

Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW; een misplaatste bepaling

Inleiding

Op een aantal terreinen van het nieuwe vermogensrecht treffen wij een relativering van de levering van roerende zaken, niet-registergoederen aan. Met "relativering" wordt bedoeld dat de gevolgen der levering ten opzichte van sommigen wel en ten opzichte van anderen niet in werking treden. Het meest expliciet komt deze constructie naar voren in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW, dat betrekking heeft op de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio. Deze bepaling dient bovendien als grondslag voor enkele andere gevallen. Men zie de Toelichting op art. 3.4.2.10 lid 2 NBW¹ waarin wordt gewezen op de analogie met art. 3.4.2.5 lid 2 NBW, terwijl bij het voorrecht in verband met kosten gemaakt tot behoud van een zaak (art. 3.10.3.3 lid 2 NBW) en bij het recht van reclame (art. 7.1.8.4 lid 1 NBW) de regeling van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW zelfs uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

Bij nadere bestudering is het mij gebleken dat de inhoud van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW niet - althans niet in deze vorm en op deze plaats - thuishoort in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Daar waar één van de grondslagen van het NBW is gelegen in de codificatie van geldend recht², vormt deze bepaling een voorbeeld van

1. Parl. Gesch. 3, blz. 403.

2. Nota over het Nieuw Burgerlijk Wetboek (Parl. Gesch. Inl. blz. 7):

"De sporen van de ouderdom zijn diep in het wetboek gegroeft. De ontwikkeling van het burgerlijk recht, voor zover dit in het wetboek is neergelegd, is veelal buiten het wetboek omgegaan. De rechtspraak over het burgerlijk wetboek geeft een ontwikkeling te zien, die zich in menig opzicht van de wetstekst heeft losgemaakt en soms zelfs tegen de letter van het wetboek indruist. Deze ontwikkeling van het burgerlijk recht doet het wettenrecht wijken voor een jurisprudentierecht, dat in het algemeen door zijn casuïstisch karakter minder dan wettenrecht in staat is het ingewikkelde maatschappelijk leven op bevredigende wijze aan algemene voorschriften te helpen. In sommige gevallen, waar nog geen gevestigde rechtsovertuiging bestaat, kan dit een voordeel zijn. Echter in de meerderheid der gevallen is de maatschappij

de vergankelijkheid van een (her)codificatie: ooit geldend recht, heeft de jurisprudentie de relativiteit van de levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio* in een geheel andere richting gestuurd dan ten tijde van de totstandkoming van art. 3.4.2.5 NBW kon worden voorzien.

Door omstandigheden ben ik niet eerder in staat geweest mijn zienswijze omtrent art. 3.4.2.5 lid 2 NBW aan het papier toe te vertrouwen. Gezien het vergevorderde stadium waarin de invoeringswetgeving met betrekking tot Boek 3 NBW thans verkeert, zou men zich kunnen afvragen of het nu nog wel zin heeft de voorgestelde regeling te willen veranderen. De uitlating van Mr Snijders in een interview aan het begin van dit jaar, dat duidelijke verbeteringen zelfs op het laatste moment nog kunnen worden aangebracht³, heeft mij evenwel doen besluiten alsnog het onderhavige opstel te schrijven.

Mijn opmerkingen over de voorgestelde regeling van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW zullen worden ingeleid door een nadere beschouwing van de ontwikkeling van de levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio*, zoals deze in het hedendaagse recht na haar erkenning in 1929⁴ heeft plaatsgevonden (no 1). In no 2 ga ik nader in op het begrip "derde die een ouder recht op de zaak heeft" in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW. In de no^s 3 en 4 komt vervolgens de plaats van het bepaalde in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW binnen het systeem van titel 3.4 NBW aan bod, terwijl in no 5 enige opmerkingen worden geplaatst over de voorgestelde constructie van relativering van de levering. Aan de hand van een vergelijking met de Westduitse regeling wordt een alternatief bepleit voor het komende Nederlandse recht. De bescherming van de verkrijger komt in no 6 aan de orde, waarna tenslotte in no 7 de

meer gediend door een van te voren haar gegeven richtsnoer."

3. Interview met Mr W. Snijders, regeringscommissaris Nieuw BW, in NJB 1986, afl. 1, blz. 8, welk interview aanleiding heeft gegeven tot een nadere gedachtenwisseling tussen Mr Snijders en mij. Voor het onderhavige artikel heb ik dankbaar gebruik kunnen maken van zijn waardevolle opmerkingen. Inmiddels heeft ook F.J. de Vries zich over art. 3.4.2.5 lid 2 NBW kritisch uitgelaten in "NBW: vliegen zonder vleugels", BW-krant jaarboek 1986 (Leiden, 1986), blz. 95 e.v.

4. HR 25-1-1929, NJ 1929, blz. 616.

vraag zal worden behandeld naar welk tijdstip de goede trouw van de verkrijger moet worden beoordeeld.

1. Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW: codificatie van 'oud' recht

Art. 3.4.2.5 lid 1 NBW stelt vast op welke wijze de levering van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, naar komend recht dient te geschieden: door de verkrijger het bezit van de zaak te verschaffen. Ingeval deze bezitsverschaffing geschiedt door constitutum possessorium, heeft de levering echter een beperkte werking, aldus het tweede lid⁵:

"Blijft de zaak na levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de oudere gerechtigde met de vervreemding heeft ingestemd."

De wens de gevolgen der bezitsverschaffing constituto possessorio in te perken wordt veroorzaakt door het ontbreken van enige publiciteit aan deze bezitsovergang. Wanneer deze bezitsverschaffing zou geschieden door een beschikkingsbevoegde en krachtens een geldige titel, zou zij leiden tot een vermogensverschuiving, die op geen enkele wijze naar buiten blijkt. Zo zou al te gemakkelijk inbreuk kunnen worden gemaakt op rechten van derden op de zaak. Hetzelfde geldt voor de schuldeisers van de vervreemder. Hun zou door de onzichtbare vermogensverschuiving iedere verhaalsmogelijkheid kunnen worden ontnomen.

De voor de hand liggende oplossing om ter bestrijding van deze onzichtbare vermogensverschuiving de bezitsverschaffing constituto possessorio zonder meer te verbieden biedt echter geen soelaas. In veel gevallen wordt door het constitutum possessorium immers voorkomen dat partijen twee overbodige handelingen moeten verrichten, waardoor de levering anders een omslachtige handelwijze zou worden. Wanneer ik bijvoorbeeld mijn auto aan U heb verkocht, terwijl ik deze nog een maand wil gebruiken,

5. De tekst zoals wordt voorgesteld bij de Invoeringswetgeving Boeken 3,5 en 6 NBW, vierde gedeelte (17496).

zouden wij zonder de mogelijkheid van het constitutum possessorium de auto tweemaal feitelijk moeten overdragen. Allereerst zou ik de auto aan U dienen te leveren ter uitvoering van de koop; vervolgens zou U de auto weer aan mij moeten verschaffen ter uitvoering van de bruikleen. De bezitsverschaffing constituto possessorio zorgt in dit geval voor een aanzienlijke vereenvoudiging. Door één en dezelfde verklaring gaat het bezit en daarmee in dit geval de eigendom - op U als koper over en tevens word ik houder voor U uit hoofde van de leenovereenkomst. Uit dit voorbeeld, dat met talloze andere kan worden aangevuld, moge blijken dat het rechtsverkeer niet zonder deze vereenvoudiging van de bezitsverschaffing - en daarmee de levering van roerende zaken, niet-registergoederen - kan; het constitutum possessorium bespaart onnodig heen en weer-geschuif van zaken. Een verbod van de bezitsverschaffing constituto possessorio is derhalve ongewenst.

Vanwege het ontbreken van naar buiten tredende gedragingen, heeft de wetgever ter bestrijding van eventuele ongewenste gevolgen getracht aan de bezitsverschaffing constituto possessorio enige publicitaire eisen te stellen. In 1937 stelde hij voor aan art. 667 BW een derde lid toe te voegen, waarin voor de levering door een bezitsverschaffing constituto possessorio een authentieke akte was voorgeschreven⁶. Deze akte zou een constitutief vereiste voor een dergelijke levering zijn, zodat het ontbreken daarvan geen eigendom zou doen overgaan, maar alleen het bezit. Wegens praktische bezwaren tegen het opmaken van akten, alsmede oncontroleerbaarheid van schijnoverdrachten, is deze voorgestelde wetswijziging niet verder dan de ontwerpfase gekomen.

