



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Levering van roerende zaken

Peter, J.A.J.

### Citation

Peter, J. A. J. (2007, June 14). *Levering van roerende zaken*. *Meijers-reeks*. Kluwer|Department of civil law, Faculty of Law, Leiden University|E.M. Meijers Instituut, Faculty of Law, Leiden University. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12078>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12078>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## 2 | Leveringswijzen

### 2.1 LEVERING DOOR MIDDEL VAN BEZITSVERSCHAFFING

#### 2.1.1 Bezit

Art. 3:90 lid 1 bepaalt dat de levering, vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen. Het artikel roept al direct twee vragen op: wanneer bevinden de bedoelde zaken zich 'in de macht van de vervreemder', en hoe vindt de voorgeschreven 'bezitsverschaffing' plaats? Bestudering van de leveringsformaliteit bezitsverschaffing vereist inzicht in de rechtsfiguur bezit. Vandaar dat ik op deze plaats een aantal wetsartikelen over bezit langsloop.<sup>1</sup>

Beantwoording van de eerste vraag leidt ons naar Titel 5 van Boek 3, getiteld 'Bezit en houderschap'. Art. 3:107 lid 1 omschrijft bezit als 'het houden van een goed voor zichzelf'. Volgens de leden 2 en 3 kan hierbij worden onderscheiden tussen 'onmiddellijk bezit', waarvan sprake is wanneer iemand bezit zonder dat een ander het goed voor hem houdt, en 'middellijk bezit', de situatie waarin iemand bezit door middel van een ander die het goed voor hem houdt. In lid 4 lezen wij dat houderschap op overeenkomstige wijze onmiddellijk of middellijk is. Bij lezing van art. 3:107 springt in het oog dat de wetgever onderscheidt tussen 'houden' en 'houderschap'. Het begrip 'houden' wordt als overkoepelend begrip gebruikt: naast de bezitter, die het goed dus voor zichzelf houdt, kent de wet de houder, dat is degene die het goed voor een ander houdt. Met de term 'houderschap' wordt bedoeld op de situatie dat iemand een goed voor een ander houdt. Het 'houden' van een zaak impliceert het uitoefenen van de 'macht' over de zaak zoals bedoeld in art. 3:90 lid 1. Dit betekent dat zowel een bezitter als een houder tot de in art. 3:90 lid 1 bedoelde bezitsverschaffing in staat is. Zo noemde Meijers in zijn Toelichting, naast de bezitsverschaffing door een bezitter, de bezitsverschaffing door een commissionair die als houder de zaak in eigen naam levert.<sup>2</sup>

---

1 Een algemene behandeling van de rechtsfiguur bezit gaat het bestek van dit boek te buiten; zie hiervoor bijvoorbeeld Mijnsen & Schut 1991, p. 3-23; Rank-Berenschot 2001, Van Schaick 2003, en Asser/Mijnsen & De Haan 2006 (3-I), hoofdstuk VI.

2 TM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 382.

Waar art. 3:107 bezit, en, indirect, houderschap, omschrijft, geeft art. 3:108 de criteria aan de hand waarvan moet worden beoordeeld óf iemand 'een goed houdt' en zo ja, of hij bezitter of houder is. Volgens dit artikel wordt de vraag of iemand een goed houdt, en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van een aantal wettelijke regels (de artikelen 3:109 tot en met 3:119) en overigens op grond van uiterlijke feiten. De verwijzing naar de verkeersopvatting impliceert dat van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of iemand de macht over een zaak uitoefent, en zo ja, of hij dit als bezitter of als houder doet.

Art. 3:112 is gewijd aan de wijzen waarop bezit kan worden verkregen. Volgens de parlementaire geschiedenis is het artikel niet strikt limitatief bedoeld, maar is beoogd de meest voorkomende typen van bezitsverkrijging te vermelden.<sup>3</sup> Volgens art. 3:112 wordt bezit verkregen door inbezitneming, door overdracht of door opvolging onder algemene titel. Opvallend is, dat de in art. 3:90 lid 1 genoemde 'bezitsverschaffing' hier niet als wijze van bezitsverkrijging wordt genoemd. Wat de eis van bezitsverschaffing betreft is de gedachte dat deze bezitsverschaffing door een bezitter geschiedt door bezitoverdracht; is de vervreemder houder dan kan hij weliswaar geen bezit overdragen, maar wel bezit *verschaffen*.<sup>4</sup> De in art. 3:112 genoemde *bezitsoverdracht* wordt uitgewerkt in de artikelen 3:114 en 3:115. Art. 3:114 bepaalt dat een bezitter zijn bezit overdraagt door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen, die hij zelf over het goed kon uitoefenen. Volgens art. 3:115 is voor overdracht van het bezit een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling voldoende wanneer de vervreemder de zaak bezit en hij krachtens een bij de levering gemaakt beding voortaan voor de verkrijger houdt (sub a, levering per *constitutum possessorium*), wanneer de verkrijger houder van de zaak voor de vervreemder was (sub b, levering *brevi manu*), en wanneer een derde voor de vervreemder de zaak hield, en haar na de overdracht voor de ontvanger houdt. In laatstbedoeld geval gaat het bezit niet over voordat de derde de overdracht heeft erkend, dan wel de vervreemder of verkrijger de overdracht aan hem heeft medegedeeld (sub c, levering *longa manu*). Daarnaast is in het arrest Goubitz/Klinger een mengvorm van een levering *cp en longa manu* erkend, die wel bekend staat als de levering per *constitutum compossessorium* of *traditio sine manu*.<sup>5</sup> Het arrest betrof de overdracht van de inboedel van een huis dat door de vervreemder en de verkrijger tezamen werd bewoond, zodat zij zowel voor als na de overdracht de macht over de tot de inboedel behorende zaken uitoefenden, en door de bezitsoverdracht hun rollen van bezitter en houder verruilden.

---

3 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 433.

4 Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-1), nr. 264.

5 HR 18 februari 1966, NJ 1967, 109 (JHB) Goubitz/Klinger; Mijnssen & Schut 1991, p. 107-108, Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-1), nr. 158.

*Bezitsverschaffing* door een houder kan plaatsvinden door middel van feitelijke overgave, levering *brevi manu* en levering *longa manu*, maar niet door middel van *constitutum possessorium*.<sup>6</sup>

Ik gaf al aan dat het bij bezit en houderschap gaat om de uitoefening van de macht over een goed. Een bezitter oefent voor zichzelf, met de naar buiten blijkende pretentie rechthebbende te zijn, de macht over het goed uit. Aldus opgevat is, waar het betreft het bezit van zaken, 'bezit de schaduw van eigendom'.<sup>7</sup>

Een aloude controverse is of bezit als feit of als recht moet worden aangemerkt.<sup>8</sup> Aan de ene kant is onmiskenbaar dat bezit een feitelijke component heeft. Zo wordt bijvoorbeeld de vraag of iemand bezitter is onder meer beoordeeld op grond van uiterlijke feiten (art. 3:108); in die zin is bezit een door het recht erkende en voorlopig als zodanig beschermde feitelijke machtspositie over een goed.<sup>9</sup> Bezit is een feitelijke toestand inhoudend dat men macht over een goed uitoefent. Aan de andere kant heeft bezit ook aspecten van een recht: een bezitter geniet bezitsbescherming (art. 3:125), en bezit is bovendien blijkens art. 3:114 en 3:115 voor overdracht vatbaar, waarbij het woord overdracht impliceert dat het bezit(srecht) van de oude bezitter door de nieuwe bezitter wordt voortgezet. Bezit dient naar mijn mening dan ook als feit én recht te worden aangemerkt; de rechtsfiguur bezit heeft een feitelijk én een juridisch aspect.<sup>10</sup> Afhankelijk van de context waarin het begrip bezit wordt gebruikt ziet het op de uitoefening van de macht over de zaak dan wel op het bezitsrecht.<sup>11</sup>

Na deze korte opmerkingen over de rechtsfiguur bezit concentreer ik mij nu op de leveringsformaliteit bezitsverschaffing. Als uitgangspunt neem ik de bezitsoverdracht door een eigenaar-bezitter; bezitsoverdracht door een beschikkingsonbevoegde bezitter en bezitsverschaffing door een houder komen verderop in dit hoofdstuk aan de orde.

### 2.1.2 Bezitsverschaffing

Met het voorschrijven van 'bezitsverschaffing' wordt beoogd de eigendoms-overdracht publiek te maken: aan de hand van zijn verkregen bezit is de verkrijger in staat zich jegens derden als eigenaar te legitimeren.<sup>12</sup> In het oude

---

6 Dit komt aan de orde in § 2.2.9-2.2.11.

7 Nieuwenhuis 1980, p. 38.

8 Zie voor een behandeling van respectievelijk een overzicht van literatuur over dit onderwerp Den Dulk 1979, p. 98-104 en Rank-Berenschot 2001, nr. 8.

9 Ten Kate 1973, p. 266-267.

10 In gelijke zin onder meer Neleman 1992, p. 267; Rank-Berenschot 2001, nr. 8, p. 12; Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-1), nr. 100; Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 144.

11 Rank-Berenschot 2001, nr. 8.

12 Nieuwenhuis 1980, p. 23-24, 29-30; Mijnssen 1983, p. 346; Rank-Berenschot 2001, nr. 9, 40.

Burgerlijk Wetboek was de levering van roerende zaken geregeld in art. 667 BW (oud), dat bepaalde:

1. De levering van roerende zaken, onligchamelijke uitgezonderd, geschiedt door de enkele overgave, welke door den eigenaar of in zijnen naam is verrigt, of door de sleutels van het gebouw, waarin zich die zaken bevinden, over te geven.
2. De levering wordt niet vereischt, indien de verkrijger de zaak reeds, uit kracht van eenen anderen titel, in zijne magt heeft.

