. 3:4 lid 2 BW is voldaan. De voorwaardelijke grief II in het principale beroep is derhalve ongegrond (rov. 4.1-4.4).

Nu ook de overige grieven in het principale beroep falen (rov. 5 en 6), behoeft het voorwaardelijk ingestelde incidentele hoger beroep niet aan de orde te komen (rov. 7.1) en dient het bestreden vonnis te worden bekrachtigd (rov. 7.2).

1.6 Rabobank heeft – tijdig⁷ – beroep in cassatie ingesteld. [verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep en heeft zijnerzijds voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Rabobank heeft geconcludeerd tot verwerping van dat beroep. Partijen hebben de zaak schriftelijk doen toelichten en [verweerder] heeft gedupliceerd en gerepliceerd in het incidentele cassatieberoep.

2 Beoordeling van het principaal cassatieberoep

2.1 Het cassatieberoep van Rabobank richt zich tegen de achtereenvolgende oordelen van het hof dat op het teeltsysteem geen pandrecht rust (rov. 3.4-3.9) (onderdelen 1-3) en dat het teeltsysteem niet als bestanddeel van het met hypotheek bezwaarde onroerend goed kan worden aangemerkt (rov. 4.4) (voorwaardelijk onderdeel 4).

7 De cassatiedagvaarding is op 2 december 2014 uitgebracht.

Pandrecht (onderdelen 1-3)

2.2 Onderdeel 1 komt met rechtsklachten op tegen het oordeel van het hof (rov. 3.4 t/m 3.7) dat het teeltsysteem als zijnde een *toekomstige zaak bij voorbaat* is verpand, zodat het door de volledige voldoening van de koopprijs na datum faillissement onbezwaard in de boedel is gevallen (art. 35 lid 2 Fw). Het valt uiteen in twee subonderdelen (1a en 1b).

2.3.1 Subonderdeel 1a klaagt dat het hof aldus heeft miskend dat vanaf het moment dat het teeltsysteem in 2008 in de macht van Revadap werd gebracht, zij terstond de *voorwaardelijke eigendom* van het teeltsysteem heeft verkregen, op welke voorwaardelijke eigendom Rabobank door voltooiing van de vestigingsformaliteiten op 30 december 2008 terstond een *onvoorwaardelijk pandrecht* heeft verkregen.

Anders dan het hof heeft geoordeeld (rov. 3.5), verzet art. 5:1 BW zich daar niet tegen, nu de wetgever de mogelijkheid van de verkrijging van “voorwaardelijke eigendom” c.q. een “eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde” in art. 3:84 lid 4 BW en in (de toelichting op) art. 3:92 en 3:91 BW uitdrukkelijk heeft onderkend.⁸

Het hof heeft voorts miskend (rov. 3.6, slot) dat, nu eigendom ingevolge art. 3:83 lid 1 BW overdraagbaar is en ingevolge art. 3:98 BW voor verpanding vatbaar is, dit tevens geldt voor de “voorwaardelijke eigendom” van c.q. het “eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde” op het teeltsysteem. Toen de koopprijs van het teeltsysteem volledig werd voldaan, viel de eigendom van het teeltsysteem onvoorwaardelijk in de boedel en groeide het pandrecht van Rabobank van rechtswege aan tot een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom.

1000

Voor zover aan 's hofs oordeel ten grondslag ligt dat art. 35 Fw, art. 23 Fw, het fixatiebeginsel of enige andere regel van faillissementsrecht hieraan in de weg staat, is het oordeel van het hof rechtens onjuist. Het pandrecht was immers vóór het faillissement van Revadap al onvoorwaardelijk op de voorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem gevestigd en omvatte van meet af aan de mogelijkheid van aanwas tot een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem. Voor de ‘aan-groei’ van het pandrecht tot een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom was geen nadere beschikkings- of vestigingshandeling van Revadap vereist. De beschikkingsonbevoegdheid van Revadap ten gevolge van haar faillissement stond er dus niet aan in de weg dat Rabobank, na voldoening van het laatste gedeelte van de koopprijs van het teeltsysteem, een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem verkreeg.

2.3.2 *Subsidiair* wordt in subonderdeel 1b het volgende aangevoerd. De door Meteor tot stand gebrachte overdracht onder opschortende voorwaarde bracht mee dat Revadap vanaf het moment dat zij de macht over het teeltsysteem had verkregen, bevoegd was om over dat teeltsysteem te beschikken onder dezelfde voorwaarde als waaronder de overdracht aan haar had plaats gevonden. Toen op 30 december 2008 aan de formaliteiten voor de vestiging van het pandrecht werd voldaan, heeft Rabobank derhalve terstond een *voorwaardelijk pandrecht* verkregen *op de eigendom* van het teeltsysteem (d.w.z. een pandrecht onder de opschortende voorwaarde van de betaling van de koopprijs aan Meteor). Toen Rabobank het laatste gedeelte van de koopprijs van het teeltsysteem voldeed, viel de eigendom van het teeltsysteem onvoorwaardelijk in de boedel en werd daarmee tegelijkertijd het pandrecht van Rabobank daarop onvoorwaardelijk. 's Hofs oordeel dat Rabobank geen geldig pandrecht op het teeltsysteem heeft verkregen, is om deze reden rechtens

onjuist. Zo nodig had het hof deze rechtsgrond op grond van art. 25 Rv ambtshalve moeten bijbrengen.

Voor zover aan 's hofs oordeel ten grondslag ligt dat art. 35 Fw, art. 23 Fw, het fixatiebeginsel of enige andere regel van faillissementsrecht hieraan in de weg staat, is het oordeel van het hof rechtens onjuist. Het pandrecht was immers op het moment van het faillissement van Revadap al voorwaardelijk op de eigendom van het teeltsysteem gevestigd en de voorwaarde werd vervuld toen Rabobank het laatste gedeelte van de koopprijs van het teeltsysteem voldeed, zonder dat daarvoor een nadere beschikkings- of vestigingshandeling van Revadap was vereist. De beschikkingsonbevoegdheid van Revadap ten gevolge van haar faillissement stond dus niet in de weg aan de verkrijging door Rabobank van een onvoorwaardelijk pandrecht op het teeltsysteem na datum faillissement van Revadap.

2.4 Onderdeel 2 is gericht tegen de verwerping (in rov. 3.8) van het subsidiaire betoog van Rabobank dat zij een pandrecht op het teeltsysteem heeft verkregen krachtens substitutie. De klacht komt erop neer dat het hof heeft miskend dat Revadap ten behoeve van Rabobank een pandrecht heeft gevestigd op haar *vordering tot overdracht van de onvoorwaardelijke eigendom* van het teeltsysteem jegens Meteor, welke vordering Rabobank door voldoening van het resterende deel van de koopprijs heeft geïnd, zodat het pandrecht van rechtswege op het geïnde (het teeltsysteem) is komen te rusten (art. 3:246 lid 5 BW). Anders dan het hof heeft geoordeeld, is niet relevant dat op Meteor geen verbintenis rustte om de eigendom aan de *bank* te verschaffen. Onjuist is voorts het oordeel van het hof dat geen sprake was van een vorderingsrecht van Revadap op Meteor op de grond dat Meteor reeds alles zou hebben verricht wat nodig was voor de overdracht. Meteor had wel degelijk verplichtingen jegens Revadap om ervoor te zorgen dat de onvoorwaardelijke eigendom zou worden overgedragen aan Revadap, zoals bijvoorbeeld het in ontvangst nemen van het restant van de koopprijs en het zich onthouden van tussentijdse beschikkingshandelingen ten gunste van derden. Zou Meteor deze verplichtingen schenden, dan kon Revadap geen onvoorwaardelijk eigenaar worden, aldus onderdeel 2.

2.5 Onderdeel 3 betoogt dat indien een of meer van de klachten van onderdeel 1 en onderdeel 2 slagen, ook het oordeel van het hof in rov. 3.9 in zoverre niet in stand kan blijven.

2.6 De onderdelen 1 tot en met 3 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij stellen de vraag aan de orde of en, zo ja, op welke wijze de koper onder eigendomsvoorbehoud, voordat het tot vervulling van de opschortende voorwaarde is gekomen, ‘faillissementsbestendig’ over zijn rechtspositie ten aanzien van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak kan beschikken.

2.7 In de toelichting op het middel (s.t., nr. 12 e.v.) wordt er met nadruk op gewezen dat het vanuit het perspectief van de (bancaire) financierbaarheid van ondernemingen met hoge voorraadposities of waardevolle inventariszaken zeer *wenselijk* is dat faillissementsbestendige verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken tot de juridische mogelijkheden behoort. Ook in de literatuur hebben verschillende auteurs zich uitgelaten over de maatschappelijk-economische wenselijkheid van de mogelijkheid om de als gevolg van gedeeltelijke betaling verworven (groeïende) vermogenswaarde te gelde te maken of als onderpand te doen strekken voor financiering door derden.⁹

8 Verwezen wordt naar Parl. Gesch. Boek 3, p. 388 en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238.

9 Positief zijn o.m.: W.J.M. van Anel en M.E. ten Brinke in hun noot onder de hof-uitspraak in deze zaak (JOR 2015/53); J.B. Spath, Waar een wil is, is een weg; het recht van de koper onder eigendomsvoorbehoud voor vervulling van de voorwaarde, in: Groninger zekerheid, liber amicorum Wim Reehuis (2014), p. 379-380;

De wenselijkheidsvraag is echter te zeer verweven met de te gestelde belangen van betrokkenen – de boedel, de kredietzoekende en de bank – om daarover een min of meer neutraal standpunt te kunnen innemen. Voor zowel positieve als negatieve beantwoording van die vraag valt in dit verband wat te zeggen. Curatoren klagen niet ten onrechte¹⁰ over het grote aantal lege boedels, en banken stellen zich op het niet onverdedigbare standpunt dat het aan hun kredietverlening te danken is dat de onderneming überhaupt heeft kunnen bestaan. Geen van beide standpunten dringt zich ontegenzeggelijk op als het beste.¹¹ In hoeverre banken daadwerkelijk bereid en in staat zijn te financieren (mede) op basis van zekerheden op de door hun cliënten onder eigendomsvoorbehoud verkregen zaken – daartoe lijkt het noodzakelijk zowel de (leveringscondities van de) voorraden als de schulden aan de leveranciers nauwlettend te volgen – kan ik voorts niet verifiëren. Dat geldt a fortiori voor de financieel-economische betekenis van deze financieringsvorm. In het onderstaande zal ik mij dan ook beperken tot de juridische merites van de zaak.

Relevante wetsbepalingen; wetsgeschiedenis

2.8 Zoals bekend, vereist overdracht van een goed een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken (art. 3:84 lid 1 BW). Is aan genoemde drie vereisten voldaan, dan vindt volledige vermogensovergang plaats.

2.9 Art. 3:84 lid 4 BW bepaalt vervolgens:

“Wordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd, dan wordt slechts een recht verkregen, dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen.”

De regeling wordt aldus toegelicht (met door mij tussen haken vermelde huidige nummering):

“Een levering kan onder voorwaarde geschieden. Is een overeenkomst, die tot levering verplicht, onder voorwaarde aangegaan, dan is de bedoeling van partijen, dat ook de levering onder dezelfde voorwaarde geschiedt, al zou dit niet bij de levering nogmaals overeengekomen zijn. Het vierde lid zegt dit met zoveel woorden, om kwesties dienaangaande te voorkomen. Door deze regel wordt natuurlijk geen inbreuk gemaakt op de bescherming aan derden te goeder trouw verleend, die wel de akte van levering maar niet de daaraan voorafgaande overeenkomst volledig hebben gekend en daardoor van het bestaan der voorwaarde onkundig zijn gebleven; men vergelijk artikel (3:36).”¹²

De bepaling veronderstelt derhalve een voorwaardelijke titel, ter uitvoering waarvan onvoorwaardelijk wordt geleverd. Het rechtsgevolg is een overdracht onder voorwaarde, ofwel de verkrijging van een *voorwaardelijke recht*. Gaat het bijvoorbeeld om een overdracht onder ontbindende voorwaarde, dan leidt ver-

vulling van de voorwaarde ertoe dat – zonder terugwerkende kracht (art. 3:38 lid 2 BW) – niet alleen het recht van de verkrijger verdwijnt, maar, gelet op het nemo-plusbeginsel, ook het recht van allen die hun recht van de verkrijger afleiden, aldus de toelichting.¹³

2.10 Art. 3:91 BW bepaalt vervolgens:

“De levering van in het vorige artikel bedoelde zaken ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde, geschiedt door aan de verkrijger de macht over de zaak te verschaffen.”