Niet alleen de wetgever maar ook de rechter heeft zich over het potentiële gevaar van het constitutum possessorium gebogen. In het bekende Sio-arrest uit 1953⁷ heeft de Hoge Raad opgemerkt, dat voor de beantwoording van de vraag op welke wijze bezit kan worden verschaft

6. Vgl. de Memorie van Toelichting bij dit ontwerp (Bijl. Hand. II 1937-1938, 520, nr. 3).

7. Arrest van 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (J.D.).

"blijkens art. 667 BW als hoofdregel moet worden vooropgesteld, dat voor zodanige bezitsverschaffing noodzakelijk is, dat de zaak aan de wederpartij wordt overgegeven; dat, hoewel daarvoor geen rechtstreekse steun in de wet te vinden is, aangenomen moet worden, dat deze overgave achterwege kan blijven, indien degene die de zaak levert deze krachtens een rechtsverhouding tot den nieuwen bezitter onder zich blijft houden; dat echter deze uitzondering op den vooropgestellten hoofdregel slechts kan worden erkend indien en voor zover de belangen van derden daarbij niet rechtstreeks betrokken zijn;"

Deze opvatting van de Hoge Raad aangaande de levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio* is niet met geestdrift ontvangen⁸. Zo heeft annotator J. Drion hiertegen zijn bedenkingen omdat de Hoge Raad heeft nagelaten aan te geven wie onder de 'derden' dienen te worden verstaan⁹. Voorts rijst de vraag, aldus Drion, in hoeverre de beperkingen, gesteld aan de bezitsverschaffing *constituto possessorio*, moeten gelden wanneer de betreffende zaak tweemaal over en weer wordt overhandigd¹⁰. Tenslotte zou de opvatting van de Hoge Raad er toe kunnen leiden dat hij een relatieve gelding van de eigendom aanvaardt; een zienswijze die het college in een - nimmer weersproken - arrest van 1889 uitdrukkelijk heeft verworpen¹¹.

Gezien het negatieve oordeel over 's Hogen Raads overweging in het Sio-arrest lag het in de lijn der verwachtingen dat ons hoogste rechtscollege zijn opvatting omtrent het *constitutum possessorium* zou wijzigen. Dit is geschied in het arrest van 6

8. Zie bijv. de noot van Houwing (nr. 2) onder HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 inzake Pluvier/Traffic. Een uitzondering op de critici werd gevormd door Meijers; vgl. zijn opmerkingen in de Handelingen van de Tweede Kamer over de vraagpunten (2684); 1952-53, blz. 2691 (Parl. Gesch. 3, blzz. 704 en 716).

9. Vgl. HR 18-3-59, NJ 1959, 579 (L.E.H.R.), waarin deze kwestie gedeeltelijk werd opgelost: schuldeisers zijn geen derden.

10. Vgl. Toelichting-Meijers op art. 3.4.2.5 (Parl. Gesch. 3, blz. 383).

11. HR 22-2-1889, W.5684. De handhaving van deze leer blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van 2 april 1976, NJ 1976, 450 (W.M.K.) inzake Modehuis Nolly, waarin met betrekking tot het tweede middel werd overwogen: "dat (...) niet valt in te zien waarin een zodanig gerelativeerd (eigendoms)recht zich praktisch zou onderscheiden van een verbintenisrechtelijke aanspraak op die goederen." Zie voorts in het bijzonder de conclusie van P.G. Van Oosten voorafgaand aan dit arrest naar aanleiding van dat middel, alsmede de noot van Kleyn (nr. 7).

maart 1970, NJ 1970, 433 (Ph.A. N.H.) inzake Pluvier/Traffic. In haar algemeenheid moet, aldus de Hoge Raad in dit arrest, de stelling als zou bezitsverschaffing door constitutum possessorium slechts erkend dienen te worden indien en voor zover de belangen van derden daarbij niet rechtstreeks zijn betrokken, worden verworpen. Niet zozeer de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio als wel de combinatie van deze leveringsvorm met de titel 'fiducia' heeft een beperkte werking: een zodanige overdracht dient buiten beschouwing te worden gelaten

"voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende goederen"¹².

De Hoge Raad legt met met deze uitspraak de vinger op de juiste plek: misbruik van de bezitsverschaffing geschiedt bijna altijd in de gevallen waarin zekerheid moet worden verleend voor een verschaft krediet. Van een onrechtvaardige benadeling van andere schuldeisers zal daarentegen zelden sprake zijn wanneer een dergelijke levering geschiedt ter uitvoering van een andere titel dan fiducia; de vermogensverschuiving heeft dan immers een reële grondslag. Voor zover de schuldeisers hierdoor op ontoelaatbare wijze in hun verhaalsmogelijkheid worden benadeeld, zullen zij met behulp van de Pauliana (art. 1377 BW; art. 3.2.11 NBW) actie kunnen ondernemen; men denke aan onverplichte handelingen (bijv. schenkingen) door de schuldenaar, waardoor zijn vermogen, dat immers behoort te dienen tot verhaal van alle schuldeisers, zonder enige naar buiten toe blijken handeling wordt verkleind.

Nu de rechtspraak zich heeft losgeworsteld van de Sio-formule lijkt de regeling, waarbij slechts de leveringsvorm van het constitutum possessorium wordt gerelativeerd, achterhaald. Niets is echter minder waar: in het NBW (art. 3.4.2.5 lid 2) wordt deze relativering met verve gepropageerd, hetgeen bij nader

12. Recentelijk is dit standpunt bijna letterlijk door de Hoge Raad herhaald in r.ov. 3.2 van het arrest van 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (W.M.K.) inzake LDM/Brock.

onderzoek niet behoeft te verbazen. Blijkens de Toelichting op art. 3.4.2.5 lid 2 NBW is de regeling van het tweede lid immers gebaseerd op de uitspraak van de Hoge Raad in het Sio-arrest. Toentertijd - bij de behandeling van art. 3.4.2.5 lid 2 OM - was dit arrest hoogst actueel¹³, zodat Meijers in zijn toelichting op dit artikel¹⁴ terecht het volgende kon opmerken:

"Voor het tegenwoordige recht is een uitspraak van gelijke strekking (d.w.z. een uitspraak waarin een beperkte werking aan de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio wordt toegekend) gegeven in het arrest van de Hoge Raad van 22 mei 1953, NJ 1954 no 189, Ars Aequi, II p. 173."

In Meijers' ogen was de beperking in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW van de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio derhalve een codificatie van geldend recht. Zoals hierboven reeds werd opgemerkt, is deze zienswijze thans echter achterhaald. Helaas heeft de wetgever bij latere wijzigingen van Boek 3 - in het bijzonder die na het Pluvier-arrest van 1970 - verzuimd het Ontwerp-NBW aan te passen aan de gewijzigde opvattingen omtrent het constitutum possessorium. Anders dan Beekhuis¹⁵ wil het mij derhalve voorkomen dat de regeling van het NBW niet een stap verder, maar een stap terug is: art. 3.4.2.5 lid 2 NBW is de weerslag van achterhaalde jurisprudentie en als zodanig een anomalie binnen het nieuwe wetboek. Het blijven vasthouden aan de vastlegging van deze verouderde jurisprudentie is strijdig met de uitgangspunten van het NBW. Was niet een belangrijke reden voor de hercodificatie dat "de rechtspraak over het BW een ontwikkeling te zien geeft, die zich in menig opzicht van de wettekst heeft losgemaakt en soms zelfs tegen de letter van het wetboek indruist"¹⁶. Deze kritiek op het huidige wetboek keert

13. Wanneer Meijers dit arrest noemt bij het overleg in de Tweede Kamer (Parl.Gesch. 3, blzz. 704 en 716) is het arrest twee weken oud; de vergadering was op vrijdag 5 juni 1953.

14. Toelichting-Meijers op art. 3.4.2.5, Parl. Gesch. 3, blz. 382.

15. Asser-Beekhuis I (11e druk), blz. 201; Asser-Beekhuis-Mijnssen I (12e druk), nr. 341.

16. Zie noot 2.

zich thans tegen het nieuwe BW: zonder enige aanpassing kan zij worden getransponeerd op art. 3.4.2.5 lid 2 NBW¹⁷.

2. De 'oudere gerechtigden' in het tweede lid van art. 3.3.2.5 NBW

In de vorige paragraaf is gebleken dat de inhoud van het tweede lid van art. 3.4.2.5 een codificatie van inmiddels achterhaalde jurisprudentie is, terwijl deze opvatting bij latere wijzigingsvoorstellen ten onrechte niet is aangepast¹⁸. Waarschijnlijk is dit veroorzaakt doordat de aandacht bij het Gewijzigd Ontwerp op een ander aspect van het oorspronkelijke artikel 3.4.2.5 lid 2 was gericht. Dit tweede lid luidde in het Ontwerp-Meijers:

- 2. Blijft echter een geleverde roerende zaak na de levering in handen van de vervreemder, dan kan tegenover een derde, die een ouder recht op die zaak heeft, en tegenover een schuldeiser van de vervreemder geen beroep op de levering worden gedaan. Deze bepaling lijdt uitzondering, wanneer naar buiten van de levering blijkt, wanneer de vervreemder zijn bedrijf ervan maakt zaken van gelijke soort als de geleverde voor derden te houden, of wanneer aan de rechthebbende of de schuldeiser de levering is betekend of deze uit anderen hoofde daarvan kennis draagt. Een schuldeiser kan de bepaling evenmin inroepen wanneer de verkrijger hem andere goederen van de vervreemder aanwijst, die voldoende zijn om daarop zijn vordering te verhalen.