Onder de in lid 1 bedoelde 'overgave' viel derhalve in de eerste plaats de feitelijke overgave van de zaak, maar daarnaast ook de traditio symbolica, waarbij men naast het in artikel genoemde voorbeeld kan denken aan overhandiging van de fietssleutels van de te leveren fiets. In lid 2 werd de mogelijkheid van bezitsverschaffing door traditio brevi manu erkend. Maar ook de andere, later in art. 3:115 opgenomen, wijzen van bezitsoverdracht door enkele tweezijdige verklaring werden in het oude recht al erkend. Zo erkende de Hoge Raad in 1929 in het arrest Proehl & Gutmann de levering longa manu als geldige wijze van bezitsverschaffing.<sup>13</sup> In de casus die aan dit arrest ten grondslag lag had Schöck, rechthebbende van een aantal aandelen aan toonder, die krachtens art. 668 lid 3 BW (oud) evenals roerende zaken door middel van 'overgave' dienden te worden geleverd, deze aan Huberich verkocht. Er werd een akte opgemaakt waarin Schöck verklaarde dat hij de aandelen aan Huberich overdroeg, welke akte vervolgens aan Proehl & Gutmann, die de aandelen als pandhouder onder zich had, werd betekend. Proehl & Gutmann weigerde de aandelen aan Huberich af te staan, stellende dat deze geen eigenaar was geworden, nu Proehl & Gutmann als houder van de aandelen niet aan de overdracht had meegewerkt. De Hoge Raad was van mening dat een bezitsoverdracht wel had plaatsgevonden:

'dat aan de overdracht van het bezit niet in den weg stond, dat Schöck de stukken niet daadwerkelijk aan de koopers kon ter hand stellen, daar ook blijkens den inhoud van art. 667 B.W. voor een geldige levering in den zin van dat artikel en van art. 668, laatste lid, zoodanige feitelijke overgave niet steeds noodig is; dat daartoe slechts vereischt is, dat de bezitter datgene doet wat, naar de omstandigheden van het geval, noodig is om hem, aan wien hij de zaak wil overdragen, in staat te stellen daarover voortaan in zijn plaats die macht uit te oefenen, die hij tot nog toe zelf uitoefende;'

In de tweede geciteerde overweging ziet men de formulering die thans is neergelegd in art. 3:114. Schöck had Huberich volgens de Hoge Raad in staat gesteld de macht over de zaak uit te oefenen die hij tot nog toe zelf over de macht uitoefende, door in de akte te verklaren dat hij de macht aan de kopers

---

13 HR 1 november 1929, NJ 1929, 1745 (PS).

overdroeg en deze te betekenen aan de pandhouder, die hierdoor, ongeacht of zij dit wilde, de stukken voor de kopers ging houden.

De levering door *constitutum possessorium* werd door de Hoge Raad al aan het einde van de negentiende eeuw erkend.<sup>14</sup> Na het Bierbrouwerij-arrest uit 1929, waarin de Hoge Raad de levering *constituto possessorio* in het kader van een fiduciaire overdracht erkende, nam deze leveringsvorm een grote vlucht, hetgeen leidde tot de relativering ervan.<sup>15</sup>

In de Toelichting Meijers bij het latere art. 3:115 worden de verschillende wijzen genoemd waarop onder het oude recht bezitsoverdracht kon plaatsvinden.<sup>16</sup>

‘Gewoonlijk wordt bij de levering van zaken aan het vereiste van artikel 8 (het latere art. 3:114, JAJF) voldaan door terhandstelling van die zaken of van voorwerpen, waarmede men in het verkeer de feitelijke macht over die zaken uitoefent: de sleutels van een gebouw of van een kast, het legitimatiepapier waarop de bewaarder verplicht is de zaak af te geven, enz.

In enkele gevallen is echter bij zaken een tweezijdige verklaring zonder meer voor bezitswisseling voldoende. Ook dit laatste volgt streng genomen uit artikel 8. Wegens het grote praktische belang en om dienaangaande geen onzekerheid te doen bestaan, worden in de wet drie gevallen genoemd, in welke voor bezitsoverdracht van zaken een tweezijdige verklaring voldoende is.’

Met name de mogelijkheid bezit van een roerende zaak door middel van een tweezijdige verklaring over te dragen, heeft in de literatuur de vraag doen rijzen of de levering volgens art. 3:90 als een rechtshandeling moet worden beschouwd. Moet ‘bezitsverschaffing’ als een rechtshandeling worden geïdentificeerd, en zo ja, kan deze rechtshandeling als een zakelijke overeenkomst worden beschouwd?

### 2.1.3 Levering door middel van bezitsoverdracht: feitelijke handeling of rechtshandeling?

Over het rechtskarakter van de bezitsverschaffing wordt van oudsher discussie gevoerd. Wij beperken ons hier tot de standpunten van de meer hedendaagse auteurs. Zij die de gedachte afwijzen dat bezitsverschaffing door middel van een rechtshandeling plaatsvindt, benadrukken de feitelijke component van de rechtsfiguur bezit. Zij stellen dat bezit (in hoofdzaak) een feit, althans feitelijke toestand is. Zo stelt Den Dulk dat voor bezitsoverdracht overeenkom-

---

14 HR 12 februari 1885, W 5146; HR 22 februari 1889, W 5684; zie ook TM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 437, en de aldaar genoemde arresten.

15 Zie § 2.2.

16 TM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 437.

stig art. 3:114 alleen beslissend is of de verkrijger voldoende feitelijke macht heeft verkregen, en dus niet, zo begrijp ik hem, of de wil van partijen op bezitsverschaffing was gericht. Bezit, zo concludeert Den Dulk is geen recht maar feit, en bezitsoverdracht is geen rechtshandeling, omdat het rechtsgevolg, overgang van bezit als recht, ontbreekt.<sup>17</sup> Ook Brahn en Reehuis benadrukken dat voor de vraag of bezitsverschaffing heeft plaatsgevonden steeds de verkeersopvatting doorslaggevend is, en niet de wil van partijen.<sup>18</sup> Het feitelijke karakter van bezit openbaart zich ook in het volgende, in de parlementaire geschiedenis besproken, geval. Ziet men bezitsoverdracht als een rechtshandeling, dan kan zij bijvoorbeeld wegens een wilsgebrek worden vernietigd. Vernietiging van de bezitsoverdracht leidt echter niet automatisch tot herkrijging van het bezit door de vervreemder als de verkrijger de feitelijke macht heeft verkregen, die hem niet eenzijdig door een beroep op vernietigbaarheid kan worden ontnomen.<sup>19</sup>

Zij die menen dat bezitsverschaffing door middel van een rechtshandeling plaatsvindt, stellen dat bezit (mede) een recht is, zodat overdracht van dit recht een daarop gerichte rechtshandeling van partijen vereist. Deze visie wordt onder meer verdedigd door Mijnsen en Schut, Neleman, Sniijders, Van Vliet en Rank-Berenschot. Mijnsen en Schut bijvoorbeeld stellen dat gezien het karakter van bezit als recht, de spil van de juridische levering, naast de tot overdracht strekkende wilsovereenstemming, wordt gevormd door de overdracht van het bezitsrecht.<sup>20</sup> Sniijders leidt uit het feit dat bezit mede een recht is af dat bezitsoverdracht een rechtshandeling is.<sup>21</sup> Van Vliet is van mening dat, gelet op het karakter van bezit als recht, iedere bezitsverschaffing door middel van een overeenkomst plaatsvindt.<sup>22</sup> Bezitsoverdracht vindt, zo stelt hij, plaats door middel van wilsovereenstemming omtrent de overdracht van een recht, en is daarmee een rechtshandeling die al dan niet vergezeld gaat van een feitelijke handeling. Ook Rank-Berenschot wijst erop dat de 'verklaringen' van partijen wilsovereenstemming omtrent de overgang van bezit behelzen, welke overgang, gelet op de aan bezit verbonden rechtsgevolgen, als een beoogd rechtsgevolg kan worden aangemerkt.<sup>23</sup>

Uit deze inventarisatie blijkt dat bij de geraadpleegde schrijvers het antwoord op de vraag of bezitsoverdracht plaatsvindt door middel van een rechtshandeling, wordt bepaald door hun visie op de vraag of bezit als een feit of als een recht moet worden beschouwd. Deze inventarisatie geeft dan ook op het eerste gezicht geen inzicht in de eventuele rol van de zakelijke overeenkomst bij

---

17 Den Dulk 1979, p. 76-107, zie met name p. 104.

18 Brahn/Reehuis 1997, nr. 57; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 132.

19 NvW, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 440; Den Dulk 1979, p. 84.

20 Mijnsen & Schut 1991, p. 95-96, 103-104.

21 Sniijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 144.

22 Van Vliet 2000, p. 137, 144-145.

23 Rank-Berenschot 2001, nr. 55, p. 76.

levering door middel van bezitsverschaffing. Toch is nadere bestudering van de auteurs die zich op het standpunt stellen dat bezitsverschaffing door middel van een rechtshandeling plaatsvindt, wel degelijk zinvol. Al deze auteurs blijken namelijk het concept van de zakelijke overeenkomst te hanteren. Voordat ik ga onderzoeken hoe de opvattingen van deze auteurs over de relatie tussen de zakelijke overeenkomst en de leveringsformaliteit bezitsverschaffing luiden, besteed ik aandacht aan de herkomst en de omschrijving van het begrip zakelijke overeenkomst.

#### 2.1.4 Het begrip zakelijke overeenkomst

Het begrip zakelijke overeenkomst is afgeleid van het begrip 'dinglicher Vertrag', een begrip dat ontwikkeld is door de Duitse negentiende eeuwse rechtsgeleerde Von Savigny.<sup>24</sup> Von Savigny onderscheidde verschillende typen van overeenkomsten. Naast de obligatoire overeenkomst beschreef hij overeenkomsten in het goederenrecht:<sup>25</sup>

'So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden: den sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der handelnden dadurch neu bestimmt; daß diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirtliche Erwerbung des Besitzes, als äußere Handlung, hinzutreten muß, hebt das Wesen des zum Grund liegenden Vertrags nicht auf.'

In zijn Obligationenrecht lezen wij:<sup>26</sup>

'Man kann eine Tradition vornehmen zu sehr verschiedenen Zwecken: es kann geschehen, indem man eine Sache vermietet, zur Aufbewahrung hingiebt, oder als Pfand, und in diesen Fällen geht gewiß kein Eigentum über; es kann aber auch geschehen in Folge eines Verkaufs, eines Tausches, oder in den so eben angeführten Fällen eines Keschens oder eines Darlehens, und in allen diesen Fällen geht Eigentum über. Worin liegt nun der ware Unterschied zwischen diesen beiden Klassen von Fällen? Lediglich darin, daß in den letzten Fällen der bisherige Eigenthümer das Eigentum übertragen will, in den ersten dagegen nicht will. Daraus folgt, daß die Tradition das Eigentum überträgt durch den übereinstimmenden Willen beider handelnden Personen, ohne diesen Willen aber nicht.'

---

24 Ik laat een bespreking van het werk van Von Savigny hier buiten beschouwing; zie hierover recentelijk Van Vliet (2000), p. 186-191.

25 Von Savigny 1840, p. 312.

26 Von Savigny 1853, p. 256-257.

In de noot bij deze passage merkte hij op:

‘Die Tradition selbst ist daher ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher: wohl zu unterscheiden van dem obligatorischen Vertrag (Kauf, Tausch u.s.w.), der bei ihr zum Grunde liegen kann, und meist wirklich zum Grunde liegt und vorher zu gehen pflegt.’

