

HC 6A, 17-12-2018, Fiduciaverbod en kwaliteitsrekening

Wij hebben twee onderwerpen op het programma staan die op het eerste gezicht niet zoveel met elkaar van doen hebben. Maar, die bij nadere beschouwing in het verlengde van elkaar liggen. Er zit allemaal eenzelfde gedachte achter deze onderwerpen. Die raken eigenlijk de kern van ons privaatrecht. Als we kijken naar de functie van het privaatrecht, en meer in het bijzonder van het goederenrecht, dan houdt het goederenrecht zich bezig met het toekennen van subjectieve rechten en de bescherming daarvan. Het recht kent aan iemand een bepaald subjectief recht toe, bijvoorbeeld het eigendomsrecht, en geeft dan aan wat het eigendomsrecht inhoudt, wat de bevoegdheden voor de eigenaar zijn, en geeft nadere regels over de overdracht van het recht op anderen, en op welke wijze zo'n recht wordt beschermd. Het eigendomsrecht is het meest bekende recht, maar we kennen natuurlijk allerlei verschillende typen rechten en de overkoepelende term voor die rechten dat zijn subjectieve rechten: rechten die aan een bepaald rechtssubject toekomen. Als we dan kijken naar een definitie van een subjectief recht, dan wordt meestal aangenomen, dat van een subjectief recht sprake is indien aan iemand een bepaalde bevoegdheid wordt toegekend en dat hij met die bevoegdheid zijn belangen kan nastreven. Er zitten twee kernelementen in dat begrip verstoppt: bevoegdheid en belang. En eigenlijk gaan we vandaag nader in op deze twee kernelementen. Want de figuren die vandaag centraal staan die cirkelen rondom bevoegdheid en belang. Het gaat hier om figuren waarbij soms een bevoegdheid aan een persoon toekomt, terwijl het belang bij die bevoegdheid bij een andere persoon terecht komt. Dan hebben we dus eigenlijk dat subjectieve recht uit elkaar gehaald, belang en bevoegdheid zijn niet verenigd in dezelfde persoon. Dat willen we eigenlijk wel. Soms is het ook zo dat iemand wel de bepaalde bevoegdheid heeft, maar dat zijn belang dat eigenlijk niet rechtvaardigt. Ook dat zullen we vandaag zien, ook bij het eerste onderwerp: het fiduciaverbod.

Fiduciaverbod

De kern van het fiduciaverbod vind je in artikel 3:84 lid 3 BW, waarin je eigenlijk twee aspecten van het verbod in een zin ziet samengevat. Als er sprake is van een rechtshandeling die ofwel ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid, of die de strekking mist dat het goed na de overdracht ook daadwerkelijk in het vermogen van de verkrijger terecht komt, dan is sprake van een ongeldige titel. Dat noemen we dan het fiduciaverbod, want dat soort titels zijn verboden. Betekent niet dat het iets strafbaars is, betekent enkel dat zo'n titel simpelweg geen effect sorteert. En als er geen titel is, is er geen overdracht. Dus als sprake is van een van deze titels, is er geen overdracht. Er zitten dus twee elementen in. Het eerste element is de **overdracht ten titel van zekerheid** (fiducia cum creditore). Wordt een goed overgedragen ten titel van zekerheid, dan is er geen rechtsgeldige titel. De tegenhanger is de **overdracht ten titel van beheer** (fiducia cum amico), waarin iets weliswaar wordt overgedragen, maar niet om hem daadwerkelijk eigenaar te maken, maar om hem bepaalde beheers handelingen te laten verrichten. Eigenlijk wordt het goed dan overgedragen aan de ander, in het belang van de vervreemder. Dit is een van de meest bestreden bepalingen uit het goederenrecht en dan gaat het met name om de overdracht ten titel van zekerheid. Vrij nieuwe bepaling, in 1992 ingevoerd. Voor die tijd waren overdrachten ten titel van zekerheid aan de orde van de dag. Alle zekerheidsstellingen geschiedde door middel van een zekerheidsoverdracht. 1992 is daarmee gebroken, en zijn al die titels ongeldig geworden. Daar moet een goede reden voor zijn, en die had de wetgever ook wel.

Achtergrond fiduciaverbod

Dat eerste aspect gaat in op de zekerheidsoverdracht en het tweede aspect gaat over die fiducia cum amico. Als we dan eerst kijken naar de **zekerheidsoverdracht**. De achtergrond van het fiduciaverbod kun je alleen begrijpen tegen de achtergrond van de wijze waarop die zekerheid onder het oude recht

werd verstrekt. Onder het oude recht waren er vrij strikte bepalingen voor pandrecht, vanwege de publiciteitseis die de wetgever belangrijk vond. Als iemand zekerheid verstrekte aan iemand anders dan, was de redenering van de wetgever, is het noodzakelijk dat dat ook naar buiten blijkt. Derden moeten op de hoogte kunnen zijn van het feit dat zekerheid is verstrekt. Want, het gevolg van zekerheid is dat iemand een voorrangspositie krijgt en dat gaat ten koste van jouw positie als schuldeiser. Dus als jij je positie ziet verslechteren, dan moet je dat ook kunnen weten. Dat was de gedachte van de wetgever en daaraan verbond de wetgever de eis dat in geval van verpanding noodzakelijk was de verpande zaken uit de macht van de schuldenaar werden gebracht. Als iemand een pandrecht wilde vestigen, was het noodzakelijk om het object van het pandrecht daadwerkelijk fysiek uit zijn macht te brengen, en meestal werd die zaak in de macht van de schuldeiser gebracht. Dat was heel onpraktisch, omdat in de loop der tijd er steeds meer zekerheid werd verstrekt op inventaris van bedrijven, als je je machines uit handen moet geven aan de bank die jou krediet verstrekt, kun je niet doorgaan met je bedrijfsactiviteiten en heeft het helemaal geen zin om die hele financieringstransactie aan te gaan. Dus de praktijk zocht eigenlijk naar mogelijkheden om onder die beperking van het pandrecht uit te komen. Eigenlijk werd die regel omzeild. Dat gebeurde door middel van die zekerheidsoverdracht. Voor pandrecht was noodzakelijk die zaak uit de macht te brengen, maar een overdracht kan ook geschieden door middel van een levering cp, je verklaart als vervreemder dat je de zaak voortaan voor de verkrijger gaat houden. En de overdracht kan zich dan voltrekken, terwijl de zaak gewoon achterblijft bij de vervreemder. Dan heb je dus een overdracht gerealiseerd en daar blijkt niks van naar buiten. Je zou denken, dat kan toch eigenlijk niet tegen de achtergrond van die regel van pandrecht, maar de Hoge Raad was best gevoelig voor de argumenten van de praktijk. De Hoge Raad snapte wel dat er ook een manier moest zijn om zekerheid te verstrekken zonder dat die zaak daadwerkelijk uit de macht moest worden gebracht. In twee arresten uit 1929 heeft de Hoge Raad dan ook aanvaard dat het mogelijk is om een goed over te dragen ten titel van zekerheid. Dat was het begin van die zekerheidsoverdracht. Het is een hele lange ontwikkeling geweest, heeft geleid tot behoorlijk veel arresten. Het was een nieuw figuur. Het was een overdracht, maar er zat een zekerheidsaspect in. De Hoge Raad heeft vaak moeten oordelen over vragen wat hier prevaleert, het zekerheidselement of het eigendomsargument. En moeten we dan niet toch wat bepalingen analoog toepassen van het pandrecht om die zekerheidsgever en zijn schuldeisers te beschermen, of dit echt de eigendom en is de bank dan ook daadwerkelijk eigenaar geworden. Daar zit een spanningsveld, daar komen we straks uitgebreider op. Een zekerheid is prima, maar je krijgt eigenlijk meer dan je nodig hebt. Je krijgt de eigendom van een zaak, terwijl je gewoon behoefte hebt aan een pandrecht. En waarom schrappen we dan niet gewoon die eis, dat was de redenering, dat je die zaak uit de macht moet brengen. Dan hoeft die oude zekerheidsoverdracht niet meer en dan kunnen we ook allerlei bepalingen van het pandrecht gewoon gaan toepassen. Want al die bepalingen die strekken er eigenlijk toe om de schuldenaar en zijn schuldeisers te beschermen. Dus de wetgever heeft het pandrecht gemoderniseerd. Die eis is weggeveegd. En als sluitstuk op de deur om te voorkomen dat alsnog die regels van het pandrecht zouden worden ontdoken, is het fiduciaverbod in de wet terecht gekomen. Dat tweede element, die overdracht die de strekking mist om een goed in het vermogen van de verkrijger terecht te laten komen. Dat heeft op zichzelf een vergelijkbare achtergrond, maar komt eigenlijk niet zo veel voor in de praktijk. Dus hier zullen we het minder over hebben vandaag.

Fiduciaverbod

Als we even teruggaan naar artikel 3:84 lid 3 BW, dan is dat ook een beetje een vreemde bepaling. Dat laatste deel van de zin ‘een rechtshandeling die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht’. Dat is innerlijk tegenstrijdig, want wat is een titel voor overdracht? Dat is een rechtshandeling die de strekking heeft het goed in het vermogen van de verkrijger te laten vallen. Als een rechtshandeling niet die strekking

heeft, dan is het simpelweg geen titel tot overdracht. Daar kun je niks geldigs of ongeldigs over zeggen. Dat kan gewoon nooit tot overdracht leiden. De kern van een overdracht is immers dat het goed in het vermogen van de verkrijger terecht moet komen. Wat is er dan toch nog met dat deel bedoeld?

Achtergrond fiduciaverbod

De gedachte van de wetgever is eigenlijk dat je ook allerlei constructies die via die titel van overdracht beperkingen in die overdracht aanbrengen, dat je die ook wilt voorkomen. Het goederenrecht heeft een **gesloten stelsel**. Goederenrecht is derden recht, en om te voorkomen dat derden met allerlei onbekende figuren worden geconfronteerd, kunnen partijen alleen maar kiezen uit datgene wat de wet aanbiedt. Dat zijn de beperkte rechten die allemaal keurig zijn opgesomd, en zijn voorzien van een wettelijke regeling. Als partijen nou door middel van een overdracht aan die overdracht beperkingen gaan aanbrengen, dan zou dat ertoe kunnen leiden dat er wel formeel sprake is van een overdracht, maar dat per saldo allemaal regels van goederenrecht die wij belangrijk vinden, worden ontdoken. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door middel van een **voorwaardelijke overdracht**. We hebben al eerder gezien dat die voorwaarden die je dan aan een overdracht verbindt, met name bij het eigendomsvoorbehoud, goederenrechtelijke werking hebben. Want die voorwaarde die in die titel vastzit, die raakt ingebakken in het recht dat wordt overgedragen. Dat recht wordt zelf voorwaardelijk. Voorwaardelijk kunnen partijen vrij overeenkomen. En dat zou ertoe kunnen leiden dat via die voorwaarden eigenlijk gesleuteld wordt aan het goederenrecht zelf. Het zou bijvoorbeeld zo kunnen zijn dat je aan iemand anders een zaak overdraagt, onder de ontbindende voorwaarde dat er beslag wordt gelegd op die zaak door de schuldeisers van de verkrijger. Dat is formeel een geldige overdracht, want dat is een titel die ertoe strekt dat de zaak in het vermogen van de verkrijger terechtkomt, maar wat je dan eigenlijk wil is zodra de gevolgen van het feit dat iets in het vermogen terecht komt, dat zodra die gevolgen intreden, dat dan eigenlijk die overdracht ongedaan wordt gemaakt. Kenmerk van het feit dat iets in iemands vermogen valt is dat schuldeisers zich daarop kunnen verhalen. Als je met zo'n voorwaarde eigenlijk bewerkstelligt dat zodra mensen zich gaan verhalen op het vermogen van de verkrijger, dat die zaak dan weer automatisch bij jou terechtkomt, dan is dat iets wat de wetgever niet heeft gewild. Eigenlijk rafel je dan alle bevoegdheden uiteen, die de wet aan de verkrijging van een goed verbindt. En dat mag dus niet. Dus ook als zo'n titel toevallig wel op zichzelf de strekking heeft om dan het goed over te dragen, dan alsnog wordt in dat soort gevallen, met name moet je dan dus denken aan dat soort voorwaardelijke overdrachten, wordt het **effect** aan zo'n titel onthouden doordat er geen geldige titel van overdracht is. Eigenlijk komen die niet voor in de praktijk, omdat er ook wel evidentere gevallen zijn waarin je eigenlijk gewoon de wet aan het ontduiken bent. De praktijk worstelt met name met dat eerste aspect, met die oude zekerheidsoverdracht.

Sale-and-lease-back

Dan komen we bij de constructie van sale-and-lease-back. Dit kennen we nog van Burgerlijk Recht 2 uit het **Sogelease arrest**. Daar ging het om het volgende geval. De Zaaiers had een drukkerij en had nieuwe drukpersen nodig en had die aangeschaft bij een verkoper. De drukpersen waren 1,6 miljoen gulden waard. En Zaaiers kon zelf niet de verkoop voldoen, hij had behoefte aan financiering en Sogelease was bereid die financiering te verstrekken. Maar natuurlijk alleen als er ook zekerheid werd verstrekt. En het meest voor de hand liggende object voor zekerheid is dan die net aangeschafte drukpersen. De Zaaiers had die drukpersen verkregen. Die droeg ze over aan Sogelease, voor 1,6 miljoen. Transactie was zelfs zo opgezet dat Sogelease niet 1,6 miljoen gulden gaf aan de Zaaiers die daarmee zijn verkopen kon betalen, nee Sogelease heeft dat bedrag gewoon rechtstreeks overgemaakt aan de verkoper. Dus die koopprijs werd eigenlijk aan de Zaaiers uitgekeerd door middel van voldoening van

die verkoper. Sogelease werd daardoor eigenaar van die machines, althans dat was de beoogde opzet van de transactie. Vervolgens werden die machines terug geleased door de Zaaiers. Die wilde ze immers wel blijven gebruiken en wilde op den duur ook weer eigenaar worden, als die 1,6 miljoen aan Sogelease was betaald. Dus hier werd die drukpers precies op hetzelfde moment, dat zal in een en dezelfde transactie, weer terug geleased aan de Zaaiers, en de afspraak was dat de Zaaiers gedurende zeven jaar elke maand een bepaald bedrag moest betalen. Dat was 27.147 gulden. Dat zijn 84 termijnen, en als die termijnen allemaal worden afgelost, dan kom je op 2,8 miljoen. En als dat dan was gebeurd, was er een optie voor de Zaaiers om die machines terug te kopen voor 100 gulden. Om dan die eigendom weer terug te krijgen. Dit was de eerste zaak na de inwerkingtreding van het BW waarin de vraag rees kan dit nou, is dit niet in strijd met dat nieuwe fiduciaverbod? Hier worden immers weliswaar meerdere zaken overgedragen aan Sogelease, maar eigenlijk wordt die overdracht toch in wezen op hetzelfde moment weer ongedaan gemaakt en bovendien, de enige reden om die zaak aan Sogelease over te dragen, dat is om zekerheid te krijgen voor die verstrekte koopprijs.

