

JOR 2015/53 Gerechtshof 's-Gravenhage, 02-09-2014, 200.122.224/01 Stille verpanding bij voorbaat van onder eigendomsvoorbehoud geleverde roerende zaak, Onder eigendomsvoorbehoud aan failliet geleverde teeltsysteem is toekomstige zaak, Bank heeft geen pandrecht verkregen op onder eigendomsvoorbehoud geleverde teeltsysteem dat eerst na faillietverklaring is afbetaald, Geen pandrecht op voorwaardelijke eigendom, Hoger beroep van Rb. 's-Gravenhage 6 december 2012, «JOR» 2012/377, m.nt. Van Andel

Publicatie

JOR 2015 afl. 2

Publicatiedatum

05 februari 2015

College

Gerechtshof 's-Gravenhage

Uitspraakdatum

02 september 2014

Rolnummer

200.122.224/01

LJN

Rechter(s)

mr. Van Sandick

mr. Groos

mr. Van Nispen

Partijen

De coöperatie Coöperatieve Rabobank Zuid-Holland Midden UA te Delft,  
appellante in het principale hoger beroep,

geïntimeerde in het voorwaardelijke incidentele hoger beroep,

advocaat: mr. L.Ph.J. van Utenhove,

tegen

J.A.M. Reuser te Pijnacker-Nootdorp,

geïntimeerde in het principale hoger beroep,

appellant in het voorwaardelijke incidentele hoger beroep.

Noot

mr. drs. W.J.M. van Andel en mr. M.E. ten Brinke

Stille verpanding bij voorbaat van onder eigendomsvoorbehoud geleverde roerende zaak, Onder eigendomsvoorbehoud aan failliet geleverde teeltsysteem is toekomstige zaak, Bank heeft geen pandrecht verkregen op onder eigendomsvoorbehoud geleverde teeltsysteem dat eerst na faillietverklaring is afbetaald, Geen pandrecht op voorwaardelijke eigendom, Hoger beroep van Rb. 's-Gravenhage 6 december 2012, «JOR» 2012/377, m.nt. Van Andel,

#### Regelgeving

BW Boek 3 – 84

BW Boek 3 – 92 lid 1

BW Boek 3 – 98

BW Boek 5 – 1

Fw – 35 lid 2

#### Samenvatting

Met een beroep op art. 3:92 lid 1 BW stelt de bank dat failliet 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. Dit standpunt wordt inderdaad door vele rechtsgeleerde schrijvers verdedigd, door anderen daarentegen bestreden. Het hof sluit zich bij deze laatste aan. De wet omschrijft in art. 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, vloeit daaruit voort 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. Dat doet ook art. 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 art. 3:84 BW zijn andere rechten dan eigendom, beperkte rechten of vorderingsrechten slechts vatbaar voor overdracht (en ingevolge art. 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. Daarom wordt geoordeeld dat het onder eigendomsvoorbehoud aan failliet 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 failliet in staat van faillissement en had zij haar beschikkingsbevoegdheid verloren. Art. 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.

## Uitspraak

(...; red.)

## 2. Vaststaande feiten

2.1. 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 druppelbevloeiingssysteem (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.

2.2. De overeengekomen prijs van omstreeks € 600.000,00 is door Revadap grotendeels voldaan, maar een restbedrag van € 120.000,00 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.

2.3. In december 2008 sloot Revadap met de bank 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 derden of die worden verkregen uit op dat ogenblik bestaande rechtsverhoudingen tussen Revadap en derden.

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.”

2.4. Op 24 november 2009 is Revadap in staat van faillissement verklaard met aanstelling van Reuser als curator. In overleg met de curator heeft de bank aan Meteor ter voldoening van haar restantvordering op Revadap met rente en kosten € 135.000,00 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. In december 2009 heeft de curator met toestemming van de rechter-commissaris en in overleg met de bank de onderneming van Revadap, in hoofdzaak bestaande uit het onroerend goed, verkocht aan Leo Hoogweg B.V. (hierna: Hoogweg). Op 26 januari 2010 heeft de levering plaatsgevonden. De koopprijs ad € 5.800.000,00 is betaald aan de bank 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.

2.5. Op 24 januari 2010 heeft de curator de bank gesommeerd € 110.920,00, althans € 77.000,00 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.

### 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 uitstrekke. 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 verkregen. 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. Subsidiair 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.

#### 4. Het recht van hypotheek van de bank

##### Bespreking van grief II in het principale hoger beroep

4.1. In eerste aanleg was het primaire standpunt van de bank dat het teeltsysteem door natrekking als bestanddeel van de onroerende zaak moest worden beschouwd en dus met die onroerende zaak aan haar verhypothekerd was, zodat op die grond de door de bank ontvangen koopprijs, ook voor zover die aan het in de koop begrepen teeltsysteem zou moeten worden toegerekend, haar toekwam. Onder 4.9 van het bestreden vonnis heeft de rechtbank dit beroep op natrekking verworpen. In hoger beroep heeft de bank haar standpunt, zij het thans in subsidiaire vorm, gehandhaafd. Tegen het oordeel van de rechtbank komt de bank op met haar voorwaardelijke grief II die als gevolg van de verwerping van grief I in het principale hoger beroep thans aan de orde moet komen.