Von Savigny's theorie vormde de basis voor het in Duitsland gehanteerde abstracte stelsel, waarin de geldigheid van de levering in beginsel losstaat van de geldigheid van de onderliggende rechtsverhouding.<sup>27</sup>

De term ‘dinglicher Vertrag’ vindt men in het BGB niet terug; wat betreft de levering van roerende zaken volgt uit § 929.1 BGB dat deze in beginsel worden geleverd door middel van ‘Einigung und Übergabe’, waarbij, zo wordt algemeen aangenomen, de ‘Einigung’ de wilovereenstemming van partijen omtrent de eigendomsoverdracht behelst.<sup>28</sup>

Het begrip zakelijke overeenkomst is in ons land in het begin van de vorige eeuw omschreven door Scholten.<sup>29</sup> Deze stelde dat voor overdracht vereist is een overeenkomst waarbij de door wederzijdse wilsverklaring tot stand gekomen overeenstemming ten doel heeft de eigendom van de ene partij op de andere te doen overgaan. Scholten wees hier op het onderscheid tussen het obligatoire contract als bron van de verbintenis en het zakelijke contract. Hij gaf daarbij aan dat er vaak uiterlijke eenheid is, daar het zakelijke contract zelden of nooit geheel op zichzelf voorkomt.<sup>30</sup> Voor overdracht van roerende zaken eiste hij naast het zakelijke contract overdracht van het bezit van de zaak.<sup>31</sup>

Hoe wordt de goederenrechtelijke overeenkomst in de hedendaagse literatuur omschreven? Sniijders omschrijft, hiertoe geïnspireerd door onder meer Köster, de goederenrechtelijke overeenkomst als:<sup>32</sup>

‘(...) een twee- of meerzijdige, op een rechtstitel berustende rechtshandeling waarbij partijen (...) hetzij zonder meer, hetzij in combinatie met een formaliteit die ook buiten de actieve medewerking van de niet-belanghebbende partij kan worden vervuld, (...) een goed overdragen dan wel een goederenrechtelijk recht doen ontstaan, dan wel teniet doen gaan (...)’.

Hijma en Olthof omschrijven de goederenrechtelijke overeenkomst van overdracht als ‘een meerzijdige rechtshandeling, waarbij vervreemder en verkrijger

27 Wilhelm 2002, Rn. 25.

28 Zie over de verhouding tussen ‘Einigung’ en ‘Übergabe’ § 2.1.6

29 Asser/Scholten 1905, p. 96-97; het komt ook voor in Fruin 1860, p. 30-31.

30 Asser/Scholten 1905, p. 96.

31 Asser/Scholten 1905, p. 100.

32 Köster 1964, p. 96; H.J. Sniijders, Sniijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 326.

verklaren thans het goed uit het vermogen van de vervreemder in dat van de verkrijger te willen doen overgaan'.<sup>33</sup> Ook Mijnsen en Schut en Van Vliet betrekken het begrip goederenrechtelijke overeenkomst alleen op de wilsovereenstemming van partijen omtrent de eigendomsoverdracht of de vestiging dan wel het tenietgaan van een beperkt recht, en onderscheiden de goederenrechtelijke overeenkomst dus van de voorgeschreven leveringsformaliteiten.<sup>34</sup> Hartkamp geeft een iets andere omschrijving: hij omschrijft het begrip goederenrechtelijke overeenkomst als de rechtshandeling, met inachtneming van de door de wet voorgeschreven vormvoorschriften tot stand gekomen door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen, die gericht zijn op het doen ontstaan of overgaan, het wijzigen of doen tenietgaan van een recht op een goed.<sup>35</sup>

### 2.1.5 Bezitsoverdracht als rechtshandeling en de zakelijke overeenkomst

Uit bovenstaande omschrijvingen van de goederenrechtelijke overeenkomst blijkt dat zij door een aantal schrijvers wordt onderscheiden van de door de wet voorgeschreven leveringsformaliteiten. Wanneer wij uitgaan van het concept van de zakelijke overeenkomst als onderdeel van de levering van een roerende zaak, hoe verhoudt deze zakelijke overeenkomst zich dan tot de leveringsformaliteit bezitsverschaffing? In de literatuur kunnen drie opvattingen worden onderscheiden. Volgens visie a heeft de zakelijke overeenkomst betrekking op de bezitsoverdracht. In visie b worden in geval van een levering door middel van bezitsverschaffing steeds twee overeenkomsten gesloten. Visie c, tenslotte, houdt in dat de overeenkomst in de zin van wilsovereenstemming over de eigendomsoverdracht, al dan niet in combinatie met een feitelijke handeling of nadere afspraak, steeds bezits- en eigendomsoverdracht tot gevolg heeft.<sup>36</sup>

#### *Visie a: de zakelijke overeenkomst heeft betrekking op de bezitsoverdracht*

In deze visie wordt de zakelijke overeenkomst gezien als de overeenkomst omtrent bezitsoverdracht; deze overeenkomst heeft, als aan de in art. 3:84 genoemde voorwaarden is voldaan, niet alleen bezits- maar ook eigendomsoverdracht tot gevolg. Zij wordt verdedigd door Neleman.<sup>37</sup> Neleman stelt dat voor levering middels bezitsverschaffing de wilsovereenstemming van partijen essentieel is, zodat levering een rechtshandeling is, die al dan niet

---

33 Hijma & Olthof 2005, nr. 115.

34 Mijnsen & Schut 1991 p. 57; Van Vliet 2000, p. 135-136.

35 Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 21, 23; in vergelijkbare zin Asser/Mijnsen & De Haan 2006 (3-I), nr. 208.

36 Mits, uiteraard, aan de in art. 3:84 gestelde eisen voor overdracht is voldaan.

37 Neleman 1992, p. 267-268, 270, 275-276.

gepaard gaat met feitelijke handelingen. Het begrip 'zakenrechtelijke overeenkomst' betreft Neleman op de bezitsoverdracht.<sup>38</sup> Nelemans opvatting komt hierop neer, dat door de wilsovereenstemming over de bezitsoverdracht ook de eigendom overgaat, mits aan de in art. 3:84 lid 1 gestelde voorwaarden is voldaan. Wilsovereenstemming omtrent de bezitsoverdracht heeft dan met andere woorden eigendomsoverdracht tot gevolg.

*Visie b: in geval van levering door middel van bezitsverschaffing worden steeds twee overeenkomsten gesloten*

Visie b wordt verdedigd door Van Vliet.<sup>39</sup> Van Vliet betoogt dat iedere levering van een roerende zaak door middel van bezitsverschaffing plaatsvindt door middel van twee overeenkomsten, een 'zakelijke overeenkomst', gericht op eigendomsoverdracht, en een tweede overeenkomst, gericht op bezitsoverdracht.<sup>40</sup> Van Vliet ziet de zakelijke overeenkomst, die hij omschrijft als een meerszijdige rechtshandeling gericht op het doen overgaan van de eigendom op de verkrijger, als de kern van iedere overdracht; zij vervult met name een functie bij het inzichtelijk maken van meer gecompliceerde leveringen zoals de levering onder voorwaarde. Waar de zakelijke overeenkomst de kern van de eigendomsoverdracht vormt, is de leveringsformaliteit bezitsverschaffing een zogenaamde *condicio iuris*. Met dit begrip doelt Van Vliet op een wettelijke voorwaarde voor de geldigheid van een rechtshandeling (in casu: de zakelijke overeenkomst), te onderscheiden van een partijvoorwaarde.<sup>41</sup> In de gevallen bedoeld in art. 3:115 geschiedt de bezitsverschaffing door middel van 'fictieve bezitsoverdracht', een enkele overeenkomst zonder feitelijke handeling. Deze overeenkomst is niet de zakelijke overeenkomst, een overeenkomst omtrent de eigendomsovergang, maar een overeenkomst omtrent bezitsoverdracht, vergelijkbaar met de in § 854.2 BGB bedoelde 'Einigung'.<sup>42</sup>

*Visie c: de zakelijke overeenkomst in de zin van wilsovereenstemming over de eigendomsoverdracht heeft, al dan niet in combinatie met een feitelijke handeling of nadere afspraak, bezits- en eigendomsoverdracht tot gevolg*

In deze visie staat niet de wilsovereenstemming omtrent de bezitsoverdracht, maar die omtrent de eigendomsoverdracht centraal. Tot de aanhangers van deze visie behoren Nieuwenhuis, Schoordijk, Mijnsen en Schut, Snijders en Nieskens.

Schoordijk stelt dat bezitsoverdracht plaatsvindt als gevolg van het sluiten van de zakelijke overeenkomst. De overdracht van de feitelijke macht kan pas

---

38 Neleman 1992, p. 276.

39 Van Vliet 2000, p. 133-144, 210.

40 Van Vliet 2000, p. 144-145.

41 Van Vliet 2000, p. 32, 135; ook beschikkingsbevoegdheid is een *condicio iuris* voor eigendomsoverdracht.

42 Van Vliet 2000, p. 137 noot 23.

als bezitsverschaffing worden geduid wanneer zij gepaard gaat met het sluiten van een zakelijke overeenkomst.<sup>43</sup>

Nieuwenhuis betoogt dat de 'contractualisering van de eigendomsoverdracht', als gevolg waarvan roerende zaken zonder feitelijke handeling kunnen worden geleverd (de in het huidige recht in art. 3:115 genoemde gevallen), ertoe heeft geleid dat 'bezitsverschaffing', niet meer het middel is tot eigendomsoverdracht zoals de overgave dit oorspronkelijk was, maar gevolg van de eigendomsoverdracht.<sup>44</sup> De kern van iedere levering wordt, zo stelt hij, gevormd door de zakelijke overeenkomst, de wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht, en door deze wilsovereenstemming gaat ook het bezit van de zaak over.<sup>45</sup> Zo schrijft hij:

'De handelingen beschreven in de artikelen 3.5.8 en 3.5.9 (thans art. 3:114 en art. 3:115, JAJP) (feitelijke overgave, het constitutum 'possessorium', levering *brevi manu* en onder een derde) strekken, ondanks hun plaats in de bezitstitel, in werkelijkheid steeds tot overdracht van de *eigendom*.'

Mijnssen en Schut stellen voorop dat de 'ruggegraat' van iedere levering wordt gevormd door de zakelijke overeenkomst, de wilsovereenstemming van partijen omtrent de eigendomsoverdracht. Daarnaast is in de regel een nadere handeling vereist, waardoor de eigendomsoverdracht naar buiten blijkt en waardoor de verkrijger zich tegenover derden als rechthebbende kan legitimeren. In geval van levering van roerende zaken schrijft de wet als formele handeling bezitsverschaffing voor. Naast bezitsverschaffing is dus een zakelijke overeenkomst vereist, die zich echter zelden als een aparte, duidelijk van de overgave af te scheiden rechtshandeling laat zien. Zij ligt doorgaans besloten in de handeling van het overgeven respectievelijk -nemen.<sup>46</sup> Dit neemt echter niet weg dat het bij de levering aankomt op de onderling overeenstemmende wil van partijen de eigendom, of althans het bezit, op de verkrijger te doen overgaan.<sup>47</sup> De in art. 3:90 voorgeschreven bezitsverschaffing dient de uiting te zijn van de op overdracht gerichte wilsovereenstemming tussen vervreemder en verkrijger.<sup>48</sup> In geval van een levering *constituto possessorio*, *brevi manu* of *longa manu* is een enkele verklaring van rechtsoverdracht, dus een zakelijke overeenkomst, voldoende voor overdracht van het bezitsrecht, en vervalt het vereiste van een nadere leveringshandeling. Bezitsverschaffing en zakelijke overeenkomst staan dus in de visie van Mijnssen en Schut in beginsel naast elkaar maar in de in art. 3:115 bedoelde gevallen kan bezitsoverdracht in de zin van overdracht van het bezitsrecht plaatsvinden door enkele consensus zonder

---

43 Schoordijk 1986a, p. 260.

44 Nieuwenhuis 1980, p. 32, 36-41, 78-81.

45 Nieuwenhuis 1980, p. 38.

46 Mijnssen & Schut 1991, p. 56-57, 89, 92-93, 96-97.

47 Mijnssen & Schut 1991, p. 92.

48 F.H.J. Mijnssen, Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-1), nr. 211.

feitelijke overgave. Deze consensus kenschetsen zij als een zakelijke overeenkomst.

