

## “Werkelijke” overdracht ... met een fiduciair karakter

### Inleiding

"Een van de voordelen die de rechtshistoricus heeft boven de beoefenaar van het hedendaagse recht is de afstand die hij kan nemen van de druk der laatste ontwikkelingen. Vanuit de vlakte overziet hij het gehele traject dat de bergbeklimmers moeten afleggen, terwijl het zicht van de laatste niet verder reikt dan de volgende bocht". Deze voor rechtshistorici opbeurende uitspraak doet Jan Lokin in zijn bijdrage aan het mooie *Libellus amicorum* dat ik in mei 2007 mocht ontvangen ter gelegenheid van mijn benoeming tot rector magnificus van de Radboud Universiteit Nijmegen.<sup>1</sup> Lokin rekent zichzelf niet tot de kortzichtigen. Als langzichtige behandelt hij in historisch perspectief de worsteling van de Hoge Raad met het in art. 3:84 lid 3 BW neergelegde verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht; hij doet dit onder de titel: " De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid". In lijn met de Groningse beoefening van de rechtsgeschiedenis blijft hij niet op de vlakte staan, maar neemt ook de moeite bergop te gaan, hij is rechtshistoricus en bergbeklimmer. Daardoor ziet hij niet alleen de grote lijn, maar ook tal van bijzonderheden die alleen van dichtbij kunnen worden waargenomen, zoals onbegaanbare wegen, diepe kloven en verraderlijke gladheid. Daarbij plaats ik de glosse dat ook door rechtshistorici alleen op die manier de top bereikt kan worden.

Jan Lokin schreef over het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht in het kader van mijn afscheid van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, althans van mijn dagelijkse gang naar het instituut. Is het voor mij maar een tijdelijk afscheid, Jan Lokin wordt emeritus hoogleraar en dat lijkt moeilijk(er) omkeerbaar. Dat geldt niet voor de verankering van het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht in ons burgerlijk wetboek. Art. 3:84 lid 3 BW kan met een eenvoudige penne-streek worden geschrapt en ook Jan Lokin acht eliminatie gewenst. Zijn afscheid is voor mij reden nog eens bij de historische vergissing van de opname van het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht stil te staan.

### Waarom een verbod?

Onder het oude recht van vóór 1992 was het vuistloze of stille pandrecht niet mogelijk. Bij roerende zaken kende men slechts het vuistpand, bij vorderingen op naam de verpanding met kennisgeving aan de debiteur van de vordering.<sup>2</sup> Aan de problemen die dit in de

---

<sup>1</sup> J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', in *Fiduciaire verhoudingen, Libellus amicorum prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann*, Serie Onderneming en Recht deel 41 (hierna: *Libellus*), p.147 e.v.

<sup>2</sup> Art. 1190 en 1191 oud-BW

praktijk opleverde, trachtte men zich te onttrekken door roerende zaken in eigendom tot zekerheid over te dragen. De levering geschiedde *constituto possessorio*, waardoor de zekerheidsgever over de zaken kon blijven beschikken. Vorderingen op naam werden tot zekerheid gecedeerd zonder kennisgeving aan de debitor *cessus*. Beide fiduciaire overdrachten werden door de Hoge Raad in 1929 rechtsgeldig geoordeeld.<sup>3</sup> Daarmee werd een voor de praktijk aanzienlijk probleem opgelost. De Hoge Raad hield niet krampachtig vast aan de vestigingsformaliteiten die voor het pandrecht golden. Hij erkende de fiduciaire overdracht tot zekerheid, waarvoor weliswaar geen direct aanknopingspunt in het Burgerlijk Wetboek van 1838 bestond, maar die zeer wel paste (en past) in het Nederlandse burgerrechtelijk stelsel en aansloot bij het Duitse recht.<sup>4</sup> En daarmee deed de Hoge Raad wat van de rechter verwacht mag worden: het vinden van een oplossing voor maatschappelijke noden op een wijze die past binnen ons rechtstelsel. In de loop van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad in een reeks arresten de figuur van fiduciaire eigendomsoverdracht verfijnd en genuanceerd, waardoor onbillijke bijwerkingen zijn geëlimineerd terwijl de rechtsfiguur voor de praktijk bruikbaar is gebleven.<sup>5</sup>

