

Derdenbescherming en het voorbehouden beperkte recht

*Egbert Koops**

1 Inleiding

De academische arbeid van een jurist heeft wel iets weg van de mythologische arbeid van Penelope, die in de *Odyssee* geduldig wacht tot haar echtgenoot terugkeert van de Trojaanse oorlog. De lokale notabelen geloven niet meer in de thuiskomst van hun koning Odysseus en dringen aan op een nieuw huwelijk. Penelope verzint een list. Zij wil wel een keuze maken uit haar vele vrijers, maar pas nadat zij een lijkkleed heeft geweven voor haar oude schoonvader Laërtes. Drie jaar lang komt het kleed niet af, want iedere nacht haalt zij de draden uit die zij overdag heeft toegevoegd.¹ Zo weet zij tijd te rekken tot de goede koning Odysseus terugkeert en orde op zaken stelt. Ook juristen hebben de neiging om al lang geweven draden uiteen te rafelen en weer samen te hechten tot het recht eens, in een verre toekomst, een naadloos geheel zal vormen.

Een weeffout is een afwijking van het logische plan zoals dat wordt gedicteerd door de reeds geweven draden. Het is onvermijdelijk dat een wetboek weeffouten kent, dat wil zeggen afwijkingen van het intern logische systeem. Dit heeft verschillende oorzaken. Eén is de hoeveelheid academische meningen waarmee rekening is te houden. Een andere is de bemoeienis van de volksvertegenwoordiging, die legitimiteit verschafft aan een bij uitstek politiek instrument zoals een wetboek, maar in ruil daarvoor politiek geladen bepalingen wil zien. Een derde oorzaak, meer van juridische aard, is de noodzaak om materiële volledigheid te vermijden teneinde het wetboek hanteerbaar te houden. Niet alles kan en hoeft te worden geregeld: vandaar het gebruik van open normen. Een vierde, daaraan verwant, is dat juristen evenmin als gewone mensen de toekomst kunnen overzien (en het verleden overigens ook niet), zodat een wetboek enerzijds nooit af is en anderzijds steeds toevoegingen te verduren krijgt die de delicate balans verstoren. En een vijfde oorzaak van weeffouten is de noodzaak om keuzes te maken, óók wanneer geen goede keuze voorhanden is. *Damned if you do, damned if you don't*. Deze bijdrage behandelt een voorbeeld van dit laatste type weeffout.

* Prof.mr. E. Koops is hoogleraar Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit Leiden.

¹ Homerus, *Odysseia* 19, 130-147.

Het gaat om een uiterst eenvoudige casus.² De beschikkingsonbevoegde Alfons verkoopt en levert door feitelijke machtsverschaffing een aan Xander toebehorende, niet-gestolen roerende zaak aan Beatrijs, die te goeder trouw is omtrent het gebrek in de beschikkingsbevoegdheid. Beatrijs verkrijgt eigendom op grond van artikel 3:86 lid 1 BW. Er is slechts één afwijking nodig om dit standaardgeval te compliceren. Alfons behoudt zich ingevolge artikel 3:81 lid 1 tweede zin BW bij de overdracht een verder correct geregistreerd vuistloos pandrecht voor, tot zekerheid van betaling van de koopprijs.³ Heeft Alfons een beperkt recht verkregen? Wordt hij beschermd tegen zijn *eigen* beschikkingsonbevoegdheid?

2 Wie verkrijgt het voorbehouden beperkte recht?

Het rechtsgevoel verzet zich wellicht tegen het idee dat Alfons een beperkt recht zou kunnen verkrijgen. Men kan moeilijk voorbehouden wat men niet heeft. Het lijkt al te gek om Alfons een recht toe te kennen dat hij vóór de overdracht niet had en dat hij niet aan zichzelf kan verschaffen, om hem anders gezegd in afgeleide bescherming te nemen tegen zijn eigen beschikkingsonbevoegdheid. Maar indien Alfons *niet* een beperkt recht verkrijgt, dan verkrijgt Beatrijs de volle eigendom als beschermde derde. Zij verkrijgt op haar beurt méér dan waarvoor zij heeft gecontracteerd. Haar titel strekt immers slechts tot verkrijging van een bezwaarde zaak. Als het beperkte recht niet ontstaat bij Alfons, zou zij zonder rechtsgrond bevoordeeld worden door volle eigendom te verwerven.