De bepaling verwijst naar de in art. 3:90 lid 1 BW genoemde roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vreemder zijn en waarvan de levering geschiedt door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen. Art. 3:91 wordt, tezamen met art. 3:92 BW, als volgt toegelicht (met door mij aangebrachte huidige nummering en onderstrepingen):

“Zij erkennen uitdrukkelijk de mogelijkheid het eigendomsvoorbehoud te gieten in de vorm van een overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van de tegenprestatie, in de regel de koopprijs. Wel volgt deze mogelijkheid reeds uit de artikelen (3:38) en (3:84) lid 4. (...) Maar juist voor de goederen waar het in de praktijk op aan komt, namelijk roerende zaken, niet-registergoederen, zou men wellicht kunnen twijfelen op grond van art. (3:90) lid 1. Ingevolge deze bepaling dient de levering van deze zaken in beginsel te geschieden door bezitsverschaffing. Bij een overdracht onder opschortende voorwaarde wordt de verkrijger weliswaar voorwaardelijk eigenaar, doch of hij ook bezitter wordt, kan worden betwijfeld. Hij is immers, zolang de voorwaarde niet is vervuld, ingevolge deze rechtsverhouding verplicht voor de vervreemder te houden, die eigenaar is gebleven, zij het onder dezelfde, doch hier ontbindende, voorwaarde. Het nieuwe artikel (3:91) lost deze moeilijkheid op door te bepalen dat levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde van de in artikel (3:90) bedoelde goederen geschiedt door aan de verkrijger de macht over het goed te verschaffen. Gelijk in het eerste lid van artikel (3:90) duidt de term ‘macht’ op het ter beschikking hebben van de zaak, hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van een ander.”¹⁴

“De derde mogelijkheid – die in het wetboek is gekozen – bestaat hierin dat men aanneemt dat voor een levering in geval van een eigendomsvoorbehoud de in artikel (3:90) lid 1 gestelde eis van bezitsverschaffing zelf aangepast dient te worden in dier voege dat het in dit geval voor de levering onder opschortende voorwaarde voldoende is dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die met een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde correspondeert en die men in de terminologie van titel 3.5 nog geen bezit kan noemen. Niet kan worden ontkend dat deze constructie ook zonder uitdrukkelijke bepaling voor toepassing in aanmerking zou komen, omdat zij het beste in het stelsel van de wet past en tot redelijke resultaten leidt. Uit het voorgaande moge echter duidelijk zijn dat de wetstoepasser hier gemakkelijk op een dwaalspoor kan raken, makkelijker dan in het huidige recht waar artikel 667 BW geen ‘bezitsverschaffing’ maar ‘enkele overgave’ eist. Daarom is de voorkeur eraan gegeven om de uitdrukkelijke bepaling van artikel (3:91) in te voegen.

In dit verband verdient nog opmerking dat degene die een zaak krachtens artikel (3:91) onder eigendomsvoorbehoud verkrijgt, in geval van goede trouw op het tijdstip van de in dat artikel bedoelde leveringshandeling beschermd wordt met dien verstande dat de rechten van degene te wiens nadele de onbe-

A.H. Scheltema, Eigendomsvoorbehoud, overdracht en verpanding van eigendom onder opschortende voorwaarden, MvV 2013, p. 158-160; F.M.J. Verstijnen, Het eigendomsvoorbehoud in nevelen, WPNR 2007/6725; N.E.D. Faber, Overdracht van voorwaardelijke eigendom, in: Fiduciare verhoudingen, Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (2007), p. 55-56; B.M. Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht (1985), p. 48.

¹⁰ Vgl. in dat verband HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636.

¹¹ R.M. Wibier, Eigendomsvoorbehoud en de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van ‘voorwaardelijke eigendom’, MvV 2013, p. 287, alsmede De Hoge Raad en de reikwijdte van het fixatiebeginsel, NTHR 2012, p. 310. Zie ook Scheltema, a.w. (2013), p. 159, en T.C.M. Kok, Over de overdraagbaarheid van ‘voorwaardelijke eigendom’. Moet de Hoge Raad de huidige trend in de literatuur volgen?, WPNR 2015/7072, par. 4.

¹² TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 318.

¹³ TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 186.

¹⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 388-389.

voegde vervreemding plaats vond, eerst door de vervulling van de voorwaarde volledig vervallen. Dit ligt in de voorwaardelijke aard van het recht van de verkrijger opgesloten. (...)

(...)

(...) de (...) discussie (...) in hoeverre artikel (3:91) een toepassing van artikel (3:90) mag heten, (is) zonder praktische betekenis (...). Zoals gezegd is juist de conclusie (...) dat de verkrijger pas na de vervulling van de voorwaarde bezitter en onvoorwaardelijk eigenaar wordt, een eindresultaat dat overeenstemt met dat van artikel (3:90) lid 1, maar is niet juist dat de leveringshandeling zelf pas dan is voltooid; deze doet immers onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht ontstaan. (...)”¹⁵

“De voorbehouden eigendom is (...) in het stelsel van art. (3:92) (...) eigendom onder ontbindende voorwaarde.”¹⁶

2.11 Het daarop volgende art. 3:92 lid 1 BW luidt als volgt:

“Heeft een overeenkomst de strekking dat de een zich de eigendom van een zaak die in de macht van de ander wordt gebracht, voorbehoudt totdat een door de ander verschuldigde prestatie is voldaan, dan wordt hij vermoed zich te verbinden tot overdracht van de zaak aan de ander onder opschortende voorwaarde van voldoening van die prestatie.”

Op grond van deze bepaling wordt degene die in de titel tot overdracht van een zaak een eigendomsvoorbehoud bedingt, vermoed zich te verbinden tot overdracht van de zaak onder opschortende voorwaarde van voldoening van de tegenprestatie. Aldus geconstrueerd behelst het eigendomsvoorbehoud een geval als verondersteld in art. 3:91: het bestaan van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde. Partijen kunnen het eigendomsvoorbehoud echter op een andere wijze construeren.¹⁷

1002

In de wetgeschiedenis wordt erop gewezen dat de koper onder eigendomsvoorbehoud bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid geniet op de voet van art. 3:86 BW, nu deze bepaling uitdrukkelijk mede van toepassing is verklaard op overdrachten overeenkomstig art. 3:91 (art. 3:86 leden 1 en 2):

“Dientengevolge zal aan de koper aan wie het goed onder opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs werd overgedragen, en die ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder op het tijdstip van die overdracht te goeder trouw was, een beroep op artikel (3:86) toekomen. Hij wordt mitsdien bij onbevoegde vervreemding op gelijke wijze tegen aanspraken van de gedeposeerde beschermd als wanneer de overdracht aan hem aanstonds onvoorwaardelijk had plaats gevonden, althans indien de voorwaarde nog vervuld kan worden of intussen vervuld is.”¹⁸

Literatuur

2.12 Omtrent de rechtspositie van de eigendomsvoorbehoudkoper ten aanzien van de geleverde zaak (hangende de opschortende voorwaarde) en de vraag of en in hoeverre over die rechtspositie kan worden beschikt (door vervreemding of bezwaring), is en wordt in de literatuur een uitgebreide discussie gevoerd. Daarbij vallen, globaal bezien, twee benaderingen te onderkennen.

2.13 Enerzijds wordt tot vertrekpunt genomen dat de koper onder eigendomsvoorbehoud door levering van de zaak geen enkele vorm van eigendom – ook geen voorwaardelijke eigendom – noch een andere goederenrechtelijke positie verwerft. In deze wel als ‘monistisch’ aangeduide visie¹⁹ (er is slechts één recht-hebbende, namelijk de verkoper) brengt de omstandigheid dat

de koper de zaak door het vervuld raken van de voorwaarde in eigendom zal verkrijgen, daarin geen verandering. Tot dat tijdstip is er voor hem sprake van een relatief toekomstige zaak, ten aanzien waarvan hij niet beschikkingsbevoegd is. In deze visie kan de koper over door de verkoper in eigendom voorbehouden zaak slechts *bij voorbaat* beschikken (art. 3:97 en 3:98 BW). De vermogensovergang of vestiging wordt geblokkeerd indien de koper op het tijdstip waarop de voorwaarde in vervulling gaat, in staat van faillissement verkeert (art. 23 en art. 35 lid 2 Fw).²⁰ 2.14 Degene die van dit vertrekpunt uitgaat, betogen veelal dat er voor de vervulling van de voorwaarde slechts sprake is van een (zij het sterk gewaarborgde) eigendomsverwachting (‘Anwartschaft’) en niet, anders dan het door hen als ongelukkig geformuleerd aangemerkte art. 3:84 lid 4 BW suggereert, van een subjectief *recht* (‘Anwartschaftsrecht’). De term ‘voorwaarde’ in het begrip ‘opshortende voorwaarde’ bij het eigendomsvoorbehoud betekent niets meer dan dat de koper nu (nog) geen eigendomsrecht heeft, maar dat hij *mogelijk* op een later tijdstip gerechtigd wordt. Het is in het geheel niet zeker dat het ooit tot een volwaardig en onvoorwaardelijk eigendomsrecht komt.²¹ Overdracht en verpanding van een dergelijke loutere verwachting worden in strijd geacht met het wettelijk systeem. Daarom is het gebruik van de term ‘voorwaardelijk eigendomsrecht’, hoeveel beeldende kracht deze ook heeft, in wezen nietszeggend.²² Volgens Wibier en Smid berust de omschrijving ‘voorwaardelijke eigendom’ op een fictie, een didactisch hulpmiddel dat weliswaar nuttig kan zijn om de rechtsverhouding tussen de leverancier en de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud te beschrijven, maar waaraan overigens een beperkte juridische betekenis toekomt. Degene die een recht onder opschortende voorwaarde heeft, is nu eenmaal geen eigenaar en/of rechthebbende zolang die voorwaarde niet in vervulling is gegaan; zijn ‘voorwaardelijke eigendom’ betreft toekomstige zaken waarover hij slechts bij voorbaat kan beschikken. Weliswaar heeft de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud een sterk recht – in dier voege dat bij faillissement van de vervreemder het fixatiebeginsel niet verhindert dat de voorwaarde in vervulling gaat en de eigendom overgaat –, maar deze sterke positie heeft uitsluitend betrekking op de rechtsverhouding tussen de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud en diens leverancier en zegt

19 Vgl. J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (2007), p. 142, met verwijzing naar Nève.

20 W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud*, Mon. BW B6c (2013), nr. 75-76.

21 S.E. Bartels, *Voorwaardelijke eigendom en relatieve beschikkingsbevoegdheid*, in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid* (1997), p. 91, werpt de mogelijkheid op van een vergelijking met het onderscheid tussen een toekomstige vordering en een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder opschortende voorwaarde. Indien, net als ten aanzien van vorderingen, als criterium wordt gehanteerd of de vervolmaking van het recht afhankelijk is van een ‘intern’ (partijhandeling) dan wel ‘extern’ element, zou de eigendomsvoorbehoudkoper slechts over een als toekomstig aan te merken zaak kunnen beschikken, zo is de gedachte.

22 Aldus o.m.: R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud* (1985), p. 30, 88-90; S.C.J.J. Kortmann, *Eigendom onder voorwaarde*, in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel) 1992, p. 203, 211; N.E.D. Faber, *Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde, een uitgemaakte zaak?*, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht* (1997), p. 211, 219; Bartels, a.w., p. 92; N.S.G.J. Vermunt in zijn noot onder Rb. Amsterdam 2 april 2003, JOR 2003/181; Reehuis, a.w., nr. 22, 57, 75-77; Kok, WPNR 2015/7072; R. Mellenbergh, *Contractuele afspraken met goederenrechtelijke werking*, *Contracteren* 2015/42, noot 409. Zie voor andere auteurs voorts GS *Vermogensrecht* (Verstijlen), art. 3:92 BW, aant. 32.1.

15 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238.

16 MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241.

17 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 389.

18 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 389.

niets over de gevolgen van een faillissement van de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud wanneer deze op zijn beurt gaat bezwaren of vervreemden. Het gaat volgens hen om verschillende kwesties die afzonderlijk moeten worden beoordeeld. De verkrijger onder eigendomsvoorbehoud wordt door betaling tijdens zijn eigen faillissement eerst op dat moment onvoorwaardelijk eigenaar en tot die tijd gaat het om toekomstige goederen, die daarmee gewoon onder de werking van art. 35 lid 2 Fw vallen. Subsidiar betogen Wibier en Smid dat, zelfs als het technisch-juridisch mogelijk zou zijn om de voorwaardelijke eigendom te verpanden, de Hoge Raad ter bescherming van het belang van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement het fixatiebeginsel zou kunnen – en moeten – toepassen, zulks teneinde te bewerkstelligen dat er geen pandrecht tot stand komt wanneer de koopprijs van het onder eigendomsvoorbehoud geleverde goed pas tijdens faillissement wordt voldaan. Ten slotte betogen zij dat het uiteindelijk aan de wetgever is om de verschillende belangen af te wegen en het ‘voorwaardelijk eigendomsrecht’ tot een overdraagbaar vermogensrecht te promoveren.²³

2.15 Tot de bezwaren die in deze visie tegen de aanname van een voor beschikking vatbaar ‘voorwaardelijk eigendomsrecht’ worden aangevoerd, behoren met name de volgende.

