

## Goederenrecht C.S. - HC 6A, 14-12-2020, Fiduciaverbod en kwaliteitsrekening

Een patroon dat in het goederenrecht verankerd ligt is het **subjectieve recht**. Zowel het fiduciaverbod als de kwaliteitsrekeningen laten de problemen zien die hieraan verbonden zijn. Het goederenrecht houdt zich bezig met de toekenning van rechten aan personen. Deze personen worden vervolgens ook beschermd. Dus objectieve rechten zijn neergelegd in de wet en de bevoegdheden die op grond daarvan mensen toekomen heten subjectieve rechten. Het moet daarbij gaan om bevoegdheden die beschermd kunnen worden. De figuren die vandaag worden besproken zijn geen typische voorbeelden. Daar gaat het namelijk om gevallen waarbij de ene persoon een bevoegdheid kan uitoefenen, terwijl de andere persoon daar belang bij heeft. Iemand krijgt in zo'n geval meer bevoegdheid dan zijn belang rechtvaardigt. Daar wordt dat subjectieve recht een soort van uiteen getrokken.

### Fiduciaverbod

De basis staat in art. 3:84 lid 3 BW = “een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed.” Hier worden twee ‘verboden’ omschreven. Het is niet verboden om zoiets af te spreken, alleen bestaat er dan **geen geldige titel** en dus blijft het rechtsgevolg uit. Je ziet dan twee soorten:

1. **Overdracht ten titel van zekerheid** (‘fiducia cum creditore’) → het gaat er hier om dat je iemand anders eigenaar maakt, maar dat doe je uiteindelijk niet. Je wil die persoon alleen maar zekerheid verschaffen en verder niet laten profiteren van de bevoegdheden van het eigendomsrecht.
2. **Overdracht ten titel van beheer** (‘fiducia cum amico’) → hier heeft iemand ook niet de bedoeling om iemand anders eigenaar te maken. De persoon haalt de zaak alleen uit zijn eigen vermogen om het door een ander te laten beheren, maar het belang houdt de eerste persoon wel. De bevoegdheid komt wel bij de verkrijger te recht. Ook dit is in strijd met de kern van het subjectieve recht.

Ondanks dat in andere landen dit fiduciaverbod niet of nauwelijks voorkomt had de wetgever goede redenen om dit verbod in de wet neer te leggen. Aangezien het om twee verschillende soorten overdracht gaat zijn hier ook twee verschillende redenen voor.

1. **Zekerheidsoverdracht** onder het Oud BW → “de ratio van [art. 3:84 lid 3] (...) ligt in de gedachte dat de in die bepaling bedoelde overdrachten tot zekerheid voor een schuld aan de verkrijger in beginsel meer recht zouden verschaffen dan zijn belang rechtvaardigt. Wanneer behoefte bestaat aan een zogenaamd bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken, dan behoort de wetgever een zodanige zekerheid toe te laten, maar ook niet meer dan dat.” (Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 388)
  - a. Die zekerheidsoverdracht fungeerde in het oude recht als een soort van vervanging van het pandrecht. Toen kon je alleen een pandrecht vestigen als de verpande zaak ook echt uit de macht van de pandgever werd gebracht. Het doel van de wetgever in 1838 was dat het pandrecht voorrang geeft en om dat te kunnen rechtvaardigen zouden andere schuldeisers moeten kunnen realiseren dat de waarde van de verpande zaak was gereserveerd voor de pandnemer. Financiering wordt vaak gebruikt om bedrijven te helpen en voor bedrijven is het niet handig en/of aantrekkelijk om activa te moeten inleveren bij de bank. Bij een fabriek zou dat betekenen dat het hele doel teniet gaat. Men zocht daarom naar een manier om dit te omzeilen. Die vond plaats door middel van de zekerheidsoverdracht. Het is mogelijk om af te spreken dat de vervreemder (pandgever) de zaak onder zich houdt en de zaak gaat houden voor de verkrijger

(pandnemer). Het resultaat was dat de zaak uit het vermogen van de pandgever ging met als doel zekerheid te verschaffen voor de kredietverstrekker. Voor andere schuldenaren van de vervreemder was het hierna niet meer duidelijk wanneer een zaak dus verpand was. De Hoge Raad werd de vraag voorgelegd of deze soort overdracht wel paste in het systeem van zekerheid. Dat leidde tot twee arresten in 1929 waar de Hoge Raad tegemoet kwam aan de belangen van financiers en bedrijven. Het gaat enkel om een overdracht en daar gelden geen publiciteitsbewijzen bij. Op deze manier is het mogelijk om zekerheid te verschaffen! Het gevolg was dat er een situatie ontstond waarbij banken alsnog eigenaar werden, terwijl ze alleen behoefte hadden aan zekerheid. Aan de ene kant wordt de persoon wel echt eigenaar, maar het is wel gewenst dat de zekerheidseigenaar niet het 'gewone' eigendom heeft. Het is de bedoeling dat de verpande zaak weer in het vermogen van de pandgever terecht komt als het krediet uiteindelijk is afbetaald. De Hoge Raad bracht daarom een aantal beperkingen aan, bijvoorbeeld dat de zekerheidseigenaar verplicht is om de zaak te executeren en overwaarde uit te keren aan de schuldenaar of de curator. Daarmee lijkt het weer erg op een pandrecht. **Zo worden andere schuldeisers op een vergelijkbare wijze beschermd.** De Hoge Raad wilde toch meer bescherming opbouwen binnen dit figuur. Bij het vernieuwen van het BW was men zich ervan bewust dat er kennelijk behoefte was aan een bezitloos zekerheidsrecht. Dus dat werd in de wet neergelegd. De eis dat de zaak in de macht van de pandnemer gebracht moest worden gebracht, werd optioneel. Het werd ook mogelijk om een vuistloos pandrecht te vestigen.

2. **Gesloten stelsel** van het goederenrecht → “aldus keert het lid zich tegen rechtshandelingen waarbij de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden in de vorm van een „overdracht" op andere wijzen over de betrokkenen zouden worden verdeeld dan door de wet of het stelsel van de wet wordt toegelaten” (Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 318- 319)
  - a. Dit figuur heeft niets met zekerheid te maken, maar heeft te maken met de fundamentele beginselen van het goederenrecht. De wetgever had goed nagedacht over alle beperkte rechten en hoe deze zich verhouden tot de belangen van de eigenaar en van derden. De wetgever wilde voorkomen dat partijen via allerlei afspraken andere soorten beperkingen konden verbinden dan de wet toelaat. Dat betekent het gesloten stelsel van het goederenrecht. Eigenlijk is deze uitspraak deels overbodig, omdat een titel pas geldig is als het de bedoeling van partijen is dat de zaak in het eigendom van de verkrijger valt. Als zo'n titel er niet is, dan hoeft er ook niks geregeld te worden. Dat is toch iets te kort door de bocht, want er zijn best veel afspraken mogelijk die via de titel toch doorwerken in het (eigendoms)recht dat wordt verkregen. **Als een voorwaarde wordt opgenomen in de titel, dan werkt die voorwaarde door in de overdracht.** Via de overdracht werkt de voorwaarde door in het recht wat uit hoofde van die overdracht wordt verkregen. De wetgever was met name bang dat partijen door middel van zo'n voorwaarde toch afspraken konden maken die in strijd waren met het gesloten stelsel van het goederenrecht.
  - b. A kan bijvoorbeeld met B afspreken om een zaak over te dragen onder de ontbindende voorwaarden dat een schuldeiser van B zich gaat verhalen op de zaak. Het gevolg zou dan zijn dat de zaak na vervulling van de voorwaarde weer terugkeert in het vermogen van A. Dat vond de wetgever een onwenselijke afspraak, want dan kunnen er afspraken worden gemaakt over wanneer een zaak aan iemand toebehoort. Een kenmerk van het eigendomsrecht is dat de zaak in het vermogen van iemand valt en dat een schuldeiser zich daarop kan verhalen. Bij het voorbeeld wat Verheul hier gaf was dat niet het geval en dat zorgt voor een onwenselijke situatie.

- c. Dus dat tweede deel van het fiduciaverbod ziet op constructies die door middel van een voorwaardelijke overdracht beperkingen in het leven proberen te scheppen. Dit komt sowieso in het echt weinig voor, omdat het evident is dat het in strijd komt met het stelsel. Het enige waar de praktijk echt mee worstelt is de zekerheidsoverdracht. Daar richt Verheul zich dan ook op.

