

Creatief met goederen

*J.C. van der Steur**

1. INLEIDING

In 1996 besluit de Amerikaanse Linda Rios een bekeuring van 271 dollar aan te vechten. Deze bekeuring werd haar door een Californische politieagent uitgereikt omdat zij in haar eentje met de auto over de carpoolstrook reed. Ze erkent dat de passagierstoel leeg was, maar stelt dat de aanklacht op een misvatting berust. Hoewel de foto slechts één persoon toont, waren er, aldus de vrouw, wel degelijk twee personen in de auto aanwezig: zij en haar nog ongebooren kind. In 1986 stelden rechters twee automobilistes met soortgelijke verweren in het gelijk: een foetus is voor de Californische wet een persoon en telt derhalve mee als carpooler. De rechter zag zich op grond van deze precedentes gedwongen Linda Rios op vrije voeten te stellen: er was niet voldaan aan de delictsomschrijving. Het openbaar ministerie was niet voor één gat te vangen: als er dan toch twee mensen in de auto aanwezig waren, dan had de vrouw een andere wet overtreden: in Californië is het niet toegestaan dat twee mensen tegelijkertijd achter het stuur van een auto zitten...¹

Een strikte toepassing van een wettelijke regeling kan in de praktijk problemen opleveren. Soms moet er creatief met de wet worden omgegaan om toch met bepaalde feiten uit de voeten te kunnen. Dergelijke problemen komen ook in het vermogensrecht voor. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het goedsbegrip van artikel 3:1 BW, hetgeen de basis vormt van het goederen- en verbintenissenrecht. Goederen zijn zaken en vermogensrechten. Zaken zijn, aldus artikel 3:2 BW,

* Mw. mr. drs. J.C. van der Steur is als aio verbonden aan het E.M. Meijers Instituut, Universiteit Leiden.

1. Uit: C.J.J.M. Stolker, 'U bent met te veel, dus u krijgt niets! Amerikaanse ervaringen met collectief schadeverhaal', in: B.Th. Moerkoert e.a., *Massaschade*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 39-53.

alle voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Vermogensrechten zijn, aldus artikel 3:6 BW, rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. In de parlementaire geschiedenis wordt het begrip als volgt toegelicht: ‘Goederen’ is het genusbegrip voor alle vermogensbestanddelen, waarvan zaken en vermogensrechten de species vormen. Deze indeling vormt het grondpatroon voor de verdere behandeling van het vermogensrecht.²

Alleen goederen lenen zich voor een vermogensrechtelijke benadering. Afdeling 2 van boek 3 regelt de overdracht van goederen en de afstand van beperkte rechten. Artikel 3:166 BW bepaalt dat gemeenschap aanwezig is wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk. Artikel 3:228 BW bepaalt dat op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn, een recht van pand hetzij van hypotheek kan worden gevestigd. Ook boek 7 bouwt voort op het goedsbegrip uit boek 3. Artikel 7:1 BW bepaalt bijvoorbeeld dat de koop een overeenkomst is waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen. Artikel 7:47 bepaalt vervolgens dat koop ook op een vermogensrecht betrekking kan hebben.

Op objecten die niet onder het goedsbegrip vallen, zijn deze vermogensrechtelijke rechtsfiguren in beginsel niet van toepassing. De inhoud van het goedsbegrip is dus in grote mate bepalend voor verdere mogelijkheden in het vermogensrecht. Duidelijk zal echter worden dat bepaalde objecten die buiten het goedsbegrip vallen, in de praktijk toch een plaats in het vermogensrecht opeisen. De praktijk eist voor bepaalde rechtsverhoudingen een ruimere of beperktere opvatting van het goedsbegrip. Bekeken zal worden voor welke wettelijke regelingen er in de praktijk problemen bestaan, voor welke objecten uitzonderingen worden gemaakt, waarom deze objecten geen goederen zijn in de zin van artikel 3:1 BW en waarom er een constructie van een ruimere of beperktere lezing van het goedsbegrip nodig is. Deze vragen worden aan de hand van vier rechtsfiguren besproken en worden in de conclusie samengevoegd. Paragraaf 2 behandelt het begrip goed in de huwelijksgoederengemeenschap,

2. MvA II op artikel 3.1.1.0., Parl. Gesch. Boek 3, p. 64.

paragraaf 3 behandelt het begrip goed binnen het leerstuk van de kwalitatieve rechten, paragraaf 4 behandelt het begrip zaak binnen het leerstuk van de productaansprakelijkheid en paragraaf 5 behandelt het begrip goed binnen het economisch eigendom. Het zal blijken dat in deze rechtsfiguren het begrip ‘goed’ zodanig moet worden uitgelegd dat daar ook niet-goederen onder vallen. Hoewel er nog veel meer voorbeelden van een ruimere of beperkte uitleg van het goedsbegrip binnen het wettelijk stelsel zouden kunnen worden behandeld, is de behandeling in dit artikel tot deze leerstukken beperkt omdat zo eenvoudig duidelijk kan worden gemaakt dat de vraag naar verruiming van het goedsbegrip door zeer verschillende problemen wordt opgeroepen en dat deze vraag binnen zeer diverse rechtsfiguren een rol speelt.

2. HUWELIJKSGOEDERENGEMEENSCHAP (GOODWILL)

Aan het eind van een huwelijk moeten de goederen uit de gemeenschap onder de echtelieden worden verdeeld. Artikel 1:94 lid 1 BW bepaalt in dit verband:

De gemeenschap omvat, wat haar baten betreft, alle tegenwoordige en toekomstige *goederen* der echtgenoten, met uitzondering van goederen ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen. (curs. AvdS)

De gemeenschap omvat ingevolge artikel 1:94 alleen goederen: de zaken en vermogensrechten. Over de vraag of ook goodwill daartoe behoort, ging het Damesmodebedrijf-arrest uit 1951: Mejuffrouw K. bezit een atelier voor het maken van dameskleding. De heer H. drijft een winkel waarin de door mejuffrouw K. ontworpen en vervaardigde dameskleding wordt geëtaleerd en verkocht. Dit gaat niet alleen zakelijk goed, maar ook privé en zij trouwen met elkaar in gemeenschap van goederen. Zij bezitten en beheren tijdens hun huwelijk gezamenlijk dit damesmodebedrijf. Of het uiteindelijk zakelijk slecht gaat, vertelt het arrest niet, maar privé gaat het in ieder geval wel mis: het huwelijk strandt. Als gevolg van deze echtscheiding vindt een scheiding en deling van de gemeenschap van goederen plaats. Daarentrent ontstaan bij partijen enkele vragen, waarvan de voor dit artikel belangrijkste vraag is ‘of in de scheiding en deling moet worden begrepen de getaxeerde waarde van het door partijen geza-

menlijk uitgeoefende damesmodebedrijf met inbegrip van de beide daartoe betrekkelijke, ten name van de man staande vergunningen en *goodwill*.³

De vrouw stelt zich op het standpunt dat deze vraag bevestigend beantwoord moet worden. De man die het bedrijf wil voortzetten, neemt het tegendeel aan.

