

De rechtvaardiging voor de relativering van de levering c.p. door een bezitter: een kwestie van perspectief

1. Inleiding

Het Nederlandse recht kent aan een levering waarbij de zaak in handen van de vervreemder blijft (levering c.p.), niet altijd volledige werking toe. Lid 2 van artikel 3:90 BW bepaalt dat een zodanige levering niet tegenover een derde werkt die een ouder recht heeft op de zaak. Als B een roerende zaak aan C levert door een constitutum possessorium, waarop ten gunste van A een pandrecht is gevestigd, kan door C geen beroep worden gedaan op deze levering ten opzichte van A. De bepaling is veelvuldig bekritiseerd, vooral omdat niet geheel duidelijk is waarom het Nederlandse recht de levering c.p. relativiseert. In die visie vormt het artikellid een relict uit vervlogen tijden: de relativering vond onder het Oud BW plaats in geval van een zekerheidsoverdracht, terwijl het huidige recht een zodanige overdracht verbiedt op grond van artikel 3:84 lid 3 BW (paragraaf 2). Deze visie ziet echter over het hoofd dat de wetgever aan artikel 3:90 lid 2 BW een andere ratio ten grondslag heeft gelegd dan onder het oude recht (paragraaf 3).

Desondanks overtuigt deze ratio van de wetgever voor de relativering van de levering c.p. slechts beperkt. De ratio van de wetgever lijkt geïnspireerd op het Duitse recht, terwijl de beperking van de levering c.p. in het Duitse recht moet worden gezien in het licht van het ontbreken van een bepaling als artikel 3:111 BW (paragraaf 4). In aanvulling op artikel 3:111 BW overtuigt de relativering van de levering c.p. slechts met betrekking tot beperkte rechten (paragraaf 5). Neemt men daarentegen een andere grondslag voor de relativering van de levering c.p. tot uitgangspunt, waarin de bepaling niet zozeer strekt tot bescherming van de ouder gerechtigde, maar is ingegeven door het gebrek aan beschermenswaardigheid van de verkrijger, laat zich de achterstelling van de levering c.p. goed verklaren (paragraaf 6). Ook dan is de relativering echter in een tweetal specifieke gevallen echter niet op haar plaats (paragraaf 7).

2. De levering c.p. onder het oude recht

De totstandkoming van artikel 3:90 lid 2 BW en de kritiek op de bepaling kunnen slechts worden begrepen tegen de achtergrond van de ontwikkeling die de levering c.p. onder het oude recht heeft doorgemaakt. Volgens artikel 667 BW (oud) diende de levering van

roerende zaken te geschieden door de 'enkele overgave'. De bepaling leek daarmee geen ruimte te bieden voor het geval dat iemand weliswaar de zaak aan een ander wilde leveren, maar tegelijkertijd de feitelijke heerschappij over de zaak wilde behouden. De wet zou partijen in dat geval dwingen tot het weinig praktische feitelijk overgeven van de zaak en het gelijktijdig teruggeven van de zaak aan de vervreemder, die de zaak vervolgens voor de verkrijger ging houden. Sinds jaar en dag was men zich echter bewust van het feit dat, wanneer men met een dergelijk heen en weer overgeven van de zaak kan bereiken dat de vervreemder de feitelijke macht over de zaak blijft uitoefenen, men beter kan afzien van de eis dat levering enkel kan geschieden door overgave van de zaak, nu geen enkel doel wordt gediend met dergelijke gang van zaken.¹ In 1885 aanvaardde ook de Hoge Raad onomwonden de geldigheid van het constitutum possessorium en verschafte deze leveringsvorm bovendien wettelijke basis door aan te knopen bij artikel 596 BW (oud), dat bepaalde dat men bezit kan verkrijgen 'of door zich zelf, of door een ander, die in onzen naam heeft aangevangen te bezitten.' De Hoge Raad baseerde de geldigheid van het c.p. derhalve op de mogelijkheid bezit te verkrijgen door middel van een vertegenwoordiger.² De Hoge Raad plaatste zich daarmee in een lange traditie die de toelaatbaarheid van het constitutum possessorium baseerde op de mogelijkheid om door middel van een vertegenwoordiger het bezit te verkrijgen.³

Ondanks het feit dat men zich van oudsher bewust is geweest van de praktische voordelen van de levering c.p., heeft men tegelijkertijd altijd een zekere argwaan gekoesterd tegen de levering door middel van een houderschapsverklaring, vanwege het feit dat zij zich uitsluitend afspeelt tussen partijen en van de levering derhalve niets naar buiten blijkt.⁴ De levering c.p. leent zich om die reden buitengewoon goed voor schijnhandelingen, waarbij partijen geen daadwerkelijke bezits- en eigendomsovergang beogen, maar slechts wensen te bewerkstelligen dat het voor schuldeisers van de vervreemder onmogelijk wordt om zich te verhalen op de desbetreffende zaken. Met name Meijers wees in Nederland op dit aspect van de levering c.p.:

'Niet wenschelijk is deze eigendomsovergang, indien de zaak onder den vroegeren eigenaar zou verblijven om haar te eigen bate te gebruiken, onverschillig of dit nu vruchtgebruik, bruikleen of huur is. In deze gevallen, waarin de oud-eigenaar het gebruik van de zaak behoudt, klemmt het motief, dat de eigendomsovergang voor derden waarneembaar moet zijn. Men vindt dit hard voor dengene, die zich den eigendom der zaak wenschte te verzekeren. Laat mij beginnen met daartegen op te merken,

-
- 1 Vgl. H.L. Drucker, *Bezitsverkrijging en bezitsverlies door derden* (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1879, p. 216.
 - 2 HR 12 februari 1885, W. 5146.
 - 3 W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2006, p. 117-118. Zie bijv. F.C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Giessen 1837, p. 369 en Drucker 1879, p. 212 e.v.
 - 4 J. Biermann, *Traditio ficta*, Stuttgart: Enke 1891, p. 121, Zwolve 2006, p. 119 en H.J. Wieling, *Sachenrecht*, Berlin: Springer 2006, p. 305-307. Zie bijv. J.P. Verloren, *Het constitutum possessorium in het Romeinsche recht* (diss. Utrecht), Utrecht: Kemink 1867, p. 180-181.

dat de contracten, waarbij de geleverde zaak in bruikleen, vruchtgebruik of huur van den vroegeren eigenaar blijft, bijna zonder uitzondering knoeicontracten zijn, overeenkomsten, uitsluitend aangegaan om de goederen aan de crediteuren te onttrekken of een andere wettelijke bepaling te ontduiken.⁵

Deze bezwaren werden met name actueel toen de Hoge Raad in 1929 de mogelijkheid aanvaardde om eigendom ten titel van zekerheid over te dragen, zonder dat daarvoor noodzakelijk was de levering door middel van feitelijke overgave geschiedde.⁶ Sindsdien was de levering c.p. niet meer weg te denken uit de praktijk. Daarnaast was in de jaren 30 van de vorige eeuw sprake van een economische neergang, waardoor frauduleuze handelingen vaker voorkwamen.⁷ De levering c.p. vormde daarvoor een geschikt middel, omdat een overdracht gefingeerd kon worden, zonder dat de zaak uit handen behoefde te worden gegeven.

Naar aanleiding van de aanvaarding van de zekerheidsoverdracht wees Meijers hernieuwd op de gevaren van de levering c.p. en onderbouwde hij zijn bewering dat vrijwel elke levering c.p. in werkelijkheid berustte op een 'knoeicontract' aan de hand van empirische gegevens.⁸ Door middel van een enquête onder deurwaarders wilde Meijers duidelijk maken 'hoever het kwaad ingevreten heeft en hoever hier wettelijk ingrijpen noodzakelijk is.'⁹ Deurwaarders die beslag wilden leggen op roerende zaken werden in de praktijk veelvuldig geconfronteerd met bruikleenakten, waaruit volgde dat de schuldenaar die zaken had overgedragen aan een ander en deze nog slechts in bruikleen onder zich had. Meijers wilde met zijn enquête aantonen dat het grootste gedeelte van deze akten in werkelijkheid berustte op een gesimuleerde rechtshandeling, die ertoe strekte de zaken te onttrekken aan het verhaal van schuldeisers. Naast het misbruikaspect achtte Meijers het ook problematisch dat de levering niet naar buiten bleek, als gevolg waarvan een 'schijn van kredietwaardigheid' in het leven werd geroepen: schuldeisers zouden kunnen menen dat de goederen in de feitelijke macht van de schuldenaar ook aan hem toebehoren en derhalve vatbaar zijn voor verhaal, terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is.¹⁰

Meijers stond tamelijk alleen met zijn kritiek op de levering door middel van een c.p.¹¹

5 E.M. Meijers, 'Eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken', *WPNR* 1908 (1997-1999), p. 170-171 = *VPO II*, p. 34.

6 In de overbekende arresten HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, p. 616 m.nt. P. Scholten (*De Haan/Heineken*) en HR 21 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1096 (*Hakkers/Van Tilburg*).

7 Vgl. J.A. Vreeswijk, 'De toepassing en werking van de fiduciaire eigendomsoverdracht in de jaren 1935 en 1969', *WPNR* 1970 (5079), p. 217-222, waarover W. Snijders, 'Bezitloze zekerheid op roerende zaken', in: H.C.F. Schoordijk e.a., *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 37.

8 E.M. Meijers, 'Eigendomsoverdracht tot zekerheid', in: *Correspondentie-Blad van de Broederschap der Notarissen*, Amsterdam: Van Mantgem 1936, p. 272 e.v.

9 Meijers 1936, p. 273.

10 Meijers 1936, p. 276-280. Vgl. ook reeds Meijers 1908, p. 153-154 = *VPO II*, p. 27-28.

11 Zie evenwel ook – zij het vooral in het kader van de zekerheidsoverdracht – P.A.J. Losecaat Vermeer in zijn preadvies voor de NJV (*Handelingen NJV* 1928-I), 's-Gravenhage: Belinfante 1928, p. 18-21.

Andere auteurs merkten op dat misbruik moet worden bestreden, maar dat een algeheel verbod op de levering c.p. te verstrekken zou zijn, nu daarmee de levering ook onmogelijk werd gemaakt in de gevallen waarin zij een nuttige functie vervulde. Aldus zou het kind met het badwater worden weggegooid.¹² Bovendien zou het partijen verplichten tot de 'zinledige formaliteit van over- en teruggave', waardoor alsnog zou kunnen worden bewerkstelligd dat van de levering per saldo niets naar buiten bleek en bovendien de schijn van kredietwaardigheid in stand werd gelaten.¹³ Daarnaast achtte men het argument van de schijn van kredietwaardigheid veelal niet overtuigend, nu niet 'in het algemeen de waarborg bestaat, dat hetgeen uiterlijk gezien aan roerende zaken in iemands bezit is, ook inderdaad tot zijn vermogen behoort en dus voor executie vatbaar is'.¹⁴

De wetgever leek in eerste instantie wel ontvankelijk voor de door Meijers genoemde bezwaren en diende een wetsontwerp in dat strekte tot bestrijding van schijnakten door aan artikel 667 BW (oud) een derde lid toe te voegen dat als vormvereiste voor de levering c.p. een authentieke akte stelde.¹⁵ De bepaling is er uiteindelijk echter niet gekomen vanwege dezelfde bezwaren die hierboven ook al werden genoemd: zij zou een te grote belasting vormen in gevallen waarin de levering c.p. zonder kwade motieven geschiedt vanwege de substantiële kosten voor inschakeling van de notaris, terwijl bovendien betwijfeld werd of het euvel van de schijnakten hierdoor daadwerkelijk kon worden bestreden in de gevallen waarin wel boze bedoelingen bestonden.¹⁶ Uiteindelijk stierf het wetsvoorstel een stille dood in 1948.¹⁷

De Hoge Raad toonde zich wel gevoelig voor de filippica's van Meijers door in het *Sio*-arrest de gevolgen van een levering c.p. ten opzichte van derden te beperken. Hoewel de Hoge Raad de levering c.p. zoals hierboven bleek oorspronkelijk wettelijke grondslag verleende door aan te knopen bij artikel 596 BW (oud), oordeelde hij in het *Sio*-arrest dat voor de levering c.p. 'geen rechtstreekse steun in de wet te vinden is', waarmee de Hoge Raad voor zichzelf de mogelijkheid opende om beperkingen te stellen aan de geldigheid van de levering c.p.¹⁸ Dat deed hij dan ook door te oordelen dat de levering c.p., als uitzondering op de hoofdregel van artikel 667 BW (oud), slechts kon worden erkend als wijze van levering 'indien en voor zover de belangen van derden daarbij niet rechtstreeks betrokken zijn'.¹⁹

Deze relativering van de levering c.p. werd in de literatuur evenwel kritisch ontvangen, onder meer omdat onduidelijk was welke derden de Hoge Raad op het oog had en

12 Drucker 1879, p. 218 en J.C. van Oven, 'Schijnacte en Constitutum Possessorium', *NJB* 1938, p. 661.

13 F.G. Scheltema, 'Het stelsel van roerend goed in het B. W. van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 404.