In het volgende arrest laat de Hoge Raad duidelijk weten hoe we dat eerste fiduciaverbod moeten interpreteren. In HR 19 mei 1995, NJ 1996/119 (**Keerweer q.q./Sogelease**) gaat het om een **sale-and-lease-back**. Het was in 1992 best een grote verandering dat de zekerheidsoverdracht opeens niet meer mogelijk was. Met name bij leaseconstructies worstelde men hier nogal mee in de praktijk, omdat een vorm van zekerheid hoort bij deze constructie. Toch is een leaseconstructie wel een ander soort recht dan pand of hypotheek. Er was weinig nagedacht voor de gevolgen van het fiduciaverbod voor de leaseovereenkomsten.

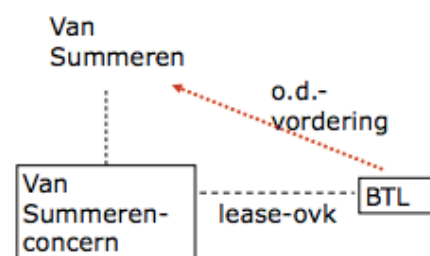
- De casus = het ging om drukkerij De Zaaiers die een drukpers nodig had en deze zelf niet kon betalen. Met Sogelease werd afgesproken dat De Zaaiers het bedrag van de persen in de vorm van een lening kreeg. Sogelease gaf De Zaaiers 1,6 miljoen euro waarmee de verkoper mee kon worden voldaan. Sogelease betaalde dat geld rechtstreeks aan de verkoper en De Zaaiers werd eigenaar van de drukpers. Sogelease ontving zekerheid doordat De Zaaiers de drukpers overdroeg aan Sogelease. Daar stond tegenover dat De Zaaiers maandelijks €27.147 overmaakte voor de komende 7 jaar. Hierna zou het **eigendom weer terugvallen** bij De Zaaiers. Dat was vormgegeven door een koopoptie waarin stond dat De Zaaiers op dat moment voor 100 euro de drukpers kon overnemen. Dat is zo'n aantrekkelijke optie dat De Zaaiers dat sowieso zou doen. De zaak werd dus wel overgedragen aan Sogelease, maar er waren zulke afspraken gemaakt dat de zaak per saldo weer werd overgedragen aan De Zaaiers. Functioneel behoorde de zaak sowieso bij De Zaaiers, want die droeg het risico van de drukpers wat betreft reparatiekosten etc. Het eigendom van Sogelease was dus niet het reële eigendom.
- De Hoge Raad moest oordelen of de eerste overdracht aan Sogelease geldig was. De Hoge Raad wilde de **financieringspraktijk** in dit arrest gerust stellen. Aangezien dit een van de eerste arresten was na invoering van het fiduciaverbod gaat de Hoge Raad niet alleen in op dit specifieke geschil.
- Het fiduciaverbod moet je interpreteren tegen de achtergrond van het oude BW. Het verbod vormt een antwoord op dat onder het oude recht gebruikelijke overdracht tot zekerheid. Het doel daarvan was om jou als schuldeiser in een betere positie te plaatsen ten opzichte van anderen. Dat was de kern onder het oude recht en dat heeft de wetgever met art. 3:84 lid 3 BW willen voorkomen. Daar tegenover staat een werkelijke overdracht. Als je niet slechts jouw belang als schuldeiser wil verbeteren maar echt eigenaar wilt worden, dan is er niks mis met zo'n werkelijke overdracht. Of iets een werkelijke overdracht is kun je beoordelen aan de hand van de situatie dat degene die dat geld heeft geleend in gebreke blijft met zijn verplichting. Dat is bij uitstek het geval waarvoor je zekerheid bedingt. Als je bij wanprestatie verplicht bent om die zaak te executeren om vervolgens eventuele overwaarde uit te keren, dan zit je zo dicht tegen een pandrecht aan dat het eigenlijk gaat om een zekerheidsrecht. Dus:
  - **Overdracht ten einde schuldeisersbelang ten opzichte van andere schuldeisers te beschermen** → slechts te gelde maken goed en afdracht overwaarde
  - **Werkelijke overdracht** → bij wanprestatie ontbinden en over zaak beschikken, want de verkrijger wordt eigenaar bij het ontdoen van contractuele verplichtingen.
- Toepassend op de casus = hier was het duidelijk dat deze leaseovereenkomst als doel had dat Sogelease in het geval van wanprestatie zich kon verhalen op de drukpers. De overeenkomst

hoeft alleen te eindigen. Sogelease was echter in het contract op geen enkele manier beperkt wat betreft de omgang van de zaak. Dus hier was toch sprake van een werkelijke overdracht. Ook al suggereert het fiduciaverbod dat je een eigendomsoverdracht niet kan gebruiken om zekerheid te verschaffen, is dat door de Hoge Raad toch wat **beperkt uitgelegd**. Het enkele feit dat is afgesproken dat de zaak weer teruggaat naar de vervreemder is onvoldoende om te zeggen dat er géén sprake is van een werkelijke overdracht. Zolang de verkrijger vrij over de zaak kan beschikken na het ontbinden van de overeenkomst, dan is er sprake van een werkelijke overdracht. Het enkele feit dat er sprake is van een vorm van financiering is daarbij minder relevant. Na dit arrest is er dus ondanks het fiduciaverbod best wat mogelijk wat betreft de zekerheidsoverdracht.

- **Conclusie = de rechtshandeling die strekt tot ‘werkelijke overdracht’ is een geldige titel.** Tenzij uit bijkomende omstandigheden blijkt van bedoeling tot ontduiking art. 3:84 lid 3 BW. Partijen moeten niet stiekem de bedoeling hebben om dat verbod te omzeilen.

Het geschil dat zich voordoet in HR 18 november 2005, NJ 2006/151 (**BTL Lease/Van Summeren**) lijkt heel erg op dat van Keereweer q.q./Sogelease. Het ging hier alleen om het aansprakelijkheidsrecht en het fiduciaverbod stond niet per se centraal.

- Casus = Van Summeren-concern had financiering nodig en kon dat alleen krijgen van BTL-lease. Er werd gebruikt gemaakt van een sale-and-lease-back constructie. Er werden een aantal tractoren overgedragen aan BTL. En die werden vervolgens terug geleased door het concern. Na aflossing zouden de zaken weer in het vermogen van het concern vallen. Dat concern gaat deels failliet en BTL ontbindt de leaseovereenkomst en vordert de zaken op als eigenaar. Dan blijkt dat een aantal van de tractoren niet meer op het terrein van het concern aanwezig zijn. Dat is voor BTL een reden om bestuurder Van Summeren aan te spreken omdat hij met die verduistering inbreuk zou hebben gemaakt op dat eigendomsrecht van BTL. Het verweer van Van Summeren is dat hier geen sprake is van een inbreuk, omdat de hele transactie wordt getroffen door het fiduciaverbod. Dat betekent dat BTL nooit eigenaar is geworden. Er is nog een extra argument van Van Summeren wat het anders maakt dan het Sogelease-arrest. Die tractoren waren wel overgedragen voor een bedrag van 350.000 euro, terwijl de waarde van die tractoren het dubbele was. Dit waardeverschil zou moeten blijken dat het concern nooit voor dit bedrag het eigendom zou willen overdragen, tenzij je hier zekerheid mee geeft. Het Hof is het er mee eens dat deze constructie op het eerste ogenblik lijkt op de situatie van een werkelijke overdracht, zoals in het Sogelease-arrest. Toch was hier toch sprake van zo’n **wanverhouding**, dat er wel sprake moet zijn van een zekerheidsverschaffing.
- Hoge Raad = dat **waardeverschil** is niet relevant als eenmaal is vastgesteld dat er sprake is van een ‘werkelijke overdracht’, maar wel relevant voor de vraag óf sprake is van een ‘werkelijke overdracht’. Bij een werkelijke overdracht komt de zaak gewoon toe aan de verkrijger en ook de toebehorende waarde. Om te beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van een overdracht moet gelet worden op dat waardeverschil.



Uit deze arresten valt op te maken dat een geldige overdracht kan leiden tot **paradoxe gevolgen**. Het kan zo zijn dat iemand meer waarde krijgt dan hij eigenlijk wil. Het was zo dat BTL een vorm van

zekerheid wilde hebben. Als dat toch een werkelijke overdracht is, dan kan dat als gevolg hebben dat BTL veel meer krijgt omdat de waarde van de zaak hoger is.