Nieskens benadrukt dat de goederenrechtelijke overeenkomst, de wilsovereenstemming van partijen, gericht op de vermogensverschuiving, als kern van de overdracht moet worden beschouwd.<sup>49</sup> Waar het betreft de levering van roerende zaken ligt de wilsovereenstemming met betrekking tot de rechtsovergang meestal besloten in de leveringsdaad, bijvoorbeeld overhandiging van het verkochte boek. De 'leveringsvormen' van art. 3:115 bestaan uitsluitend uit een goederenrechtelijke overeenkomst, aldus Nieskens. Uit deze laatste zin blijkt dat in de visie van Nieskens in de art. 3:115 bedoelde gevallen het bezit van een zaak overgaat als gevolg van de wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht. De bezitsoverdracht is met andere woorden het gevolg van wilsovereenstemming over de eigendomsoverdracht.

Snijders stelt voorop dat de leveringseis in twee delen uiteen valt: de eis van een goederenrechtelijke overeenkomst, en de eis van een leveringshandeling, zoals bijvoorbeeld feitelijke overgave. Bestaat de leveringshandeling uit feitelijke overgave, dan geschiedt naar zijn mening deze leveringshandeling op hetzelfde moment als dat waarop de goederenrechtelijke overeenkomst tot stand komt: de bezitsoverdracht door feitelijke overgave impliceert met andere woorden een goederenrechtelijke overeenkomst. In geval van een levering *constituto possessorio*, *brevi* of *sine manu* is echter een separate leveringshandeling onnodig, omdat in die gevallen de goederenrechtelijke overeenkomst de tweezijdige verklaring als bedoeld in de aanhef van art. 3:115 impliceert. Bij levering *longa manu* is na totstandkoming van de goederenrechtelijke overeenkomst nog erkenning door of mededeling aan de derde-houder vereist.<sup>50</sup>

Welke van de drie behandelde visies verdient de voorkeur? Laten wij, alvorens deze vraag te beantwoorden, onderzoeken hoe in Duitsland over de verhouding tussen zakelijke overeenkomst en leveringsformaliteit wordt gedacht.

#### 2.1.6 Verhouding tussen zakelijke overeenkomst en leveringsformaliteit in het Duitse recht

De relevante bepalingen over levering van roerende zaken die zich in de macht van de vervreemder bevinden zijn te vinden in Boek 3, Afdeling 1, 'Besitz', en Afdeling 3, Titel 2 van het BGB, gewijd aan eigendomsverkrijging en -verlies van roerende zaken. Voor een goed begrip van de levering is kennisneming van de volgende artikelen onmisbaar:

---

49 Nieskens-Isphording 1999, p. 30-31.

50 H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 325-327.

§ 854 (1) Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

(2) Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerb, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

§ 868 Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

§ 870 Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.

§ 872 Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer.

§ 929 (1) Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.

(2) Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.

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

§ 931 Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

Uit het samenstel van § 854 en de §§ 929 e.v. BGB blijkt dat de levering van roerende zaken plaatsvindt door middel van 'Einigung und Übergabe' dan wel 'Einigung und Übergabesurrogat'. Door 'Übergabe' of 'Übergabesurrogat' verkrijgt de verkrijger 'Besitz'. Hierbij zij aangetekend dat het Duitse begrip 'Besitz' niet overeenkomt met ons begrip bezit.<sup>51</sup> 'Besitz' wordt gebruikt als overkoepelende term voor zowel bezit als houderschap, vergelijkbaar met de term 'houden' zoals gebruikt in art. 3:107 lid 1 BW. Het Duitse equivalent van onze bezitter is de 'Eigenbesitzer' (§ 872 BGB), de 'Fremdbesitzer' is houder, evenals de 'Besitzdiener', degene die voor een ander werkzaam is in een verhouding van sociale afhankelijkheid.<sup>52</sup> Men onderscheidt voorts nog tussen de 'unmittelbar' en 'mittelbar Besitzer', een onderscheid dat overeenkomt met ons onderscheid tussen de onmiddellijke en middellijke bezitter en de onmiddellijke en middellijke houder.<sup>53</sup>

51 In gelijke zin Rank-Berenschot 1996, p. 526-527, 531-532.

52 § 855 BGB, zoals doeltreffend samengevat door Rank-Berenschot 1996, p. 532.

53 Zie voor behandeling van het begrip 'Besitz' bijvoorbeeld Baur/Stürner 1999, § 7.

Wat betreft de wijzen van 'bezitsverschaffing' geldt in het Duitse systeem het volgende. Levering van roerende zaken is volgens § 929.1 BGB in de eerste plaats mogelijk door het sluiten van een zakelijke overeenkomst, 'Einigung', gevolgd door feitelijke overgifte, 'Übergabe', van de zaak, waardoor de verkrijger het 'Besitz' verkrijgt (§ 854.1 BGB). Voor wat betreft de verhouding tussen 'Einigung' en 'Übergabe' is met name de behandeling van dit onderwerp door Wiegand interessant, die hierover het volgende schrijft.<sup>54</sup> In de oorspronkelijke opzet van de wetgever was de 'Übergabe' de vorm waarin de eigendomsoverdracht gestalte diende te krijgen, en waarin zich de wil tot eigendomsoverdracht manifesteerde. 'Einigung' en 'Übergabe' werden dus als een eenheid gezien. In de latere parlementaire geschiedenis vindt men echter de gedachte dat de overgave naast de wilsovereenstemming staat, zodat zij een zelfstandige eis voor overdracht is. Hoewel in de literatuur verschillend wordt gedacht over de vraag of 'Übergabe' heden ten dage als een zelfstandige (naast het vereiste van een 'Einigung' staande) eis voor overdracht moet worden beschouwd, verdedigt Wiegand dat de 'Einigung und Übergabe' in § 929.1 BGB als een eenheid moeten worden gezien. Zoals reeds opgemerkt, diende de 'Übergabe' oorspronkelijk om tussen partijen de wil tot eigendomsoverdracht zichtbaar te maken. Hoewel neveneffect van deze feitelijke overgave was dat de levering tevens publiek werd gemaakt, was van aanvang af duidelijk dat de overgave als publiciteitsmiddel niet zo'n sterke publiciteitswerking kon hebben als de publicatie van de levering van registergoederen in de openbare registers. Dat het publiek maken van de levering nooit het hoofddoel van het stellen van de eis van 'Übergabe' is geweest, blijkt reeds uit het opnemen van de §§ 929.2-931 BGB, die levering van roerende zaken mogelijk maken zonder dat overgave van de zaak plaatsvindt. De huidige functie van de 'Übergabe' is niet zozeer het publiek maken van de wil tot eigendomsoverdracht door een aan eigendomsoverdracht parallel lopende overdracht van de feitelijke macht van de vervreemder op de verkrijger, maar veeleer het realiseren van een met de beoogde eigendomsoverdracht corresponderende wijziging in de machtsuitoefening over de zaak, aldus Wiegand.<sup>55</sup>

*'Der Zweck des Übergabeerfordernisses muss vielmehr darin gesehen werden, dass die Ernsthaftigkeit des Eigentumsübertragungswillens durch die Herstellung neuer Besitzverhältnisse manifestiert werden muss. Verallgemeinernd kann man das Übergabeerfordernis folgendermaßen umschreiben: Eigentumsübertragung bedeutet die vom Veräußerer veranlasste oder geduldete Überführung der Sache aus seinem Zuordnungsbereich in den Zuordnungsbereich des Erwerbers und die Herstellung einer der neuen Eigentumslage entsprechenden/kongruenten Besitzsituation.'*

54 Staudinger/Wiegand 2004, Vorbem zu §§ 929 ff, Rn. 8-12, 19-23, § 929 Rn. 1, 45-69, 71-88.

55 Staudinger/Wiegand 2004, § 929 Rn. 60.

Een vergelijkbare opvatting treft men aan bij Wilhelm:<sup>56</sup>

‘Wie die Übertragungsweisen des Besitzkonstituts, der Vindikationszession, der *brevi manu traditio* sowie schließlich der Einigung bei nicht im Besitz bestimmter Dritter stehender Sachen zeigen, folgt die gesetzliche Regelung damit nur *cum grano salis* dem Publizitätsprinzip. Versteht man Publizität im Sinne von Offenbarkeit, so kommt es dem Gesetz auf diese Publizität nicht an. Es geht dem Gesetz vielmehr lediglich darum, daß der Eigentumswechsel nicht nur gewollt, sondern durch die Veräußerung der Sache realiter durchgeführt wird, es sei denn daß die dem neuen Eigentum entsprechende Herrschaft ohnehin schon beim Erwerber ist. Man kann von einem Veräußerungsprinzip sprechen.’

Verkeert de verkrijger op het moment van de beoogde bezitsoverdracht al in de positie om de macht over de zaak uit te oefenen, dan is volgens § 854.2 BGB voor de bezitsverkrijging een als ‘Einigung’ aangeduide overeenkomst omtrent bezitsoverdracht voldoende. Standaardvoorbeeld is hier de levering van een houtstapel die zich in het bos bevindt.<sup>57</sup> Hier is dus sprake van bezitsverschaffing door ‘overdracht van de beschikkingsmacht’.<sup>58</sup> Hiervan te onderscheiden is de ‘Übereignung durch bloße Einigung’, oftewel *traditio brevi manu*, levering in de situatie waarin de verkrijger reeds het ‘Besitz’, de macht, over de zaak uitoefent. In dit geval is volgens § 929.2 BGB de ‘Einigung’ voldoende voor eigendomsoverdracht. Deze ‘Einigung’ is dezelfde als in § 929.1;<sup>59</sup> dit betekent dat in dit geval door de zakelijke overeenkomst de verkrijger zowel eigenaar als ‘Eigenbesitzer’, bezitter, wordt. Nu de verkrijger reeds de macht over de zaak uitoefent is voor de eigendomsoverdracht de enkele zakelijke overeenkomst voldoende. Het verrichten van een handeling waarin de wil tot eigendomsoverdracht tot uitdrukking komt is overbodig nu zij, gezien de al bestaande ‘Besitzverhältnis’, een puur formalisme zou zijn.<sup>60</sup>

De paragrafen 930 en 931 BGB regelen twee ‘Übergabesurrogate’. § 930 BGB behelst de levering door middel van ‘Besitzkonstitut’, waarbij de verkrijger geen bezit verkrijgt door overgave maar als gevolg van een overeenkomst. De ‘Fremdbesitzwille’ van de vervreemder leidt tot verkrijging van het middellijk bezit door de verkrijger; zij komt tot uitdrukking in de ‘Einigung’ (zakelijke overeenkomst) en in het totstandbrengen van een rechtsverhouding waardoor de verkrijger op middellijke wijze macht over de zaak gaat uitoefenen.<sup>61</sup> Ook hier gaat het erom dat de wil tot eigendomsoverdracht zich in de verklaring van de vervreemder manifesteert. § 931 BGB regelt de ‘Abtretung des Heraus-

---

56 Wilhelm 2002, Rn. 770.

57 Bamberger/Roth/Fritsche 2003, § 854 Rn. 42, 45.

58 Zie voor het Nederlandse recht Mijnsen & Schut 1991, p. 96.

59 Staudinger/Wiegand 2004, § 929 Rn. 118.

60 Staudinger/Wiegand 2004, § 929 Rn. 118.

61 Staudinger/Wiegand 2004, § 930 Rn. 11, 21.

gabeanspruchs': oefent een derde macht over de zaak uit (zodat deze als 'Besitzer' kan worden aangemerkt), dan kan de 'Übergabe' worden vervangen door cessie van de vordering tot afgifte die voortvloeit uit de 'Besitzmittlungs-verhältnis'; hierdoor wordt het middellijk bezit overgedragen (zie § 870 BGB).