Ten aanzien van de goodwill besluit de rechtbank dat goodwill inderdaad een ‘afzonderlijk te waarden vermogensbestanddeel’ is. Het hof vindt dat de boedel zo eerlijk mogelijk tussen partijen verdeeld moet worden en dat goodwill, aangezien het op geld waardeerbaar is, dus bij de verdeling moet worden meegenomen. In cassatie draagt de man voor dat deze overwegingen niet deugen omdat goodwill geen zaak is in de zin van het burgerlijk recht. De Hoge Raad verwerpt dit beroep en overweegt dat

‘wanneer tot iemands vermogen zaken behoren, die worden aangewend in een door hem gevoerd bedrijf, de mogelijkheid bestaat dat (...) deze zaken in haar geheel een waarde hebben, welke uitgaat boven die van de afzonderlijke zaken; dat in een gemeenschap van goederen die gehuwde echtgenoten toebehoren, deze zaken met inbegrip van vorenbedoelde in het bedrijf gelegen mogelijkheid om winst te behalen, tot de baten der gemeenschap moeten worden gerekend (...)’.

Artikel 1:94 BW bepaalt dat tot de baten van de gemeenschap alleen tegenwoordige en toekomstige goederen worden gerekend. De verschillende zaken die een onderneming vormen, zoals machines, auto’s, bedrijfsgebouwen maar ook goodwill, vormen volgens de Hoge Raad de baten van de gemeenschap en moeten dan – consequent doorredenerend – ook goederen zijn. Duidelijk is dat de genoemde zaken goederen zijn in de zin van artikel 3:1 BW, maar is goodwill ook een goed?

Is goodwill een goed?

Het begrip goodwill is moeilijk in een eenduidige definitie te vatten. Goodwill omvat een grote diversiteit aan, sterk aan verandering onderhevige, feitelijkheden. Het begrip goodwill kent een waarde toe aan de feitelijke factoren, waarvoor afzonderlijk geen waarde kan worden bepaald en aan de roerende zaken, onroerende zaken en vermogensrechten, voor zover hun waarde nog niet in de koopprijs is

3. HR 9 maart 1951, NJ 1952, 46 (cursivering AvdS).

verdisconteerd. De invoering van het begrip bleek nodig omdat het ondoenlijk is een aparte waarde aan te geven voor alle afzonderlijke feitelijkheden die nu onder goodwill vallen.⁴ Het is daardoor eenvoudiger de meerwaarde van de onderneming te benoemen.

Hoewel goodwill een zekere ruilwaarde heeft, het stoffelijk voordeel verschaft en bij de verkoop van een onderneming mee overgaat, wordt het naar huidig recht niet als goed aangemerkt. Dit omdat 'men onmogelijk kan volhouden', aldus Asser/Mijnssen/De Haan, 'dat een ondernemer een recht heeft op het voortbestaan van feitelijke omstandigheden. De klanten kunnen na verloop van tijd wegblijven, de verkopers kunnen een andere werkring kiezen, het café kan door omlegging van een verkeersweg zijn gunstige ligging verliezen, zonder dat de ondernemer tegen dit alles iets kan uitrichten'.⁵ De ondernemer kan aan een opvolger niet enig recht op voortduren van de feitelijke situatie verschaffen; hij kan de opvolger slechts in een gunstige uitgangspositie brengen en aan die positie zelf geen afbreuk doen. Een opgebouwde uitgangspositie is echter geen 'goed', geen subjectief recht.

Door Van Oven is in 1953 reeds gepleit voor de aanname van goedkwaliteit voor goodwill. Hij betoogde dat 'er naar verkeersopvattingen wel degelijk iets overgaat, dat evengoed afzonderlijk staat naast deze verbintenissen als naast de lichamelijke zaken die eventueel mede overgaan en dat in onze theoretische beschouwing los daarvan gedacht moet worden. Ja, dit 'iets' is in waarheid vaak het voornaamste object van de overdracht, de 'hoofdzaak', terwijl de lichamelijke zaken en verbintenissen meer 'bijzaken' zijn, desnoods geheel kunnen ontbreken'.⁶

Evenals Van Oven ziet Cohen Jehoram het recht op goodwill als een bijzonder soort vermogensrecht, vergelijkbaar met intellectuele eigendomsrechten.⁷ Het recht op goodwill zou net als deze vermogensrechten voor overdracht vatbaar zijn, in vruchtgebruik en in huur kunnen worden gegeven en in de huwelijksvermogensgemeenschap en faillissementsboedel kunnen vallen.

4. Voor een overzicht van de diverse definities en de vraag naar de waardebepaling van goodwill: R.P.C. Cornelisse, *Enige fiscale aspecten van goodwill*, Deventer: Kluwer 1992, p. 1-9 en p. 193 e.v.
5. Asser/Mijnssen/De Haan, *Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 7.
6. J.C. van Oven, *Goodwill in het Privaatrecht* (Preadvies), Groningen 1953, p. 20-21.
7. H. Cohen Jehoram, *Goodwillrecht*, Deventer: Kluwer 1963, p. 211.

Beekhuis is iets gematigder, maar zeer opportunistisch: 'De goodwill is onder sommige omstandigheden met een subjectief recht gelijk te stellen. Wanneer het er op aankomt, het recht op de waarde van goodwill te realiseren en wanneer de mogelijkheid van die realisatie zich voordoet en zij in de gegeven omstandigheden ook moet plaatsvinden, zou ik van een subjectief recht op de goodwill willen spreken, maar ik zou zeker niet zover willen gaan als de conclusie van de preadviseur, dat, wanneer een dokter in gemeenschap van goederen is getrouwd, op het moment dat zijn vrouw overlijdt, de goodwill, die in het geheel niet aan realisatie toe is, als een subjectief recht in de boedel moet worden begrepen.'⁸

Ze hebben echter het onderspit moeten delven. Naar de heersende mening is goodwill geen goed. Van Mourik weet zich te verzoenen: 'We zullen ons er bij moeten neerleggen dat niet alles, waar de mens waarde aan hecht, voorwerp kan zijn van een subjectief recht'.⁹ Ook Ophof stelt dat 'de voorsprong die een ondernemer heeft bij een bestaande cliëntèle, kan verdwijnen en niet alleen door waardevermindering, wat ook bij de andere rechten mogelijk is, maar ook door concreet verdwijnen. Daarom is naar onze mening een klantenkring niet geschikt om als voorwerp van een subjectief recht te dienen'.¹⁰

Goederenrechtelijke overdracht van goodwill is naar huidig recht niet mogelijk. Het valt echter niet te ontkennen dat bij de verkoop van een onderneming een bepaald bedrag voor de overdracht van de goodwill wordt betaald. Dit wordt niet als overdracht in de zin van artikel 3:84 BW gezien en geschiedt in de praktijk meestal door de verkrijger in de gelegenheid te stellen de bestaande feitelijke omstandigheden in zijn voordeel uit te buiten. De overgang van goodwill ziet men dan weerspiegeld in de verbintenissen, bijvoorbeeld de verbintenis tot non-concurrentie, die door overdracht van de onderneming zijn ontstaan.

