

Beschikken over voorwaardelijke eigendom

Prof.mr. W.H. van Boom *

HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290 (*Rabobank / Reuser*)

Inleiding

Bij verkoop onder eigendomsvoorbehoud maken koper en verkoper de afspraak dat de eigendom van de verkochte zaak bij de verkoper achterblijft totdat de koper zijn prestatie heeft verricht.¹ In artikel 3:92 BW vindt men de wettelijke regeling van het eigendomsvoorbehoud, waarbij op grond van lid 1 het wettelijke vermoeden geldt dat de verkoper zich verbindt tot overdracht van de zaak onder opschortende voorwaarde van de nakoming door de koper van diens verplichting (hierna kortheidshalve: de betalingsvoorwaarde). Deze constructie van het eigendomsvoorbehoud houdt in dat de zaak *wel* feitelijk afgeleverd wordt aan de koper, maar dat die aflevering *niet* heeft te gelden als bezitsverschaffing in de zin van artikel 3:90 BW. De aflevering wordt weliswaar gezien als voltooiende levering, maar dan niet door bezitsverschaffing maar door middel van ‘machtsverschaffing’ in de zin van artikel 3:91 BW (zie ook art. 7:9 lid 3 BW). Het gevolg hiervan is dat de koper de zaak feitelijk in handen krijgt maar dat tegelijk het bezit bij de verkoper achterblijft. De koper blijft houder voor de verkoper totdat het voorbehoud uitdooft door de vervulling van de betalingsvoorwaarde. De vervulling van de betalingsvoorwaarde zorgt ervoor dat het houderschap van de koper van rechtswege wordt omgezet in

bezit van de koper en dat hij op dat moment onvoorwaardelijk eigenaar wordt.² Het intreden van de voorwaarde heeft dus geen terugwerkende kracht (art. 3:38 lid 2 BW) maar wel zeggend ‘goederenrechtelijke werking’.

Het mooie van de constructie is dat geen nadere rechtshandeling meer nodig is: als op het moment van aflevering aan alle vereisten van artikel 3:84 BW is voldaan, dan leidt het latere intreden van de voorwaarde vanzelf tot verkrijging van onvoorwaardelijke eigendom door de koper. Mocht in de tussentijd de verkoper zijn gefailleerd, dan staat dat niet in de weg aan die verkrijging.³ Zodoende is de constructie van eigendomsvoorbehoud niet alleen een vorm van zekerheid voor de verkoper, maar ook voor de koper.

Wat de wet niet duidelijk bepaalt, is wat de exacte aard van de eigendomsverhoudingen is tussen het moment van aflevering en het intreden van de betalingsvoorwaarde. Wat hebben verkoper en koper in hun vermogen in die periode? In de literatuur zijn twee grote ‘kampen’ aangeduid: het kamp der monisten en het kamp der dualisten.⁴ Hoewel er verschillende tussenposities en grijstinten zijn (en sommige auteurs zich niet scherp uitdrukken),⁵ is de tegenstelling tussen de twee kampen in grote lijnen uit te drukken als in de tabel op de volgende pagina.

* Met dank aan Ewout Cornelissen, Ivo Giesen en Steven Bartels voor discussie en commentaar.

1 Dat zal in elk geval algehele betaling van de afgesproken prijs zijn, maar partijen zijn op grond van art. 3:92 lid 2 BW gerechtigd het eigendomsvoorbehoud te ‘verlengen’ zodat bepaalde andere vorderingen ook gezekeerd worden door het voorbehoud.
2 Parl. Gesch. Boek 3, p. 388, p. 436, Parl. Gesch. Boek 3 Inv., p. 1238. Vgl. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 347; S.E. Bartels, A.I.M. van Mierlo & H.D. Ploeger, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Algemeen Goederenrecht. Deel IV*, Deventer: Kluwer 2013/127; E.B. Rank-Berenschot, *Bezit* (Monografieën BW, deel B7), Deventer: Kluwer 2012/37; W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud*

(Monografieën BW, deel B6c), Deventer: Kluwer 2013, p. 49 e.v.; J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 134.

3 Bijv. Reehuis 2013, p. 52; T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 553; Peter 2007, p. 141; R.M. Wibier, ‘De verpandbaarheid van voorwaardelijke eigendom: tijd om het eigendomsvoorbehoud ten grave te dragen?’, *NTHR* 2016, p. 211.

4 De termen zijn ontleend aan P.L. Nève, ‘Eigendomsvoorbehoud’, in: P.L. Nève & J.A.W. Lensing, *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 2000, p. 59.

5 In het kamp der dualisten bevinden zich ook de auteurs die het recht van de koper niet als eigendom kwalificeren, maar een soort goederen-

rechtelijk verwachtingsrecht dat kan uitgroeien tot eigendom. In deze hoek plaats ik bijv. J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1980, p. 53 (‘gedeelde eigendom’); R. Zwitter, ‘De betekenis van “Anwartschaftsrecht” voor de rangorde van zakelijke rechten’, *WPNR* 1993, afl. 6099, p. 525 (‘beperkt zake-lijk recht’); A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 343 e.v.; A.H. Scheltema, ‘Eigendomsvoorbehoud, overdracht en verpanding van eigendom onder opschortende voorwaarden’, *MvV* 2013, p. 155 e.v. (‘beperkt recht’). Niet helemaal helder qua rechtsgevolgen: B.M. Mezas, *Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 48, p. 54.