Uit het bovenstaande komt het volgende beeld naar voren voor wat betreft de verhouding tussen 'Einigung' en 'Übergabe' of 'Übergabesurrogat'. De spil van de levering wordt gevormd door de wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht. Daarnaast is in beginsel nog een feitelijke handeling of nadere afspraak nodig waardoor, in overeenstemming met de beoogde goederenrechtelijke mutatie, de zaak in de macht van de verkrijger wordt gebracht, en waarin de wilsovereenstemming tot uitdrukking komt. Indien de zaak zich ten tijde van de levering al in de macht van de verkrijger bevindt, zodat hij al als 'Besitzer' kan worden aangemerkt, is een nadere handeling of afspraak overbodig; de levering geschiedt dan door de 'Einigung', zakelijke overeenkomst, alleen.

### 2.1.7 Stellingname; omschrijving van het begrip 'zakelijke overeenkomst'

Ook in ons recht wordt de kern van de levering van roerende zaken die in de macht van de vervreemder zijn, gevormd door de wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht. In geval van levering door middel van feitelijke overgave bepaalt de – naar buiten blijvende – intentie van partijen of de ontvanger in een concreet geval bezitter of houder van de zaak wordt op het moment dat hij de macht over de zaak verkrijgt die in abstracto naar de maatstaven van art. 3:108 voldoende is om hem als bezitter aan te merken. Is de wil van partijen gericht op eigendomsoverdracht, dan wordt de ontvanger op het moment van de overgave bezitter van de zaak. Bezit is 'de schaduw van eigendom'.<sup>62</sup> als is voldaan aan de voorwaarden voor eigendomsoverdracht, gaat ook het bezit over, en niet andersom. Bezit wordt ook in de regel niet los van de zaak zelf overgedragen. In geval van levering door middel van feitelijke overgave geschiedt deze feitelijke overgave, evenals volgens Wiegand en Wilhelm in het Duitse recht het geval is,<sup>63</sup> om de verkrijger in staat te stellen die macht over de zaak uit te oefenen die hem als verkrijger toekomt. Men kan een en ander ook zo formuleren dat de zakelijke overeenkomst in de feitelijke overgave besloten ligt.<sup>64</sup> In geval van een levering *brevi manu* oefent de vervreemder reeds macht over de zaak uit, zodat de enkele zakelijke overeenkomst tot gevolg heeft dat eigendom en bezit overgaan. De wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht maakt de verkrijger van houder tot bezitter. Vindt levering per *constitutum possessorium* plaats,

---

62 Nieuwenhuis 1980, p. 38.

63 Zie § 2.1.6.

64 H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 327.

dan wordt bij het bereiken van wilsovereenstemming omtrent de eigendoms-overdracht tevens afgesproken dat de vervreemder de zaak voor de verkrijger zal houden. Uit art. 3:115 sub a blijkt dat hiervoor voldoende is een verklaring van de vervreemder dat hij de zaak voortaan voor de verkrijger houdt. Deze verklaring hoeft niet uitdrukkelijk te worden gedaan, maar kan ook uit de omstandigheden worden afgeleid.<sup>65</sup> Mijns inziens dient deze verklaring van de zakelijke overeenkomst te worden onderscheiden al kan zij hierin wel besloten liggen; zij is op zichzelf (anders dan Van Vliet stelt<sup>66</sup>) geen overeenkomst. In geval van een levering door middel van traditio longa manu is naast de zakelijke overeenkomst nog een mededeling aan of erkenning door de derde-houder nodig om de zaak in de macht van de verkrijger te doen overgaan. Ook deze verklaring of mededeling behelst geen rechtshandeling.

Het bovenstaande betekent dat mijn visie omtrent de leveringsformaliteit overeenkomt met die van de in § 2.1.5 bij de behandeling van visie c genoemde auteurs. In deze visie vervult de zakelijke overeenkomst een centrale rol bij de levering van roerende zaken door middel van bezitsverschaffing. De wilsovereenstemming van partijen omtrent de eigendomsoverdracht leidt, afhankelijk van de vraag wie ten tijde van de levering de macht over de zaak uitoefent, al dan niet in combinatie met een feitelijke handeling of nadere afspraak die naar verkeersopvatting voldoende is om de verkrijger in staat te stellen voor zichzelf de macht over de zaak te doen gaan uitoefenen, tot bezitsoverdracht door de vervreemder-bezitter aan de verkrijger. De kern van de levering volgens art. 3:90 wordt derhalve gevormd door de zakelijke overeenkomst. Deze zakelijke overeenkomst die strekt tot eigendomsoverdracht van een roerende zaak zou ik, aanhakend bij de definities van Snijders en Hijma en Olthof, en bij de omschrijving die art. 6:213 van de obligatoire overeenkomst geeft, willen omschrijven als 'de meerzijdige rechtshandeling van vervreemder en verkrijger, waarbij zij verklaren de zaak in eigendom over te dragen respectievelijk in eigendom te aanvaarden, en waardoor hetzij zonder meer, hetzij in combinatie met een formaliteit, een zaak wordt overgedragen'.<sup>67</sup>

De centrale rol die de wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht inneemt bij de levering van roerende zaken die in de macht van de vervreemder zijn, is aanleiding geweest voor Nieuwenhuis een alternatieve tekst voor art. 3:90 lid 1 voor te stellen, luidende:<sup>68</sup>

'1. De levering vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen, geschiedt door een daartoe strekkende overeenkomst.

---

65 Art. 3:37 lid 1; zo ook Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-I), nr. 156.

66 Van Vliet 2000, p. 144-145.

67 Zie voor de definities van H.J. Snijders en Hijma & Olthof § 2.1.4.

68 Nieuwenhuis 1980, p. 90; Beekhuis 1980, p. 626-627, deed in hetzelfde jaar een vergelijkbaar voorstel.

2. Tenzij anders overeengekomen vindt de overdracht plaats bij de aflevering aan de verkrijger.'

In deze tekst wordt de eis dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt niet geëxpliciteerd. Naar mijn mening zou art. 3:90 idealiter niet alleen het sluiten van een zakelijke overeenkomst voorschrijven, maar daarnaast ook, evenals in het Duitse recht,<sup>69</sup> bepalen dat de vervreemder aan de verkrijger de met zijn eigendomsrecht corresponderende macht (derhalve: het bezit) over de zaak dient te verschaffen. Bij een levering door middel van feitelijke overgave bijvoorbeeld gaat het sluiten van de zakelijke overeenkomst gepaard met een feitelijke handeling, die bewerkstelligt dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die hem als eigenaar toekomt en hem jegens derden als eigenaar legitimeert.

De schrijvers die het aannemen van een zakelijke overeenkomst als onderdeel van de levering van roerende zaken volgens art. 3:90 afwijzen, benadrukken dat de zakelijke overeenkomst in een causaal stelsel geen functie vervult.<sup>70</sup> Wanneer de zakelijke overeenkomst aantastbaar is wegens bijvoorbeeld een wilsgebrek, zal normaal gesproken ook de titel op die grond kunnen worden aangetast. En in het zeldzame geval dat alleen de zakelijke overeenkomst aantastbaar is, is vernietiging van de zakelijke overeenkomst weinig zinvol omdat in dit geval de vervreemder op grond van de titel tot levering verplicht blijft, zo stellen zij. Inderdaad is de praktische waarde van de mogelijkheid de zakelijke overeenkomst aan te tasten in veel gevallen beperkt, bijvoorbeeld in het geval dat de vervreemder na het sluiten van de koopovereenkomst, maar voor de levering handelingsonbekwaam is geworden. Vernietiging van de zakelijke overeenkomst door de wettelijk vertegenwoordiger van de vervreemder doet de geleverde zaak weliswaar in het vermogen van de vervreemder terugkeren, maar de wettelijk vertegenwoordiger kan door de rechter vervolgens alsnog tot levering worden veroordeeld. Hiermee is echter niet gezegd dat de toepasselijkheid van Titel 3.2 op de levering in het geheel geen meerwaarde heeft.<sup>71</sup> Dat de meerwaarde van de zakelijke overeenkomst niet is gelegen in de mogelijkheid haar aan te tasten, neemt niet weg dat het bij de levering volgens art. 3:90 draait om de wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht. Het bestaan van de zakelijke overeenkomst kan hier dus als het ware worden 'aangewezen'. Alleen hierom al kan ik mij niet vinden in de opmerking van Reehuis dat de figuur van de zakelijke overeenkomst, als zijnde slechts een theoretisch concept, ontwikkeld om beter inzicht in de

---

69 Zie § 2.1.6.

70 Zo bijvoorbeeld Den Dulk 1979, p. 18-19, 30; Brahn/Reehuis 1997, nr. 53, 56; Huijgen 1997, p. 8-10.

71 Zie over de toepasselijkheid van art. 3:58 op de ongeldige levering hoofdstuk 6.

juridische structuur van de overdracht van roerende zaken te krijgen, dient te worden verworpen.<sup>72</sup>

In het bovenstaande ligt ook de verwerping besloten van een ander tegen de zakelijke overeenkomst aangevoerd bezwaar, namelijk dat levering door middel van 'bezitsverschaffing' niet als rechtshandeling kan worden aangemerkt.<sup>73</sup> Hierboven bleek immers dat de levering haar rechtshandelingkarakter niet ontleent aan de bezitsoverdracht, maar aan de wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht. De bezitsoverdracht komt tot stand als gevolg van deze wilsovereenstemming en een eventueel daarmee gepaard gaande handeling of nadere afspraak. Uit het deels feitelijke karakter van het bezit vloeit voort dat vernietiging van de zakelijke overeenkomst niet automatisch het bezit met terugwerkende kracht bij de vervreemder doet terugkeren. Aan het karakter van de levering als rechtshandeling doet dit niets af.<sup>74</sup>

## 2.2 BEZITSVERSCHAFFING DOOR EEN BESCHIKKINGSONBEVOEGDE

### 2.2.1 Inleiding; levering door een beschikkingsonbevoegde bezitter

Tot nu toe ben ik uitgegaan van een levering door een beschikkingsonbevoegde vervreemder. In dit onderdeel richt ik mij op het geval dat de vervreemder beschikkingsonbevoegd is. Achtereenvolgens komen de levering door een beschikkingsonbevoegde bezitter en de levering door een houder aan bod.