Waarom moet er bij de verdeling van de goederen van een huwelijksgemeenschap rekening worden gehouden met goodwill? Hoewel

8. Ph.A.N. Houwing c.s., 'Behandeling van de preadviezen over 'de goodwill in het Privaatrecht en het Belastingrecht' door prof. Mr. J.C. van Oven en prof. Dr. P.J.A. Adriani', *WPNR 26 december 1953 (4327)*, p. 631.
9. M.J.A. van Mourik, *De onderneming in het nieuwe huwelijksvermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 40.
10. H.P.J. Ophof, *Goodwill en onderneming*, *RmThemis* nr. 4, 1972, p. 397.

alleen goederen voor verdeling van een huwelijksgemeenschap vatbaar zijn, heeft de Hoge Raad in het Damesmodebedrijf-arrest beslist dat ook de goodwill bij scheiding en deling verdeeld moet worden. Dit is moeilijk te rijmen met het stelsel van de wet. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de termen goed, zaak of vermogensrecht wordt daarmee verwezen naar deze begrippen zoals omschreven in 3:1, 3:2 en 3:6 BW. Waarom omvat het begrip goed in artikel 1:94 BW mede goodwill, een object dat naar de heersende mening niet onder goed kan worden gevat?

De Hoge Raad geeft hier geen antwoord op. Er wordt slechts gesteld dat als er een aantal aan een bedrijf gekoppelde goederen verdeeld moet worden, dat dit met inbegrip van de in het bedrijf gelegen mogelijkheid om winst te behalen moet geschieden:

‘De beslissing van de rechtbank dat het onderhavige damesmodebedrijf in de gemeenschap valt, dat bij de waardering daarvan mede met den ‘goodwill’ van dat bedrijf rekening moet worden gehouden en dat de vergunningen factoren zijn, die bij het bepalen van de waarde van den ‘goodwill’ in aanmerking moeten worden genomen, terecht door het Hof is bekrachtigd, zodat het middel niet kan slagen’.

Geen woord over de vraag of goodwill een goed is of niet. De Hoge Raad geeft niet aan op grond waarvan deze verruiming van het goedsbegrip in 1:94 BW gelegitimeerd is. Kennelijk wordt de conclusie dat goodwill niet in de huwelijksgemeenschap valt, nu het geen goed is in de zin van artikel 3:1 BW, te stringent bevonden. Kennelijk eist de praktijk een verruimde lezing van het begrip goed in artikel 1:94 BW.

Dit is echter wel in dogmatisch opzicht een dubieuze verruiming van het goedsbegrip. Kunnen andere vermogensrechtelijke rechtsfiguren die verbonden en dus ook gebonden zijn aan het begrip goed, eveneens van toepassing zijn op goodwill? Geldt de verruiming in artikel 1:94 BW alleen voor goodwill of ook voor andere tot dusverre niet als goed erkende entiteiten? Waarom wordt het begrip goederen in de wet gedefinieerd als daarop uitzonderingen mogelijk zijn?

Naar de antwoorden op deze vragen kan slechts worden gegist. Waarschijnlijk ging de Hoge Raad er van uit dat dit het enige geval was waarin voor het begrip ‘goed’ een verruimde interpretatie nodig was. Zoals hieronder zal blijken, wordt deze oplossing voor meer niet-goederen in andere rechtsfiguren gebruikt. Kennelijk voldoet de inhoud van het goedsbegrip niet in alle gevallen.

3. KWALITATIEVE RECHTEN (DE ONDERNEMING)

Artikel 6:251 BW regelt de kwalitatieve rechten. Lid 1 bepaalt:

Staat een uit een overeenkomst voortvloeiend, voor overgang vatbaar recht in een zodanig verband met een aan de schuldeiser toebehorend *goed*, dat hij bij dat recht slechts belang heeft, zolang hij het *goed* behoudt, dan gaat dat recht over op degene die dat *goed* onder bijzondere titel verkrijgt. (curs. AvdS)

Een kwalitatief recht is direct verbonden met een goed. Als een goed overgaat, gaat ook het kwalitatieve recht mee over. Kwalitatieve rechten zijn verbonden aan de aanwezigheid van een bepaalde kwaliteit, bijvoorbeeld aan het zijn van eigenaar van een zaak. Een opvolgende rechthebbende, krijgt de kwaliteit van eigenaar en verkrijgt in die hoedanigheid het kwalitatieve recht. Het gaat, aldus Hartkamp, voornamelijk om rechten met betrekking tot onroerende zaken, zoals een overeenkomst tot onderhoud van een tuin of een non-concurrentiebeding ten aanzien van een onderneming. Ook kan het een recht betreffen op een roerende zaak zoals een garantie die bij de aankoop van een auto wordt bedongen, of een recht betreffende een vermogensrecht, een aandeel in een vennootschap of een pandbrief.¹¹

Kwalitatieve rechten kunnen volgens artikel 6:251 lid 1 BW slechts verbonden zijn aan een goed. Kwalitatieve rechten verbonden aan een tuin, een auto, een aandeel in een vennootschap of een pandbrief – aan ‘3:1 BW-goederen’ – leveren in dit verband geen problemen op, maar is een onderneming ook een goed?

Is een onderneming een goed?

Een onderneming is naar huidig recht geen goed.¹² De onderneming kent wel een bepaalde juridische betekenis. In Asser/Mijnssen/De Haan wordt de onderneming aangeduid als een bijzondere vorm van een algemeenheid van zaken. Een bijzondere vorm omdat ‘tot het vermogen van een handelszaak ook rechten en een aantal feitelijkheden behoren en de band die tussen de samenstellende delen van de

11. Zie Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht deel II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, nr. 397.

12. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, nr. 18; Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 1996, nr. 59; Asser/Mijnssen/De Haan, *Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 86.

algemeenheid bestaat, gevormd wordt door een gemeenschappelijke feitelijke bestemming. Bovendien vertoont de onderneming de eigenaardigheid dat niet a priori valt op te maken, uit welke feitelijke en juridische elementen zij bestaat'.¹³

Het begrip 'algemeenheid van goederen' verwijst naar artikel 3.1.1.11 van het Ontwerp Meijers waarin de juridische status van het begrip onderneming werd verwoord. Met een 'algemeenheid van goederen' werd een hoeveelheid afzonderlijke goederen aangeduid, die niettemin als een eenheid moesten worden gezien en ondanks veranderingen in de samenstelling, een eenheid zouden blijven. Gedacht werd zowel aan een hoeveelheid 'lichamelijke zaken', zoals een bibliotheek of een kudde dieren, als aan een complex van rechten en verplichtingen, dat in zijn geheel als één afzonderlijk vermogen werd gezien (*universitatis iuris*). Bij deze laatste categorie dacht men onder meer aan een nalatenschap, een huwelijksvermogensgemeenschap, een vennootschapsvermogen én een onderneming. Men kon, volgens Meijers, de betekenis van het begrip onderneming niet langer ontkennen.¹⁴ Maar 'nimmer dient de algemeenheid als een afzonderlijk goed in die zin te worden erkend, dat zij bij één handeling zonder op de haar samenstellende delen te letten kan worden overgedragen'.¹⁵