2.16 Allereerst is er een technisch bezwaar, dat samenhangt met de in art. 3:84 lid 4 BW gekozen constructie. Indien, zoals in die bepaling, wordt uitgegaan van een voorwaardelijke verbintenis, ontbreekt ten tijde van de levering ter uitvoering van die verbintenis nog een titel. Een levering op grond van een voorwaardelijke verbintenis kan aldus geen recht verschaffen, zo is de gedachte.²⁴

2.17 Voorts wordt aangevoerd dat de loutere ‘verwachting’ van een recht niet met het recht zelf kan worden vereenzelvigd en niet rechtens op dezelfde wijze kan worden behandeld als dat recht zelf.²⁵ En zo een verwachting toch voorwerp zou kunnen zijn van verpanding, is twijfelachtig of dat na onvoorwaardelijke verkrijging resulteert in een pandrecht op de zaak zelf, nu voor een dergelijke zaaksvervanging geen wettelijke grondslag bestaat.²⁶

2.18 Verder wordt als fundamenteel bezwaar opgeworpen dat het kwalificeren van de posities van de vervreemder en de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud als eigendom onder ontbindende respectievelijk eigendom onder opschortende voorwaarde zou leiden tot een gesplitst eigendomsrecht. Een dergelijke splitsing verdraagt zich niet met het absolute en ondeelbare karakter van het eigendomsrecht. Zij is in strijd met de aard van het eigendomsrecht als het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben (art. 5:1 lid 1 BW). Voorts zou een dergelijke splitsing in strijd zijn met de strekking van art. 3:84 lid 3 BW, die met zich brengt dat het niet is toegestaan om door geclausuleerde overdrachten een splitsing van eigendom te bewerkstelligen buiten het gesloten stelsel van beperkte rechten.²⁷

2.19 In het verleden is door Kortmann als alternatief aangedragen dat de eigendomsvoorbehoudkoper na de levering door machtsverschaffing nog een persoonlijk *vorderingsrecht tot vol-*

tooiing van de overdracht (onder voorwaarde van voldoening) jegens de verkoper heeft. Overdracht van de positie van de koper kan dan geschieden door middel van overdracht van dit vorderingsrecht, waarbij levering plaatsvindt door middel van cessie (art. 3:94 BW).²⁸ In dit alternatief wordt het overeengekomene aldus uitgelegd dat de verkoper zich heeft verplicht tot verschaffing van de onvoorwaardelijke eigendom (art. 7:9 lid 1 BW), aan welke verplichting hij nog niet heeft voldaan. Hij heeft weliswaar alle activiteiten verricht die van zijn zijde nodig waren, maar is daardoor nog niet bevrijd van zijn resterende ‘passieve’ verplichting.²⁹

Tegen deze constructie is als bezwaar aangevoerd dat de eigendomsvoorbehoudkoper na de levering geen vorderingsrecht meer heeft waarover kan worden beschikt, omdat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud zich slechts heeft verbonden tot ‘overdracht onder opschortende voorwaarde’. Door met de levering een overdracht onder opschortende voorwaarde tot stand te brengen, heeft hij derhalve aan zijn verplichting voldaan. De eigendomsverrijking door de koper is nog slechts van de vervulling van de voorwaarde afhankelijk en ligt daarmee geheel in diens eigen hand.³⁰ De hier bedoelde constructie roept voorts onder meer de vraag op wat er met een pandrecht op het vorderingsrecht gebeurt zodra de koopprijs wordt voldaan en de koper door vervulling van de opschortende voorwaarde eigenaar wordt. Het vorderingsrecht komt dan te vervallen.³¹ De verkrijging van een pandrecht op de zaak wordt wel verklaard met behulp van (analoge toepassing van) art. 3:246 lid 5 BW (pandrecht op het geïnde).³²

2.20 Anderzijds wordt in de literatuur veelal tot ‘dualistisch’³³ vertrekpunt genomen dat de koper in het systeem van art. 3:84 lid 4 jo. lid 1 BW door de levering al wel een eigen *goederenrechtelijke positie* heeft verworven met betrekking tot de in eigendom voorbehouden zaak, over welke positie hij ook dient te kunnen beschikken. Die eigen goederenrechtelijke positie wordt afgeleid uit het feit dat de eigendomsverwachting van de koper ‘ijzersterk’ gewaarborgd is in die zin dat (i) de koper bij vervulling van de voorwaarde van rechtswege eigenaar wordt van de zaak, (ii) tussentijdse wilswijziging van de verkoper dat niet kan voorkomen, (iii) de koper vanaf het moment van levering conform art. 3:91 BW bescherming geniet tegen beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper, (iv) latere beschikkingen door de verkoper hem (behoudens derdenbescherming) niet kunnen worden tegengeworpen en (v) ook een faillissement of beslag ten laste van de verkoper hem niet kan worden tegengeworpen.³⁴

2.21 Er worden in dit verband verschillende constructies voorgesteld om beschikking over genoemde goederenrechtelijke

23 R.M. Wibier en C.H.M.A. Smid, Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken en faillissement – beschikken over voorwaardelijke eigendom: een fictie te ver!, WPNR 2009/6811. Zie ook Wibier, NTHR 2012, p. 309-310 en dezelfde, MvV 2013/10.

24 Vriesendorp, a.w., p. 30-31. Vgl. Peter, a.w., p. 137.

25 Faber, a.w. (1997), p. 219.

26 Vermunt, noot onder JOR 2003/181.

27 Kortmann, a.w., p. 200-201, 203; A.H. Scheltema, De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde (2003), p. 344-345 en MvV 2013, p. 162; Reehuis, a.w., nr. 22.

28 Kortmann, a.w., p. 204, 207. Zie ook: Van Andel en Ten Brinke, noot onder JOR 2015/53, nr. 13.

29 Bartels, a.w., p. 93. Vgl. Van Andel en Ten Brinke, noot onder JOR 2015/53, nr. 13.

30 Faber, a.w. (1997), p. 217-218; Vermunt in zijn noot onder Rb. Amsterdam 2 april 2003, JOR 2003/181; H.J. Sniijders, Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, NTRB 2006/31, par. 3 slot; Faber, a.w. (2007), p. 57; Peter, a.w., p. 150; Reehuis, a.w., nr. 78; Scheltema, MvV 2013, p. 158, 162; M.H.E. Rongen, Beschikken over de eigendomsverwachting bij voorbehouden eigendom, in: Groninger zekerheid (2014), p. 304-305; Spath, a.w., p. 378 (voetnoot 7); Kok, a.w., par. 3.1. Vgl. ook Verstijlen, a.w. (2007), p. 825, onder 2 (slot).

31 J.J. van Hees, Leasing (1997), p. 107.

32 Reehuis, a.w., nr. 78; Van Andel en Ten Brinke, noot onder JOR 2015/53, nr. 13.

33 Vgl. Peter, a.w., p. 142.

34 Zie o.m. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/527-528, 531-532; Reehuis, a.w., nr. 57-63 en 75; Rongen, a.w., p. 303.

positie mogelijk te maken. Daarbij kan worden gedacht aan (a) de beschikking over een recht sui generis, dan wel een beperkt recht, (b) de aan de 'overdracht onder opschortende voorwaarde' te ontlenen bevoegdheid om onder dezelfde voorwaarde over de in eigendom voorbehouden zaak te beschikken en (c) de beschikking over de 'voorwaardelijke eigendom'.³⁵

2.22 *Ad (a)*. Bepleit is de absoluut werkende aanspraak van de eigendomsvoorbehouder te beschouwen als een recht 'sui generis', enigszins vergelijkbaar met het Duitse Anwartschaftsrecht.³⁶ Deze aanspraak zou kunnen worden overgedragen en bezwaard, waarbij een faillissement van de koper voordat de voorwaarde in vervulling is gegaan, de verkrijging door de derde niet kan frustreren.³⁷ Bij deze figuur is als kanttekening gemaakt dat een nieuwe figuur in het Nederlandse recht zou worden geïntroduceerd, terwijl voorts vragen kunnen worden gesteld bij de verenigbaarheid van een dergelijke overdraagbare aanspraak met de strekking van art. 3:84 lid 3 BW en het gesloten stelsel³⁸ en bij haar overdraagbaarheid (art. 3:83 BW). Verder wordt de wijze van levering problematisch geacht. Ten slotte roept ook deze visie de vraag op wat er met het pandrecht op het recht sui generis gebeurt zodra de koopprijs volledig wordt voldaan en de koper door vervulling van de opschortende voorwaarde de eigendom verwerft. Het object van verpanding gaat dan teniet en het pandrecht komt te vervallen. Zonder wettelijke grondslag valt niet goed in te zien op welke wijze het pandrecht op de zaak zou komen te rusten.³⁹

In aansluiting op de vorige vermeld ik hier ook de constructie waarbij de aanspraak van de koper wordt aangemerkt als een op de voet van art. 3:83 lid 1 BW overdraagbaar *wilsrecht*, op grond waarvan de koper door eenzijdige wilsuiting – betaling – zelfstandig bewerkstelligt dat hij de eigendom verkrijgt. Als sluitstuk van de redenering geldt hier dat uitoefening van het pandrecht door de pandhouder analoog aan art. 3:246 lid 5 BW tot gevolg heeft dat uiteindelijk een pandrecht op de zaak zelf komt te rusten.⁴⁰

Soms wordt de eigendomsverwachting gekwalificeerd als een krachtens de wet (art. 3:84 lid 4 BW) ontstaan – en derhalve niet

in strijd met het gesloten stelsel door partijen gecreëerd – *beperkt recht*. Daartoe wordt aangevoerd dat het rechtsgevolg van een overdracht onder opschortende voorwaarde is dat de koper een bevoegdheid verkrijgt ten aanzien van de zaak, die door betaling automatisch uitgroeit tot eigendom. De kwalificatie van het eigendomsverwachtingsrecht als beperkt recht biedt bovendien het voordeel dat het recht eenvoudig in het systeem kan worden ingepast voor wat betreft kwesties als de wijze van overdracht (art. 3:98), derdenbescherming, etc. Bovendien kan het worden verpand; door de vervulling van de voorwaarde zou een pandrecht ontstaan op de zaak zelf.⁴¹ Tegen deze zienswijze kan onder meer worden ingebracht dat geen sprake is van een inhoudelijke beperking van het eigendomsrecht van de verkoper. Hangende de voorwaarde behoudt hij als volledig, zij het voorwaardelijk rechthebbende alle eigenaarsbevoegdheden.⁴²

2.23 *Ad b)*. Volgens een andere benadering wordt aangenomen dat bij een overdracht van een zaak onder eigendomsvoorbehoud door de verkoper aan de koper impliciet de *bevoegdheid* wordt verleend om over de *zaak zelf te beschikken onder dezelfde voorwaarde* als waaronder de overdracht aan hem heeft plaatsgevonden. Voor deze 'machtigingstheorie'⁴³ wordt aansluiting gezocht bij het arrest van Uw Raad van 14 januari 2011⁴⁴. Bij overdracht door de koper onder genoemde voorwaarde bestaat de titel uit de op de koper rustende verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde van de vervulling van de prestatie waartoe hij zich tegenover de verkoper heeft verplicht. Daarom volstaat voor levering machtsverschaffing als bedoeld in art. 3:91 BW. Door betaling van het (restant) verschuldigde kan de derde de eigendom rechtstreeks naar zich toe trekken, dus ook in geval van faillissement van de koper. Evenals de koper bevoegd is tot 'overdracht onder opschortende voorwaarde', is hij ook bevoegd tot 'verpanding onder opschortende voorwaarde'. Betaling zou, ook na faillietverklaring van de koper, niet alleen van rechtswege de eigendom op de koper doen overgaan, maar tegelijkertijd ook van rechtswege een stil pandrecht doen ontstaan ten behoeve van de derde. Daarbij maakt het niet uit of het de curator dan wel de derde is die betaalt.⁴⁵

Tegen deze constructie zijn verschillende bedenkingen ingebracht. In de eerste plaats noopt zij tot aanvaarding van de figuur van beschikkingsbevoegdheidsverlening ook buiten het kader van de middellijke vertegenwoordiging, waarbij de tussenpersoon beschikt voor rekening van de principaal. De koper onder eigendomsvoorbehoud beschikt echter voor eigen rekening. Ten tweede kan worden betoogd dat de contractuele machtiging om over andermans goed te beschikken in beginsel niet verder kan reiken dan de beschikkingsbevoegdheid die de rechthebbende zelf toekomt, zodat in een faillissement van de verkoper de koper niet meer kan beschikken over de zaak. In ieder geval zou het eventueel blijven voortbestaan van de beschikkingsbevoegdheid suggereren dat de koper een goederenrechtelijk recht op de zaak heeft dat hij kan tegenwerpen aan de faillissementscurator, maar zulks is in de hier bedoelde benadering juist niet het geval. Tot slot zou een strikte toepassing van het prioriteitsbeginsel en het nemo plus-beginsel meebrengen dat op het moment van de vervulling van de opschortende voorwaarde, de koper, ondanks het feit dat hij met gebruikmaking

35 Reehuis, a.w., nr. 75-76.

36 Het Duitse 'Anwartschaftsrecht aus Eigentumsvorbehalt' wordt gezien als een zelfstandig recht, dat vatbaar is voor overdracht en verpanding. Overdracht aan een derde vindt plaats op identieke wijze als die van de zaak zelf en leidt, na vervulling van de opschortende voorwaarde, tot rechtstreekse en derhalve 'konkursfeste' verkrijging door de derde. De erkenning van dit recht is uitdrukkelijk ingegeven door de wens om de koper in staat te stellen om zijn zeer sterke rechtspositie te gelde te maken. De kwalificatie ervan is echter omstreden. Zie over het Anwartschaftsrecht o.m.: Bartels, a.w., p. 86 e.v.; Scheltema, a.w. (2003), p. 210 e.v.; Peter, a.w., p. 143 e.v. Zie ook H. Stolz, De voorwaarde in het vermogensrecht (2015), p. 1023-1035, die waarschuwt dat het Duitse Anwartschaftsrecht op wezenlijke aspecten afwijkt van de Nederlandse visie daarop en dus minder betekenis heeft voor de discussie omtrent een 'Nederlands Anwartschaftsrecht' dan veelal wordt aangenomen (p. 1035 e.v.); zie ook diens Een Nederlands Anwartschaftsrecht?, WPNR 2015/7085.