Indien geleverd wordt door een beschikkingsonbevoegde is geen sprake van een 'geldige levering'. Zoals Hijma aangeeft, hebben partijen door te beogen te beschikken over het recht van een ander, hun eigen rechtssfeer overschreden, zodat het recht aan hun rechtshandeling, het sluiten van een zakelijke overeenkomst, geen gevolgen verbindt: de beoogde eigendomsoverdracht komt in beginsel niet tot stand.<sup>75</sup> De levering heeft, indien de beschikkingsonbevoegde het bezit van de zaak had, wel in bezitsoverdracht geresulteerd. Heeft de bezitsoverdracht plaatsgevonden doordat de zakelijke overeenkomst tussen partijen gepaard is gegaan met feitelijke overgave van de zaak of met het afleggen van een verklaring als bedoeld in art. 3:115 sub b of c, dan wordt de 'verkrijger', indien aan de in art. 3:86 en 3:87 gestelde voorwaarden is voldaan, toch eigenaar.<sup>76</sup> Een levering per *constitutum possessorium* door

---

72 Brahn/Reehuis 1997, nr. 56.

73 In die zin onder meer Den Dulk 1979, p. 76-106, i.h.b. p. 104; Brahn/Reehuis 1997, nr. 49.

74 In gelijke zin Schoordijk 1986, p. 260.

75 Hijma 1988, p. 51-52, 221, 378, die hierbij overigens niet spreekt van een zakelijke overeenkomst, maar van de rechtshandeling 'levering'.

76 Een inhoudelijke bespreking van dit artikel gaat het bestek van dit boek te buiten; zie hierover Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-I), hoofdstuk VIII, § 5, met verdere literatuurverwijzingen.

een beschikkingsonbevoegde bezitter valt echter buiten het toepassingsgebied van art. 3:86, zo valt af te leiden uit art. 3:90 lid 2. De beperkte werking die in deze bepaling aan de levering *constituito possessorio* door een beschikkingsonbevoegde bezitter wordt toegekend, kan worden teruggevoerd op het publiciteitsbeginsel.<sup>77</sup> Een zakelijke overeenkomst die niet gepaard gaat met een voor derden kenbare vorm van machtsverschaffing, komt niet voor 'reparatie' door art. 3:86 in aanmerking; hij die een recht heeft op een roerende zaak die zich onder een ander bevindt, dient dit recht niet te gemakkelijk en voor hem niet waarneembaar aan een derde te kunnen verliezen.<sup>78</sup> Voor de verkrijger geldt dat degene die de geleverde zaak onder de vervreemder laat, geen bescherming tegen diens eventuele beschikkingsonbevoegdheid verdient.

In de volgende paragrafen ga ik in op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:90, en geef ik de gangbare interpretatie van deze bepaling weer. Vervolgens onderzoek ik of een andere interpretatie de voorkeur verdient.

## 2.2.2 De beperkte werking van de levering *constituito possessorio* onder het oude BW

Hoewel de mogelijkheid een roerende zaak door middel van *constitutum possessorium* te leveren, niet in het oude BW was vermeld, is deze leveringsvorm al in de negentiende eeuw door de Hoge Raad erkend. In een arrest uit 1889 wees de Hoge Raad de gedachte dat het door levering *cp* verkregen eigendomsrecht wel tussen partijen maar niet tegenover derden zou gelden, uitdrukkelijk van de hand.<sup>79</sup> In 1953 bracht de Hoge Raad in het *Sio*-arrest evenwel een beperking aan op de levering door middel van *constitutum possessorium*.<sup>80</sup> Het arrest had betrekking op een dubbele fiduciaire levering *cp*. De Hoge Raad overwoog omtrent de vraag op welke wijze de vervreemder zijn wederpartij het bezit kan verschaffen:

'dat bij de beantwoording dezer vraag blijkens art. 667 als hoofdregel moet worden vooropgesteld, dat voor zodanige bezitsverschaffing noodzakelijk is, dat de zaak aan de wederpartij wordt overgegeven;  
dat, hoewel daarvoor geen rechtstreekse steun in de wet te vinden is, aangenomen moet worden, dat deze overgave achterwege kan blijven, indien degene die de zaak levert deze krachtens een rechtsverhouding tot den nieuwen bezitter onder zich blijft houden;

77 H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 151; ook in de TM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 382, komt dit naar voren.

78 Aldus MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 384.

79 HR 22 februari 1889, W 5684.

80 HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (JD), AA (2) 1952-1953, p. 173 (JD) *Sio*.

dat echter deze uitzondering op den vooropgestelden hoofdregel slechts kan worden erkend indien en voor zover de belangen van derden daarbij niet rechtstreeks betrokken zijn;

dat het dan ook niet toelaatbaar is aan deze uitzondering een zo ruime toepassing te geven, dat degene die door een ander bezit, dit bezit zou kunnen verliezen tengevolge van een enkele overeenkomst door dien ander met een derde gesloten; dat het ook in overeenstemming is met de gedachte ten grondslag liggende aan art. 592, dat, zomin als – ingevolge dit artikel – degene die voor een ander houdt, door een enkele wilsverandering zich zelf tot bezitter kan maken, zodanige houder ingevolge enkele overeenkomst met een derde buiten den bezitter om zichzelf tot houder voor dien derde zou kunnen maken en daarmee aan dengene voor wien hij hield, het bezit zou kunnen ontnemen;'

De derde alinea van deze rechtsoverweging luidt heel algemeen, zodat zij op iedere levering *constituto possessorio* (een levering *constituto possessorio* door een beschikkingsbevoegde, een levering *constituto possessorio* door een beschikkingsonbevoegde bezitter, en een 'levering *constituto possessorio*' door een houder) kan worden betrokken. De vierde en vijfde alinea hebben betrekking op de 'levering cp' door een houder, waarvan in deze zaak sprake was.

Waar de beperkte werking van de levering cp in het Sio-arrest heel algemeen was geformuleerd, werd in arresten die na Sio werden gewezen een levering cp in het kader van een fiduciaire overdracht gerelativeerd.<sup>81</sup> Geen van deze vervolgarresten had overigens betrekking op een levering cp door een beschikkingsonbevoegde bezitter: het ging in deze arresten om een botsing tussen een fiduciaire levering cp en een voorrecht op de geleverde zaak. In het arrest Van Wessem/Traffic kwam de Hoge Raad terug op zijn beslissing in het Sio-arrest. Inzet van het geding was de vraag of de fiduciaire levering cp, tot stand gebracht door een beschikkingsbevoegde, kon worden ingeroepen tegen de verkoper van de vervreemder die op de zaken waarop de fiduciaire overdracht betrekking had het voorrecht van art. 1185 aanhef en sub 3 BW (oud), het zogenaamde verkopersprivilege, geldend wilde maken.<sup>82</sup> De Hoge Raad verwierp de met het Sio-arrest corresponderende opvatting van het hof dat een levering cp slechts kan worden erkend indien en voor zover de belangen van derden daarbij niet rechtstreeks zijn betrokken, waarna hij overwoog:

'dat immers aan de overdracht (...) niet een overeenkomst ten grondslag ligt, welke ten volle gelijkgesteld kan worden met de 'rechtstitel van eigendomsoverdracht', zoals artikel 639 deze voor een geldige eigendomsoverdracht vereist;

dat weliswaar de mogelijkheid van eigendomsoverdracht, uitsluitend tot het verschaffen van zekerheid en zonder feitelijke overgave van die zaken, naar huidig recht moet worden aanvaard, maar dat de overwegingen die tot deze aanvaarding

---

81 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze arresten Van Mierlo 1988, p. 122-137.

82 HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (PhANH), AA 1970, p. 211 (G); dit arrest staat ook wel bekend als het Pluvier-arrest.

leiden, niet rechtvaardigen aan een zodanige overdracht alle rechtsgevolgen toe te kennen van een normale eigendomsoverdracht; (...) dat er, mede in verband met het feit dat de zekerheidsoverdracht zich uitsluitend tussen de daarbij betrokken partijen afspeelt zonder dat zij op enigerlei wijze naar buiten behoeft te blijken, aanleiding kan bestaan een zodanige overdracht buiten beschouwing te laten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt m.b.t. bepaalde onder die overdracht vallende goederen;'

Tot de beschermde derden behoorde volgens de Hoge Raad ook de verkoper met het genoemde voorrecht.

In dit arrest werd dus aan een fiduciaire titel in combinatie met een levering cp een beperkte werking toegekend. Hartkamp leidt uit Van Wessem/Traffic af dat een fiduciaire titel (in het toen geldende recht) een rechtsverhouding vormde die de overdracht slechts gedeeltelijk rechtvaardigde, en, in combinatie met een levering cp, een in zijn werking gerelativeerde eigendomsovergang ten gevolge had.<sup>83</sup> Opvallend is voorts dat, waar de Hoge Raad in het Sio-arrest degene beschermde wier 'belangen' rechtstreeks bij de overdracht waren betrokken, de Hoge Raad in Van Wessem/Traffic alleen hen die een 'recht' op de zaak hadden, beschermde. Concurrente crediteuren werden niet beschermd.<sup>84</sup>

In het arrest Van Gend en Loos,<sup>85</sup> waarin het ging om de vraag of de fiduciaire levering *constituto possessorio* kon worden ingeroepen tegen de crediteur met het voorrecht van art. 58 AWDA,<sup>86</sup> kende de Hoge Raad een beperkte werking toe aan een levering cp als onderdeel van een fiduciaire overdracht. Het accent leek hiermee te zijn verlegd van relativering van een fiduciaire titel in combinatie met een levering *constituto possessorio* naar relativering van een fiduciaire levering cp, en daarmee naar relativering van een fiduciaire zakelijke overeenkomst als zodanig. Zo merkt Kleijn in zijn noot onder het arrest op dat uit het arrest lijkt te volgen dat de relativiteit van de levering *constituto possessorio* volgt uit de zakelijke overeenkomst die inhoudt dat de voorgenomen eigendomsoverdracht tot zekerheid niet feitelijk wordt uitgevoerd.<sup>87</sup>

Uit het arrest Berg/De Bary blijkt dat in een situatie waarin de door *constitutum possessorium* geleverde zaken zich onder een derde bevonden ('cp onder derden'), geen sprake meer was van een eigendomsoverdracht tot

83 Hartkamp 1974, p. 394-395; in gelijke zin Van Mierlo 1988, p. 118-119.

84 Wat betreft de concurrente crediteuren volgde dit reeds uit HR 13 maart 1959, NJ 1959, 579 (LEHR) Van Vliet qq/Amsterdamsche Bank. Zie over de vraag of naast bijzonder ook algemeen preferente crediteuren werden beschermd Van Mierlo 1988, p. 131-133.