Artikel 3.1.1.11 is nooit geldend recht geworden. In de Memorie van Antwoord valt te lezen dat het begrip 'algemeenheid' in de praktijk en dan met name in de rechtspraak, zijn nadere begrenzing zou moeten verkrijgen.¹⁶

De onderneming is daarmee in beginsel in een juridisch niemandsland terechtgekomen. Het is geen goed, maar enige juridische betekenis kan de onderneming niet worden ontzegd. Binnen verschillende rechtsfiguren wordt de onderneming wel als een complex van samenhangende goederen en schulden verondersteld.¹⁷ Er zijn wel schrijvers die deze inconsistentie willen overkomen door het begrip onderne-

13. Asser/Mijnssen/De Haan, *Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 85-87.

14. TM op artikel 3.1.1.11, Parl. Gesch, Boek 3, p. 98.

15. TM op artikel 3.1.1.11, Parl. Gesch, Boek 3, p. 99.

16. MvA II op 3.1.1.11, Parl. Gesch, Boek 3, p. 101.

17. Zie bijvoorbeeld artikel 5 Handelsnaamwet, artikel 1 lid 1 sub c en 25 Wet op de ondernemingsraden, artikel 11a Benelux Merkenwet, artikel 17 Verordening inzake het gemeenschapsmerk, artikelen 662 en 663 van boek 7 BW en artikel 14 SER-fusiegedragsregels.

ming als goed te beschouwen.¹⁸ Een voordeel van deze benadering is dat het begrip goodwill daarbinnen zou kunnen worden meegenomen.

Hoewel de onderneming verbintenisrechtelijk en in het economisch verkeer veelal als eenheid wordt beschouwd, kan de goederenrechtelijke overdracht van de onderneming, wegens het ontbreken van het goedskarakter, niet in één rechtshandeling geschieden. Bij overdracht van de onderneming zullen de afzonderlijke onderdelen, en onderneming, als machines, onroerende zaken, bedrijfsvoorraden, merkenrechten en octrooien, geleverd moeten worden volgens de specifieke leveringsvoorschriften en moet er voor de goodwill een surplus bedrag worden betaald.

Waarom is het mogelijk kwalitatieve rechten op de onderneming te vestigen?

Wat er ook zij van de status van de onderneming, het is in ieder geval geen goed. Men zou dus verwachten dat een kwalitatief recht niet gevestigd kan worden op een onderneming als geheel. In de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:251 BW valt verbazingwekkenderwijs te lezen dat ‘aan toepassing van art. 6:251 niet in de weg staat dat het recht niet aan één goed maar aan verschillende goederen tezamen, zoals een onderneming, is verbonden.’¹⁹ Gedacht kan worden aan de verkoop van een onderneming waarbij een concurrentiebeding ten behoeve van de koper wordt gemaakt.

Het lijkt derhalve in principe mogelijk om kwalitatieve rechten te vestigen op een onderneming. Of de kwalitatieve rechten met de onderneming mee overgaan hangt vervolgens af van het door artikel 6:251 lid 1 BW vereiste onderlinge ‘nauwe verband’ tussen het recht en het ‘goed’. Of dit verband bestaat, hangt af van de omstandigheden van het geval.

Waarom moet het goedsbegrip in artikel 6:251 BW ruimer worden geïnterpreteerd, zodat ook een onderneming als geheel daaronder moet worden verstaan? Het antwoord hierop is niet uit de parlementaire geschiedenis af te leiden. Het is merkwaardig dat de onderneming, een object dat zich niet leent voor goederenrechtelijke overdracht, in artikel 6:251 wel als goed moet worden beschouwd, mede gezien het

18. Zo bijvoorbeeld met name in verband met de juridische splitsing: E. Vermeulen, ‘Het begrip onderneming in boek 3 BW!’, *Ars Aequi* 48 (1999), p. 209-216.

19. MvA II op artikel 6.5.3.3, Parl. Gesch, Boek 3, p. 932.

feit dat Meijers al expliciet verwoordde dat een algemeenheid van goederen niet als afzonderlijk goed moet worden beschouwd. Waarschijnlijk is deze uitzondering nodig bevonden, omdat zij beter aansluit bij de heersende praktijk waarbij bij de overgang van ondernemingen vaak concurrentiebedingen bedongen worden. Het concurrentiebeding wordt bedongen ten aanzien van de onderneming als geheel en het is dus in overeenstemming met de praktijk om onder goed in artikel 6:251 BW ook onderneming te verstaan.

De ruimere uitleg van het goedsbegrip is verwarrend. Onduidelijk is of de onderneming alleen in dit artikel als goed moet worden beschouwd, of dat dat voor alle rechtsfiguren kan gelden. Het lijkt niet logisch om het goedsbegrip per artikel anders in te vullen omdat bepaalde praktijkproblemen daarmee een bevredigende oplossing kunnen krijgen. Dit is in strijd met de wetsystematiek.

4. PRODUCTENAANSPRAKELIJKHEID (ENERGIE)

Afdeling 6.3.3 regelt de productenaansprakelijkheid. Deze afdeling bevat de incorporatie van de Europese richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten. In het eerste lid van artikel 6:187 BW valt te lezen:

Onder 'produkt' wordt voor de toepassing van artikel 1 tot en met 8 verstaan een *roerende zaak*, ook nadat deze een bestanddeel is gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak, *alsmede elektriciteit*, zulks met uitzonderingen van landbouwproducten en produkten van de jacht. Onder 'landbouwproducten' worden verstaan produkten van de bodem, van de veefokkerij en van de visserij met uitzondering van produkten die een eerste bewerking of verwerking hebben ondergaan. (curs. AvdS)

Artikel 6:187 geeft de definities van de begrippen 'produkt' en 'producent'. Het artikel bepaalt dat een product in beginsel een roerende zaak is. Maar eenmaal roerend blijft roerend voor de productaansprakelijkheid: ook als het product door verwerking in een andere zaak als zodanig ophoudt zelfstandig te bestaan, of goederenrechtelijk gezien onroerend wordt, blijft de oorspronkelijke producent voor gebreken in de 'ooit roerende zaak' aansprakelijk.²⁰ Het productbegrip sluit dus verder aan bij het begrip 'roerende zaak'. Merkwaardig is dat de tekst expliciet elektriciteit noemt. Deze uitdrukkelijke bepaling is opgenomen om discussie te voorkomen over de vraag of de richtlijn van

20. MvT, TK 19636, nr. 3, p. 10.

toepassing is op elektriciteit, aangezien in een aantal landen het stoffelijke karakter van elektriciteit omstreden is of ontkend wordt.