4.2. Onder 4.5 van het bestreden vonnis heeft de rechtbank vastgesteld dat de bank ter comparitie in eerste aanleg expliciet had toegelicht dat zij zich niet op artikel 3:4 lid 1 BW beriep. Daartegen is de bank in hoger beroep niet opgekomen. Het hof gaat er daarom eveneens van uit dat de bank haar standpunt dat het teeltsysteem bestanddeel van de onroerende zaak is geworden, slechts grondt op artikel 3:4 lid 2 BW en op de stelling dat de verwijdering van het teeltsysteem beschadiging van betekenis oplevert in de zin van die bepaling.

4.3. De bank handhaaft in hoger beroep haar stelling dat het teeltsysteem niet zonder beschadiging van betekenis verwijderd kon worden en beklagt zich erover dat zij ondanks haar bewijsaanbod niet in de gelegenheid gesteld is de juistheid van die stelling aan te tonen. De onvermijdelijkheid van die beschadiging heeft zij in eerste aanleg nader toegelicht door overlegging van verklaringen van deskundigen. Hun verklaringen komen daarop neer dat de teeltgoten ter plaatse op maat vervaardigd zijn voor deze kas, dat het bij verwijdering uit de kas nodig is de goten in hanteerbare stukken (doorgaans van omstreeks 10 meter lengte) te zagen om ze te kunnen vervoeren en ze vervolgens op een volgende locatie weer aan elkaar te bevestigen waardoor gevaar voor lekkages ontstaat en de goten onbetrouwbaar en praktisch onbruikbaar worden.

4.4. Artikel 3:4 lid 2 BW bepaalt dat een zaak bestanddeel van een andere zaak als hoofdzaak wordt indien zij daarmee zodanig wordt verbonden dat zij daarvan zonder beschadiging van betekenis aan een der zaken niet kan worden afgescheiden. De beschadiging waarop de bank in casu doelt, is echter geen gevolg van de wijze waarop de

teeltgoten met de kas verbonden zijn. Zij zijn daarmee verbonden door ophanging aan staaldraden (en waarschijnlijk ook door waterleidingen), maar niet is gesteld of gebleken dat het losmaken van deze draden of het afkoppelen van de leidingen tot beschadiging van betekenis leidt. De door de bank bedoelde schade is daarom niet toe te schrijven aan de wijze waarop het teeltsysteem met de onroerende zaak verbonden is, maar door zijn afmetingen: zij zijn gewoon te groot, mogelijk om ze uit de kas te verwijderen, maar anders in elk geval om ze van het bedrijfsterrein af te voeren. Daarmee wordt echter aan de eisen van artikel 3:4 lid 2 niet voldaan. Of het teeltsysteem mogelijk volgens verkeersopvatting onderdeel van de onroerende zaak uitmaakt, behoeft niet te worden onderzocht, nu de bank expliciet heeft meegedeeld zich daarop niet te beroepen. Het hof acht daarom de grief ongegrond.

## 5. Ongerechtvaardigde verrijking

### Bespreking van grief III in het principale hoger beroep

5.1. Onder 4.2 van het bestreden vonnis heeft de rechtbank de vordering van Reuser opgevat als een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking en onder 4.14 heeft zij de vordering als zodanig toewijsbaar geacht. Grief III in het principale hoger beroep, die is aangevoerd onder de voorwaarde dat grief I niet zou slagen en grief II zou worden behandeld en ook niet zou slagen en die thans dus aan de orde is, bestrijdt deze overwegingen. Zij voert aan dat Reuser in eerste aanleg geen rechtsgronden voor de vordering heeft aangevoerd, zich ook niet op ongerechtvaardigde verrijking heeft beroepen en ook feitelijk niet gesteld heeft dat aan alle eisen van artikel 6:212 BW is voldaan en voorts dat aan die eisen ook inderdaad niet voldaan is.

5.2. Dat Reuser geen rechtsgronden heeft aangevoerd en zich met name ook niet uitdrukkelijk op ongerechtvaardigde verrijking heeft beroepen is juist, maar de daarop berustende klacht over de overwegingen van de eerste rechter miskent dat het de taak van de rechter is ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Dat Reuser niet gesteld heeft dat aan de eisen van artikel 6:212 BW voldaan is, is niet juist. Reuser heeft gesteld dat de curator de onderneming van de gefailleerde heeft verkocht en dat de bank als hypotheekhouder op de daartoe behorende onroerende zaak de opbrengst heeft geïncasseerd hoewel tot het verkochte ook een zaak behoorde en de opbrengst daardoor mede betrekking had op een zaak waarop de hypotheek niet rustte en waarop de bank ook overigens geen aanspraken had. Deze stellingen impliceren en Reuser heeft daardoor mede gesteld dat door deze gang van zaken de bank ongerechtvaardigd verrijkt was ten koste van de failliete boedel.