Deze zaak kwam op den duur bij de Hoge Raad terecht. En de Hoge Raad zet dan eigenlijk **twee gevaltypen** tegenover elkaar. Heel uitgebreid arrest, met een uitgebreide motivering, deels ook om die leasepraktijk gerust te stellen. Lease was eigenlijk al behoorlijk in opkomst en de lease praktijk was best bang dat dit niet meer zou kunnen. De Hoge Raad wijdt tamelijk veel woorden aan dit geval. De Hoge Raad begint dan te zeggen dat je dat fiduciaverbod, in het geval van die zekerheidsoverdracht, moet zien tegen de achtergrond van het oude recht. Daar fungeerde de zekerheidsoverdracht als een soort pandrecht. Dat betekent dat de Hoge Raad soms ook bepalingen analoog toepaste, die op het pandrecht van toepassing waren. En de wetgever daarvan afstand willen nemen, omdat dat een beetje een oneigenlijk figuur was. Er was weliswaar sprake van een overdracht, maar in feite had je als bank slechts behoefte aan een pandrecht. Dus eigenlijk kreeg je meer dan jouw belang rechtvaardigde. Wat was dat dan voor belang? Volgens de Hoge Raad is dat het schuldeisers belang. Als je enkel een **schuldeisersbelang** hebt bij die overdracht, dan hebben we te maken met zoiets wat de wetgever wilde voorkomen, dat is een verboden overdracht. Wat je dan in wezen doet, is een soort **voorrangpositie creëren**, en de wet zegt, als je voorrang wil hebben, dan moet je een pandrecht of een hypotheekrecht vestigen, of een voorrecht hebben. Maar je kan geen voorrang creëren, door middel van een overdracht. Dus dat is het verboden geval. De overdracht die jou beschermt in je schuldeisersbelang. En daartegenover staat wat de Hoge Raad dan noemt, een **werkelijke overdracht**. Dat is het geval waarin je gewoon die zaak wil verkrijgen. Het kan best dat daar ook een zekerheidselement aan verbonden is, maar als het niet alleen gaat om het schuldeisers belang, maar echt om jouw belang als eigenaar, dan kan die overdracht door de beugel. Dan word je gewoon eigenaar, dan hebben we te maken met een geldige titel. Dat is best een moeilijk arrest om te begrijpen. Het is niet heel overtuigend. Wat is nou een werkelijke overdracht en wat is nou een overdracht die jou beschermt in jouw belang als schuldeiser. In wezen kan een overdracht ook de functie vervullen om jou te beschermen als schuldeiser. Want je creëert geen voorrang, maar je plaats die zaak gewoon buiten het vermogen van de schuldenaar. En dat is ook een soort voorrang, want dan zorg je er ook voor dat anderen zich er niet meer op kunnen verhalen. Maar de Hoge Raad zegt nee, als je een werkelijke overdracht nastreeft, dan is het allemaal prima. En het kenmerk daarvoor is dat je moet kijken naar wat er gebeurt in het geval dat de schuldenaar niet in staat is om zijn verplichtingen na te komen. Wat gebeurt er nou als in het kader van die lease back **onrechtmatigheden** plaatsvinden? Want daar beding je die zekerheden immers voor. Je moet eigenlijk kijken naar de situatie, als het slecht afloopt met die schuldenaar en dan beoordelen wat de positie is van de schuldeiser, dus degene aan wie dat goed is overgedragen. Als je enkel de bevoegdheid hebt om in geval van wanprestatie, we hebben het dan over de wanprestatie in het kader van die lease back, als je enkele bevoegdheid dan is als schuldeiser om het goed te gelde te maken en onder gehoudenheid van

afdracht van eventuele overwaarde, dat zo typisch iets voor het pandrecht, dan ben je alleen maar je schuldeisersbelangen aan het beschermen. Is daarentegen zo dat je alleen maar die lease back overeenkomst hoeft te ontbinden, en vervolgens kan je als eigenaar weer doen met de zaak wat je maar wil, dan is er sprake van een werkelijke overdracht. Dat is immers de kern van het eigendomsrecht, dat je als je je verlost van je contractuele verplichtingen, dat je dan als eigenaar weer alles mag doen met de zaak wat de wet je toestaat. Dus als je weer vrijelijk kan beschikken over die zaak na ontbinding, dan is dat eigenlijk de reden waarom je wel degelijk eigenaar bent geworden, terwijl als je bij **wanprestatie gehouden** bent de zaak te verkopen, dan is er sprake van een verboden titel. Dan ben je dus überhaupt geen eigenaar geworden. De Hoge Raad noemt dan nog wel wat andere elementen. De Hoge Raad zegt nog als er bijkomende omstandigheden zijn, als er andere elementen in die rechtsverhouding tussen vervreemder en verkrijger zitten, dan kunnen die andere omstandigheden toch nog meebrengen dat er wel sprake is van een ongeldige overdracht. Maar eigenlijk is de strekking van dit arrest toch wel heel erg dat je zo lang je er maar voor zorgt dat je bij wanprestatie gewoon weer alles met die zaak mag doen, dan is er niks aan de hand en is er sprake van een geldige titel. Dat blijkt ook wel uit het feit dat de Hoge Raad een aantal bijkomende omstandigheden noemt, die in ieder geval niet zonder meer leiden tot ongeldigheid. Het enkele feit dat zo'n overdracht bijvoorbeeld is ingebed in een financieringstransactie, of dat beoogd is zekerheid te verschaffen, dat is als zodanig niet voldoende. Je moet echt kijken naar die positie bij wanprestatie. Dus het niet zo dat elke overdracht, waarbij zekerheidsaspecten een rol spelen, wordt getroffen door het fiduciaverbod. Kortom, eigenlijk is er best veel mogelijk, ondanks dat fiduciaverbod. Sindsdien is er eigenlijk niet heel veel rechtspraak meer verschenen. Er is een uitspraak die nader exploreert, wat nou die bijkomende omstandigheden kunnen zijn en dat is het voorgeschreven arrest BTL Lease/Van Summeren.

HR 18 november 2005, NJ 2006/151 (BTL Lease/Van Summeren)

Eigenlijk helemaal geen goederenrechtelijke casus, het is een kwestie van aansprakelijkheidsrecht. Er was sprake van een sale-and-lease-back in de verhouding tussen BTL en het Van Summeren-concern. Er werden vijf trekkers en 12 opladers verkocht door het Van Summeren-concern aan BTL. En vervolgens werden die weer terug geleased door Van Summeren, eigenlijk een constructie die zich redelijk goed laat vergelijken met de constructie uit het Sogelease arrest. Gevolg van die transactie was dat BTL eigenaar was geworden van de trekkers en de opleggers en dat die worden terug geleased aan Van Summeren. Op een gegeven moment gaat het minder goed met het Van Summeren-concern, een aantal vennootschappen gaat failliet. Op een gegeven moment gaat BTL over tot uitoefening van haar rechten. Ze eist simpelweg de eigendom op van de trekkers en opleggers. En op dat moment blijkt dat een aantal trekkers en opleggers mist. Er zijn een paar verdwenen naar het buitenland. BLT vermoedt dat Van Summeren als bestuurder van dat concern, daar iets mee te maken heeft en stelt een onrechtmatige daadsvordering in: jij hebt inbreuk gemaakt op mijn eigendomsrecht en moet daarom de schade vergoeden die daarvan het gevolg is. Tot zover niet zo veel goederenrechtelijks, maar nu begint het. Van Summeren verweert zich met de stelling dat BTL helemaal geen eigenaar is geworden van die opleggers, want er was hier sprake van een titel in strijd met het fiduciaverbod. Die sale-and-lease-back kan niet door de beugel. En daarom zelfs als Van Summeren überhaupt betrokken zou zijn met die verduistering, dan kan er helemaal geen sprake zijn van verduistering, want die trekkers en opleggers waren van hemzelf. Je zou denken dat er weinig kans van slagen is voor Van Summeren, want dit toch gewoon een recht toe recht aan Sogelease constructie waarvan de Hoge Raad heeft gezegd dat dit allemaal kan. Maar Van Summeren had een argument, wat nog niet in Sogelease aan de orde was gekomen. En dat was het argument dat die trekkers en opleggers, die hij had verkocht aan BTL en daarna had terug geleased, dat hij die had verkocht voor een koopprijs voor 350.000 gulden. Terwijl, deze trekkers en opleggers een waarde vertegenwoordigde van 700.000 gulden. Zo was sprake van een **wanverhouding** tussen de waarde van de zaken en de bedongen koopprijs. Het

argument van Van Summeren was eigenlijk dat een normaal mens dat niet doet, wie draagt er nou zaken van 700.000 gulden over voor 350.000 gulden. Eigenlijk is dat alleen maar denkbaar als je het doet in het kader van een **zekerheidstransactie**. Omdat je dan weet dat je die zaken altijd dan weer terugkrijgt, geen weldenkend mens doet afstand van de trekkers en opleggers voor de helft van de waarde. De vraag was dan, is dat iets wat kan maken dat die overdracht alsnog niet door de beugel kan. De Hoge Raad zegt daarover dat als sprake is van een werkelijke overdracht, dat het dan niet meer relevant is of er een wanverhouding is tussen koopprijs en zaak. Want, de kern van een overdracht is dat die waarde dan terecht komt bij de verkrijger. Iedereen die verkoopt wel eens wat waarbij hij ofwel slechte doet, of juist hele goede zakendoet en het enkele feit dat de verkrijger toevallig goede zakendoet, dat is geen reden om dan nog een soort correctie toe te passen. Maar, voegt de Hoge Raad wel toe, het feit dat sprake is van zo'n wanverhouding, kan wel een **bijkomende omstandigheid** zijn die kan bijdragen aan het oordeel dat toch geen sprake is van een werkelijke overdracht. Oftewel, het is een factor die moet worden meegenomen in de beoordeling, maar als je eenmaal hebt vastgesteld dat sprake is van een werkelijke overdracht, dan kan het niet alsnog misgaan vanwege die wanverhouding. En dat is eigenlijk meteen het problematische aspect van dit fiduciaverbod, in het bijzonder van de uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan het fiduciaverbod. Consequentie kan dus zijn dat die verkrijger uiteindelijk veel meer krijgt dan waarop hij recht heeft. En dat is nou precies wat de wetgever heeft willen voorkomen met het fiduciaverbod. Als sprake is van een werkelijke overdracht, dan doet het er niet meer toe of je misschien te veel krijgt, dat komt allemaal bij jou terecht. En het probleem is dus eigenlijk dat die uitleg die de Hoge Raad geeft aan het fiduciaverbod zo breed is dat daardoor eigenlijk kan optreden wat de wetgever heeft willen voorkomen. Dus die bepaling, en zeker de uitleg van de Hoge Raad, schiet doel voorbij.

HR 19 mei 1995, NJ 1996/119 (Keerweer q.q./Sogelease) – vervolg

Hier zegt de Hoge Raad ook nog wat over in Sogelease, dat is dat **tweede element** van het fiduciaverbod. Was in deze zaak helemaal niet aan de orde, maar de Hoge Raad voelde zich geroepen om wat geruststellende woorden uit te spreken. En zegt in een slotoverweging in Sogelease ook nog wat dingen over die fiducia cum amico. Daar wordt dan geoordeeld wat in lijn is wat met ook al over die overdracht tot zekerheid werd gezegd. Als sprake is van een titel die er wel toe strekt dat het daadwerkelijk in het vermogen terecht komt, dan is er niks aan de hand, ook niet als er allerlei persoonlijke beperkingen worden opgelegd. Het enige wat niet mogelijk is, is dat je bevoegdheden van de verkrijger op **goederenrechtelijke** wijze aan banden legt, bijvoorbeeld door middel van zo'n voorwaardelijke overdracht. Daar zijn ook nog best wat dingen over te zeggen, bijvoorbeeld of het mogelijk is om een zaak over te dragen onder ontbindende voorwaarden van faillissement? Eigenlijk doe je dan iets wat vreemd is, je zorgt ervoor dat op het moment dat de verkrijger failliet gaat, dat dat goed dan weer uit zijn vermogen weggaat. Daar is best veel discussie over, dat weten we niet zo goed. Het verbod op de fiducia cum amico staat niet in de weg aan **persoonlijke beperkingen**, maar waarschijnlijk dus wel aan dat soort beperkingen door middel van een **voorwaardelijke overdracht**.

De paradox van Sogelease

We moeten toch nog iets dieper ingaan op de zekerheidsoverdracht, want daar is toch iets vreemds aan de hand. In het recht kennen we vaak een grijs gebied. We weten inmiddels wat niet mag, dat is die verboden zekerheidsoverdracht. Daarvan weten we dat mag niet. Als je alleen maar een schuldeisers belang hebt, dan wordt jouw titel getroffen door artikel 3:84 lid 3 BW. Wat wel mag, is een werkelijke overdracht, waarbij je vrijelijk over die zaak kunt beschikken. Maar er zijn best veel financieringstransacties die daar een beetje tussenin zitten. En dan dreigt het gevaar dat de Hoge Raad misschien toch gaat zeggen, dat het te veel richting de verboden zekerheidsoverdracht gaat. Wat je dan eigenlijk moet doen als je zo'n financieringsconstructie opzet, dan moet je het zoveel mogelijk doen

lijken op zo'n werkelijke overdracht. Je moet er eigenlijk voor zorgen dat op het moment dat het misgaat, je alles mag wat een eigenaar mag, dan is er niks aan de hand. Kortom, de prikkel die uit het Sogelease arrest volgt, is dat je eigenlijk moet zorgen voor een overbedeling. Je moet zorgen dat je meer krijgt dan waar je behoefte aan hebt. Als je als financier enkel behoefte aan zekerheid voor het geval dat er een schuldenaar in gebreke blijft met voldoening, dan is het voldoende dat je krijgt waar je recht op hebt. Als je een vordering hebt van 100.000 euro, dan wil je ervoor zorgen dat als die schuldenaar niet betaalt, je in elk geval zekerheid hebt voor die 100.000 euro. Stel dat je een zaak in het kader van een sale-and-lease-back transactie wilt inzetten als zekerheid, en die zaak 150.000 euro waard is, dan moet je ervoor zorgen dat je eigenlijk ook die overwaarde, die 50.000 extra, dat je die ook naar je toetrekt, om te voorkomen dat jouw transactie wordt getroffen door het fiduciaverbod. Wat je dan niet moet doen in je financieringsvoorwaarden, is opschrijven dat je het surplus zal uitkeren. Dus je moet nooit opschrijven dat je die 50.000 euro zal teruggeven aan de schuldenaar, want dat is nou juist iets wat van de Hoge Raad niet mocht. Je moet dan opschrijven dat je alleen maar die overeenkomst hoeft te ontbinden om weer vrijelijk over de zaak te beschikken. En het gevolg is dan dat je eigenlijk 50.000 meer krijgt, dan waar je recht op hebt. Misschien heb je daar ook helemaal geen behoefte aan. Maar om die transactie maar door de beugel te laten zijn, moet je jezelf overbedelen. Dat is toch vreemd, want dat was juist hetgeen de wetgever niet wilde.