14 Scheltema 1938, p. 404.

15 *Kamerstukken II* 1937/38, 520, 1.

16 Van Oven 1938, p. 659-669 en F.G. Scheltema 'Wetsontwerp schijnakten', *NJB* 1938, p. 705-707. Zie ook de kritiek uit het bedrijfsleven in *NJB* 1938, p. 735, p. 864 en p. 921.

17 *Handelingen II* 1947/48, 46.

18 Zie punt 1 van de noot van J. Drion onder het arrest.

19 HR 22 mei 1953, *NJ* 1954, 189 m.nt. J. Drion.

wanneer sprake was van een situatie waarin hun belangen rechtstreeks waren betrokken bij de levering c.p.²⁰ Met name de kritiek van H. Drion op het arrest heeft nadien invloed uitgeoefend op de rechtspraak van de Hoge Raad. Volgens hem was het probleem namelijk niet zozeer de levering door middel van een houderschapsverklaring, maar de omstandigheid dat de overdracht geschiedde met een zekerheidsmotief:

'Het zou m.i. dan ook beter zijn geweest, als de Hoge Raad de relativering van de zekerheidseigendom niet had trachten te bereiken door een relativering van de geldigheid van levering *constituto possessorio*, maar door een relativering van de geldigheid van de fiduciaire zekerheid als titel van overdracht.'²¹

In 1970 maakte de Hoge Raad – met daarin inmiddels Drion als raadsheer – deze redenering tot de zijne in het arrest *Van Wessem/Traffic* waar hij overwoog:

'dat weliswaar de mogelijkheid van eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken, uitsluitend tot het verschaffen van zekerheid en zonder feitelijke overgave van die zaken, naar huidig recht moet worden aanvaard, maar dat de overwegingen die tot deze aanvaarding leiden, niet rechtvaardigen aan een zodanige overdracht alle rechtsgevolgen toe te kennen van een normale eigendomsoverdracht;

dat immers de rechtsgevolgen van een zekerheidsoverdracht niet slechts invloed ondergaan van de wetsbepalingen betreffende de zakelijke zekerheidsrechten, maar dat er, mede in verband met het feit dat de zekerheidsoverdracht zich uitsluitend tussen de daarbij betrokken pp. afspeelt zonder dat zij op enigerlei wijze naar buiten behoeft te blijken, aanleiding kan bestaan een zodanige overdracht buiten beschouwing te laten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt m.b.t. bepaalde onder die overdracht vallende goederen.'²²

Het probleem was niet langer gelegen in de levering c.p. als zodanig, maar met name in de titel die aan de overdracht ten grondslag lag: zij beoogde geen werkelijke eigendoms-overgang maar slechts zekerheidsverschaffing. Maar ook deze beslissing bleef niet vrij van kritiek. Zo werd door Houwing de vraag opgeworpen in welk aspect van de overdracht nou precies de zwakte was gelegen: de levering c.p., de (titel van de) eigendomsoverdracht tot zekerheid of de levering c.p. gecombineerd met de eigendomsoverdracht tot zekerheid?²³

Uiteindelijk bleek met name het zekerheidsaspect in combinatie met de levering c.p. de

20 Zie bijv. Ph.A.N. Houwing in punt 2 diens noot onder HR 6 maart 1970, *NJ* 1970, 433 (*Van Wessem/Traffic*).

21 H. Drion, 'De betekenis van het bezit voor ons huidige recht', *WPNR* 1967 (4942), p. 122.

22 HR 6 maart 1970, *NJ* 1970, 433 m.nt. Ph.A.N. Houwing.

23 Zie punt 3 in fine van diens noot onder het arrest. Zie ook J.L.P. Cahen, 'Vorm, vorm en titel of titel?', *WPNR* 1970 (5100), p. 463-468.

reden voor relativering van de overdracht ten opzichte van derden met een ouder recht.²⁴ Uit het arrest *Van Wessem/Traffic* en de daarop voortbouwende uitspraken werd dan ook algemeen afgeleid dat de levering c.p. *als zodanig* door de Hoge Raad in ieder geval niet meer als een minderwaardige leveringsvorm werd beschouwd.²⁵ Veelal werd dan ook aangenomen dat de Hoge Raad met het arrest *Van Wessem/Traffic* brak met de regel uit het *Sio*-arrest dat de levering c.p. diende te worden gerelativeerd ten opzichte van derden wier belang rechtstreeks betrokken was bij die levering.²⁶

Hierna zal blijken dat ook Meijers niet geheel duidelijk heeft gemaakt wat nou het eigenlijke probleem was: de levering c.p., de zekerheidsoverdracht of de combinatie van beide en dat de hiervoor beschreven ontwikkeling in de rechtspraak geen aanleiding is geweest voor de wetgever om het artikellid te schrappen, maar tot gevolg heeft gehad dat de wetgever aan de bepaling een andere functie heeft toegekend.

3. Totstandkomingsgeschiedenis artikel 3:90 lid 2 BW

In het Ontwerp Meijers ligt de kern van het huidige tweede lid van artikel 3:90 BW reeds besloten:

'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.'²⁷

Meijers onderbouwt het artikel met een beroep op het *Sio*-arrest, dat kort voor de verschijning van het Ontwerp-Meijers was gewezen.²⁸ Het arrest was evenwel niet de aanleiding voor Meijers voor de bepaling, nu zij ook al voorkomt in concepten van vóór

24 Zie bijv. HR 18 september 1992, *NJ* 1993, 455 m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Sinke*), waarin een zekerheidsoverdracht d.m.v. feitelijke levering niet werd gerelativeerd t.o.v. een oudere zekerheidsoverdracht. Vgl. punt 5 van de noot van Snijders onder het arrest.

25 Zie bijv. Cahen 1970, p. 467, punt 5 van de noot van W.C.L. van der Grinten onder HR 6 maart 1970, *NJ* 1970, 433 in *AA* 1970, p. 211-218, A.S. Hartkamp, 'Het begrip leveringstitel', *WPNR* 1974 (5268), p. 395 en O.K. Brahn, *Problemen van zakenrechtelijke aard rondom een stereo-geluidsinstallatie*, Arnhem: Gouda Quint 1974, p. 22. Zie ook M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1198.

26 Ph.A.N. Houwing in punt 2 van diens noot onder HR 6 maart 1970, *NJ* 1970, 433 (*Van Wessem/Traffic*): 'Er zijn weinig arresten aan te wijzen, waarin de HR zo expliciet op een vroegere uitspraak terugkomt als in het thans gepubliceerde.' Zie reeds eerder W.C.L. van der Grinten in punt 4 van diens noot onder HR 29 september 1961, *NJ* 1962, 14 (*Smalingerland/Picus*) in *AA* 1962, p. 104-108.

27 O.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 381 (er volgen nog twee volzinnen met uitzonderingen, maar die zijn nadien geschrapt en voor de hier centraal staande kwestie niet relevant).

28 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 382.

het *Sio*-arrest.²⁹ Met het artikellid wenste Meijers tegemoet te komen aan het door hem reeds in 1936 gesignaleerde 'misbruik dat nog steeds van het constitutum possessorium gemaakt wordt om schuldeisers te benadelen'.³⁰ Dat is opmerkelijk, nu het bij dergelijk misbruik veelal ging om een overdracht ten titel van zekerheid, zoals ook bleek uit de enquête van Meijers in zijn preadvies over de zekerheidsoverdracht. Een dergelijke zekerheidsoverdracht zou in het nieuwe wetboek evenwel onmogelijk zijn op grond van artikel 3:84 lid 3 BW. Waarom Meijers desalniettemin ter bescherming van schuldeisers artikel 3:90 lid 2 BW opnam in zijn ontwerp blijft dan ook onduidelijk. Mogelijk was hij er nog niet van overtuigd was dat hij de strijd tegen de fiduciaire overdracht daadwerkelijk zou winnen en voor de zekerheid artikel 3:90 lid 2 BW wilde opnemen.³¹

Toen echter eenmaal het pleit was beslecht ten gunste van artikel 3:84 lid 3 BW onderkende de minister dat de bepaling niet meer de functie kon hebben die Meijers aan de bepaling toeschreef: 'Het gewraakte misbruik van het constitutum possessorium betreft in feite fiduciaire overdrachten. Deze zullen echter krachtens artikel 2 lid 3 geen rechtsovergang teweegbrengen'.³² Daarmee kreeg het artikellid een andere functie en kwam de relativering in de sleutel te staan van een belangenafweging tussen de ouder gerechtigde en de derdeverkrijger:

'Bij een zo massaal gebeuren als het rechtsverkeer met betrekking tot roerende zaken, is het, zoals hier reeds eerder opgemerkt, van groot belang: enerzijds dat verkrijgers te goeder trouw dezer zaken deugdelijk worden beschermd (artikel 3a [= art. 3:86 BW; EFV]), anderzijds dat hij die een recht heeft op een roerende zaak die zich onder een ander bevindt, dit recht niet te gemakkelijk en voor hem niet waarneembaar aan een derde kan verliezen. (...) Met het oog op dit motief heeft het ontwerp overeenkomstig de gedachte die ook in de artikelen 3.5.5, 3.5.7 lid 2 en 3.5.11 lid 2 [= resp. art. 3:111, art. 3:113 lid 2 en art. 3:117 lid 2 BW; EFV] tot uitdrukking is gebracht, bij de botsing van de belangen van de verkrijger te goeder trouw en de (oorspronkelijke) rechthebbende in beginsel voor deze laatste gekozen, indien de levering zonder naar buiten blijken verandering van de status quo plaats vond'.³³

Artikel 3:90 lid 2 BW strekt er in deze benadering niet zozeer toe schijnhandelingen waarbij een verkeerd motief voorziet de pas af te snijden, maar betreft de afweging op elke levering c.p.

Een aantal dingen valt daarbij op. In de eerste plaats is opmerkelijk dat de wetgever een

29 Zie bijv. de bespreking van het artikellid d.d. 17 december 1949 in de Subcommissie Burgerlijk Recht kenbaar uit de *Notulen van de 91^{ste} vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving*, p. 296-298.

30 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 382.

31 Zie over die strijd *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 685 e.v., waarover i.h.b. A.F. Salomons, 'De wets-historische wortels van ons stille pandrecht', AA 2013, p. 319-325.

32 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 385.

33 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 384-385.

andere functie geeft aan de bepaling. Meijers wilde met artikel 3:90 lid 2 BW voornamelijk misbruik door een levering c.p. ten opzichte van schuldeisers van de vervreemder voorkomen. De wetgever maakt in deze passage echter duidelijk dat het niet zozeer gaat om het voorkomen van misbruik, maar om de beslechting van het belangenconflict tussen een ouder gerechtigde en een verkrijger te goeder trouw. In geval van een levering c.p. valt deze afweging uit ten gunste van de oorspronkelijke rechthebbende wegens het gebrek aan publiciteit van de levering. Terwijl Meijers artikel 3:90 lid 2 BW dus zag als bestrijding van schijnhandelingen, gaf de wetgever aan de bepaling een met artikel 3:86 BW vergelijkbare functie, zonder overigens de bepaling (wezenlijk) anders te redigeren.

Ten tweede is opvallend dat de wetgever ook een stuk verder gaat dan de rechtspraak van de Hoge Raad onder het oude recht. In ieder geval sinds het arrest *Van Wessem/Traffic* was de levering c.p. door een bezitter als zodanig immers niet meer suspect. De levering c.p. werd slechts gerelativeerd indien zij gepaard ging met een zekerheidsoverdracht.³⁴ De relativering van de levering c.p. door een bezitter stond onder het oude recht met andere woorden niet in het teken van de vraag naar de reikwijdte van derdenbescherming, maar in het teken van de vraag welke rechtsgevolgen aan een zekerheidsoverdracht moesten worden toegekend, in het bijzonder wanneer deze – vanwege de levering c.p. – niet naar buiten bleek. Hoewel deze keuze de wetgever op veel kritiek is komen te staan,³⁵ zal in paragraaf 5 blijken dat de wetgever zich van deze verdergaande strekking bewust was en daarvoor inhoudelijke gronden had.