37 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, Goederenrecht, nr. 126. Vgl. Peter, a.w., p. 152-154, die spreekt van een 'goederenrechtelijke aanspraak' als Nederlandse pendant van het Duitse Anwartschaftsrecht. Zie ook Spath, a.w., p. 378-379.

38 T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht (2007), p. 568.

39 Reehuis, a.w., nr. 78. Rongen, a.w. p. 309, kan zich voor een groot deel in de genoemde bedenkingen vinden. Vgl. ook Vermunt in zijn noot (slot) onder JOR 2003/181. Spath, a.w., p. 384-386 ziet wel mogelijkheden om via een analoge toepassing van art. 3:246 lid 5 BW via zaaksvervangend tot een pandrecht op de zaak te komen.

40 Van Andel en Ten Brinke, noot onder JOR 2015/53, nr. 14, met verwijzing naar TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 314.

41 Scheltema, MvV 2013, p. 162-164; dezelfde, a.w. (2003), p. 348-353.

42 Rongen, a.w., p. 305. Zie over de constructie van het beperkte recht voorts kritisch: Sniijders, a.w., par. 3; Peter, a.w., p. 152; Spath, a.w., p. 378, en Kok, a.w., par. 3.2.2.

43 De term is van Rongen, a.w., p. 308-315.

44 HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, NJ 2012/88 m.nt. FMJV (Mesdag 2).

45 Reehuis, a.w., nr. 79 en 99. Vgl. Verstijlen, GS Vermogensrecht, art. 3:92 BW, aant. 33.2, en dezelfde, a.w. (2007), p. 826.

van de machtiging bevoegdelyk ten gunste van de derde over de zaak heeft beschikt, zelf de (onbezwaarde) eigendom van de zaak verkrijgt, die in geval van zijn faillissement in de boedel valt. De voorwaardelijke overdracht aan de koper is immers van oudere datum dan de beschikkingshandeling die de koper zelf op grond van de machtiging heeft verricht, zodat de eerste op grond van het prioriteitsbeginsel voorgaat. Daarnaast is de verkoper als gevolg van de voorwaardelijke overdracht nog slechts 'eigenaar onder ontbindende voorwaarde' en kan de koper op grond van het nemo plus-beginsel niet over meer recht beschikken dan aan de verkoper nog toekomt. Dit zou wellicht worden ondervangen door te aanvaarden dat de koper, door bevoegd over de zaak te beschikken, instemt met een "rangwisseling" in die voege dat de bevoegde beschikking door de koper, die van jongere datum is, voorgaat boven de oudere voorwaardelijke overdracht.⁴⁶

2.2.4 *Ad c)* Inmiddels bepleit, zo schijnt het mij toe, de meerderheid van de schrijvers⁴⁷ dat de verkrijger bij een overdracht onder opschortende voorwaarde van een zaak een positie verwerft die kan worden gekwalificeerd als een *voorwaardelijk eigendomsrecht*, dat bovendien vatbaar is voor (onvoorwaardelijke) vervreemding en bezwaring. Ik sluit mij bij deze visie aan, zulks op grond van het volgende.

2.2.5 Zoals hiervoor werd aangegeven (alinea 2.2.0), is de algemeen aanvaarde opvatting dat de koper onder eigendomsvoorbehoud uit hoofde van de voltooide levering (machtverschaffing, art. 3:91⁴⁸) een positie verkrijgt waarvan de uitgroei tot een volwaardig eigendomsrecht in beginsel⁴⁹ uitsluitend nog afhankelijk is van de vervulling van de opschortende voorwaarde. De koper heeft het in beginsel geheel zelf in de hand – namelijk door voldoening van de (restant)prestatie – om de volledige eigendom te verwerven. De verkoper behoeft daartoe geen nadere handelingen te verrichten en de verkrijging kan niet worden gefrustreerd door een wilswijziging bij de verkoper, noch door diens latere beschikkingsdaad of faillietverklaring of een ten laste van hem onder de koper gelegd derdenbeslag. Verder geniet de koper die ten tijde van de levering te goeder trouw is, bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper (art. 3:86 leden 1 en 2 jo. art. 3:91 BW). Ten slotte is algemeen aanvaard dat deze positie een vermogenswaarde kan vertegenwoordigen en wordt veelal onderschreven dat het wenselijk zou zijn indien daarover zou kunnen worden beschikt.

2.2.6 Steun voor de kwalificatie van deze (mogelijk) economisch

waardevolle positie als een *zelfstandig subjectief vermogensrecht* (art. 3:6 BW) valt te ontleen aan de tekst van art. 3:84 lid 4 BW, die gewag maakt van een aan een voorwaarde onderworpen "recht". De in die bepaling gebruikte formulering (levering ter uitvoering van een "voorwaardelijke verbintenis") moge nog ongelukkig zijn⁵⁰, met name uit de later (eerst bij Memorie van Antwoord) voorgestelde artikelen 3:91 en 3:92 BW en de daarbij behorende toelichting blijkt dat de wetgever in geval van overdracht onder eigendomsvoorbehoud een "overdracht onder opschortende voorwaarde" voor ogen heeft gestaan, als gevolg waarvan een "zakerechterlijke positie"⁵¹ respectievelijk een "terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde" c.q. "voorwaardelijk eigendomsrecht"⁵² wordt verworven door de koper, die zich "voorwaardelijk eigenaar"⁵³ mag noemen. Zie de hiervoor onder 2.10 opgenomen citaten.^{54, 55}

2.2.7 Met anderen⁵⁶ ben ik van mening dat noch art. 5:1 BW – dat eigendom omschrijft als het meest omvattende recht op een zaak – noch art. 3:84 lid 3 BW aan aanvaarding van de figuur van voorwaardelijke eigendom in de weg staat. Laatstgenoemde bepaling keert zich tegen rechtshandelingen waarbij de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden in de vorm van een 'overdracht' op andere wijze over de betrokkenen zouden worden verdeeld dan door de wet of het stelsel van de wet wordt toegelaten.⁵⁷ Van een 'splijting' of 'verdeling' van bevoegdheden is echter geen sprake. De essentie van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is dat het hangende de voorwaarde nog niet 'werkt': het is een sluimerend eigendomsrecht waarvan de werking is opgeschort en dat pas bij het in vervulling gaan van de voorwaarde werking verkrijgt.⁵⁸ Tot dat moment kan de verkrijger nog geen 'actieve' eigenaarsbevoegdheden met betrekking tot de zaak uitoefenen; deze komen hangende de voorwaarde uitsluitend toe aan de vervreemder.⁵⁹ Met Rongen ben ik van mening dat er aldus op elk moment maar één volledig rechthebbende is die de bevoegdheden verbonden aan de eigendom kan uitoefenen: voor de vervulling van de voorwaarde is dat de vervreemder, daarna is dat de verkrijger. De respectieve eigendomsrechten botsen niet met elkaar en het beginsel van de exclusiviteit van het eigendomsrecht wordt aldus geen geweld aangedaan. Wel is zowel de vervreemder als de verkrijger bevoegd om over zijn respectieve eigendomsrecht te beschikken. De voorwaardelijkheid van de overdracht werkt in op het eigendomsrecht van de vervreemder: dit eindigt bij de ver-

1005

46 Rongen, a.w., p. 310-311.

47 Zie o.m. Mezas, a.w., p. 45-54; F.B. Bakels, Naschrift, WPNR 1985/5724, p. 25-26; R. Zwitser, De betekenis van 'Anwartschaftsrecht' voor de rangorde van zakelijke rechten, WPNR 1993/6099, p. 528 e.v.; Van Hees, a.w., p. 98-107; Snijders, a.w., par. 3 sub c en par. 4; Verstijlen, a.w. (2007), p. 826 e.v.; Faber, a.w. (2007), p. 52 e.v.; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/550-551 en 554; A. Steneker, Pandrecht, Mon. BW B12a (2012), nr. 38; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht (2012), nr. 411 en 493; Van Andel, noot onder JOR 2012/377; Jac. Hijma en M.M. Olthof, Nederlands vermogensrecht (2014), nr. 135; F.J.L. Kaptein, De onvoorwaardelijke verpandbaarheid van voorwaardelijke eigendom, in: Groninger zekerheid (2014), p. 211; Rongen, a.w., p. 312-315; S.C.J.J. Kortmann, noot onder HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460 Snippers q.q./Rabo), JOR 2015/26; Van Andel en Ten Brinke, noot onder JOR 2015/53, nr. 10-11 en 15; Verstijlen, GS Vermogensrecht, art. 3:92, aant. 33.1 en 33.3. Zie voor een literatuuroverzicht voorts GS Vermogensrecht (Verstijlen), art. 3:92 BW, aant. 32.2 en Stolz, a.w. (2015), p. 1039 (noot 514). Zie ook Rb Rotterdam 17 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8539, rov. 4.2.

48 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238.

49 Een uitzondering geldt indien de verkoper de voorbehouden eigendom heeft overgedragen aan een derde die zich op de bescherming van art. 3:86 BW kan beroepen.

50 Zie daarover o.m. Faber, a.w. (1997), p. 205 e.v.

51 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1237.

52 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238.

53 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 388.

54 In de literatuur wordt dan ook verdedigd dat zowel in art. 3:91 BW als in art. 3:92 BW de woorden "onder opschortende voorwaarde" betrekking hebben op het daaraan voorafgaande woord "overdracht" en niet op de woorden "verbintenis" onderscheidenlijk "zich verbinden." Het gaat dus om een *onvoorwaardelijke* verbintenis *strekken* tot overdracht onder opschortende voorwaarde. Aldus o.m. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/522 met vermelding van verdere vindplaatsen; Rongen, a.w., p. 304.

55 Zie voor een overzicht van opvattingen omtrent de (on)voorwaardelijkheid van titel, levering en/of overdracht: GS Vermogensrecht (Peter), art. 3:84, aant. 4.8; GS Vermogensrecht (Verstijlen), art. 3:91, aant. 7, en art. 3:92, aant. 11.1-11.4.

56 O.m. Faber, a.w. (2007), p. 53-54; Peter, a.w., p. 148; Van Andel, noot onder JOR 2012/377, nr. 8; Kortmann, noot onder JOR 2015/26, nr. 4; Van Andel en Ten Brinke, noot onder JOR 2015/53, nr. 11.

57 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 319.

58 Verstijlen, a.w. (2007), p. 828; Rongen, a.w., p. 313.

59 Al zal de vervreemder doorgaans afzien van de gebruiksbevoegdheid van de zaak ten gunste van de verkrijger aan wie hij de macht over de zaak heeft verschaft (art. 3:91 BW). Vgl. Reehuis, a.w., nr. 52.

vulling van de voorwaarde, hetgeen niet in strijd is met het beginsel van oneindigheid van eigendom, omdat de eigendom onder ontbindende voorwaarde van de vervreemder en de eigendom onder opschortende voorwaarde van de verkrijger complementair zijn. Het laatste is een voortzetting van het oorspronkelijke onvoorwaardelijke recht van de vervreemder. Ook een voorwaardelijke overdracht is immers een derivatieve wijze van verkrijging. Op elk moment bestaat er, als gezegd, één ‘werkend’ eigendomsrecht met betrekking tot de zaak. De eigendom van de zaak als zodanig is dus oneindig.⁶⁰

Tot slot kan worden opgemerkt dat de wet expliciet voorziet in de mogelijkheid van een voorwaardelijke overdracht en dat de figuur van een voorwaardelijk recht in art. 3:84 lid 4 BW van een wettelijke grondslag wordt voorzien – en blijkens de wetgeschiedenis nadrukkelijk is beoogd – zodat reeds daarom van een ingevolge art. 5:1 BW of art. 3:84 lid 3 BW ongeoorloofde splitsing van het volledige (eigendoms)recht geen sprake is.⁶¹ De figuur van voorwaardelijke eigendom past derhalve in het systeem van het goederenrecht.