Tertium non datur. Het beperkte recht achterlaten bij de voormalige eigenaar Xander is geen optie. Xander heeft geen verzekerde vordering zodat een in zijn vermogen opkomend, door Alfons voorbehouden pandrecht onmiddellijk tenietgaat vanwege de aard van het afhankelijke recht. Bovendien is dat vuistloze pandrecht niet geregistreerd. Dit kan nog worden afgedaan als een toevallige, externe factor die samenhangt met de aard respectievelijk vestiging van het pandrecht. Twee andere argumenten zijn belangrijker. Zeggen dat Xander door ‘aftrek’ van bloot-eigendom een beperkt recht behoudt is een omgekeerde toepassing van de ‘taartpunttheorie’ dat het beperkte recht van de eigendom wordt afgesplitst. Wat er ook aan overige bezwaren tegen die theorie

2 De casus is eerder als ‘breinbreker’ gesignaleerd en uitgewerkt door A. Steneker, ‘Overdracht onder voorbehoud van pandrecht’, *WPNR* 2008, afl. 6766, p. 644-655. Zijn oplossing verschilt van de mijne.

3 Voor de casus kan het ook gaan om een recht van vruchtgebruik. Het voorbehouden van vruchtgebruik bij overdracht van een roerende zaak lijkt echter praktische relevantie te missen.

mogen zijn,⁴ zij laat zich niet omdraaien tot de gedachte dat eigendom min bloot-eigendom een beperkt recht oplevert.⁵ Xander zou in dat geval al vóór de overdracht beperkt gerechtigd zijn geweest tot zijn eigen zaak. Bovendien en belangrijker blijft het beperkte recht niet achter, maar wordt het *gevestigd*. Zo blijkt ook uit de eis die artikel 3:81 lid 1 tweede zin BW stelt, dat niet alleen aan alle eisen van overdracht maar ook aan de eisen van vestiging wordt voldaan. Als het beperkte recht zou achterblijven, zou die bepaling zinloos zijn.⁶ Een eenvoudige overdracht van bloot-eigendom zou dan immers volstaan. Xander kan het voorbehouden beperkte recht dus niet verkrijgen, omdat hij bij de vestigingshandeling geen partij is en deze handeling niet strekt tot zijn verkrijging.

In een fraai artikel uit 2008 bespreekt Steneker ook de resterende alternatieven.⁷ Hij kiest om twee redenen voor Beatrijs. Ten eerste geniet Alfons geen derdenbescherming, evenmin als hij (in een iets andere casus) bloot-eigenaar zou zijn geworden als hij een recht van vuistpand had gevestigd voor de beschermde Beatrijs. En ten tweede kan Beatrijs onder omstandigheden wel degelijk meer verkrijgen dan waarvoor zij heeft gecontracteerd, zoals blijkt uit het feit dat zij (opnieuw in een iets andere casus) de volle eigendom zou verwerven als de vestiging van het voorbehouden beperkte recht was mislukt. Beatrijs tot vol eigenaar bombarderen, ook als het voorbehouden beperkte recht wél geldig is gevestigd, is daarom ondanks Stenekers forse aarzelingen ‘dogmatisch het minst onjuist en praktisch het meest gewenst’.

Het tweede argument lijkt echter te strijden met de wettekst. Volgens artikel 3:81 lid 1 tweede zin BW kan een recht onder voorbehoud van een beperkt recht worden overgedragen, ‘mits [de vervreemder] de voorschriften zowel voor overdracht van een zodanig goed, als voor vestiging van een zodanig beperkt recht in acht neemt’. Geldige vestiging is dus niet weg te denken uit de casus. Het *mits* geeft aan dat de gehele overdracht afhankelijk is van het in acht nemen van beide voorschriften. Mislukte vestiging laat de overdracht niet aangroeien, maar integendeel totaal mislukken. De titel strekt immers niet tot overdracht van volle eigendom. Anders dan Steneker beoogt, biedt artikel 24 lid 4 Kadasterwet geen argument hiertegen. Dit artikel bepaalt dat een leveringsakte die de vestiging van een voorbehouden recht niet afzonderlijk

4 Zie met verdere literatuur A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 39-87; J.E. Jansen, *De actio Serviana en het Nederlandse privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 111-114.