Later in het wetgevingsproces verduidelijkte de wetgever nog waarom hij de relativering van de levering c.p. wenselijk achtte. Hij zette uiteen waarom bescherming tegen ouder gerechtigden bij een levering *longa manu* wel gerechtvaardigd is, maar bij een levering c.p. niet. Het probleem is:

'dat hier [bij de levering *longa manu*; EFV] anders dan daar [bij de levering c.p.; EFV] van het resultaat van de levering in dier voege naar buiten blijkt dat de houder, door de oudere gerechtigde om afgifte gevraagd, zal moeten verklaren dat hij voor de verkrijger houdt, wil hij zichzelf niet in moeilijkheden brengen. Dit brengt mee dat de vervreemder hier niet de mogelijkheid heeft om zonder risico de dubbelrol ten opzichte van verkrijger en oorspronkelijk gerechtigde te blijven spelen, die de zwakte van de levering *constituto possessorio* uitmaakt.'³⁶

Bezwaarlijk acht de wetgever 'dat de levering c.p. de vervreemder in staat stelt tot een

34 Hartkamp 1974, p. 395 en A.F. Salomons, *2014 tot 1950* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1997, p. 299, voetnoot 119 en p. 304. Vgl. ook L.P.W. van Vliet, 'Feitelijke macht en derdenbescherming', *NTBR* 2002, p. 285 en F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2009, p. 15 en p. 17. Aangenomen werd voorts dat de Hoge Raad niet de leer van Scholten volgde die inhield dat voor derdenbescherming verkrijging van reëel bezit is vereist. Zie punt 1 van de noot van J. Drion onder HR 25 september 1953, *NJ* 1954, 190 (*Helmer/Schoolderman*) en Salomons 1997, p. 304.

35 Zie bijv. Damsteegt-Molier 2009, p. 16-18.

36 M.v.A. I. Inv., *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1261.

dubbel spel: hij blijft vrij ter zake van zijn eigen feitelijk en juridisch houderschap aan oudere gerechtigden zowel als aan degene aan wie hij onbevoegd overdroeg, de voorstelling van zaken te geven, die hem goeddunkt, zonder dat dit te controleren valt.³⁷

Deze verheldering is interessant, omdat daarmee aan artikel 3:90 lid 2 BW precies de functie wordt toegekend die men naar Duits recht aan § 933 BGB toedicht, die derdenbescherming uitsluit bij een levering c.p. Het is derhalve nuttig een nadere blik te werpen op de functie die § 933 BGB in het Duitse recht vervult, nu het erop lijkt dat de wetgever bij artikel 3:90 lid 2 BW met een schuin oog heeft gekeken naar deze bepaling.³⁸

4. De functie van § 933 BGB

Naar Duits recht is geen ruimte voor derdenbescherming indien de levering plaatsvindt door middel van een constitutum possessorium (*Besitzkonstitut*). § 933 BGB bepaalt namelijk dat de verkrijger in geval van een levering door een *Besitzkonstitut* door een niet-eigenaar pas eigenaar wordt op het tijdstip dat de zaak in diens handen komt en hij op dat moment te goeder trouw is. In de literatuur wordt ter rechtvaardiging van het ontbreken van derdenbescherming in geval van een levering c.p. opgemerkt dat § 933 BGB ertoe strekt te voorkomen dat de (oorspronkelijke) eigenaar zijn rechten verliest door een *Doppelspiel* van degene die de zaak onder zich heeft en de zaak door middel van een levering c.p. vervreemdt.³⁹ Omdat de zaak bij de vervreemder blijft, kan hij zich jegens de oorspronkelijke eigenaar blijven gedragen zoals hij altijd al deed; deze heeft in een dergelijk geval geen reden te vermoeden dat hij zijn zaak is kwijt geraakt. § 933 BGB strekt er dan ook toe de nietsvermoedende eigenaar te beschermen tegen een onzichtbaar eigendomsverlies. Aangezien deze ratio rechtstreeks ingang lijkt te hebben gevonden in de Nederlandse parlementaire geschiedenis bij artikel 3:90 lid 2 BW, is het dienstig de totstandkomingsgeschiedenis van § 933 BGB nader te analyseren.

De Duitse wetgever wilde met § 933 BGB aansluiting zoeken bij eerdere codificaties, in het bijzonder – waar het de handel in roerende zaken betreft – bij het *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB) van 1861. § 933 BGB moet dan ook vooral worden begrepen als een bevestiging van hetgeen reeds onder de gelding van het ADHGB werd aangenomen, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij het BGB:

37 M.O. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1262.

38 Zie bijv. M.O. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1265.

39 Zie voor dit argument – dat dikwijls opduikt bij de afbakening tussen § 933 en § 934 – (al dan niet kritisch) o.m. D. Medicus, 'Gedanken zum Nebenbesitz', in: G. Baumgärtel e.a. (red.), *Festschrift für Heinz Hübner*, Berlin: De Gruyter 1984, p. 616 e.v., E. Picker, 'Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb', *AcP* 1988, p. 539 e.v., J.F. Baur & R. Stürner, *Sachenrecht*, München: C.H. Beck 2009, p. 672 en J. Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlin: De Gruyter 2010, p. 231.

'Das HGB. § 306 ist, obgleich eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, immer dahin verstanden worden, das körperliche Uebergabe, mit Ausschluß einer solchen Uebergabe, welche die Detention dem Tradenten beläßt (*constitutum possessorium*), gefördert wird. Der Entw. schließt sich dieser handelsrechtlichen Auffassung an. Der durch den bona fide Erwerb bedrohte Eigenthümer muß dagegen geschützt werden, daß der ihn treffende Rechtsverlust hinter einen so wenig ersichtlichen Akt wie das *constitutum possessorium* sich verstecke. (...) Durch die Rücksicht auf das bisherige Eigenthum kommt man dahin, dieses Eigenthum so lange fort dauern und die Vindikation so lange durchdringen zu lassen, als die Sache in den Händen einer Person verbleibt, welche der Vindikation unterliegt.'⁴⁰

Met § 933 BGB wordt derhalve aangesloten bij de heersende uitleg van § 306 ADHGB teneinde te voorkomen dat de eigenaar zijn recht verliest op een voor hem niet waarneembare wijze.⁴¹ De regeling bewerkstelligt, aldus de Duitse wetgever, dat de eigenaar zijn eigendomsrecht behoudt zolang de zaak in handen is van iemand tegen wie hij de revindicatie kan instellen. De argumentatie lijkt te berusten op een zuivere *petitio principii*, nu de vraag of de (oorspronkelijke) eigenaar de revindicatie nog geldend kan maken afhangt van de vraag of hij zijn eigendomsrecht verliest door bescherming van de verkrijger te goeder trouw. In werkelijkheid is van een cirkelredenering evenwel geen sprake, wanneer men bedenkt dat de argumentatie samenhangt met de lange tijd gangbare techniek van derdenbescherming.⁴²

Op grond van het germaansrechtelijke 'Hand wahre Hand'-beginsel gold namelijk dat degene die een zaak vrijwillig uit handen had gegeven, deze zaak slechts kon opvorderen van degene aan wie hij de zaak had toevertrouwd.⁴³ Van een derde die de zaak vervolgens van deze vertrouwensman had verkregen, kon degene die de zaak uit handen had gegeven haar niet opvorderen. Men pleegt deze belangenafweging uit te drukken door middel van het spreekwoord 'Wo du deinen Glauben gelassen hast, sollst du ihn suchen.'⁴⁴ Deze regels bewerkstelligden dat een derdeverkrijger niet meer was blootgesteld aan de opvorderingsactie van de oorspronkelijke eigenaar, maar hadden niet tot gevolg dat de derde te goeder trouw ook eigenaar werd van de zaak. Deze vorm van derdenbescherming had derhalve enkel defensieve en geen acquisitieve werking.⁴⁵ Keerde de zaak nadien bijvoorbeeld terug

40 *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Band 3. Sachenrecht*, Berlin: Guttentag 1888, p. 345 = B. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band 3: Sachenrecht*, Berlin 1899, p. 192.

41 Ernst 1992, p. 267-269, S. Lohsse, 'Gutgläubiger Erwerb, mittelbarer Besitz und die Väter des BGB', *AcP* 2006, p. 531-540 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2013, § 933 BGB, Rn. 1.

42 Lohsse 2006, p. 538.

43 C.F.W. von Gerber, *System des deutschen Privatrechts*, Jena 1891, p. 167-169 en O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht. Zweiter Band: Sachenrecht*, Leipzig 1905, p. 558.

44 Zie met verdere verwijzingen U. von Lübtow, 'Hand wahre Hand', in: A. Blomeyer (red.), *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin*, Berlin: Franz Vahlen 1955, p. 119 e.v., i.h.b. p. 177-194.

45 C.F. Eichhorn, *Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts*, Göttingen 1845, p. 462 en Von Gierke 1905, p. 560-561.

bij de vertrouwensman, dan kon degene die de zaak vrijwillig uit handen had gegeven de zaak weer opvorderen.⁴⁶

Niet op grond van bepaalde rechtspolitieke afwegingen, maar als gevolg van het feit dat derdenbescherming enkel was vormgegeven als verweermiddel tegen de opvorderingsactie, vond geen derdenbescherming plaats bij een levering c.p. Wanneer de zaak zich nog altijd bevond bij degene aan wie de eigenaar de zaak had toevertrouwd, kon de eigenaar simpelweg tegen deze vertrouwensman ageren. Nu deze vertrouwensman onderworpen was aan de opvorderingsactie van de eigenaar en deze de opvordering derhalve niet richtte tegen de derdeverkrijger, kwam het verweermiddel van derdenbescherming überhaupt niet in beeld.⁴⁷ Op deze techniek bouwt de parlementaire geschiedenis bij het BGB voort, waar wordt opgemerkt dat de eigenaar zijn eigendomsrecht niet verliest zolang de zaak in handen is van iemand tegen wie hij de revindicatie kan instellen.

§ 933 BGB en zijn voorloper § 306 ADHGB zijn echter ook beïnvloed door de pandektistiek. Bij de totstandkoming van § 306 ADHGB werd namelijk gekozen voor een stelsel van derdenbescherming met acquisitief karakter. De hierboven beschreven argumentatie kan dan niet meer worden gebezigd ter verklaring van het ontbreken van derdenbescherming bij een levering c.p. Hoewel ook de ratio van het 'Hand wahre Hand'-beginsel onder de gelding van het ADHGB nog invloedrijk was,⁴⁸ verscheen een andere argumentatie ten tonele ter verklaring van het ontbreken van derdenbescherming bij een levering c.p. Het voornaamste geval dat bestreken werd door § 306 ADHGB was het geval dat een koopman een zaak die hij voor een ander hield door middel van een levering c.p. vervreemde.⁴⁹ Aangezien de koopman zelf geen bezitter is, maar slechts houder (*detentor*), kon hij – volgens de heersende leer – geen bezit verschaffen aan de derde.⁵⁰

46 Von Gierke 1905, p. 561.

47 Eichhorn 1845, p. 462 en Von Gerber 1891, p. 169 voetnoot 4. Naar Nederlands recht werd deze argumentatie gehanteerd door J.C. van Oven, 'Dubbele levering', *NJB* 1926, p. 42 en M.P. Vrij, 'De Plichten van het Houderschap (II)', *WPNR* 1926 (2936), p. 151. Kritisch: J. Drion, 'Levering van roerend goed, dat zich in handen van een derde bevindt (V, slot)', *WPNR* 1942 (3775), p. 141.

48 Zie bijv. L. Goldschmidt, 'Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nicht-eigenthümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen', *ZHR* 1866, p. 15-16.

49 Zie H.H. Fitting, 'Von der "Uebergabe" im Sinn des Art. 306 des HGB', *ZHR* 1873, p. 334, die op p. 335 de mogelijkheid van een c.p. voor de werking van § 306 ADHGB verwierpt, vanwege de hierna te bespreken leer op grond waarvan een houder niet c.p. kan leveren.