2.28 De *overdraagbaarheid* van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde volgt naar mijn mening uit de overdraagbaarheid van het volledige eigendomsrecht zelf en is aldus onder de werking van art. 3:83 lid 1 BW begrepen.⁶²

2.29 Over de vraag hoe het voorwaardelijk eigendomsrecht moet worden *geleverd*, wordt verschillend gedacht.

Vast staat dat de *verkoper* onder eigendomsvoorbehoud zijn voorbehouden eigendom kan overdragen aan een derde⁶³, waarbij levering volgens de wetgever plaatsvindt overeenkomstig art. 3:90 lid 1 BW.⁶⁴ Uitgaande van de gedachte dat het voor de hand ligt om aan te nemen dat ten aanzien van zowel het eigendomsrecht van de vervreemder (onder ontbindende voorwaarde) als dat van de verkrijger (onder opschortende voorwaarde) dezelfde leveringsvoorschriften gelden, wordt betoogd dat ook de levering door de koper dient te geschieden op de wijze als in art. 3:90 lid 1 BW bepaald. De verkrijger onder eigendomsvoorbehoud heeft de zaak in zijn macht – hij is immers houder⁶⁵ – en kan aan een derde het bezit van de zaak verschaffen op analoge wijze als voor de overdracht van bezit is bepaald.⁶⁶

Een benadering die hier dicht tegenaan ligt is dat de levering van de door het eigendomsvoorbehoud (een samenstel van art. 3:84 lid 4 en art. 3:91 BW) in het leven geroepen positie van de koper dient te geschieden met analoge toepassing van art. 3:91 BW.⁶⁷ Een andere opvatting is ten slotte dat, bij gebreke van

de toepasselijkheid van art. 3:90 of 3:91 BW, uitsluitend de restbepaling van art. 3:95 BW uitkomst zou kunnen verschaffen.⁶⁸ Ik ben van mening dat het leveringsvereiste geen belemmering kan opleveren voor de aanname van een overdraagbaar voorwaardelijk eigendomsrecht. Indachtig het uitgangspunt dat de eigendom van de zaak wordt vereenzelvigd met de zaak zelf, laat zich verdedigen dat reeds uit art. 3:90 lid 1 BW zelf volgt dat levering van de voorwaardelijke eigendom – als een aan het eigendomsrecht ‘wesensgleiches Weniger’⁶⁹ – plaatsvindt door verschaffing van het bezit van het voorwaardelijk eigendomsrecht.⁷⁰ Althans kan worden betoogd dat, analoog aan hetgeen volgens de wetgever volgt uit de toepassing van art. 3:98 jo. 3:90 BW bij de vestiging van een beperkt recht, de levering van een voorwaardelijk eigendomsrecht geschiedt door het bezit van de voorwaardelijke eigendom te verschaffen, waartoe in beginsel de derde de feitelijke macht over de zaak dient te worden verschaft.⁷¹ Dat sluit in resultaat aan bij een analoge toepassing van art. 3:91 BW, hetgeen niet verwonderlijk mag heten indien men – hetgeen de wetgever openlaat⁷² – art. 3:91 BW aanmerkt als een (al dan niet overbodige) toepassing van art. 3:90 BW⁷³ (waarop dan ook tevens de consensuele leveringswijzen van art. 3:115 BW van toepassing zijn).⁷⁴

2.30 Bezien als een zelfstandig overdraagbaar vermogensrecht kan het voorwaardelijk eigendomsrecht ook worden bezwaard met een *pandrecht*. De pandhouder verwerft daardoor terstond een onvoorwaardelijk pandrecht op het voorwaardelijke eigendomsrecht van de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud.⁷⁵ Daarbij wordt het vestigingsvereiste niet als problematisch ervaren: algemeen wordt aangenomen dat vestiging kan plaatsvinden door machtsverschaffing (art. 3:236 lid 1 BW) of door middel van een onderhandse, geregistreerde akte of een authentieke akte (art. 3:237 lid 1 BW).⁷⁶

Betaling van de (restant)vordering doet het object van het reeds bestaande onvoorwaardelijke pandrecht uitgroeien tot een volledig eigendomsrecht. Het pandrecht wordt niet geraakt door een later intredend faillissement van de pandgever: voldoening van de (restant)vordering na datum faillissement doet de zaak van rechtswege in de boedel vallen, bezwaard met pandrecht. Daarvoor maakt het niet uit of er wordt betaald door de pandhouder, door de curator of door een derde (art. 6:30 BW).⁷⁷ Een en ander is niet in strijd met het fixatiebeginsel.⁷⁸

object van overdracht niet de zaak, maar het voorwaardelijk eigendomsrecht is.

60 Rongen, a.w., p. 313-314.

61 Faber, a.w. (2007), p. 53-54; Van Aniel, noot onder JOR 2012/377, nr. 8; Rongen, a.w., p. 312 en 314-315.

62 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/550; Mezas a.w., p. 45-46; Faber, a.w. (2007), p. 55; Rongen, a.w., p. 312; Van Aniel en Ten Brinke, noot onder JOR 2015/53, nr. 11.

63 HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0766, NJ 1990/252 m.nt. WMK (Van Essen/NMB), rov. 3.3. Vgl. HR 19 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AG6087, NJ 1990/745 m.nt. JCS (IFN/CBI II), rov. 3.6.

64 MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241. Zie ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/543.

65 HR 8 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0385, NJ 1974/346 m.nt. WMK (NGB/Kamphuis).

66 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/551. Anders: Bartels, a.w., p. 84. Van de toepasselijkheid van art. 3:90 BW wordt ook uitgegaan door Van Hees, a.w., p. 106-107; Snijders, a.w., par. 3 sub c; Peter, a.w., p. 153 (naar analogie van art. 3:98 BW); Kortmann, noot bij JOR 2015/26, nr. 4.

67 Analoog, omdat geen sprake is van een voorwaardelijke verbintenis, zoals art. 3:91 BW veronderstelt, aldus Verstijlen, a.w. (2007), p. 826, 829. Zie ook Scheltema, a.w. (2003), p. 363. Anders: Faber, a.w. (2007), p. 57: art. 3:91 BW is niet van toepassing omdat het

68 Bartels, a.w., p. 94; Zwitsers, a.w., p. 528-529.

69 Peter, a.w., p. 143, met verwijzing naar rechtspraak van het BGH.

70 Vgl. Mezas, a.w., p. 50; Faber, a.w. (2007), p. 54, 56. Zie over deze constructie kritisch: Verstijlen, a.w., (2007), p. 827.

71 Volgens MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1312, volgt uit art. 3:98 jo. 3:90 BW dat de eigenaar de vruchtgebruiker het bezit van het recht van vruchtgebruik dient te verschaffen, waartoe nodig is dat de vruchtgebruiker in staat wordt gesteld zijn recht voor zichzelf uit te oefenen; daarvoor zal in beginsel nodig zijn dat hij over de in vruchtgebruik gegeven zaak de feitelijke macht heeft. Zie daarover Peter, a.w., p. 153-154.

72 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3, p. 1238 (aangehaald hiervoor onder 2.10).

73 Vgl. F.B. Bakels, Stil pandrecht en het nemo plus-beginsel, WPNR 1984/5707, p. 482.

74 Zie o.m. Stolz, a.w., p. 895 i.v.m. par. 10.3.1, p. 904.

75 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/554, met vermelding van vindplaatsen. Zie o.m. Faber, a.w. (2007), p. 58.

76 Snijders, a.w., par. 3 sub c; Faber, a.w. (2007), p. 56; Peter, a.w., p. 154; Verstijlen, a.w. (2007), p. 827, noot 20.

77 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/554; Faber, a.w. (2007), p. 58; Verstijlen, a.w. (2007), p. 826; Steneker, a.w., nr. 38; Van Aniel, noot onder JOR 2012/377, nr. 10; Scheltema, MvV 2013, p. 163-164.

2.31 Ten slotte is van belang dat wil de zojuist beschreven constructie – onvoorwaardelijke verpanding van het voorwaardelijk eigendomsrecht – haar werking hebben, daartoe uiteraard vereist is dat partijen die constructie daadwerkelijk hebben beoogd en dat zij niet geacht moeten worden voor een andere te hebben gekozen, bijvoorbeeld voor verpanding bij voorbaat van de volledige eigendom. Het draait hierbij om uitleg van de pandovereenkomst c.q. -akte.⁷⁹

Onderdelen 1 tot en met 3

2.32 Uit hetgeen ik hiervoor heb betoogd (2.24-2.31) volgt dat naar mijn mening subonderdeel 1a dient te slagen.

In de eerste plaats is daarvoor van belang dat Meteor en Revadap kennelijk geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om af te wijken van het wettelijk vermoeden dat Meteor zich verbond tot overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van de verschuldigde prestatie (art. 3:92 lid 1 BW). Art. 11 van de toepasselijke algemene verkoopvoorwaarden van Meteor bepaalt immers slechts dat ‘de eigendom van de producten, niettegenstaande de feitelijke aflevering, pas op de wederpartij overgaat’ nadat deze de in de bepaling omschreven verschuldigde prestaties heeft voldaan. Dit brengt mee dat Nevadap met en door de feitelijke aflevering van de teelstallatie in november 2008 een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft verkregen.

Ten tweede is van belang dat de algemene voorwaarden voor verpanding van Rabobank bepalen dat ‘het pandrecht zich uitstrekt tot de voorwaardelijke eigendom van enige onder opschortende voorwaarde aan de pandgever overgedragen zaak’. Deze bepaling laat geen andere uitleg toe dan dat Revadap en Rabobank beoogd hebben een (onvoorwaardelijk) pandrecht te vestigen op het voorwaardelijk eigendomsrecht van Revadap, welk pandrecht is totstandgekomen op 30 december 2008.

Toen Rabobank vervolgens tijdens het op 24 november 2009 uitgesproken faillissement van Revadap de restantvordering betaalde en daarmee de opschortende voorwaarde in vervulling deed gaan, breidde haar pandrecht zich uit tot de volle eigendom van het teelstelsysteem. Daaraan staan, anders dan het hof oordeelde, noch de artikelen 5:1 en 3:83 BW, noch art. 35 lid 2 Fw in de weg.

2.33 Het slagen van subonderdeel 1a brengt mee dat het subsidiair aangevoerde subonderdeel 1b (aansluitend bij de door Reehuis vanaf 2013 bepleite ‘machtigings’constructie⁸⁰, waarover hiervoor onder 2.23) en onderdeel 2 (aansluitend bij de voorheen door Kortmann bepleite ‘cessie’constructie⁸¹, waarover hiervoor onder 2.19) geen afzonderlijke bespreking behoeven.

2.34 Hetzelfde geldt voor het voortbouwende onderdeel 3.

Bestanddeel; hypotheek (onderdeel 4)

2.35 Onderdeel 4 keert zich tegen de verwerping van het subsidiaire betoog van Rabobank dat het teelstelsysteem kwalificeert als bestanddeel in de zin van art. 3:4 lid 2 BW van de onroerende zaak waarop het hypotheekrecht van Rabobank rust.

Het onderdeel is voorgedragen onder de voorwaarde dat de on-

derdelen 1 en 2 niet slagen, zodat aan een bespreking ervan niet wordt toegekomen.

3 Beoordeling van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

3.1 [verweerder] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld voor het geval een van de klachten in het principaal cassatieberoep zou slagen. Nu aan deze voorwaarde is voldaan, dient het incidentele middel te worden besproken.

3.2 Het middel betoogt dat rechtens onjuist, dan wel onbegrijpelijk is dat het hof niet tot het oordeel is gekomen dat Revadap geen rechtsgeldig pandrecht ten behoeve van Rabobank op het door Meteor in eigendom voorbehouden teelstelsysteem heeft kunnen vestigen. Daartoe wordt aangevoerd dat [verweerder] in zijn voorwaardelijk incidentele grief een beroep heeft gedaan op het verpandingsverbod als vervat in art. 11:3 van de leveringsvoorwaarden van Meteor, luidende: “Voordat de eigendom van de producten op wederpartij is overgegaan, is wederpartij niet gerechtigd de producten (...) aan derden te verpanden (...)”.⁸²

3.3 De eerste klacht berust op de lezing dat het hof, gelet op zijn overweging “Dat sluit niet uit dat zij op het teelstelsysteem een pandrecht vestigde (...)” in rov. 3.7, het beroep van [verweerder] op het verpandingsverbod heeft verworpen en klaagt dat dit onjuist is, nu het verpandingsverbod goederenrechtelijke werking heeft en er derhalve geen geldig pandrecht kon worden gevestigd.