Bescherming lessee (en zijn schuldeisers)

Er wordt in de literatuur wel over gemopperd en er wordt gezorgd naar mogelijkheden om die lessee toch te beschermen in geval van zo'n sale-and-lease-back constructie. Onder het oude recht werkte het zo, dat als een fiduciair eigenaar de zaak ging verkopen, dat hij zich moest houden aan de regels voor **pandrecht**. Ondanks het feit dat die transactie dan was ingekleed als een zekerheidsoverdracht, moest degene die eigenaar was alle bepalingen die voor pandrecht waren geschreven toch naleven. Dat betekent dat je openbaar moet executeren en dat je vervolgens verplicht was om overwaarde af te dragen. Daarmee werd dus een soort bescherming gerealiseerd die nu ingebakken zit in het pandrecht. Er zijn ook best wat auteurs die zeggen, moet je dat dan niet ook hier gaan toepassen. De Hoge Raad lijkt dat juist uit te sluiten bij de sale-and-lease-back. Als je dat opneemt in je kredietdocumentatie, dan schiet je jezelf in de voet, want dan zorg ervoor dat je overdracht echt in de gevarezone terecht komt. Het lijkt eigenlijk niet mogelijk om bescherming te bieden aan de schuldenaar, terwijl dat juist beoogd is met dat fiduciaverbod. Er wordt nog wel gedacht over analoge toepassing van artikel 7:92 BW, waarin staat dat als een van de partijen bij zo'n huurkooptransactie meer krijgt dan waar hij recht op heeft, dat je dat dan moet verrekenen. Dan moet je eigenlijk die oneffenheden wegwerken. Sale-and-lease-back lijkt heel sterk op huurkoop. Wordt ook wel analoog toegepast, die huurkoopregeling. De vraag is dan wel, of dat hier nou ook zou kunnen. Ook hier geldt dat het eigenlijk een beetje vreemd is, want als jij werkelijk eigenaar bent geworden, volgens het Sogelease arrest, dat impliceert dat alle bevoegdheden, vruchten en het genot van het eigendomsrecht bij jou terecht komt. Je bent immers de eigenaar. Het is raar om te zeggen dat je wel eigenaar bent geworden, maar toch ook weer niet. Dan is er dus geen sprake meer van werkelijke eigendom. Dus we weten het eigenlijk niet zo goed, maar eigenlijk wijst alles erop dat het niet mogelijk is om bescherming te bieden aan de schuldenaar.

En de wetgever?

Wat heeft de wetgever nou gedaan? Je zou denken, eigenlijk is het fiduciaverbod mislukt. Moeten we het dan niet schrappen? Of moeten we ervoor zorgen dat we toch wat bescherming inbouwen voor de schuldenaar? De wetgever vaart een beetje een vreemde koers. We kennen al de financiële zekerheidsovereenkomst van het college over pandrecht. Daar zijn we ingegaan op de fzo die strekt tot verpanding. Maar er is ook nog een ander figuur uit de richtlijn, de financiële zekerheidsovereenkomst

die stekt tot overdracht. Dat komt ook uit Europa. In die richtlijn is opgenomen dat je die twee figuren moest implementeren in het BW. Je moet niet alleen de mogelijkheid bieden om een pandrecht te vestigen, maar ook de mogelijkheid om de goederen die worden bestreken door de richtlijn, om die over te dragen tot zekerheid. Dat is voor Nederland best moeilijk geweest, want de kennen het fiduciaverbod en hoe kun je nou het fiduciaverbod hebben en anderzijds een zekerheidsoverdracht? De wetgever heeft er een beetje omheen gedanst. De definitie van een 'fzo tot overdracht' is 'een overeenkomst op grond waarvan [geld, effecten of kredietvorderingen] worden overgedragen als waarborg voor een verplichting'. Dat suggereert misschien dat dit helemaal geen zekerheidsoverdracht is, maar een waarborg voor een verplichting. Dat zijn altijd geldelijke verplichting. Waarborg betekent stiekem gewoon zekerheid. Dus wat je hier ziet is een overdracht tot zekerheid. Kan dat dan? We moeten dat implementeren van Europa, maar we hebben ook dat fiduciaverbod. Dat heeft de wetgever geprobeerd op te lossen met artikel 7:55, eerste volzin BW. Een beetje een vreemde bepaling. Zo'n fzo tot overdracht, zo'n zekerheidsoverdracht, is geen overdracht tot zekerheid en ook geen overdracht die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Wat de wetgever hier eigenlijk zegt is, deze overdracht die wij hier nu introduceren in het Nederlandse BW, dat is een overdracht is die niet in strijd komt met artikel 3:84 lid 3 BW. Dat is een beetje vreemd, want of een overdracht in strijd komt met artikel 3:84 lid 3 BW dat is uiteindelijk iets wat de rechter moet beoordelen. De rechter moet de wet toepassen. Die krijgt een casus op zijn bord en zal moeten kijken of het onder artikel 3:84 lid 3 BW valt of niet. Er zijn twee scenario's mogelijk: of het valt niet onder artikel 3:84 lid 3 BW, dan is dit een overbodige bepaling want dan was het nodig, of het valt wel onder artikel 3:84 lid 3 BW en dan hebben we een innerlijk tegenstrijdige bepaling, namelijk een bepaling die zegt dat het niet eronder valt, en de rechter die zegt dat het er wel onder valt. Het is een beetje vreemd opgeschreven. Wat de achterliggende bedoeling is geweest van de wetgever, om maar duidelijk te maken dat ze het niet zo goed weten, maar mocht het in strijd zijn met artikel 3:84 lid 3 BW, dan valt het er toch niet onder. Dan hebben we hier een *lex specialis*. Die duidelijk maakt voor dit soort gevallen dat artikel 3:84 lid 3 BW simpelweg niet geldt. Eerst benaderde de wetgever het nog iets anders. Toen werd gedacht, we geven hier wat geruststellende woorden om duidelijk te maken dat het er überhaupt niet onder valt. Maar later heeft de wetgever toch ook wel toegegeven dat artikel 3:84 lid 3 BW voor dit soort gevallen buiten spel wordt gezet. Dus niet alleen dat Sogelease arrest, maar ook deze fzo tot overdracht ondergraven toch wel wat met dat fiduciaverbod is beoogd. We hebben best een vreemd recht inmiddels, waarbij dat verbod formeel nog in de wet staat. Maar waarbij best veel gedoe is wat daar nou allemaal onder valt en ondertussen komen zowel van de Hoge Raad als van de wetgever, geruststellende woorden en de consequentie daarvan is eigenlijk dat degene die beschermd wordt door het fiduciaverbod, dat die helemaal niet wordt beschermd. Daar heeft de wetgever ook nog iets over gezegd, in artikel 7:55, tweede volzin BW. Dat de regels die betrekking hebben op het pandrecht, dat die in dit geval niet van toepassing zijn, en ook niet van overeenkomstige toepassing. Dus als er een rechter zou denken dat het misschien toch wel redelijk is om wat bescherming te geven aan die vervreemder, dan wordt die mogelijkheid hem hier eigenlijk uit de hand geslagen. Dat is niet mogelijk. Het is een werkelijke overdracht en er is geen bescherming mogelijk voor de vervreemder.

Het fiduciaverbod is in de rechtspraak alleen maar aan bod gekomen met betrekking tot de sale-and-lease-back en er zijn nog best wat andere constructies waarin het fiduciaverbod mogelijk tot problemen kan leiden. Er is best wat lagere rechtspraak over gevallen waarin niet sprake is van een sale-and-lease-back constructie, maar waar simpelweg een goed aan iemand anders wordt overgedragen, en waar een zekerheidsaspect richtinggevend is. In dat soort gevallen is het eigenlijk niet zo makkelijk om dat Sogelease arrest toe te passen. Dat arrest is heel duidelijk toegesneden op die sale-and-lease-back. Je moet immers beoordelen wat de positie is van de verkrijger in geval van

wanprestatie. Als je dan kunt ontbinden en weer vrijelijk kunt beschikken, dan is sprake van een werkelijke overdracht. Moet je de regels van pandrecht naleven, dan is geen sprake van een werkelijke overdracht. Maar eigenlijk voor gevallen waarin zo'n lease-back niet speelt, en je die vraag dus niet kunt beantwoorden, dan weten we niet zo goed wat de Hoge Raad met dat fiduciaverbod gaat doen. Er zijn een aantal gevallen in de lagere rechtspraak waarin rechters toch zeggen dat dat soort constructies sneller worden getroffen door het fiduciaverbod, maar we moeten dus nog wachten op wat de Hoge Raad daarover gaat zeggen.

Kwaliteitsrekening

Hier kunnen vergelijkbare problemen zich voordoen, maar is het wat netter opgelost. In de eerste helft van het college hebben we gezien dat de wetgever het zo wil laten zijn dat als iemand rechthebbende is, dat hij dan ook alles kan met dat goed en dat hij niet op enige wijze is beperkt in de uitoefening van zijn bevoegdheden, anders dan door middel van persoonlijke aanspraken. Als je eigenaar bent, of als je gerechtigde bent tot een vordering, dan moet je alles kunnen. En een goederenrechtelijke beperking van die bevoegdheden is niet mogelijk. Daar wordt tegen gewaakt door middel van dat tweede deel van het fiduciaverbod. Maar soms is het toch wel fijn om iemand te beperken in wat hij kan. En dat zien we bij de kwaliteitsrekening. In geval van een kwaliteitsrekening dan staat er geld op een bankrekening, en die bankrekening wordt aangehouden in bepaalde hoedanigheid. De kwaliteit maakt onderdeel uit van de rekening en het gevolg daarvan is, dat dat geld aan iemand toebehoort dan je op het eerste gezicht zou denken. Dat is gevaarlijk, je creëert daarmee een soort afgescheiden vermogen. En dat staat op gespannen voet, aldus de Hoge Raad, met artikel 3:276 BW, dat zegt dat je als schuldeiser je kunt verhalen op alles wat toebehoort aan de schuldenaar. En als je dan dingen gaat afscheiden van dat vermogen, dan is er minder verhaalsvermogen. En dat is gevaarlijk vooral wanneer derden daarvan niet op de hoogte kunnen zijn. De problematiek over de kwaliteitsrekening is eigenlijk best jong.

Het is allemaal begonnen met het arrest van 3 februari 1984, NJ 1984/752 (**Slis-Stroom**), wat voor goederenrechtelijke begrippen een enorm sneu arrest is. Er was een notaris, genaamd Slis-Stroom, en zij was anders dan de meeste notarissen niet helemaal wat je van een notaris zou verwachten, namelijk een keurig iemand die nauwgezet taken uitoefent en alles op een rijtje heeft. Mevrouw Slis-Stroom was in contact gekomen met de onderwereld. En daar gebeurden allerlei duistere activiteiten. Maar mevrouw Slis-Stroom was niet de meest accurate notaris. Ze is later ook nog veroordeeld van onder meer hetgeen dat in deze procedure is gebeurd. Hier was een partij, Van Heesen en die had een pand verkocht. Een visrestaurant in Noordwijk, aan een zekere Rijs. En die overdracht van dat pand, die werd voltrokken op het notariskantoor van mevrouw Slis-Stroom, op vrijdag 23 januari. Het was al wat later op de dag en in deze tijd, 1981, was er wat minder mogelijk dan nu. Op een gegeven moment werd de transactie afgerond en werd alles gepasseerd, maar was het al te laat om nog een overboeking te doen. De koper had al het geld aan de notaris betaald, 3.125.000 gulden, maar omdat de bank al dicht was, kon het geld niet door de notaris worden overgeboekt naar de verkoper. Dat kon pas maandagochtend. Wat er op maandagochtend gebeurde, was niet dat het geld werd overboekt naar de verkoper. Het eerste wat mevrouw Slis-Stroom op maandagochtend heeft gedaan is naar de bank gaan en aan haarzelf 3 miljoen gulden laten uitbetalen. Dus er stond nog maar 125.000 gulden op die bankrekening. Dat was dus niet voldoende. Op een gegeven moment komt dit aan het licht. Wordt het notariskantoor in staat van faillissement gesteld. De curatoren weten nog best wat geld te achterhalen. Op een gegeven moment hebben zij 2 miljoen weten te achterhalen. En de verkoper maakt aanspraak op dat bedrag. De gedachte van de verkoper is, het is mijn geld. Het stond weliswaar op de bankrekening van mevrouw Slis-Stroom, maar die koper had dat aan haar overgemaakt voor mij. Die notaris had het weliswaar onder zich, maar eigenlijk was het al voor mij. Het enige wat nog moest

gebeuren is dat het werd doorbetaald aan mij. Dat hangt er dan vanaf hoe je aankijkt tegen die bankrekening. Als we eerst gewoon een eenvoudige bankrekening tot voorbeeld nemen. Als je dan geld op een rekening zet, krijg je een vordering op de bank. De bank is je schuldenaar. Als je 3.125.000 op je rekening hebt staan, dan is de bank je dat bedrag verschuldigd. Je hebt dus een vorderingsrecht, en dat vorderingsrecht valt in je vermogen. De rekeninghouder is rechthebbende van het vorderingsrecht, de bank heeft zich tot schuldenaar gemaakt van de rekeninghouder. Als we die redenering hier volgen, dan leidt dat tot grote gevolgen voor de verkoper. Omdat dat betekent dat het geld dat naar die koper is overgeboekt, naar de notaris, op de rekening staat van mevrouw Sliss-Stroom, dat betekent dat juridisch gezien mevrouw Sliss-Stroom rechthebbende is van dat geld. Zij is degene die van de bank uitbetaling kan verlangen. Die verkoper heeft geen bijzondere aanspraak op dat geld. Dus ook nadat dat geld dan weer is teruggevonden moet dat gewoon conform de rangregeling in faillissement verdeeld worden onder alle schuldeisers van mevrouw Sliss-Stroom. Dat is in wezen de redenering die de Hoge Raad hier volgt. Er wordt dan betoogd in cassatie dat die verkoper toch een separatistische aanspraak zou moeten hebben op dat geld, omdat het eigenlijk van hem is. Het middel van de rechthebbendheid van die vordering moet los worden gezien van de vraag van wie de rekening is. Daar gaat de Hoge Raad niet in mee. Volgens de Hoge Raad scheid je dat geld dan eigenlijk af van het vermogen van mevrouw Sliss-Stroom. Je creëert een voorrangspositie, en je doorbreekt daarmee de paritas creditorum, een beginsel van artikel 3:276 BW. Dat kan alleen als daar goede redenen voor zijn, en als de wet voorziet in die mogelijkheid. Oftewel, verkoper is hier gewoon een concurrente schuldeiser die moet meedelen in het faillissement en dus maar een klein deel krijgt van zijn vordering. Dat is vrij teleurstellend voor deze verkoper. Overigens is het uiteindelijk allemaal nog best goed afgelopen voor de verkoper, want het notariaat was geschrokken door het voorval en was bang dat dit een ernstige deuk zijn voor reputatie van notarissen in het algemeen, dus er is een soort collecte gehouden onder alle notarissen in Nederland wat ertoe heeft geleid dat iedereen die slachtoffer is geworden van mevrouw Sliss-Stroom, dat die schadeloos is gesteld. Tot zover eigenlijk niks gek, niks bijzonders. Maar ook hier geldt dat het venijn in de staart zit. De Hoge Raad komt nog met een slotoverweging. De Hoge Raad zegt dat het behoort tot het vermogen van mevrouw Sliss-Stroom en er is geen reden om een voorrang toe te kennen. En dan zegt de Hoge Raad, maar dit zou anders zijn als partijen een andere route hadden bewandeld. Als partijen waren overgegaan tot storting van het bedrag op een **afzonderlijke rekening** ten name van de notaris, met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de desbetreffende koper en verkoper, of een daarmee gelijk te stellen weg. Dus de Hoge Raad zegt eigenlijk je had het ook wel handiger kunnen aanpakken en dan was dit probleem er niet geweest. Dat is een beetje gemeen, want niemand wist dat eigenlijk dit de te bewandelen weg was. Het was voor het eerst dat de Hoge Raad hier dan iets over zegt. Het is blijkbaar mogelijk om een aparte rekening te openen. Ook een rekening die op naam staat van de notaris. Maar, daarbij moet dan wel in de vermelding van naam ook worden vermeld dat de notaris optreedt als opdrachtnemer ten behoeve van koper en verkoper. Dat is dan die kwaliteitsrekening waar we het nu over gaan hebben. In dat geval kan je uit dit arrest al afleiden werkt het anders, dan hoef je niet mee te delen met al die schuldeisers van de notaris. Je creëert een aparte bankrekening, en daarmee creëer je eigenlijk ook een afscheiding van het vermogen van de notaris. Het behoort niet meer tot haar vermogen.