Monisten ⁶	Dualisten ⁷
– Eigendom is als meest omvattende absolute recht op een zaak onsplitsbaar – Totdat de betalingsvoorwaarde is ingetreden, is de verkoper eigenaar onder ontbindende voorwaarde – Omdat het onzeker is of de voorwaarde intreedt, heeft de koper nog niets in zijn vermogen – De koper is dus beschikkingsbevoegd over iets dat er niet is en dus is hij niet bevoegd – Beschikkingshandelingen die de koper verricht, zijn handelingen verricht bij voorbaat (art. 3:97 BW); deze zijn dus niet bestand tegen faillietverklaring van de koper die intreedt voor het intreden van de voorwaarde (art. 23 en 35 Fw) – De term eigendom onder opschortende voorwaarde is dus in wezen nietszeggend omdat zij toekomstige eigendom is – Dualisme moet worden verworpen want in strijd met het absolute en ondeelbare karakter van eigendom, de numerus clausus en het fixatiebeginsel	– De koper heeft voor aflevering al een recht, namelijk een vorderingsrecht dat recht geeft op (voorwaardelijke) overdracht; het zou raar zijn als de koper ná aflevering niets meer heeft totdat de betalingsvoorwaarde vervuld wordt – Daarom moet het wel zo zijn dat de koper na aflevering meer dan een verbintenisrechtelijke aanspraak heeft – Dit is in lijn met artikel 3:84 lid 4 BW – Het recht van de koper is complementair aan het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkoper – Van deze verkoper is in de rechtspraak al geoordeeld dat hij beschikken kan over zijn eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde⁸ – Het recht van de koper is daarom al vanaf aflevering een eigendomsrecht, en wel onder opschortende voorwaarde – Het eigendom is dus in zekere zin duaal, waarbij er een werkend en een sluimerend eigendom is – Omdat het vanaf aflevering al een eigendomsrecht is, kan het terstond als bestaand, zij het voorwaardelijk eigendomsrecht worden vervreemd en bezwaard

De vraag die centraal staat in *Rabobank/Reuser*, is simpelweg deze: wie hebben gelijk, de monisten of de dualisten? We laten de Hoge Raad aan het woord.

Feiten en procesverloop

Kwekerij Revadap BV koopt in 2008 een teeltsysteem voor het kweken van paprika's. Verkoper Meteor Systems BV installeert het systeem, dat bestaat uit teeltgoten, ophangbakken en een hydratatie- en voedingssysteem (hierna: het teeltsysteem), in de kas die in eigendom toebehoort aan Revadap. Het teeltsysteem kost ongeveer € 600.000. Meteor behoudt zich de eigendom van het systeem voor totdat de koopprijs is voldaan. Na installatie sluit Revadap een andere overeenkomst met Rabobank Zuid-Holland Midden, namelijk tot financiering van het bedrijf van Revadap. Op grond van die financierings-overeenkomst verleent Revadap een recht van eerste hypotheek op haar kassencomplex alsmede een stil pandrecht op alle huidige en toekomstige voorraad, inventaris en op alle bestaande en toekomstige rechten en vorderingen op derden die zijn of zullen worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding. De voorwaarden die de bank hanteert voor verpanding, bepalen bovendien:

'Ingeval enige zaak of enig vermogensrecht waarop het pandrecht betrekking heeft of dient te hebben onder opschortende voorwaarde aan de pandgever is overgedragen, strekt dat pandrecht zich uit tot de voorwaardelijke eigendom van die zaak, respectievelijk tot het voorwaardelijk recht met betrekking tot dat vermogensrecht.'

De pandakte wordt geregistreerd op 30 december 2008. In november 2009 wordt Revadap failliet verklaard en mr. Reuser wordt als curator aangesteld. De schuld van Revadap aan Meteor is nog niet afbetaald: er staat nog een bedrag van € 135.000 open aan factuurbedrag plus rente en kosten (de restantprestatie). Rabobank biedt aan om deze restantprestatie voor Revadap aan Meteor te voldoen. De curator vindt dat goed mits de 'overwaarde' van het teeltsysteem (dat wil zeggen: de opbrengst bij verkoop minus € 135.000) aan de boedel toevloeit. Rabobank gaat over tot executie van het hypotheekrecht en tot verkoop van het teeltsysteem. Zij weigert echter de 'overwaarde' van het teeltssysteem af te dragen aan de curator. Om die reden wenst de curator de bank in rechte aan te spreken, maar daarvoor heeft hij machtiging van de rechter-commissaris (R-C) nodig (art. 67 lid 2 Fw). De R-C weigert deze machtiging te geven, kennelijk omdat hij geen heil ziet in de procedure. Reuser vindt het de gok wel waard, althans hij

6 Ik noem hier (niet uitputtend): R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1985, p. 30 e.v., 88-90; A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 58; S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde', in: E.H. Hondius (red.), *Quod licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 203; S.E. Bartels, 'Voorwaardelijke eigendom en relatieve beschikkingsbevoegdheid', in: B.W.M. Nieskens-Ispording, E.M. Hemmen & T.H.D. Struycken (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 79 e.v., m.n. p. 84 e.v.; Reehuis 2013, p. 55; W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012/126. Ik denk dat ik Wibier c.s. tot het kamp der monisten kan rekenen, ook al schrijven zij veelal genuanceerd dat er argumenten pro en contra zijn en dat het uiteindelijk een kwestie van 'rechtspolitieke keuzes'

is. Zie R.M. Wibier & C.H.M.A. Smid, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken en faillissement – beschikken over voorwaardelijke eigendom: een fictie te ver!', *WPNR* 2009, afl. 6811, p. 724 e.v.; R.M. Wibier, 'De Hoge Raad en de reikwijdte van het fixatiebeginsel', *NTHR* 2012, p. 308 e.v.; R.M. Wibier, 'Eigendomsvoorbehoud en de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van "voorwaardelijke eigendom"', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2013, p. 286 e.v.; T.C.M. Kok, 'Over de overdraagbaarheid van "voorwaardelijke eigendom". Moet de Hoge Raad de huidige trend in de literatuur volgen?', *WPNR* 2015, afl. 7072, p. 686 e.v.; W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'Voorwaardelijke eigendom, de wens als vader van een gedachte?', *NTHR* 2015, p. 167 e.v.