50 Zie Savigny 1837, p. 439 onder verwijzing naar A.J. Cuperus, *Observationes selectae de natura possessionis* (diss. Leiden), Leiden 1789, p. 119 die opmerkt: 'Atqui per constitutum possessorium is tantum transferre possessionem potest, qui possidere nomine suo, non vero is, qui possidet nomine alieno, qualis est conductor.' Zie voorts G.F. Puchta, 'Besitz', in: J. Weiske (red.), *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten*, Leipzig 1840, p. 66, L. Pininski, *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs. Band II*, Leipzig 1888, p. 86 en Biermann 1891, p. 401, voetnoot 110. Vgl. ook R.J. Pothier, *Pandectae Justinianae. Tomus Tertius*, Paris 1819, p. 723 die opmerkt: 'Non possunt enim duo possidere in solidum; et colonus qui prioris locatoris nomine in Possessione esse pergit, non potest alterius nomine in Possessione esse', onder verwijzing naar D.41,2,32,1 waarover met verdere verwijzingen Ernst 1992, p. 243-245 en F. Brandsma, 'Kann ein Detentor nach gemeinem Recht durch Konstitut Besitz verschaffen', *ZSS (RA)* 2010, p. 336-344. Kennelijk anders voor het gemene recht Van

Daarbij werd onder meer teruggegrepen op de spreuk *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, op grond waarvan de houder zijn wil niet ten gunste van de derdeverkrijger zou kunnen wijzigen.⁵¹ De houder kon pas bezit verschaffen aan een derde nadat hij zichzelf tot bezitter had gemaakt. Daarvoor was volgens deze leer noodzakelijk dat hij de zaak wederrechtelijk toe-eigende door een *furtum* te begaan, waarvoor een fysieke handeling ten aanzien van de zaak (*contrectatio*) werd geëist.⁵²

De gedachte dat een houder niet door middel van een c.p. bezit kan verschaffen, werd in eerste instantie ook overgenomen bij de totstandkoming van het BGB. Op een punt in het totstandkomingsproces waarop nog scherp werd onderscheiden tussen bezit en houderschap, verklaarde de Eerste Commissie de regel van § 933 BGB namelijk als volgt:

'Die (...) Bestimmung, § 802 Abs. 2 der Zusammenstellung der beschlossenen Vorschriften des Sachenrechts (...) stelle auf, daß durch ein mit dem bloßen Inhaber abgeschlossenes *constitutum possessorium* Besitz überall nicht erworben werde, und diese Bestimmung [= § 933 BGB; EFV] habe den Zweck, dem Besitzer, welcher zugleich Eigentümer ist, nicht nur den Besitz sondern auch das Eigentum zu erhalten.'⁵³

Noodzakelijk was volgens de Eerste Commissie dat de houder zichzelf tot bezitter had gemaakt, waarvoor op grond van de genoemde § 802 vereist was dat de houder 'dem Besitzer gegenüber den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt nicht mehr für den Besitzer, sondern für sich oder einen Dritten auszuüben.'⁵⁴ Het is dezelfde argumentatie die naar Nederlands recht onder het Oud BW werd gehanteerd ter verklaring van de onmogelijkheid van de levering c.p. door een houder, die thans is neergelegd in artikel 3:111 BW.⁵⁵

Vliet 2002, p. 287 voetnoot 47 die echter alleen gewag maakt van de minderheidsopvatting van Windscheid. Zie B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Band I* (bew. T. Kipp), Frankfurt am Main 1906, p. 808.

51 Zie Savigny 1837, p. 439 voetnoot 1, C.F.F. Sintenis, *Das practische gemeine Civilrecht. Band I: Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht*, Leipzig 1844, p. 463, Ch.G.A. v. Scheurl, *Weitere Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. Zweites Heft: Zur Lehre vom römischen Besitzrecht*, Erlangen 1886, p. 158-159 en H. Dernburg, *Pandekten. Band I*, Berlin 1896, p. 422. Daartegen met verdere verwijzingen Windscheid 1906, p. 912.

52 Ch.F. v. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Band 2*, Erlangen 1800, p. 576-577, Savigny 1837, p. 431, Sintenis 1844, p. 460 e.v. en Dernburg 1896, p. 422. Daartegen o.m. A. v. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten. Band I*, Erlangen: 1873, p. 528-530, Drucker 1879, p. 309 e.v., A. Randa, *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, Leipzig 1895, p. 615 en Windscheid 1906, p. 808.

53 *Protokolle der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches*, p. 4012 = H.H. Jakobs & W. Schubert, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen*, Berlin: Walter de Gruyter 1985, p. 602.

54 *Protokolle I*, p. 3449 = Jakobs & Schubert 1985, p. 145 en p. 153.

55 HR 29 september 1961, NJ 1962, 14 m.nt. J.H. Beekhuis (*Smallingerland/Picus*) en HR 8 juni 1973, NJ 1974, 1974, 46 m.nt. W.M. Kleijn (*Nationaal Grondbezit/Kamphuis*). Zie uit de literatuur m.n. M. Scheltema, 'Het constitutum possessorium door een houder in het geldende recht', AA 1964-1965, p. 21-32.

Bij de verdere totstandkoming van het BGB is het Duitse recht echter een andere weg ingeslagen. Niet alleen hief de Tweede Commissie het onderscheid tussen houderschap en bezit op door een ieder die feitelijke macht uitoefent over een zaak tot bezitter te bestempelen, maar ook werd de bepaling geschrapt dat de houder (*Fremdbesitzer*) pas voor zichzelf of voor een derde kon gaan houden nadat hij degene voor wie hij de zaak hield op de hoogte had gesteld van zijn wilswijziging.⁵⁶ Volgens de Tweede Commissie kon het bezitsverlies van degene voor wie de zaak wordt gehouden ook plaatsvinden doordat 'der unmittelbare Besitzer in einer den mittelbaren Besitz ausschließenden Weise über sie Sache verfüge'.⁵⁷ Tegenwoordig wordt daaruit in de Duitse literatuur en rechtspraak afgeleid dat een naar buiten blijken wilswijziging van de houder (*Fremdbesitzer*) voldoende is voor bezitsverlies van de bezitter (*Eigenbesitzer*), zonder dat noodzakelijk is dat laatstgenoemde van deze wilswijziging op de hoogte is.⁵⁸ In het bijzonder wordt aanvaard dat de levering van de zaak door middel van een *Besitzkonstitut* een voldoende naar buiten kenbare wilswijziging behelst, die bewerkstelligt dat de houder de zaak voortaan voor de verkrijger gaat houden en tegelijkertijd leidt tot bezitsverlies van degene voor wie de houder voorheen hield.⁵⁹

De Tweede Commissie handhaafde echter (de huidige) § 933 BGB, die door de Eerste Commissie als uitvloeisel van de onmogelijkheid van levering c.p. door een houder werd beschouwd. Terwijl § 933 BGB derhalve oorspronkelijk slechts beoogde te bevestigen wat reeds volgens de heersende leer uit de regels van het gemene recht omtrent bezit en houderschap voortvloeide en derhalve slechts een declaratoir karakter had, heeft de paragraaf in de huidige Duitse bezitsleer een constitutieve functie, doordat zij voorkomt dat de rechthebbende zijn eigendomsrecht verliest door een wilswijziging van degene die de zaak voor hem houdt.⁶⁰

Voor het Nederlandse recht is deze constatering van belang, omdat men bij de vergelijking met het Duitse recht dient te bedenken dat door § 933 BGB in de eerste plaats de gevallen worden bestreken die naar Nederlands recht onder de werkingssfeer van 3:111 BW vallen. De argumentatie over het dubbelspel van de vervreemder kan dan ook niet zonder meer worden getransponeerd naar de gevallen die door artikel 3:90 lid 2 BW worden bestreken,

56 Ernst 1992, p. 3-24 en Wieling 2006, p. 131-134 en p. 245.

57 *Protokolle II*, p. 3738 = Mugdan 1899, p. 517. Zo ook reeds RG 25 november 1887, *RGZ* 19, 239, in bewuste afwijking van de hiervoor in voetnoot 50 genoemde interpretatie van D. 41,2,32,1.

58 H.P. Westermann, K.H. Gursky & D. Eickmann, *Sachenrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 2011, p. 137 en MünchKomm-BGB/Joost 2013, § 868 BGB, Rn. 30. Zie bijv. BGH 10 november 2004, *NJW* 2005, 359.

59 Wieling 2006, p. 245, Baur/Baur & Stürner 2009, p. 80 en p. 672 en Staudinger/Gutzeit 2012, § 868 BGB, Rn. 86. Door een minderheid in de literatuur wordt echter betoogd dat in een dergelijk geval zowel oorspronkelijk gerechtigde als verkrijger bezit hebben verkregen, doordat de vervreemder voor allebei is gaan houden. Dit zogenoemde 'Nebenbesitz' zou van mindere kwaliteit zijn en derhalve niet voldoende om tot eigendomsverkrijging te leiden. Zie met verdere verwijzingen Picker 1988, p. 533 e.v., Staudinger/Gutzeit 2012, § 868 BGB, Rn. 9 en MünchKomm-BGB/Joost 2013, § 868 BGB, Rn. 18-20. Zie voor Nederland J.C. van Oven, 'Nog eens: dubbele levering', *NJB* 1926, p. 182.

60 Lohsse 2006, p. 537 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2013, § 933 BGB, Rn. 1.

zoals in de navolgende paragraaf zal blijken.

Op deze plaats is nog van belang op te merken dat de Eerste Commissie weliswaar onderkende dat § 933 BGB tevens betrekking zou hebben op het geval dat een bezitter (thans: *Eigenbesitzer*) door middel van een c.p. leverde, maar de onderbouwing van de toepasselijkheid van de regel is niet alleen lapidair, maar ook dubieus:

'Sei der veräußernde Nichteigenthümer nicht bloßer Inhaber, sondern Besitzer, so werde nicht anders zu entscheiden sein.'⁶¹

Zoals hierboven bleek, baseerde de Eerste Commissie het ontbreken van derdenbescherming bij een levering c.p. op het argument dat een houder niet in staat is om door een *Besitzkonstitut* te leveren. Men kan deze argumentatie niet zomaar doortrekken naar de bezitter, niet-eigenaar, nu hij juist bezitter is en wel degelijk in staat is om c.p. te leveren. Als men een regel onderbouwt met een beroep op een technische onmogelijkheid, kan deze regel niet worden uitgebreid tot situaties waarin deze technische onmogelijkheid niet bestaat. De uitbreiding van § 933 BGB tot een bezitter (*Eigenbesitzer*), geschiedt derhalve meer terloops en zonder dat daaraan een inhoudelijke motivering ten grondslag ligt. Hierna zal nog blijken dat deze uitbreiding tot gevallen waarin een bezitter (*Eigenbesitzer*), niet-eigenaar c.p. levert in de Duitse literatuur door sommigen om deze reden als onjuist wordt beschouwd.

5. Art. 3:90 lid 2 BW benaderd vanuit het perspectief van de ouder gerechtigde

In het voorgaande is duidelijk geworden dat de beperkte werking van de levering c.p. zowel onder het oude recht, alsook in de parlementaire geschiedenis van artikel 3:90 lid 2 BW en in het Duitse recht wordt gerechtvaardigd vanuit het perspectief van degene die door de levering mogelijk benadeeld zouden kunnen worden. Meijers legde de nadruk op het feit dat door een onzichtbare levering de rechten van schuldeisers benadeeld zouden kunnen worden. In de rechtspraak onder het oude recht werd de zekerheidsoverdracht in combinatie met een levering c.p. gerelativeerd 'voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt.' De wetgever rechtvaardigde de bepaling vanwege het feit dat de ouder gerechtigde 'dit recht niet te gemakkelijk en voor hem niet waarneembaar aan een derde kan verliezen.' Daarbij werd aangesloten bij de gangbare interpretatie van § 933 BGB in Duitsland, aan welke paragraaf ten grondslag ligt dat de ouder gerechtigde niet benadeeld moet kunnen worden door een dubbelspel van de vervreemder, omdat hij daardoor ten onrechte zou kunnen menen dat zijn recht nog bestaat. Artikel 3:90 lid 2 BW laat zich echter maar beperkt rechtvaardigen als men de nadruk legt op de belangen van de ouder gerechtigde.

61 *Protokolle I*, p. 4012 = Jakobs & Schubert 1985, p. 602.

Zo schiet deze verklaringswijze tekort in het geval dat de vervreemder bezitter, niet-eigenaar is, zoals in het geval dat de vervreemder de zaak heeft gestolen of omdat hij de zaak heeft gekocht van een beschikkingsonbevoegde en niet te goeder trouw was. Kenmerkend aan deze gevallen is dat de eigenaar van de zaak in geen enkele relatie staat tot de bezitter, die de zaak door middel van een levering c.p. vervreemdt. Sterker nog: dikwijls zal de eigenaar geen flauw benul hebben waar zijn zaak zich bevindt. De door de wetgever aan artikel 3:90 lid 2 BW toegedichte ratio past in deze gevallen niet. De bepaling strekt er immers toe te voorkomen dat het de vervreemder vrij blijft staan 'ter zake van zijn eigen feitelijk en juridisch houderschap aan oudere gerechtigden zowel als aan degene aan wie hij onbevoegd overdroeg, de voorstelling van zaken te geven, die hem goeddunkt, zonder dat dit te controleren valt.⁶² De wetgever veronderstelt daarbij dat er tussen de onbevoegde vervreemder en de eigenaar (of anderszins ouder gerechtigde) een zekere relatie bestaat, nu het anders niet goed voorstelbaar is dat de vervreemder aan de eigenaar überhaupt een bepaalde voorstelling van zaken geeft.