Wat is het rechtskarakter van elektriciteit in het Nederlandse vermogensrecht? Waarom is elektriciteit opgenomen als product?

Is elektriciteit een goed?

De vraag naar het rechtskarakter van elektriciteit kent een lange geschiedenis en heeft vele pennen in beweging gebracht. De eerste rechterlijke uitspraak over elektriciteit stamt uit 1919.²¹ In deze zaak gaat het om de vraag of elektriciteit een goed is dat ingevolge artikel 310 Sr gestolen kan worden.²² Het volgende was het geval: verdachte geeft geheel vrijwillig en kosteloos een cursus ‘tot onderricht in de electriciteitsleer’. Voor dit nobele doel heeft hij stroom nodig uit een accu. Deze accu moet zo nu en dan worden opgeladen. Daarvoor gebruikte verdachte de energie van de naast het huis van de verdachte gelegen, NV Zierikzeesche Brikettenfabriek. Om aan deze energie te kunnen komen, heeft verdachte een gat geboord in de scheidingsmuur tussen zijn huis en de aangrenzende machinekamer van de brikettenfabriek.

Op grond van deze feiten werd hij verdacht van ‘diefstal van elektrische stroom’. Verdachte beroept zich op het feit dat er geen sprake kan zijn van ‘eenig goed’ noch van ‘wegnemen’. Er zou hooguit gebruik kunnen zijn gemaakt van een kracht, maar de wetgever heeft hieraan bij de formulering van 310 Sr niet gedacht.²³ De Rechtbank overweegt dat ‘... in casu immers letterlijk sprake is van het wegnemen en zich toeëigenen van elektrische energie, daar deze energie, binnen de fabriek voortgebracht, daar had kunnen worden bewaard, verbruikt, verkocht, in één woord in de algehele macht van de NV ...’.²⁴ Diefstal van elektriciteit was dus volgens de Rechtbank Zierikzee goed mogelijk.

Meer bekendheid heeft het arrest van de Hoge Raad uit 1921 gekregen. Hierin stond wederom het strafrechtelijk rechtskarakter van

21. Rechtbank Zierikzee 23 december 1919, NJ 1920, 185.

22. Art. 310 Sr: Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft (...).

23. Zie hierover M.S. Groenhuijsen en F.P.E. Wiemans, *Van electriciteit naar computercriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 25-27.

24. Rechtbank Zierikzee 23 december 1919, NJ 1920, 185.

elektriciteit centraal. De Hoge Raad vond dat verdachte zich, door het aftappen van elektriciteit, schuldig had gemaakt aan diefstal van energie. Doorslaggevend was dat elektriciteit als object overdraagbaar is, beschikbaar is en economische waarde heeft.²⁵

Dit wil echter nog niet zeggen dat elektriciteit ook civielrechtelijk een goed is. Ingevolge artikel 3:2 BW is doorslaggevend of elektriciteit een stoffelijk object is, dat voor menselijke beheersing vatbaar is. Is elektriciteit een stoffelijk object?

Er zijn schrijvers die elektriciteit als stoffelijk goed beschouwen. In 1916 verdedigde Katz deze stelling.²⁶ Ook enkele hedendaagse schrijvers vinden dat elektriciteit ook als civielrechtelijk goed beschouwd moet worden. Zij bouwen daarbij voort op de stelling van Asser/Mijnssen/De Haan dat 'zaak' in juridische zin niet vereenzelvigd mag worden met 'stof' in natuurwetenschappelijke zin.²⁷ Volgens Loos moeten bijvoorbeeld voor de beoordeling van de vraag of elektriciteit een stoffelijk object is de verkeersopvattingen doorslaggevend zijn.²⁸

Een voorwerp dat in het rechtsverkeer de functie en de eigenschappen van een zaak vertoont, dient als zodanig te worden aangemerkt. Natuurkundige opvattingen kunnen daarbij wel een rol spelen, maar geen beslissende. Voor de erkenning van het stoffelijk karakter van elektriciteit pleit dat elektriciteit zintuiglijk kan worden waargenomen. Volgens Loos doet erkenning van de mogelijkheid van eigendom van elektriciteit geen andere (theoretische) problemen ontstaan dan reeds het geval is met betrekking tot de eigendom van gas.

Naar huidig recht is gas echter wél en elektriciteit geen goed. Dit brengt tevens problemen met zich mee voor de kwalificatie van een overeenkomst met elektriciteit als voorwerp. De kwalificatie als koopovereenkomst of overeenkomst tot aanneming van werk wordt daarmee onmogelijk, nu hiervoor vereist is dat het voorwerp van de overeenkomst de levering van een zaak betreft respectievelijk de totstandbrenging van een werk van stoffelijke aard is.

25. HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.

26. C.F. Katz, *Het onrechtmatig gebruik der elektrische energie en de wettelijke middelen daartegen*, Amsterdam: Ipenbuur & Van Seldam 1916.

27. Asser/Mijnssen/De Haan, *Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 62.

28. M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1998, p. 56-59.

Waarom is elektriciteit een product in de zin van de productenaansprakelijkheid?

Zoals hierboven reeds is gesteld, wordt elektriciteit niet als zaak in de zin van artikel 3:2 BW aangemerkt. Wanneer product als een roerende zaak omschreven wordt, valt elektriciteit daar dus buiten. Elektriciteit wordt daarom in artikel 6:187 lid 1 expliciet genoemd. Bij de implementatie van de Europese richtlijn in het nationale recht ontstond echter toch enige onduidelijkheid over de strekking van de opname van elektriciteit als product.

De Memorie van Toelichting bij de implementatie van de richtlijn over productenaansprakelijkheid, gaf de volgende toelichting op de vermelding van elektriciteit: 'De aansprakelijkheid geldt uitsluitend voor gebreken in roerende zaken. Elektriciteit wordt, in tegenstelling tot gas en water, afzonderlijk genoemd daar elektriciteit kan worden gebracht onder het civielrechtelijke begrip zaak.'²⁹

Dit wekte de verbazing van de leden van de PvdA-fractie. 'Zij zouden', aldus het voorlopig verslag, 'gaarne vernemen waarom 'drinkwater en gas' niet expliciet worden genoemd in de onderhavige wettelijke omschrijving van het begrip product. Daarbij merkten zij op dat de uitleg dat elektriciteit in tegenstelling tot water en gas kan worden gebracht onder het civielrechtelijk begrip zaak, hen niet had overtuigd. Zij vroegen of zij soms mochten begrijpen dat water en gas impliciet vallen onder de omschrijving van het begrip product.'³⁰

Tijd om duidelijkheid te scheppen. Aldus gebeurde in de Memorie van Antwoord: 'wij merken hier over op dat in de door deze leden aangehaalde zin uit de toelichting het woord 'niet' is weggefallen. Electriciteit wordt uitdrukkelijk genoemd, omdat het, anders dan gas en water, niet als een 'voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object' kan wordt aangemerkt.'³¹