De Hoge Raad heeft het hier over een afzonderlijke rekening die is geopend ten behoeve van de desbetreffende koper en verkoper. Dat is wat we tegenwoordig een **bijzondere kwaliteitsrekening** noemen. Dat is een kwaliteitsrekening die voor dit specifieke doel, voor deze transactie, is geopend. Dus wat je dan zou moeten doen als notaris, is voor elke transactie die langskomt op jouw kantoor, een aparte bankrekening openen. Banken zouden daar wel blij mee zijn. Maar is toch wel wat onpraktisch. De rechtsontwikkeling is iets anders gegaan, we hebben nu ook een **algemene kwaliteitsrekening**. De wetgever heeft eigenlijk dit arrest aangegrepen om nieuwe wetgeving te

introduceren en die positie van derden te verbeteren als zij vertrouwen op een notaris, en meer in het algemeen op mensen aan wie je derdengelden geeft. Gedachte is toch dat je moet vertrouwen dat die zaakjes van een notaris op orde zijn. Als we dat niet meer kunnen doen, dan raakt het maatschappelijk verkeer ontwricht.

Wettelijke regelingen

Dus de wetgever heeft een nieuwe regeling ontworpen. Een algemene kwaliteitsrekening, in artikel 25 van de Wet op het Notarisambt. Het is uitgebreid tot gerechtsdeurwaarders, artikel 19 Gerechtsdeurwaarderswet. En daarin is nu geregeld hoe dat werkt met zo'n kwaliteitsrekening. In dat artikel staat dan dat de notaris verplicht is om een of meer bijzondere rekeningen aan te houden op zijn naam met vermelding van zijn hoedanigheid. En dat die rekening uitsluitend bestemd is voor gelden die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig onder zich neemt. In de volgende leden wordt dan uitgewerkt hoe zo'n rekening in elkaar steekt. Wat je daar dan met name uit kunt afleiden is dat in lid 3 staat dat het vorderingsrecht uit hoofde van die rekening, dus het vorderingsrecht dat jegens de bank geldend kan worden gemaakt, dat dat niet toebehoort aan de notaris, dus de notaris is niet rechthebbende van de vordering, dat zijn de **gezamenlijke rechthebbenden**. Dus als zo'n notaris een algemene kwaliteitsrekening heeft, en verschillende kopers storten geld daarop in afwachting van het passeren van de leveringsakte, dan is niet de notaris rechthebbende van het vorderingsrecht, dat vorderingsrecht valt in een **gemeenschap** van al die mensen die gerechtigd zijn tot dat geld. Zij kunnen overeenkomstig hun aandeel uitkering van datgeen wat aan hen toebehoort. Dat valt dus niet onder het vermogen van de notaris. En de gerechtigde tot die gemeenschap staan dus ook niet bloot aan het risico van insolventie van de notaris. Er is zelfs nog een regeling opgenomen in het slot van lid 3 voor het geval dat er misschien ook wat geld voor de notaris zelf is opgenomen voor die rekening, het kan best zo zijn dat er niet alleen geld wordt gestort dat bestemd is voor de verkoper, maar ook het geld dat nodig is om de notaris te betalen voor het passeren van de akte. Als er dan op een zeker moment te weinig geld is, wat niet zou moeten kunnen. Als er dan te weinig geld zou zijn, dan wordt die aanspraak van de notaris zelf achter gesteld bij al die andere aanspraken. Dus je moet dan eerst al die andere deelgenoten voldoen. Pas op het eind kan de notaris zelf nog aanspraak maken op een deel van het saldo. En de notaris heeft dan allerlei volmachten om al die transacties te verrichten. Niet omdat de notaris rechthebbende is, maar namens de rechthebbenden van dat vorderingsrecht.

Constructie kwaliteitsrekening

De belanghebbenden staan in een rechtsverhouding tot de notaris. Notaris heeft een bankrekening, dat kan dus zo'n bijzondere kwaliteitsrekening zijn, maar meest gangbaar is een **algemene kwaliteitsrekening** waar in die naamstelling is opgenomen dat die rekening in hoedanigheid wordt gehouden. Er ontstaat dan een rechtsverhouding tussen notaris en bank. Anders dan bij gewone gevallen waarin je een rekening opent, ontstaat dus geen vorderingsrecht van de notaris op de bank. De notaris die vertegenwoordigt als het ware die belanghebbenden. En dat betekent dat het goederenrechtelijk zo is dat dat geld van de verschillende belanghebbenden is. Feitelijk is de notaris de enige die alle overboekingen kan doen. Maar goederenrechtelijk is de notaris ertussenuit gesneden om dus gevallen als die affaire Sliss-Stroom te voorkomen. De vraag is vervolgens wat het nou precies inhoudt dat die vordering van de belanghebbenden is.

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

Daarover gaat dit arrest. Was een iets ander geval dan de algemene kwaliteitsrekening, maar daar heeft de Hoge Raad wat meer uiteengezet over de goederenrechtelijke status van dat geld. Hier was het zo dat mr. Tekstra als curator was aangesteld als curator in een vennootschap. Meneer K was bestuurder van die vennootschap en mr. Tekstra dacht dat K allemaal dingen verkeerd had gedaan en die meende

K te kunnen aanspreken voor allerlei onregelmatigheden en tekorten in het faillissement. Om wat meer waarborg te krijgen voor die vordering, werd beslag gelegd op het huis van K. Beslag is vrij vervelend als je een huis hebt, en met name als je zo'n huis wil verkopen. Je kunt dan niet vrij van beslag je huis verkopen. Wat hier werd afgesproken tussen K en mr. Tekstra dat dat huis weliswaar verkocht zou worden, maar dat het geld nog niet bij de beslaglegger terecht zou komen, omdat er eerst duidelijkheid moest komen over wat K nou precies verkeerd had gedaan. Dus mr. Tekstra zou dan gaan procederen tegen K over wat er nou allemaal verkeerd was gegaan. En tot dat moment zou de opbrengst van het huis worden geparkeerd op een aparte rekening. Na afloop van die procedure, was de gedachte, zou dan vast komen te staan of dat geld aan mr. Tekstra toekwam, of dat K niks verkeerd had gedaan en het geld van hem was. Dan zou de notaris uitbetalen aan ofwel mr. Tekstra of aan K. Inmiddels wordt K ook in persoon failliet verklaard en wordt mr. Koren benoemd als curator. Daarom staan in de procedure Koren en Tekstra tegenover elkaar. En de vraag is dan, hoe moeten we nu die gerechtigdheid bij zo'n kwaliteitsrekening goederenrechtelijk benaderen? Het gaat hier dus om een **bijzondere kwaliteitsrekening**, eigenlijk dat eerste geval van Sliss-Stroom. Je opent dus een specifieke rekening ten behoeve van Koren en Tekstra. Er staat dus geen ander geld op die rekening, dan de opbrengst van het huis. Uiteindelijk zal dan moeten blijken of dat geld toekomt aan Koren of aan Tekstra. Maar het is niet zo dat er nog allemaal andere mensen zijn met aanspraken. De Hoge Raad zegt dan, de wetgever heeft goed nagedacht over die regeling van de algemene kwaliteitsrekening voor notarissen. Die heeft een bepaalde constructie in de wet neergelegd. Dat is die gemeenschapsconstructie van artikel 25 Wet op de Notarisambt. Dat is wel een geschikt regime om hier ook toe te passen. Het is dan niet zo'n algemene kwaliteitsrekening, maar wel een bijzondere kwaliteitsrekening. En eigenlijk zijn de belangen hier vergelijkbaar, dus we passen die regeling hier ook gewoon toe. Dat leidt er dan toe dat sprake is van een **gemeenschap** tussen de rechthebbenden. Dat wisten we al uit die regeling van artikel 25 Wet op de Notarisambt. Maar de Hoge Raad voegt daaraan toe, die gemeenschap die tussen de rechthebbende bestaat leidt ook tot een **voorwaardelijk recht op toedeling**. Dus je bent niet alleen gezamenlijk rechthebbende van dat saldo, maar er is ook een voorwaardelijk recht op toedeling. Dus zowel Koren als Tekstra heeft hier een voorwaardelijk recht, namelijk het recht op toedeling van het geld uit die kwaliteitsrekening. En de voorwaarde is dat uiteindelijk komt vast te staan dat die partij gerechtigd is tot het geld. Dat geeft je een goederenrechtelijke aanspraak, omdat je dan in feite je recht al in wezen verkregen hebt. Zij het op voorwaardelijke wijze. Het gevolg is dan dat als in zo'n procedure tussen Koren en Tekstra op een gegeven moment blijkt dat ofwel Koren ofwel Tekstra gelijk heeft, dan groeit dat voorwaardelijk recht in wezen uit. En dan is op dat moment het geld van diegene geworden. En dat betekent dus ook, daar ging het hier uiteindelijk om in deze procedure, dat dat voorwaardelijk recht, dat is dus een recht dat behoort tot het vermogen van K, dat dat ook in zijn faillissement valt, Koren q.q. kan dus als faillissementscurator ook aanspraak maken op dat geld, als uiteindelijk blijkt dat K gerechtigd is tot dat geld. Dus die gemeenschap waarborgt eigenlijk dat het geld is afgescheiden van het vermogen van de notaris. En dat voorwaardelijk recht op toedeling dat waarborgt dat ook zeker is, dat op het moment dat blijkt dat jij dat geld moet hebben, dat dat ook van jou is. Want feitelijk is het al voorwaardelijk aan jou toebedeeld.

Wat een beetje vreemd is aan deze uitspraak, is dat die gemeenschapsconstructie voor de hand liggend is, die van zo'n algemene kwaliteitsrekening van de notaris, omdat daar allemaal verschillende personen zijn die geld storten bij de notaris. Daar staat altijd geld op van allerlei mensen. En of dat nou van verkoper en koper is in transactie A, of van verkoper en koper in transactie B, er zijn altijd meerdere mensen gerechtigd tot dat geld. Maar bij die bijzondere kwaliteitsrekening ligt het minder voor de hand om te spreken van een gemeenschap. Wat is hier namelijk het geval. Het gaat om die procedure tussen Koren en Tekstra. Die opbrengst van dat huis staat op de rekening, maar uiteindelijk

zijn er twee uitkomsten mogelijk, of het geld is van Koren of het geld is van Tekstra. En hoe kun je nou zeggen dat het geld dan van allebei is. Is het niet raar om hier te spreken van een gemeenschap. Eigenlijk sluit de gerechtigdheid van de een de gerechtigdheid van de ander uit. Dus we hebben hier te maken met een soort spiegelbeeldige gerechtigdheid. Het is of Kortzen of Tekstra, maar het is nooit Koren en Tekstra, terwijl de Hoge Raad eigenlijk lijkt te suggereren dat hier een gemeenschap is. Dat zij samen rechthebbende zijn van het geld en dat het aan een van beide toevalt. Daar is best wat kritiek over geweest. Komen we zo nog op terug, maar eerst moeten we kijken naar de vraag wie nou allemaal zo'n kwaliteitsrekening kan openen.

HR 13 juni 2003, NJ 2004/196 (Procall)

De wetgever heeft specifieke regels voor gerechtsdeurwaarders en notarissen, maar de overweging van het arrest Sliss-Stroom was daar niet toe beperkt. Er werd gezegd, je had ook de weg kunnen bewandelen van het openen van een kwaliteitsrekening door in die naamstelling de hoedanigheid te vermelden. Kan iedereen zo'n rekening openen? Dat zou wel weer een beetje vreemd zijn, dan kun je geld wel heel makkelijk afscheiden van je eigen vermogen. Dat was aan de orde in deze zaak. Hier was een incassobedrijf, Procall. Dat was een bedrijf dat in die tijd met name in de zorg alle incassoactiviteiten uit handen nam. Als je naar de (tand)arts was geweest, dan kreeg je de rekening niet van je tandarts, maar die inningsactiviteiten werden dan uitbesteed aan Procall. Dan hadden de (tand)artsen daar geen rompslomp van. Procall zou dan wel zorgen dat dat geld werd geïncasseerd voor (tand)artsen. Dat zou dan worden doorbetaald. Procall was dus een soort van incassobedrijf en stuurde alle facturen en had ook een speciale rekening geopend, in dit geval voor het Beatrixziekenhuis. En al het geld, dat dus bestemd was voor het Beatrixziekenhuis, dat kwam binnen op de rekening bij Procall. En die rekening had als naamstelling: 'Procall inzake coöperatie Beatrix'. Dat was dus dat ziekenhuis. Uit de naamstelling blijkt op zichzelf dat hier sprake is van een kwaliteitsrekening. Vraag die werd voorgelegd aan de Hoge Raad: kunnen we nou voor elke willekeurige partij, ook voor zo'n commerciële partij, aannemen dat sprake is van een kwaliteitsrekening? De Hoge Raad komt met allerlei vooropstellingen en verwijst naar de parlementaire geschiedenis bij de Wet op de Notarisambt. In Sliss-Stroom is in de eerste overweging aangegeven dat je terughoudend moet omgaan met dit soort gevallen. Het vormt een inbreuk op artikel 3:276 BW. Want, je geeft iemand een soort voorrangpositie. Hij hoeft niet te concurreren met andere schuldeisers. Als we dat overal gaan aanvaarden, dan wordt die regel van artikel 3:276 BW te veel uitgehold. Dus er moet terughoudend worden omgegaan met dit soort figuren.

Dat is eigenlijk een wat vreemde redenering. Want als je echt goed kijkt naar het figuur van de kwaliteitsrekening, als je aanvaardt dat sprake is van een kwaliteitsrekening, dan zeg je dat dat geld niet behoort tot het vermogen van die persoon. Dus hier zit eigenlijk de uitkomst van wat de Hoge Raad wil, al ingebakken in de redenering. Er is hier sprake van een cirkelredenering. Als je zou aannemen dat dat geld niet in het vermogen valt van Procall, dan is er ook geen sprake van een inbreuk op artikel 3:276 BW, want het behoort dan niet tot het vermogen van Procall. Dus artikel 3:276 BW ziet helemaal niet op deze situatie. Dat is ook niet het enige argument waar de Hoge Raad voor gaat liggen. De gedachte is ook dat de **rechtszekerheid** verlangt dat je in beginsel mag uitgaan van het feit dat gelden op een rekening ook toebehoren aan degene die zeggenschap heeft over die rekening. En dat het financieringsverkeer in de knoop zou raken als je overal maar kwaliteitsrekeningen zou aanvaarden. Daar vind je dan ook nog wat steun voor in de parlementaire geschiedenis bij artikel 25 van de Wet op de Notarisambt. Daar zegt de wetgever ook, in dit soort gevallen waarin de notaris een vertrouwenspositie heeft, daar is het wel wenselijk. Maar we moeten er wel voorzichtig mee omgaan, we gaan geen algemeen regime voor die kwaliteitsrekening in het leven roepen. We regelen wat verspreide gevallen, zoals voor notarissen en gerechtsdeurwaarders. Maar,

geen algemene regeling in boek 3 BW. Daar knoopt de Hoge Raad eigenlijk bij aan en zegt: een kwaliteitsrekening die is beperkt tot gevallen waarin de maatschappij ervan uitgaat dat dat geld bij een persoon terecht komt die je kunt vertrouwen, dus dat gaat dan om personen die beroepshalve gelden van derden onder zich krijgen en waarbij partijen ervan uit mogen gaan dat ze netjes met dat geld omgaan. Dat is in zekere zin een beetje vreemd, want je zou zeggen dat je zo'n kwaliteitsrekening bij uitstek nodig hebt bij figuren die niet netjes met je geld omgaan, maar je moet dat dus wel beperken tot dit soort gevallen zegt de Hoge Raad. Dus in dit Procall geval werd dat niet aanvaard. Ondanks het feit dat op zichzelf uit die naamstelling best bleek dat sprake was van een kwaliteitsrekening. Dat betekent dus dat je niet overal maar een kwaliteitsrekening kunt gaan openen. Als je met een groep mensen geld wil gaan sparen omdat je met elkaar op reis wil, of een cadeau voor iemand wil kopen, dan kun je niet een kwaliteitsrekening openen met in de omschrijving het doel vermeld. Je kan dan niet een rekening openen inzake vakantie, of dat soort dingen. En daarmee het geld afscheiden van je eigen vermogen. Dat kan alleen als je een persoon bent die een vertrouwenspositie heeft. Dus je zal dan geld moeten onderbrengen van een van deze personen: **notaris, deurwaarder, advocaat en accountant**.