De bedoeling van de wetgever is duidelijk: door middel van artikel 3:90 lid 2 BW wordt voorkomen dat de eigenaar nog altijd in de waan verkeert dat hij eigenaar is, terwijl de zaak in werkelijkheid reeds aan een derde is overgedragen. Nu de levering c.p. zich uitsluitend tussen partijen afspeelt, is voor hem niet kenbaar dat de vervreemder de zaak verduistert. Dat artikel 3:90 lid 2 BW zich echter ook tot de gevallen uitstrekt waarin in het geheel geen band bestaat tussen de vervreemder en de ouder gerechtigde, overtuigt niet wanneer men het artikel benadert vanuit het perspectief van de ouder gerechtigde. De eigenaar heeft immers geen enkel idee waar de zaak zich bevindt en staat in ieder geval niet in een relatie tot de vervreemder op grond waarvan hij op niet controleerbare wijze zou kunnen vertrouwen op de uitspraken van de vervreemder. Integendeel, zelfs een feitelijke overgave van de vervreemder aan een derde die met veel fanfare gepaard gaat, zou de eigenaar niet kunnen alarmeren, nu hij simpelweg niet weet waar zijn zaak zich bevindt. Het ligt dan ook niet voor de hand om de belangen van de derdeverkrijger die te goeder trouw is op te offeren als men de belangen van de ouder gerechtigde beslissend acht. Hij zou ook door een feitelijke overgave namelijk niet gewaarschuwd kunnen worden.

Vergelijkbare argumenten worden recentelijk ook in de Duitse literatuur aangedragen teneinde § 933 BGB in te perken tot gevallen waarin de vervreemder de zaak houdt voor een ander. Het gaat daarbij derhalve om de gevallen die naar Nederlands recht worden bestreken door artikel 3:111 BW. Zoals hiervoor bleek, beoogt § 933 BGB te voorkomen dat de eigenaar zijn recht op een niet-waarneembare wijze zou kunnen verliezen, omdat hij anders slachtoffer zou worden van een *Doppelspiel* van de vervreemder, doordat deze hem zou misleiden over het (voort)bestaan van zijn eigendomsrecht. Door een enkele Duitse auteur is terecht gesignaleerd dat dit niet aan de orde is indien er in het geheel geen bezitsverhouding bestaat tussen de eigenaar en de vervreemder, namelijk in het geval dat

62 M.O. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1264.

de vervreemder bezitter (*Eigenbesitzer*) is:

'Wenn der Eigentümer auf die beim Veräußerer befindliche Sache schon keinen tatsächlichen Zugriff mehr hat, ist, um den Erwerber den Vorzug zu geben, ein weiterer körperlicher Wechsel der Sache in die Hand des Erwerbers nicht zu fordern. Die Veräußerung durch Konstitut vollzieht sich hier für den bisherigen Eigentümer ebenso sehr oder so wenig "heimlich", wie jede andere Veräußerung auch.'⁶³

De vervreemder kan in een dergelijk geval helemaal geen dubbel spel spelen, omdat hij niet in een relatie staat tot de eigenaar, die hij zou kunnen misleiden.

Wanneer men de nadruk legt de op de bescherming van de ouder gerechtigde, laat de bepaling zich slechts als complement van artikel 3:111 BW rechtvaardigen in het geval dat de ouder gerechtigde wel in een relatie staat tot de vervreemder, namelijk als hij een beperkt recht heeft op de desbetreffende zaak, waarbij in het bijzonder te denken is aan een vuistloos pandrecht.⁶⁴ In de parlementaire geschiedenis wordt dan ook vooral toegespitst op dat geval.⁶⁵ Uit de aan de parlementaire geschiedenis ten grondslag liggende stukken blijkt bovendien dat de wetgever met artikel 3:90 lid 2 BW in de latere fase van de totstandkoming uitdrukkelijk dit geval voor ogen had. Daaruit wordt bovendien duidelijk waarom artikel 3:90 lid 2 BW bewust verder gaat dan het oude recht, dat de levering c.p. enkel relativeerde in het kader van een zekerheidsoverdracht. Uit een notitie van Snijders blijkt dat men bij de totstandkoming van het Nieuw BW bewust verder is gegaan dan het oude recht door de levering c.p. ook te relativieren in het kader van een niet-zekerheidsoverdracht:

'Door de handhaving van art. 3.4.2.5 lid 2 [= art. 3:90 lid 2 BW; EFV] is wel degelijk een opzettelijke, ook praktisch niet onbelangrijke breuk met de rechtspraak van na het Sio-arrest ontstaan, die wel in de parlementaire geschiedenis op enkele plaatsen opduikt, maar die, nu art. 3.4.2.5 lid 2 in de literatuur vòòr de Vries en Vriesendorp⁶⁶ nauwelijks is bestreden, enigszins onderbelicht is gebleven.

Dat sprake is van een opzettelijke afwijking van het huidige recht blijkt met name in de m.v.a. II, vierde gedeelte invoeringswet, p. 33-34, punten a en b.⁶⁷ Het gaat daar over bezitloos pandrecht. Er wordt op gewezen dat, in afwijking van wat na Pluvier en Van Gend Loos voor de zekerheidseigendom geldt, het bezitloos pandrecht a boven voorrecht gaat, behoudens een paar wettelijke uitzonderingen op die hoofdregel, en b dat dit pandrecht bestand is tegen een latere reële

63 Ernst 1992, p. 271-271. Zo ook J. Hager, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München: C.H. Beck 1990, p. 342-344.

64 Zie over twee bijzondere andere gevallen die worden bestreken door art. 3:90 lid 2 BW hierna in par. 7.

65 Zie bijv. M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1261 en M.O. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1264-1266.

66 De notitie van Snijders is geschreven n.a.v. de in voetnoot 75 aan te halen bijdragen van De Vries en Vriesendorp.

67 Het gaat hier om M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1198.

[sic] overdracht c.p. (overdracht tot zekerheid is in het NBW uitgesloten). Beide punten hangen samen met de vanuit het bedrijfsleven sterk naar voren gebrachte behoefte aan een sterk bezitloos pandrecht. (...)

Uit het voorgaande blijkt – maar dat is minder duidelijk toegelicht – dat in het nieuwe wetboek derhalve niet het scherpe onderscheid meer bestaat tussen de zwak werkende levering c.p. tot zekerheid (c.q. bezitloos pandrecht) en de onverkort werkende reële [sic] levering c.p.⁶⁸

In werkelijkheid ging het de wetgever, althans regeringscommissaris Snijders, dus met name om de wens van het bedrijfsleven om een sterk zekerheidsrecht op roerende zaken te kunnen verkrijgen. Ogenschijnlijk wordt daarbij op een merkwaardige wijze aansluiting gezocht bij de rechtspraak onder het oude recht. Terwijl de rechtspraak onder het oude recht (*Sio, Van Wessem/Traffic* en *Van Gend en Loos*) met de relativering van de levering c.p. immers de *verkrijging* van zekerheid op roerende zaken wenste in te perken, strekt de bepaling er in deze functie juist toe om het *verlies* van zekerheid op roerende zaken te beperken. De regel die onder het oude recht een beperking vormde voor zekerheidsnemers, is onder het nieuwe recht een bescherming van zekerheidsnemers.

Toch is de redenering te begrijpen. Weliswaar wierp de relativering van de levering c.p. in de rechtspraak een barrière op bij de verkrijging van zekerheid door middel van een zekerheidsoverdracht, maar als die hobbel eenmaal was genomen, werd de zekerheids-eigenaar beschermd tegen een vervreemding door de zekerheidsgever door een levering c.p. De zekerheidsgever was door de overdracht immers nog slechts houder en (de interpretatie in de rechtspraak van) artikel 592 BW (oud) – de voorloper van artikel 3:111 BW – bewerkstelligde dat de houder niet meer c.p. kon leveren. Voor het vuistloos pandrecht geldt dat niet, nu de pandgever bezitter van de zaak blijft en dus 'gewoon' c.p. kan leveren. De wetgever lijkt artikel 3:90 lid 2 BW met name te hebben gezien als een complement van artikel 3:111 BW voor het vuistloze pandrecht, teneinde te bewerkstelligen dat 'bestaande financieringspatronen, ondanks de wetstechnische andere opzet van de nieuwe regeling, onder het nieuwe recht zonder moeite kunnen worden gecontinueerd'.⁶⁹ In de relativeringsrechtspraak zag hij een manier om deze bescherming gestalte te geven. Hieruit blijkt dat, anders dan veelal wordt aangenomen, artikel 3:90 lid 2 BW niet geënt is op de inmiddels achterhaalde praktijk van de zekerheidsoverdracht, maar veeleer berust op een bewust op het Nieuw BW toegesneden rechtvaardiging.

Terwijl onder het oude recht een technische regel – een houder kan niet c.p. leveren – in de weg stond aan verlies van zekerheidseigendom, rechtvaardigde de wetgever de regel voor het nieuwe recht op grond van de belangenafweging tussen de vuistloos pandhouder en de verkrijger te goeder trouw. Er is mijns inziens sprake van een overtuigende

68 W. Snijders, *Notitie* [d.d. 7 oktober 1986] bij art. 3.4.2.5 lid 2 in verband met F.J. de Vries in NBW, *Vliegen zonder vleugels*, p. 95 e.v. en een nog te publiceren artikel van R.D. Vriesendorp in WPNR, in te zien in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 288.

69 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1197.

analogie.⁷⁰ Weliswaar vloeide de bescherming van de zekerheidseigenaar onder het oude recht voort uit het feit dat een houder niet c.p. kan leveren en speelt dit probleem bij het vuistloze pandrecht niet, maar de betrokken belangen zijn vergelijkbaar. Beide bepalingen voorkomen een onzichtbaar rechtsverlies. Zo kent ook het Duitse recht met § 936 BGB een bijzondere bepaling, die regelt wat de gevolgen van derdenbescherming zijn voor een op de vervreemde zaak gevestigd beperkt recht. De bepaling vormt 'eine Miniatur' van de gewone derdenbeschermingsbepalingen en 'beruht auf denselben Prinzipien'.⁷¹ De gedachte is voor de hand liggend: de eisen die gelden om voor derdenbescherming in aanmerking te komen wanneer de ouder gerechtigde eigenaar is van de zaak, moeten evenzeer gelden voor het geval dat het oudere recht een beperkt recht is, omdat dezelfde overwegingen een rol spelen.⁷² In het bijzonder betekent dit dat het beperkte recht bij een levering c.p. niet door derdenbescherming vervalt, tenzij nadien alsnog de feitelijke macht over de zaak wordt verschaft en de verkrijger op dat moment te goeder trouw is met betrekking tot het beperkte recht.⁷³

Twee kanttekeningen kunnen nog worden geplaatst bij deze benadering van de wetgever. De wetgever heeft in wezen in artikel 3:90 lid 2 BW willen vastleggen dat niet door derdenbescherming een uitzondering wordt gemaakt op het zaaksgevolg van het beperkte recht, maar heeft deze regel gestalte gegeven door aan de levering slechts beperkte werking toe te kennen. Betwijfeld kan worden of de relativering van de levering daarvoor het meest geschikte middel is. Niet de levering c.p. als zodanig is bezwaarlijk, maar het gevolg van die levering, namelijk het dreigende rechtsverlies van de beperkt gerechtigde. Uiteindelijk is daarmee een typische vraag van derdenbescherming aan de orde, namelijk onder welke omstandigheden een ouder gerechtigde zijn recht verliest ten gunste van een verkrijger te goeder trouw.⁷⁴ Beter zou dit alles tot uitdrukking komen door bijvoorbeeld in artikel 3:86 lid 2 BW een tweede volzin op te nemen met de strekking dat het beperkte recht niet vervalt zolang de zaak zich nog daar bevindt waar de beperkt gerechtigde haar heeft gelaten.⁷⁵ Daarmee zou duidelijker naar voren komen dat de verkrijger wel eigenaar wordt van de zaak, zij het bezwaard met een pandrecht. Een dergelijke interpretatie van artikel 3:90 lid 2 BW wordt ook in de literatuur wel voorgesteld,⁷⁶ maar strookt niet helemaal met de werking zoals die door de wetgever is uitgewerkt, namelijk dat de

⁷⁰ Zo reeds Fitting 1873, p. 336-337.

⁷¹ Staudinger/Wiegand 2011, § 936 BGB, Rn. 1.

⁷² MünchKomm-BGB/Oechsler 2016, § 936 BGB, Rn. 1.

⁷³ Staudinger/Wiegand 2011, § 936 BGB, Rn. 7 en Rn. 14 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2016, § 936 BGB, Rn. 8.

⁷⁴ Vgl. ook D.J.Y. Hamwijk, 'Art. 3:90 lid 2 BW: geen kwestie van rechtvaardigheid, maar van rechtszekerheid', *WPNR* 2011 (6883), p. 359.