Punt van discussie vormde in latere tijd de bescherming van de schuldeisers van de vervreemder in geval van levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio*. Deze vergaand¹⁹ bescherming is door Meijers als volgt gemotiveerd: "Aan het misbruik dat nog steeds van het *constitutum possessorium* gemaakt wordt om schuldeisers te benadelen, wordt op deze wijze een

17. Vgl. tevens de reactie van Gerbrandy in de Handelingen der Tweede Kamer over deze Nota (Parl. Gesch. Inl., blz. 55): "Is dit een reden om een nieuw wetboek te maken, waarvan ik bij voorbaat weet, dat hetzelfde proces - men overdrijve dit overigens niet - zich zal manifesteren?"

18. Zie overigens de minister in zijn Memorie van Antwoord op art. 3.4.2.5 (Parl. Gesch. 3, blz. 385, 2e alinea). Hoewel hij hierin het *constitutum possessorium* in verband brengt met de titel *fiducia*, verbindt hij aan zijn opmerking geen consequenties.

19. Zie de opmerking in het Voorlopig Verslag op dit artikel (Parl. Gesch. 3, blz. 383).

einde gemaakt;"²⁰. In no 1 is reeds gememoreerd, dat het echter niet de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio is die misbruik oplevert, maar juist de overdracht van een zaak krachtens de titel fiducia in combinatie met deze leveringsvorm; men vergelijk de overwegingen van de Hoge Raad in het Pluvier-arrest van 1970. Daarom acht de minister in zijn Memorie van Antwoord op het Voorlopig Verslag bij art. 3.4.2.5 lid 2 NBW Meijers' motivering niet overtuigend. De gewraakte fiduciaire eigendomsoverdrachten worden naar komend recht immers krachtens art. 3.4.2.2 lid 3 NBW verboden. In het Gewijzigd Ontwerp hoeven dientengevolge de schuldeisers van de vervreemder niet meer onder de beschermden van het tweede lid van art. 3.4.2.5 NBW te vallen, aldus de minister²¹.

Door het wegvallen van de categorie der schuldeisers van de vervreemder uit art. 3.4.2.5 lid 2 NBW heeft deze bepaling een aanmerkelijk andere inhoud gekregen dan zij in Meijers' Ontwerp bezat. In deze oorspronkelijke versie diende de relativering van de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW als een beperking van de levering door bezitsverschaffing in het algemeen, zoals die in het eerste lid van dit artikel was voorgesteld. De plaatsing van een beperking in het tweede lid was noodzakelijk, nu zij voor een deel gold ter zake van een beschikkingsbevoegde vervreemder: ten aanzien van de categorie der schuldeisers zal er meestal sprake zijn van een levering door een beschikkingsbevoegde. De levering door bezitsverschaffing constituto possessorio - mits geschied krachtens geldige titel - bewerkstelligt dan een onbelemmerde eigendomsovergang op de verkrijger, zodat de betreffende zaak uit het vermogen van de vervreemder zou verdwijnen. Ter beperking van de gevolgen van deze, voor de overige schuldeisers van de vervreemder onzichtbare, vermogensverschuiving had Meijers in art.

20. Parl. Gesch. 3, blz. 382; Meijers' afkeer van de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio is een diepgaande: wij vinden haar op meerdere plaatsen terug; in het bijzonder daar waar de fiduciaire eigendomsoverdracht ter discussie staat (bijv. Parl. Gesch. 3, blz. 700 e.v., blz. 706 in het bijzonder).

21. Parl. Gesch. 3, blz. 385, 2e alinea.

3.4.2.5 lid 2 NBW aan deze leveringsvorm relatieve werking toegekend.

Aangezien de categorie der schuldeisers bij het Gewijzigd Ontwerp uit lid 2 is komen te verdwijnen, was daarmee tevens de noodzaak vervallen de beperking van de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio vast te koppelen aan art. 3.4.2.5 lid 1 NBW: genoemde beperking van de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio speelt nog slechts een rol terzake van een overdracht die wordt verricht door een geheel of ten dele beschikkingsonbevoegde. Dientengevolge kan men zich afvragen of het bepaalde in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW thans nog wel op de juiste plek staat. Mij dunkt het niet: het wil mij voorkomen dat zij een onderdeel hoort te vormen van de regeling van art. 3.4.2.3a NBW, het 'nieuwe' 2014 BW. Wie zijn namelijk de derden, die een ouder recht op de zaak hebben en tegen wie de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio niet werkt?

Bij de beantwoording van de gestelde vraag komt de Parlementaire Geschiedenis ons te hulp: deze vraag namelijk was eveneens gesteld door de Tweede Kamer-commissie voor Justitie in haar Voorlopig Verslag²². Op deze vraag is als volgt door de minister gereageerd in zijn Memorie van Antwoord²³: onder de 'derde die een ouder recht op de zaak heeft' dient, aldus de minister:

"in de eerste plaats te worden verstaan degene die op het goed²⁴ een beperkt recht heeft, en voorts ook de eigenaar wanneer een bezitter/niet-eigenaar (b.v. een dief of een koper die niet te goeder trouw was toen hij een gestolen, verloren of verduisterde zaak verkreeg) door constitutum possessorium aan een derde levert".

Hoewel de minister hem als tweede noemt, is het duidelijk dat de eigenaar, aan wie de zaak tegen zijn wil is ontnomen, eveneens tot de oudere gerechtigden hoort.

Wie moet worden verstaan onder degene die op de zaak een beperkt recht heeft, wordt vervolgens door de minister nader aangegeven:

22. Parl. Gesch. 3, blz. 383.

23. Parl. Gesch. 3, blz. 385.

24. "Zaak" lijkt mij in verband met de aanhef van art. 3.4.2.5 lid 1 NBW overigens voldoende.

"Als beperkt gerechtigden kunnen worden genoemd de bezitloze pandhouder, bedoeld in art. 3.9.2.2 van het gewijzigd ontwerp, en de vruchtgebruiker, wanneer ondanks het vruchtgebruik de zaak door de hoofdgerechtigde wordt beheerd, hetzij krachtens afspraak tussen beiden, hetzij krachtens art. 3.8.19".

Andere beperkt gerechtigden zijn moeilijk voorstelbaar nu het tweede lid van art. 3.4.2.5 NBW in verband met het eerste lid slechts betrekking heeft op roerende zaken, niet-registergoederen. Beperkte rechten op deze zaken kunnen slechts het pandrecht en het recht van vruchtgebruik zijn²⁵.

Als gevolg van een ruime interpretatie door de wetgever van het "in handen van de vervreemder" zijn in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW, zal ook de eventuele retentor in beginsel gerekend kunnen worden tot de categorie van derden die een ouder recht op de zaak hebben, wanneer de eigenaar deze door bezitsverschaffing constituto possessorio aan de verkrijger heeft geleverd.

Vervolgens zijn bij de invoeringswetgeving NBW nog twee categorieën derden door de wetgever aangemerkt als behorende tot de 'oudere gerechtigden' in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW. In het eerste gedeelte van de invoeringswetgeving (16593) wordt de beslaglegger in art. 453a Nrv. ten opzichte van derden te goeder trouw bescherming geboden op een wijze die vergelijkbaar is aan het bepaalde in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW. Voorts bevat het vierde gedeelte (17496) een wijziging van art. 3.10.3.3 lid 2 NBW, als gevolg waarvan ook het voorrecht in verband met kosten gemaakt

25. Deze categorie lijkt vervolgens weer te worden beperkt door de formulering van lid 2: deze bepaling geldt slechts indien de zaak ondanks de levering in handen van de vervreemder blijft. Hierdoor lijkt het alsof de vuistpandhouder en de 'gewone' vruchtgebruiker van een roerende zaak niet in de onderhavige categorie van beperkt gerechtigden vallen: er is bij die personen geen sprake van dat de zaak letterlijk 'in handen van de vervreemder', d.w.z. de pandgever resp. de bloot eigenaar, is gebleven. Blijkens de Memorie van Antwoord op art. 3.4.2.5 NBW (Parl. Gesch. 3, blz. 385; zie ook de Toelichting Meijers bij art. 3.5.9; Parl. Gesch. 3, blz. 437/38) valt onder het tweede lid echter ook "een levering waarbij de vervreemder de zaak, die voor hem door iemand wordt gehouden, op zijn beurt door middel van die houder voor de verkrijger gaat houden." In geval van vuistpand houdt de pandhouder de zaak voor de pandgever die de zaak als gevolg van bezitsverschaffing constituto possessorio op zijn beurt voor de verkrijger gaat houden. Hetzelfde geldt bij het vruchtgebruik. Derhalve is de beperking een schijnbare.

tot behoud van de zaak kan worden beschouwd als een "ouder recht" in de zin van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW. In de memorie van antwoord bij art. 497 NRv. (16593, nr. 5, blz. 20) breidt de minister deze categorie zelfs uit tot alle voorrechten.