Je ziet hier ook de **advocaat** genoemd, maar advocaten die hebben een wat merkwaardige positie met betrekking tot de kwaliteitsrekening. Omdat zij veel geld regelmatig onder zich krijgen van derden. Maar er is voor advocaten niet een regeling zoals in artikel 25 van de Wet op het Notarisambt. Advocaten bewandelen een iets andere route. Die zijn daartoe aangezet door de verordening die van toepassing is op de advocatuur. Daar zijn allemaal strikte regels opgenomen over hoe je dan moet omgaan met gelden van derden. En dat wordt daar gedaan, door middel van oprichting van een **stichting**. Voorbeeld: Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur NautaDutilh/Ontvanger (HR 23 juni 2017, NJ 2017/436). Een advocaat opent dus niet een rekening onder de naam van het kantoor met vermelding van de kwaliteit. Ze roepen een aparte stichting in het leven. Dat is een aparte entiteit met een apart vermogen. Door het oprichten van die stichting en het koppelen van die bankrekening aan die stichting, zorg je er al voor dat die vermogens zijn afgescheiden. De stichting is dan rechthebbende van de vordering. En als het advocatenkantoor failliet zou gaan, dan doet dat op zichzelf niks met de stichting, want dat stichtingsvermogen valt niet in het faillissement van het advocatenkantoor. Hier wordt niet echt gewerkt met een kwaliteitsrekening door advocaten, maar gewoon met oprichting van een aparte rechtspersoon. In die verordening voor de advocatuur zitten allerlei waarborgen, dat je er wel voor moet zorgen dat het niet allemaal door elkaar heenloopt, wat het advocatenkantoor onder zich heeft en wat voor geld de stichting onder zich heeft. Er zitten allemaal beperkingen in. Wie dan in dat stichtingsbestuur mogen zitten. Het komt erop neer dat er altijd ten minste twee personen toestemming moeten geven voor zo'n transactie die door zo'n stichting wordt gedaan. Dus je zou denken dat voor advocaten die hele constructie van die kwaliteitsrekening zoals uitgewerkt in Koren q.q./Tekstra q.q. overbodig is, omdat de structuur van een stichting daarin al voorziet. Maar in dit arrest (**Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur NautaDutilh/Ontvanger**) is er wat merkwaardigs gebeurd. Het is geen verplicht arrest. Dit ging om de vraag hoe je nou die gerechtigdheid van deze rekening moet zien bij zo'n stichtingsrekening. En daar zegt de Hoge Raad dan, en dat is best opvallend, dat is ook een **kwaliteitsrekening**. En dan is er weliswaar geen specifieke tenaamstelling waaruit blijkt dat je handelt in kwaliteit of hoedanigheid, maar deze bankrekening behoorde toe aan de Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur NautaDutilh. Die bankrekening staat dus op naam van Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur NautaDutilh. En uit die ter naamstelling blijkt voldoende dat sprake is van een kwaliteitsrekening en de advocaat is een van die figuren die in het arrest Procall is genoemd als vertrouwenspersoon. Dus we hebben hier te maken met een kwaliteitsrekening en we kunnen alle regels van artikel 25 van de Wet op de Notarisambt toepassen op dit geval. Dus dat leidt tot een verdubbeling van het beschermingsregime.

De advocaat dacht dat de afscheiding van het advocatenvermogen door middel van oprichting van een stichting al voldoende was voor die bescherming, maar de Hoge Raad zegt dan eigenlijk dat dat de eerste afscheiding is, maar vervolgens is het ook nog een kwaliteitsrekening, dus zelfs als die stichting onverhoopt failliet zou gaan, wat eigenlijk niet kan omdat die stichting verder geen activiteiten ontplooid, dan zou ook nog eens die rekening afgescheiden zijn van het vermogen van de stichting. Want niet de stichting is rechthebbende van de gelden, maar degenen die dat geld erop hebben gestort. Daar is sprake van een gemeenschappelijk vorderingsrecht ten behoeve van de belanghebbende. De Hoge Raad zegt dan ook nog wat over hoe je moet aankijken tegen dat argument uit Koren q.q./Tekstra q.q. Er werd dus wel gezegd dat bij zo'n specifieke kwaliteitsrekening geen sprake kan zijn van een gemeenschap, omdat sprake is van een spiegelbeeldige gerechtigheid, en nooit van een gezamenlijk toebehoren. Daar zegt de Hoge Raad nog over, dit hier is een algemene kwaliteitsrekening en dat saldo komt dus niet alleen toe aan betrokkene 1 of de ontvanger, maar aan alle verschillende cliënten, en dus alle derden gezamenlijk. Dus het ging hier niet om een bijzondere kwaliteitsrekening, maar een algemene kwaliteitsrekening. Dus ook hier kunnen we die gemeenschapsconstructie toepassen uit de Wet op het Notarisambt. Dan zit er nog een raar staartje aan het arrest, omdat hier dan wordt geoordeeld, was eigenlijk helemaal niet nodig voor deze zaak, dat je ook nog even moet denken aan het geval waarin sprake is van een kwaliteitsrekening ten behoeve van slechts twee belanghebbenden, die onder elkaar uitsluitende voorwaarden tot het saldo gerechtigd zijn. Dus dan is er sprake van die spiegelbeeldige gerechtigdheid, die ook aan de orde was in Koren q.q./Tekstra q.q. Daar zegt de Hoge Raad nog over, ook in dat geval kunnen we die regels uit de Wet op het Notarisambt **analoog** toepassen. Dit is een beetje een mystiek einde van deze uitspraak. Dit was dus helemaal niet nodig voor deze zaak. Het lijkt er een beetje op dat de Hoge Raad toch zegt, misschien is er geen sprake van zo'n gemeenschap bij zo'n bijzondere kwaliteitsrekening, dat Koren q.q./Tekstra q.q. geval, maar dat maakt niet zoveel uit. Ook als dat geen gemeenschap is, kunnen we in elk geval die regels van artikel 25 Wet op de Notarisambt analoog toepassen. Dus hiermee lijkt de Hoge Raad de literatuur toch gerust te willen stellen en die problematiek van die uitsluitende voorwaardelijke gerechtigdheid weer een beetje ter zijde te schuiven.

HC 6B, 19-12-2018, Beperkte genotsrechten, in het bijzonder het opstalrecht en het erfpachtrecht

We gaan het vandaag hebben over het opstalrecht en het erfpachtrecht. Dan zitten we in boek 5 BW. Dan komen we eigenlijk in aanraking met heel veel kernvragen van het goederenrecht. Over de verhouding tussen eigendom en beperkte rechten. Wat de omvang van die beperkte rechten precies kan zijn en hoe zich dat allemaal verhoudt tot de structuur van het goederenrecht.

Programma

We gaan eerst in op het opstalrecht. Met name op de functie van het recht en de mogelijkheden die de wet biedt om het recht in te zetten in allerlei verhoudingen. Opstalrecht wordt momenteel veel gebruikt. De vraag waar de praktijk momenteel mee worstelt, is hoeveel ruimte er nou is om dat recht te benutten? Vervolgens gaan we in op het erfpachtrecht. En zullen we ingaan op de vraag wat nou de functie is van zo'n recht, wat de omvang is van het erfpachtrecht. In hoeverre hebben partijen vrijheid om dat recht verder in te vullen. Wat eigenlijk een beetje een atypische vraag is in het goederenrecht, omdat er normaal geen partijautonomie is. Nog een wat atypische vraag voor het goederenrecht, hoe moeten erfverpachter en erfpachter zich over en weer gedragen? Is daar een rol weggelegd voor de redelijkheid en billijkheid? En tot slot, als we daaraan toekomen, ook nog iets over de uitleg van akte in openbare registers zijn ingeschreven. Over deze rechten staat er wel veel in de wet.

Opstalrecht

De definitie van de wet is eigenlijk vrij eenvoudig. 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 (artikel 5:101 BW). Het heeft een **tweeledige functie**. In eerste plaats geeft het aan, dat als je dat recht hebt, je een gebouw, beplanting of werk daar mag hebben. Het **legaliseert** een bepaalde toestand, die ofwel al gerealiseerd is of wordt gerealiseerd naar aanleiding van het vestigen van het opstalrecht. Dat geeft dus een bevoegdheid. Normaal ben je niet bevoegd om op andermans erf dingen te gaan bouwen, maar het opstalrecht geeft die bevoegdheid wel. En vormt daarmee een uitzondering op artikel 5:21 BW waarin is opgeschreven dat de bevoegdheid van de eigenaar om de grond te gebruiken, wat de kern is van zijn eigendomsrecht, dat dat ook de bevoegdheid omvat om gebruik te maken van de ruimte boven en onder de oppervlakte. Dus je kunt niet alleen iets hebben op het eigendomsrecht van de onroerende zaak, maar ook daarboven of daaronder. Dus als je daarboven of onder iets wil bouwen heb je een opstalrecht nodig. Bijvoorbeeld als je een parkeergarage wil aanleggen onder andermans grond. Als je die parkeergarage in eigendom wil hebben dan kun je een opstalrecht vestigen dat de bevoegdheid geeft die parkeergarage daaraan te leggen. Een anders voorbeeld is de tunnel van de Noord-Zuidlijn. Op sommige plekken moest die tunnel onder huizen door worden gegraven om het traject goed te kunnen laten verlopen. In die gevallen is soms die persoon onteigend om die grond in eigendom te verkrijgen. Maar er is ook gewerkt met het opstalrecht. Dan krijgt de gemeente de bevoegdheid om die tunnel te laten lopen onder de onroerende zaak van de eigenaar. Het opstalrecht wordt ook veel ingezet in het kader van de energietransitie. Om windmolens in eigendom te hebben op grond van boeren met name. Maar ook wel op zee. Ook veel in het kader van de bevestiging van zonnepanelen op daken, waarbij we niet precies weten wat het rechtsgevolg is van de bevestiging van een zonnepaneel. Maar er wordt tegenwoordig voor de zekerheid een opstalrecht gevestigd om die toestand te legaliseren en waar mogelijk ook noodzakelijk maken om de regels over natrekking te doorbreken. Dat zijn de gevallen waar je in of op andermans onroerende zaak iets in eigendom kan hebben. Je kunt ook een opstalrecht vestigen als je boven iemands onroerende zaak wat wil hebben. Het hoofdkantoor van Unilever bijvoorbeeld. Dat gebouw rust op pilaren. Die pilaren zijn door middel van een opstalrecht verzelfstandigd. Die pilaren trekken de rest van het gebouw na. Dus de eigenaar van de pilaren is ook eigenaar van het overhangende gedeelte. Vervolgens moet je er ook voor zorgen dat degene die eigenaar is van de gebouwen die eronder zitten, ermee akkoord is. Het opstalrecht geeft de mogelijkheid om ervoor te zorgen dat je dat gebouw daar mag hebben, ook al ben je al eigenaar door de natrekking van de pilaren.

Belangrijkste element van het opstalrecht is dat het **eigendom** geeft. Normaal gesproken, artikel 5:20 BW, omvat de eigendom van een grond alle gebouwen, werken en beplantingen die met de grond duurzaam zijn verenigd. Het opstalrecht zorgt ervoor dat de regel niet geldt. Het opstalrecht is een uitzondering op artikel 5:20 BW en doorbreekt de natrekkingsregel en zorgt ervoor dat je eigenaar kunt zijn van iets wat normaal gesproken zou worden nagetrokken. Het wordt wel een **horizontale splitsing** van het eigendomsrecht genoemd, omdat je het eigendomsrecht opdeelt in een horizontale manier.

Dat is niet de enige functie van het opstalrecht. Mooie voorbeelden bieden de uitspraken: HR 5 januari 2018, NJ 2018/420 en NJ 421 (**Chemours Netherlands/Stedin Netbeheer**) over de eigendom van zo'n transformatorhuisje. Chemours heeft allerlei fabrieken in Dordrecht. En die verbruikt zo veel energie dat zij een aparte aansluiting hebben op het elektriciteitsnet en vraag was hier, of zo'n transformatorhuisje dat op het terrein staat van Chemours, of het dan onderdeel is van het elektriciteitsnet of dat het daarbuiten valt, en vervolgens is het de vraag kun je zo'n opstalrecht vestigen voor zo'n transformatorhuisje. Uiteindelijk is de uitkomst van de procedure dat dat

transformatorhuisje deel uitmaakt van het elektriciteitsnet, dus dat dat niet in eigendom toebehoort aan Chemours die eigenaar is van de grond, maar aan Stedin Netbeheer omdat zij de aanlegger van het elektriciteitsnet is. Dat is een andere uitzondering op de natrekkingsregel. Artikel 5:20 lid 2 BW, van rechtswege is daar bepaald dat zo'n net toebehoort aan de bevoegde aanlegger. Dat transformatorhuisje staat weliswaar op de grond van Chemour, maar omdat lid 2 bepaalt dat alles wat onderdeel uitmaakt van het net toebehoort aan de aanlegger van het net, behoort het transformatorhuisje toe aan Stedin Netbeheer. Maar dat was niet waar die procedure uiteindelijk omging, want er was ook nog een opstalrecht gevestigd voor Stedin Netbeheer, die dus al eigenaar was van dat transformatorhuisje. De vraag die in deze procedure rees was of je nog belang hebt bij de vestiging van een opstalrecht als je toch al eigenaar bent van het transformatorhuisje? Het doel van het opstalrecht is toch om eigendom te verschaffen? Het antwoord wat de Hoge Raad daarop geeft is, ook als je al eigenaar bent, of als er onduidelijkheid bestaat over de vraag of je eigenaar bent, kan je gewoon een opstelrecht vestigen om puur die twijfel weg te werken, of om simpelweg de aanwezigheid van dat eigendom te legaliseren. Dan ben je niet alleen eigenaar van het transformatorhuisje, maar dat opstelrecht drukt dan ook nog eens uit dat je dat transformatorhuisje daar ook daadwerkelijk mag hebben.