Waarom kent ons BW dan toch een verbod van de fiduciaire overdracht tot zekerheid? In het bijzonder is E.M. Meijers hieraan debet. Nog voordat deze rechtsfiguur volop aandacht kreeg in de rechtsgeleerde literatuur<sup>6</sup> verwoordde Meijers zijn afkeer van fiduciaire overdrachten in zijn preadvies voor de Broederschap der Notarissen van 1936.<sup>7</sup> In zijn ogen was de fiduciaire overdracht tot zekerheid een vorm van wetsontduiking, ontduiking van de dwingende pandrechtbepalingen. Bovendien zou deze fiduciaire overdracht een inbreuk op de *paritas creditorum* maken en door middel van een enkele overeenkomst een voorrang verschaffen die de wet niet kent. Zijn afkeer lijkt echter vooral te zijn gewekt doordat de fiduciaire zekerheid – anders dan het vuistpand – iedere vorm van publiciteit mist.<sup>8</sup> Voor Meijers was bij zekerheidsrechten de kenbaarheid voor derden essentieel. De eigendomsoverdracht tot zekerheid vond *constituto possessorio* plaats zonder registratie of andere vorm van publiciteit. Voor de buitenwereld veranderde er niets, de overgedragen

<sup>3</sup> HR 25 januari 1929, NJ 1929, p. 616 e.v., m.nt. PS (De Haan/Heineken) en HR 21 juni 1929, NJ 1929, p. 1096 e.v. (Hakkers/Van Tilburg).

<sup>4</sup> Zie naast de eerder genoemde boekbijdrage van Lokin vooral ook de bijdrage aan hetzelfde *Libellus* van C.J.H. Jansen, p.105 e.v.

<sup>5</sup> Zonder volledig te willen zijn noem ik: HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 (Hazerswoudse Bank/Los); HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Doyer en Kalff); HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Van Wessem/Traffic); HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos); HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (Berg/De Bary); HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 (OAR/ABN); HR 18 september 1992, NJ 1993, 455 (Rabobank/Sinke); HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 (Dutch Air/De Bary).

<sup>6</sup> Aan het einde van de jaren veertig van de vorige eeuw, vgl. C.J.H. Jansen t.a.p.

<sup>7</sup> Ook opgenomen in de Bibliographie der geschriften van Prof. Mr E.M. Meijers, Leiden 1957.

<sup>8</sup> Meijers had nog een ander, voor hem naar mijn indruk minder zwaarwegend bezwaar. De fiduciaire zekerheidsoverdracht zou leiden tot overbedeling van de schuldeiser; deze ontvangt immers meer dan louter een verhaalsrecht.

## "WERKELIJKE" OVERDRACHT ... MET EEN FIDUCIAIR KARAKTER

zaak bleef bij de zekerheidgever en deze kon zich daardoor rijker voordoen dan hij in werkelijkheid was. Geheel in lijn met deze gedachten introduceerde Meijers in het Ontwerp Meijers een bezitloos pandrecht dat wel openbaar was en deed hij tegelijkertijd de eigendomsoverdracht tot zekerheid in de ban. De vestiging van dit bezitloze pandrecht vond plaats door inschrijving van de desbetreffende onderhandse of authentieke akte in een openbaar (voor derden toegankelijk) register. De zekerheidsgever kon in een dergelijk geval geen valse schijn van rijkdom wekken. Op grond van soortgelijke overwegingen is in het Ontwerp Meijers ook het aantal vorderingen waarvoor een eigendomsvoorbehoud gemaakt kon worden, sterk gereduceerd.<sup>9</sup>

Anders dan Meijers heeft gewild is in 1992 geen voor derden kenbaar bezitloos pandrecht ingevoerd.<sup>10</sup> Weliswaar vereist art.3:237 BW voor de vestiging van zo'n pandrecht een authentieke of geregistreerde onderhandse akte, maar de registratie van de onderhandse akte vindt niet plaats in een voor derden toegankelijk register. Het doel van deze registratie is niet meer dan het tegengaan van antedatering van stille pandaktes. Ons BW kent derhalve een bezitloos pandrecht dat niet voldoet aan de door Meijers essentieel geachte publiciteit. Lokin merkt terecht op dat ook de stille pandgever zich rijker kan voordoen dan hij werkelijk is en hij vraagt zich af waarom het registerpand zoals door Meijers bedoeld, geen erkenning heeft gekregen ("Was het te duur?").<sup>11</sup> Het antwoord op deze vraag is te vinden in de parlementaire geschiedenis. De Tweede Kamer was bang voor teveel administratieve rompslomp en vreesde dat de vereiste publiciteit bij degenen die krediet nodig hebben, zou kunnen leiden tot een te grote terughoudendheid bij het opnemen van krediet.<sup>12</sup> Aanvankelijk gaf de Tweede Kamer de voorkeur aan een wettelijke regeling van de eigendomsoverdracht tot zekerheid, maar uiteindelijk koos zij toch voor de invoering van een niet openbaar stil pandrecht in combinatie met het fiduciaverbod. Het verbod zou nodig zijn om ontduiking van de wettelijke pandbepalingen en inbreuk op het wettelijk stelsel van voorrang te voorkomen.<sup>13</sup> In 1929 vond de Hoge Raad deze argumenten te licht om de eigendomsoverdracht tot zekerheid in de ban te doen. Maatschappelijke (economische) noden gaven voor hem de doorslag. Wie kennis neemt van de in voetnoot 5 genoemde reeks arresten zal ook niet onder de indruk raken van de