Maar waarom wordt elektriciteit uitdrukkelijk genoemd? Dit is nodig omdat tussen de Westerse landen geen eenduidigheid bestaat over het rechtskarakter van elektriciteit. Elektriciteit wordt bijvoorbeeld uitdrukkelijk als zaak erkend in het Zwitserse en Italiaanse wetboek.³² Het Nederlandse recht en Duitse recht ontkennen echter de

29. MvT, TK 19363, nr. 3, p. 10.

30. Voorlopig Verslag, TK 19363, nr. 5, p. 21.

31. MvA, TK 19363, nr. 6, p. 25.

32. Zie hierover Asser/Mijnssen/De Haan, *Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink

zaakskwaliteit van elektriciteit. Om problemen in het kader van de productenaansprakelijkheid, dat aansprakelijkheid vestigt voor producenten of een ieder die een product in de Europese Economische Ruimte invoert, te voorkomen, is besloten elektriciteit expliciet als product te erkennen. Over de precieze redenen is in de parlementaire geschiedenis en in de Richtlijn weinig te vinden. Waarschijnlijk komt het overeen met de eisen van de praktijk. Het is praktisch gezien voor de consument van groot belang dat een producent gemakkelijk kan worden aangesproken voor zijn gebrekkige product. Daarbij kan worden gedacht aan afwijkingen in de netspanning.

Bovendien zal van belang zijn dat artikel 2 van de Richtlijn het begrip product als 'roerend goed' omschreef. Het begrip 'goed' in het EEG-verdrag kent een andere invulling dan het begrip 'goed' in ons nationale recht. Het verdrag geeft geen definitie van het begrip goed, maar 'goed' in het EEG-verdrag staat tegenover 'dienst'. Moet in het EEG-recht gekeken worden of elektriciteit een goed of een dienst is, voor het nationale goedsbegrip is doorslaggevend of elektriciteit al dan niet een stoffelijk object is dat voor menselijke beheersing vatbaar is. Het Europese Hof besliste in zijn arrest van 15 juli 1964 dat elektriciteit eerder als 'goed' in de zin van het EEG-verdrag moest worden beschouwd, dan als dienst.³³ Het woord goed in de zin van artikel 2 Richtlijn verwees dus naar het EEG-begrip goed, waaronder reeds elektriciteit werd begrepen. Bij de omzetting van artikel 2 in nationaal recht heeft de nationale wetgever uit oogpunt van inpassing van het begrip 'roerend goed' in het systeem van het nationale privaatrecht, gekozen voor aansluiting bij het begrip 'zaak' van artikel 3:2 BW. De Nederlandse wetgever omschrijft 'produkt' in art 6:187 lid 1 daarom als roerende zaak. Het lijkt erop dat men hiermee aansluiting heeft gezocht bij artikel 3:2 BW, waardoor elektriciteit zonder aparte vermelding buiten de boot zou vallen.

Duidelijk is geworden dat de reikwijdte van rechtsbegrippen van groot belang is. Wanneer een product strikt als roerende zaak in de zin van artikel 3:2 BW, zou worden toegepast, zou dat in Nederland betekenen dat producenten van elektriciteit niet aansprakelijk zijn voor bij

1992, nr. 65.

33. Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 15 juli 1964, zaak 6/64, Jurispr. 1964, p. 1203 (Costa/Enel). Zie ook HvJ EG 27 april 1994, NJ 1995, 93 en HvJ EG 23 oktober 1997, NJ 1998, 760.

een gebrekkige elektriciteitsleverantie. Dit kent gezien de praktijk en de verschillen tussen Westerse landen onderling grote bezwaren. Vandaar dat in artikel 6:187 BW elektriciteit expliciet genoemd wordt als product. Deze gang van zaken laat het begrip zaak in artikel 6:187 BW in beginsel zijn betekenis houden, zoals dat in artikel 3:2 BW is verwoord. Het is echter de vraag hoe lang dat kan duren. Want niet alleen ten aanzien van elektriciteit bestaat verwarring, dit is evenzeer het geval bij software.³⁴ Net als bij elektriciteit is het voor software de vraag in hoeverre het 'onstoffelijke karakter' de kwalificatie van product in de weg staat. Het feit dat niet is gekozen voor een nadere beschrijving van het begrip zaak, maar dat er is gekozen voor het opnemen van een uitzondering, elektriciteit, maakt het begrip product met het oog op de toekomst een onzeker begrip. Niet duidelijk is wanneer er wel en wanneer er geen uitzondering op het begrip zaak in artikel 6:187 BW mogelijk is.

5. HUUR (DELEN VAN ZAKEN)

Volgens de omschrijving in het eerste lid van artikel 7A:1584 BW zijn alleen maar zaken in de zin van artikel 3:2 BW vatbaar voor een huurovereenkomst. Dit eerste lid bepaalt namelijk:

Huur is de overeenkomst waarbij de ene partij (verhuurder) zich verbindt om de andere partij (huurder) het genot van een *zaak* te doen hebben gedurende een bepaalde tijd en tegen een bepaalde prijs. (curs. AvdS)

In 1910 besliste de Hoge Raad dan ook dat een huurovereenkomst ten aanzien van de oppervlakte van een schutting niet geldig was. Volgens de Hoge Raad kon een huurovereenkomst alleen geldig zijn als de verhuurde zaak als een zelfstandig voorwerp geleverd kan worden.³⁵

In 1959 moest de Rechtbank Amsterdam beoordelen of verhuur van een muurvlakte voor reclame verhuur is in de zin van artikel 7A:1584 BW. De kantonrechter vond van niet. Ten eerste zou het niet gaan om het genot van de blinde muur, doch alleen het recht om die muur voor reclamadoeleinden te gebruiken, en ten tweede kon de

34. Zie R.J.J. Westerdijk, *Produktenaansprakelijkheid voor software*, Deventer: Kluwer 1995, p. 89 e.v.

35. Hoge Raad 27 mei 1910, W. 9036.

muur niet zelfstandig worden geleverd, hetgeen blijkt uit artikel 7A:1586 BW één van de verplichtingen van de verhuurder is.

De rechtbank kon zich hier niet mee verenigen: 'het valt niet in te zien', aldus de rechtbank, 'waarom de onderhavige overeenkomst niet als een – zij het uiteraard beperkt – recht op 'genot' van die muurvlakte kan worden zien. Een dergelijke beperking van het in artikel 7A:1584 BW bedoelde genot is immers geenszins in strijd met het wezen van de overeenkomst van huur en verhuur van het BW'. Vooropgesteld dat een overeenkomst van huur en verhuur krachtens haar rechtskarakter zeer wel mogelijk is met betrekking tot een gedeelte van een onroerend goed, moet ervan worden uitgegaan, dat levering in de zin van artikel 7A:1586 BW zal kunnen geschieden door het aan de huurder toepasselijk stellen van het gehuurde en het daardoor aan hem verschaffen van gelegenheid om het overeengekomen genot te realiseren'.³⁶

Ook genot van een deel van een zaak, in casu een muur, is dus 'genot van een zaak'. Eiser was daar echter niet beter mee af: 'nu derhalve ook artikel 7A:1612 BW ten deze van toepassing is', vervolgde de rechtbank, 'heeft de huurder geen actie wegens contractbreuk of wanprestatie tegen de verhuurder, die het perceel later verkoopt, indien de nieuwe koper de reclameborden verwijdert'.³⁷

Het begrip zaak in artikel 7A:1584 BW komt dus niet overeen met de definitie van een zaak in artikel 3:2 BW. Ook gedeelten van stoffelijke objecten die als zodanig geen voorwerp (kunnen) zijn van goederenrechtelijke rechten, kunnen verhuurd worden, zoals bijvoorbeeld kamers in een huis.³⁸

Krachtens de schakelbepaling van artikel 7A:1585 BW kunnen ook vermogensrechten, bijvoorbeeld appartementsrechten, voorwerp van een huurovereenkomst zijn.