Tenslotte wordt niet zozeer door de wetgever, als wel door sommige schrijvers²⁶ tot de categorie derden, die een ouder recht op de zaak hebben, soms ook de verkoper gerekend die een zaak aan de vervreemder heeft verkocht en geleverd, maar die het recht van reclame heeft ingeroepen. Vermoedelijk speelt hierbij de verwijzing naar art. 3.4.2.5 lid 2 NBW in art. 7.1.8.4 lid 1 NBW een rol. De invloed van deze verwijzing op de onderhavige kwestie laat ik voorlopig buiten beschouwing. Hij zal in par. 4 ter sprake komen.

3. Is verplaatsing van het bepaalde in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW gewenst?

In hoeverre dienen nu de derden die een ouder recht op de zaak hebben, langs de weg van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW te worden beschermd tegen aantasting van hun recht? Voor de beantwoording van deze vraag dienen de verschillende categorieën oudere gerechtigden, zoals die in de vorige paragraaf ter sprake zijn gekomen, afzonderlijk te worden beschouwd.

a. de beperkt gerechtigden

Laten wij ons, in navolging van de minister, allereerst richten op de categorie der beperkt gerechtigden: de pandhouder en de vruchtgebruiker. Met betrekking tot deze categorie zij vooropgesteld dat de bedoelde beperkte rechten zogenaamde absolute rechten zijn. Dit betekent onder andere dat zij zaaksgevolg hebben. Deze rechten blijven bij vervreemding aan de zaak gekoppeld, zodat zij ook jegens de verkrijger gelden. Dit is een belangrijke constatering: zij betekent dat de beperkt gerechtigde voor de bescherming van zijn recht in beginsel geen bij-

26. Zie Jac. Hijma/M.M. Olthof, Compendium van het Nederlands Vermogensrecht, nr. 553; O.K. Brahn, Zwaartepunten van het nieuwe vermogensrecht (2e druk), blz. 275. Zie voorts de Toelichting Meijers op art. 7.1.8.4.

zondere wetsbepaling behoeft. De verkrijger heeft zijn beperkte recht te respecteren, ongeacht de wijze waarop de bezitsverschaffing plaatsvindt, door feitelijke overgave van de zaak, of door constitutum possessorium.

Aan een bijzondere bescherming zal de beperkt gerechtigde pas behoefte hebben, indien de verkrijger in de onjuiste mening verkeert dat hij de verkregen zaak onbelast heeft verworven en dienaangaande te goeder trouw is. In art. 3.4.2.3a lid 2 NBW²⁷ is namelijk bepaald dat beperkte rechten op - onder andere- roerende zaken komen te vervallen indien de derde-verkrijger niet van hun bestaan afwist, noch behoorde af te weten²⁸. De kwestie met betrekking tot de beperkt gerechtigden komt derhalve anders te liggen indien het bezit van de zaak aan de derde-verkrijger wordt verschaft, terwijl deze het beperkte recht noch kende noch behoorde te kennen. De onbekendheid met het beperkte recht zal spoedig mogen worden aangenomen indien de zaak onder beheer van de hoofdgerechtigde is gebleven. De publiciteit werkt in deze gevallen ten nadele van de beperkt gerechtigde: door het toevertrouwen van de zaak aan de hoofdgerechtigde wordt de schijn gewekt alsof deze de zaak onbelast mag vervreemden. Onbekendheid met het beperkte recht zal dientengevolge voor de verkrijger meestal verschoonbaar zijn. Krachtens het thans voorgestelde tweede lid van art. 3.4.2.3a NBW komt het beperkte recht dan te vervallen. Voor zover men nu de beperkt gerechtigde een bijzondere bescherming wenst te verlenen tegen de overdracht met behulp van een bezitsverschaffing constituto possessorio past een dergelijke bescherming dientengevolge systematisch beter in art. 3.4.2.3a NBW dan in art. 3.4.2.5 NBW.

b. de eigenaar/niet-bezitter

Indien iemand een zaak door bezitsverschaffing constituto possessorio krijgt geleverd van een volstrekt beschikkingsonbevoegde vervreemder verdient de rechthebbende (niet-bezitter) in

27. Zoals voorgesteld bij de derde Nota van Wijzigingen bij de Invoeringswet Boeken 3,5 en 6 NBW, vierde gedeelte (17496, nr. 12).

28. Zie ook de Memorie van Antwoord bij het vijfde lid van art. 3.4.2.3a vaststellingswet, Parl. Gesch. 3, blz. 336.

beginsel bescherming. Deze bescherming komt overigens slechts aan de orde, indien de verkrijger te goeder trouw is, dat wil zeggen dat hij meende, en ook mocht menen, dat hem de zaak door een beschikkingsbevoegde werd geleverd. Indien hij namelijk van de beschikkingsonbevoegdheid op de hoogte was, bestaat er aan bescherming van de eigenaar/niet-bezitter geen behoefte. Deze blijft immers gedurende twintig jaren gerechtigd de zaak op te vorderen (art. 3.4.3.8 j^o 3.11 3.11.10 NBW), tenzij hij zijn recht intussen mocht hebben verloren. Dit laatste kan het gevolg zijn van een originaire wijze van eigendomsverkrijging door een ander of door een tussentijdse levering aan een derde die wel te goeder trouw is.

Nu er sprake is van een onzichtbare levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio* door een beschikkingsonbevoegde bezitter aan een derde hoort de bescherming van de eigenaar/niet-bezitter daartegen - zo men die bescherming wenst - te worden geregeld in art. 3.4.2.3a NBW in plaats van in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW. Een andere plaats dan in art. 3a is in dit verband systematisch zelfs af te raden. De bescherming van de oorspronkelijke gerechtigde is immers slechts noodzakelijk indien de levering door de beschikkingsonbevoegde krachtens dit artikel desondanks tot een geldige overdracht leidt. Niet is zij van toepassing op de levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio* in het algemeen: wie zou als oudere gerechtigde zijn aan te merken, die tegen deze levering bescherming behoeft, indien die is verricht door een beschikkingsbevoegde? Anders dan de wetgever bij de invoeringswetgeving NBW wellicht zou suggereren is dat m.i. noch de schuldeiser met het voorrecht van art. 3.10.3.3 NBW noch de beslaglegger, zoals uit het hieronder sub d. en e. gestelde moge blijken.

c. de retentor

De volgende categorie van oudere gerechtigden die wellicht via het bepaalde in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW bescherming zou behoeven tegen een onzichtbare vervreemding omvat de retentor. In hoeverre behoeft deze bescherming, indien de zaak door bezitsverschaffing *constituto possessorio* is geleverd terwijl zij onder hem verblijft? De mogelijkheid van een dergelijke levering

wordt algemeen aanvaard: een zaak, die zich onder een derdehouder bevindt, kan behalve door *traditio longa manu* ook door bezitsverschaffing *constituto possessorio* worden geleverd²⁹. Een afzonderlijke bescherming op grond van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW is voor de retentor echter overbodig. Krachtens art. 3.10.4A.2 lid 1 NBW kan de retentor zijn recht van terughouding namelijk handhaven tegen ieder die een recht, van welke aard ook, op de zaak heeft verkregen nadat zijn vordering op zijn schuldenaar was ontstaan en de zaak in zijn macht was gekomen. Derhalve wordt hij krachtens deze bepaling niet alleen beschermd tegen een overdracht met behulp van de bezittingsverschaffing *constituto possessorio*, maar ook tegen die waarbij de levering geschiedt door *traditio longa manu* (art. 3.5.9 sub c NBW).

d. de schuldeiser, wiens vordering terzake van kosten voor behoud van de zaak gemaakt op die zaak bevoorrecht is

Bij de invoeringswetgeving Boeken 3,5 en 6 NBW, vierde gedeelte (17496) is art. 3.10.3.3 lid 2 NBW aangevuld met de volgende zin:

"Een na het maken van die kosten overeenkomstig art. 3.4.2.5 verkregen recht kan slechts aan de schuldeiser worden tegen-
geworpen, indien tevens aan de eisen van lid 2 van dat artikel is voldaan."