In HR 19 mei 1995, NJ 1996/119 (**Keereweer q.q./Sogelease**) zegt de Hoge Raad ook nog iets over dat tweede verbod, namelijk het **verbod van overdracht ten titel van beheer** (fiducia cum amico). De Hoge Raad wil graag het gehele fiduciaverbod bespreken en zegt daarom ook iets over het slot van art. 3:84 lid 3 BW. Dat verbod staat niet in de weg aan een overdracht waarbij de rechten van de verkrijger op een bepaalde manier worden beperkt. Dus je mag best een zaak aan iemand overdragen en vervolgens door middel van een contract beperkingen opleggen. Het enige wat het fiduciaverbod is dat je die beperkingen ook met goederenrechtelijke werking oplegt. Dat gaat om gevallen waarin je door middel van zo'n **voorwaarde** die beperkingen probeert aan te brengen. Als je echt een zaak aan een ander overdraagt en daarbij afsprekt dat de verkrijger in een bepaalde situatie iets moet doen of juist moet nalaten, dan is dat niet problematisch. Dat is louter **verbintenisrechtelijk** en partijen mogen dus alles met elkaar afspreken.

Het arrest Sogelease brengt ook een paradox met zich mee. De Hoge Raad onderscheidt twee uitersten met elkaar, namelijk de **'verboden' zekerheidsoverdracht** en de **'werkelijke overdracht'**. Bij de zekerheids-overdracht wil je enkel en alleen zekerheid creëren en in de andere situatie wordt iemand werkelijk eigenaar en kan iemand vrij over de zaak beschikken. Vaak bevindt een transactie zich daar ergens binnen. Bij het opstellen van een financieringsconstructie kan het zijn dat er sprake is van een overdracht met bepaalde zekerheidsaspecten. Om niet in strijd te komen met art. 3:84 lid 3 BW moet je die constructie insteken met de gedachte dat er een werkelijke overdracht plaatsvindt. Dan weet je zeker dat er niks aan de hand is. Dat is bijzonder als je kijkt naar de achtergrond van het fiduciaverbod, want de hele gedachte is dat men wil voorkomen dat iemand meer rechten verkrijgt dan zijn belang rechtvaardigt. Wat je in werkelijkheid moet doen om niet in strijd te handelen met het verbod is eigenlijk iemand juist **meer recht verschaffen dan zijn belang rechtvaardigt**. Ook Sogelease wilde een vorm van zekerheid, maar om die te verkrijgen moest die hele transactie worden ingekleed als een werkelijke overdracht. Het resultaat is dus juist precies wat het fiduciaverbod beoogde te voorkomen. Dat leidt tot problemen omdat juist bij traditionele zekerheidsrechten (pand en hypotheek) er allerlei beschermingsregels bestaan die zorgen dat een pand- of hypotheeknemer niet meer dan gerechtvaardigde belangen krijgt.

### **Bescherming lessee (kredietnemer) en zijn schuldeisers**

Bij fiduciaire overdracht werden beschermingsbepalingen van het pandrecht onder het oude recht analogisch toegepast (verbod van toe-eigening, verplichting afdracht overwaarde). Een pandnemer moet de zaak verkopen als sprake is van wanbetaling. Als er overwaarde is dan moet die overwaarde ook weer terug naar de zekerheidsgever. Kan deze toepassing ook plaatsvinden bij het huidige recht? Want in zo'n sale-and-lease-back constructie is het zo dat de partij zekerheid wil en het logisch kan zijn om zijn belangen iets te beperken, zodat het wat meer in verhouding is. Het lastige is dat de Hoge Raad dat in Sogelease juist lijkt uit te sluiten bij sale-and-lease-back. Je moet een hele transactie inkleden als een werkelijke overdracht en dan zegt de Hoge Raad dat het dan ook echt een overdracht is. Bij dat vrijelijk beschikken past niet dat iemand enige beperkingen ondervindt. Het Sogelease-arrest sluit uit dat je de lessee en zijn schuldeisers nog enige vorm van bescherming geeft. Daarmee gaat deze constructie ook echt verder dan onder het oude recht, want onder het oude recht had je ook deze figuur maar daar bestond nog wel de **analoge toepassing** van huurkoop. Er wordt in de literatuur veel geschreven over eventuele compensatie voor de lessee en zijn schuldeisers en vaak wordt er dan gedacht aan art. 7:92 BW. Dat is bedoeld voor goederenkrediet, huurkoop, financial lease etc. Daar staat dat als na ontbinding van de overeenkomst blijkt dat de zekerheidsnemer (lessor) meer krijgt dan waar hij eigenlijk recht op heeft,

de lessor dat moet uitkeren aan de lessee. Dit gebeurt met de gedachte dat er geen overbedeling mag zijn bij de verkrijger. De lessor heeft dan al gekregen waar hij recht op heeft. Maar de Hoge Raad is het hier niet mee eens, want die vindt dat een lessor gewoon **echt eigenaar** is geworden en daar ook de vruchten van mag plukken.

En de wetgever? De Hoge Raad heeft het fiduciaverbod wat afkomstig was van de wetgever beperkt geïnterpreteerd. De Hoge Raad vindt dat de financieringswereld niet te veel hinder moet ondervinden hieraan. Dat leidt tot de situatie waarbij hetgeen toch plaatsvindt wat de wetgever juist wilde voorkomen. De vraag is dan ook hoe de wetgever hiermee om gaat. Art. 3:84 lid 3 BW staat nog steeds in de wet en er zijn geen plannen om het artikel te schrappen. Wel zijn er een aantal aanknopingspunten waaruit blijkt hoe de wetgever hierover denkt.

- Titel 7.2 inzake de **financiële zekerheidsovereenkomst (fzo)** → op grond van de Europese richtlijn zijn de lidstaten verplicht om een fzo tot overdracht mogelijk te maken. In art. 7:51 onder b BW staat dan ook dat een “fzo tot overdracht” = “een overeenkomst op grond waarvan [geld, effecten of kredietvorderingen] worden overgedragen als waarborg voor een verplichting”. Bij die verplichting gaat het eigenlijk altijd om geldelijke verplichtingen. Hier staat dus gewoon dat je iets kunt overdragen tot zekerheid van een geldverplichting. Dat is vrij letterlijk een overdracht tot zekerheid. Dat staat behoorlijk op gespannen voet met het fiduciaverbod. Dat kan niet anders, want het is Europees recht.
- Hiervoor heeft de wetgever een oplossing gezocht in art. 7:55, eerste volzin BW → “een overdracht ter nakoming van een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht is geen overdracht tot zekerheid of een overdracht die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen in de zin van art. 84 lid 3 van Boek 3.” Dus zo’n **fzo tot overdracht komt per definitie niet in strijd** met art. 3:84 BW. Dat is een bijzondere bepaling omdat de rechter wel vaststelt of een transactie valt onder de reikwijdte van dit artikel. Als dat niet het geval is heb je dit artikel niet nodig. En oordeelt de rechter dat een fzo wel onder art. 3:84 lid 3 BW valt, dan is art. 7:55 BW van kracht en dus valt het er dus volgens de wet niet onder. De wetgever wilt met dit artikel eigenlijk een uitzondering maken op het fiduciaverbod wat betreft dit soort transacties. **Art. 3:84 lid 3 BW geldt niet in geval van een fzo tot overdracht.** Dus hier zie je dat naast de Hoge Raad ook de wetgever het verbod erg beperkt.

En hoe zit dat dan met de bescherming van de vervreemder/zekerheidsgever? Dat is te vinden in art. 7:55, tweede volzin BW = “de regels betreffende pandrecht zijn op een zodanige overeenkomst en de uitvoering daarvan niet van toepassing of overeenkomstige toepassing.” Dus je kan niet ter bescherming toch pandbepalingen analoog toepassen.

Zojuist heeft Verheul een geval besproken waarin we te maken hebben met de situatie waarin iemand rechthebbende is en er geen mogelijkheden lijken te zijn om de gevolgen daarvan in te perken. Het fiduciaverbod leidt er juist toe dat alle gevolgen van een werkelijke overdracht ook daadwerkelijk intreden. Nu wordt een onderwerp besproken waarbij hetzelfde aan de orde is geweest, maar waar onder meer door jurisprudentie en wettelijk ingrijpen het toch is gelukt om de gevolgen van de rechthebbende in te snoeren. Hierdoor zijn de **belangen van anderen wel gewaarborgd**.

### **Kwaliteitsrekening**

We hebben het over een bankrekening, meer in het bijzonder een kwaliteitsrekening. Het gaat om gevallen waarin iemand geld onder zich heeft, maar niet om daar zelf dingen mee te doen maar in een bepaalde **kwaliteit/hoedanigheid** met het oog op het afwickelen van een transactie. De vraag was lange tijd of het mogelijk is om de bevoegdheden van de persoon die de rekening in kwaliteit aanhoudt op

zodanige manier te beperken dat daardoor rekening wordt gehouden met het feit dat die persoon dat geld enkel onder zich heeft om ten behoeve van derden een transactie te verrichten. Dat lijkt op gespannen voet te staan met art. 3:276 BW en is een **inbreuk op de hoofdregel**. Normaal gesproken kom je als rechthebbende alle bevoegdheden toe en dat betekent ook dat iedere schuldeiser van de schuldenaar zich kan verhalen op dat vermogen met inbegrip van die bankrekening. Dat is in gevallen van een kwaliteitsrekening problematisch, omdat de persoon niet van plan was om iets met dat geld voor hemzelf te doen.