85 HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (WMK), AA 1975, p. 619 (G).

86 Algemene wet inzake de douane en de accijnzen, thans art. 32a Douanewet.

87 W.M. Kleijn, t.a.p., sub 2. Enigszins anders Hijma 1988, p. 238, die in het Van Gend en Loos-arrest leest dat de relativering voortvloeit uit een combinatie van fiduciaire titel en levering.

zekerheid 'zonder feitelijke overgave' vanaf het moment dat de derde (i.c: een verkoper met het voorrecht van art. 1185 aanhef en sub 3 BW oud) van de levering op de hoogte was gesteld. Vanaf dat moment was er dan ook volgens de Hoge Raad geen reden meer de zekerheidsoverdracht buiten beschouwing te laten voorzover dat nodig was voor de erkenning van rechten van derden.<sup>88</sup>

### 2.2.3 Totstandkoming van art. 3:90 lid 2

In 1954 voegde Meijers aan zijn ontwerp art. 3.4.2.5 lid 2 toe, luidende:<sup>89</sup>

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

In de Toelichting Meijers lezen wij over deze bepaling onder meer:<sup>90</sup>

'In het tweede lid van het artikel wordt aan een bezitsoverdracht, waarbij de zaak in handen van de vervreemder blijft, zonder dat van de levering iets naar buiten blijkt, een beperkte werking toegekend: tegenover de schuldeisers van de vervreemder en tegenover derden, die een ouder recht op de zaak hebben, kan geen beroep op de levering worden gedaan. Een eigendomsovergang komt dus wel tot stand; wordt b.v. daarna de zaak gestolen, dan kan de verkrijger die als zijn eigendom van iedere houder opvorderen. Echter kan hij die aldus door een verklaring van houderschap eigenaar is geworden, zich niet tegen een vroegere rechthebbende op zijn verklaring beroepen. Voor het tegenwoordige recht is reeds een uitspraak van gelijke strekking gegeven in het arrest van de Hoge Raad van 22 Mei 1953, NJ 1954 no. 189, *Ars Aequi*, II p. 173 (nt: Men vergelijk ook Zwitserland, Z.G.B. 717, alwaar echter voor de beperkte werking nog een bijzonder oogmerk wordt verlangd). Ook tegenover de schuldeisers van de vervreemder gaat volgens het tweede lid beroep op de verkrijging niet op, tenzij de verkrijger andere goederen van de vervreemder kan aanwijzen, waarop de schuldeisers zich kunnen verhalen. Aan het misbruik dat nog steeds van het *constitutum possessorium* gemaakt wordt om schuldeisers te benadelen, wordt op deze wijze een einde gemaakt; de bepaling

---

88 HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (WMK).

89 OM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 381.

90 TM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 382.

kan zowel in geval van faillissement als van executie van de goederen van de vervreemder toepassing vinden.

Wordt, nadat overdracht per constitutum heeft plaats gehad, de zaak nogmaals door dezelfde persoon vervreemd en door een verklaring van houderschap aan de tweede koper geleverd, dan heeft dit tweede constitutum geen enkel gevolg wegens de algemene regel, dat een houder voor een ander buiten de bezitter om niet voor een derde kan gaan houden (zie artikel 3.5.5).'

In het Gewijzigd Ontwerp kreeg art. 3:90 lid 2 zijn definitieve vorm:

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

In zijn Ontwerp beschermde Meijers zowel de derde die een ouder goederenrechtelijk recht op de zaak heeft als de schuldeiser van de vervreemder tegen een levering cp. Als verklaring hiervoor kan dienen dat Meijers de hier bedoelde bepaling vlak na het zeer open geformuleerde Sio-arrest ontworpen.<sup>91</sup> De bescherming van de – preferente én concurrente – schuldeisers werd in het Gewijzigd Ontwerp niet gehandhaafd. De Minister kon zich niet vinden in het (op het Sio-arrest gebaseerde) standpunt van Meijers dat schuldeisers tegen de levering per constitutum possessorium moesten worden beschermd, nu dit misbruik in feite fiduciaire overdrachten betrof, die in het NBW niet meer zouden worden toegestaan, en merkte in dit verband op:<sup>92</sup>

'Onder deze omstandigheden heeft de in het tweede lid aan crediteuren verleende bescherming praktisch slechts zelfstandige betekenis in gevallen waarin tussen partijen werkelijk rechtsovergang wordt beoogd. Doch te dien aanzien valt niet in te zien waarom crediteuren buiten de gevallen bedoeld in de artikelen 3.2.11 e.v. (art. 3:45 e.v., JAJP) en 42 e.v. F., zulk een overdracht niet evenzeer zouden moeten eerbiedigen als iedere andere overdracht die door overgifte van de zaak, maar toch evenzeer buiten hen om, tot stand wordt gebracht. De crediteur die het niet wil laten aankomen op het vermogen van de debiteur, dat hij ten tijde van verhaal zal aantreffen, zal voor zich zekerheid b.v. in de vorm van een bezitloos gevestigd pandrecht op een of meer aan de debiteur toebehorende goederen, moeten bedingen. De ondergetekende heeft daarom de schuldeisers niet langer onder de door het tweede lid beschermden gehandhaafd.'

De Minister gaf vervolgens aan onder 'een derde die een ouder recht op de zaak heeft' te verstaan: de eigenaar, wanneer het gaat om een levering cp door een beschikkingsonbevoegde bezitter, en de vuistloze pandhouder en vrucht-

---

91 Zie ook Asser/Beekhuis, Mijnsen & De Haan 1985 (3-I), nr. 353.

92 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 385.

gebruiker, als beperkt gerechtigden. Nadat de Hoge Raad de arresten Van Gend en Loos en Van Wessem/Traffic had gewezen, werd in de parlementaire geschiedenis gesteld dat onder een 'ouder recht op de zaak' in de zin van art. 3.4.2.5 lid 2 ook een voorrecht op de zaak moet worden begrepen, zulks in overeenstemming met de terminologie van titel 3.10.<sup>93</sup>

De beperkte werking van de levering door *constitutum possessorium* werd als zodanig in het ontwerp gehandhaafd. Hiermee zag de wetgever over het hoofd dat de Hoge Raad inmiddels op het Sio-arrest was teruggekomen, en leerde dat alleen aan de levering *cp* als onderdeel van een fiduciaire overdracht een beperkte werking toekwam.<sup>94</sup>

Hieronder ga ik in op de interpretatie van art. 3:90 lid 2, waarbij ik uitga van het geval dat de 'ouder gerechtigde' eigenaar van de zaak is. De posities van de beperkt gerechtigde en de bevoorrechte crediteur komen daarna aan bod.

#### 2.2.4 Gangbare interpretatie van art. 3:90 lid 2

Uit de aangehaalde Toelichting Meijers blijkt dat art. 3:90 lid 2 meebrengt dat bij een levering door *constitutum possessorium* door een beschikkingsonbevoegde bezitter de verkrijger wel eigenaar wordt, maar zich niet tegenover de 'vroegere rechthebbende' op de levering door *constitutum possessorium* kan beroepen. In de Memorie van Antwoord II wordt de werking van art. 3:90 lid 2 als volgt toegelicht:<sup>95</sup>

'De betekenis van het onderhavige tweede lid is aldus, dat het de verkrijger te goeder trouw ondanks een geldige levering door *constitutum possessorium* beroep op art. 3*a* (het latere art. 3:86, JAJP) tegenover een oudere gerechtigde onthoudt, tenzij – in de regeling van het gewijzigd ontwerp – deze alsnog met de overdracht instemt. Dit lid staat immers de verkrijger in beginsel niet toe jegens de oudere gerechtigde een beroep op zulk een levering en daarmee op de overdracht te doen. Deze beperking in de werking van de levering bestaat evenwel slechts, totdat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen. (...)

Zoals gezegd, kan de verkrijger, indien de vervreemder onbevoegd was omdat een ander rechthebbende was, jegens die ander slechts een beroep op artikel 3*a* doen, wanneer de levering overigens aan de daarvoor gestelde eisen voldoet. Was de vervreemder geen bezitter, dan zal in de regel de voor levering vereiste bezitsverschaffing eerst door de feitelijke aflevering aan de verkrijger plaats vinden. Was de vervreemder wèl bezitter en heeft hij ook *constitutum possessorio* het bezit aan de verkrijger verschaft, dan heeft het onderhavige lid 2 tot gevolg, dat ook eerst

---

93 NvV 2 Inv., Parl. Gesch. Boek 3 NBW (Inv. 3, 5 en 6) p. 1236; MvA II Inv. bij art. 497 Rv, Parl. Gesch. NBW Wijziging Rv, RO, Fw en overige wetten (Inv. 3, 5 en 6), p. 219.

94 Zie ook Damsteegt 2006, p. 334-335.

95 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 386.

vanaf de feitelijke aflevering aan de verkrijger door deze jegens voormelde ander een beroep op de levering, kan worden gedaan.

In beide gevallen is het dientengevolge het tijdstip van de feitelijke aflevering waarop moet zijn voldaan aan de eis van goede trouw van de verkrijger, wil hij jegens die ander een beroep op artikel 3a kunnen doen.'

In de Memorie van Antwoord bij art. 3.5.9 (art. 3:115) wordt eveneens opgemerkt dat ingevolge art. 3.4.2.5 lid 2 de verkrijger geen beroep heeft op een levering als in dat lid bedoeld tegenover een ouder gerechtigde, tenzij deze met de levering heeft ingestemd, maar dat het artikel overgang van het bezit niet beoogt tegen te houden, 'gelijk het ook de rechtsovergang niet belet, maar slechts beperkt'.<sup>96</sup>

In de gangbare, op de parlementaire geschiedenis gebaseerde, interpretatie van art. 3:90 lid 2 verkrijgt C, aan wie beschikkingsonbevoegde bezitter B een aan A toebehorende roerende zaak door constitutum possessorium heeft geleverd, de eigendom van de zaak indien aan de in art. 3:86 gestelde voorwaarden (C is te goeder trouw en heeft anders dan om niet verkregen) is voldaan. Op grond van art. 3:90 lid 2 kan hij zich echter niet ten opzichte van A op de levering beroepen, zodat C 'ten opzichte van A' geen eigenaar wordt. De levering werkt pas ten opzichte van A wanneer C de feitelijke macht over de zaak verkrijgt: is C op dat moment te goeder trouw, dan wordt hij op dat moment ook ten opzichte van A eigenaar.<sup>97</sup> Aan de bezitsverrijking door C doet art. 3:90 lid 2 niet af.<sup>98</sup>

Uit de analyse van Hijma blijkt, dat de relatieve, in de zin van persoonsgebonden, werking die art. 3:90 lid 2 aan de levering per constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde bezitter toekent, niet is gelegen in een beperking van de personen ten opzichte van wie de levering gevolg heeft, maar in een beperking van degenen die de werking van art. 3:90 lid 2 kunnen invoeren.<sup>99</sup> De levering *constitutum possessorio* B – C is ongeldig, omdat B door het sluiten van de zakelijke overeenkomst zijn eigen rechtssfeer overschrijdt: de beschikkingsonbevoegdheid ten aanzien van de zaak berust immers niet bij B, maar bij A. Op grond van art. 3:86 wordt de levering toch als geldig aangemerkt, zodat C eigenaar is geworden. Art. 3:90 lid 2 staat er echter aan in de weg dat C zich tegenover A op art. 3:86 beroept. A behoeft C's rechts-

---

96 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 438.