Volgens de Memorie van Toelichting³⁰ is deze wijziging aangebracht om buiten twijfel te stellen dat deze bepaling aansluit op art. 3.4.2.5 lid 2 NBW, zodat het betreffende voorrecht niet door een levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio* kan worden gefrustreerd, zolang de zaak in handen van de schuldenaar blijft. Hoewel dit standpunt op het eerste gezicht duidelijk lijkt, blijkt de door de wetgever gekozen regeling bij nadere beschouwing voor bestrijding vatbaar.

29. Zie Asser-Beekhuis I, blz. 205/206; Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nr. 347.

30. Invoeringswetgeving Boeken 3, 5 en 6 NBW, vierde gedeelte (17496), nr. 3, blz. 47.

De vraag is namelijk of een schuldeiser wiens vordering bevoorrecht is - bijvoorbeeld op grond van art. 3.10.3.3 NBW moet worden beschermd tegen de levering door middel van bezitsverschaffing constituto possessorio door zijn schuldenaar van de zaak waarop het voorrecht rust. Wat is de rechtvaardiging van het feit dat een schuldeiser dit voorrecht zou behouden ingeval van levering door bezitsverschaffing constituto possessorio, terwijl hij dit kwijtraakt zodra de zaak in handen van de verkrijger terecht komt? Is het niet van tweeën één?

Ofwel men betoogt dat de zaak dankzij de bemoeienissen van de schuldeiser behouden is gebleven, zodat diens vordering met betrekking tot de door hem gemaakte kosten hoe dan ook op de zaak als een soort "zakelijke" vordering dient te blijven rusten. Het is dan irrelevant of de zaak inmiddels in een ander vermogen is beland. In dit geval is er sprake van zakelijke werking van het voorrecht. Er is dan echter geen reden om de voortzetting van het voorrecht afhankelijk te stellen van het zich al of niet bevinden van de zaak in handen van de verkrijger. Ook nadat de zaak in handen van de verkrijger is terechtgekomen hoort het voorrecht op de zaak te blijven rusten.

Ofwel men betoogt dat de schuldeiser zijn vordering ontleent aan een rechtsverhouding met de schuldenaar, waarvoor diens vermogen krachtens art. 3.10.1.1 NBW verhaal biedt. Aangezien de bemoeienissen van de schuldeiser de betreffende zaak voor dit vermogen hebben behouden, is hem door de wet - in afwijking van de paritas creditorum - een uitzonderingspositie toegekend in de vorm van een privilege. In dit geval bestaat er geen reden het voortbestaan van het voorrecht van iets anders te laten afhangen dan de aanwezigheid binnen het vermogen van de schuldenaar tot wie de schuldeiser in een rechtsverhouding staat.

Wanneer nu het tijdstip waarop de zaak na een levering constituto possessorio in handen van de verkrijger komt voor het voortbestaan van het voorrecht van art. 3.10.3.3 NBW van belang wordt, ontstaat een situatie waarin naast een juridisch vermogen een "feitelijk" vermogen wordt gecreëerd, dat dient tot verhaal voor "bepaalde" schuldeisers. Noch rechtszekerheid, noch billijkheid worden m.i. met een dergelijk onderscheid gediend.

Maar zelfs wanneer er een bepaalde ratio achter het wijzigingsvoorstel van art. 3.10.3.3 lid 2 NBW mocht bestaan, dan hoort de voortzetting van het voorrecht niet thuis in titel 3.4 NBW. In deze titel wordt immers uiteengezet hoe en wanneer vermogensverschuivingen plaatsvinden. De door de wetgever kennelijk beoogde bescherming van de bevoorrechte schuldeiser heeft op zichzelf echter niets met deze vermogensverschuiving uitstaande. Deze bescherming berust in wezen op een uitbreiding van het verhaals-object van een schuldeiser op diens schuldenaar: niet alleen het vermogen van deze schuldenaar, maar ook dat van diegenen aan wie zaken door bezitsverschaffing constituto possessorio zijn geleverd staat - weliswaar in beperkte mate - bloot aan verhaal. Een dergelijke bescherming van de geprivilegieerde schuldeiser hoort - wat haar reden ook moge zijn - thuis in titel 3.10 NBW over het verhaalsrecht. Ingeval van een zakelijk werkend voorrecht blijft de zaak voor de betreffende schuldeiser als verhaals-object behouden, krachtens art. 3.10.3.3 lid 2 NBW, welke bepaling zodoende een uitzondering maakt op het beginsel dat (slechts) het gehele vermogen van de schuldenaar dient tot verhaal voor zijn schulden (art. 3.10.1.1 NBW). In dit geval bestaat er niet zozeer reden de leveringsvereisten ingeval van bezitsverschaffing constituto possessorio in titel 3.4 NBW in het algemeen aan te scherpen, doch dient veeleer in het bijzondere geval in art. 3.10.3.3 NBW de inbreuk op voormeld beginsel, neergelegd in art. 3.10.1.1 NBW te worden uitgeschreven. Het verdient dan de voorkeur om de verwijzing naar art. 3.4.2.5 lid 2 NBW te schrappen en in plaats daarvan eenvoudigweg de volgende zinsnede toe te voegen:

"Een na het maken van die kosten overeenkomstig art. 3.4.2.5 verkregen recht op de betreffende zaak kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien die zaak inmiddels in handen van de verkrijger is gekomen of de schuldeiser met de verkrijging heeft ingestemd".

Door bovenstaande formulering wordt bewerkstelligd dat de schuldeiser met het voorrecht van art. 3.10.3.3 NBW geen relativering van de eigendomsoverdracht behoeft voor de handhaving van zijn privilege ingeval de levering geschiedt door bezitsverschaffing constituto possessorio. Door deze levering wordt de

verkrijger van de zaak terstond rechthebbende ten opzichte van een ieder ongeacht het voorrecht. Zolang de zaak echter nog niet in handen van de nieuwe eigenaar terecht is gekomen, kan de bevoorrechte schuldeiser zich daarop desalniettemin verhalen.

Terzake van de overige voorrechten, waarbij niet uitdrukkelijk wordt verwezen naar de regeling van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW kan het bovenstaande naar analogie worden toegepast. Ook bij die voorrechten is er in beginsel geen reden om naast een juridisch vermogen een "feitelijk" vermogen te creëren. In ieder geval hoort een voortzetting van het voorrecht - zo die toch gewenst is - in titel 3.10 NBW te worden geregeld en niet via een bepaling in titel 3.4 NBW.

e. de beslaglegger

Tenslotte heeft de wetgever ook de beslaglegger aangemerkt als een derde met een ouder recht in de zin van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW. In dit verband kan worden gewezen op art. 453a NRv., zoals dat bij de invoeringswetgeving Boeken 3, 5 en 6 NBW, eerste gedeelte (16593) is vastgesteld³¹. Dit artikel luidt:

1. Een vervreemding, bezwaring, onderbewindstelling of verhuring van de zaak, totstandgekomen nadat deze inbeslaggenomen is, kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen.
2. Rechten door een derde anders dan om niet verkregen, worden geëerbiedigd, mits de zaak in zijn handen is gekomen en hij toen te goeder trouw was.

Bij lezing van dit artikel dringt de parallel met de regeling van art. 3.4.2.3a NBW zich op, zij het dat art. 453a NRv. een ruimer toepassingsgebied bestrijkt: niet alleen rechten van derden-verkrijgers te goeder trouw worden geëerbiedigd, maar ook die van bijvoorbeeld huurders³². In het bestek van het onderha-

31. Vgl. Memorie van Antwoord I bij de Invoeringswetgeving Boeken 3, 5 en 6 NBW, eerste gedeelte (16593, nr. 141a), blz. 14.

32. Zie Memorie van Toelichting bij de Invoeringswetgeving Boeken 3, 5 en 6 NBW, eerste gedeelte (16593, nr. 3), blz. 37. De opmerking van de minister dat art. 453a NRv. niet aansluit bij de regeling van art. 3.4.2.3a NBW in verband met het ontbreken van het terugkooprecht kan overigens na de derde Nota van

vige betoog kan echter wel aansluiting worden gezocht bij art. 3.4.2.3a NBW, nu ik mij beperk tot het geval van een levering van een roerende zaak door middel van bezitsverschaffing constituto possessorio ondanks een daarop rustend beslag. Ter beantwoording van de vraag welke gevolgen aan een dergelijke levering zijn verbonden, dient te worden onderscheiden.