Deze klacht mist feitelijke grondslag. Zoals het hof in rov. 7.1 uitdrukkelijk heeft overwogen, is het aan de beoordeling van het incidentele hoger beroep niet toegekomen. Het had immers op andere gronden geoordeeld dat geen geldig pandrecht tot stand is gekomen.

3.4 Ten tweede wordt in het middel – terecht – tot uitgangspunt genomen dat het hof (gezien zijn rov. 7.1) niet op de stelling van [verweerder] heeft beslist. Betoogd wordt dat een beslissing van Uw Raad noodzakelijk is, aangezien onderhavige rechtsvraag niet alleen voor het verwijzingsgeding van belang is en ten einde te voorkomen dat dit geschilpunt aanleiding zou moeten geven tot een tweede cassatieberoep, maar ook omdat daarmee een voor het principaal beroep wezenlijke voorvraag zal zijn beantwoord.

3.5 Het middel faalt reeds omdat het berust op een onjuiste rechtsopvatting. Ten aanzien van eigendom van roerende zaken blijft een onvervreemdbaarstelling zonder goederenrechtelijk gevolg (art. 3:83 lid 1 BW). Krachtens de schakelbepaling van art. 3:98 BW geldt hetzelfde voor een onbezwaarbaarstelling, zoals in casu een verpandingsverbod.⁸³

4 Conclusie

De conclusie strekt:

- in het principaal beroep tot vernietiging, en
- in het voorwaardelijk incidenteel beroep tot verwerping.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 400314/HA ZA 11-2204 van de recht-

78 Vgl. HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192, JOR 2015/252 m.nt. Steneker, RI 2015/104, RvdW 2015/935, rov. 3.7.6.

79 Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/554; Kortmann, noot onder JOR 2015/26, nr. 5. Vgl. Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU5085, JOR 2006/54 m.nt. S.E. Bartels (cassatieberoep verworpen in HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5613, JOR 2008/25) en Hof Amsterdam 30 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX3124, JOR 2006/142.

80 S.t. Rabobank, nr. 24.

81 S.t. Rabobank, nr. 27.

82 Art. 11 Algemene verkoopvoorwaarden Meteor Systems B.V. (prod. 2 bij Akte overlegging producties d.d. 10 augustus 2011).

83 GS Vermogensrecht (Beekhoven van den Boezem/Bergvoet), art. 3:83, aant. 27.2.4; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, Goederenrecht (2012), nr. 107; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/210.

bank 's-Gravenhage van 16 november 2011 en 12 september 2012;

b. de arresten in de zaak 200.122.224/01 van het gerechtshof Den Haag van 9 april 2013 en 2 september 2014.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 2 september 2014 heeft Rabobank beroep in cassatie ingesteld. [verweerder] heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor Rabobank mede door mr. B.M.H. Fleuren en voor [verweerder] mede door mr. F.I. van Dorsser.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.B. Rank-Berenschot strekt:

– in het principaal beroep tot vernietiging, en

– in het voorwaardelijk incidenteel beroep tot verwerping.

De advocaat van [verweerder] heeft bij brief van 25 maart 2016 op die conclusie gereageerd.

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Kwekerij Revadap B.V. (hierna: Revadap) heeft in 2008 ten behoeve van door haar beoogde paprikateelt Meteor Systems B.V. (hierna: Meteor) opdracht gegeven tot het vervaardigen en leveren van een teeltsysteem, bestaande uit aan staaldraden opgehangen stalen teeltgoten met opvangbakken en een druppelbevloeingsstelsel (hierna: het teeltsysteem). Het teeltsysteem is geplaatst in een gedeelte van de kas van Revadap.

(ii) De overeengekomen prijs van omstreeks € 600.000,- is door Revadap grotendeels voldaan, maar een restbedrag van € 120.000,- heeft zij onbetaald gelaten.

(iii) De tussen Revadap en Meteor toepasselijke Algemene verkoopvoorwaarden hielden in dat de eigendom van het geleverde pas op Revadap zou overgaan nadat deze aan Meteor al het door haar verschuldigde zou hebben voldaan.

(iv) In december 2008 sloot Revadap met Rabobank een financieringsovereenkomst waarbij zij de bank een aantal zekerheden verstrekke, waaronder:

– een recht van eerste hypotheek op haar perceel tuinland met bedrijfsruimte, glasopstanden en verder toebehoren;

– een pandrecht op alle huidige en toekomstige inventaris en voorraden en op alle ten tijde van de registratie van de pandakte (30 december 2008) bestaande rechten en vorderingen op derden of die worden verkregen uit op dat ogenblik bestaande rechtsverhoudingen tussen Revadap en derden.

(v) De op de financieringsovereenkomst toepasselijke algemene voorwaarden voor verpanding van de bank bepalen onder meer:

“Ingeval enige zaak of enig vermogensrecht waarop het pandrecht betrekking heeft of dient te hebben onder opschortende voorwaarde aan de pandgever is overgedragen, strekt dat pandrecht zich uit tot de voorwaardelijke eigendom van die zaak, respectievelijk tot het voorwaardelijk recht met betrekking tot dat vermogensrecht.”

(vi) Op 24 november 2009 is Revadap in staat van faillissement verklaard met benoeming van [verweerder] tot curator.

(vii) In overleg met de curator heeft Rabobank aan Meteor ter voldoening van haar restantvordering op Revadap met rente en kosten € 135.000,- betaald, waartegenover Meteor finale kwijting heeft verleend en haar eigendomsvoorbehoud heeft prijs-

gegeven. De curator heeft daaraan zijn medewerking verleend, echter onder verschillende voorbehouden, onder meer ten aanzien van de aanspraken van de boedel op de overwaarde van het teeltsysteem (waarmee wordt bedoeld: het verschil tussen het bedrag waarvoor het teeltsysteem is meeverkocht en de aan Meteor gedane slotbetaling van € 135.000,-).

(viii) In december 2009 heeft de curator met toestemming van de rechter-commissaris en in overleg met Rabobank de onderneming van Revadap verkocht. De koopprijs is betaald aan Rabobank als eerste hypotheekhouder. Ook daaraan heeft de curator zijn goedkeuring gehecht, eveneens onder voorbehoud van de aanspraak van de boedel op de overwaarde van het teeltsysteem dat met de onderneming verkocht was.

(ix) Op 24 januari 2010 heeft de curator Rabobank gesommeerd € 110.920,-, althans € 77.000,- aan de boedel te voldoen terzake van de overwaarde van het teeltsysteem. Aan die sommatie heeft de bank niet voldaan. De curator heeft van de rechter-commissaris geen machtiging gekregen de bank in rechte aan te spreken, maar heeft met toestemming van de rechter-commissaris de gepretendeerde vordering op de bank aan zichzelf in persoon verkocht en gecedeerd.

3.2.1 In dit geding vordert [verweerder] dat Rabobank wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van in hoofdsom € 110.920,- dan wel € 77.000,-. Hij voert daartoe aan dat, nadat Rabobank het restantbedrag voor het teeltsysteem aan Meteor had voldaan en daarmee het eigendomsvoorbehoud was vervallen, het teeltsysteem in de boedel is gevallen. Na de overdracht van de onderneming heeft Rabobank ten onrechte een door haar verondersteld zekerheidsrecht op het teeltsysteem geëffectueerd. De boedel heeft een vordering jegens de bank terzake van de overwaarde, welke vordering aan [verweerder] is gecedeerd.

3.2.2 Rabobank heeft als verweer aangevoerd dat zij een pandrecht op het teeltsysteem had, althans dat het teeltsysteem als hecht verbonden bestanddeel van het bedrijfsgebouw ingevolge art. 3:4 lid 2 BW onder haar hypotheekrecht viel.

3.2.3 De rechtbank heeft de verweren van Rabobank verworpen en Rabobank veroordeeld tot betaling aan [verweerder] van een bedrag van € 110.920,- vermeerderd met wettelijke rente.

3.2.4 Het hof heeft het vonnis bekrachtigd. Met betrekking tot het beroep van Rabobank op haar pandrecht heeft het onder meer het volgende overwogen:

“3.4 (...) Met een beroep op artikel 3:92 lid 1 BW stelt [Rabobank] dat Revadap als koper onder eigendomsvoorbehoud niet een toekomstig goed, te weten het eigendomsrecht, heeft verkregen, maar dat zij terstond een goed, te weten een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, heeft gekregen en dat daarop het pandrecht van de bank is gevestigd. Dit standpunt komt erop neer dat de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud een goederenrechtelijke positie wordt toegekend die kan worden aangemerkt als een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde waarover hij kan beschikken. Het eigendomsrecht wordt aldus gesplitst in een door de vervreemder behouden eigendomsrecht onder de ontbindende voorwaarde en een aan de verkrijger toegekend eigendomsrecht onder de opschortende voorwaarde van volledige voldoening van het aan de vervreemder nog verschuldigde.

3.5 Dit standpunt wordt inderdaad door vele rechtsgeleerde schrijvers verdedigd, door anderen daarentegen bestreden. Het hof sluit zich bij deze laatsten aan. De wet omschrijft in artikel 5:1 BW de eigendom als het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben en, omdat slechts één recht het meest omvattende kan zijn, is het hof van oordeel dat daaruit voortvloeit dat in de visie van de wetgever op een zaak slechts één eigendomsrecht kan bestaan. Dat eigendomsrecht

kan gedeeld zijn tussen een aantal mede-eigenaren, maar dan als in beginsel gelijkwaardige gerechtigden tot hetzelfde eigendomsrecht. Ook kan het recht onvolledig zijn door beperkingen die het recht de eigenaar oplegt in de wijze waarop hij zijn eigendomsrecht mag gebruiken, of door het bestaan van beperkte rechten op de zaak, maar een splitsing zoals de bank die bepleit, wordt in de wet niet voorzien.

3.6 Dat doet ook artikel 3:92 lid 1 BW niet. Die bepaling voorziet wel in een voorwaardelijke overdracht van de zaak en deze geeft de koper onder eigendomsvoorbehoud wel een sterkere positie dan die welke toekomt aan de koper aan wie de zaak nog niet (voorwaardelijk of onvoorwaardelijk) overgedragen is, maar dat betekent nog niet dat de koper ook terstond het (of een) recht van eigendom verwerft en hij verwerft ook niet een beperkt recht op de zaak (wat de bank trouwens ook niet gesteld heeft) of een vorderingsrecht. Het is immers niet duidelijk welk vorderingsrecht dat zou moeten zijn tenzij een vorderingsrecht tot overdracht, maar dat kan het ook niet zijn want wat de vervreemder daartoe diende te verrichten, heeft hij al verricht. Volgens artikel 3:84 BW zijn andere rechten dan eigendom, beperkte rechten of vorderingsrechten slechts vatbaar voor overdracht (en ingevolge artikel 3:98 BW dus ook voor verpanding) als de wet dat bepaalt, maar voor de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud bepaalt de wet dat niet.

3.7 Het hof is daarom met de rechtbank van oordeel dat het onder eigendomsvoorbehoud aan Revadap geleverde teeltsysteem voor haar slechts een toekomstige zaak was. Als men haar positie aanduidt als een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, is dat slechts juist in de zin van een eigendomsrecht dat zij kon verwachten te verwerven na vervulling van de voorwaarde, maar niet eerder. Dat sluit niet uit dat zij op het teeltsysteem een pandrecht vestigde want toekomstige zaken zijn ook vatbaar voor overdracht of voor verpanding, maar de levering geschiedt dan bij voorbaat en verkrijgt pas werking nadat de voorwaarde vervuld is. Toen echter verkeerde Revadap in staat van faillissement en had zij haar beschikkingsbevoegdheid verloren. Artikel 35 lid 2 Fw brengt dan met zich dat het ten gunste van de bank gevestigde pandrecht in de boedel viel en door de bank niet meer kon worden ingeroepen.”

3.2.5 Ook het beroep van Rabobank op haar hypotheekrecht heeft het hof verworpen. Aan het door [verweerder] voorwaardelijk ingestelde beroep kwam het hof niet toe.

4 Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van het hof dat het teeltsysteem als toekomstige zaak bij voorbaat is verpand, zodat het door de volledige voldoening van de koopprijs na het intreden van het faillissement onbezwaard in de boedel is gevallen. Onderdeel 1a betoogt dat Revadap, terstond nadat het teeltsysteem in 2008 in haar macht werd gebracht, de voorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem heeft verkregen, op welke voorwaardelijke eigendom Rabobank door voltooiing van de vestigingsformaliteiten op 30 december 2008 terstond een onvoorwaardelijk pandrecht heeft verkregen. Art. 5:1 BW verzet zich daar niet tegen, nu de wetgever de mogelijkheid van de verkrijging van ‘voorwaardelijke eigendom’ c.q. een ‘eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’ in art. 3:84 lid 4 BW en in (de toelichting op) art. 3:92 en 3:91 BW uitdrukkelijk heeft onderkend.