---

<sup>9</sup> De regeling van art. 3:92 BW laat eigendomsvoorbehoud voor een veel groter aantal vorderingen toe, kort gezegd voor alle vorderingen uit hoofde van leverancierskrediet. Deze verruiming past bij de latere visie van de wetgever dat publiciteit geen essentieel element van zekerheid vormt.

<sup>10</sup> T.H.D. Struycken, *Zekerheidsrechten en registratie*, bijdrage aan 'Zekerheidsrecht in ontwikkeling', *preadvies* voor de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2009, SDU uitgevers 2009, p. 115 e.v.

<sup>11</sup> J.H.A. Lokin, *Libellus*, p. 148. Overigens was ook de minister zich zeer wel bewust dat van het tegengaan van de valse schijn van kredietwaardigheid niet langer sprake was; zie MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (inv. 3,5 en 6), p. 1197.

<sup>12</sup> VV II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 723.

<sup>13</sup> VV II, Parl. Gesch. Boek 3. p.727 e.v.; vergelijk ook de losbladige editie *Vermogensrecht* (Jansen/Struycken), aant. 10 bij art. 3:84 lid 3 BW.

door de Tweede Kamer voor het verbod gebezigde argumenten: ontduiking van de pandbepalingen en inbreuk op het wettelijke stelsel van voorrang. In de loop der jaren heeft de Hoge Raad de figuur van de eigendomsoverdracht tot zekerheid goed in het wettelijk systeem weten in te passen en hij heeft daarbij een scherp oog gehad voor andere schuldeisers met voorrang. De conclusie moet dan ook zijn dat er onvoldoende grond was voor een fiducia-verbod.

Rechtvaardigt de invoering van het stille pandrecht het fiducia-verbod thans wel? Bij de behandeling van de Invoeringswet stelt de minister dat in overeenstemming met de zienswijze van de Tweede Kamer is gekozen "voor regeling van een bezitloos pandrecht waarmee praktisch hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom kan worden bereikt, zij het ook op een duidelijker wijze."<sup>14</sup> Aan de vooravond van de invoering van de nieuwe regeling kwam ik tot de conclusie dat de verschillen tussen de positie van de stille pandhouder en die van de zekerheidseigenaar op het eerste gezicht gering lijken, maar dat nadere bestudering leert dat de pandhouder substantieel zwakker staat dan de zekerheidseigenaar. "Het zijn ook hier de kleine dingen die het doen". Ik volsta hier met een verwijzing naar mijn bijdrage aan de bundel *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*<sup>15</sup> en richt mij op enkele ontwikkelingen sinds 1992. Wat kunnen wij daarvan leren?

### **De worsteling van de Hoge Raad**

In zijn Libellus-bijdrage schetst Jan Lokin op aansprekende wijze de spagaat die de Hoge Raad maakt in de arresten *Keerweer q.q./Sogelease B.V.* (hierna ook: *Sogelease-arrest*)<sup>16</sup> en *BTL Lease/Erven Van Summeren*.<sup>17</sup> Beide arresten betreffen een sale and lease back-casus. In de kern ging het in deze arresten om een verkoop en levering constituto possessorio van een aantal roerende zaken door X aan Y, waarna Y de betreffende zaken tegen betaling in gebruik gaf aan X. Sale and lease back is een financieringsconstructie. In veel gevallen heeft de "sale" (de verkoop en levering constituto possessorio) mede ten doel aan de verkrijger zekerheid te verschaffen.<sup>18</sup> Aangenomen mag worden dat dit ook zo is in beide casus waarop deze arresten betrekking hebben. Wanneer ik door mijn oogharen naar beide gevallen kijk, lijken deze niet alleen als twee druppels water op elkaar, maar vertonen ze ook een sterke gelijkenis met de casus van het in 1929 gewezen arrest *De Haan/Heineken*.<sup>19</sup> In dat geval werd door De Haan café-inventaris verkocht en constituto

<sup>14</sup> Parl. Gesch., Boek 3 (Inv.), p.1197.