7 Ik noem hier (niet uitputtend), naast de verwijzingen in noot 5: V.J.A. van Dijk, *Geschiedenis, aard en werking van het eigendomsvoorbehoud* (diss. Utrecht), 1940, p. 67; H.C.F. Schoordijk, 'De eigendomsvoorbehoudclausule en het gewijzigd Ont-

werp van Wet (Boek 3 Nieuw B.W.)', *WPNR* 1971, afl. 5148, p. 459; E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 228-230; H.J. Snijders, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken', *NTBR* 2006, p. 223 e.v.; Peter 2007, p. 147 e.v.; F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007, afl. 6725, p. 824 e.v.; B.T.M. van der Wiel & S. Houdijk, 'Noot bij HR 3 juni 2016 (Rabobank/Reuser)', *TvI* 2016, p. 200 e.v. Ook vaak genoemd in deze rij wordt W.M. Kleijn, noot onder HR 8 juni 1973, *NJ* 1974/346 (*Nationaal Grondbezit / Kamphuis*), maar ik weet niet of ik zijn tekst als ondubbelzinnig behorend tot het kamp er dualisten moet rekenen. Overigens is bij de genoemde auteurs lang niet altijd sprake van een uitdrukkelijke 'doorrekening' van de gevolgen van het dualistische standpunt.

8 HR 28 april 1989, *NJ* 1990/252 (*Puinbreker*).

meent dat de Hoge Raad een uitspraak moet doen over het principiële punt wat de juridische status van de eigenaar onder eigenvoorbehoud is. Reuser koopt daarom *in privé* (met toestemming van de R-C) de vordering tot afgifte van de ‘overwaarde’ uit de boedel en start in persoon een procedure tegen Rabobank. Deze laatste verweert zich met twee stellingen: het teeltsysteem is ofwel nagetrokken en dus bestanddeel van de onroerende zaak geworden, ofwel de voorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem valt onder de verpandingsclausule tussen Revadap en Rabobank. In het eerste geval valt het systeem als bestanddeel van de onroerende zaak onder het hypotheekrecht en in het tweede geval is het systeem als roerende zaak rechtsgeldig aan Rabobank verpand in december 2008. In beide gevallen is de eigendom van het teeltsysteem voor faillietverklaring onder een beperkt zekerheidsrecht van Rabobank gebracht en mocht Rabobank zich als zekerheidsgerechtigde verhalen op de ‘overwaarde’ na executie.

Rechtbank en hof stellen Reuser in het gelijk. Het hof oordeelt dat geen sprake is van natrekking en – geheel in ‘monistische stijl’ – dat het teeltsysteem als roerende zaak evenmin geldig is verpand. De redenering van het hof komt hierop neer: eigendom is het meest omvattende recht dat men op een zaak kan hebben, en omdat maar één recht het meest omvattende kan zijn, bestaat er bij eigendomsvoorbehoud maar één eigendomsrecht. Dat recht behoort aan de verkoper onder eigendomsvoorbehoud toe totdat de koper de schulden volledig heeft voldaan waarvoor het voorbehoud is bedongen; de koper heeft tot dat moment slechts de verwachting om van rechtswege eigenaar te worden (zonder nadere leveringshandelingen). Tot dat moment is daarom bij de koper slechts sprake van een toekomstige zaak, zodat een eventuele verpandingshandeling die de koper bij voorbaat verricht op grond van artikel 35 lid 2 Fw niet tot bezwaring leidt als de koper failliet verklaard wordt voordat de zaak zijn eigendom wordt.

Rabobank gaat in cassatie en beroept zich onder meer op het voorwaardelijke eigendomsrecht van Revadap, dat als zodanig al terstond bij aflevering in het vermogen van Revadap viel en dus terstond voor verpanding vatbaar was. De Hoge Raad toont zich een ‘dualist’, stelt Rabobank in het gelijk, vernietigt het arrest van het hof en wijst alle vorderingen van Reuser af.

Allereerst roept de Hoge Raad het wettelijk stelsel van eigendomsvoorbehoud in herinnering (r.o. 4.2.2):

‘Art. 3:92 lid 1 BW bepaalt dat, indien een overeenkomst de strekking heeft dat de een zich de eigendom van een zaak die in de macht van de ander wordt gebracht, voorbehoudt totdat een door de ander verschuldigde prestatie is voldaan, hij wordt vermoed zich te verbinden tot overdracht van de zaak aan de ander onder opschortende voorwaarde van voldoening van die prestatie. Ingevolge art. 3:91 in verbinding met art. 3:90 lid 1 BW geschiedt de levering van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde, door aan de verkrijger de macht over de zaak te verschaffen.’

Vervolgens citeert de Hoge Raad uitgebreid uit de parlementaire geschiedenis. Allereerst citeert hij de Memorie van Antwoord bij de Vaststellingswet Boek 3 NBW uit 1971, die over het samenstel van artikel 3:92, 90 en 91 BW opmerkt:⁹

“Zij erkennen uitdrukkelijk de mogelijkheid het eigendomsvoorbehoud te gieten in de vorm van een overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van de tegenprestatie, in de regel de koopprijs. Wel volgt deze mogelijkheid reeds uit de artikelen [3:38] en [3:84] lid 4. (...) Maar juist voor de goederen waar het in de praktijk op aan komt, namelijk roerende zaken, niet-registergoederen, zou men wellicht kunnen twijfelen op grond van artikel [3:90] lid 1. Ingevolge deze bepaling dient de levering van deze zaken in beginsel te geschieden door bezitsverschaffing. Bij een overdracht onder opschortende voorwaarde wordt de verkrijger weliswaar voorwaardelijk eigenaar, doch of hij ook bezitter wordt, kan worden betwijfeld. Hij is immers, zolang de voorwaarde niet is vervuld, ingevolge deze rechtsverhouding verplicht voor de vervreemder te houden, die eigenaar is gebleven, zij het onder dezelfde, doch hier ontbindende, voorwaarde. Het nieuwe artikel [3:91] lost deze moeilijkheid op door te bepalen dat levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde van de in artikel [3:90] bedoelde goederen geschiedt door aan de verkrijger de macht over het goed te verschaffen. (...)” (MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 388-389)

Daarna citeert de Hoge Raad uit de latere parlementaire geschiedenis, waar wordt gekozen voor het stelsel van uitgestelde bezitsverkrijging bij eigendomsvoorbehoud, dat er in bestaat dat:

“(…) men aanneemt dat voor een levering in geval van een eigendomsvoorbehoud de in artikel [3:90] lid 1 gestelde eis van bezitsverschaffing zelf aangepast dient te worden in die zin dat het in dit geval voor de levering onder opschortende voorwaarde voldoende is dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die met een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde correspondeert en die men in de terminologie van titel 3.5 nog geen bezit kan noemen. Niet kan worden ontkend dat deze constructie ook zonder uitdrukkelijke bepaling voor toepassing in aanmerking zou komen, omdat zij het beste in het stelsel van de wet past en tot redelijke resultaten leidt. (...).