5 Regeringscommissaris W. Sniijders stelt heel pragmatisch dat een voorbehoud ‘het *rechtsgevolg* heeft van een overdracht van de blote eigendom’ (in *Parl. Gesch.* Boek 3 BW, 1981, Eindverslag I bij art. 3:98, p. 407). Zo ook H.J. Sniijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 471. Dat moge juist zijn als label voor het resultaat, maar het wil niet zeggen dat het ontstaan van het beperkte recht te construeren valt als een gevolg van *overdracht* van bloot-eigendom.

6 Aldus ook Jansen 2017, p. 115-116.

7 Steneker 2008, par. 4.

en duidelijk vermeldt, geacht wordt niet mede dit recht te betreffen. Hier wordt een wettelijk vermoeden geschapen ten nadele van onduidelijke leveringsakten-met-voorbehoud. Het gaat dan bijvoorbeeld om een titel van vestiging die onduidelijk en daardoor onvoldoende bepaalbaar is (art. 6:227 BW). De op zichzelf wel bepaalde titel van overdracht wordt intact gelaten en ingeschreven. Deze techniek zou echter volstrekt overbodig zijn als het wegdenken van het onduidelijke deel bij *iedere* overdracht onder voorbehoud zou leiden tot overdracht van volle eigendom. De wetgever heeft dus in afwijking van de hoofdregel uit artikel 3:81 lid 1 tweede zin BW een overigens verstandige uitzondering willen creëren, die eenvoudiger registratie in één akte mogelijk maakt als overdracht en vestiging beide duidelijk zijn, maar die als wisselgeld bij wijze van uitzondering de overdracht doorgang laat vinden als het vestigingsdeel onduidelijk is.⁸

3 De constructie van het voorbehouden beperkte recht

Het eerste argument blijft staan: Alfons is geen derde, laat staan een beschermde verkrijger te goeder trouw. Om dit argument te kunnen beproeven, moet eerst worden vastgesteld wat er eigenlijk gebeurt bij het voorbehouden van een beperkt recht. Dit recht wordt, hoe gek dat ook klinkt, gevestigd dóór de vervreemder vóór de vervreemder.⁹ Het ontstaat tegelijk met de overdracht van de zaak en bevond zich niet eerder in zijn vermogen. Anders was het immers door vermenging tenietgegaan. Het beperkte recht wordt niet dóór de verkrijger gevestigd want de onbezwaarde eigendom passeert

- 8 Volgens de MvT Inv. gaat het om een uitwerking van art. 3:81 lid 1 tweede zin BW, om de mogelijkheid te openen dat voor overdracht en vestiging niet twee, maar één akte ter inschrijving wordt aangeboden. Het Eindverslag I ging nog uit van twee apart in te schrijven akten, menend dat een ander stelsel 'de overzichtelijkheid en daarmee de bruikbaarheid van de registers voor het publiek in gevaar [zou] brengen'. De Kadasterwet komt van dat eerdere uitgangspunt terug. Zie *Parl. Gesch.* Boek 3 BW, 1981, Eindverslag I bij art. 3:98, p. 407; *Parl. Gesch.* Boek 3 BW (Inv. Boek 3, 5 en 6), 1990, MvT Inv. op art. 3:81, p. 1196; *Parl. Gesch.* Kadasterwet (Inv. Boek 3, 5 en 6), 1990, MvT bij art. 25 oud, p. 141-142 en MvA II bij art. 25 oud, p. 144.
- 9 Vgl. J.J.H. Wijnmaalen, 'De levering van een registergoed onder voorbehoud van een beperkt recht', *Vastgoedrecht* 2010/6, p. 161-162 ('behoeft geen medewerking van de verkrijger van de eigendom'); Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 471 ('de vervreemder bewerkstelligt de afsplitsing van dat beperkte recht binnen zijn eigen vermogen'); W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 597 ('Deze persoon vestigt ten behoeve van zichzelf een beperkt recht en vervreemdt feitelijk gelijktijdig') en nr. 778 ('dat de vervreemder ten behoeve van zichzelf een pandrecht vestigt op een aan hem toebehorende zaak'). Anders, met opvallende *contradictio in terminis*, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 539 ('[dit pandrecht] is derhalve nooit het vermogen van de verkrijger-pandgever gepasseerd'). Steneker 2008, par. 4.3 hinkt op twee gedachten ('De verkrijger/pandgever hoeft niet bevoegd te zijn tot vestiging van een pandrecht (...) Hieruit kan worden afgeleid dat een voorbehouden pandrecht niet door de pandgever ten behoeve van de pandhouder wordt gevestigd').