<sup>15</sup> *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, onder red. van W.C.L. van der Grinten [et al.], W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991.

<sup>16</sup> HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119.

<sup>17</sup> HR 18 november 2005, NJ 2006, 151.

<sup>18</sup> Ik ga hier niet in op het onderscheid tussen financial en operational lease. Het gebruik van deze buitenlandse termen is niet zelden verhullend. Mijns inziens mag worden aangenomen dat in beide arresten de "sale" mede het verstrekken van zekerheid ten doel heeft.

<sup>19</sup> Zie voetnoot 3.

## "WERKELIJKE" OVERDRACHT ... MET EEN FIDUCIAIR KARAKTER

possessorio geleverd aan Heineken, die op haar beurt deze inventaris aan De Haan tegen betaling in gebruik gaf. Er was sprake van een "sale and lease back" avant la lettre.<sup>20</sup> Meijers zou dezelfde ernstige bezwaren hebben gehad tegen de huidige sale and financial lease back-constructies als hij had tegen de eigendomsoverdracht tot zekerheid die de Hoge Raad in De Haan/Heineken heeft erkend. Hij introduceerde het fiducia-verbod om dit soort zekerheden zonder publiciteit - die naar zijn mening bovendien wetsontduiking inhouden en inbreuk maken op het wettelijk systeem van voorrang – definitief in de ban te doen. Evenals in 1929 werd ook in de Sogelease-zaak aan de Hoge Raad gevraagd een oplossing te bieden voor maatschappelijke (economische) noden. De voor de nationale en internationale financieringspraktijk zo belangrijke financieringsfiguur sale and financial lease back dreigde ten gevolge van de invoering van het fiducia-verbod (en de onduidelijkheid over de reikwijdte en strekking van art. 3:84 lid 3 BW) niet langer onder het Nederlandse recht te kunnen worden gehanteerd. En opnieuw had de Hoge Raad oog voor hetgeen maatschappelijk gewenst is. Door een restrictieve uitleg van art. 3: 84 BW kon de sale and lease back-constructie de fiducia-toets doorstaan. Bij de beantwoording van de vraag of de eigendomsoverdracht een rechtsgeldige titel mist op grond van art. 3:84 lid 3 BW hecht de Hoge Raad grote waarde aan de positie die de verkrijger ingevolge deze overdracht verwerft. Strekt de overeenkomst er toe dat de verkrijger in geval van wanprestatie van de wederpartij slechts een verhaalsrecht verwerft, dan staat het verbod van art. 3:84 lid 3 BW aan overdracht in de weg. Dit is volgens de Hoge Raad echter niet het geval, indien de overeenkomst van partijen strekt tot "werkelijke" overdracht (in geval van een zaak: tot eigendomsoverdracht) en zij derhalve de strekking heeft het goed zonder beperkingen op de verkrijger te doen overgaan. En de Hoge Raad voegt daaraan toe dat dit ook geldt als de overeenkomst is gesloten in verband met de verstrekking van enigerlei vorm van krediet aan de overdrager, zoals bij een sale and lease back-overeenkomst. Ook het motief om degene aan wie wordt overgedragen, enigerlei vorm van zekerheid te bieden, doet volgens hem niet aan de rechtsgeldigheid af. Dat de wet dergelijke figuren toelaat blijkt ook uit de regelingen betreffende het eigendomsvoorbehoud (art. 3:92 BW) en huurkoop (art. 7A: 1576a e.v. BW). Het slot van de betreffende overwegingen van de Hoge Raad bevat een soort waarschuwing. Het is niet uitgesloten dat er bijkomende omstandigheden zijn waaruit moet worden afgeleid dat de bedoeling tot ontduiking van de in art. 3:84 lid 3 vervatte regel voorzat. In dat geval is de overdracht ongeldig op grond van bedoelde bepaling. De beslissing van de Hoge Raad is een gelukkige. Met de onderbouwing daarvan heb ik moeite, en velen met mij, waaronder ook Jan Lokin.<sup>21</sup> Ik volsta hier met een paar opmerkingen.