In het arrest HR 3 februari 1984, NJ 1984/752 (**Slis-Stroom**) wordt dit probleem geïllustreerd en een oplossing geboden. Er was een partij die een visrestaurant verkocht op 23 januari 1981. Dat is van belang omdat op die middag de leveringsakte werd gepasseerd door notaris Slis-Stroom. Het was al zo laat op de dag dat het geld destijds niet meer kon worden overgemaakt. De verkoper kreeg het geld pas op maandagochtend. Notaris Slis-Stroom hield zich niet helemaal aan de regels en maakte deel uit van een criminele organisatie. Zij was betrokken bij allerlei dubieuze vastgoedtransacties. In dit geval ging de notaris op maandagochtend naar de bank en vrijdagmiddag was de akte gepasseerd. Er was meer dan 3 miljoen euro overgemaakt door de koper naar de notaris. Normaal gesproken werkt het zo dat een notaris het geld uitbetaald aan de verkoper nadat de leveringsakte is gepasseerd en de notaris een aantal zaken heeft geverifieerd. Hier ging mevrouw Slis-Stroom naar de bank en nam zelf het gehele bedrag min 125.000 euro op. Dat is wat er overbleef op de bankrekening. Ze had ook nog allerlei andere schuldeisers gemaakt en dat resulteerde in een faillietverklaring. Ook hingen haar allerlei strafrechtelijke procedures boven het hoofd. In faillissement was er te weinig geld om de verkoper zijn geld te geven, maar het was wel zo dat de curatoren nog 2 miljoen hadden weten te traceren. Dat bevond zich dus in de boedel van mevrouw Slis-Stroom. Vervolgens stelde de verkoper zich op het standpunt dat dat eigenlijk het geld was van de verkoper. Als de transactie geslaagd was, dan zou de verkoper zijn geld immers van de koper ontvangen. **Vraag = kan het zo zijn dat de notaris het beheer voert over de kwaliteitsbankrekening, maar dat dat geld eigenlijk toebehoort aan de persoon die belang had bij de opzetting van de rekening?**

Als we kijken naar een normale situatie dan hebben we A die een bankrekening opent bij bank B. Als er dan geld op die rekening terecht komt, dan betekent dat dat B zich tot schuldenaar maakt tot de rekeninghouder. De bank is te allen tijde verplicht om het bedrag om de rekening uit te keren. Die vordering valt in het vermogen van A. Dit leidt ertoe dat in dit geval het geld op de bankrekening van Slis-Stroom in haar vermogen valt. Zij heeft immers een vordering van ongeveer 3 miljoen op de bank. Bij een faillissement valt die vordering in de boedel. Dat stelt de Hoge Raad in dit arrest ook voorop. Er is geen reden om een uitzondering hierop te aanvaarden. De verkoper vindt dat de notaris het geld alleen onder zich had om dat te beheren voor de koper en verkoper. Dan zou je moeten zeggen dat de notaris als een soort beheerder dat geld onder zich heeft. De Hoge Raad kan dat niet aanvaarden, want dan wordt dat vermogen eigenlijk **buiten het vermogen** van de notaris gezet. Dat is een inbreuk op art. 3:276 lid 3 BW, want andere schuldeisers kunnen zich hier dan niet meer op verhalen en als benadeelde verkoper krijg je als het ware een soort voorrangspositie. Voor zo'n positie moet niet alleen een goede reden, maar ook zeker een goede **wettelijke basis** zijn. Er wordt niet zomaar van het goederenrecht afgeweken.

Het slot van het arrest maakt het interessant, want de Hoge Raad stelt voor dat partijen ook een bijzondere rekening hadden kunnen openen. Door "storting van het bedrag op een afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende koper en verkoper" of "een [...] daarmee gelijk te stellen weg". Dan zou het allemaal anders zijn geweest. Dat is de eerste keer dat de Hoge Raad deze route noemt, dus de koper en verkoper hadden dit niet kunnen weten. In dit arrest wordt dus wel deze mogelijkheid genoemd. Je kan een aparte

rekening openen om dit probleem te voorkomen, waarbij die kwaliteit duidelijk benoemd wordt (in dit geval de notaris als beheerder). Zo valt de vordering op basis van dat banksaldo niet in het vermogen van de rekeninghouder. Dit noemen we tegenwoordig een **bijzondere kwaliteitsrekening**.

Deze bijzondere kwaliteitsregeling wordt in de praktijk niet het meest gebruikt. Dat is namelijk een **algemene kwaliteitsrekening** per notaris. Een notaris hoeft dan niet per transactie een nieuwe rekening te openen. De notaris vermeldt overal dat hij of zij optreedt als opdrachtnemer van de belanghebbenden. Deze kwaliteitsrekening is naar aanleiding van dit arrest in de wet terecht gekomen.

### **Wettelijke regelingen**

- Art. 25 Wet op het Notarisambt → de regeling die eraan bijdraagt om de kwaliteitsrekening te verduidelijken. De gevolgen van deze rekening worden hierin besproken, waaronder wie er bijvoorbeeld bij het geld op de rekening kan. Het moet gaan om gelden die hij in verband met zijn werkzaamheden onder zich neemt. In lid 2 staat dat de notaris belast is met alle transacties, maar in lid 3 staat alle goederenrechtelijke informatie. Het vorderingsrecht komt toe aan de personen die gezamenlijk geld hebben gestort. We hebben dus te maken met een gemeenschap. In lid 4 staat dat de rechthebbende altijd recht heeft de vordering op te nemen. De rechthebbenden zijn degenen ten behoeve van wie gelden zijn gestort. Is er te weinig om iedereen te voldoen? Dan doe je dit op basis van de regels van gemeenschap.
- Art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet → ook de gerechtsdeurwaarder is verplicht om een soortgelijke rekening te openen op zijn naam met vermelding van zijn hoedanigheid als beheerder.

### **Constructie kwaliteitsrekening**

Stel een notaris opent een bankrekening, dan moet hij wel vermelden dat die rekening wordt geopend in een bepaalde hoedanigheid. Normaal gesproken ontstaat het vorderingsrecht tussen de notaris en de bank, maar in het geval van een kwaliteitsrekening hebben de belanghebbenden een vordering op de bank. De belanghebbenden hebben een gezamenlijk vorderingsrecht.

### **HR 12 januari 2001, NJ 2002/371 (Koren q.q./Tekstra q.q.)**

- Hier wordt verder uitleg gegeven aan de wijze waarop je zo'n aanspraak in kwaliteitsrekening moet benaderen. Wat houdt het precies in dat je gerechtigd bent tot een deel van het banksaldo? Valt dat direct in het vermogen van de **gezamenlijke belanghebbenden**.
- Casus = Tekstra werd aangesteld als curator in het faillissement van een vennootschap. Hij trof daar informatie aan waardoor hij gegronde vermoedens had dat de bestuurder van die vennootschap onregelmatige transacties had verricht. Tekstra stelde de bestuurder hiervoor aansprakelijk. Tijdens de procedure wilde de bestuurder zijn huis verkopen. Hier had Tekstra vlak voor de verkoop beslag op gelegd ten zekerheid van de verwachte schadevergoeding. Als er beslag ligt op een huis dan maakt dat het lastig om het te verkopen. Daarom hadden de bestuurder en Tekstra een afspraak met elkaar gemaakt. De verkoop van het huis kon zo doorgaan, maar Tekstra zou toch zekerheid hebben voor zijn schadevergoedingsvordering. Dat gebeurde door het maken van een afspraak waardoor de opbrengst van het huis gestort zou worden op de bijzondere rekening van de notaris. Ze zouden hun procedure afmaken en dan kijken wie recht had op het geld. Hier was geen sprake van een algemene rekening, maar een bijzondere notariële kwaliteitsrekening.  
De bestuurder ging daarna ook als persoon failliet en toen kwam er een tweede curator bij, namelijk de heer Koren. Koren stelde zich op het standpunt dat het huis van de bestuurder was



en dat dus de opbrengst ook van hem was. Daarom zou de opbrengst in de persoonlijke boedel van de bestuurder moeten vallen.