het vermogen van de verkrijger niet; en het wordt niet eerst vóór de verkrijger gevestigd en dan terug overgedragen, omdat het beperkte recht evenmin het vermogen van de verkrijger passeert.¹⁰ De Hoge Raad bevestigde dit in rechtsoverweging 3.6.4 van het arrest *Potharst/Serrée*: 'Ingeval van eigendomsovergang onder voorbehoud van pandrecht, wordt een recht verkregen dat van meet af aan met het pandrecht is belast. Dat pandrecht is immers bij de oorspronkelijke rechthebbende blijven berusten.'¹¹ De vervreemder wil het risico niet lopen van de beroemde goederenrechtelijke seconde, waarin de zaak of het beperkte recht wordt getroffen door een faillissementsbeslag bij de verkrijger of door een eerder verrichte beschikking bij voorbaat. Juist daarom maakt hij het voorbehoud. Begrijpelijk, maar de consequentie is dat de vervreemder van de zaak zowel het beperkte recht vestigt als verkrijgt: hij is pandgever én pandhouder. De gevolgen zijn voor de hier behandelde casus bizar te noemen.

Kan een beschikkingsonbevoegde een zaak overdragen onder voorbehoud van een beperkt recht? De wettekst lijkt het te ontkennen. Artikel 3:81 lid 1 BW stelt immers: 'Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar goed toekomt, kan (...) beperkte rechten vestigen. Hij kan ook zijn recht onder voorbehoud van een zodanig beperkt recht overdragen mits hij de voorschriften zowel voor overdracht van een zodanig goed, als voor vestiging van een zodanig beperkt recht in acht neemt.' Toch getuigen de bekende bepalingen omtrent derdenbescherming dat het 'toekomen' niet een noodzakelijke voorwaarde is voor vestiging. Dat geldt ook voor het vervolg. Anders gezegd, als de beschikkingsonbevoegde Alfons een geldig beperkt recht kan vestigen voor een beschermde derde, dan kan hij ook een beperkt recht 'door het in acht nemen van de voorschriften voor vestiging' voorbehouden voor een beschermde derde.

Kan een persoon te goeder trouw een voorbehouden beperkt recht *verkrijgen*? Daarvoor is vereist dat hij zich kan beroepen op enige beschermingsbepaling. Het meest voor de hand liggend is artikel 3:238 lid 1 BW. Ondanks onbevoegdheid van de pandgever Alfons is de vestiging geldig indien de pandhouder Alfons te goeder trouw is op het tijdstip waarop de zaak in zijn macht *of die van een derde* is gebracht. Het is goed denkbaar dat Alfons te goeder trouw is omtrent zijn eigen beschikkingsonbevoegdheid. Meer moeilijkheden bereidt de bepaling over macht. Zou Alfons als pandgever zonder registratie de zaak in zijn macht hebben gehouden, dan zou een voorbehouden pandrecht tenietgaan op grond van artikel 3:258 lid 1 BW. Het voorbehouden van een niet-geregistreerd recht van vuistpand is, de constructie van de Hoge Raad in *Potharst/Serrée* steeds maar volgend, absurd genoeg onmogelijk naar de letter van de

10 *Parl. Gesch.* Boek 3 BW, 1981, Eindverslag I bij art. 3:98, p. 407-408. In de toelichting op Boek 5 BW van de hand van het driemanschap, uitgebracht in 1954, was nog uitgegaan van vestiging door de koper. Zie *Parl. Gesch.* Boek 5 BW, 1981, aanbiedingsbrief OM, p. 4.