---

<sup>20</sup> De promotor van Jan Lokin (van wie ook ik veel heb geleerd) zou wellicht minder bezwaar hebben gehad tegen de leenwoorden "avant la lettre", omdat deze - anders dan "sale and lease back"- voldoende onderscheidend vermogen hebben.

<sup>21</sup> Voor mijn eigen opvatting verwijs ik naar S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, *NJB* 1995, p.991 e.v. en *WPNR* 6187 (1995), p. 455 e.v. Zie voor Lokin zijn meergenoemde *Libellus*-bijdrage. Bij wijze van voorbeelden noem ik enkele andere kritische auteurs: E.B. Rank-

Lokin benadrukt dat de kern van de uitspraak is "dat men bij de toepassing van art. 3:84 lid 3 BW zorgvuldig moet kijken naar de bedoeling van partijen die een overeenkomst sluiten welke tot eigendomsoverdracht leidt".<sup>22</sup> Ik kan hierin met hem meegaan, indien hij de *geobjectiveerde* partijbedoeling als kern ziet.<sup>23</sup> Voor de Hoge Raad is doorslaggevend of de verkrijger op grond van de overeenkomst niet meer dan de mogelijkheid tot verhaal verwerft. Indien dat het geval is, vormt art. 3:84 lid 3 BW een onneembare barrière.

Sale and financial lease back-overeenkomsten zijn kredietovereenkomsten, waarbij het verstrekken van zekerheid aan de kredietverlener een essentieel element is. De overdracht die in het kader daarvan plaatsvindt, beoogt weliswaar aan de verkrijger eigendom te verschaffen -en is in zoverre een (in het woordgebruik van de Hoge Raad) "werkelijke" overdracht-, maar tegelijkertijd geschiedt deze overdracht om zekerheid te verschaffen. Deze overdracht is niet anders dan die in het arrest De Haan/Heineken plaatsvond, een eigendomsoverdracht tot zekerheid derhalve. De Hoge Raad gaat ervan uit dat van een "werkelijke" overdracht slechts sprake kan zijn, indien de verkrijger in het geval van wanprestatie van de overdrager de overeenkomst slechts voor wat betreft het gebruik behoeft te ontbinden ten einde weer vrijelijk en volledig over de zaak te kunnen beschikken.<sup>24</sup> Betekent dit dat de leasegever na ontbinding in dezelfde positie verkeert als een "gewone" eigenaar? Een bevestigend antwoord doet geen recht aan het zekerheidskarakter dat aan de sale and financial lease back-transactie kleeft, (en evenmin aan de eerder genoemde reeks arresten, waarin de Hoge Raad de fiduciaire eigendomsoverdracht heeft verfijnd en genuanceerd). Na de ontbinding is de leasegever weliswaar eigenaar, maar zijn eigendom heeft (nog steeds) een fiduciair karakter. Ook aan "werkelijke" eigendom kunnen fiduciaire verplichtingen kleven. Zo is in het geval van huurkoop de huurverkoper "werkelijk" eigenaar. In het geval van ontbinding wegens wanprestatie van de huurkoper kan de huurverkoper weer vrijelijk en onbeperkt over de zaak beschikken, maar de wet biedt dan een zodanige bescherming aan de huurkoper dat de huurverkoper niet ongerechtvaardigd wordt verrijkt; art. 7A: 1576t BW legt aan de huurverkoper de fiduciaire verplichting tot "volledige verrekening" op. Deze bescherming van de huurkoper is te herleiden tot het fiduciaire- of zekerheidskarakter dat aan de "werkelijke" eigendom van de huurverkoper kleeft. Op grond van het zekerheidskarakter willen diverse auteurs ook bij het gewone eigendomsvoorbehoud een in grote mate vergelijkbare bescherming aan de koper onder eigendomsvoorbehoud verlenen.<sup>25</sup>

---

Berenschot, *NTBR* 1995, p. 555.e.v.; M.H.E. Rongen, in *Vertrouwd met de trust*, Serie Onderneming en Recht, deel 5, p.273 e.v.; T.H.D. Struycken, in *Op Recht (Struyckenbundel)*, p. 337 e.v. en *De numerus clausus in het goederenrecht*, Serie Onderneming en Recht, deel 37, p. 500 e.v.; W.H.M. Reehuis, *GrOM* 1997, p. 49 e.v..