In dit verband verdient nog opmerking dat degene die een zaak krachtens artikel [3:91] onder eigendomsvoorbehoud verkrijgt, in geval van goede trouw op het tijdstip van de in dat artikel bedoelde leveringshandeling beschermd wordt met dien verstande dat de rechten van degene te wiens nadele de onbevoegde vervreemding plaats vond, eerst door de vervulling van de voorwaarde volledig vervallen. Dit ligt in de voorwaardelijke aard van het recht van de verkrijger opgesloten. (...)

(...) de (...) discussie (...) in hoeverre artikel [3:91] een toepassing van artikel [3:90] mag heten, (is) zonder praktische betekenis (...). Zoals gezegd is juist de conclusie (...) dat de verkrijger pas na de vervulling van de voorwaarde bezitter en onvoorwaardelijk eigenaar wordt, een eindresultaat dat overeenstemt met dat van artikel [3:90] lid 1, maar is niet juist dat de leveringshandeling zelf pas dan is voltooid; deze doet immers onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht ontstaan. (...)” (MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238) “De voorbehouden eigendom is (...) in het stelsel van art. [3:92] (...) eigendom onder ontbindende voorwaarde.” (MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241)’

9 Kamerstukken II 1970/71, 3770, 5 (memorie van antwoord), p. 123; Parl. Gesch. Boek 3, p. 388-389.

Uit deze passages concludeert de Hoge Raad vervolgens:

‘Uit deze passages blijkt dat de wetgever terzake van een overdracht onder eigendomsvoorbehoud een systeem voor ogen heeft gestaan waarin deze overdracht – behoudens afwijkend beding – wordt aangemerkt als een overdracht onder opschortende voorwaarde, waarbij de levering van de desbetreffende roerende zaken is voltooid op het moment dat de zaken in de macht van de verkrijger zijn gebracht, met als gevolg dat de verkrijger een “terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde”, respectievelijk “voorwaardelijk eigendomsrecht” verkrijgt.’

De lezer vermoedt na deze citaten al welke richting het oordeel van de Hoge Raad zal opgaan. En inderdaad:

‘4.2.3 Het aldus door de wetgever beoogde systeem brengt mee dat de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud als bedoeld in art. 3:92 lid 1 BW uit hoofde van de voltooid levering een positie verkrijgt waarin de uitgroei tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht uitsluitend nog afhankelijk is van de vervulling van de opschortende voorwaarde, welke wordt bewerkstelligd door voldoening van de (restant)prestatie. Zolang de voorwaarde niet is vervuld, zijn zowel de vervreemder als de verkrijger voorwaardelijk eigenaar, de vervreemder onder ontbindende voorwaarde en de verkrijger onder opschortende voorwaarde, en is hun beider beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de desbetreffende zaken dienovereenkomstig beperkt. De verkrijger onder eigendomsvoorbehoud kan zijn voorwaardelijk eigendomsrecht dan ook slechts onder diezelfde voorwaarde vervreemden of bezwaren (art. 3:84 lid 4 BW), op de wijze voorzien voor de levering, respectievelijk bezwaring, van de zaken zelf. Wordt een pandrecht – overeenkomstig het bepaalde in art. 3:236 lid 1 of art. 3:237 lid 1 BW – op het voorwaardelijk eigendomsrecht gevestigd, dan ontstaat met voltooiing van de vestigingshandeling een onvoorwaardelijk pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht.’

Vervolgens geeft de Hoge Raad aan dat het terstond ingegane, voorwaardelijke eigendomsrecht van de koper, niet als toekomstig goed moet worden behandeld:

‘4.2.4 Art. 35 lid 1 Fw bepaalt dat, indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn, hebben plaatsgevonden, de levering niet geldig meer kan geschieden. Lid 2 bepaalt dat, indien de schuldenaar voor de dag van de faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat heeft geleverd, dit goed, indien het eerst na de aanvang van die dag door hem is verkregen – behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen – in de boedel valt. Onder “levering” wordt mede verstaan: de vestiging van een beperkt recht (art. 3:98 BW). Deze voorschriften vormen een uitwerking van art. 23 Fw, inhoudend dat de schuldenaar door de faillietverklaring beschikkingsonbevoegd wordt ten aanzien van zijn tot het faillissement behorende vermogen.

4.2.5 Naar hiervoor in 4.2.2 en 4.2.3 is overwogen, moet een door de schuldenaar vóór zijn faillissement gevestigd pandrecht op een voorwaardelijk eigendomsrecht als bedoeld in art. 3:92 lid 1 BW, als een onvoorwaardelijk pandrecht op een bestaand goed worden aangemerkt, waarvan de “levering” (vestiging) reeds is voltooid voordat het faillissement intreedt. Derhalve zijn geen nadere beschikkingshandelingen van de schuldenaar meer nodig. Dit brengt mee dat de art. 35 lid 1 en lid 2 Fw in zodanig geval toepassing missen.