36. Rb. Amsterdam 22 december 1959, NJ 1960, 496.

37. Idem, zie noot 36.

38. Artikel 7A:1623a lid 2 BW noemt met zoveel woorden 'een gedeelte van een onroerende zaak' als mogelijk huurobject. Voldoende is dat het genot van hetgeen verhuurd wordt, feitelijk aan een ander kan worden gelaten, met andere woorden, aan de huurder verschafte kan worden. Zie Handboek Huurrecht, (Oldenhuis/Makkink), art. 1584, aant. 42.

Koophuur

In het kader van dit artikel is het interessant hier een vergelijking te maken met de in 1996 geïntroduceerde constructie 'koophuur'. Koophuur is de constructie waarmee woningbouwvereniging Het Oosten te Amsterdam de landelijke pers, maar ook vele juristen druk bezig wist te houden.

Bij koophuur huurt men het casco van een woning en koopt men de binnenkant van deze woning. Tot de binnenkant van de woning behoren: de ruimten, de niet dragende wanden, de zwevende vloeren, de installaties, de voorzieningen en de afwerking. De huurder verkrijgt van deze binnenkant echter geen eigendom in de zin van artikel 5:1 BW, maar hij wordt economisch eigenaar. Alle lusten en lasten met betrekking tot het goed komen voor rekening van de economisch eigenaar. Het enige verschil met juridisch eigendom ligt in het feit dat de economisch eigenaar geen macht heeft om over het goed te beschikken. De macht en het belang van een goed worden gescheiden. Deze koophuur-constructie is gecreëerd opdat de huurder gestimuleerd wordt de binnenkant van een woning goed te onderhouden en zo in waarde te laten stijgen. De bewoner mag dus naar hartelust verbouwen en vertimmeren, maar het onderhoud en de vervangingsinvesteringen komen eveneens voor zijn rekening en risico. Bij beëindiging van de huurovereenkomst van het casco hoeven de veranderingen die aan de binnenkant zijn aangebracht niet ongedaan te worden gemaakt. De bewoner verkoopt de binnenkant terug aan de woningbouwvereniging, die zich tot terugkoop heeft verplicht. De juridische vormgeving van dit proces is echter ingewikkeld geconstrueerd. De woningbouwvereniging levert de economische eigendom van de binnenkant van de woning aan de Vereniging van Koophuurders (VvK) en verkrijgt daarvoor een lidmaatschap van de VvK. De woningbouwvereniging draagt dit lidmaatschap over aan de bewoner tegen betaling van de koopprijs van de binnenkant. De economische eigendom van de binnenkant heeft derhalve de vorm van een lidmaatschapsrecht van de VvK.

Het Oosten heeft voor de financiering een overeenkomst gesloten met een hypotheekinstelling op grond waarvan de bewoner een lening kan afsluiten ter financiering van de koopsom. Bij wijze van zekerheid verleent de bewoner aan de hypotheekinstelling een pandrecht op zijn lidmaatschapsrecht. De overeenkomst tussen de woningbouwvereniging en de hypotheekinstelling houdt tevens in dat de woning-

bouwvereniging de incassotaak en (in bepaalde gevallen) het debiteurrisico van de hypotheekinstelling overneemt. Bij overname van het debiteurrisico verkrijgt de woningbouwvereniging van de hypotheekinstelling het pandrecht op het lidmaatschap.³⁹

Ten aanzien van deze koopuur-constructie heeft zich een interessante discussie afgespeeld tussen Nieskens-Isphording en Kortmann. De bezwaren van Nieskens-Isphording waren tweeledig. Enerzijds acht zij de overdracht van economisch eigendom van slechts een deel van een – juridisch niet splitsbare – onroerende zaak niet mogelijk. Anderzijds acht zij een dergelijke ingewikkelde constructie niet nodig om te bereiken dat een huurder de volledige zeggenschap en verantwoordelijkheid voor een eigen (binnen)huis zou krijgen.

In dit artikel zal alleen op haar eerste bezwaar worden ingegaan. Dit bezwaar betreft een soortgelijk probleem als het hierboven besproken huur-arrest. Economisch eigendom wordt kortweg omschreven als een bundel rechten of plichten ten aanzien van een bepaald goed. Ziet dit enkel op zelfstandige '3:1-goederen' of kan dit ook een 'deel van een 3:1-goed' betreffen? Is economisch eigendom van een deel van een zaak, de binnenkant van een woning, mogelijk?

Zowel Kortmann als Nieskens-Isphording waren het erover eens dat de overdracht van de juridische eigendom van de binnenkant van een woning niet mogelijk is. Goederenrechtelijke overdracht is alleen mogelijk ten aanzien van zelfstandige goederen. De binnenkant van een woning is geen zelfstandig goed. Door natrekking zal de eigendom van de binnenkant altijd toekomen aan diegene die de eigendom over de casco heeft. Maar is economisch eigendom van de binnenkant van een woning mogelijk of kan economisch eigendom alleen ten aanzien van een zelfstandige zaak bestaan?

Nieskens-Isphording beschouwt economisch eigendom als afgeleide van 'gewoon' eigendom en stelt economisch eigendom alleen maar open voor goederen, dat wil zeggen zelfstandige goederen in de zin van artikel 3:1 BW: 'De binnenkant van een woning, is geen

39. Uit: F.T. Oldenhuis, H.J. Rossel, P.M. Gompen en F.R.A. Schaaf, *Hoofdlijnen in het huurrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 41. Zie ook B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Koopuur: een juridische variant van de nieuwe kleren van de keizer', *NJB 6 december 1996 (44)*, p. 1845-1851 en S.C.J.J. Kortmann, 'Juridische striptease volgens Nieskens-Isphording', *NJB 3 januari 1997 (1)*, p. 7-8.

bepaald goed, het is een ‘juridisch niets’ waarvan men geen eigenaar en (ook) geen economisch eigenaar kan zijn.’⁴⁰