- De Hoge Raad knoopt aan bij de regeling van **art. 25 Wet op het Notarisambt**, ondanks het feit dat er geen sprake is van een algemene kwaliteitsrekening. Dus dit artikel werd **analogisch** toegepast op de ‘bijzondere notariële kwaliteitsrekening’. De wetgever heeft namelijk de algemene kwaliteitsrekening heel overzichtelijk geregeld in de wet en dat geeft inzicht hoe een kwaliteitsrekening er in het algemeen uit moet zien.
- Conclusie = ook hier is sprake van een gemeenschap tussen de rechthebbenden met voorwaardelijk recht op toedeling. Wie rechthebbende is, is mede te bepalen door de rechterlijke uitspraak. Tekstra had afgesproken dat het gestorte geld naar de persoon zou gaan die de procedure zou winnen. Beide partijen hebben dus een recht onder de voorwaarde dat je de procedure wint. Hier zie je dat allebei een goederenrechtelijke aanspraak hebben gedurende de **periode van onzekerheid**. In beide vermogens valt zo’n recht dan. Omdat Tekstra vóór het faillissement al een voorwaardelijk recht had op toedeling, heeft Tekstra geen last van het faillissement als hij uiteindelijk de procedure wint.
- De gemeenschapsconstructie zorgt ervoor dat het geld buiten het vermogen van de notaris valt. Daardoor heb je geen last van een eventueel faillissement. En de constructie van **voorwaardelijke toedeling** zorgt er voor dat je ook geen last hebt van het faillissement van andere personen die misschien aanspraak hebben op dat geld. Zolang de voorwaarde in vervulling gaat, komt dat recht je per definitie toe.
- In de literatuur was men vrij kritisch. Bij deze kwaliteitsrekening waren maar twee personen betrokken. Zij hebben beiden een spiegelbeeldig voorwaardelijk recht op toedeling. Het is raar dat de Hoge Raad zegt dat zij samen in een gemeenschap zitten. Hoe kun je gemeenschappelijk gerechtigd zijn als je een spiegelbeeldig recht hebt? Want het bedrag is of van Tekstra of van Koren. In een later arrest is de Hoge Raad hier deels op teruggekomen.

Het is duidelijk dat de notaris en een gerechtsdeurwaarder zo’n kwaliteitsrekening kan openen. Maar wie kan dat nog meer? Dat wordt bepaald in HR 13 juni 2003, NJ 2004/196 (**Procall**).

- Casus = Procall is een incassobedrijf in de zorg en deze verzorgt de incasso ten behoeve van het Beatrix Ziekenhuis. Procall had een aparte rekening geopend met als vermelding ‘Procall inzake Beatrix Ziekenhuis’. De gedachte hierachter was dat alle betalingen op deze rekening zouden komen en dat die bedragen niet in het faillissement van Procall zouden vallen. Procall gaat failliet en de vraag rijst of het geld niet in de boedel van Procall valt.
- De Hoge Raad overweegt dat er sprake moet zijn van **terughoudendheid** bij uitbreiding van de mogelijkheid van een kwaliteitsrekening, want:
  - Het is een inbreuk op art. 3:276 BW → een herhaling van het arrest Slis-Stroom. Schuldeisers van de failliet kunnen zich dan niet verhalen op dat geld, want dat vorderingsrecht behoort dan aan iemand anders toe. Eigenlijk gaat die vlieger niet helemaal op, want als je een kwaliteitsrekening aanvaardt, dan is er helemaal geen sprake van een inbreuk. Dat geld valt nou eenmaal niet in het vermogen van de rekeninghouder.
  - De **rechtszekerheid** en de belangen financieringsverkeer spreken een rol. Het is wenselijk dat geld in beginsel toebehoort aan de persoon die een rekening opent. Men hoeft geen afgescheiden vermogens te verwachten.
  - Er was ook sprake van terughoudendheid bij de wetgever. In de parlementaire geschiedenis is te lezen dat men een algemene kwaliteitsrekening niet wenselijk vond.

Het was de bedoeling dat dit alleen mogelijk was voor de notaris en deurwaarder. Je wil niet dat dit teveel mensen worden, want dan zijn er teveel belangen in het spel.

- Conclusie = de mogelijkheid van een kwaliteitsrekening is beperkt tot partijen met een vertrouwenspositie binnen het maatschappelijk verkeer: **notaris, deurwaarder, advocaat en accountant.**

In de advocatuur heeft men wel een andere oplossing gekozen dan het notariaat zelf. Het notariaat heeft gekozen voor een algemene kwaliteitsrekening waarbij de notaris zelf een rekening opent met de vermelding van zijn hoedanigheid. In de advocatuur gebeurt het anders, omdat de verordening die van toepassing is op deze branche is iets anders voorschrijft. Dat is namelijk het in het leven roepen van een **stichting**, genaamd Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur. Dat is een techniek waarmee hetzelfde wordt bereikt. Een kantoor roept een stichting in het leven die een bankrekening opent. De bankrekening is zo afgescheiden van het advocatenkantoor. De stichting is rechthebbende van het vorderingsrecht. Stichtingen gaan niet vaak failliet, zeker niet als hun enige taak het beheren van geldstromingen is. Men dacht dat dit dezelfde gevolgen had en de Hoge Raad heeft er een aantal jaar geleden iets over gezegd in HR 23 juni 2017, NJ 2017/436 (**Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur NautaDutilh/Ontvanger**). Ook zo'n rekening voldoet aan de vereisten van een kwaliteitsrekening zoals die gesteld zijn in het arrest Procall. De Hoge Raad had al aangegeven dat de advocatuur onder de beroepen valt die een kwaliteitsrekening kunnen openen. In dit arrest noemt de Hoge Raad dat ook zo'n rekening via een stichting voldoet aan de vereisten van een kwaliteitsrekening, zoals ook is neergelegd in art. 25 Wet op het Notarisambt. Dan heb je een soort **dubbele kwaliteitsrekening**. De advocatuur dacht dat je met zo'n stichting het vermogen al had verwijderd van het eigen vermogen, maar de Hoge Raad stelt dat zo'n kwaliteitsrekening ook nog eens los van de stichting staat. Het vorderingsrecht uit hoofde van die rekening valt overeenkomstig art. 25 Wet op het Notarisambt in het vermogen van de gezamenlijke belanghebbenden. Zij hebben een voorwaardelijk recht op toedeling.

Ook laat de Hoge Raad zich in dit arrest nog uit over hetgeen hij heeft gezegd in **Koren/Tekstra** wat betreft de gemeenschap en het spiegelbeeld. Het klopt dat er geen sprake kan zijn van een gemeenschap als er enkel en alleen **spiegelbeeldige gerechtigden** in zitten. Het ging in deze casus om een algemene kwaliteitsrekening waar ook geld op stond van andere belanghebbenden en cliënten van het advocatenkantoor. De Hoge Raad suggereert dat zo'n gemeenschap alleen geldt bij een algemene kwaliteitsrekening. Dus komt de Hoge Raad een beetje terug op wat hij Koren/Tekstra heeft gezegd.

## **HC 6B, 16-12-2020, Erfpacht en opstal**

Hiervoor hebben we het gehad over zekerheidsrechten en vanaf nu gaat Verheul college geven over (beperkte) genotsrechten.

### **Opstalrecht**

- De definitie staat in art. 5:101 BW = ‘het recht van opstal is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen.’
- Dus eigenlijk wordt hier bedoeld het hebben of verkrijgen van eigendom van (toekomstige) werken of beplantingen. Door een opstalrecht kun je ervoor zorgen dat je eigenaar wordt van bijvoorbeeld een gebouw dat staat of gebouwd wordt op de grond van iemand anders.
- Normaal gesproken is er sprake van **natrekking** bij bijvoorbeeld een huis wanneer het zonder de zaken incompleet of beschadigd is. De vraag is bijvoorbeeld of er sprake is van natrekking bij zonnepanelen die op het huis zijn bevestigd. Sommige zonnepanelen kunnen roerend blijven en anders zullen worden nagetrokken. Om die onzekerheid te vermijden wordt er een opstalrecht gevestigd om eigenaar van de panelen te blijven. Dit zal eerder gebeuren bij een financier die een groot zonnepark aanlegt dan bij een particulier.
- Daarnaast is een belangrijke functie van het opstalrecht is het mogen bouwen boven andermans grond. Een normaal gesproken onrechtmatige situatie wordt hiermee gelegaliseerd.
- Het doel van het opstalrecht is dus de doorbreking van de natrekkingsregel ex. art. 5:20 lid 1 sub e en f BW. In dit artikel staat dat er sprake is van natrekking ‘voor zover de wet niet anders bepaald’. Het opstalrecht is daar een voorbeeld van. Het gevolg van het opstalrecht is dat er **“horizontale splitsing”** van het eigendom plaatsvindt. Iemand anders dan de grondeigenaar is eigenaar van iets wat zich in, op of boven de grond bevindt. Ook al verzelfstandig je een huis door het recht van opstal, dat maakt een huis niet een roerende zaak. Het blijft een onroerend registergoed ex. art. 3:3 BW.