Het gaat dus om werken, gebouwen en beplantingen. Dat zijn de zogenaamde opstallen. Er bestaat niet zo veel consensus over wat je kunt verzelfstandigen door middel van een opstalrecht. Het gaat dan eigenlijk om de vraag, hoe ver kun je gaan met de vestiging van een opstalrecht? Oorspronkelijk is het opstalrecht bedoeld om hele gebouwen te verzelfstandigen. Dat je eigenaar kunt zijn van een gebouw op andermans grond. In de loop der tijd zijn er meer toepassingen gevonden, zoals gsm-masten die op huizen staan. Maar de vraag reist een beetje, kun je alles wat een beetje zelfstandig is ook door middel van een opstalrecht aan iemand anders laten toebehoren? Kun je een opstalrecht vestigen voor de dakpannen op je huis en daarmee bewerkstelligen dat iemand eigenaar is van de dakpannen op je huis. Kun je dat doen voor de badkuip, keuken etc.? Dat zijn de vragen waar de praktijk momenteel mee worstelt. Je moet als er een vraag op het tentamen over komt terug naar de algemene beginselen van het goederenrecht. Wat is nou kenmerk van een goederenrechtelijk recht? Dat moet voldoende duidelijk zijn voor **derden** waarop dat rust. Dat moet **individualiseerbaar** zijn. Dat zijn de hoekstenen van het goederenrecht die je hier moet loslaten op de gevallen. In wezen gaat het erom of wij met elkaar naar verkeersopvatting zouden accepteren dat je zoiets kan verzelfstandigen. Die verkeersopvattingen zijn op zichzelf veranderlijk. Het kan best dat daar in de loop der tijd verandering in komt. Maar, het moet wel passen bij de algemene kenmerken van het goederenrecht. Wat zijn dan die kenmerken van het goederenrecht? Het goederenrecht behandelt de verhandelbaarheid van rechten. Goederenrecht is bij uitstek handel, je kunt dingen verkopen, overdragen en dat is een van kerndoelstellingen van het goederenrecht. En om die reden vinden we het belangrijk dat derden kunnen weten waar ze aan toe zijn. Derden moeten op de hoogte kunnen zijn van de beschikbare goederenrechtelijke rechten, en weten wat de strekking daarvan is. En we verlangen dus eigenlijk dat het goederenrecht niet zover gaat, dat dat in de weg staat aan die verhandelbaarheid. Als je alles maar zou kunnen verzelfstandigen, dan zou dat een belemmering vormen voor het rechtsverkeer. Als je bijvoorbeeld je zolderverdieping zou verzelfstandigen door middel van het opstalrecht, dan is de kans vrij groot dat je niemand gaat vinden die het opstalrecht ten aanzien van de zolderverdieping wil kopen, en dat je niemand gaat vinden die nog de rest van het huis wil kopen. We weten dat eigenlijk niet, maar meestal wordt in de literatuur toch de nadruk gelegd op het feit dat zo'n recht alleen kan bestaan als dat **zelfstandig verhandelbaar** is, als het zelfstandig een nuttige functie kan vervullen en zelfstandig **economisch exploitabel** is. Vraag die daar verband mee houdt, is of dat opstelrecht alleen kan worden gebruikt om die regel van artikel 5:20 BW te doorbreken, de natrekkingsregel, of ook de regel van artikel 3:4 BW, over die bestanddelen. Dat zijn regels die op het eerste gezicht best veel met

elkaar gemeen hebben, maar toch iets anders werken. Artikel 5:20 BW is met name een regel die duidelijkheid probeert te verschaffen over wat bij de grond hoort, terwijl artikel 3:4 BW iets verder gaat, dat zegt wat onderdeel is van een zaak. Traditioneel wordt gezegd dat het opstalrecht alleen ziet op de doorbreking van artikel 5:20 BW, en niet op de doorbreking van artikel 3:4 BW. Maar daar is ook wat verandering in gekomen. Dat heeft er met name mee te maken dat de Hoge Raad een vreemde koers is gaan varen waar het aankomt op die natrekking van artikel 5:20 BW. Als we kijken naar de toepassing van artikel 3:4 BW, dan kennen we de Depex-criteria. Iets is bestanddeel als de twee elementen, hoofdzaak en ondergeschikte zaak, zodanig op elkaar zijn afgestemd dat je die niet zonder elkaar nuttig kunt gebruiken. Dus die onderlinge afstemming is een van de belangrijke elementen voor bestanddeelvorming. En daarnaast gaat het om de vraag, of het een incompleet zou zijn zonder die ander, dat is de incompleetheidstoets. Daar is de Hoge Raad best terughoudend, omdat als je ruim bestanddeelvorming aanneemt dan verliezen veel mensen hun eigendomsrecht omdat het onderdeel gaat uitmaken van andermans zaak. Op een gegeven moment is die toets van artikel 3:4 BW overschaduwd door de toepassing van artikel 5:20 BW. Er zijn namelijk uitspraken van de Hoge Raad waarin blijkt dat iets dan geen bestanddeel is van een onroerende zaak, maar wel wordt nagetrokken op grond van artikel 5:20 BW. Er is bijvoorbeeld een uitspraak over een warmtekrachtkoppelinginstallatie die is aangebracht in een gebouw. Dan wordt eerst onderzocht of die installatie **onderdeel** van het gebouw is. Daar is het antwoord ontkennend, want het gebouw is niet incompleet zonder zo'n installatie. Maar, bij artikel 5:20 BW beantwoord je een andere vraag, namelijk, is iets bestemd om **duurzaam** ter plaatse te blijven. Dat is een ruimer criterium. Zo'n installatie zal doorgaans wel om daar duurzaam ter plaatse te blijven. Dus het kan best zo zijn dat iets wat in een gebouw is bevestigd geen bestanddeel is van het gebouw, maar toch wordt nagetrokken door artikel 5:20 BW. Dat is een beetje vreemd en is de reden waarom veel mensen tegenwoordig zeggen dat we minder moeilijk moeten doen over de criteria van werk of gebouw, en moeten we toestaan dat rivierbestanddelen kunnen worden verzelfstandigd door middel van een vestiging van opstalrecht. Het moet wel gaan om iets dat **zelfstandig exploitabel** is. Er is wel veel mogelijk, en wellicht wordt er steeds meer mogelijk. De praktijk worstelt met vragen die verband houden met de circulaire economie. Waarin toch steeds meer belang wordt gehecht aan het behoud van eigendom om die grondstoffen die zijn gebruikt later weer te kunnen hergebruiken. Het komt uiteindelijk allemaal aan op de verkeersopvattingen tegen de achtergrond van die goederenrechtelijke beginselen. Het kan best dat we daar binnenkort toch wat makkelijker over gaan denken.

Erfpachtrecht

De definitie vinden we ook in boek 5, artikel 85 BW. Erfpachtrecht is een zakelijk recht, dus kan alleen worden gevestigd op een zaak, dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken. Hij mag er feitelijke macht over uitoefenen. De erfpachter heeft, behoudens andersluidende bepaling, hetzelfde genot als een eigenaar (artikel 5:89 lid 1 BW). En hij heeft ook eens recht op de vruchten, eveneens tenzij dat anders is overeengekomen (artikel 5:90 lid 1 BW). Dus eigenlijk zie je dat zo'n erfpachter, als je zo'n recht vestigt, die eigenaar overschaduwd. De eigenaar verliest bijna al zijn bevoegdheden. Het enige wat de eigenaar overhoudt is **blooteigendom**. Die kan hij vervreemden, maar wel onder de last van het erfpachtrecht. Dus hij heeft een behoorlijk uitgedaasd eigendomsrecht. Dat is best vergaand en eigenlijk nog verregaander als je bedenkt dat zo'n erfpachtrecht eeuwigdurend kan worden gevestigd. Je kunt er dan nooit meer van af. Dan zit er tot in lengte van jaren iemand anders in jouw huis en dan is eigenlijk dat eigendomsrecht een heel beperkt recht geworden. Dus er moet ook wel wat tegenover staan voor de eigenaar. Die erfpachter is verplicht een **canon** te betalen (artikel 5:85 lid 2 BW) en de erfpachter mag geen andere **bestemming** aan de zaak geven of een handeling in strijd met die bestemming verrichten (artikel 5:89 lid 2 BW). Dat zijn de twee belangrijkste redenen voor een eigenaar om een erfpachtrecht te vestigen. Die krijgt periodiek

een som geld. Die som geld is meestal afgestemd op de waarde van de onroerende zaak. Dus je profiteert via die canonopbrengst van een eventuele waardeinstijging van de zaak. Als je je eigendomsrecht in een keer zou overdragen, zou je op een moment veel geld krijgen. Maar grond heeft de neiging om in waarde te stijgen, als je een erfpachtrecht vestigt krijg je die opbrengsten over een langere termijn en die opbrengsten kunnen ook oplopen. Meestal moet er ook nog betaald worden voor de vestiging van een erfpachtrecht. Daar zit dan een correlatie tussen de overeengekomen prijs en de canon. Het kan zijn de canon heel hoog is. Het kan ook zijn dat die heel laag is. Er zijn voorbeelden waarbij erfpachtrechten al in 1700 zijn gevestigd en dat toen is afgesproken dat die canon nooit mocht worden gewijzigd. Dan zit je nu voor een prikkie in een huis. Dan ben je in wezen een soort eigenaar. Als de canon vrij hoog is, is de waarde van het erfpachtrecht ook veel lager.

Functies erfpacht

Wat het bijzondere is van de erfpacht, en daarom wordt het veel gebruikt, is dat de **bevoegdheden** van de erfpachter ook nader aan banden kunnen worden gelegd. Je kunt het erfpachtrecht eigenlijk bijna zien als een soort huurovereenkomst met goederenrechtelijke trekken. Partijen hebben vrij veel vrijheid om in te vullen wat een erfpachter allemaal mag doen, en dat kan door middel van de bepaling van die bestemming. Daarom is het met name voor gemeentes vrij aantrekkelijk om erfpacht te gebruiken. De meeste functies van erfpacht zie je opduiken in gemeenten. Met name sinds het begin van vorige eeuw is in Amsterdam erg veel erfpacht gebruikt. Voor de gemeenten is het heel aantrekkelijk geweest, omdat de gemeente het onaanvaardbaar vond dat zij allerlei grond uitgaf en dat daar dan allerlei grondspeculeerders op kwamen te zitten. Die maakten fors veel winst. De gemeente investeerde in allerlei publieke voorzieningen in Amsterdam waardoor die stad aantrekkelijker werd. De woningen werden meer waard door wat de gemeente aan uitgaven deed. Amsterdam vond het belangrijk dat de gemeente ook zou **profiteren van die waardeinstijging**. En een ander aspect was, toen het publiekrecht nog niet zo sterk was opgekomen, dat via die bepaling van de **bestemming**, er grip kon worden gehouden op wat er gebeurde met de grond waarop iets werd gebouwd. Als er een woonbestemming werd gegeven aan een stuk grond kun je er alleen maar wonen. Overschrijd je die grenzen kun je ertegen optreden. Je kunt er uiteindelijk zelfs voor zorgen dat het erfpachtrecht komt te vervallen. Dus door die bestemmingsbepaling kan je eigenlijk vrij specifiek invloed uitoefenen op wat er op elk van die percelen grond gebeurt. Het wordt ook wel gebruikt door woningcorporaties die huizen willen verkopen aan particulieren die eigenlijk niet zo veel geld hebben. De deal is dan dat er een lagere koopprijs wordt verwacht van de particulier, maar dat de woningcorporatie ook nog gedeeltelijk meeprofiteert van de waardeinstijging. Die waardeinstijging wordt dan verdeeld tussen de bewoner en de woningcorporatie. Dat is een middel om ook mensen met wat minder geld een woning te laten kopen. In de polders is er ook veel gebruik gemaakt van erfpacht, om de kosten die zijn gemaakt voor de drooglegging weer terug te verdienen.

Omvang erfpachtrecht

Er kan dus vrij veel met het erfpachtrecht, maar het blijft een goederenrechtelijk recht. Dus het moet wel passen binnen het gesloten stelsel van het goederenrecht. Er zijn derden bij betrokken. Als je een huis wil kopen en je ziet dat er een erfpachtrecht onder hangt, dan wil je toch weten waar je aan toe bent. Hoeveel canon je moet betalen, hoe vaak die canon kan worden geïndexeerd en als je blooteigendom verwerft wil je ook weten waar je recht op hebt. Het is best lastig om die grote vrijheid van het erfpachtrecht te verenigen met het gesloten stelsel van het goederenrecht. Met name na de crisis heeft het tot veel problemen geleid. Er waren veel particuliere erfverpachters in Amsterdam die in de erfpachtakte een beding hadden opgenomen dat ze eenzijdig bevoegd om de canon te wijzigen. Dat kan ertoe leiden dat heel veel woningen in Amsterdam onverkoopbaar werden. Dat heeft ertoe geleid dat er vrij veel problemen zijn ontstaan en er gesleuteld is aan die erfpachtrechten.

‘**Typenzwang**’ en ‘**Typenfixierung**’ omschrijven het gesloten stelsel van het goederenrecht nader. Het eerste woord dat zegt dat er maar een beperkt aan goederenrechtelijke rechten beschikbaar is. Er is een dwang om te kiezen voor een bepaald goederenrechtelijk recht. Je mag alleen kiezen uit de beperkte rechten die de recht noemt. Maar er is ook een bepaalde fixering bij de inhoud van die type. Het zou raar zijn als de wet enerzijds zegt dat je moet kiezen uit vijf beperkte rechten, maar als je eenmaal een van die vijf hebt gekozen, ben je vervolgens helemaal vrij bij de invulling ervan. Er is dus ook een soort van fixering bij de inhoud van het beperkte recht en dat gebeurt door de typenfixierung. Maar dat neemt niet weg dat zeker bij het erfpachtrecht via die bestemmingseis, best veel mogelijk is. En daar is dus dan ook wel wat rechtspraak over van de Hoge Raad.

HR 16 maart 1977, NJ 1977/399 (Kademuur)

Het gaat over een kademuur in Rotterdam. Er was een erfpachtrecht gevestigd ten behoeve van een bepaald bedrijf. De gemeente was eigenaar van het stuk grond en ook eigenaar van dat water. En nu was een van de bedingen die was opgenomen in die erfpachtakte dat de gemeente als blooteigenaar de verplichting op zich nam om deze kademuur te onderhouden. En om het water aan die kademuur ook op voldoende diepte te houden. Er was een baggerplicht voor de gemeente. De gedachte was dat dat water voldoende diep moet zijn om schepen te laten aanmeren. En die erfpachter heeft alleen wat aan die grond, als dat water voldoende diep is. Anders kan je dat erfpachtrecht daar niet uitoefenen. Dat recht van de erfpachter om uitgediept water te hebben, dat heeft een zekere waarde. Als de gemeente dat periodiek komt doen, hoeft de erfpachter het zelf niet te doen en dat bespaart hem kosten. En dat verhoogt dus de waarde van het erfpachtrecht. Dat was hier met name van belang voor de hoogte van de overdrachtsbelasting. Als dat recht om een uitgediept water te hebben onderdeel uitmaakt van het erfpachtrecht, is dat erfpachtrecht meer waard en moet er dus ook meer overdrachtsbelasting worden betaald. De inspecteur van belastingen heeft er belang bij dat al die bevoegdheden in dat goederenrechtelijke recht terechtkomen. En die zei dan ook dat het onderdeel uitmaakt van het erfpachtrecht. De erfpachter zei van niet, hij zei dat het een afzonderlijke afspraak is. De Hoge Raad is vrij ruimhartig. De Hoge Raad zegt eigenlijk dat partijen, dus eigenaar en erfpachter, vrij zijn om hun erfpacht verhouding naar eigen goeddunken te regelen. Dat is een extreme vrijheid. Je mag willekeurig inrichten. Er is nog wel een kanttekening, dat ze niet in strijd mogen komen met het **wezen** van het erfpachtrecht. Dus dat is de enige beperking. De Hoge Raad voegt er nog aan toe, dat daarvan onder voorgeschreven omstandigheden geen sprake is. Dus in dit geval was er volgens de Hoge Raad geen sprake van strijd met het wezen van het erfpachtrecht. Dat is best een beetje een vreemde uitspraak. Een van de problematische aspecten lijkt hier toch de definitie van een beperkt recht te zijn in artikel 3:8 BW. Artikel 3:8 BW zegt dat een beperkt recht een recht is dat is afgeleid uit een meer omvattend recht. Dus dat suggereert dat de bevoegdheden die opgesloten liggen in het erfpachtrecht dat die voorheen in het eigendomsrecht besloten lagen. En dat die bevoegdheden zijn overgeheveld van eigenaar naar erfpachter. Erfpachter krijgt eigenlijk het genot van de eigenaar. Maar dat is hier een beetje vreemd, want de erfpachter krijgt hier het recht op uitgediept water. En is dat nou een recht dat voorheen in de eigendom zat opgesloten? Kun je zeggen dat de eigenaar van dat stukje grond die bevoegdheid had? Dat is geen bevoegdheid die in dat eigendomsrecht van de grond aan het water vastzat. En daarom is het een beetje vreemd dat dat recht wel kan worden verschaft aan de erfpachter. Wat nog vreemder is, is dat het ook nog eens een bepaling is die betrekking heeft op een stuk water dat niet eens onderdeel uitmaakt van de erfpacht. Je kunt je nog voorstellen als dat water nou ook in erfpacht was gegeven, dan zou je kunnen zeggen dat het hoort bij het erfpachtrecht, dat je als eigenaar zegt dat het erfpachtrecht er goed uitziet. Maar, dat is toch hier wat vreemd, want die verplichting heeft betrekking op een aangrenzend perceel. Stel je voor dat de gemeente de eigendom van de kade overgeeft aan een ander. De Hoge Raad zegt dat de **bevoegdheid** deel uitmaakt aan het erfpachtrecht, dan kan hij dus ook worden tegengeworpen aan de rechtsopvolger van de blooteigenaar. Dat betekent

dat iemand blooteigendom verkrijgt van de kade en verplicht is om water op diepte te houden terwijl dat water niet aan hem toebehoort. Dat kan eigenlijk niet kloppen. De gemeente zou zelfs als eigenaar van dat water kunnen verbieden dat iemand anders dat op diepte houdt. Het past dus niet helemaal goed in het systeem dat deze bevoegdheid hier als onderdeel van het erfpachtrecht is aangenomen.