De hoofdregel - uitdrukkelijk neergelegd in art. 453a lid 1 Nrv. - is dat de derde ondanks het beslag weliswaar eigenaar van de betreffende zaak wordt, maar dat deze verkrijging niet ten nadele van de beslaglegger kan werken. Indien de verkrijger te goeder trouw is, zal de beslaglegger zijn rechten echter hebben te eerbiedigen, tenzij de verkrijging om niet was geschied (art. 453a lid 2 Nrv.). In dit geval is er geen verschil met de werking van art. 3.4.2.3a NBW ingeval de verkrijger de zaak van een beschikkingsonbevoegde zou hebben verkregen. De in art. 453a lid 2 Nrv. gegeven regeling, inclusief de beperkte werking van de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio, is immers in wezen niets anders dan een uitwerking van dezelfde gedachte die ook aan art. 3.4.2.3a NBW ten grondslag ligt: in het handelsverkeer dient een derde te goeder trouw in beginsel te worden beschermd ten koste van de rechthebbende, die een zekere schijn in het leven roept of heeft laten voortduren op grond waarvan die derde heeft mogen afgaan. In aansluiting op de bescherming van de eigenaar/niet-bezitter tegen een onzichtbare levering door bezitsverschaffing constituto possessorio door de beschikkingsonbevoegde bezitter aan een derde dient de bescherming van de beslaglegger tegen een soortgelijke vervreemding door de beslagene derhalve te worden gekoppeld aan art. 3.4.2.3a in plaats van aan de thans voorgestelde algemene beperking van de levering in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW.

Resumerend kan worden gesteld dat de verwijzing in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW naar de oudere gerechtigden een al te algemene beperking aanbrengt met betrekking tot de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio. De plaatsing in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW kan, zoals in no 1 en 2 is uiteengezet, worden verklaard uit de tekst van het Ontwerp-Meijers, terwijl bij de

Wijzigingen op het vierde gedeelte van de Invoeringswetgeving (17496) als achterhaald worden beschouwd.

aanpassing daarvan in het Gewijzigd Ontwerp over het hoofd is gezien, dat dientengevolge de beperking van de levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio* niet meer hoort te worden gekoppeld aan art. 3.4.2.5 NBW. Aangezien voormelde beperking slechts wordt beoogd indien de levering geschiedt door een geheel of ten dele beschikkingsonbevoegde vervreemder kan worden geconcludeerd dat het derhalve niet alleen op historische, maar ook op systematische gronden de voorkeur verdient het bepaalde in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW in een afzonderlijk lid bij art. 3.4.2.3a NBW op te nemen.

4. Is verplaatsing van het bepaalde in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW mogelijk?

Wanneer wordt overwogen om een bepaalde regeling van het NBW-om welke reden dan ook - te verplaatsen naar een ander gedeelte (zelfs al is dit binnen dezelfde afdeling van een titel), dient terdege te worden onderzocht of een dergelijke verplaatsing wel mogelijk is zonder al te ingrijpende consequenties. Bij nader onderzoek blijkt er van dergelijke consequenties evenwel geen sprake: de verplaatsing van de regeling van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW naar een nieuw te vormen lid bij art. 3.4.2.3a NBW kan in beginsel zonder problemen plaatsvinden. Deze systematisch juistere plaats behoeft slechts enkele - ondergeschikte - aanpassingen van de rest van het nieuwe wetboek.

Zo dient bij de regeling van het recht van reclame art. 7.1.8.4 lid 1 NBW te verwijzen naar art. 3.4.2.3a NBW in plaats van naar art. 3.4.2.5 lid 2 NBW, een wijziging overigens die inhoudelijk niet van invloed is. In art. 7.1.8.4 lid 1 NBW is de relativering van de levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio* immers van overeenkomstige toepassing verklaard. "Overeenkomstig", omdat bij het recht van reclame geen sprake hoeft te zijn van een "derde die een 'ouder' recht op de zaak heeft". De verkoper die door inroeping van het reclamerecht zijn eigendomsrecht herkrijgt, en wel door de daartoe aan de koper gerichte schriftelijke verklaring (art. 7.1.8.1 lid 1 NBW), heeft immers geen ouder recht. Desalniettemin is het denkbaar dat een 'onzichtbare' vermogensverschuiving als gevolg van het *constitutum possessorium* het reclamerecht zou kunnen frustreren. Bijvoor-

beeld wanneer de koper de betreffende zaak voor de inroeping van het reclamerecht heeft doorverkocht en zelfs al door middel van bezitsverschaffing constituto possessorio aan een derde heeft geleverd. Door het ontbreken van terugwerkende kracht aan de ontbinding naar NBW heeft die derde geldig de eigendom verworven: zijn wederpartij was - ook achteraf beschouwd - tot vereemding bevoegd. Zonder de bepaling van art. 7.1.8.4 NBW zou het recht van reclame in dit geval iedere betekenis ontberen.

De andere wijziging is hiervoor al kort aangestipt. In art. 3.10.3.3 lid 2 NBW dient in plaats van de verwijzing naar art. 3.4.2.5 lid 2 NBW eenvoudigheidshalve te worden uitgeschreven dat het voorrecht ondanks een levering op de voet van art. 3.4.2.5 NBW blijft bestaan zolang de zaak niet in handen van de verkrijger is gekomen of de bevoorrechte schuldeiser met de vervreemding heeft ingestemd. Zoals gezegd brengt een dergelijke aanpassing van art. 3.10.3.3 lid 2 NBW geen materiële verandering mee.

Art. 453a lid 2 Nrv., dat voor wat betreft een onbevoegde levering door de beslagene de verkrijger te goeder trouw een bescherming biedt, welke vergelijkbaar is aan die van art. 3.4.2.3a NBW, behoeft geen aanpassing. In tegenstelling tot art. 3.10.3.3 lid 2 NBW heeft de wetgever in dit artikel niet (kunnen) volstaan met een korte verwijzing naar art. 3.4.2.5 lid 2 NBW, maar heeft hij de strekking van deze bepaling in extenso opgenomen.

5. Is relativering van de eigendom noodzakelijk? De Nederlandse en Westduitse regeling vergeleken; een alternatief

De door mij voorgestelde verplaatsing van de inhoud van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW naar een nieuw lid bij art. 3.4.2.3a NBW is niet alleen systematisch en historisch verantwoord. Een dergelijke koppeling van de beperkte werking van het constitutum possessorium aan de bepaling omtrent de verkrijging te goeder trouw van - geheel of ten dele - beschikkingsonbevoegden, treffen wij eveneens aan in het Westduitse BGB. Hoewel de speciale regeling van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW zelf niet uitdrukkelijk

stoelt op een bepaling uit dit wetboek³³, zijn de talloze verwijzingen bij de totstandkoming van het NBW naar Duitse equivalenten van dien aard dat het Duitse BGB, meer dan enig ander buitenlands wetboek, als voorbeeld voor het NBW heeft gediend en in voorkomende gevallen nog steeds kan dienen³⁴. Veel structuren van het NBW zijn derhalve pas goed te doorgronden wanneer de Duitse pendant bij het onderzoek is betrokken. Welke oplossing geeft dit wetboek voor het onderhavige geval?

In aansluiting op de algemene overdrachtsbepaling voor roerende zaken in par. 929 geeft het BGB in par. 930 de volgende regeling met betrekking tot de levering door bezitsverschaffing constituto possessorio:

Ist der Eigentümer in Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

In geval de vervreemder beschikkingsonbevoegd is, bepaalt de bijbehorende par. 933 BGB:

Gehört eine nach par. 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem übergeben wird, es sei denn, dass er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

In tegenstelling tot par. 932 BGB waarin de derde te goeder trouw, aan wie de zaak feitelijk is overgedragen, terstond rechthebbende wordt gemaakt, wordt deze bij levering door constitutum possessorium pas beschermd wanneer hij de zaak feitelijk in handen heeft én hij op dat ogenblik nog steeds te goeder trouw is!

Anders dan Beekhuis meent³⁵, verschilt de Duitse constructie wezenlijk van de Nederlandse, zoals voorgesteld in art. 3.4.2.5

33. Anders Asser-Beekhuis I, blz. 201, 295; Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nr. 341, 531.

34. Zie ook A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het NBW (Monografie NBW A 1), blz. 15.

35. Asser-Beekhuis I, blz. 201, 295; Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nrs. 341, 531.

lid 2 NBW. In Duitsland verwerft de derde te goeder trouw, die door constitutum possessorium van een onbevoegde geleverd heeft gekregen slechts het bezit, maar in het geheel nog geen recht. Van enige relativering is derhalve geen sprake. Dit in tegenstelling tot de voorgestelde regeling van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW. Naar komend Nederlands recht wordt de derde door de bezitsverschaffing terstond rechthebbende³⁶. De enige beperking als gevolg van het constitutum possessorium is gelegen in de onmogelijkheid voor deze derde zijn recht tegen de oudere gerechtigde geldend te maken: ondanks de bezitsverkrijging werkt de levering - en daardoor de eigendomsoverdracht - niet tegen degene met een ouder recht op het goed. Aan deze kan de levering in beginsel pas worden tegengeworpen vanaf het tijdstip waarop de zaak in handen van de verkrijger is gekomen.