<sup>22</sup> *Libellus*-bijdrage, p. 139.

<sup>23</sup> Vgl. M.E.H. Rongen, in *Vertrouwd met de trust*, Serie Onderneming en Recht, deel 5, p. 283 e.v.

<sup>24</sup> Zie rechtsoverweging 3.4.3, tweede alinea.

<sup>25</sup> Zie bijvoorbeeld H.C.F. Schoordijk, *WPNR* 5149 (1971); R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud*, Deventer 1985, p. 68 e.v.; B.M. Mezas, *Eigendomsvoorbehoud naar*

## "WERKELIJKE" OVERDRACHT ... MET EEN FIDUCIAIR KARAKTER

Gegeven de positie van de huurverkoper dringt de vraag zich op hoe men de positie van Sogelease moet duiden. De sale and financial lease back-transactie is een economische figuur, die juridisch nader moet worden geduid. Daarbij wordt wel de sale als een verkoop en levering *constituto possessorio* aangemerkt en de lease back-overeenkomst als een huurkoop, althans als een overeenkomst die nauw verwant is aan huurkoop. De sale enerzijds en de lease back anderzijds kunnen niet los van elkaar worden gezien. Sogelease verkrijgt op grond van de sale eigendom, terwijl haar positie krachtens de lease back die van een huurverkoper is, althans zodanig daarmee vergelijkbaar dat analogische toepassing van de huurkoopregeling in de rede ligt. Sogelease zou niet simpelweg op grond van wanprestatie van haar wederpartij de gebruiksovereenkomst moeten kunnen ontbinden teneinde *zonder meer* vrijelijk en volledig over de zaak te kunnen beschikken; gezien het zekerheidselement dat aan haar eigendom kleeft, is er veel voor te zeggen dat zij een eventuele overwaarde zal moeten afdragen ("volledig verrekenen").

Jan Lokin leidt uit het Sogelease-arrest af dat de Hoge Raad de lease back overeenkomst juist niet ziet als huurkoop en ook niet voelt voor enige analogie.<sup>26</sup> Ik kan hem op dit punt niet volgen. De Hoge Raad gaat niet in op de vraag of de lease back-overeenkomst moet of kan worden aangemerkt als huurkoop en evenmin op de vraag of er sprake is van enige analogie. Aan het slot van rechtsoverweging 3.4.3 refereert hij als volgt aan huurkoop:

"Dat de wet dergelijke figuren – mits de rechtshandeling strekt tot "werkelijke" overdracht en niet enkel tot overdracht "ten titel van verhaal" – toelaat ondanks het daarbij voorzittende motief degene aan wie wordt overgedragen tevens een vorm van zekerheid te bieden, kan ook blijken uit de regelingen betreffende het eigendomsvoorbehoud (art. 3:92) en huurkoop (art. 7A:1576h e.v.)."

Hij lijkt hiermee slechts te willen zeggen dat de wet ook andere figuren van "werkelijke" eigendom kent die tevens een vorm van zekerheid beogen te bieden. Gezien de verwijzing naar huurkoop zou ik willen aannemen dat ook volgens de Hoge Raad een verplichting tot "volledig verrekenen" in geval van sale and lease back niet afdoet aan het karakter van "werkelijke" overdracht en dat er ook dan geen sprake is van een (niet toegelaten) overdracht "ten titel van verhaal".

Uit het Sogelease-arrest volgt dat sale and lease back-transacties niet door het fiducia-verbod van art. 3:84 lid 3 BW worden getroffen, mits:

1. De "sale" naar bedoeling van partijen een "werkelijke" overdracht inhoudt, en
2. er geen sprake is van bijkomende omstandigheden waaruit moet worden afgeleid dat de bedoeling tot ontduiking van de in art. 3:84 lid 3 BW vervatte regel voorzat.

---

*huidig en komend recht*, Zwolle 1985, p.16; J.J. van Hees, *Leasing*, Serie Onderneming en Recht, deel 8.

<sup>26</sup> Hij leidt dit af uit rechtsoverweging 3.4.3; zie zijn *Libellus*-bijdrage, p.145.