⁷⁵ Vgl. F.J. de Vries, 'Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW en de relativiteit van verhoudingen', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *NBW: Vliegen zonder vleugels*, Leiden: [s.n.] 1986, p. 109-111 en R.D. Vriesendorp, 'Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW; een misplaatste bepaling', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1986, p. 39-68 die reeds bepleitten de regel van art. 3:90 lid 2 BW naar artikel 3:86 BW te verplaatsen.

⁷⁶ Zie bijv. J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 46.

verkrijger zich jegens de ouder gerechtigde niet op de levering kan beroepen en dus jegens de beperkt gerechtigde in het geheel niet heeft te gelden als eigenaar van de zaak.⁷⁷

Ten tweede moet bedacht worden dat de relativering van de levering c.p. de beperkt gerechtigde slechts een bescheiden bescherming biedt tegen rechtsverlies. De bepaling beschermt de beperkt gerechtigde namelijk omdat de vervreemding voor hem niet waarneembaar is en hij na de levering c.p. dus nog altijd in de waan zou kunnen blijven verkeren dat zijn recht niet verloren is gegaan. Pas als de vervreemding voor hem kenbaar is, verliest hij zijn recht. Problematisch daaraan is dat de kenbaarheid van de levering aan een derde de ouder gerechtigde niet kan behoeden voor rechtsverlies. Op het moment dat hij de overdracht aan de derde waarneemt, althans constateert dat de zaak niet meer bij de vervreemder aanwezig is, is het immers te laat: hij heeft zijn recht verloren. Het vereisen van waarneembaarheid van de levering in het kader van derdenbescherming is dus in het geheel niet geschikt om de beperkt gerechtigde te behoeden voor rechtsverlies.⁷⁸

Toch is de bepaling daarmee niet zinledig. Weliswaar kan het feit dat de zaak zich niet meer bevindt bij de vervreemder het rechtsverlies van de ouder gerechtigde niet verhinderen, maar daardoor kan de ouder gerechtigde wel objectief vaststellen dát hij zijn recht heeft verloren. Indien hij zijn recht ook al zou kunnen verliezen door een levering c.p., dan zou hij gedurende langere tijd in de waan kunnen verkeren dat hij zijn recht nog niet heeft verloren, terwijl dat in werkelijkheid wel het geval is. Daarbij is van belang dat de waarneembaarheid niet moet worden begrepen als de zichtbaarheid van de levering zelf⁷⁹ – ook een feitelijke levering kan zich immers onzichtbaar voltrekken – maar in de zichtbaarheid van het resultaat: de ouder gerechtigde kan constateren dat de zaak waarop zijn recht betrekking heeft zich niet meer bij de vervreemder bevindt. Dat kan hem aanleiding geven om tot actie over te gaan. Hij is dan in staat schadevergoedingsvorderingen geldend te maken jegens de vervreemder of jegens de verkrijger te ageren, bijvoorbeeld door diens goede trouw te betwisten.⁸⁰ Tegelijkertijd weet de beperkt gerechtigde dat hij niet in actie hoeft te komen, zolang de zaak zich nog daar bevindt waar hij haar heeft gelaten.⁸¹

In geval van een levering c.p. kan het daarentegen zo zijn dat de ouder gerechtigde lange tijd in de waan blijft dat zijn recht nog bestaat. Denkbaar is dat hij pas veel later,

77 Zie bijv. M.v.A. II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 386 ('Dit lid staat immers de verkrijger in beginsel niet toe jegens de oudere gerechtigde een beroep op zulk een levering en daarmee op de overdracht te doen.'), en M.v.A. II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 438 ('Ingevolge het tweede lid van dat artikel (...) heeft de verkrijger geen beroep op een levering als in dat lid bedoeld tegenover een oudere gerechtigde.').

78 Van Vliet 2002, p. 287-288 en Hamwijk 2011, p. 359. Zie reeds M. Wellspacher, *Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte*, Wien 1906, p. 8.

79 In die richting wel Hamwijk 2011, p. 360-361, die de feitelijke overgave begrijpt als een waarneembaar ijk-moment.

80 C.J. de Lange, 'Wederom: dubbele levering', *WPNR* 1953 (4326), p. 601 en P. Neleman, 'Stille levering', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet (Kleijn-bundel)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 280.

81 Hamwijk 2011, p. 359, voetnoot 26.

bijvoorbeeld in geval van deconfiture van de vervreemder, zou ontdekken dat hij zijn recht heeft verloren. In een zodanig geval is weinig te verwachten van een schadevergoedingsvordering, terwijl bovendien twijfelachtig is of hij op dat moment over voldoende bewijs beschikt om de goede trouw van de derde in twijfel te trekken. Om vergelijkbare redenen vindt bij een levering *longa manu* rechtsverlies plaats op het moment dat aan de derde die de zaak houdt mededeling wordt gedaan van de overdracht (art. 3:115 sub c BW). Aangezien de derde niet betrokken is bij de overdracht, en in zoverre een objectieve buitenstaander is, kan de ouder gerechtigde door inlichtingen in te winnen bij de derde zijn rechtsverlies snel ontdekken.

Overigens moet bij dit alles wel worden bedacht dat een dergelijke benadering een buitengewone alertheid van de beperkt gerechtigde verlangt. Verondersteld wordt immers dat hij steeds in de gaten houdt of de zaak waarop zijn recht betrekking heeft nog aanwezig is bij de vervreemder. In de praktijk zal daarvan niet altijd sprake zijn.⁸² Maar dat is naar mijn mening geen reden om de bepaling dan maar te schrappen. Ook wanneer de ouder gerechtigde niet altijd in de gaten houdt waar de zaak zich bevindt, heeft de bepaling namelijk nog een zekere billijkheidswaarde. De bepaling voorkomt namelijk het onbillijke resultaat dat de derde niet alleen zijn recht onwaarneembaar verliest, maar bovendien daarvan lange tijd onkundig kan blijven, doordat de vervreemder een dubbelrol blijft spelen. Niet ten onrechte wordt in de Duitse literatuur opgemerkt dat een dergelijk heimelijk rechtsverlies reeds uit billijkheidsgronden niet te rechtvaardigen valt, ook al kan een niet-heimelijke vervreemding hem niet behoeden voor eigendomsverlies.⁸³

6. Een alternatieve benadering: het perspectief van de verkrijger

Hiervoor is gebleken dat artikel 3:90 lid 2 BW zich vanuit het perspectief van de ouder gerechtigde uitsluitend laat rechtvaardigen voor het geval dat de ouder gerechtigde een beperkt recht op de vervreemde zaak heeft, terwijl de functie van de bepaling ook in dat geval nog beperkt is, omdat aldus enkel wordt bewerkstelligd dat de ouder gerechtigde op de hoogte kan raken van zijn – reeds ingetreden – rechtsverlies.

Geregeld wordt de regel van artikel 3:90 lid 2 BW dan ook benaderd vanuit het perspectief van de verkrijger. Omdat de verkrijger te goeder trouw in geval van een levering c.p. minder beschermenswaardig zou zijn, komt hij niet in aanmerking voor derdenbescherming. Zo betoogt Van Hoof dat aan artikel 3:90 lid 2 BW een gedachte van waakzaamheid ten grondslag ligt:

'Als uitgangspunt geldt namelijk dat zowel de stil pandhouder als de verkrijger te goeder trouw de

82 Vgl. de bezwaren van S.C.J.J. Kortmann, 'Berg/De Bary', AA 1988, p. 401 in het kader van derdenbescherming bij de levering *longa manu*.

83 Zie o.m. Picker 1988, p. 521 en Ernst 1992, p. 271.

feitelijke heerschappij van de litigieuze zaak kan krijgen. Zolang zij de zaak onder de schuldenaar laten, lopen zij daarmee bewust het risico dat een ander wel de feitelijke heerschappij van de zaak te goeder trouw verkrijgt en daarmee een sterker recht op de zaak. Partijen dienen waakzaam te zijn.⁸⁴

Deze verklaring kan het ontbreken van derdenbescherming in de verhouding tussen de ouder gerechtigde en de derdeverkrijger te goeder trouw echter niet rechtvaardigen. Wanneer een derdeverkrijger de zaak laat bij de vervreemder, loopt hij inderdaad het risico dat de vervreemder de zaak andermaal vervreemdt en een derde een sterker recht op de zaak verkrijgt. Dat argument kan echter slechts een rol spelen waar het gaat om een conflict tussen de derdeverkrijger en een ander, die de zaak *nadien* verkrijgt van de vervreemder, maar kan niet verklaren waarom de derdeverkrijger niet wordt beschermd tegen het oudere recht.⁸⁵

De argumentatie van Van Hoof hangt nauw samen met andere argumenten die geregeld worden ingebracht tegen derdenbescherming bij de levering c.p.: (i) zowel de ouder gerechtigde als de verkrijger te goeder trouw vertrouwen dezelfde persoon en zijn in hun vertrouwen beschaamd en er is om die reden geen grond voorrang te verlenen aan de belangen van de derdeverkrijger en (ii) de verkrijger wordt beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid als hij vertrouwt op de schijn van beschikkingsbevoegdheid en er is geen reden hem te beschermen als hij die schijn vervolgens laat voortduren doordat hij de zaak achterlaat bij de vervreemder.⁸⁶

Beide argumenten hebben echter geen overtuigingskracht. Het eerste argument berust op een *petitio principii*. Wanneer de wet de derde namelijk beschermt en hem de eigendom toekent, wordt zijn vertrouwen helemaal niet in goederenrechtelijke zin beschaamd door de vervreemder.⁸⁷ Het beschaamde vertrouwen kan dan ook niet als argument worden aangedragen voor het ontbreken van derdenbescherming, nu het beschaamde vertrouwen het gevolg is van het ontbreken van derdenbescherming. Het vertrouwen dat de ouder gerechtigde en de verkrijger in de vervreemder hebben, is dan ook niet van gelijke aard. Tegen het tweede argument pleit in de eerste plaats dat aan artikel 3:86 BW niet de gedachte ten grondslag ligt dat de belangen van de ouder gerechtigde worden opgeofferd

84 V.J.M. van Hoof, 'Waakzaamheid en art. 3:90 lid 2 BW', *WPNR* 2011 (6896), p. 639.

85 Zie Asser/Beekhuis, Mijnsen & De Haan 3-I 1985, nr. 531, Van Vliet 2002, p. 288, voetnoot 54 en Damsteegt-Molier 2009, p. 23.

86 Zie voor het argument ad (i) Van Oven 1926, p. p. 40-41, G.M.A. van Meer, 'Een ons rechtsgevoel bevredigende uitlegging van art. 2014 B.W. lid 1 wordt in het bijzonder door de woorden: "het bezit" bemoeilijkt', *NJB* 1930, p. 614-615 en J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5^e stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, p. 324 en voor het ad (ii) genoemde argument met name Asser/Scholten 1945, p. 100. Het laatstgenoemde argument duikt ook op in de parlementaire geschiedenis van § 933 BGB. Zie *Motive III*, p. 345 = Mugdan 1899, p. 192. Daartegen de in voetnoot 89 genoemden.

87 D.L. Staal, 'Dubbele levering', *NJB* 1926, p. 250 en L. Hollander, '"Het bezit" in art. 2014 B.W.' *NJB* 1930, p. 677.

omdat hij een schijn in het leven heeft geroepen, waarop de verkrijger heeft vertrouwd.⁸⁸ Afgezien daarvan geldt ook hier echter dat dit argument bovendien slechts een verklaring zou kunnen vormen voor het achterstellen van de belangen van de derdeverkrijger ten opzichte van een latere verkrijger, die evenzeer te goeder trouw is. Hij loopt door het laten voortduren van de schijn uitsluitend het risico dat een ander ook afgaat op die schijn, als gevolg waarvan hij zijn recht zou verliezen.⁸⁹

Toch kan de regel van artikel 3:90 lid 2 BW vanuit het perspectief van de gebrekkige beschermenswaardigheid van de verkrijger beter worden verklaard dan door de nadruk te leggen op de bescherming van de ouder gerechtigde.⁹⁰ Bedacht moet worden dat met artikel 3:90 lid 2 BW per saldo wordt beoogd de werking van artikel 3:86 BW te blokkeren zolang de levering zich uitsluitend tussen de betrokken partijen afspeelt.⁹¹ Artikel 3:90 lid 2 BW moet dan ook worden gezien tegen de achtergrond van de grondslag van de bescherming van de derde te goeder trouw op grond van artikel 3:86 BW. De bepaling laat zich goed verklaren als men zich losmaakt van de gedachte dat artikel 3:86 BW berust op de gedachte dat de derde te goeder trouw wordt beschermd omdat hij afgaat op een door de vervreemder gewekte schijn van beschikkingsbevoegdheid, die zich manifesteert in de door de vervreemder uitgeoefende feitelijke macht over de zaak, die bij de verkrijger het gerechtvaardigde vertrouwen zou wekken dat de vervreemder ook eigenaar is (zgn. legitimatieleer).⁹² Geenszins noodzakelijk voor derdenbescherming is dat de vervreemder feitelijke macht uitoefent over de te vervreemden zaak, terwijl bovendien evenmin vereist is dat de verkrijger de feitelijke macht waarneemt, als de vervreemder deze wel over de zaak uitoefent.⁹³

De rechtvaardiging van artikel 3:86 BW is dan ook niet zozeer gelegen in de schijn die

88 Zie N.v.W 1 Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1210: 'De bescherming vindt dus plaats, ongeacht de wijze waarop de oorspronkelijke rechthebbende het bezit van de zaak heeft verloren, dat wil zeggen ook ongeacht of daarbij aan zijn zijde sprake was van onachtzaamheid.' Nadien is weliswaar voor diefstal een uitzondering gemaakt, maar niet omdat de oorspronkelijke rechthebbende in dat geval geen schijn in het leven roept, maar vanuit een oogpunt van misdaadbestrijding. Zie M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1217. Zie ook nog aanstonds in de hoofdtekst m.b.t. de zgn. legitimatieleer.