5.3. Ten betoge dat in werkelijkheid van een ongerechtvaardigde verrijking geen sprake was, wijst de bank erop dat de Hoge Raad een verrijking niet ongerechtvaardigd acht als zij haar grondslag vindt in een rechtshandeling, waaronder een koopovereenkomst tegen een te lage prijs. Zij voert aan dat, indien en voor zover (Reuser, waarmee zij kennelijk doelt op) de failliete boedel schade zou lijden door tussen de curator en Hoogweg gesloten



koopovereenkomst, Reuser niet kan stellen dat de bank daardoor ongerechtvaardigd is verrijkt. Dit betoog gaat echter niet op: de stellingen van de curator houden niet in dat de bank ten koste van de boedel verrijkt zou zijn door die koopovereenkomst maar dat zij verrijkt is door zich als hypotheekhouder de volle koopprijs te laten uitbetalen hoewel het verkochte slechts deels op het verhypothekerde betrekking had en voor een ander deel op een zaak die in de boedel viel en waarop de bank geen aanspraak kon doen gelden. De grief faalt.

## 6. De overwaarde van het teeltsysteem

### Bespreking van grief IV in het principale hoger beroep

6.1. Onder 4.16 van het bestreden vonnis heeft de rechtbank de overwaarde van het teeltsysteem op € 110.920,00 gesteld. Grief IV in het principale hoger beroep, die is aangevoerd onder de voorwaarde dat de grieven I tot en met III zouden falen en die thans dus aan de orde is, bestrijdt deze vaststelling. De bank voert daarmee in de eerste plaats aan dat volgens de deskundigen waarvan zij verklaringen in het geding heeft gebracht, de verwijderde teeltgoten “onverkoopbaar” en “niet verhandelbaar” zijn. Indien het teeltsysteem afzonderlijk en niet als onderdeel van de onderneming verkocht zou zijn, zou het dus veel minder hebben opgeleverd. Subsidiair voert de bank aan dat hooguit van de executiewaarde dient te worden uitgegaan nu niet is aangetoond dat (bij executie) een hogere opbrengst zou zijn gerealiseerd.

6.2. Het hof verwerpt dit betoog als niet ter zake dienend omdat het teeltsysteem in feite niet na verwijdering of afzonderlijk of bij executie is verkocht, maar door de curator in overleg met de bank verkocht is als onderdeel van de in haar geheel verkochte onderneming, dat wil zeggen tezamen met de onroerende zaak (en mogelijk met andere zaken waarop de bank pandrecht had) en voor één totaalprijs. Het gaat dus niet om een gefingeerde overwaarde die onder andere omstandigheden gerealiseerd zou zijn, maar om de overwaarde die in feite gerealiseerd is en waarvan de hoogte bepaald moet worden door de gerealiseerde totaalprijs van € 5.800.000,00 naar redelijkheid toe te rekenen, enerzijds aan het in de verkoop betrokken teeltsysteem en anderzijds aan de rest van de onderneming. Daartoe heeft Reuser een berekeningswijze voorgedragen die de rechtbank voor redelijk heeft gehouden, waartegen de bank geen gemotiveerde bezwaren heeft ingebracht en die ook het hof voor redelijk houdt. De grief wordt daarom verworpen.

## 7. Slotsom

7.1. Nu de grieven in het principale hoger beroep alle falen, behoeft het voorwaardelijk ingestelde incidentele hoger beroep niet aan de orde te komen.

7.2. Het bestreden vonnis dient te worden bekrachtigd met verwijzing van de bank als in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep.

## Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 12 september 2012;

veroordeelt de bank in de kosten van het hoger beroep (...; red.);

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

## Noot

1. Op 22 december jl. brachten vrijwel alle landelijke media het bericht dat sinds het begin van de economische crisis in 2008, in Nederland zo'n 22.000 winkels zijn verdwenen, het overgrote deel na faillissement. In 2014 gingen onder meer landelijke ketens als Mexx, Halfords, Henk ten Hoor Textiel, BS Budgetstore, De Block, De Harense Smid, Free Record Shop, Polare, De Slegte en Siebel failliet, waardoor aan het eind van 2014 nog slechts ca. 90.000 winkels resteerden, een achteruitgang van ca. 20% in zes jaar tijd! Hoewel het in de onderhavige kwestie om een inventariszaak van een tuinbouwbedrijf en niet om voorraden van een winkelketen gaat, is de rechtsvraag die in het arrest van het hof centraal staat, met name voor ondernemingen met hoge voorraadposities – zoals winkelketens – van groot belang. Als de Hoge Raad het oordeel van rechtbank en hof in deze zaak overneemt – Rabobank heeft inmiddels cassatieberoep ingesteld – zullen er, los van de marktomstandigheden, de komende jaren nog veel meer winkelketens failliet gaan.