Het hof heeft volgens het onderdeel voorts miskend dat, nu eigendom ingevolge art. 3:83 lid 1 BW overdraagbaar is en ingevolge art. 3:98 BW voor verpanding vatbaar, dit tevens geldt voor de ‘voorwaardelijke eigendom’ van, respectievelijk het ‘eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’ op het teeltsysteem.

Voorts was voor de ‘aangroei’ van het pandrecht tot een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom geen nadere beschikkings- of vestigingshandeling van Revadap vereist. De beschikkingsonbevoegdheid van Revadap ten gevolge van haar faillissement stond er dus niet aan in de weg dat Rabobank, na voldoening van het laatste gedeelte van de koopprijs van het teeltsysteem, een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem verkreeg.

4.2.1 Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld.

4.2.2 Art. 3:92 lid 1 BW bepaalt dat, indien een overeenkomst de strekking heeft dat de een zich de eigendom van een zaak die in de macht van de ander wordt gebracht, voorbehoudt totdat een door de ander verschuldigde prestatie is voldaan, hij wordt vermoed zich te verbinden tot overdracht van de zaak aan de ander onder opschortende voorwaarde van voldoening van die prestatie.

Ingevolge art. 3:91 in verbinding met art. 3:90 lid 1 BW geschiedt de levering van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde, door aan de verkrijger de macht over de zaak te verschaffen. Over deze bepalingen tezamen is in de parlementaire geschiedenis het volgende opgemerkt:

“Zij erkennen uitdrukkelijk de mogelijkheid het eigendomsvoorbehoud te gieten in de vorm van een overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van de tegenprestatie, in de regel de koopprijs. Wel volgt deze mogelijkheid reeds uit de artikelen [3:38] en [3:84] lid 4. (...) Maar juist voor de goederen waar het in de praktijk op aan komt, namelijk roerende zaken, niet-registergoederen, zou men wellicht kunnen twifelen op grond van artikel [3:90] lid 1. Ingevolge deze bepaling dient de levering van deze zaken in beginsel te geschieden door bezitsverschaffing. Bij een overdracht onder opschortende voorwaarde wordt de verkrijger weliswaar voorwaardelijk eigenaar, doch of hij ook bezitter wordt, kan worden betwijfeld. Hij is immers, zolang de voorwaarde niet is vervuld, ingevolge deze rechtsverhouding verplicht voor de vervreemder te houden, die eigenaar is gebleven, zij het onder dezelfde, doch hier ontbindende, voorwaarde. Het nieuwe artikel [3:91] lost deze moeilijkheid op door te bepalen dat levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde van de in artikel [3:90] bedoelde goederen geschiedt door aan de verkrijger de macht over het goed te verschaffen. (...)” (MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 388-389)

“De derde mogelijkheid – die in het wetboek is gekozen – bestaat hierin dat men aanneemt dat voor een levering in geval van een eigendomsvoorbehoud de in artikel [3:90] lid 1 gestelde eis van bezitsverschaffing zelf aangepast dient te worden in dier voege dat het in dit geval voor de levering onder opschortende voorwaarde voldoende is dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die met een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde correspondeert en die men in de terminologie van titel 3,5 nog geen bezit kan noemen. Niet kan worden ontkend dat deze constructie ook zonder uitdrukkelijke bepaling voor toepassing in aanmerking zou komen, omdat zij het beste in het stelsel van de wet past en tot redelijke resultaten leidt. (...)”

In dit verband verdient nog opmerking dat degene die een zaak krachtens artikel [3:91] onder eigendomsvoorbehoud verkrijgt, in geval van goede trouw op het tijdstip van de in dat artikel bedoelde leveringshandeling beschermd wordt met dien verstande dat de rechten van degene te wiens nadele de onbevoegde vervreemding plaats vond, eerst door de vervulling van

de voorwaarde volledig vervallen. Dit ligt in de voorwaardelijke aard van het recht van de verkrijger opgesloten. (...)

(...)

(...) de (...) discussie (...) in hoeverre artikel [3:91] een toepassing van artikel [3:90] mag heten, (is) zonder praktische betekenis (...). Zoals gezegd is juist de conclusie (...) dat de verkrijger pas na de vervulling van de voorwaarde bezitter en onvoorwaardelijk eigenaar wordt, een eindresultaat dat overeenstemt met dat van artikel [3:90] lid 1, maar is niet juist dat de leveringshandeling zelf pas dan is voltooid; deze doet immers onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht ontstaan. (...)” (MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238)

“De voorbehouden eigendom is (...) in het stelsel van art. [3:92] (...) eigendom onder ontbindende voorwaarde.” (MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241)

Uit deze passages blijkt dat de wetgever terzake van een overdracht onder eigendomsvoorbehoud een systeem voor ogen heeft gestaan waarin deze overdracht – behoudens afwijkend beding – wordt aangemerkt als een overdracht onder opschortende voorwaarde, waarbij de levering van de desbetreffende roerende zaken is voltooid op het moment dat de zaken in de macht van de verkrijger zijn gebracht, met als gevolg dat de verkrijger een “terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde”, respectievelijk “voorwaardelijk eigendomsrecht” verkrijgt.

4.2.3 Het aldus door de wetgever beoogde systeem brengt mee dat de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud als bedoeld in art. 3:92 lid 1 BW uit hoofde van de voltooide levering een positie verkrijgt waarin de uitgroei tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht uitsluitend nog afhankelijk is van de vervulling van de opschortende voorwaarde, welke wordt bewerkstelligd door voldoening van de (restant)prestatie. Zolang de voorwaarde niet is vervuld, zijn zowel de vervreemder als de verkrijger voorwaardelijk eigenaar, de vervreemder onder ontbindende voorwaarde en de verkrijger onder opschortende voorwaarde, en is hun beider beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de desbetreffende zaken dienovereenkomstig beperkt. De verkrijger onder eigendomsvoorbehoud kan zijn voorwaardelijk eigendomsrecht dan ook slechts onder diezelfde voorwaarde vervreemden of bezwaren (art. 3:84 lid 4 BW), op de wijze voorzien voor de levering, respectievelijk bezwaring, van de zaken zelf. Wordt een pandrecht – overeenkomstig het bepaalde in art. 3:236 lid 1 of art. 3:237 lid 1 BW – op het voorwaardelijk eigendomsrecht gevestigd, dan ontstaat met voltooiing van de vestigingshandeling een onvoorwaardelijk pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht.

4.2.4 Art. 35 lid 1 Fw bepaalt dat, indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn, hebben plaatsgevonden, de levering niet geldig meer kan geschieden. Lid 2 bepaalt dat, indien de schuldenaar voor de dag van de faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat heeft geleverd, dit goed, indien het eerst na de aanvang van die dag door hem is verkregen – behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen – in de boedel valt. Onder ‘levering’ wordt mede verstaan: de vestiging van een beperkt recht (art. 3:98 BW). Deze voorschriften vormen een uitwerking van art. 23 Fw, inhoudend dat de schuldenaar door de faillietverklaring beschikkingsonbevoegd wordt ten aanzien van zijn tot het faillissement behorende vermogen.

4.2.5 Naar hiervoor in 4.2.2 en 4.2.3 is overwogen, moet een door de schuldenaar vóór zijn faillissement gevestigd pandrecht op een voorwaardelijk eigendomsrecht als bedoeld in art. 3:92 lid 1 BW, als een onvoorwaardelijk pandrecht op een bestaand goed worden aangemerkt, waarvan de ‘levering’ (vestiging) reeds is voltooid voordat het faillissement intreedt. Der-

halve zijn geen nadere beschikkingshandelingen van de schuldenaar meer nodig. Dit brengt mee dat de art. 35 lid 1 en lid 2 Fw in zodanig geval toepassing missen.

Wordt de opschortende voorwaarde waaronder de zaken aan de schuldenaar zijn overgedragen na het intreden van het faillissement vervuld – doordat de resterende prestatie wordt voldaan –, dan groeit het pandrecht van rechtswege uit tot een pandrecht op de volle eigendom van de desbetreffende zaken en daarmee op die zaken zelf.

4.3 Het voorgaande brengt mee dat onderdeel 1a slaagt. Tussen partijen is niet in geschil dat Meteor zich heeft verbonden tot overdracht van het teeltsysteem onder opschortende voorwaarde van de voldoening van het resterende gedeelte van de koopsom en dat partijen dus niet hebben beoogd af te wijken van het vermoeden als bedoeld in art. 3:92 lid 1 BW. Uit de hiervoor in 3.1 onder (v) aangehaalde bepaling volgt voorts dat het pandrecht van Rabobank zich uitstrekte tot het voorwaardelijk eigendomsrecht van Revadap op het teeltsysteem. Door voldoening van de restantvordering van Meteor groeide dat pandrecht uit tot een pandrecht op de volle eigendom van dat teeltsysteem. Daaraan stond art. 35 lid 2 Fw niet in de weg.

4.4 Uit hetgeen hiervoor in 4.2.2 en 4.2.3 is overwogen, volgt dat de onderdelen 1b en 2, die van een andere rechtsopvatting uitgaan, falen. Onderdeel 3, dat is gericht tegen rov. 3.9, waarin het hof voortbouwt op zijn hiervoor onjuist bevonden rechtsopvatting, slaagt evenwel.

4.5 Onderdeel 4 is gericht tegen de verwerping van het subsidiaire betoog van Rabobank dat het teeltsysteem moet worden aangemerkt als bestanddeel in de zin van art. 3:4 lid 2 BW van de onroerende zaak waarop het hypotheekrecht van Rabobank rust.

Het onderdeel is voorgedragen onder de voorwaarde dat de onderdelen 1 en 2 niet tot cassatie leiden, zodat het geen behandeling behoeft.

5 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1 Het incidentele beroep is ingesteld onder de voorwaarde dat een van de klachten in het principaal cassatieberoep slaagt. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, blijkt dat aan deze voorwaarde is voldaan.

5.2.1 Het middel betoogt dat rechtens onjuist, dan wel onbegrijpelijk is dat het hof niet tot het oordeel is gekomen dat Revadap geen rechtsgeldig pandrecht ten behoeve van Rabobank op het door Meteor in eigendom voorbehouden teeltsysteem heeft kunnen vestigen. Daartoe wordt aangevoerd dat [verweerder] in zijn voorwaardelijk incidentele grief een beroep heeft gedaan op het verpandingsverbod als vervat in art. 11.3 van de leveringsvoorwaarden van Meteor en dat dit verbod goederenrechtelijke werking heeft.

5.2.2 Het middel berust op een onjuiste rechtsopvatting en faalt derhalve. Art. 3:83 lid 1 BW bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. Vervolgens bepaalt lid 2 alleen ten aanzien van vorderingsrechten dat de overdraagbaarheid daarvan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten. Ingevolge art. 3:98 BW geldt het bepaalde in art. 3:83 BW op overeenkomstige wijze voor de mogelijkheid tot vestiging van een beperkt recht op het desbetreffende goed. Aan het verpandingsverbod kan derhalve geen goederenrechtelijke werking toekomen ten aanzien van het hier aan de orde zijnde (voorwaardelijk) eigendomsrecht.

6. Afdoening

Nu [verweerder] geen andere stellingen aan zijn vorderingen ten grondslag heeft gelegd dan in deze uitspraak behandeld, die tot toewijzing daarvan kunnen leiden, kan de Hoge Raad zelf de zaak afdoen door die vorderingen af te wijzen.

7 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 2 september 2014;

vernietigt het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 12 september 2012;

wijst de vorderingen van [verweerder] af;

veroordeelt [verweerder] in de kosten van de procedure, tot op deze uitspraak aan de zijde van Rabobank begroot:

– in eerste aanleg op € 7792,=;

– in hoger beroep op € 7544,71;

– in cassatie op € 6554,70 aan verschotten en € 2600,= voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Rabobank begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

NOOT

1. De Hoge Raad geeft duidelijkheid over de posities van de koper en de leverancier bij levering van zaken onder eigendomsvoorbehoud. Een langlopende discussie in de literatuur wordt hiermee beslecht.