89 Zie naast de in voetnoot 85 genoemden: Wellspacher 1906, p. 8, Ph. Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen 1930, p. 250 en Hager 1990, p. 338. Kritisch ook Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 668.

90 Anders: Hamwijk 2011, p. 360-361 die de nadruk legt op de positie van de ouder gerechtigde.

91 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 386: 'De betekenis van het onderhavige tweede lid is aldus, dat het de verkrijger te goeder trouw ondanks een geldige levering door constitutum posessorium beroep op artikel 3a [= art. 3:86; EFV] tegenover een oudere gerechtigde onthoudt.' Zie voorts M.v.A. II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 384-385 waar duidelijk het nauwe verband met art. 3:86 BW wordt benadrukt.

92 Zie voor deze benadering o.m. W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 150, H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 366 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 400.

93 Zie voor een nadere uitwerking E.F. Verheul, 'Artikel 3:86 BW en de legitimatieleer', AA 2016, p. 590-599.

wordt gewekt door de feitelijke macht van de vervreemder, die hem als rechthebbende zou legitimeren, maar in het feit dat de vervreemder in staat is de handelingen te verrichten die nodig zijn om de verkrijger datgene te verschaffen wat hij de verkrijger heeft voorgespiegeld, waardoor bij de verkrijger het vertrouwen wordt gewekt dat hij inderdaad beschikkingsbevoegd is. Aldus beschouwd is het niet zozeer de feitelijke macht van de vervreemder die bij de verkrijger het gerechtvaardigde vertrouwen van beschikkingsbevoegdheid wekt, maar veeleer de door de verkrijger verworven feitelijke macht.⁹⁴ Terwijl dit vertrouwen bij de feitelijke overhandiging van de zaak zich manifesteert in de door de verkrijger verworven macht, ontbreekt een manifestatie van dit vertrouwen bij de levering c.p. Het vertrouwen van de verkrijger in de door hem verkregen macht en de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder berust in een dergelijk geval namelijk uitsluitend op de door de vervreemder voorgespiegelde papieren werkelijkheid van een tweezijdige verklaring en is in zoverre verder niet waarneembaar of verifieerbaar voor de verkrijger. Enkel aan deze papieren werkelijkheid kan hij niet het gerechtvaardigd vertrouwen ontleenen dat de vervreemder beschikkingsbevoegd is. Integendeel, de verkrijger weet niet eens met zekerheid of de zaak überhaupt aan hem is geleverd (vgl. art. 3:111 BW).

Als men deze grondslag van artikel 3:86 BW tot uitgangspunt neemt, volgt de uitsluiting van derdenbescherming bij een levering c.p. met een zekere vanzelfsprekendheid uit de ratio van die bepaling. In artikel 3:86 BW ligt dan als ondergrens besloten dat voor de verkrijger verifieerbaar moet zijn dat hij de feitelijke macht over de zaak heeft verkregen, omdat juist deze door hem verworven feitelijke macht de grondslag voor diens bescherming vormt. Zo bezien is het niet zozeer bezwaarlijk dat de ouder gerechtigde niet op de hoogte raakt van zijn rechtsverlies door het stille of niet-waarneembare karakter van de levering c.p., maar is de zwakte van de levering c.p. gelegen in de omstandigheid dat het vertrouwen van de verkrijger niet nader gefundeerd is in een feitelijke machtsuitoefening over de zaak en dus uitsluitend berust op hetgeen hem door de vervreemder wordt voorgespiegeld. In dat opzicht verschilt de levering c.p. ook van de levering longa manu. In laatstgenoemd geval berust het vertrouwen van de verkrijger niet enkel op hetgeen de vervreemder hem wijsmaakt, maar is de levering verifieerbaar doordat een objectieve derde is betrokken bij de levering, bij wie de verkrijger kan navragen of de levering inderdaad succesvol heeft plaatsgevonden.⁹⁵ Doordat de vervreemder in staat is de derde daadwerkelijk te instrueren om de zaak voortaan voor de verkrijger te houden en de verkrijger dit kan controleren, wordt het vertrouwen van de verkrijger nader en afdoende gefundeerd.

94 A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap* (Monografie BW A14), Deventer: Kluwer 2014, nr. 91, p. 118-119. Zie voor het Duitse recht Hager 1990, p. 245-248 en W. Ernst, 'Ist der gutgläubige Mobiliarerwerb eine Rechtsscheinwirkung?', in: H. Lange e.a. (red.), *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 1993, p. 114-115.

95 Zo ook – zij het vanuit het perspectief van de ouder gerechtigde – M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1262 n.a.v. HR 1 mei 1987, NJ 1988, 852 m.nt. W.M. Kleijn (LPN/IBM).

In de hier verdedigde benadering vormt de verifieerbaarheid van de levering een ondergrens voor de toepasselijkheid van artikel 3:86 BW. Het ligt vervolgens voor de hand deze eis ook uitdrukkelijk te stellen in artikel 3:86 BW, omdat het niet zozeer gaat om een relatieve beschermingsmaatregel ten gunste van de ouder gerechtigde, maar om een absolute eis die wordt gesteld aan het vertrouwen van de verkrijger om überhaupt voor derdenbescherming in aanmerking te komen.

7. Twee bijzondere gevallen

Een tweetal gevallen verdient nog bijzondere aandacht, waarin de werking van artikel 3:90 lid 2 BW naar mijn mening in het geheel niet gerechtvaardigd is. Het gaat daarbij in de eerste plaats om het geval dat het oudere recht zijn grondslag vindt in een gebrekkige aankomsttitel van de vervreemder en ten tweede om het geval dat het 'oudere recht' een voorrecht is.

7.1 De aankomsttitel van de vervreemder is gebrekkig

Artikel 3:90 lid 2 BW bestrijkt ook het geval dat aan een derde te goeder trouw c.p. wordt geleverd door een vervreemder, die de zaak op zijn beurt heeft verkregen uit hoofde van een overdracht, waaraan een gebrekkige titel ten grondslag ligt. Als gevolg van het titelgebrek is geen overdracht tot stand gekomen (nietigheid) of is weliswaar een overdracht tot stand gekomen, maar kan deze met terugwerkende kracht haar werking verliezen (vernietigbaarheid). De vervreemder is dan (achteraf gezien) beschikkingsonbevoegd als gevolg van de werking van het causale stelsel van overdracht. Doordat geen overdracht heeft plaatsgevonden, is de derde met een ouder recht zoals bedoeld in artikel 3:90 lid 2 BW de voorman van de vervreemder, die (achteraf gezien) altijd eigenaar is gebleven.

Mijns inziens is de toepasselijkheid van artikel 3:90 lid 2 BW – welk perspectief men voor de rechtvaardiging van de bepaling ook kiest – op dit geval onwenselijk. Tot op heden is vrijwel geheel onopgemerkt gebleven dat artikel 3:90 lid 2 BW op dit punt namelijk zorgt voor een merkwaardige lacune in het stelsel van derdenbescherming.⁹⁶ Artikel 3:90 lid 2 BW druist hiermee namelijk in tegen een van de fundamentele doelstellingen van goederenrechtelijke derdenbescherming, namelijk de bescherming van derden tegen de rigide werking van het causale stelsel van overdracht. Ik licht dat nader toe.

Het voordeel van een abstract stelsel van eigendomsoverdracht ten opzichte van een causaal stelsel is dat derden geen hinder ondervinden van gebreken in voorgaande overdrachten. Nu de eigendomsoverdracht in een abstract stelsel niet afhangt van de

⁹⁶ Enkel C.J. de Haan, *Eigendomsovergang van roerende zaken* (diss. Amsterdam UvA), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1946, p. 114 noemt dit als onbevredigende consequentie.

geldigheid van de tot overdracht verplichtende rechtshandeling, leidt nietigheid van deze rechtshandeling niet tot ongeldigheid van de overdracht. Het abstracte stelsel is daarmee erg verkeersvriendelijk, doordat zij tegemoet komt aan de belangen van verkrijgers.⁹⁷ Keerzijde van het abstracte stelsel van overdracht is dat zij op dit punt haar doel voorbij schiet. Zij biedt ook bescherming aan degene aan wie op grond van een gebrekkige tot overdracht verplichtende rechtsverhouding werd overgedragen, diens schuldeisers en aan een derdeverkrijger te kwader trouw.⁹⁸

Om deze redenen is bij de totstandkoming van het BW gekozen voor een causaal stelsel van overdracht, maar met een adequate bescherming van derden die onkundig zijn van het gebrek in een eerdere overdracht.⁹⁹ Pregnant komt deze gedachte tot uitdrukking in artikel 3:88 BW dat een derde beschermt tegen onbekendheid met de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, wanneer deze beschikkingsonbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, die niet het gevolg was van onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. Deze bepaling bewerkstelligt, zoals Bartels en Van Mierlo opmerken, 'dat tussen partijen het beginsel van een causaal stelsel gehandhaafd blijft, maar dat tegenover derde-verkrijgers te goeder trouw geen beroep kan worden gedaan op gebreken in de titel.'¹⁰⁰

Aan de bescherming van derden tegen gebreken in de aankomstitel van de voorman ligt de gedachte ten grondslag dat dergelijke gebreken veel meer in de risicosfeer liggen van degene die zijn recht verliest door de werking van de derdenbeschermingsbepalingen dan in die van de derdeverkrijger, nu de relevante oorzaak van diens rechtsverlies gelegen is in de (weliswaar ongeldige) overdracht, waaraan hij zelf heeft meegewerkt.¹⁰¹ Deze overwegingen gelden evenzeer indien de zaak aan een derde c.p. wordt geleverd. Curieus is dan ook dat de wetgever deze principiële keuze voor bescherming van derden tegen titelgebreken bij artikel 3:90 lid 2 BW heeft verlaten. In een dergelijk geval wordt de derde immers niet beschermd tegen gebreken in de aankomstitel van de vervreemder. Niet goed valt in te zien waarom de aard van de levering tot gevolg heeft dat de belangen van de derde in dit geval – in weerwil van de hiervoor genoemde bewuste rechtspolitieke overwegingen – moeten wijken ten gunste van de vervreemder.

Hier wringt zich de omstandigheid dat de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder

97 A. Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen: Mohr 1996, p. 51, p. 77-78 en p. 252 en Salomons 1997, p. 281-285.

98 Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 179-180 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 273.

99 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 317. Zie ook reeds HR 6 januari 1961, *NJ* 1962, 19 m.nt. L.E.H. Rutten (*Seneca/Forumbank*), waarin de Hoge Raad een soepele invulling gaf aan het vereiste van de goede trouw, teneinde derden te beschermen tegen de gevolgen van het met terugwerkende kracht wegvallen van de aankomstitel van de vervreemder.

100 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 448.