2. Waarom is dat? Omdat winkelketens – en andere bedrijven met hoge voorraadposities – dan simpelweg niet meer te financieren zijn. Een gestileerd voorbeeld moge dit verduidelijken. Stel, een winkelketen houdt een gemiddelde voorraadpositie aan van € 20 miljoen, waarvan 25% gefinancierd wordt met eigen vermogen en 25% met leverancierskrediet. De resterende 50% zal dan gefinancierd moeten worden met bancair krediet, in dit voorbeeld derhalve € 10 miljoen. Wat heeft de winkelketen de bank als onderpand aan te bieden? Als we rechtbank en hof moeten geloven, luidt het antwoord in de praktijk in veel gevallen: niets. Want leveranciers plegen een zogenaamd verlengd eigendomsvoorbehoud te bedingen, waarbij het eigendomsvoorbehoud dat rust op een bepaalde zaak, zich niet alleen uitstrekt tot zekerheid van voldoening van de vordering tot betaling van de koopprijs met betrekking tot die zaak, maar van alle vorderingen betreffende reeds geleverde en nog te leveren zaken. De meerderheid van de schrijvers lijkt bovendien aan te nemen dat de leverancier ook nog eens rechtsgeldig kan bedingen dat in geval van een doorlopende handelsrelatie, het eigendomsvoorbehoud zelfs in stand blijft als de

leverancier op enig moment niets te vorderen heeft: het zogenaamde krediet eigendomsvoorbehoud. Zie o.a. Van Mierlo, AA 1999, 4; Janssen, in: 'Onzekere zekerheid', in: Insolad jaarboek 2001, p. 269 e.v. en in Tvl 2002, 6; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI\* 2010, nr. 537; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 491. In de praktijk heeft dit tot gevolg dat het overgrote deel van de voorraadpositie van een winkelketen belast zal zijn met een eigendomsvoorbehoud. Met andere woorden: de dekkingspositie van de leveranciers zal doorgaans een veelvoud van de totale schuld aan de leveranciers bedragen. Vanuit financieringstechnisch oogpunt bestaat daartegen weinig bezwaar als het surplus aan dekkingspositie – in het voorbeeld € 15 miljoen – aan de (bancaire) financier in onderpand gegeven kan worden tot meerdere zekerheid van de terugbetaling van het bancaire krediet. Volgens rechtbank en hof kan dat echter niet, althans niet faillissementsbestendig (en daar gaat het de bank nu juist om). Dat is maatschappelijk zeer onwenselijk: waarom zou een overdaad aan zekerheid van leveranciers (verlengd eigendomsvoorbehoud of, nog verstrekkender, krediet eigendomsvoorbehoud) ertoe moeten leiden dat bedrijven die hoge voorraadposities plegen aan te houden, worden afgesneden van het financieren van een deel van die voorraadpositie met bancair krediet? De tegenwerping dat zo'n bedrijf zich ter financiering dan maar dient te beperken tot een combinatie van leverancierskrediet en eigen vermogen miskent de realiteit: dat zal in de praktijk doorgaans onmogelijk c.q. veel te duur zijn. Bovendien is er geen enkele reden om aan te nemen dat de wetgever de weg naar het gedeeltelijk bancair financieren op basis van zekerheden (pandrechten) van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken niet mogelijk heeft willen achten. Het lijkt er, zoals wij hierna uiteen zullen zetten, eerder op dat de wetgever zich niet bewust was van dit probleem. In haar bijdrage 'Waar een wil is, is een weg' in: Groninger Zekerheid, Liber Amicorum Wim Reehuis 2014, p. 379–380) betoogt Spath, in onze ogen terecht: "Recht is dienend en het antwoord op de vraag naar de wenselijkheid [dat de koper over zijn aanspraak kan beschikken] wordt wat mij betreft bepaald door de maatschappelijke en (...) economische realiteit dat de vermogenswaarde van het verkochte geleidelijk verschuift van de verkoper naar de koper. Naarmate de koper een groter deel van de koopsom heeft betaald, wordt zijn recht om door betaling van het restant eigenaar te worden van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak waardevoller. Mijns inziens moet het uitgangspunt zijn dat het civiele recht de economische verhoudingen zo veel mogelijk weerspiegelt en faciliteert."