In HR 5 januari 2018, NJ 2018/420 en NJ 421 (**Chemours Netherlands/Stedin Netbeheer**) ging het om Chemours Nederland dat allerlei fabrieken heeft. Het is een groot industriebedrijf en ze hebben daarom hun eigen elektriciteitsaansluiting. Onderdeel daarvan is een transformatorhuisje. De vraag was wie er eigenaar was daarvan, het bedrijf of de netbeheerder Stedin. Maakt zo’n huisje onderdeel uit van het net zelf ex. art. 5:20 lid 2 BW? Want zo’n net behoort toe aan de aanlegger van dat net. Ook dit is een uitzondering van het wettelijk opstalrecht in lid 1. De aanlegger wordt automatisch eigenaar. Stedin wilde een opstalrecht vestigen, maar heeft hij daar belang bij als zo’n huisje al deel uitmaakt van dat elektriciteitsnet? Stedin is al eigenaar op grond van lid 2. De Hoge Raad had inmiddels de vraag of dit huisje daar onderdeel van uit maakte bevestigend beantwoord. De Hoge Raad vindt dat het opstalrecht ook kan worden ingezet bij twijfel over de eigendomsvraag of teneinde de aanwezigheid van andermans eigendom enkel te legaliseren (omdat je normaal gesproken hier niet toe gerechtigd bent).

Het opstalrecht geldt alleen ten aanzien van **“werken of beplantingen”** (opstallen). Waar ligt deze grens? Traditioneel werd dat opstalrecht gebruikt om bouwwerken te verzelfstandigen. De laatste tijd wordt dat ook gebruikt voor andere zaken, zoals warmtepompinstallaties of elektriciteitsmasten etc. Gaat dit zover dat je bijvoorbeeld een opstalrecht kunt vestigen op de dakpannen op iemand anders zijn huis? Sommigen uit de literatuur vinden niks te ver gaan en anderen willen graag een terughoudende maatstaf. Er is hier geen specifiek antwoord op, maar in het artikel op Nestor zijn wel verschillende inzichten te bestuderen.

Wat belangrijk is, is dat je je moet afvragen wat er binnen het kader van het goederenrecht valt. Het gaat om de weerbaarheid van rechten van derden. Derden moeten weten waar ze op voorhand rekening mee moeten houden. Die zichtbaarheid en voorspelbaarheid volgt meer uit het **individualiseringsbeginsel**. Ten tweede houdt het goederenrecht zich met name bezig met de verhandeling van zaken, objecten en rechten. Dit moet makkelijk verhandelbaar zijn en er moeten niet teveel beperkte rechten zijn. De

gedachte hierachter is dat derden kennis moeten kunnen hebben van bestaande beperkte rechten. De grenzen van zo'n beperkt recht worden daarom bepaald door wat de **maatschappij aanvaardbaar** vindt. Als het nuttig is om zelfstandig eigenaar te kunnen zijn van iets, dan ligt het voor de hand dat we kunnen spreken van een gebouw of werk. Het moet wel zelfstandig exploitabel zijn, dus het vestigen van een opstalrecht op een zolderverdieping is niet logisch. Zowel het huis als de zolderverdieping worden zo uit het economische verkeer geplaatst en dat pas juist niet bij het goederenrecht.

De vraag luidt dus of alleen de werking van art. 5:20 BW kan worden doorbroken of ook de werking van art. 3:4 BW? Het opstalrecht is een uitzondering op de natrekking, maar kunnen onderdelen op grond van art. 3:4 BW niet worden nagetrokken? Zijn dat niet gewoon bestanddelen van een huis? Vanuit dit perspectief is er ook duidelijk een grens te herkennen. Een huis is immers geen huis zonder badkamer of keuken. Dit klinkt begrijpelijk, maar in de literatuur is hier discussie over. Want zijn art. 5:20 en art. 3:4 BW geen vergelijkbare artikelen? Art. 5:20 BW regelt meer wat de eigendom omvat en art. 3:4 BW regelt wat de omvang is van een zaak. Maar de wet beschouwt sommige zaken uit art. 5:20 BW ook als onderdeel van de grond. De wet behandelt het huis als een **bestanddeel van de grond**. Dus wat dat betreft kunnen deze artikelen elkaar juist overlappen. We weten zeker dat een opstalrecht op een huis kan worden gevestigd. Dus dat is in wezen ook een soort doorbreking van art. 3:4 BW. Het enkele gegeven dat iets een bestanddeel is, is vaak niet leidend als het gaat om het vaststellen van de reikwijdte van het opstalrecht. Men wordt tegenwoordig wel steeds creatiever met het vestigen van een opstalrecht. Dit gebeurt mede met het oog op de circulaire economie, waar bijvoorbeeld iemand anders eigenaar is van de gevel van het pand zodat deze goed wordt onderhouden en wellicht bij de sloop van het pand nog ergens anders gebruikt kan worden.

### Erfpachtrecht

- De definitie is te vinden in art. 5:85 lid 1 BW = "Erfpacht is een **zakelijk recht** dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken."
- Dus de ander blijft eigenaar, maar de erfpachter heeft, behoudens andersluidende bepalingen, hetzelfde genot als een eigenaar (art. 5:89 lid 1 BW). De erfpachter heeft, behoudens andersluidende bepalingen, recht op de vruchten van de zaak (art. 5:90 lid 1 BW). Normaal gesproken zijn dit de kernbevoegdheden beperkt tot het eigendom. Die erfpachter wordt een soort pseudo-eigenaar. Een erfpachtrecht kan voor eeuwig worden gevestigd, dus dit heeft verstrekkende gevolgen.

Functies erfpacht: waarom zou je dit doen als eigenaar?

1. Profiteren van **waardestijging** → De erfpachter kan worden verplicht tot betaling van een canon (art. 5:85 lid 2 BW). Dat gaat meestal om een periodieke bijdrage. Dat geeft een financieel voordeel. Vaak wordt die canonverplichting periodiek bijgesteld naar de waarde van de grond. De gemeente Amsterdam vond het onrechtvaardig als de waardestijging alleen ten goede zou komen van grote projectontwikkelaars. Die waardestijging vloeit terug in de gemeentelijke kas om dit voor publieke doeleinden weer te gebruiken.
2. Invloed houden op **wijze van gebruik en bebouwing** → de erfpachter mag een andere bestemming aan de zaak geven of een handeling in strijd met die bestemming verrichten (art. 5:89 lid 2 BW). Dit kan in de erfpachtakte worden bedongen. Dat is met name interessant voor de overheid, want die wil een beetje zeggenschap hebben wat er waar wordt gebruikt. Daarom wordt met name in Amsterdam het erfpacht gebruikt door de overheid.

### Omvang erfpachtrecht

- Het vrije erfpachtrecht staat deels in strijd met het gesloten stelsel van het goederenrecht

- Typenzwang = er zijn maar een beperkt aantal rechten beschikbaar volgens de wet. De bank moet hieruit kiezen, zodat derden weten met welk recht ze geconfronteerd kunnen worden. Er is dan niet een heel onderzoek nodig.
- Typenfixierung = ook die inhoud van die rechten is omljnd.
- Maar er bestaat wel enige ruimte bij de invulling van de inhoud van het erfpachtrecht. In art. 5:98 BW valt ook te lezen dat het kennelijk mogelijk is om een bepaalde bestemming te geven aan het erfpachtrecht. Dus het is mogelijk om dit zelf te bepalen.
- Dat betekent niet dat alles mogelijk is. Want welke afspraak kan onderdeel uitmaken van het erfpachtrecht? Wat maakt het uit of een beding al dan niet behoort tot de inhoud van het recht? Goederenrechtelijke rechten zijn overdraagbaar in tegenstelling tot verbintenissen. Als een afspraak onderdeel uitmaakt van het goederenrechtelijk zelf en het recht gaat samen met de verplichting over aan een ander.

Het arrest HR 16 maart 1977, NJ 1977/399 (**Kademuur**) is afkomstig van de fiscale kamer. Het ging hier om de haven in Rotterdam. De vraag ging over de verplichting van de gemeente om het water op diepte te houden, want er was een erfpachtrecht gevestigd op een deel van de kade. De gemeente zou de kademuur onderhouden, wat inhield dat het water diep genoeg zou blijven (door middel van baggeren) zodat schepen aan konden meren. De Hoge Raad doet niet zo moeilijk in dit geval en geeft aan dat partijen vrij zijn om het erfpachtrecht naar eigen goeddunken te regelen. Er is maar één beperking die de Hoge Raad oplegt, deze afspraken mogen niet in strijd met komen met het **wezen van het erfpachtrecht**. De afspraak maakte onderdeel uit van het erfpachtrecht. Dit enkele criterium zegt nog niet zoveel.