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

Dit arrest verschaft nog net iets meer duidelijkheid. Hier wordt ook op de vraag ingegaan waar de grenzen liggen. Het gaat over een opstalrecht. Die vraag is niet beperkt tot het erfpachtrecht, bij elk goederenrechtelijk recht kan de vraag rijzen of het onder het beperkte recht kan worden geschoven. Hier ging het om een opstalrecht in de haven. Er was een soort haventerrein en daarop stonden verschillende opstallen. Dat haventerrein werd overgedragen aan een derde, en daarbij werd een recht van opstal voorbehouden. Dus de vervreemder bleef eigenaar van de opstallen. Normaal gesproken houdt dat dus alleen in dat je de bevoegdheid hebt om die opstellen daar in eigendom te hebben. Daar kun je op zichzelf niet zo veel mee. Als je alleen eigenaar bent van de opstellen, hoe kom je er dan bij? Onderdeel van het opstalrecht, is ook nog wel de bevoegdheid dat je ook naar je opstal toe mag. Je kunt aannemen dat je erheen mag wandelen. Als je dat niet kunt, dan heb je eigenlijk niks aan de eigendom van die opstallen. Maar hier was een uitbreiding gegeven aan de bevoegdheid tot **gebruik** van die onderliggende grond. In de akte was de bevoegdheid opgenomen tot vrij genot en gebruik van de hele grond. Dat gaat best wel ver, want een opstalrecht is een recht om dingen in eigendom te hebben. En dit is in wezen een erfpachtrecht erbij zou je denken. Dus ook hier, rees de vraag, of je het gebruik van die opstallen zo ver kon uitbreiden. Normaal gesproken heb je als opstal alleen het gebruik dat nodig is voor het genot van de eigendom. Dat staat ik in artikel 5:103 BW. En dus niet het gebruik van de omliggende grond, anders had je maar een eigendomsrecht moeten nemen of een opstalrecht gecombineerd met een erfpachtrecht. Ook hier zegt de Hoge Raad dat je die bevoegdheden kunt uitbreiden. De akte van vestiging kan nadere regels bevatten over het gebruik van de opstaller. Dat kan ook het gebruik zijn wat hier was overeengekomen, dus het hele gebruik van grond. Ook hier komt de Hoge Raad weer met een beperking. Die is iets anders toegesneden dan in het Kademuur arrest, maar het komt per saldo op hetzelfde neer. Het gaat er niet om dat dingen niet mogen, als ze in strijd komen met het wezen van het erfpachtrecht. Hier is beslissend dat het moet gaan om bevoegdheden die in zodanig verband staan met het opstalrecht, dat het gerechtvaardigd is om deze als onderdeel van dat recht te behandelen. Dat is ook een frase die terugkeert in de parlementaire geschiedenis bij boek 5 BW. Het arrest is nog van voor 1992. Het staat sindsdien bekend als het **voldoende verband-vereiste**. En dat lijkt toch iets strenger te zijn dan in strijd komen met het wezen. Als het in strijd komt met het wezen, moet het echt wezensvreemd zijn aan dat recht. Terwijl voldoende verband dat suggereert nog een bepaalde relatie tussen het een en het ander, dus daar lijkt toch wel een net wat strengere toets te worden aangelegd. Ook hier kun je voor al die gevallen afvragen wanneer sprake is van voldoende verband. Er is niet zoveel duidelijkheid over, maar over het algemeen wordt toch gedacht dat er ondanks het gesloten stelsel best wat mogelijk is. De wet drukt dat ook nog uit in artikel 5:103 BW, als er geen afwijkende regeling is dan heb je recht op het gebruik dat nodig is voor het genot van eigendomsrecht. Je kunt er dus van afwijken. En hier geldt natuurlijk ook, en zeker bij het Kademuur geval, het is zelfs als je zou aannemen dat het geen onderdeel uitmaakt van het erfpachtrecht, dan is het iets dat is overeengekomen tussen partijen. Je kunt altijd wel de gemeente aanspreken op nakoming van de verplichting, als je zou concluderen dat het niet onder het goederenrechtelijke erfpachtrecht valt. Dan is alleen het gevolg dat als het erfpachtrecht wordt overgedragen, dat dan niet die bevoegdheid ook mee overgaat. Dan hebben we te maken met de verbintenisrechtelijke regeling die alleen tussen partijen werkt.

Redelijkheid en billijkheid tussen eigenaar en erfpachter

Dit vraagstuk speelt zich ook af op de grens van het verbintenissenrecht en het goederenrecht. Ook hiervoor geldt dat die redelijkheid en billijkheid niet iets is wat beperkt is tot het erfpachtrecht. Eigenlijk zou je deze vraag voor elk goederenrechtelijk recht kunnen stellen. Maar het heeft zich in de praktijk met name bij het erfpachtrecht voorgedaan. Goederenrecht streeft niet per se redelijkheid en billijkheid na. Het goederenrecht is met name gericht op **rechtszekerheid**. Rechtszekerheid en redelijkheid en billijkheid kunnen nogal eens met elkaar in botsing komen. En in het goederenrecht prevaleert de rechtszekerheid. De bezitter ten kwade trouw die na 20 jaar eigenaar wordt. Dat kun je niet erg redelijk en billijk noemen. Maar toch accepteert het goederenrecht dat, omdat we willen dat het rechtszekerheid verschaft. Als je die rechtszekerheid weer gaat corrigeren door middel van de redelijkheid en billijkheid dan zou je eigenlijk die belangrijke doelstelling van het goederenrecht ondergraven. Het zou heel vreemd zijn dat goederenrechtelijke rechten standaardiseert in de wet en vervolgens in de verhouding tussen bepaalde partijen allerlei andere en nadere afwegingen gaat maken waardoor je toch niet van op aan kan wat in de wet staat. Toch is er wel een beetje ruimte voor redelijkheid en billijkheid. Soms staat uitdrukkelijk in de wettelijke regeling dat een soort redelijkheidstoets ook bij goederenrechtelijke rechten moet worden toegepast. Bijvoorbeeld artikel 5:97 BW, een erfpachtrecht kan worden gewijzigd wegens onvoorziene omstandigheden. Dat is in wezen een soort redelijkheid en billijkheid. In wezen gaat het om de vraag of je na bepaalde tijd nog moet vasthouden aan de regels van erfpachtrecht. De vraag is dan of in andere gevallen de redelijkheid en billijkheid een rol kan spelen. Dat speelde bijvoorbeeld in de kwestie van erfpacht na de kredietcrisis. Dat waren vaak erfpachtrechten die minder dan 25 jaar geleden waren gevestigd. Dan kun je niet op grond van artikel 5:97 BW het erfpachtrecht wijzigen. Maar de vraag is dan toch of zo'n erfpachter niet moet meewerken aan een wijziging als zonder die wijziging eigenlijk dat erfpachtrecht onverkoopbaar blijkt te zijn.

Soort gelijke vraag heeft zich wel eerder voorgedaan in HR 26 maart 1999, NJ 1999/446 (**Erfpachters Den Haag**). Het ging om een best wel ingrijpende wijziging van het erfpachtstelsel in Den Haag, die gevolg had voor 44.000 erfpachters. Die erfpacht was in Den Haag uitgegeven voor de duur van 75 jaar. En het gevolg was dat na 75 jaar die canon opnieuw zou worden vastgesteld. Toen dat in beeld kwam ging de gemeente die nieuwe canon vaststellen aan de hand van de inmiddels opgetreden waardevermindering. Dus die canon ging flink omhoog. Het gevolg was dat mensen die daar woonden, met een best wel lage canon, dat die opeens geconfronteerd zouden worden met een torenhoge canon. Het was ook zo dat sommige mensen een paar jaar van tevoren het erfpachtrecht hadden gekocht en ook niet zo goed op de hoogte waren van wat er stond te gebeuren. De Erfpachters Den Haag vonden dat de wijziging van het erfpachtstelsel in Den Haag in strijd kwam met de redelijkheid en billijkheid. De vraag is dan, kunnen we een grondslag zoeken in het wetboek die bepaalt dat de redelijkheid en billijkheid van toepassing is in die verhouding. De meest algemene norm van de redelijkheid en billijkheid vind je in artikel 6:2 BW, waarin schuldeiser en schuldenaar zich jegens elkaar moeten gedragen overeenkomstig redelijkheid en billijkheid. Die bepaling valt meteen af omdat erfverpachter en erfpachter niet tot elkaar in relatie staan als schuldeiser en schuldenaar. Dan zouden we kunnen kijken naar artikel 6:248 BW, dat bepaalt in geval van een overeenkomst, de rechtsgevolgen van een overeenkomst niet alleen worden bepaald door wat partijen zijn overeengekomen, maar onder andere ook door de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Als dat onaanvaardbaar zou zijn. Dat is de onaanvaardbaarheidstoets van artikel 6:248 BW. Dat veronderstelt dus dat er een overeenkomst is tussen erfpachter en erfverpachter. Dat biedt al iets meer perspectieven, omdat voor de vestiging van zo'n recht een overeenkomst is vereist. Dat is de titel die ten grondslag ligt aan artikel 3:84 BW. Zou dat dan niet in aanmerking komen voor een toets aan de redelijkheid en billijkheid? Er spelen **twee** problemen die dat toch best ingewikkeld maken. In de eerste plaats zijn er best veel gevallen waarin er wel een overeenkomst is, maar niet **tussen** de gemeente en de huidige

erfpachter. Die erfpachtrechten zijn 75 jaar eerder gevestigd. Toen zijn er overeenkomsten gesloten tussen gemeente en erfpachter. Vervolgens is dat erfpachtrecht een aantal keren overgedragen. De verpachter en de huidige erfpachter staan helemaal niet in een rechtsbetrekking tot elkaar op grond van een overeenkomst. Dus dan is er geen overeenkomst die je zou kunnen toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. Ook wordt er wel gezegd dat als zo'n beperkt recht is gevestigd, dat de rol van de titel dan is uitgespeeld. De titel strekt ertoe een erfpachtrecht te vestigen. Is zo'n recht gevestigd, dan verdwijnt die titel van het toneel. En wordt die relatie tussen erfverpachter en erfpachter beheerst door het goederenrecht. Dat is de reden dat die regels in boek 5 zijn opgenomen. Het goederenrecht bepaalt dan hoe erfpachter en erfverpachter zich ten opzichte van elkaar moeten gedragen. Er zijn wel wat mensen die suggereren dat er een soort **nawerking** is van de titel. Weliswaar heeft de titel geresulteerd in het erfpachtrecht, maar die titel sluimert nog voort en bepaalt dan toch dat je je ook nog wel overeenkomstig die titel moet gedragen. Dus het is nog niet zo makkelijk om daar iets van te maken. Wat eigenlijk het meest in de buurt komt is een toepassing van artikel 6:248 BW, via de schakelbepaling van artikel 6:216 BW. Die verklaart alle regels die voor overeenkomsten gelden overeenkomstig van toepassing op andere meezijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Dan hoef je het niet meer te doen met een overeenkomst, maar dan zou je kunnen stellen dat een rechtshandeling voldoende is. Ook dan zijn we er nog niet helemaal. Een erfpachtrecht is geen rechtshandeling, dat is een recht. Je zou hoogstens kunnen zeggen dat erfverpachter en erfpachter in een rechtsverhouding tot elkaar staan. Maar een rechtsverhouding is ook niet hetzelfde als een rechtshandeling. Ook dat levert nog niet meteen het gewenste resultaat op. Wat voor die overeenkomst geldt, geldt ook voor die rechtshandeling. Als je gekocht hebt van een andere erfpachter, dan is er geen overeenkomst en dus ook geen rechtshandeling tussen erfverpachter en erfpachter. Als je dan kijkt naar de procedure waarin dit speelde dan wordt in cassatie betoogd dat die redelijkheid en billijkheid ook deze goederenrechtelijke verhouding bestrijkt. En de A-G is daar wel gevoelig voor, hij gooit rechtshandeling en rechtsverhouding op een hoop en zegt dat je de redelijkheid en billijkheid gewoon überhaupt moet toepassen in het vermogensrecht. Redelijkheid en billijkheid zegt gewoon dat je je fatsoenlijk moet gedragen, goederenrecht werkt dan wel iets anders, maar uiteindelijk gaat het toch ook in het goederenrecht erom dat je je fatsoenlijk moet gedragen. Redelijkheid en billijkheid is zo'n basale notie in ons rechtssysteem, en het valt niet in te zien dat je dat in het goederenrecht helemaal zou uitsluiten. En misschien moet je dan bij die invulling van de redelijkheid en billijkheid een beetje rekening houden met het goederenrecht, maar om nou categorisch die redelijkheid en billijkheid uit te sluiten, dat gaat te ver. Dat opent best wat perspectief. En dan komt de Hoge Raad, dan wordt het een beetje teleurstellend. Want die erfpachters komen in cassatie aanzetten met een klacht dat het Hof ten onrechte in deze goederenrechtelijke verhouding niet heeft getoetst aan de redelijkheid en billijkheid. Maar de Hoge Raad zegt daarover dat dat niet waar is. Het Hof heeft wel degelijk aan de redelijkheid en billijkheid getoetst. Het Hof heeft dan overwogen, overweging 10 van het arrest van het Hof, dat er geen contractuele band is tussen erfpachter en gemeente. Dus artikel 6:248 BW kan niet worden toegepast. Als je dan die volgende overweging van het Hof leest, dan zie je dat ondanks het Hof zegt dat ze dat niet gaat toepassen, dat er vervolgens wel degelijk wordt getoetst aan artikel 6:248 BW. Het is niet zo onredelijk en onbillijk wat de gemeente doet. Kern van het erfpachtrecht is immers dat als het afloopt dat er dan een nieuwe canon is. Dat is **inherent** aan de goederenrechtelijke verhouding. De gemeente oefent haar eigendomsrecht uit. Het is dus niet onredelijk en onbillijk. De Hoge Raad zegt hier dus eigenlijk helemaal niks over. De klacht mist feitelijke grondslag. Als je tussen de regels doorleest zie je wel dat de Hoge Raad waarschijnlijk niet zo moeilijk zou doen over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid.