Wordt de opschortende voorwaarde waaronder de zaken aan de schuldenaar zijn overgedragen na het intreden van het faillissement vervuld – doordat de resterende prestatie wordt voldaan –, dan groeit het pandrecht van rechtswege uit tot een pandrecht op de volle eigendom van de desbetreffende zaken en daarmee op die zaken zelf.’

Uit een en ander volgt dat Rabobank in het gelijk gesteld moet worden: door voldoening van de restantvordering van Meteor groeide het pandrecht van Rabobank op het voorwaardelijk eigendomsrecht van Revadap op het teeltsysteem uit tot een pandrecht op de volle eigendom. Daaraan stond artikel 35 lid 2 Fw niet in de weg, aldus de Hoge Raad.

Noot

1 Inleiding

Omdat het arrest van zo groot belang is en tal van vervolgvragen oproept, valt er veel over te schrijven. Dat is inmiddels dan ook gedaan¹⁰ en het laatste woord is er vast nog niet over geschreven. Ik doe nog een kleine duits in het zakje. Allereerst kunnen we stellen dat het arrest van de Hoge Raad van groot *praktisch* belang is. Als de koper onder eigendomsvoorbehoud vóór het intreden van de betalingsvoorwaarde al ‘terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’ heeft, dan kan hij op dat moment reeds beschikkingshandelingen verrichten die *terstond* tot vervreemding of bezwaring kunnen leiden en die door latere ‘uitgroei’ ertoe kunnen leiden dat per saldo toch meer in het vermogen van de verkrijger terechtkomt dan er in dat van de vervreemder zat. Het arrest is bovendien van aanzienlijk *theoretisch* belang, namelijk voor het systeem van het goederenrecht. Het is nu aanvaard dat twee personen ten aanzien eenzelfde zaak aanvullende eigendomsaanspraken kunnen hebben, zodanig dat de één eigendom onder ontbindende voorwaarde en de ander tegelijkertijd eigendom onder opschortende voorwaarde heeft, én dat over beide rechten beschikt kan worden.

Mijn commentaar spitst zich toe op twee hoofdvragen: past het arrest werkelijk goed in het systeem van de wet, en wat schieten we feitelijk op met het arrest?

2 Tekst, toelichting en systeem van de wet?

De Hoge Raad argumenteert voornamelijk langs de lijnen van de parlementaire geschiedenis. De argumentatie is niet gericht op een afweging van argumenten of op weerlegging van andersluidende opvattingen, maar staat in dienst van bevestiging van het oordeel dat de wetgever een wettelijk systeem voorstond waarbij de koper onder eigendomsvoorbehoud na aflevering een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt, dat kan uitgroeien tot onvoorwaardelijke eigendom door vervulling van de voorwaarde.

Elementen van dat systeem vindt men inderdaad in de parlementaire geschiedenis, maar niet het ‘hele plaatje’. Dat is wellicht te verklaren vanuit het totstandkomingsproces van het nieuwe BW. De wetgever heeft pas in

10 Zie naast de *NJ*-annotatie van F.M.J. Verstijlen (*NJ* 2016/290) en de *JOR*-annotatie van N.E.D. Faber & S.C.J.J. Kortmann (*JOR* 2016/287) bijv.

B.A. Schuijling, ‘Pandrecht op voorwaardelijke eigendom: een volwaardige zekerheid?’, *RM Themis* 2017, p. 18 en de verdere literatuurverwijzingen

aldaar in noot 1.

een betrekkelijk laat stadium de regeling van artikel 3:92 lid 1 geïntroduceerd. Het oorspronkelijke Ontwerp Meijers (OM) kende geen bijzondere regel voor eigendomsvoorbehoud, doch slechts artikel 3:38 BW en artikel 3:84 lid 4 BW. Het OM gaf echter geen bijzondere inzichten in de goederenrechtelijke aspecten van voorwaardelijke overdracht.¹¹ Pas bij het gewijzigd ontwerp (1971) werd artikel 3:92 BW voorgesteld.¹² In het recht zoals het op dat moment gold, was eigendomsvoorbehoud niet wettelijk geregeld maar wel in de rechtspraak erkend. Om twijfel over de toelaatbaarheid ervan weg te nemen, werd besloten tot invoering van artikel 3:92 BW.¹³

Die twijfel kon, zo werd gesteld, ontstaan door het voorgestelde artikel 3:90 BW, dat voor levering expliciet bezitsverschaffing vooropstelde. Aangezien het bij feitelijke aflevering in het kader van een eigendomsvoorbehoud nu juist de bedoeling was dat het bezit en daarmee de eigendom pas later zou overgaan, werden aansluitend artikel 3:91 en 3:92 BW voorgesteld, zodat de aflevering in geval van voorwaardelijke overdracht van roerende zaken niet als bezitsverschaffing maar als het mindere ‘machtsverschaffing’ kon worden geduid.¹⁴

In de commentaren die toen op het voorgestelde artikel 3:92 BW volgden, werd in twijfel getrokken of het artikel werkelijk nodig was. In de memorie van antwoord ging de regering in op deze kritiek. Zij schetste drie mogelijke benaderingswijzen van levering bij eigendomsvoorbehoud:

- 1 Men neemt aan dat terstond bij aflevering bezit wordt verschaft; deze benadering moest worden verworpen omdat de koper gezien artikel 3:107 BW en artikel 6:180 lid 2 BW (kennelijk) *houder* moest zijn en niet bezitter kon zijn totdat de betalingsvoorwaarde ingetreden was;¹⁵
- 2 Men neemt aan dat de koper vanaf het moment van aflevering een voorwaardelijk bezit verkrijgt (onder opschortende voorwaarde); deze benadering moest volgens de regering ook worden verworpen, onder andere omdat wanneer onder opschortende voorwaarde bezit in de zin van artikel 3:90 BW aan de verkrijger wordt verschaft, en dit bezit (en daarmee de eigendom) pas door de vervulling van de voorwaarde op de verkrijger overgaat, er pas op dát moment sprake is van een voltooide leveringshandeling als bedoeld in artikel 3:90