11 HR 4 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2796, NJ 1999/549, m.nt. W.M. Kleijn (*Potharst/Serrée*). Zie eerder al HR 7 februari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7403, NJ 1979/551, m.nt. W.M. Kleijn.

wet, omdat de zaak dan steeds in de macht van de pandgever/crediteur is. Het voorbehouden en registreren van een vuistloos pandrecht leidt daarnaast tot een ander probleem. Zolang de zaak uit handen van de pandgever/crediteur is, kan de pandhouder/crediteur (dat is dezelfde persoon) zich beroepen op derdenbescherming indien hij te goeder trouw is wanneer de zaak in handen van een derde wordt gebracht. Is het denkbaar dat Beatrijs, nota bene de debiteur, een derde is die macht uitoefent ten behoeve van de pandgever en pandhouder Alfons? Er is niets in de wet dat zich daartegen verzet – ook artikel 3:258 lid 1 BW niet, want naar de letter genomen gaat het pandrecht pas teniet wanneer de zaak terugkeert in de macht van de pandgever, Alfons dus. In deze constructie kan Alfons zich, mits te goeder trouw, beroepen op bescherming tegen zijn eigen beschikkingsonbevoegdheid.

4 Slot

Het moge duidelijk zijn dat hier iets wonderlijks aan de hand is. Een onbeschermd vuistloos pandrecht op een zaak in handen van de debiteur is getransformeerd in een beschermd vuistpandrecht omdat de zaak uit handen is van de pandgever, en ook uit handen van de pandhouder. Een beschikkingsonbevoegde te goeder trouw wordt beschermd tegen zijn eigen beschikkingsonbevoegdheid omdat hij voor zichzelf een beperkt recht vestigt. De kern van het hele probleem is de vereenzelviging van de vervreemder van bloot-eigendom door vestiging van een voorbehouden recht met de verkrijger van het beperkte recht. Die vereenzelviging is een steen in de dogmatische vijver, want grote delen van het wetboek zijn voor dit geval eenvoudigweg niet geschreven. ‘Logisch volkomen richtig und dennoch verkehrt’, om het gevleugelde woord van Jhering te citeren.¹²

Wat nog voor bescherming van Alfons spreekt is een vergelijking met het geval waarin hij de zaak eenvoudigweg aan Beatrijs overdraagt waarna zij een geldig vuistloos pandrecht vestigt. Hij zou het pandrecht dan verkrijgen van een beschikkingsbevoegde, maar geconfronteerd worden met het risico van eerdere beschikkingen of een faillissement. Het voorbehoud van een beperkt recht is juist bedoeld om deze risico’s uit te sluiten. Op de techniek die daarvoor wordt gebruikt is nogal wat aan te merken, maar het streven is loffelijk. Zelf zie ik weinig reden om alleen beschikkingsbevoegde vervreemders van dit streven te laten profiteren, en niet ook beschikkingsonbevoegde vervreemders te goeder trouw. Dit resultaat vergt echter teveel goederenrechtelijke yoga om te bevredigen. De conclusie moet zijn dat de figuur van het voorbehouden

12 R. von Jhering, *Der Besitzwille: zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena: Fischer 1889, p. 212.

beperkte recht, een rechtsfiguur die de Romeinen reeds kenden,¹³ zo weinig doordacht en ingebed is in het moderne Nederlandse recht dat ik de praktijk en de academie zou aanraden de constructie maar liever te negeren.¹⁴ Het voorbehouden beperkte recht is onder het vloerkleed geschoven en de draden van dat tapijt ogen tamelijk rafelig.

13 Zie met verdere literatuur Jansen 2017, p. 91-106.

14 Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 597 ('past in dogmatisch opzicht eigenlijk slecht in ons system (...) dogmatische problemen van deze constructie').