3. Voor zover ons bekend is er geen gezaghebbende auteur die ooit betoogd heeft dat het maatschappelijk of economisch onwenselijk zou zijn als de koper onder eigendomsvoorbehoud zou kunnen beschikken over zijn aanspraak – ook wel eigendomsverwachting(srecht) genoemd – om aldus zijn bedrijfsactiviteiten te kunnen financieren. De minderheid van de schrijvers die van mening is dat de koper dat niet kan, heeft louter dogmatische bezwaren. Zie o.a. Vermunt in zijn noot onder Rb. Amsterdam 2 april 2003, «JOR» 2003/181; Boeve, Eigendomsvoorbehoud buiten en in faillissement 2007, p. 21; Wibier & Smid, WPNR 2009/6811 en nogmaals Wibier, MvV 2013/10; Reehuis, Eigendomsvoorbehoud (Mon. BW nr. B6c) 2012, nr. 75 e.v. Maar men moet wel van heel goeden huize komen om een maatschappelijk en economisch wenselijke financieringsmogelijkheid te willen blokkeren met louter dogmatische bezwaren, zeker indien men zich realiseert hoe het probleem destijds ontstaan is.

4. Uitgangspunt van de NBW-wetgever was dat eigendom tot zekerheid onder het nieuwe recht niet meer mogelijk zou zijn; in plaats daarvan kwam het stille pandrecht. De gedachte (van Meijers) hierachter was dat zekerheidseigendom de schuldeiser meer recht verschaft dan zijn belang als schuldeiser rechtvaardigt. In het Ontwerp Meijers kwam de uitzondering met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud nog niet voor.

5. Het eigendomsvoorbehoud werd door de minister in 1971 in het NBW geïntroduceerd ter gelegenheid van de inzending aan de Tweede Kamer van de memorie van antwoord, die vergezeld ging van een gewijzigd ontwerp van wet. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 3:92 BW blijkt dat de minister meende dat het in de praktijk – wegens het ontbreken van een bezitloos zekerheidsrecht – ontwikkelde eigendomsvoorbehoud ondanks de invoering van het fiduciaverbod en het stil pandrecht, onder het nieuwe recht mogelijk moest blijven. Een verkoper zou niet slechts behoefte hebben aan een zekerheidsrecht, maar ook aan behoud van het eigendomsrecht, om twee redenen. Ten eerste, omdat een verkoper bij wanprestatie ook kan kiezen voor ontbinding, in welk geval hij recht heeft op teruggave van de geleverde zaak. Ten tweede, omdat een verkoper die alleen een stil pandrecht zou kunnen bedingen steeds achter zou komen te staan bij kredietverschaffers die eerder een stil pandrecht hebben bedongen (zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 388). Dit laatste argument is in ieder geval sinds 1982 niet meer valide, omdat toen de mogelijkheid om bij overdracht een stil pandrecht voor te behouden in het wetsontwerp is opgenomen (zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3,5 en 6), p. 1195). Door middel van een voorbehouden pandrecht ex art. 3:81 lid 1 BW, kan een verkoper voorkomen dat hij achter komt te staan bij andere kredietverschaffers. Dit heeft de minister later bij de behandeling van de invoeringswet ook erkend (zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1240).

6. Dit alles gold volgens de minister echter slechts voor wat wel een “eenvoudig” eigendomsvoorbehoud wordt genoemd: een eigendomsvoorbehoud dat strekt tot zekerheid van een vordering ter zake van de “tezelfdertijd bedongen tegenprestatie”, in de regel de koopprijs. Een ruimer eigendomsvoorbehoud was in strijd met de ratio van het in te voeren art. 3:84 lid 3 BW (fiduciaverbod) en was ingevolge het ontwerp van art. 3:92 BW nietig (zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 388). Hier kwam echter kritiek op van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, met name omdat een dergelijk “niet-verlengd” eigendomsvoorbehoud tot bewijsproblemen bij de leverancier zou leiden. De minister gaf gehoor aan deze kritiek en heeft het toepassingsgebied van het eigendomsvoorbehoud naar aanleiding daarvan – bij de tweede nota van wijziging van de invoeringswet in 1985 – aanzienlijk verruimd. Het eigendomsvoorbehoud kon volgens het gewijzigde art. 3:92 BW ook worden bedongen voor vorderingen betreffende (de betaling van de koopprijs van) reeds geleverde of nog te leveren zaken. Dat hetzelfde resultaat door een verkoper die leverancierskrediet verstrekt, kan worden bereikt door middel van een voorbehouden pandrecht, bracht de wetgever niet op andere gedachten. De minister vond het niet nodig om “een figuur die naar algemene ervaring goed bij de eisen van het leverancierskrediet past en waartegen uit maatschappelijk oogpunt ook geen overwegend bezwaar behoeft te bestaan” prijs te geven (zie Parl. Gesch. (Inv. 3, 5, en 6), p. 1239–1240).