BW. Het zou in die benadering twijfelachtig zijn of aan de verkrijger vóór de voltooiing van de leveringshandeling een zakenrechtelijke positie zou toekomen, aldus de regering. Uit deze verwerping volgt dat de wetgever een voorwaardelijke bezitsverschaffing als onvoltooide leveringshandeling ziet;

- 3 De derde mogelijkheid, die volgens de regering was neergelegd in de tekst van artikel 3:92 BW, was die van levering door machtsverschaffing die geen bezitsverschaffing is. Na vervulling van de betalingsvoorwaarde wordt de koper bezitter en onvoorwaardelijk eigenaar, en vóór dat moment is hij houder en voorwaardelijk eigenaar.¹⁶

Helemaal recht te breien valt dit niet. Kennelijk heeft de wetgever bezwaar tegen aanvaarding van het concept van ‘voorwaardelijk bezit’,¹⁷ maar het is mij niet duidelijk hoe bij dit derde alternatief – dat de wetgever heeft gekozen – het logisch mogelijk is dat het bezit van de zaak, dat van rechtswege overgaat van verkoper op koper bij het intreden van de betalingsvoorwaarde, gedurende de werking van het eigendomsvoorbehoud *niet* kan worden gekwalificeerd als bezit onder opschortende voorwaarde, maar het eigendomsrecht *wel*.¹⁸ En wat betreft de argumentatie bij het verworpen tweede alternatief kan men zich logisch redenerend afvragen: als een voorwaardelijke bezitsverschaffing een onvoltooide leveringshandeling is, is dan niet ook een voorwaardelijke eigendomsoverdracht een onvoltooide overdracht?

Om kort te gaan: de parlementaire geschiedenis geeft wel een zekere richting aan, maar is niet sluitend en op punten tegenstrijdig.¹⁹ De geciteerde delen uit de parlementaire geschiedenis zijn ook geen *smoking gun*; ze zijn vooral ingegeven door de noodzaak om de problematische figuur van bezit in te passen in het eigendomsvoorbehoud en geven nergens goed zicht op de aard van voorwaardelijke eigendom van de koper. Bij een wetsgeschiedenis zonder *smoking gun* moet worden teruggegrepen op andere interpretatiemethoden, zoals de strekking van de relevante wetbepalingen en het systeem van de wet.²⁰ Dat wettelijk systeem wijst lang niet altijd in dezelfde richting als *Rabobank/Reuser*. Kijken we naar het systeem en dus naar andere plaatsen in het BW, dan vinden we aanwij-

11 Struycken 2007, p. 559.

12 *Kamerstukken II 1970/71, 3770, 8*; gewijzigd ontwerp van wet, art. 3.4.2.5a; Parl. Gesch. Boek 3, p. 387 e.v.

13 Parl. Gesch. Boek 3, p. 388.

14 Art. 3:91 BW en art. 7:9 lid 3 BW: aflevering bij verkoop onder eigendomsvoorbehoud is niet bezitsverschaffing maar machtsverschaffing.

15 Al onder oud recht werd aangenomen dat de koper onder eigendomsvoorbehoud na aflevering slechts houder is *totdat* de betalingsvoorwaarde intreedt. Zie Vriesendorp 1985, p. 33 e.v. Meijers dacht hier kennelijk anders over, aldus H.H. Runia, ‘De “bezitterige” koper/pandgever onder eigendomsvoorbehoud. Enige opmerkingen over de regeling van het eigendomsvoorbehoud, mede naar aanleiding van het arrest Rabobank/Reuser’, in: P.A.J. van den Berg & G. Molier (red.),

In dienst van het Recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.G. Brouwer ter gelegenheid van zijn afscheid van de Rijksuniversiteit Groningen, Den Haag: 2017, p. 77 e.v. Vgl. ook de opvatting bij Zevenbergen, Van Dijk & Schoordijk dat van twee eigendomsrechten en óók twee bezitsrechten sprake was; daarover Nève 2000, p. 59.

16 Zie noot 2.

17 Van bezit en houderschap wordt aangenomen dat deze niet voorwaardelijk kunnen zijn; zie de verwijzingen bij H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2015, p. 856-857.

18 Vgl. Stolz 2015, p. 871 e.v.; Runia 2017, p. 77 e.v. Het antwoord van de bezitgoeroes zal wellicht luiden: omdat bezit een feitelijke macht over een zaak is en eigendom een recht. Zo Vriesendorp 1985, p. 41, noot 26. Vgl. de discussie van voor- en

tegenstanders bij Stolz 2015, p. 858 e.v.

19 Kok 2015, p. 686 e.v. concludeert dat de bewoordingen in de parlementaire geschiedenis meer didactisch van aard zijn dan dat zij rechten scheppen. Stolz 2015, p. 1003 e.v. wijst erop dat de parlementaire geschiedenis een gevarieerd beeld toont en (p. 1039) dat deze ‘nauwelijks enig duidelijk standpunt inneemt ten aanzien van overdraagbaarheid van het verwachtingsrecht van de koper’.

20 Daarbij geldt dat de formulering van de wet niet steeds beslissend is voor de uitleg daarvan, ook niet als de wet van recente datum is, aldus HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, *NJ* 2013/273 (schriftelijkheidsvereiste art. 7:2 BW). Dat geldt dan zeker ook voor de parlementaire geschiedenis, zeker als deze niet van recente datum is.

zingen dat de wetgever ook recent nog de eigendom onder opschortende voorwaarde niet heeft willen zien als eigendom. In titel 7.2b BW vinden we bijvoorbeeld een regeling inzake de overeenkomst van huurkoop van de roerende zaak, niet-registergoed.²¹ Uit de tekst van verschillende wetbepalingen blijkt dat ook de wetgever ervan uit is gegaan dat verkrijging van eigendom door de huurkoper pas aan het eind van de contractsduur plaatsvindt.²² De huurkoper mag namelijk het genot hebben van de zaak die hij onder zich heeft, ook voordat hij de eigendom verkrijgt. En zolang hij geen eigenaar is, mag hij geen veranderingen aanbrengen aan de zaak (art. 7:87 BW). In het licht van *Rabobank/Reuser* moeten we constateren dat de wetgever zichzelf beter had moeten begrijpen: de huurkoper mag genot hebben en mag geen veranderingen aanbrengen tot zijn eigendom tot *onvoorwaardelijke* eigendom is uitgegroeid.