Kortmann ziet dit anders. Economisch eigendom ten aanzien van de binnenkant van een woning is volgens hem wel degelijk mogelijk. De goederenrechtelijke natrekkingsregel kan niet door een verbintenis worden doorbroken. Wel is er een persoonlijke verbintenis in het leven geroepen, die inhoudt dat tussen huurder en eigenaar afgesproken is dat de waarde van de binnenkant van de woning toekomt aan de huurder. Dit is een persoonlijk recht waarvoor een object vereist is. De binnenkant van een woning is een object waarover men een dergelijke verbintenis kan afsluiten. De huurder verkrijgt dus een vorderingsrecht tot betaling van een geldsom voor de binnenkant van de woning. Het gaat volgens hem bij economisch eigendom om de afspraak dat de waarde van een object toekomt aan een ander dan de juridische eigenaar.⁴¹

Het is niet eenvoudig te bepalen wie er gelijk heeft. Economisch eigendom is geen wettelijk begrip. Kijkt men naar enige in de literatuur gegeven definities dan ziet men dat enkele schrijvers economisch eigendom aan goederenrechtelijk goederen verbinden.⁴² Andere schrijvers stellen juist voorop dat economisch eigendom niet met juridisch eigendom verward moet worden.⁴³

Het lijkt mij dat de inhoud van het begrip economisch eigendom afhankelijk is van de concrete invulling door partijen. Hebben partijen afgesproken dat de economische eigendom gevolgd zal worden door daadwerkelijke levering van het goed, en dus door juridische eigendom, dan zal economisch eigendom alleen kunnen zien op goederen die ook daadwerkelijk ingevolge artikel 3:84 BW kunnen worden overgedragen. Goederen dus die ten tijde van de levering de toets van kwalificatie van zelfstandig goed kunnen doorstaan. Is het niet de bedoeling om de juridische eigendom te verwerven, dan kan men

40. B.W.M. Nieskens-Isphording, ‘Naschrift’, *NJB 3 januari 1997 (1)*, p. 8-9.

41. S.C.J.J. Kortmann, ‘Juridische striptease volgens Nieskens-Isphording’, *NJB 3 januari 1997 (1)*, p. 7.

42. Asser/Mijnssen/De Haan, *Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 566; W. Slagter, *Juridische en economische eigendom*, Dies-rede 8 november 1968; W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

43. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, nr. 496; C.L.J.M. de Waal, ‘Koophuur en cascohuur; of wat geld(t) voor de binnenkant van de woning’, *WR 1997*, p. 199-200.

mijns inziens volstaan met de economisch eigendom van een deel van een goed. Net als bij huur is economisch eigendom van een deel van een zaak onder omstandigheden goed mogelijk.

De Waal is het hier mee eens, maar twijfelt om een andere reden aan het al dan niet ontstaan van economisch eigendom binnen de koophuur-constructie: 'Wil er sprake zijn van het in economisch eigendom overdragen van de binnenkant van de woning, ... dan zal het volledige economische belang bij de binnenkant van de woning bij de 'koophuurder' moeten liggen. Dat betekent dat deze alle rechten en alle verplichtingen met betrekking tot die binnenkant zal moeten hebben. De koophuurder zal het volledige risico, ten gunste of ten ongunste, van waardeverandering van die binnenkant van de woning moeten dragen'. Naar De Waals mening ontbreekt aan de koophuur-constructie het meest essentiële element van economische eigendom, namelijk het dragen van het volledige risico of belang van waardeverandering.⁴⁴

In Oldenhuis e.a. wordt de verbintenisrechtelijke verhouding tussen woningbouwvereniging en de koophuurder gewoon als een huurovereenkomst beschouwd, waarop de woonruimtebepalingen van toepassing zijn. De strekking van de koophuurovereenkomst is dat aan bewoner/koper woonruimte wordt verschaft tegen een door hem te betalen prijs. Dat het huurelement contractueel slechts betrekking heeft op het casco gedeelte van het appartement, doet daar hem niets aan af. Het casco gedeelte en de binnenkant zijn immers onlosmakelijk met elkaar verbonden.⁴⁵

Zowel de voor- als tegenstanders van de koophuur-constructie spreken over economisch eigendom van een goed. Onduidelijk is echter wat precies met goed bedoeld wordt. Is goed, een '3:1-goed', een – zoals in het huurrecht mag – 'deel van een 3:1-goed' of is het gewoon een object en verwijst het niet naar artikel 3:1 BW? In ieder geval heeft het feit dat Nieskens-Isphording economisch eigendom aan het goedsbegrip koppelt geen beperkingen voor de aangegane verbintenissen tot gevolg. Het enige gevolg is volgens haar dat men de verbintenisrechtelijke constructie geen economisch eigendom mag noemen.

44. C.L.J.M. de Waal, 'Koophuur en cascohuur; of wat geld(t) voor de binnenkant van de woning', *WR* 1997, p. 200.

45. F.T. Oldenhuis, H.J. Rossel, P.M. Gompen en F.R.A. Schaaf, *Hoofdlijnen in het huurrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 32 e.v.

Dogmatisch is deze vraag wel belangrijk. Betekent de vermelding van goed of zaak in begripsdefinities nu wel of geen verwijzing naar zelfstandige '3:1-goederen' of '3:2-zaken'? Duidelijk is geworden dat dit lang niet altijd het geval is.

6. CONCLUSIE

Dit artikel gaat over de constructie van een verruimde of beperkte lezing van het goedsbegrip. Duidelijk is geworden dat de definities van goederen, zaken en vermogensrechten in de artt. 3:1, 3:2 en 3:6 BW bepaalde objecten in onze samenleving uitsluiten. Deze uitsluiting is in sommige gevallen niet in overeenstemming gebleken met de praktijk. De rechter en de wetgever staan voor deze gevallen soms een verruimde of beperkte lezing in de diverse artikelen of vermogensrechtelijke rechtsfiguren toe. Duidelijk is geworden dat de spanning met de praktijk niet altijd voortspruit uit hetzelfde probleem. De problemen zitten voor goodwill en energie in de onstoffelijkheid, voor de onderneming in het feit dat het om een complex van zaken gaat, bij huur en koophuur in het feit dat het om een deel van een zaak gaat. Gemeenschappelijk is het probleem dat het begrip goed of zaak in de behandelde rechtsfiguren telkens ruimer moet worden gelezen, wil het aan de logica van de praktijk kunnen voldoen.

Onduidelijk is vaak op welke basis dit gebeurt, of deze verruiming alleen voor die bepaalde vermogensrechtelijke rechtsfiguren geldt of ook voor andere rechtsfiguren en bovenal is onduidelijk waarom van de algemene definitie in artt. 3:1, 3:2 en 3:6 wordt afgeweken. Wat is dan nog het nut van een definitie?

In dit artikel konden slechts enkele voorbeelden beschreven worden. De aan het licht gekomen dogmatisch dubieuze gang van zaken, roept de belangrijke vraag op naar de precieze inhoud van ons goedsbegrip. Op zich is het bewonderenswaardig dat civilisten eeuwenlang met dezelfde klassieke begrippen uit de voeten kunnen, maar wordt het niet eens tijd om ons op het goedsbegrip te herbezinnen?