7. De minister voorzag toen echter niet de hiervoor geschetste problematiek. Had hij die wel voorzien, dan lijkt het wat ons betreft weinig twijfel dat hij zich – juist ook vanwege de maatschappelijke en economische wenselijkheid – zou hebben uitgesproken ten gunste van de mogelijkheid voor bedrijven om het hiervoor geschetste surplus aan dekkingspositie “faillissementsbestendig” in onderpand te geven aan de (bancaire) financier. Had de wetgever het fiduciaverbod consequent doorgevoerd – waarbij de leverancier dan gebruik had kunnen maken van de figuur van het voorbehouden pandrecht, zodat hij altijd eerste in rang is – dan was er geen enkel probleem geweest, want pandrechten kunnen “gestapeld” worden: het tweede pandrecht biedt hier uitkomst. Zo ontstaat er geen “financieringsgat”. Met de introductie van het “eenvoudige” eigendomsvoorbehoud in 1971 en van het “verlengd” eigendomsvoorbehoud in 1985, ontstond er echter wel een (mogelijk) financieringsprobleem, zonder dat de minister en vermoedelijk ook het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen zich daarvan bewust waren. Het uitgangspunt van Meijers (zekerheidseigendom dient verboden te worden omdat het de schuldeiser meer recht verschaft dan zijn belang als schuldeiser rechtvaardigt) werd daarbij feitelijk geheel verlaten, zeker als men aanneemt dat de leverancier ook nog eens een krediet eigendomsvoorbehoud kan bedingen. Maar hoe dit ook zij, de bedoeling van de introductie van het (verlengd) eigendomsvoorbehoud was louter de versterking van de rechtspositie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud, niet het beperken van de financieringsmogelijkheden van de koper onder eigendomsvoorbehoud. Ware dat wel zo, dan had de minister nooit laten optekenen dat tegen het (verlengd) eigendomsvoorbehoud “uit maatschappelijk oogpunt geen overwegend bezwaar behoeft te bestaan.” Het – ingrijpend en zonder goede reden – beperken van de financieringsmogelijkheden van kopers onder eigendomsvoorbehoud is immers vanuit maatschappelijk oogpunt zonder twijfel bezwaarlijk.

8. In het voorgaande spraken wij van een (financierings)probleem dat voortvloeit uit het toelaten van zekerheidseigendom in de vorm van een (verlengd) eigendomsvoorbehoud. Met de term “probleem” hebben wij niet willen suggereren dat dus sprake is van een hindernis vanuit dogmatisch oogpunt, laat staan een onneembare hindernis. Met die term hebben wij louter willen aanduiden dat thans – meer dan twintig jaar na de invoering van het huidige BW – nog steeds onzeker is of kopers onder eigendomsvoorbehoud nu wel of niet ernstig belemmerd worden in hun (bancaire) financieringsmogelijkheden. Zo bezien lijkt het opmerkelijk dat deze kwestie pas thans voor het eerst wordt voorgelegd aan de Hoge Raad. In de voorbije decennia gingen banken er echter, zo mag worden aangenomen, bij de verstrekking van financieringen van uit dat de overwaarde van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken onder het door hen bedongen pandrecht viel en hebben curatoren daar doorgaans kennelijk geen punt van gemaakt. Nu het probleem echter inmiddels uitdrukkelijk op tafel ligt, worden in de praktijk de messen geslepen en nemen curatoren – begrijpelijk – de positie in die door rechtbank en hof in deze zaak gesanctioneerd is. De banken zijn inmiddels ook wakker geworden en zullen zeer terughoudend zijn geworden met het verstrekken van financieringen aan bedrijven met hoge voorraadposities die gebruik maken van leverancierskrediet, zolang de Hoge Raad nog niet gesproken heeft en zeker als de Hoge Raad het oordeel van rechtbank en hof in stand laat.

9. In de literatuur wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of het vanuit dogmatisch oogpunt nu wel of niet mogelijk is voor de koper onder eigendomsvoorbehoud om zijn aanspraak faillissementsbestendig in onderpand te geven. Wij menen dat er vanuit dogmatisch oogpunt geen belemmering zou moeten zijn – en ook niet hoeft te zijn – om tot het maatschappelijk wenselijke resultaat te komen dat de koper onder eigendomsvoorbehoud niet onnodig beperkt wordt in zijn financieringsmogelijkheden. Wij zullen hierna vier opties bespreken.

10. Een eerste optie is de aanspraak van de koper onder eigendomsvoorbehoud aan te merken als een voorwaardelijk eigendomsrecht. Deze optie wordt verdedigd door o.a. H.J. Snijders, NTBR 2006, 31; Faber, in: Fiduciaire verhoudingen (Kortmann-bundel) 2007, p. 33 e.v.; Verstijlen, WPNR 2007/6725; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI\* 2010, nr. 550 e.v.; Van Andel, noot onder Rb. 's-Gravenhage 12 september 2012, «JOR» 2012/377; Steneker, Pandrecht (Mon. BW nr. 12a) 2012, nr. 38; Rongen in: Groninger Zekerheid, Liber Amicorum Wim Reehuis 2014, p. 301 e.v. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:92 BW blijkt dat het volgens de wetgever ook zonder die bepaling – namelijk ingevolge art. 3:38 en 3:84 lid 4 BW – mogelijk was om een eigendomsvoorbehoud in de vorm van een overdracht onder opschortende voorwaarde overeen te komen (zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 388). Uit art. 3:84 lid 4 BW volgt dat degene aan wie geleverd wordt uit hoofde van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde van betaling een recht krijgt “dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen”. Hieruit kan worden afgeleid dat de koper gedurende het eigendomsvoorbehoud reeds een voorwaardelijk (eigendoms)recht heeft. Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis waarin de wetgever spreekt van “een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde”, “de voorwaardelijke aard van het recht van de verkrijger” en “een voorwaardelijk eigendomsrecht” (zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv 3, 5 en 6), p. 1238).