Eenzelfde probleem speelt bij pandbelening in de zin van artikel 7:130 BW. Daar is bepaald dat kan worden afgesproken dat de pandbelener de zaak terstond aan het pandhuis in eigendom overdraagt en het pandhuis gehouden is de zaak aan de pandbelener terug te geven, indien deze binnen de beleenttermijn de geldsom volledig aan het pandhuis heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan. De vorm die artikel 7:136 BW daarvoor kiest, luidt als volgt:

‘Indien bij de overeenkomst van pandbelening het beding, bedoeld in artikel 130 lid 1 onder b is gemaakt, heeft volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding tot gevolg dat de pandbelener de eigendom van de zaak van rechtswege de zaak opnieuw verkrijgt, als ware de overdracht aan het pandhuis onder de ontbindende voorwaarde van deze terugbetaling geschied.’²³

Als hier *Rabobank/Reuser* geldt (en ik geef toe: zeker is dat niet, maar het lijkt me wel logisch), dan zijn deze bewoordingen onjuist: de pandbelener heeft de eigendom nooit verloren.²⁴

De conclusie moet zijn dat de uitkomst van *Rabobank/Reuser* niet onmiskenbaar in overeenstemming is met het systeem van de wet.

3 Wat schieten we ermee op?

Van verschillende zijden wordt beweerd dat dit arrest in het belang van ‘de financieringspraktijk’ is. De ‘overwaarde’ die in de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud zit en ‘aangroeit’ naarmate zijn schuldpositie bij de verkoper wordt afgebouwd, kan namelijk door dit arrest faillissementsbestendig worden verpand. En dat is in het belang van de koper, want die kan in ruil voor die verpanding extra (bancair) krediet krijgen.²⁵

Eerst een opmerking over de reikwijdte van deze beweringen. De genoemde overwaarde zou ik vooral verwachten bij kostbare bedrijfsmiddelen die niet worden omgezet (dus: niet grondstoffen en voorraad, maar machines e.d.) en die dus voornamelijk in huurkoop op afbetaling worden aangeschaft. Bij huurkoop groeit met elke afbetaling de ‘overwaarde’. Zou de huurkoop voortijdig beëindigd worden en dus de betalingsvoorwaarde niet meer in werking treden, dan heeft de koper recht op afdracht van hetgeen netto aan ‘overwaarde’ overblijft.²⁶ Maar hopelijk komt het niet zo ver en wordt de huurkoop netjes afgewikkeld. In verband daarmee zou het mooi zijn als de ‘verwachte overwaarde’ die overschiet aan het eind van de huurkoopperiode, al tijdens de looptijd gebruikt zou kunnen worden als onderpand. Dankzij het arrest *Rabobank/Reuser* kan dat. Sommige auteurs leiden daaruit af dat het arrest dus gunstig is voor de (huur)koper onder eigendomsvoorbehoud.

Ik heb hier geen onderzoek naar gedaan, maar ik veroorloof mij toch enige bedenkingen bij die redenering. Laten we aannemen dat bij bancaire krediet vanaf nu standaard in de kredietvoorwaarden wordt bedongen dat alle huidige en toekomstige zaken én zo nodig daarnaast ook de huidige én toekomstige voorwaardelijke eigendomsrechten van de pandgever stil worden verpand aan de bank. Dat noem ik een stofzuigerbepaling. En laten we ook aannemen dat de Hoge Raad geen andere eisen zal stellen aan de geldigheid van dergelijke stofzuigerbepalingen dan hij tot op heden heeft gedaan. Dat zou betekenen dat de aangegroeide overwaarde in de regel helemaal niet ingezet wordt om bancaire krediet te verkrijgen (nog daargelaten of een bank de waarde van voorwaardelijke eigendom hoog zal waarderen)²⁷ omdat de stofzuiger op dat moment allang is voorbij-

21 Onder de werking van art. 7:84 e.v. BW (i.w.tr. 1 januari 2017) is de huurkoop een species van de overeenkomst van goederenkrediet, meer bepaald een koop op afbetaling met eigendomsvoorbehoud, als de overeenkomst een looptijd heeft die langer is dan drie maanden waarbij de verkoper de eigendom voorbehoudt totdat de betaaltermijnen zijn voldaan.

22 H.W. Heyman & S.E. Bartels, ‘Toepassingsbe-reik en derdenwerking in de nieuwe regeling van huurkoop onroerende zaken’, *WPNR* 2017, afl. 7143, p. 262 verklaren dit uit het feit dat de wetgever Titel 7.2b BW opstelde voordat de HR het arrest *Rabobank/Reuser* wees. Dat moge zo zijn, maar de Hoge Raad doet het voorkomen alsof zijn oordeel rechtstreeks uit de totstandkomings-geschiedenis van Boek 3 BW voortvloeit. Kennelijk was dit destijds voor de wetgevingsambte-naren privaatrecht van het ministerie van V&J, de regering en het parlement minder evident.

23 *Kamerstukken II* 2012/13, 33334, 3 p. 14, geeft

aan dat de ontbindende voorwaarde in het stelsel van de Boeken 3 en 6 BW valt en dat het intreden van de voorwaarde geen terugwerkende kracht maar wel goederenrechtelijke werking heeft vanaf het tijdstip van het intreden van de ontbindende voorwaarde.

24 En zo kunnen we nog wel even doorgaan. Bij-voorbeeld: is art. 5:16 lid 2 BW van toepassing op de koper onder eigendomsvoorbehoud die voor zichzelf vormt? Zie ook de vragen die worden opgeworpen door Heyman en Bartels 2017.