Ook na dit belangrijke arrest is er veel onzekerheid over de reikwijdte en strekking van art. 3:84 lid 3 BW blijven bestaan. Deze is mede veroorzaakt door de twee "mitsen" die de Hoge Raad aan de toelaatbaarheid van de sale and lease back-figuur heeft verbonden. De onzekerheid is eerder toe dan afgenomen door het 10 jaar na Sogelease door de Hoge Raad gewezen arrest BTL Lease/Erven Van Summeren.<sup>27</sup> In deze zaak ging het om een sale and lease back-transactie van voertuigen die voor de helft van hun marktwaarde aan BTL lease waren verkocht. Het gerechtshof leidt (onder meer) uit deze aanmerkelijk lagere prijs dan de marktwaarde af dat partijen geen werkelijke overdracht hadden beoogd. De Hoge Raad casseert het arrest weliswaar, maar overweegt dat bij de uitleg van de overeenkomst die aan de overdracht ten grondslag ligt, betekenis mag worden toegekend aan de waarde van de beweerdelijk overgedragen zaak. "Een wanverhouding tussen de hoogte van de vordering en de waarde van het overgedragen object kan bijdragen tot het oordeel dat partijen niet een "werkelijke overdracht" hebben beoogd".<sup>28</sup> Als de Hoge Raad bedoelt dat bij de uitleg van de overeenkomst de Haviltex-maatstaf moet worden toegepast en dat derhalve alle omstandigheden, waaronder de waarde van de overgedragen zaken, in aanmerking moeten worden genomen, is er weinig aan de hand. Bedoelt de Hoge Raad daarentegen dat het verschil tussen marktwaarde en overeengekomen prijs een belangrijke aanwijzing is voor de vraag of het gaat om een "werkelijke overdracht", dan heb ik grote moeite met deze opvatting.<sup>29</sup> Niet valt in te zien waarom partijen wellicht geen "werkelijke overdracht" hebben beoogd indien de lessor het lease-object tegen een veel te lage prijs heeft verkregen.<sup>30</sup> Ik haast mij hieraan toe te voegen dat een andere vraag is of de lessor in geval van ontbinding niet gehouden is of zou moeten zijn tot "volledige verrekening", zodat hij geen ongerechtvaardigd voordeel in de schoot krijgt geworpen.

### **De worsteling van de wetgever**

De worsteling van de wetgever met de reikwijdte en strekking van art. 3:84 lid 3 BW is nog pregnanter dan die van de Hoge Raad. Verschillende keren heeft de wetgever expliciet in de wet vastgesteld dat bepaalde transacties niet door art. 3:84 lid 3 BW worden getroffen. Zo is in 1998 art. 2a Wte 1995 ingevoerd om buiten twijfel te stellen dat "repurchase agreements" (repo's) niet onder het fiduciaverbod vallen. Opneming van deze bepaling in de wet, was niet nodig, omdat bij repo's geen sprake is van een fiduciaire overdracht. De wetgever was deze mening ook zelf toegedaan, maar wilde door opneming

---

<sup>27</sup> Zie voetnoot 16.

<sup>28</sup> Rechtsoverweging 3.5.2.

<sup>29</sup> Zie ook Lokin, *Libellus*-bijdrage, p. 140 e.v. en de noot van Th.A.L. Kliebisch in JOR 2006/60.

<sup>30</sup> Hof Den Bosch 8 september 2009, JOR 2010/33 m.nt. J.J. van Hees, illustreert dat de rechter moeite heeft met toepassing van de criteria die de Hoge Raad heeft ontwikkeld in het Sogelease-arrest en BTL Lease/Erven Van Summeren. Het kritische onderschrift van Van Hees wekt geen verbazing.



## "WERKELIJKE" OVERDRACHT ... MET EEN FIDUCIAIR KARAKTER

van art. 2a in de wet iedere twijfel wegnemen. Art. 2a Wte 1995 is intussen vervallen, omdat deze bepaling sinds de inwerkingtreding van titel 7.2 BW inzake de financiëlezekerheidsovereenkomsten overbodig is. Art. 7:55 BW bepaalt immers:

"Een overdracht ter nakoming van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht is geen overdracht tot zekerheid of een overdracht die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen in de zin van art. 84 lid 3 van Boek 3. De regels betreffende pandrecht zijn op een zodanige overeenkomst en de uitvoering daarvan niet van toepassing of overeenkomstige toepassing."

Op grond van deze bepaling staat vast dat ook repo's niet door het fiduciaverbod worden getroffen.