Je moet wel kijken naar de achtergrond van het erfpachtrecht. Bijvoorbeeld in artikel 5:97 BW, die wijziging van omstandigheden, dat die beperkt is in bepaalde tijd. Het zou raar zijn dat als dat pas na

25 jaar kan, dat je dan voor die 25 jaar al heel ruimhartig met die redelijkheid en billijkheid zou omgaan. Dus er gaat een zekere reflexwerking uit van bepalingen van het erfpachtrecht, bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid. Het is toch waarschijnlijk dat op zichzelf een toets aan de redelijkheid en billijkheid best mogelijk is.

Stapelings van beperkte rechten

Dan komen we eigenlijk bij een probleem dat een beetje samenhangt dat samenhangt met opstal als erfpachtrecht, namelijk is het mogelijk om beperkte rechten op elkaar te stapelen? In principe kan dat, maar we zitten bij de boek 5 rechten, en daar werkt het toch net wat anders. Een deel van onze beperkte rechten zijn geregeld in boek 3 BW, en een deel in boek 5 BW. Waarom staan ze niet allemaal in boek 3 of in boek 5? Sommige kunnen alleen op zaken worden gevestigd, en andere in goederen in het algemeen dus ook op vermogensrechten. Boek 5 heeft als titel zakelijke rechten, dat zijn rechten die je alleen op een zaak kunt vestigen. Al die andere rechten kun je ook vestigen op andere objecten, zoals vermogensrechten waarbij je met name denkt aan vorderingen. Daarom staan die in boek 3. Dus met die boek 3 rechten, daar reddden we ons wel mee, die kun je overal op vestigen. Al die boek 3 rechten kun je op een boek 5 recht plakken. En daarom kan je dus ook je erfpachtrecht verhypothekeren. Hoe zit het dan met die zakelijke rechten? We hebben gezien dat die erfpachter een soort nepeigenaar is. Hij kan alles wat de eigenaar ook kan. Een eigenaar kan zijn perceel bezwaren met een erfdiensbaarheid. Kan een erfpachter dat dan ook? Een erfdiensbaarheid is beperkt tot onroerende zaken. Hoe zit dat dan met de vestiging van een erfdiensbaarheid op een recht van erfpacht? Dan heb je twee problemen. Die erfdiensbaarheid moet je vestigen op de zaak, en je bent geen eigenaar van de zaak, dus ben je niet beschikkingsbevoegd om een erfdiensbaarheid op die zaak te plakken. En het tweede probleem is dat de erfdiensbaarheid niet op het recht van erfpacht kan rusten, je moet die op de zaak terecht laten komen. Dat de stapelingsproblematiek van boek 5 BW. De wetgever heeft dat pragmatisch opgelost door gewoon af en toe bepalingen op te nemen en daarin op te schrijven dat ook die gerechtigde tot een zakelijk recht in staat zijn om een beperkt recht te vestigen. En die heeft dat dan wat anders opgelost dan hoe dat normaal werkt. Normaal als je rechthebbende bent van een beperkt recht, dan kan je alleen jouw beperkte recht bezwaren. Je kunt immers niet meer overdragen dan je hebt. Dus als je een recht van vruchtgebruik hebt, kun je geen beperkt recht vestigen op die zaak, maar alleen dat recht van vruchtgebruik. De wetgever heeft hier een wat andere techniek gekozen. Je kunt als beperkt gerechtigde in dit soort gevallen gewoon een beperkt recht vestigen op de zaak. En die zaak behoort dus niet toe aan je, maar daar kan je wel een beperkt recht op vestigen. Je ziet dat in artikel 5:84 BW geregeld voor erfdiensbaarheden. Daar zie je dat zowel opstaller, vruchtgebruiker, als erfpachter in staat zijn om erfdiensbaarheid te vestigen op de onroerende zaak. Dus in feite bezwaren ze dan iets wat niet aan hen toebehoort. Wel geldt hier uiteindelijk nog steeds de **nemo-plus-regel**, namelijk dat je niet meer kunt overdragen dan je zelf hebt. Dat kunnen we met name zien bij de vestiging van een ondererfpachtrecht. Als erfpachter bent kun je een ondererfpachtrecht vestigen. Dat is in wezen een soort onderhuurachtige constructie met een goederenrechtelijk sausje. Je splitst een goederenrechtelijk perceel op, en dan geef je een ondererfpachtrecht. Dat recht kan natuurlijk nooit meer tot inhoud hebben dan het erfpachtrecht. Dus als dat erfpachtrecht over 20 jaar eindigt, kan je niet een ondererfpachtrecht vestigen dat een langere duur heeft. Dat kun je ook afleiden uit artikel 3:81 lid 1 BW. Daarin staat dat degene die een overdraagbaar recht heeft, dat die binnen de grenzen van zijn beperkte recht een ander beperkt recht kan vestigen. Voor opstal hebben we ook een schakelbepaling, artikel 5:104 lid 2 BW. Hierin staat dat artikel 5:93 BW van overeenkomstige toepassing is voor het opstalrecht. Dan zijn er nog een paar gevallen over waarin moeilijkheden blijven bestaan. Kan je bijvoorbeeld een opstelrecht in erfpacht uitgeven? Daar is geen aparte bepaling voor. Maar daar wordt over het algemeen niet zo moeilijk over gedaan. Het erfpachtrecht houdt in dat je het genot van een eigenaar hebt. Weliswaar is de opstaller geen eigenaar van de zaak, maar wel van

de opstallen. Zou je dan niet kunnen zeggen dat de opstaller datgeen hij in eigendom heeft in erfpacht kan uitgeven. Daar wordt meestal niet zo moeilijk over gedaan. Ingewikkelder ligt het bij deze stapeling: als je een opstalrecht op een erfpachtrecht zou willen vestigen. Opstal is immers de bevoegdheid om zaken in eigendom te hebben. En de erfpachter heeft niks in eigendom, dus die kan dat ook niet anderen verschaffen. Dus hier zit het pijnpunt niet alleen in die nemo-plus-regel en die stapelingstechniek van boek 5, maar ook in de inhoud van het opstalrecht. Het opstalrecht verschaft eigendom, en die erfpachter heeft dat niet in de aanbieding. Over het algemeen wordt gedacht dat dit niet mogelijk is. Dat is best een beetje lastig in de praktijk. Soms wil je een opstalrecht vestigen bijvoorbeeld voor zonnepanelen op het dak, dat is dan moeilijk omdat je als erfpachter geen eigenaar bent van het huis en dus ook niet die opstallen zou kunnen doorknippen. Dus je moet eigenlijk onthouden dat voor bijna alle gevallen een oplossing is gezocht in stapelbepalingen, en dat eigenlijk alleen het geval van opstal op erfpacht tot moeilijkheden leidt en waarschijnlijk niet mogelijk is.

Uitleg van in openbare registers ingeschreven notariële akte

Het werkt toch wat anders dan bij pand- en cessieakten. Het gaat dan om dit soort vragen. Wat is de inhoud van het recht? Wat zijn al die bedingen die bijvoorbeeld zijn overeengekomen omdat de jurisprudentie daar ruimhartig in is? En welk recht is überhaupt gevestigd? Derden die bijvoorbeeld de eigendom van iets willen verkrijgen, die zullen in de registers kijken en willen duidelijkheid verkrijgen over de vraag wat waar allemaal betrekking op heeft, waar zij rekening mee moeten houden als zij iets kopen. Bij Burgerlijk Recht 2 hebben we het gehad over het arrest **Eelder Woningbouw/Van Kammen**, en we weten dat een vrij objectieve uitleg maatstaf geldt voor registergoederen. Goederen ten aanzien waarvan de vestigings- of leveringsakte moet worden ingeschreven in de openbare registers. HR 13 juni 2003, NJ 2004/251 (**Teijssen/Marcus**) is een voorbeeld van een geval waarin dit recht is gevestigd. In het beding in de akte van 1909 staat dat de koper en zijn rechtverkrijgenden te allen tijde wegens moet geven om alzo te komen aan de publieke weg ten behoeve van verkoper en zijne rechtverkrijgenden. Het ging om een pand. En er was een verplichting om onder een boom door wegens te geven, naar een andere zijstraat. Maar op een gegeven moment is er een schutting aangebracht, waardoor die persoon niet meer naar de zijkant kon. Dat was vrij onhandig, want die persoon gebruikte dat altijd om de afvalcontainers aan de straat te zetten. En nu moet die bewoner met de afvalcontainers door het huis heen. Die bewoner ging naar de rechter voor een verklaring voor recht dat hier sprake was van een erfdiensbaarheid. De vraag is dan, wat staat hier eigenlijk? Wat voor een recht is hier overeengekomen? We moeten vaststellen of het een goederenrechtelijk recht is. Wat zijn daarvoor de aanknopingspunten in deze akte? Het kenmerk is zowel aan de passieve als de actieve zijde erf overgaat op rechtsverkrijgers. Op zichzelf wijst dit in de richting van een goederenrechtelijk recht, want je bindt ook rechtverkrijgenden. Het Hof dacht daar anders over. Het Hof kijkt naar Haviltex. En vervolgens komt het Hof tot de conclusie dat hier geen erfdiensbaarheid is gevestigd. Er wordt cassatieberoep ingesteld, en de Hoge Raad zegt dat het niet klopt en dat je niet naar Haviltex moet kijken. Het gaat hier om akten die zijn ingeschreven in openbare registers en daar geldt een andere maatstaf voor, namelijk 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 moet echt naar die akte zelf kijken. Dat leidt tot niks anders dan het Hof had gedaan. Het Hof had gezegd we gaan Haviltexen, maar vervolgens gedaan wat de Hoge Raad hier vooropstelt. Die mensen die oorspronkelijk dit recht hadden gevestigd, waren al lang overleden. Er was dus niks meer dan deze tekst. Er was ook geen verdere akte ingeschreven. Dit was opgenomen in die leveringsakte, maar verder werd nergens melding gemaakt van het feit dat partijen dit beperkte recht wilden vestigen. En het Hof kent vrij veel betekenis toe aan het feit dat hier over de koper en rechtverkrijgende wordt gesproken, en niet in de zin waar we het net over hadden, maar juist andersom. Het Hof zegt, als dit

een goederenrechtelijk recht is, dan hoeft je het niet over die personen te hebben, maar over heersend en dienend erf. Hieruit leidde het Hof uit dat je personen aan het binden bent, en niet percelen. Het Hof heeft de goede maatstaf toegepast, ondanks dat het Hof het zelf anders verwoorde.

Eigenlijk wisten we best lang niet zo goed waarom we zo strikt moesten uitleggen. De Hoge Raad heeft daar wat meer duidelijkheid over verschaft in het arrest HR 8 juli 2016, NJ 2016/325. Volgens vaste rechtspraak geldt deze maatstaf voor de uitleg van notariële akten die strekken tot levering van registergoederen en de vestiging van beperkte rechten daarop. De ratio van deze **objectieve uitlegmaatstaf** is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. Derden moeten kunnen afgaan op hetgeen in een – in de openbare registers ingeschreven – akte is vermeld ter zake van de overdracht van een registergoed of van een vestiging van een beperkt recht op een registergoed. Het is dus de **kenbaarheid** voor derden die de Hoge Raad van belang acht. Hier ging het om de uitleg van een renteclausule in een hypotheekakte. Eigenlijk speelde hier alleen maar de vraag of een bepaald bedrag dat was opgenomen in de hypotheekakte, of dat nou inclusief of exclusief rente was. Dat was een vraag die van belang was in de onderlinge verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar. Het ging om de vraag hoeveel hypotheek moest worden afgelost. Dat is iets wat voor derden niet van belang is. Als het puur gaat om die interne relatie, dan zegt de Hoge Raad, dan geldt dit argument niet en kan je gewoon gaan Haviltexen. Waar dan precies de grens ligt is niet zo duidelijk.

Voor cessie- en pandakte geldt een heel ander systeem (HR 16 mei 2003, NJ 2004/183 (**De Liser de Morsain/Rabobank**)). Dat zijn akten die je subjectief uitlegt. Je kunt alles erbij betrekken. Dat geldt niet alleen voor de onderhandse akte, maar ook voor de notariële akte. Want het blijft een akte die niet bestemd is om te worden ingeschreven. Dus dan kun je ook gewoon subjectief uitleggen. Een onderhandse cessie- of pandakte moet wel geregistreerd (bij de belastingdienst) worden, maar dat is een andersoortige registratie dan de registratie van akten ten aanzien van registergoederen. Dus ook daar speelt dat argument geen rol. Let goed op dit verschil! Waarom zit er een verschil in de uitleg van cessie- en pandakte ten opzichte van die registergoederenakte? Dat is dus wat de Hoge Raad zegt, derden gaan af op die aktes in het openbare register. Dat geldt niet voor pand- en cessieakte. Daar zou je best wat anders over kunnen denken. Immers, cessie of verpanding, kan zich weliswaar voltrekken tussen twee partijen, maar uiteindelijk worden ook derden geconfronteerd door cessie of pand. Waarom zou je dat dan niet anders moeten behandelen? Als we meneer A hebben die een vordering op B overdraagt aan Henk de Boer. Dan is denkbaar dat op een gegeven moment A failliet gaat, en dat daar een curator komt. Dan blijkt dat die vordering 100 euro waard is. En B meldt zich bij curator C en die zegt dat er ook een Hendrik de Boer is en die is aan A 10.000 verschuldigd. A en B hebben dat bedoeld in de akte. Ze hadden het oog op die vordering. Je kunt je voorstellen dat dat met Haviltex zal slagen. En dat zou betekenen dat je door die subjectieve uitleg uit zou komen bij dit resultaat en dat is toch best een beetje vreemd, want curator en de schuldenaar worden dan geconfronteerd met een subjectieve uitleg. Dus eigenlijk is niet zo goed te bedenken waarom de Hoge Raad daar zo'n andere koers vaart. Het kan ook best dat de Hoge Raad ook daar waar aan het schuiven is.

HR 21 maart 2014 (**Coface**). Dat gaat over een onoverdraagbaarheidsbeding. Dat is iets wat in een overeenkomst wordt opgeschreven, dat is puur een afspraak tussen partijen. En daar zegt de Hoge Raad toch heel wat anders dan bij die pand- en hypotheekakte. Een beding als het onderhavige, dat naar zijn aard mede bestemd om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, die de bedoelingen van partijen niet kennen en dat beding strekt ertoe de rechtspositie op uniforme wijze te regelen. Vanwege die betrokkenheid van derden, is dat een omstandigheid die meebrengt dat je hier objectief moet uitleggen. Niet de maatstaf van registergoederen, maar wel de objectieve Haviltex maatstaf. Dus dat is best vreemd. Waarom moet je dan pand- en cessieaktes subjectief uitleggen en zo'n

onoverdraagbaarheidsbeding, dat eigenlijk dezelfde gevolgen kan hebben, objectief. Kortom, het ziet er naar uit dat de Hoge Raad toch wat aan het terugkomen is.