25 Het argument keert bij vrijwel alle dualisten terug; bijv. Snijders 2006, p. 223 e.v. (‘Het finan-cieringsverkeer kan niet buiten stil pandrecht op voorraden en inventarissen van de financierings-behoefte’); Peter 2007, p. 149. Vgl. Wibier 2016, p. 213, die verwijst naar gesprekken met bankiers die dit zouden bevestigen. Er is ‘veel aandacht voor de economische en maatschappelijke wense-lijkheid om over die ‘waarde’ te kunnen beschik-ken’, aldus Van der Wiel & Houdijk 2016, p. 200,

met verwijzing naar auteurs die stellen dat die wenselijkheid bestaat maar m.i. geen verifieer-bare bronnen of bewijs aandragen. Schuijling 2017, p. 19 noot 17, geeft weer een andere draai aan de argumentatie: de beslissing van de HR bevordert de faillissementsbestendige verhan-delbaarheid en is *daarmee* te rijmen met de ratio van het gesloten goederenrechtelijke stelsel. Som-migen suggereerden zelfs dat een andersluidend oordeel van Hoge Raad in *Rabobank/Reuser* tot extra faillissementen zou leiden (W.J.M. van An-del & M.E. ten Brinke, *JOR* 2015/377). Aangezien deze laatste stelling werd betrokken ten aanzien van winkellketens (en dus ten aanzien van voor-raden en niet zo zeer duurzame productiemid-delen), lijkt me de bewering weinig plausibel. Ik vermoed dat bij snel om te zetten voorraden die op verkoperskrediet worden aangekocht, vrijwel geen sprake zal zijn van verpandbare overwaarde.

26 Art. 7:92 lid 1 BW.

27 Daarover kort Wibier 2016, p. 213.

gekomen en de overwaarde bij voorbaat heeft opgezogen. Het is namelijk alleszins aannemelijk dat het vanaf nu ook is toegestaan om bij voorbaat beschikkingshandelingen te verrichten ten aanzien van toekomstige voorwaardelijke eigendom: door verpandingsclausules in bancaire financieringscontracten met één zinnetje uit te breiden heeft de bank reeds bij voorbaat pandrecht gevestigd gekregen op eventueel in de toekomst aan te schaffen bedrijfsmiddelen. Die stofzuigermethode maakt dat ook voorwaardelijke eigendom die op het moment van verpanding geen enkele waarde vertegenwoordigt, tóch verpand wordt onder het motto 'baat het niet dan schaadt het niet', zonder dat er maar één euro meer krediet is verleend.²⁸ Als dit een juiste analyse is, schiet de koper in de regel niet veel op met dit arrest en zijn het dus vooral de boedelschuldeisers van de koper die de overwaarde aan hun neus voorbij zien gaan. Ik heb geen onderzoek gedaan naar de maatschappelijke kosten en baten van de stofzuigermethode, dus ik ga geen stelling nemen in een eventueel 'rechtspolitiek' debat over de vraag of *Rabobank/Reuser* goed voor onze welvaart is of niet.²⁹ Ik constateer alleen dat de 'dualisten' die zich beroepen op de behoefte van de financieringspraktijk, zich niet geroepen voelen om hun stelling met nader bewijs te onderbouwen. Dergelijk bewijs zou de discussie voor mijn gevoel toch op een hoger niveau hebben gebracht en zou de Hoge Raad mogelijk ook beter hebben voorgelicht over de betrokken maatschappelijke belangen bij de te maken keuze.

4 Conclusie

Eenvoud is voorwaarde voor betrouwbaarheid, zeggen managementgoeroes: *keep it simple stupid*. Eenvoudiger is het goederenrecht niet geworden met het arrest *Rabobank/Reuser*. Ik had liever gezien dat in dit rechtsgebied, dat voor mijn gevoel de neiging heeft om steeds ingewikkelder te worden (gemaakt), omwille van de eenvoud was geoordeeld dat het recht van de koper onder eigendomsvoorbehoud geen eigendom is waarover kan worden beschikt (anders dan bij voorbaat). Ik vrees dat de voorspelling van Vriesendorp, die al in 1985 waarschuwde voor onvoorziene en onaanvaardbare consequenties en eindeloze discussies,³⁰ uit gaat komen. Simpeler is het digitale model: de verkoper houdt eigendom. En als de voorwaarde intreedt, gaat eigendom over. En wordt de houder tot bezitter. Alles tegelijk. En heel digitaal: je bent eigenaar of je bent het niet. De voorwaarde is dan wel relevant voor het automatische overgaan in het andere vermogen maar niet voor de digitale vraag wie eigendom heeft op een bepaald moment.

Maar misschien denk ik er wel te licht over of heb ik argumenten over het hoofd gezien. Laat ik daarom afsluiten met een vraag: als het dan toch ingewikkelder moet, kan iemand dan goed onderbouwen welke maatschappelijk gunstige effecten van deze uitspraak mogen worden verwacht? ■

²⁸ Dit is alleen anders in het geval een huurkoper alleen de huurverkoper als crediteur heeft, hij pas na het opbouwen van overwaarde in het gefinancierde object een bancaire krediet aantrekt en in ruil voor dat krediet zijn voorwaardelijke eigendom in bezitloos pand geeft aan de bank.

²⁹ Sommige auteurs geven aan dat de keuze die de Hoge Raad moest maken, een 'rechtspolitieke keuze' was (zie bijv. Wibier 2012, p. 310; Wibier en Smid 2009, p. 724 e.v.; Kok 2015, p. 686 e.v.). Daarmee is echter nog niet duidelijk hoe die keuze moet uitvallen. Anderen stellen dat het niet

aan de Hoge Raad is om dergelijke rechtspolitieke keuzes te maken omdat fundamentele keuzes niet geïsoleerd in het kader van het eigendomsvoorbehoud moeten worden gemaakt. In die zin Scheltema 2013, p. 159.

³⁰ Vriesendorp 1985, p. 87.