De gemeente was eigenaar van het water en ook van het perceel. Het recht op diep water wordt als onderdeel van het erfpachtrecht beoordeeld. Dus de eigenaar kan verlangen van de erfpachter om te baggeren. Dat lijkt niet raar in dit geval omdat beide delen eigendom van de gemeente zijn. Zo'n recht op diep water is toch ver gezocht als je kijkt naar de constructie van beperkte rechten. Deze constructie is te vinden in art. 3:8 BW. Een beperkt recht is afgeleid uit een **meer omvattend recht**. Een aantal bevoegdheden uit dat omvattend recht kunnen worden overgeheveld. Het is raar dat in het eigendomsrecht van de gemeente de bevoegdheid lag opgesloten om diep water te hebben. Dat zit toch niet in het eigendomsrecht opgesloten? Hoe kan dat dan wel in het erfpachtrecht zitten?

En het wordt nog bijzonderder als de gemeente het stuk grond met erfpacht overdraagt aan B. B is dan bloot eigenaar van het perceel. B is helemaal niet eigenaar van dat aangrenzende stuk water en het zou toch gek zijn als hem kan worden verzocht voor diep water te zorgen.

HR 11 maart 1981, NJ 1982/76 (**Haven Zwartewaal**)

- Casus = het ging om de overdracht van een perceel in de haven. Daarop stonden een aantal opstallen en dat perceel werd overgedragen onder voorbehoud van een opstalrecht. Dus de vervreemder behield een opstalrecht en bleef eigenaar van de opstallen. De vraag was of je als eigenaar van die opstallen de bevoegdheid hebt om de grond te gebruiken waar de opstallen op gevestigd zijn.
- Normaliter heeft de opstaller een gebruiksrecht op de grond voor zover nodig voor het "volle genot" van het opstalrecht (vgl. art. 5:103 BW). De eigenaar moet wel bij de opstallen kunnen komen, dus er mocht over de grond worden gelopen. In dit geval was het gebruik uitgebreid tot het gehele perceel. Hij gebruikte in principe de hele grond, dus moet je hem er dan ook niet nog een erfpachtrecht bij geven? De Hoge Raad legt een iets andere maatstaf aan dan in het arrest **Kademuur**.

- Hoge Raad= extra bevoegdheden van de opstaller mogen in de akte van vestiging nader worden geregeld, mits deze “in zodanig verband staan met die welke de opstaller naar de aard van dat recht toekomen dat het gerechtvaardigd is die bevoegdheden als onderdeel van dat recht te behandelen”. Dit heet ook wel het **voldoende verband-vereiste**. Dat lijkt een iets strengere toets dan het in strijd zijn met het wezen van het erfpachtrecht.

Bij het opstalrecht staat in art. 5:103 BW dat “bij gebreke van een regeling daaromtrent” de opstaller het volledige genot krijgt voor zover dat nodig is voor het genot van de opstallen. Omdat de wet zegt dat er andere regelingen zijn te treffen, weet je zeker dat er sprake is van een opstalrecht. Als het gaat om andere aanknopingspunten die niet in de wet worden gemeld, dan moet je je afvragen of het wel in dienst staat van het recht dat reeds is gevestigd. Bevoegdheden die geen enkel verband houden met het opstalrecht of het erfpachtrecht gaan niet mee over bij de overdracht van dat recht.

### **Rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter**

- In hoeverre kunnen verbintenisrechtelijke regels worden toegepast op goederenrechtelijke verhoudingen?
- Het goederenrecht regelt in beginsel de verhouding tussen mensen en zaken en het verbintenisrecht regelt in beginsel verhoudingen tussen mensen. De verbintenisrechtelijke regels zijn erg flexibel en daar zijn de omstandigheden van het geval en de redelijkheid en billijkheid een belangrijk onderdeel. Het goederenrecht houdt van rechtszekerheid. Daar passen de open verbintenisrechtelijke normen niet bij.
- Maar soms kent de wet een goederenrechtelijke tegenhanger van een verbintenisrechtelijke regel, bijvoorbeeld art. 5:97 BW. Dit is de wijziging van erfpacht wegens **onvoorziene omstandigheden**. Want ook in het goederenrecht is er uiteindelijk vaak sprake van een relatie tussen twee personen (bloot eigenaar en beperkt gerechtigde). Dit lijkt op 6:258 BW, waar het mogelijk is om overeenkomsten te wijzigen.

In HR 26 maart 1999, NJ 1999/446 (**Erfpachters Den Haag**) werden erfpachters geconfronteerd met een enorme canonverhoging. Die erfpachters stelden zich op het standpunt dat de gemeente in strijd handelde met de redelijkheid en billijkheid. Het is niet uitdrukkelijk voorgelegd aan de Hoge Raad of je in deze situatie mag toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. Het lijkt er wel op dat de Hoge Raad hier geen probleem mee heeft. De reden hiervoor is dat de A-G wijst op art. 6:216 BW als doorwerkingsmechanisme. Een aantal regels uit boek 6 zijn ook van toepassing op andersoortige rechtsverhoudingen. Op zichzelf is het erfpacht geen rechtshandeling of –verhouding. Maar de ratio van boek 6 is dat iedereen zich moet gedragen naar redelijkheid en billijkheid.

Via die schakelbepaling kan je verbintenisrechtelijke regels ook toepassen op het goederenrecht. Bij de toepassing daarvan moet je wel rekening houden met de aard van het goederenrecht. In dit arrest gebeurde dat ook. Zo’n canonverhoging is een onderdeel van het goederenrecht en erfpachters moeten wel rekening kunnen houden met een dergelijke verhoging.

Erfpachtvoorwaarden worden vaak als **algemene voorwaarden** opgenomen bij het vestigen van een erfpachtrecht. Een gemeente heeft vaak vaste voorwaarden. In een vestigingsakte wordt vaak verwezen naar deze voorwaarden. Die voorwaarden zijn te vinden via de openbare registers. Zijn de voorwaarden ‘in de akte’ opgenomen als zij afzonderlijk worden ingeschreven overeenkomstig art. 46 Kadasterwet? Ze staan officieel niet in de akte, maar vaak is voldoende als er naar wordt verwezen.

We hebben dan te maken met een partij die veelvuldig voorwaarden aan een ander legt. Dan is er sprake van algemene voorwaarden ex. art. 6:231 BW. De grondeigenaar (vaak de gemeente) is ‘gebruiker’ van de algemene voorwaarden en de erfpachter is ‘wederpartij’. Dit betekent dat deze

voorwaarden ook getoetst kunnen worden. Het verbintenissenrecht, en in dit geval het Europees recht, werkt zo ook door. Of het regime van kracht is hangt af van de hoedanigheid van de wederpartij. Een groot bedrijf wordt minder beschermd dan een consument of een klein bedrijf. Bij die laatste twee zijn ook de grijze en zwarte lijst van toepassing. Leidt een overdracht van het erfpachtrecht tot een wijziging van het regime? De ene keer is de wederpartij namelijk een burger en de andere keer een bedrijf. Je moet aanknopen bij de eerste vestiging. Wie dan de wederpartij is van de gemeente, dan is dat degene die als ‘wederpartij’ optreedt. Bij de overdracht van dat recht verandert het regime dus niet. Er vindt overig ambtshalve toetsing plaats van de ‘**oneerlijkheid**’ van erfpachtvoorwaarden. Maar let op! De richtlijn oneerlijke bedingen is slechts van toepassing voor erfpachtrechten van na 31 december 1994. Het peilmoment is het moment van vestiging.

**Stapeling van beperkte rechten:** welke rechten kun je op elkaar vestigen?

In beginsel is het mogelijk om een beperkt recht te vestigen op een ander beperkt recht, bijvoorbeeld een hypotheekrecht op het recht van vruchtgebruik. Om te kijken of dit mogelijk is moet gekeken worden naar het soort recht waar je mee te maken hebt. We hebben **zakelijke en goederenrechtelijke** rechten. Je moet kijken naar de definitie van het recht in de wet, daar staat wat voor soort recht het is. Alle zakelijke rechten kunnen alleen worden gevestigd op een zaak en staan in boek 5. Alle goederenrechtelijke rechten kunnen worden gevestigd op ieder goed (zaken en vorderingen) en zijn te vinden in boek 3. Hier vallen het vruchtgebruik, pandrecht en hypotheek onder. Deze laatste categorie kunnen ook worden gevestigd op andere beperkte rechten. De conclusie is ook dat je zakelijke rechten niet kan stapelen! Dit heeft te maken met de **nemo-plus**-regel: je kan alleen iets overdagen of een beperkt recht vestigen op datgene wat je toekomt. Als je geen zaak hebt dan kun je geen beperkt recht vestigen wat alleen op een zaak van toepassing kan zijn.