Het resultaat van de in het nieuwe BW gekozen constructie is een merkwaardige: de regeling van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW leidt er toe dat er een gesplitst eigendomsrecht in het komende recht wordt geïntroduceerd. Zowel de oudere gerechtigde als de verkrijger te goeder trouw hebben een eigendomsrecht op de zaak, waarbij - in geval van botsing - de eerste prevaleert boven de laatste. In de literatuur wordt derhalve gesproken van een 'relatieve eigendom' van de verkrijger: hij geldt als eigenaar tegen ieder behalve de ouder gerechtigde³⁷. Begeeft men zich echter niet op glad terrein wanneer zogenaamde 'absolute' rechten naar believen worden gerelativeerd? Veroorzaakt men hiermee niet een overbodige verwarring binnen het systeem van ons recht? Een dergelijke relativering lijkt mij slechts wenselijk indien het beoogde resultaat op geen andere wijze kan worden bereikt;

36. Zie de Memorie van Antwoord op art. 3.4.2.5 (Parl. Gesch. 3, blz. 386): "De betekenis van het onderhavige tweede lid is aldus, dat het de verkrijger te goeder trouw ondanks een geldige levering door constituto possessorio een beroep op art. 3a tegenover een oudere gerechtigde onthoudt (....)"; vgl. tevens de Memorie van Antwoord op art. 3.5.9 (Parl. Gesch. 3, blz. 438): "Overgang van het bezit beoogt genoemd artikel niet tegen te houden, gelijk het ook de rechtsovergang niet belet, maar slechts tijdelijk beperkt."

37. J.H. Nieuwenhuis, Hoofdstukken nieuw vermogensrecht (1983), blz. 142; O.K. Brahn, o.c., blz. 104/105. Hijma/Olthof, o.c., nr.127.

dan zou het terecht de spreekwoordelijke uitzondering zijn die de regel bevestigt³⁸.

Het wil mij voorkomen dat een constructie zonder relativering van het eigendomsrecht in deze kwestie goed mogelijk is. Het BGB biedt in de eerder geciteerde par. 933 een uitstekende oplossing: beperking van de rechtsgevolgen van de levering door bezitsverschaffing geschiedt slechts wanneer de levering wordt verricht door een geheel of ten dele beschikkingsonbevoegde vervreemder. In dit geval verwerft de verkrijger in het geheel geen recht - of, in geval van gedeeltelijke beschikkings-onbevoegdheid als gevolg van een beperkt recht, vooralsnog een recht met de last van het beperkte recht - zolang de zaak niet in zijn feitelijke heerschappij is gekomen; zelfs niet een 'relatief eigendomsrecht' dat werkt tegen ieder behalve de oudere gerechtigde. De oorspronkelijke gerechtigde blijft zijn (beperkte) recht tegenover iedereen behouden. De derde verkrijgt door het constitutum possessorium slechts het bezit van de zaak of - in geval van een beperkt recht van de oudere gerechtigde - de eigendom van die zaak onder de last van het beperkte recht. Pas wanneer de derde de zaak in handen krijgt en hij op dat tijdstip te goeder trouw is, wordt hij beschermd en verkrijgt hij de (onbelaste) eigendom van de zaak. Dit recht werkt tegen iedereen.

Aan het einde van deze paragraaf gekomen moge ik het verschil tussen beide zienswijzen aan de hand van een voorbeeld uiteenzetten. Hiertoe stelle men zich de volgende casus voor ogen: A heeft een hem toebehorende zaak belast met een stil pandrecht ten gunste van B. Zonder melding te maken van de verpanding verkoopt en levert A de zaak door middel van bezitsverschaffing constituto possessorio aan C, die ook overigens niet van de verpanding op de hoogte is. Wat is rechtens?

38. Aldus bijv. O.K. Brahn, o.c., blz. 105. Vergelijk echter de in noot 11 genoemde jurisprudentie, waaruit blijkt dat relativering van het eigendomsrecht in verband met zijn absolute karakter niet wordt erkend. Zie voorts F.J. de Vries, t.a.p., par. 5 en par. 6 in het bijzonder.

Vooropgesteld moet worden dat het stille pandrecht in beginsel op de zaak blijft rusten als gevolg van het 'droit de suite' van het pandrecht. Wanneer C ten aanzien van de onbekendheid met het pandrecht te goeder trouw is, geldt hij volgens de regeling van het NBW ten opzichte van iedereen behalve B als volledig eigenaar zolang hij de zaak niet in handen heeft. Jegens B geldt C als een eigenaar van een met een pandrecht belaste zaak. Het moet echter worden betwijfeld of deze zienswijze overeenstemt met de realiteit. Wat gebeurt er namelijk indien schuldeisers van C zich op de betreffende zaak, die zich onder A bevindt, trachten te verhalen. Ten opzichte van deze schuldeisers geldt C als volledig eigenaar van de zaak. Toch zullen zij bij een poging tot uitwinning van de zaak geconfronteerd kunnen worden met het sterkere pandrecht van B. Zou dit pandrecht niet prevaleren, dan zou de voorrang van het oudere recht van B boven het recht van C illusoir zijn. Derhalve werkt de levering niet alleen ten opzichte van B, maar ook ten opzichte van anderen (bijvoorbeeld de schuldeisers van de verkrijger) gebrekkig, zolang de zaak in handen van A blijft. Verdient het dan niet de voorkeur om C - in navolging van mijn zienswijze - gedurende die tijd aan te merken als eigenaar van een met een pandrecht belaste zaak, terwijl hij de volle, onbelaste eigendom daarvan verwerft indien hij op het tijdstip waarop hij de zaak in handen krijgt nog te goeder trouw is?

6. Bescherming van de verkrijger tegen inbreuken, zolang deze de zaak nog niet in handen heeft gekregen

De verkrijger die door constitutum possessorium wel het bezit, maar wegens de (gedeeltelijke) beschikkingsonbevoegdheid van zijn voorganger (nog) niet de (onbelaste) eigendom heeft verworven, is in bovenstaande opvatting geenszins onbeschermd tegen inbreuken door anderen dan de oudere gerechtigde. Hij behoeft althans voor de bescherming van zijn positie geen relatief eigendomsrecht. Door de bezitsverschaffing is hij namelijk bezitter van de zaak geworden. Als bezitter heeft hij recht op bezitsbescherming conform art. 3.5.17 NBW. In dit artikel heeft het NBW een mengvorm gekozen van de romeinsrechtelijke actio Publiciana ter bescherming van de verjaringsbezitter, en de

bezitsinterdicten, ter bescherming van iedere bezitter tegen een inbreuk op de status quo³⁹.

De opzet van de bezitsbescherming in het NBW is aldus, dat de bezitter van ieder goed op gelijke wijze wordt beschermd tegen stoornis resp. verlies daarvan als de rechthebbende. Deze vergaande gelijkstelling van het bezit aan het recht vloeit voort uit de processuele functie van het bezit: de bezitter wordt geacht de rechthebbende te zijn, hetgeen bij roerende zaken betekent eigenaar (vgl. art. 3.5.13 lid 1 NBW).

Krachtens het tweede lid van art. 3.5.17 NBW vervalt de bescherming van de bezitter zodra de wederpartij "een beter recht (...) tot het houden van de zaak of tot het verrichten van storende handelingen heeft"⁴⁰ Voor de 'derde met een ouder recht', zoals die thans in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW is genoemd, betekent dit een afdoende bescherming van zijn recht⁴¹. Bij een eventueel conflict zal de verkrijger/bezitter zijn beroep op de bezitsbescherming van art. 3.5.17 lid 1 NBW zien stranden op het verweer, genoemd in het tweede lid van art. 3.5.17 NBW. Zo wordt precies bereikt hetgeen de wetgever met de bepaling van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW heeft beoogd, zonder dat een relativering van het 'absolute' eigendomsrecht nodig is. Bij afwezigheid van een noodzaak voor een uitzondering kan de hoofdregel derhalve onverminderd van kracht blijven: eigendom gaat in zijn geheel over of niet, maar niet een beetje, dat wil zeggen ten opzichte van de een wel en de ander niet.

7. Wanneer is de goede trouw vereist?

De laatste kwestie tenslotte die in het kader van dit opstel behandeling behoeft, is die naar welk tijdstip de goede trouw van de verkrijger dient te worden beoordeeld.

De consequentie van de door mij gepropageerde zienswijze is dat de verkrijger ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid van zijn voorganger te goeder trouw moet zijn op het tijdstip waarop

39. Zie Toelichting-Meijers op art. 3.5.17, Parl. Gesch. 3, blz. 456.

40. Aldus het wijzigingsvoorstel aangaande deze bepaling bij de Invoeringswet Boeken 3,5 en 6 NBW, vierde gedeelte (17496).