11. De volgende stap in de redenering is dat hetgeen de wet bepaalt omtrent de mogelijkheid om te beschikken over het eigendomsrecht (zie art. 3:83 lid 1 en art. 3:98 BW), van overeenkomstige toepassing is op het voorwaardelijke eigendomsrecht: ook daarover kan dus beschikt worden. De laatste stap in de redenering is dat een pandrecht op een voorwaardelijk eigendomsrecht van rechtswege (ook tijdens faillissement van de koper onder eigendomsvoorbehoud) aanwast tot een pandrecht op de zaak zelve zodra het voorwaardelijk karakter aan het eigendomsrecht is komen te ontvallen. Het hof verwerpt deze redenering in r.o. 3.5 met het argument dat art. 5:1 BW de eigendom als het meest omvattende recht omschrijft dat een persoon op een zaak kan hebben, waaruit – omdat slechts één recht het meest omvattende kan zijn – voortvloeit dat in de visie van de wetgever slechts één eigendomsrecht kan bestaan. Het hof licht niet toe hoe dit oordeel zich verhoudt tot het bepaalde in art. 3:84 lid 4 BW en de hiervoor aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis, waarin met zoveel woorden van een voorwaardelijk eigendomsrecht c.q. een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde wordt gesproken. Zie in dit verband ook Rongen, a.w. p. 313, die onzes inziens terecht stelt: “De figuur komt naar mijn mening niet in strijd met het wezen van het eigendomsrecht als het ‘meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben’ (art. 5:1 BW). Bedacht moet worden dat hangende de voorwaarde aan het ‘eigendomsrecht onder opschortende

voorwaarde' nog geen werking toekomt. Het is een sluimerend eigendomsrecht dat pas bij het in vervulling gaan van de voorwaarde werking verkrijgt. Tot dat moment kan de verkrijger nog geen eigenaarsbevoegdheden met betrekking tot de zaak uitoefenen. De 'actieve' eigenaarsbevoegdheden komen hangende de voorwaarde uitsluitend toe aan de vervreemder. Op elk moment is er dus maar één volledig rechthebbende 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. (...) Het ligt voor de hand om aan te nemen dat de omschrijving die art. 5:1 BW van het eigendomsrecht geeft, betrekking heeft op het normale geval van 'onvoorwaardelijke' eigendom waarbij er één eigenaar is. Gelezen in combinatie met art. 3:84 lid 4 BW brengt de bepaling met betrekking tot een voorwaardelijke overdracht van een zaak hoogstens tot uitdrukking, dat er slechts één persoon kan zijn aan wie een 'werkend' eigendomsrecht van die zaak toekomt."

12. De tweede optie ligt dicht tegen de eerste aan. Zij wordt aangehangen door schrijvers die van mening zijn dat de koper niet een voorwaardelijk eigendomsrecht heeft in de hiervoor bedoelde zin, maar wel een goederenrechtelijke aanspraak waarover de koper kan beschikken. Zie o.a. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden) 2007, p. 150 e.v.; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012, nr. 126; Spath, a.w., p. 378-379. Die schrijvers nemen op verschillende gronden aan dat de koper over die goederenrechtelijke aanspraak kan beschikken, maar de vraag is vervolgens hoe in dat geval een pandrecht op de zaak zelve tot stand komt na vervulling van de voorwaarde. Spath (a.w., p. 385) betoogt op dit punt: "Om het beoogde resultaat te bewerkstelligen moet (...) een beroep worden gedaan op de Quint/Te Poel-formule: past het binnen het systeem van de wet en sluit het aan bij in de wet geregelde gevallen dat het pandrecht op de voorwaardelijke aanspraak zich vertaalt in een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van de koper? (...) Een geslaagd beroep op zaaksvervanging lijkt mij het noodzakelijke sluitstuk (...) van de redenering." Volgens Spath ligt analogie met het bepaalde in art 3:246 lid 5 BW – na inning van een verpande vordering komt het pandrecht van rechtswege op het geïnde te rusten – voor de hand.