Ook deze bepaling is *zekerheidshalve* in de wet opgenomen. In de Memorie van Toelichting geeft de Minister aan dat met de term "zekerheid" in art. 3:84 lid 3 BW uitsluitend is gedacht aan zekerheid in de vorm van een beperkt recht. Het gaat daarbij om zekerheid die wordt verschaft door de beperkte zekerheidsrechten van titel 3.9 BW en die alleen strekken tot verhaal bij voorrang op het onderpand. De "zekerheid" van de wettelijke regeling inzake financiëlezekerheidsovereenkomsten betreft het veel ruimere begrip zekerheid in economische zin. Ter voorkoming van misverstanden is in art. 7:55, eerste zin, BW met zoveel woorden bepaald dat een overdracht ter uitvoering van een financiëlezekerheidsovereenkomst geen overdracht tot zekerheid als bedoeld in art. 3:84 lid 3 BW is. Bij een en ander refereert de minister aan het Sogelease-arrest. Met art. 7:55 BW heeft de wetgever derhalve elke twijfel dat financiëlezekerheidsovereenkomsten tot overdracht onder het fiduciaverbod vallen, willen uitsluiten. Blijkens de Memorie van Toelichting heeft art. 7:55 BW nog een ruimere betekenis. De Memorie van Toelichting wijst erop dat in de literatuur herhaaldelijk de vrees naar voren komt dat art. 3:84 lid 3 ruimer moet worden uitgelegd dan eerder [door de minister] was aangegeven. Daarop wordt gesteld:

"Art. 7:55 stelt buiten twijfel dat een dergelijke [ruimere] uitleg niet juist is, hier niet en ook niet in andere gevallen",

Het moge duidelijk zijn dat de minister met deze opmerking niet kan voorschrijven hoe art. 3:84 lid 3 BW – door de rechter of anderen – moet worden uitgelegd. Wel blijkt hieruit dat de beperkte reikwijdte van het fiduciaverbod die in art. 7:55 is verwoord, in de ogen van de minister niet is beperkt tot financiëlezekerheidsovereenkomsten.

**Waarom geen fiduciaverbod?**

Rechter, wetgever en rechtsgeleerde schrijvers worstelen met de reikwijdte en strekking van het in art. 3:84 lid 3 BW neergelegde verbod van overdracht tot zekerheid. Goed bedoelde pogingen tot het verschaffen van meer duidelijkheid, hebben weinig opgeleverd. In 1994 constateerde ik twee jaar na de invoering van art. 3:84 lid 3 BW dat de daarin geformuleerde regel grote verwarring heeft gesticht bij wetenschappers en praktijkjuristen.<sup>31</sup> Deze verwarring is onverminderd groot. Wie niet alleen vanuit de vlakke het gehele fiducia-traject overziet, maar ook de berg beklimt om bijzonderheden van dichtbij te kunnen waarnemen, zal ontdekken dat deze bepaling in zowel de nationale als internationale financieringspraktijk tot grote rechtsonzekerheid heeft geleid. Niet alleen bij sale and lease back, maar ook bij repo's, factoring, securitisation en uitgifte van structured covered bonds vinden overdrachten van goederen plaats die in economisch opzicht de strekking hebben aan de verkrijger zekerheid te verschaffen voor de terugbetaling van hetgeen aan hem verschuldigd is. Deze onzekerheid zou minder bezwaarlijk zijn als de regelingen van het pand- en hypotheekrecht steeds een afdoende alternatief zouden bieden. Dit is echter lang niet altijd het geval. Financiële, transactietechnische, jaarrekeningtechnische of fiscale redenen kunnen reden zijn dat de vestiging van een pand- of hypotheekrecht niet voldoet. Het fiduciaverbod leidt er ook toe dat financieringsvormen die elders zijn of worden ontwikkeld in ons land niet of slechts met ingewikkelde hulpconstructies kunnen worden geïntroduceerd. De vraag is dan ook gerechtvaardigd waarom krampachtig aan art. 3:84 lid 3 BW moet worden vastgehouden, terwijl er geen overtuigende redenen zijn om dit te handhaven. De bepaling is een historische vergissing, waarvan hoognodig afscheid moet worden genomen. Afscheid nemen we ook van Jan Lokin, althans als zittend hoogleraar aan mijn Alma Mater. Als de voortekenen niet bedriegen is het slechts een afscheid in formele zin. We zullen vast nog veel van hem horen vanuit de vlakke of vanaf grote hoogte, ook over eigendom, zekerheid en andere spagaten.

S.C.J.J. Kortmann

Nijmegen

---

<sup>31</sup> S.C.J.J. Kortmann, *WPNR* 6119 (1994), p. 23.