Dat vond de wetgever ook wel weer erg beperkt, omdat een erfpachtrecht wel voor eeuwig kan worden gevestigd. Als de eigenaar allerlei rechten kan vestigen, dan zou de erfpachter dat ook deels moeten kunnen. Dus zijn er ‘**stapelbepalingen**’ geïntroduceerd. Dit is wel iets anders dan hoe het normaal gaat. Normaal is het zo dat je bijvoorbeeld een rechthebbende bent van het recht van vruchtgebruik en je vestigt daarop een beperkt recht (bijvoorbeeld hypotheek), dan ben je je eigen beperkte recht aan het bezwaren. Bij deze stapelbepalingen zit het zo dat dat zakelijke recht niet gevestigd wordt op je recht van vruchtgebruik, maar dan vestig je dat recht op de zaak zelf.

- Art. 5:84 BW → als je al een erfpachtrecht hebt op een zaak en je wilt daar een erfdienstbaarheid op vestigen, dan vestig je dat op de zaak zelf. Zo wordt de nemo-plus-regel ontweken.
- Art. 5:93 BW → hetzelfde geldt voor ondererfpacht. Als je erfpachter bent dan kan je ook een gedeelte van het perceel in ondererfpacht geven als een soort onderhuur. Ook dat vestig je juridisch gezien op het perceel zelf. Het gevolg is wel dat je nooit meer ondererfpacht kan verstrekken dan waar je zelf over beschikt.
- Als die gestapelde zakelijke rechten ‘gevestigd’ komen ten einde als bijvoorbeeld het erfpacht ten einde komt. Ondanks het feit dat de rechten op de zaak zelf zitten, zijn ze toch gekoppeld aan het erfpacht. Via art. 5:104 lid 2 BW geldt hetzelfde voor onderopstalrechten.

Er blijven twee gevallen over die de wetgever niet regelt, namelijk het vestigen van een erfpacht op het recht van opstal en vice versa. Bij een erfpacht op het opstalrecht wordt eigenlijk niet moeilijk gedaan, want de opstaller wordt eigenaar van de opstallen. Dat betekent dat hij in feite wel een beperkt recht op die opstallen kan vestigen. Dat past zonder een stapelbepaling ook al in het goederenrecht. De enige moeilijkheid blijft het opstal op erfpacht. Dat is waarschijnlijk niet mogelijk met als reden dat een opstalrecht het eigendom aan iemand verschaft. De erfpachter is alleen maar **pseudo-eigenaar** en hij zal nooit een opstalrecht kunnen vestigen op zijn recht van erfpacht.

**Uitleg van in openbare registers ingeschreven notariële aktes.** De tekst van een akte is vaak niet eenduidig. Dan rijzen er allerlei vragen. Welk recht is gevestigd? Wat is de inhoud van het recht? Wat is er overgedragen?

De Hoge Raad hanteert bij zulke aktes een **objectieve** uitlegmaatstaf. Normaal gaan we uit van de ruime Haviltex-maatstaf. Hier kijken we echter naar de bedoeling van partijen voor zover deze blijkt uit de tekst van de akte. Het arrest HR 13 juni 2003, NJ 2004/251 (**Teijsen/Marcus**) laat zien hoe moeilijk dat kan zijn.

- Casus = het gaat hier over een recht van erfdiensbaarheid. Teijsen ging altijd via de tuin van het hoekpand van Marcus om de openbare weg te gebruiken. Op een gegeven moment heeft Marcus een hek geplaatst waardoor die route niet meer kan worden gebruikt. Teijsen vond dit in strijd met een erfdiensbaarheid die was gevestigd ten behoeve van het perceel. In de akte uit 1909 staat: “dat de koper en zijnen rechtsverkrijgenden ten allen tijde [...] wegens moet geven ter [...] om alzo te komen aan de publieke weg/pad [...] ten behoeve van [verkoper] en zijne rechtsverkrijgenden.”
- Kun je hieruit afleiden of sprake is van een erfdiensbaarheid? Ja, want een goederenrechtelijk recht wordt niet alleen bedongen ten opzichte van één specifiek persoon. In de akte is te lezen dat het gaat om de rechtsverkrijgers van zowel de koper als de verkoper. Toch nam het Hof hier iets anders aan. Hier was de redenering dat er normaal gesproken een erfdiensbaarheid wordt gevestigd tussen een heersend erf en een dienend erf. Dat druk je uit door te verwijzen naar bepaalde erven. Hier wordt verwezen naar personen. Als je een erfdiensbaarheid vestigt dan gaat dat van zelf over op anderen. Door het uitdrukkelijk noemen van rechtsverkrijgers suggereer je eigenlijk dat er een persoonlijke afspraak is gemaakt.
- De Hoge Raad was het met het Hof eens. Alleen het Hof had wel gezegd dat de Haviltex-maatstaf moest worden gehanteerd. De Hoge Raad vindt dat er **geen toepassing van de Haviltex-maatstaf** moet plaatsvinden, net zoals de Hoge Raad al eerder oordeelde in Eelder woningbouw/Van Kammen c.s. Maar omdat het Hof uiteindelijk alleen naar de tekst van de bepaling heeft gekeken casseert de Hoge Raad niet. Dit was ook logisch want er was ook nooit sprake van een partijbedoeling, want Teijsen en Marus waren niet de oorspronkelijke contractspartijen.
- Conclusie = het komt aan “op de in de notariële akte [...] tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.” Je mag zoals het Hof hier heeft gedaan wel uitgaan van vaste kennis over erfdiensbaarheid. Je moet immers de akte afzetten tegen het al dan niet gevestigde recht.

Wat is de ratio van deze andere maatstaf bij het beoordelen van ingeschreven notariële aktes? Zie daarvoor **HR 8 juli 2016, NJ 2016/325**. De ratio is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. Derden moeten hier vanuit kunnen gaan. Dus omdat derden een akte kunnen raadplegen zijn ze gebonden aan de goederenrechtelijke afspraken en het enige waar zij vanuit kunnen gaan is de tekst van de akte. Dus er moet een wat voorzichtige maatstaf worden gehanteerd.

In deze casus ging het om de uitleg van een renteclausule in een hypotheekakte. De vraag was of het bedrag inclusief of exclusief rente was. Daarover zegt de Hoge Raad dat het weliswaar in de akte staat vermeld, maar het enkel gaat om een afspraak die derden niet bindt. Dit speelt enkel een rol tussen schuldenaar en schuldeiser. Dus zoiets moet wel verbintenisrechtelijk op de Haviltex-manier worden uitgelegd. **Het enkele feit dat iets in een akte staat is niet beslissend.** Het is van belang of derden hiermee geconfronteerd kunnen worden. Het is niet altijd even duidelijk voor welke bepalingen dat het geval is.



Er is dus een verschil met de uitleg van cessie- of pandakten. Daar wordt de Haviltex-maatstaf gehanteerd. Ook dat is best vreemd, want weliswaar is er geen openbaar register voor deze akten maar ook deze kunnen aan derden worden tegengeworpen. Een cessie- of pandakte wordt weliswaar geregistreerd, maar dat gebeurt niet in de openbare registers maar dat gebeurt bij de belastingdienst.

Voorbeeld = A verpand een vordering aan B. In de vordering staat dat A een vordering heeft op Henk de Boer van 100 euro. Stel dat A failliet gaat en een curator wordt aangesteld. Wanneer B zich meldt bij de curator zegt hij dat ze inderdaad Henk de Boer hebben opgeschreven, maar dat ze eigenlijk Hendrik de Boer bedoelden. Daar had A een vordering van 10.000 euro op. Dan kan op basis van die Haviltex-maatstaf derden onaangenaam worden verrast.

Het wordt eigenlijk nog vreemder als we gaan kijken naar **onoverdraagbaarheidsbedingen**. Deze worden in openbare registers ingeschreven. Er bestaan voor deze bedingen geen vormvereisten. In de arresten **De Liser de Morsain/Rabobank** uit 2004 en **Coface** uit 2014 heeft de Hoge Raad laten weten dat die conform de objectieve maatstaf moeten worden uitgelegd. Geldt dan niet hetzelfde voor die cessie- en pandakte? Betaalt die ook niet mede de positie van een derde? Nee, want eind 2019 heeft de Hoge Raad opnieuw arrest gewezen. Daarin heeft de Hoge Raad nog eens bevestigd dat zo'n cessie- en pandrecht nog steeds volgens de subjectieve Haviltex-maatstaf moet worden geïnterpreteerd. De enige logische reden hiervoor is dat deze aktes sowieso niet te raadplegen zijn voor derden, dus dan maakt de interpretatie ook minder uit. De derden worden sowieso verrast door een akte.