2. De feiten die aanleiding gaven tot deze principiële beslissing zijn overzichtelijk. Revadap had van haar leverancier Meteor een roerende zaak, niet-registergoed (een teeltsysteem) onder eigendomsvoorbehoud geleverd gekregen. De koopprijs voor het teeltsysteem liet Revadap deels onbetaald. De huidige en toekomstige inventaris, waaronder het teeltsysteem, werd bij onderhandse akte (bezitloos) verpand aan Rabobank. Nadat Revadap faillieerde, betaalde Rabobank, in overleg met de curator van Revadap, het nog openstaande deel van de koopprijs aan Meteor. Rabobank beoogde hiermee zich, als pandhouder, met voorrang te kunnen verhalen op de (uitwinnings)opbrengst van het teeltsysteem. De curator heeft (de geldigheid van) het pandrecht van Rabobank bestreden onder andere met een beroep op het fixatiebeginsel.

3. De Rechtbank Den Haag en het Gerechtshof Den Haag oordeelden dat het onder eigendomsvoorbehoud geleverde teeltsysteem gezien moest worden als een toekomstige zaak. Hierop voortbouwend oordeelden zowel de rechtbank als het hof mede onder verwijzing naar art. 35 lid 2 Fw dat (de opbrengst van) het inmiddels verkochte teeltsysteem in de boedel viel. Het hof sloot weliswaar niet uit dat ten gunste van Rabobank een (bezitloos) pandrecht op de toekomstige zaak (het teeltsysteem) was gevestigd, maar stelde daar tegenover dat Revadap door haar faillietverklaring beschikkingsbevoegd werd en dat het teeltsysteem daardoor niet meer kon worden bezwaard (zie met name r.o. 3.2 en 3.7 van het arrest van het hof).

4. De beslissingen van de rechtbank en het hof passen binnen de in de literatuur verdedigde 'monistische opvatting', die inhoudt dat de koper die een zaak onder eigendomsvoorbehoud geleverd krijgt, tot het moment van betaling geen enkel goederenrechtelijk recht ten aanzien van de zaak verkrijgt (zie voor een uitgebreide bespreking van deze opvatting randnummers 2.12 tot en met 2.19 van de conclusie van A-G Rank-Berenschot, met verwijzing naar

W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud* (Mon. BW B6c), Deventer: Kluwer 2013, nr. 75 en 76; R.D. Vriezendorp, *Het eigendomsvoorbehoud* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1985, p. 30, 88-90; S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde' in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 203 en 211). Tot het moment van betaling vormt (het eigendomsrecht ten aanzien van) de te verkrijgen zaak in deze opvatting een relatief toekomstige zaak, waarover de koper op dat moment (dus) nog niet kan beschikken (R.M. Wibier en C.H.M.A. Smid, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken en faillissement – beschikken over voorwaardelijke eigendom: een fictie te ver!', *WPNR* 2009/6811, p. 724-731 en recentelijk nogmaals verdedigd door R.M. Wibier in 'Eigendomsvoorbehoud en de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van 'voorwaardelijke eigendom', *MvV* 2013, p. 286-290).

5. Rabobank stelde cassatie in en kon zich beroepen op diverse publicaties waarin de 'dualistische opvatting' werd verdedigd, bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsrecht in nevelen', *WPNR* 2007/6725; H.J. Sniijders, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken', *NTBR* 2006/31 en S.C.J.J. Kortmann ('bekeerd' van monist tot dualist) onder HR 28 november 2014, «JOR» 2015/26 (*Snippers q.q./Rabobank Noord Gooidland*). Die opvatting gaat ervan uit dat de koper onder eigendomsvoorbehoud wel degelijk een goederenrechtelijke positie verkrijgt vanaf het moment van levering van de zaak. Over die goederenrechtelijke positie (voorwaardelijk eigendom) zou de koper volgens de dualisten kunnen beschikken, bijvoorbeeld door er een pandrecht op te vestigen. Rabobank vond ook in de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten voor haar standpunt (zie het geslaagde onderdeel 1 sub a van de cassatiemiddelen, waarin verwezen wordt naar Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 388 en Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238). In haar conclusie put ook de A-G uit deze onderdelen van de wetsgeschiedenis (zie randnummers 2.9 tot en met 2.11).

6. De A-G betoogt in randnummer 2.27 van haar conclusie dat een beslissing ten gunste van de dualisten er niet toe leidt dat het eigendomsrecht bij een levering onder eigendomsvoorbehoud wordt 'gesplitst': "de essentie van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is dat het hangende de voorwaarde nog niet 'werkt': het is een sluimerend eigendomsrecht waarvan de werking is opgeschort (...)". Na een weging van de argumenten van zowel de monisten als de dualisten concludeert de A-G dat de erkenning van de figuur 'voorwaardelijk eigendom' aangewezen is, evenals de erkenning van het feit dat de voorwaardelijke eigendom bezwaard of vervreemd kan worden.

7. De Hoge Raad beslist als volgt. De koper die zaken (roerende zaken, niet-registergoederen) onder eigendomsvoorbehoud geleverd krijgt, heeft vanaf het moment van levering "een 'terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde', respectievelijk 'voorwaardelijk eigendomsrecht'" (r.o. 4.2.2, laatste alinea). De levering van de betreffende roerende zaken is voltooid op het moment dat de zaken in de macht van de koper zijn gebracht (r.o. 4.2.2, tweede alinea). De leverancier die de zaken heeft geleverd, behoudt het eigendomsrecht ten aanzien van de zaken, zij het onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de koopprijs. Zowel koper als leverancier zijn aldus voorwaardelijk eigenaar en hun beider beschikkingsbevoegdheid is ten aanzien van de betreffende zaken dienovereenkomstig beperkt (r.o. 4.2.3, tweede zin). Ondanks deze beperking kan de koper zijn eigendomsrecht (met daaraan verbonden de opschortende voorwaarde) vanaf het moment van levering van de zaken vervreemden of bezwaren, bijvoorbeeld door het vestigen van een pandrecht (r.o. 4.2.3, derde zin). Wanneer de opschortende voorwaarde wordt vervuld, groeit het

pandrecht, dat reeds onvoorwaardelijk was gevestigd op het 'voorwaardelijke eigendomsrecht' (indien is voldaan aan het bepaalde in art. 3:236 lid 1 of art. 3:237 lid 1 BW), uit tot een pandrecht op het 'onvoorwaardelijke eigendomsrecht' van de koper (r.o. 4.2.5, laatste zin). Een tussentijds faillissement van de koper verhindert deze 'uitgroei' van het pandrecht op het ná faillietverklaring in de boedel verkregen volle eigendom niet, omdat voor de vestiging van het pandrecht geen nadere beschikkingshandelingen van de koper nodig zijn en art. 35 lid 1 en lid 2 Fw inzake de onvoltooide levering derhalve toepassing missen (r.o. 4.2.5).

8. De keuze van de Hoge Raad is duidelijk en ook de goederenrechtelijke uitwerking daarvan. De gekozen bewoordingen in de laatste alinea van r.o. 4.2.5 achten wij minder gelukkig. Het pandrecht groeit immers niet van rechtswege uit. Het voorwaardelijk eigendomsrecht groeit door de vervulling van de opschortende voorwaarde – voldoening door bijvoorbeeld de koper of de pandhouder van de resterende prestatie – van rechtswege uit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht van de koper. De koper is alsdan 'vol' eigenaar van de zaak, waarop reeds voorafgaand aan de vervulling van de opschortende voorwaarde een onvoorwaardelijk pandrecht rust zonder dat nadere beschikkingshandelingen (levering of vestiging) van de koper noodzakelijk zijn.

9. De praktische uitwerking van de door de Hoge Raad ingeslagen (dualistische) weg wordt over het algemeen verwelkomd (zie diverse advocatenblogs; F.M.J. Verstijlen onder NJ 2016/290 en A.F. Salomons en G.Á.C. Orbán, *INS-Updates* 2016-0206 en eerder W.J.M. van Andel en M.E. ten Brinke onder Gerechtshof Den Haag 2 september 2014, «JOR» 2015/53). Het biedt de banken meer mogelijkheden tot het vestigen van zekerheden, waardoor de bereidheid tot het verschaffen van bancaire krediet voor met name voorraden naar verwachting zal verbeteren. Of deze uitspraak voor ondernemingen in zwaar weer een gunstig effect heeft, valt te bezien. Niet uitgesloten is dat banken in sommige gevallen juist eerder tot opzegging en opheffing van het krediet zullen overgaan wanneer de kredietnemer (koper) grote (onder eigendomsvoorbehoud geleverde) voorraden aanhoudt, waarvan de waarde door bijvoorbeeld seizoensinvloeden sterk fluctueert.

10. In dit geval had Rabobank het restant van de koopprijs van het teeltsysteem in overleg met de curator van Revadap betaald aan Meteor. Gesterkt door dit arrest valt te verwachten dat pandhouders ook buiten de curator om zullen gaan acteren en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud zullen gaan benaderen. De mogelijkheid om schulden van de pandgever te betalen hebben de pandhouders op grond van art. 6:30 lid 1 BW, waarin is bepaald dat een verbintenis ook door een ander dan de schuldenaar kan worden nagekomen, tenzij de inhoud of strekking van de verbintenis zich daartegen verzet. Bij betaling van een geldvordering zal deze 'tenzij' zich niet snel voordoen, nu die veeleer ziet op het belang van de schuldeiser bij de persoonlijke nakoming door schuldenaar vanwege zijn bijzondere deskundigheid of het belang van schuldenaar die om publiciteitsredenen aan schuldeiser wil presteren (W.L. Valk, *T&C Vermogensrecht*, art. 6:30 BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2013; TM, Parl. Gesch. 6, p. 158). Overleg met de curator (schuldenaar) is in beginsel dus niet noodzakelijk.

11. De curator kan bevrijdende betalingen door de pandhouder aan de leverancier in dit soort constellaties dus lastig eenzijdig verhinderen – dit terwijl de gezamenlijke (niet-gesecureerde) schuldeisers van de failliete koper daar wel baat bij zouden kunnen hebben. In gevallen waarin (i) de pandhouder niet tevens een (stil) pandrecht heeft gevestigd op de huidige en toekomstige vorderingen van de koper en (ii) de terug te nemen zaak nog een

aanzienlijke waarde vertegenwoordigt voor de leverancier onder eigendomsvoorbehoud en (iii) de boedel niet beschikt over voldoende middelen om het restant van de koopprijs te kunnen voldoen, kan terugname voor zowel de leverancier als de boedel tot voordeel leiden.

12. De teruglevering van zaken brengt immers ontbinding van de koopovereenkomst met zich (vgl. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud* (Mon. BW B6c), Deventer: Kluwer 2013, nr. 85 met verwijzing naar o.a. Asser/Van Mierlo & van Velten 3-VI* (Zekerheidsrechten), Deventer: Kluwer 2010, nr. 540 en Verstijlen, *Groene Serie Vermogensrecht*, aant. 39 bij art. 3:92 BW). De ontbinding leidt tot ongedaanmakingsverbintenissen over en weer (art. 6:271 BW). De (waardevolle) zaak gaat terug naar de leverancier. Het deel van de koopprijs dat de koper vóór het faillissement reeds had betaald, wordt door de leverancier in het kader van de ongedaanmaking voldaan aan de boedel onder vermindering van eventuele schades. Gedacht kan worden aan een schilderij, geleverd onder eigendomsvoorbehoud, dat ná verkoop en levering aanzienlijk in waarde is gestegen. De leverancier en de boedel zijn dan beiden gebaat bij ongedaanmaking (onder de aannames genoemd in randnummer 11 van deze noot). Naar aanleiding van deze uitspraak zal, na voldoening van de resterende prestatie door de pandhouder, de volledige waarde van het schilderij toekomen aan de pandhouder zonder dat de curator van de failliete koper dat kan voorkomen. De problematiek rondom lege boedels zal door deze uitspraak in ieder geval groter worden.

G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan
TeekensKarstens advocaten notarissen

1012

155

Hoge Raad
3 juni 2016, nr. 15/01169
ECLI:NL:HR:2016:1054
(mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Polak)
(concl. A-G mr. Vlas (niet opgenomen; Red.))
Noot M. Teekens

IPR. Toepasselijk recht (on)rechtmatige internetpublicatie(s). Convergerende uitleg Rome II en EEX-Vo.

Bij gestelde inbreuken op de persoonlijke levenssfeer of op de persoonlijkheidsrechten bij internetpublicaties is het recht van toepassing waar het centrum van de belangen van de gelaedeerde zich bevindt. Deze aanwijzingsregel is gebaseerd op een aanvullende uitleg van art. 4 lid 1 Rome II aan de hand van de door het Hof van Justitie in het eDate-arrest gehanteerde uitleg voor het bepalen van rechtsmacht op grond van art. 7 lid 3 EEX-Vo (art. 5 lid 3 EEX-Vo oud).

[Rome II-Vo art. 4 lid 1 en 3; EEX-Vo (oud) art. 5 lid 3; EEX-Vo Herschikking art. 7 lid 2; BW art. 10:159; WCOD art. 3]

Dahabshil is een financiële organisatie met wereldwijd 24.000 vestigingen, waarvan het hoofdkantoor is gevestigd in het Verenigd