13. De derde optie is dat de aanspraak van de koper wordt aangemerkt als een vorderingsrecht; vgl. Kortmann, in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel) 1992, p. 207. De gedachte is dan dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud – anders dan het hof in r.o. 3.6 overweegt – wel degelijk nog steeds een verplichting heeft om uiteindelijk aan de koper de onvoorwaardelijke eigendom te verschaffen en de koper dienovereenkomstig een vordering op de verkoper heeft tot overdracht van de onvoorwaardelijke eigendom. Wordt aangenomen dat de aanspraak van de koper als een vorderingsrecht kan worden aangemerkt, dan kan daarop een pandrecht worden gevestigd. Ook in deze optie zal sluitstuk van de redenering moeten zijn dat na uitoefening van dat pandrecht door de pandhouder analoog aan art. 3:246 lid 5 BW uiteindelijk een pandrecht op de zaak zelve komt te rusten. Overigens is Kortmann inmiddels teruggekomen van zijn eerdere standpunt en verdedigt hij thans de eerste door ons besproken optie, zo blijkt uit zijn noot onder HR 28 november 2014, «JOR» 2015/26 (Snippers q.q./Rabobank).

14. De vierde en laatste optie is dat de aanspraak van de koper wordt aangemerkt als een vermogensrecht, niet zijnde een goederenrechtelijk recht of een vorderingsrecht. In onderhavige zaak was, zo lijkt uit r.o. 3.9 te volgen, dit ook door Rabobank aangevoerd, maar het hof is aan die stelling voorbijgegaan. Het hof lijkt niet zozeer moeite te hebben met de kwalificatie van de eigendomsverwachting van de koper als vermogensrecht, maar wel met de vatbaarheid daarvan voor overdracht of verpanding. Volgens art. 3:83 BW (het hof noemt in r.o. 3.6 abusievelijk art. 3:84 BW) zijn andere rechten dan eigendom, beperkte rechten of vorderingsrechten slechts vatbaar voor overdracht (en ingevolge art. 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, aldus het hof. Dit betekent onzes inziens echter niet dat de eigendomsverwachting van een koper onder eigendomsvoorbehoud niet kan worden aangemerkt als een overdraagbaar vermogensrecht. In de parlementaire geschiedenis bij art. 3:83 BW valt namelijk te lezen: “Wanneer de bevoegdheid tot het in het leven roepen van vorderingsrechten of zakelijke rechten als een zelfstandig vermogensrecht kan worden beschouwd (optierechten; recht van wederinkoop enz.), zal de overdraagbaarheid van een dergelijke bevoegdheid worden bepaald door het recht, dat in het leven kan worden geroepen; het eerste en tweede lid van het artikel zijn dus ook op deze bevoegdheden van toepassing.” (Parl. Gesch. Boek 3, p. 314). Uit deze overweging volgt dat bepaalde rechten die zelf als vermogensrecht kunnen worden aangemerkt, overdraagbaar zijn als het recht dat men door gebruikmaking van dat recht kan verkrijgen, zelfstandig overdraagbaar is. Als voorbeeld wordt een optierecht genoemd. Dit soort bevoegdheden worden wel “wilsrechten” genoemd (zie W. Snijders, ‘Wilsrechten in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (I)’, WPNR 1999/6365). Wij menen dat het zeer wel mogelijk is de positie van de koper aan te merken als een wilsrecht. De koper kan door een eenzijdige wilsuiting, namelijk door betaling, zelfstandig bewerkstelligen dat hij de eigendom verkrijgt. Ook in dit geval zal sluitstuk van de redenering moeten zijn 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 zelve ten gunste van die pandhouder komt te rusten.

15. Onze voorkeur gaat uit naar de eerste optie. Die optie heeft de charme van de eenvoud omdat zij aansluit bij de terminologie van art. 3:84 lid 4 BW en hetgeen in de parlementaire geschiedenis met zoveel woorden is opgemerkt over (het bestaan van) de figuur van de voorwaardelijke eigendom. Bovendien is in deze optie voorts geen ingewikkelde dogmatiek nodig om te kunnen verklaren waarom (i) de koper onder eigendomsvoorbehoud over zijn aanspraak kan beschikken en (ii) het door de koper op zijn aanspraak gevestigde pandrecht aanwast tot een pandrecht op de zaak zelve, ook indien de koper na diens faillissement als gevolg van de vervulling van de voorwaarde de (onvoorwaardelijke) eigendom van de zaak verkrijgt. Voor de andere opties geldt dat aanvaarding daarvan een koerswijziging van de Hoge Raad zou impliceren omdat hij tot nu toe niet genegen is om de figuur van zaaksvervanging zonder uitdrukkelijke wettelijke basis – in casu analoge toepassing van art. 3:246 lid 5 BW – te sanctioneren (zie in dit verband onder meer HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN)). Met het aanvaarden van de eerste optie (of van één van de andere opties) wordt tegemoet gekomen aan de maatschappelijke wenselijkheid om de financieringsmogelijkheden van bedrijven met hoge voorraadposities of waardevolle inventariszaken niet onnodig te beperken. Het is dan ook te hopen dat de Hoge Raad



voldoende ruimte ziet voor een rechtspolitiek oordeel in deze zaak en het arrest van het hof zal casseren.

mr. drs. W.J.M. van Andel en mr. M.E. ten Brinke,