41. Vgl. de Memorie van Antwoord op art. 3.5.9, Parl. Gesch. 3, blz. 438.

hij de zaak feitelijk in handen krijgt. Dan pas kan er van een eventuele rechtsverkrijging door de bezitter sprake zijn; op dat tijdstip dient derhalve te worden vastgesteld of de derde bescherming verdient ten koste van de oorspronkelijk gerechtigde. Deze eis verschilt overigens niet van het NBW in zijn huidige gedaante⁴², zodat het geen verschil uitmaakt welke zienswijze men heeft omtrent het effect van de levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio*. De vaststelling dat de verkrijger te goeder trouw dient te zijn op het ogenblik dat hij de zaak in handen krijgt, en niet op dat waarop hij het bezit verwerft, is ook in overeenstemming met de ratio van art. 3.4.2.3a NBW/2014 BW: het handelsverkeer mag de rechtszekerheid slechts door middel van de macht die hij over een goed uitoefent jegens de verkrijger legitimeert als gerechtigde⁴³, tenzij het goed aan de rechthebbende is ontstolen⁴⁴.

De constatering dat de goede trouw is vereist op het tijdstip waarop de verkrijger de zaak feitelijk verwerft, doet de vraag rijzen wanneer dat precies geschiedt. Is het voldoende dat hij de zaak eenmaal onder zich heeft, of geldt tevens als vereiste dat de zaak niet meer in handen van de vervreemder komt⁴⁵? Deze kwestie is overigens niet specifiek verbonden aan de levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio* door een beschikkingsonbevoegde. Zij doet zich in gelijke mate voor wanneer de zaak feitelijk is overgedragen door een onbevoegde - het 'gewo-

42. Zie de Memorie van Antwoord op art. 3.4.2.5, Parl. Gesch. 3, blz. 386 (6e alinea). Vgl. tevens art. 453a Nrv., zoals voorgesteld bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, eerste gedeelte (16593) en de Memorie van Toelichting hierop (16593, nr. 3, blz. 37). Zie voorts par. 933 BGB die goede trouw eist op het tijdstip van de "Uebergabe", dat is het tijdstip waarop de feitelijke overgave geschiedt; vgl. F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts* (München, 1983), par. 52, II, 3.

43. O.K. Brahn, "Ons allernieuwste 2014", in: WPNR 5739 (1985), blz. 341 l.k.

44. Zie de meest recente wijziging van art. 3.4.2.3a NBW zoals voorgesteld in de derde Nota van Wijzigingen bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, vierde gedeelte (17496, nr.12).

45. Vgl. het voorbeeld bij Asser-Beekhuis, I, blz. 295; Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nr. 531, 532. In Duitsland geldt als criterium dat de derde de feitelijke macht (unmittelbarer Besitz) moet verkrijgen, die bovendien zodanig is dat elke vorm van houderschap door de vervreemder uit hoofde van de vervreemding is uitgesloten (zie de uitspraak van het BGH in BGHZ 56, 123, 129; voorts F. Baur, o.c. par. 52, I).

ne' art. 2014/3.4.2.3a geval - en deze haar later weer in handen krijgt, bijvoorbeeld op grond van huur. De vraag of de verkrijger dan bescherming verdient is sterk afhankelijk van de waardering van de feitelijke omstandigheden tegen welke achtergrond het houderschap van de onbevoegde vervreemder moet worden geplaatst⁴⁶.

In dit verband zij opgemerkt dat de ratio van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW is dat de rechthebbende wiens zaak zich onder de derde bevindt, wordt beschermd tegen onzichtbare vervreemdingen. Wanneer de feitelijke overgave van de zaak aan een derde te goeder trouw er toe zou leiden dat deze ex art. 2014 BW/3.4.2.3a NBW wordt beschermd, kan hem deze bescherming - bij een (rechterlijke) toetsing achteraf - worden ontnomen als die overgave snel is gevolgd door retouroverdracht van de zaak, op welke grond dan ook. Deze ontneming zal zich voordoen indien de feitelijke gedragingen van de onbevoegde vervreemder en diens verkrijger kunnen worden uitgelegd als zijnde een niet naar buiten blijvende gebeurtenis. De vervreemding wordt dan achteraf aange merkt als een voor de rechthebbende onzichtbare handeling. Het snelle heen en weer schuiven van de zaak kan zelfs leiden tot een bescherming van de oorspronkelijke rechthebbende wanneer de verkrijger later niet meer te goeder trouw is, ook al was hij het wel ten tijde van de eerste feitelijke overgave.

De feitelijke vraag wanneer de verkrijger de zaak in handen heeft gekregen is derhalve niet in zijn algemeenheid te beantwoorden. Dit hoeft echter niet als consequentie te hebben dat dat tijdstip niet beslissend kan zijn voor de vaststelling van de goede trouw van de verkrijger. Is de vraag of iemand te goeder trouw is niet evenzeer een feitelijke kwestie, waarvan de beantwoording door concrete omstandigheden wordt bepaald?

Slotson

Aan het einde van mijn betoog gekomen kunnen bij wijze van samenvatting de volgende conclusies worden getrokken. Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW is ondanks de aangebrachte verandering bij het

46. Vgl. de opmerking van Meijers bij art. 3.4.2.5 OM, Parl. Gesch. 3, blz. 383, 4e alinea.

Gewijzigd Ontwerp een codificatie van achterhaalde jurisprudentie (no 1). In no 2 is uiteengezet dat het bepaalde in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW thans nog slechts dient ter bescherming van oudere gerechtigden tegen vervreemdingen door geheel of ten dele beschikkingsonbevoegden. Dientengevolge is de bepaling van art. 3.4.2.5 lid 2 NBW - letterlijk en figuurlijk - misplaatst. Verplaatsing van het bepaalde in art. 3.4.2.5 lid 2 NBW is gewenst en - behoudens een ondergeschikte aanpassing van art. 3.10.3.3 en art. 7.1.8.4 NBW zonder bezwaar mogelijk. (no^s 3 en 4). Voor zover men in dit verband aan een levering zonder naar buiten blijken handelingen, zoals die door bezitsverschaffing *constituto possessorio*, effect wil onthouden, dient de wetgever art. 3.4.2.5 lid 2 NBW te schrappen en aan art. 3.4.2.3a NBW een vijfde lid toe te voegen dat als volgt zal kunnen luiden:

"Blijft de zaak die overeenkomstig artikel 5 door bezitsverschaffing is geleverd in handen van de vervreemder, dan zal in de gevallen genoemd in het eerste resp. tweede lid van dit artikel, de overdracht van de zaak resp. het verval van het beperkte recht op die zaak eerst geschieden op het tijdstip waarop de zaak in handen van de verkrijger is gekomen en de verkrijger op dat tijdstip te goeder trouw is".

Wanneer deze bepaling in de plaats treedt van het huidige art. 3.4.2.5 lid 2 NBW is tevens gebroken met de relativering van de eigendom zoals thans uit dit artikel voortvloeit. Deze relativering van het absolute eigendomsrecht blijkt namelijk geenszins noodzakelijk ter verwezenlijking van de beoogde doeleinden:

- (1) de mogelijkheid voor de oudere gerechtigde behouden om zijn recht ondanks de levering aan de verkrijger te handhaven en
- (2) de verkrijger een zo groot mogelijke bescherming te bieden tegen inbreuken door derden die niet tot die kring der oudere gerechtigden behoren. In no 5 is uiteengezet dat voor de verwezenlijking van deze doelen naar komend recht kan worden volstaan met een enkele verwerving van het bezit door de verkrijger (door *constitutum possessorium*) zolang de vervreemder de zaak in handen houdt. De verkrijger heeft als bezitter krachtens art. 3.5.17 NBW ter handhaving van zijn bezit dezelfde mogelijkheden als de huidige regeling poogt te bieden: tegen inbreuken door derden is hij volledig beschermd. Slechts tegenover de oudere gerechtigde zal hij het onderspit moeten delven (no 6). De

verkrijger aan wie de zaak door bezitsverschaffing constituto possessorio is geleverd, verwerft de volledige eigendom niet eerder dan wanneer hij de zaak daadwerkelijk in handen krijgt, mits hij op dat tijdstip nog te goeder trouw is. Dan pas verliest de oudere geechtigde zijn recht (no 7). De door mij voorgestelde - op par. 933 BGB gebaseerde regeling brengt duidelijk tot uiting dat de bezitsverschaffing constituto possessorio niet in haar algemeenheid als leveringsvorm moet worden beperkt, maar slechts wanneer zij wordt verricht door een geheel of ten dele beschikkingsonbevoegde. De bezitsverschaffing constituto possessorio krachtens geldige titel door een beschikkingsonbevoegde is in voorkomende gevallen een praktische en dogmatisch juiste constructie ter vereenvoudiging van een omslachtige procedure; het verdient geen aanbeveling deze vorm van bezitsverschaffing resp. levering aan banden te leggen, te beperken of te bemoeilijken.

R.D. Vriesendorp

's-Gravenhage, september 1986