101 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 322 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 347. Geheel overtuigend is deze redenering weliswaar niet, wanneer de vervreemder door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden door de verkrijger is bewogen tot de overdracht, maar dat staat los van het hier in de hoofdtekst centraal staande probleem, namelijk of bescherming tegen de gevolgen van een causaal stelsel bij een levering c.p. minder is aangewezen.

veelal (namelijk in geval van vernietigbaarheid) achteraf wordt gefingeerd en niet goed valt in te zien waarom dit voor risico van de verkrijger zou moeten komen. Beslissend zou moeten zijn in hoeverre de verkrijger op de hoogte is van het (potentiële) gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Naar mijn mening zou het dan ook de voorkeur verdienen om, teneinde een uniforme regeling van bescherming van derden tegen gebreken in eerdere overdracht te bereiken, een met artikel 3:88 BW vergelijkbare regel van toepassing te verklaren op de levering c.p. door een beschikkingsonbevoegde.¹⁰²

7.2 Schuldeisers met een voorrecht

Een tweede geval waarbij de werking van artikel 3:90 lid 2 BW niet goed past, is de situatie waarin op de vervreemde zaak een voorrecht rust. Volgens de wetgever is de schuldeiser met een voorrecht een derde die een ouder recht heeft op de zaak, hetgeen artikel 3:284 lid 2 BW buiten twijfel stelt voor het voorrecht wegens kosten tot behoud van een goed.¹⁰³ Naar mijn mening is de relativering c.p. echter evenmin gewenst teneinde de schuldeiser die een voorrecht heeft op de zaak te beschermen.¹⁰⁴ Hier is geen kwestie van beschikkingsonbevoegdheid en derdenbescherming aan de orde: de vervreemder is volledig beschikkingsbevoegd.

Kenmerkend aan voorrechten is bovendien dat zij voorrang verlenen aan een vordering in geval van verhaal op het vermogen van de schuldenaar. Vorderingen kunnen derhalve slechts worden verhaald op het vermogen van de schuldenaar (art. 3:276 BW). Zodra het desbetreffende goed niet meer tot het vermogen behoort, kan de schuldenaar zich niet verhalen op het desbetreffende goed en vervalt het voorrecht met betrekking tot dat goed. Voorrechten hebben immers geen goederenrechtelijk karakter of zaaksgevolg.¹⁰⁵ Ter

102 Men vergelijke het oorspronkelijke art. 3.4.2.3. O.M. (de voorloper van art. 3:86 en 3:88 BW). Daarin was in lid 2 de regel die thans is neergelegd in art. 3:88 BW van toepassing op alle overdrachten, en dus niet alleen – zoals art. 3:88 BW thans luidt – op de ‘overdracht van een registergoed, van een recht op naam, of van een ander goed waarop artikel 86 niet van toepassing is.’ Ook bij roerende zaken, niet-registergoederen bestond derhalve een aparte regeling voor titelgebreken. Niet geheel duidelijk is of Meijers deze regeling ook wilde toepassen in geval van een levering c.p. Daarvoor pleit de tekst van art. 3.4.2.3. lid 2 O.M., op grond waarvan een gebrek in de overdracht ‘niet ten nadele van derden-verkrijgers om baat en te goeder trouw’ werkt, zonder dat daarbij nadere eisen worden gesteld aan de levering aan de derde-verkrijger. Vgl. ook T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 324 waar de uitzondering t.a.v. de levering c.p. slechts wordt genoemd in het kader van lid 3 van art. 3.4.2.3. OM (de voorloper van het huidige art. 3:86 BW).

103 N.v.V. 2 Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1236. Zie voor de vraag welke voorrechten als ouder recht hebben te gelden punt 8 van de noot van A.I.M. van Mierlo onder HR 20 februari 2009, NJ 2009, 376 (*Ontvanger/De Jong q.q.*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat daaronder niet begrepen is het algemene voorrecht van de Ontvanger.

104 Zie ook kritisch Vriesendorp 1986, p. 53, H.W. Wiersma, 'Relatieve titels naar huidig recht en cp-posities in de toekomst', in: P. Abas e.a., *Omwillen van de consument*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 227-244 en Damsteegt-Molier 2009, p. 31-40.

105 Zoals ook erkend wordt door de wetgever. Zie M.O. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1265.

bescherming van de rechten van schuldeisers biedt de wet de mogelijkheid om door middel van de *actio Pauliana* rechtshandelingen te vernietigen die leiden tot een benadeling van de verhaalsmogelijkheden. Niet goed valt in te zien waarom op deze uitgangspunten van het verhaalsrecht een uitzondering moet worden gemaakt in geval van een levering c.p., nu – zo merkt de Hoge Raad terecht op – 'in het stelsel van de wet de belangen van de schuldeisers op andere wijze worden beschermd dan door een bepaalde bij de levering van roerende zaken in acht te nemen vorm'.¹⁰⁶

De bescherming van schuldeisers met een voorrecht is ook twijfelachtig gelet op de beweegredenen van de wetgever om onder derden met een ouder recht tevens schuldeisers met een voorrecht te scharen. Aanleiding hiervoor was de hiervoor reeds besproken rechtspraak van de Hoge Raad, waarin de zekerheidsoverdracht werd gerelativeerd ten opzichte van bepaalde schuldeisers met een voorrecht.¹⁰⁷ Deze rechtspraak kan echter niet los worden gezien van de mogelijkheid om goederen tot zekerheid over te dragen, welke mogelijkheid thans niet meer bestaat.¹⁰⁸ Kenmerkend is namelijk dat een zodanige zekerheidsoverdracht niet de strekking heeft werkelijk uit het vermogen van de schuldenaar te laten gaan, maar in wezen slechts beoogt een verhaalspositie bij voorrang te creëren. In dat kader is het niet vreemd om in het verhaalsrecht rekening te houden met deze strekking van de overdracht, door de zekerheidsoverdracht soms te relativiseren.

Daarbij komt dat de zekerheidsoverdracht om bijzondere redenen werd gerelativeerd ten opzichte van schuldeisers met een voorrecht. Het ging daarbij om de situatie waarin de schuldeiser een bevoorrechte vordering had op een 'zekere en bepaalde zaak' van de schuldenaar en deze 'de zaak heeft verkregen dankzij de prestatie van de schuldeiser waarop diens vordering betrekking heeft'.¹⁰⁹ Vereist was derhalve dat er een bijzondere samenhang bestond tussen de bevoorrechte vordering en de eigendomsverkrijging van de schuldenaar (en vervolgens de zekerheidseigenaar). Aan dit samenhangvereiste ligt de gedachte ten grondslag dat de zekerheidseigenaar de zaak alleen heeft kunnen verwerven door de prestatie van de schuldeiser. De relativering van de zekerheidsoverdracht ten opzichte van deze schuldeiser stond dan ook in het teken van de ongerechtvaardigde verrijking: voorkomen moest worden dat de zekerheidseigenaar een voordeel in de schoot kreeg geworpen ten koste van de schuldeiser, dankzij wiens prestatie de zaak is verkregen.¹¹⁰ Toen de wetgever ook schuldeisers met een voorrecht schaarde onder de derden met een ouder recht, is dit alles niet onder ogen gezien. Voor de tegenwerpbaarheid van een voorrecht aan een c.p.-verkrijger ontbreekt een dergelijk samenhangvereiste.

106 HR 13 maart 1959, *NJ* 1959, 579 m.nt. L.E.H. Rutten (*Van Vliet q.q./Amsterdamsche Bank*). Vgl. ook M.A.B. Chao-Duivis, 'De positie van de cp-verkrijger ten opzichte van de ouder gerechtigde (art. 3.4.2.5² NBW)', *WPNR* 1988 (5882), p. 403.

107 N.v.V. 2 Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1236.

108 Damsteegt-Molier 2009, p. 33 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 315.

109 HR 6 maart 1970, *NJ* 1970, 433 (*Van Wessem/Traffic*) m.nt. Ph.A.N. Houwing.

110 Asser/Beekhuis, Mijnsen & De Haan 3-I 1985, nr. 356 en Damsteegt-Molier 2009, p. 16. Vgl. ook punt 6 van de noot van W.C.L. van der Grinten onder HR 6 maart 1970, *NJ* 1970, 433 in *AA* 1970, p. 211-218.

Karakteristiek aan het voorrecht van artikel 3:284 BW is bovendien dat het weliswaar tegengeworpen kan worden aan derden met een recht op de zaak, maar niet wanneer deze rechten zijn verkregen na het maken van de kosten tot behoud (art. 3:284 lid 2 BW). Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat ouder gerechtigden zijn gebaat door de kosten tot behoud; deze kosten hebben voorkomen dat zij hun recht hebben verloren. Voor jonger gerechtigden geldt dit niet, nu zij de zaak dan simpelweg niet zouden hebben verworven.¹¹¹ Niet goed valt in te zien waarom hier vervolgens een uitzondering op zou moeten worden gemaakt waar het gaat om jonger gerechtigden uit hoofde van een levering c.p. Ook zij zouden de zaak immers niet hebben verkregen indien de kosten tot behoud niet waren gemaakt en zijn derhalve niet gebaat door die kosten.¹¹² Samenvattend bestaat er daarmee evenmin goede reden de levering c.p. te relativëren ten opzichte van schuldeisers met een voorrecht op de zaak.

8. Conclusie

Artikel 3:90 lid 2 BW kent een bijzondere totstandkomingsgeschiedenis. Door voortschrijdend inzicht in de rechtspraak onder het oude recht (de relativering werd gekoppeld aan de zekerheidsoverdracht) en door andere keuzes in het Nieuw BW (de afschaffing van de zekerheidsoverdracht) kon de bepaling niet de functie krijgen die Meijers met de bepaling voor ogen had en evenmin de functie die de relativering van de levering c.p. onder het oude recht had.

De wetgever kende aan de bepaling in de loop van de totstandkoming dan ook een andere functie toe, waarbij de bepaling werd benaderd vanuit het perspectief van de ouder gerechtigde. Bezwaarlijk achtte hij dat de vervreemder zich jegens de ouder gerechtigde altijd kan blijven gedragen alsof de ouder gerechtigde zijn recht niet heeft verloren, zodat laatstgenoemde ten onrechte kan menen dat zijn recht nog bestaat. Zoals bleek, lijkt deze functie rechtstreeks gebaseerd op de in Duitsland genoemde verklaring voor de achterstelling van de levering c.p. in het kader van derdenbescherming (§ 933 BGB). Van belang is echter dat het Duitse recht geen interversieverbod kent en deze verklaring dan ook toespitst op het geval dat de vervreemder die c.p. levert aan een derde, houder is voor de (oorspronkelijk) rechthebbende. Naar Nederlands recht vallen dergelijke gevallen onder artikel 3:111 BW en is de dubbelrol-redenering derhalve niet nodig.

Betoogd is dat artikel 3:90 lid 2 BW zich slechts beperkt laat rechtvaardigen vanuit het

¹¹¹ Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 479.

¹¹² Dat de Hoge Raad voor zekerheidseigenaars anders oordeelde onder het oude recht (en de wetgever die gedachte heeft doorgetrokken naar de pandhouder), is daarentegen ondanks het feit dat het een jonger recht is, wel gerechtvaardigd omdat in dergelijke gevallen de rechtsverkrijging van de zekerheidseigenaar of pandhouder ten aanzien van een specifiek goed in de regel niet gepaard gaat met een daarmee samenhangende prestatie van de kredietverstrekker. Vgl. Damsteegt-Molier 2009, p. 35 (kennelijk anders op p. 39).

perspectief van de ouder gerechtigde. Zo geldt de door de wetgever gegeven redenering in ieder geval niet wanneer tussen de vervreemder en de ouder gerechtigde in het geheel geen relatie bestaat, op grond waarvan de ouder gerechtigde zou kunnen worden misleid. Artikel 3:90 lid 2 BW beperkt zich in deze benadering dan ook tot het geval dat de ouder gerechtigde een beperkt recht heeft op de zaak. Uiteindelijk was het de wetgever ook vooral om dat geval te doen. Hoewel daaraan een overtuigende motivering ten grondslag ligt, moet bedacht worden dat de relativering van de levering c.p. de beperkt gerechtigde maar een bescheiden bescherming biedt.

Wanneer de achterstelling van de levering c.p. daarentegen wordt beschouwd vanuit het perspectief van de verkrijger, laat zich goed verklaren waarom de verkrijger niet in aanmerking komt voor derdenbescherming bij een levering c.p. De verkrijger komt niet in aanmerking voor de bescherming van artikel 3:86 BW omdat voor hem niet verifieerbaar is dat hij de feitelijke macht over de zaak heeft verkregen, terwijl juist het door de verkrijging van de feitelijke macht gewekte vertrouwen de grondslag vormt voor de bescherming van de verkrijger. De onmogelijkheid van derdenbescherming bij een levering c.p. volgt dan ook uit de ratio van artikel 3:86 BW.

In een tweetal gevallen past deze achterstelling echter in het geheel niet. Het gaat daarbij om de gevallen waarin de onbevoegdheid zijn grondslag vindt in een gebrek in de aankomstitel van de vervreemder en de gevallen waarin het oudere recht een voorrecht is. In het eerste geval komt de achterstelling van de levering in strijd met de bescherming van derden tegen de rigide werking van het causale stelsel van overdracht. In het tweede geval is in het geheel geen kwestie van beschikkingsonbevoegdheid aan de orde, terwijl bovendien geen goede grond bestaat om schuldeisers met een voorrecht nader te beschermen.

E.F. Verheul¹¹³

Groningen

113 Emil Verheul is als promovendus verbonden aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen.