97 Deze interpretatie vindt men onder meer bij Rank-Berenschot 2001, nr. 45, Reehuis 2004, nr. 55, en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 231-232.

98 In gelijke zin Hijma 1988, p. 239; anders De Vries 1986, p. 100, en A.F. Salomons 1993, p. 483-487, die bepleiten de cp-verkrijger slechts relatief bezit toe te kennen; volgens Salomons wordt zo voorkomen dat bij doorlevering *longa manu* aan een vierde deze zich jegens de ouder gerechtigde op art. 3:86 kan beroepen.

99 Hijma 1988, p. 241-242.

positie dus niet te respecteren. Zolang C zich niet op zijn eigendomsrecht beroept, kan C zich volledig als eigenaar gedragen. Op het moment dat A zich op zijn eigendomsrecht beroept, dan dient hem de zaak te worden afgegeven, zodat A weer eigenaar wordt, en wel absoluut. Hijma:<sup>100</sup>

*'(...) dat art. 3.4.2.5 lid 2 NBW tot twee conclusies aanleiding geeft: (a) slechts de ouder gerechtigde kan (het voortbestaan van) zijn recht inroepen: (b) roept hij zijn recht in, dan heeft dit jegens een ieder gelijkelijk effect. Te zamen genomen komen deze aspecten erop neer, dat de 'beschermd' gerechtigde als enige de mogelijkheid heeft om zich met absolute (jegens allen intredende) werking op zijn oude rechtspositie te beroepen.'*

Men kan zich afvragen of 'relativering' van de levering per constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde bezitter in het huidige recht wenselijk is.<sup>101</sup> In de hiervoor besproken arresten ging het zoals gezegd niet om een levering constituto possessorio door een beschikkingsonbevoegde bezitter maar om een fiduciaire levering cp door de eigenaar van zaken waarop een crediteur van de eigenaar een voorrecht geldend kon maken.<sup>102</sup> Het ging in de bedoelde arresten derhalve om een botsing tussen twee verhaalsrechten. De fiduciaire overdracht, tot ontwikkeling gekomen als uitvloeisel van het feit dat het oude recht alleen het vuistpand kende, diende immers om de fiduciaire verkrijger bij voorrang een verhaalsobject te verschaffen voor de voldoening van zijn vordering op de fiduciaire vervreemder.<sup>103</sup> Bij de beoordeling wiens recht bij de bedoelde botsing prevaleerde, achtte de Hoge Raad beslissend of er in het voordeel van de fiduciaire eigenaar een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving zou plaatsvinden indien hij de rechten van de betrokken derde niet zou behoeven te erkennen.<sup>104</sup> Zo overwoog de Hoge Raad in Van Wessem/Traffic:<sup>105</sup>

*'dat het immers redelijk is, het belang van een door een zekerheidsoverdracht beschermd geldschieter bij de uitoefening van zijn verhaalsrechten (cursivering JAJP) op bepaalde in die overdracht betrokken zaken te laten wijken voor het belang van de verkoper van deze zaken bij de uitoefening van diens voorrecht, daar de door fiduciaire zekerheid beschermd geldschieter geen recht op de betreffende*

---

100 Hijma 1988, p. 241.

101 Zie hierover Fesevur 2005, p. 105-106; Chao-Duivis 1988, p. 402-404, bepleitte vóór invoering van het huidige BW al voor schrapping van art. 3:90.

102 In het Sio-arrest ging het om een 'levering cp' door een houder.

103 Van Mierlo 1988, p. 153-154.

104 Asser/Beekhuis, Mijnsen & De Haan 1985 (3-I), nr. 356; Mijnsen rekende tot deze derden onder meer de verkoper die zijn verkopersprivilege uitoefende, de verkoper die zijn reclamerecht uitoefende en de schuldeisers die een voorrecht hadden wegens kosten tot behoud of bearbeiding van de zaak.

105 HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (PhANH), AA 1970, p. 211 (G).

zaken zou hebben kunnen doen gelden, als zij niet door de verkoper waren geleverd;'

en in Van Gend en Loos:<sup>106</sup>

'dat een eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken, uitsluitend tot het verschaffen van zekerheid en zonder feitelijke overgave van de zaken, niet volledig de zelfde rechtsgevolgen heeft als een normale eigendomsoverdracht; dat de rechtsgevolgen van een zodanige zekerheidsoverdracht niet slechts invloed ondergaan van de wetsbepalingen betreffende het pandrecht, maar dat er ook aanleiding kan bestaan de zekerheidsoverdracht buiten beschouwing te laten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende goederen; dat tot die derden moet worden gerekend een schuldeiser wiens vordering bevoorrecht is op een zekere en bepaalde zaak van de debiteur, als deze de zaak heeft verkregen dankzij de prestatie van de schuldeiser waarop diens vordering betrekking heeft;'

De Hoge Raad gaf vervolgens aan dat er alleen aanleiding bestond de door de fiduciaire overdracht verkregen rechten te laten wijken voor het wettelijk privilege van art. 58 AWDA voor zover het ging om zaken die de opdrachtgever (de fiduciaire vervreemder) had verkregen dankzij de bemoeiingen van de bevoorrechte expediteur, en dus niet voor zover het ging om andere zaken van de opdrachtgever.<sup>107</sup>

Wat hiervan zij, in de Memorie van Antwoord II wordt de tenachterstelling van de levering cp voor het huidige recht als volgt gemotiveerd:<sup>108</sup>

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

---

106 HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (WMK), AA 1975, p. 619 (G).

107 Het voorrecht van art. 58 AWDA was een algemeen voorrecht.

108 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 384-385.

Uitgaande van het gegeven dat de wetgever aan een levering op door een beschikkingsonbevoegde bezitter een beperkte werking toekent, kunnen bij de wijze waarop deze beperkte werking is uitgewerkt vraagtekens worden gezet. In de gangbare interpretatie van art. 3:90 lid 2 wordt C uit onze casus, indien hij voldoet aan de in art. 3:86 gestelde voorwaarden, als eigenaar aangemerkt, totdat A de zaak revindiceert, hetgeen A kan doen zolang de zaak zich nog onder de vervreemder B bevindt. Dat het ook anders kan dan de wetgever zich bij invoering van art. 3:90 lid 2 voorstelde, laat het Duitse recht zien.

### 2.2.5 Levering door middel van 'Besitzkonstitut' door een niet-rechthebbende in het Duitse recht

De paragrafen 932 e.v. BGB zijn gewijd aan 'gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten'. § 932 BGB heeft betrekking op de levering volgens § 929 BGB, dus door middel van 'Einigung und Übergabe'. Het eerste lid bepaalt:

1. Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht im guten Glauben ist.

§ 933 BGB heeft betrekking op de levering door een niet-eigenaar door middel van 'Besitzkonstitut' (§ 930) BGB:

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

Op grond van deze bepaling wordt de verkrijger pas eigenaar wanneer alsnog overgave in de zin van § 929 BGB plaatsvindt, dat wil zeggen wanneer de verkrijger de feitelijke macht verkrijgt, mits hij op dat moment te goeder trouw is.<sup>109</sup> De verkrijger wordt door de levering volgens § 930 wel al 'mittelbarer Besitzer'.<sup>110</sup> Aan § 933 BGB ligt de gedachte ten grondslag dat de 'verkrijger' te goeder trouw geen bescherming verdient wanneer hij de zaak in de macht van de vervreemder laat.<sup>111</sup> Zo schrijft Quack:<sup>112</sup>

'Der Regelungsgedanke, aus dem das Gesetz im Interesse des Verkehrs- und Vertrauensschutzes den Erwerb vom Nichtberechtigten ermöglicht, ist an die

---

109 Staudinger/Wiegand 2004, § 933 Rn. 21.

110 MünchKommBGB/Quack 2004, § 933, Rn. 13.

111 Staudinger/Wiegand 2004, § 933, Rn. 2.

112 MünchKommBGB/Quack 2004, § 933 Rn. 1.

Verwirklichung seiner Dispositionsmöglichkeit über die Besitzlage gebunden. Deshalb versagt § 933 einer nach § 930 vorgenommenen Übereignung durch einen Nichtberechtigten zunächst die Wirkung. Allein mit Abschluss des nach § 930 vollzogenen Rechtsgeschäfts kann vom Nichtberechtigten kein Eigentum erworben werden. Die Regelung des § 933 dient damit dem Ausgleich zwischen den Beharrungstendenzen des Eigentums und dem Verkehrs- und Vertrauensschutz. Diese werden bei der vorliegenden Fallgestaltung gegenüber den Eigentümerinteressen zurückgestellt, solange der Anknüpfungstatbestand, eben die Disposition über die Besitzlage, noch nicht verwirklicht ist.'

§ 936 BGB regelt het geval waarin op de volgens § 930 BGB geleverde zaak een beperkt recht rust: het recht vervalt dan pas wanneer de verkrijger 'den unmittelbaren Besitz' verkrijgt, mits hij op dat moment te goeder trouw is.<sup>113</sup>

Waar in Duitsland fiduciaire eigendomsoverdracht is toegestaan, is de praktische betekenis van § 933 BGB overigens vooral gelegen in de inperking van de mogelijkheid van een niet-eigenaar zekerheidseigendom te verkrijgen.<sup>114</sup>

## 2.2.6 Een alternatieve interpretatie van art. 3:90 lid 2

De gangbare interpretatie van art. 3:90 lid 2, waarin de levering op grond van art. 3:86 als geldig wordt aangemerkt, maar C zich tegenover A niet op (de werking van) art. 3:86 kan beroepen, is ingewikkeld. Ook is zij niet gemakkelijk in ons systeem in te passen, al vertoont zij enige raakvlakken met art. 3:81 lid 3.<sup>115</sup> Bescherming van derden met een ouder goederenrechtelijk recht tegen een levering per constitutum possessorium kan echter ook op een andere manier worden vormgegeven. Het is voor de rechtspositie van C niet noodzakelijk de levering op grond van art. 3:86 als geldig aan te merken zolang A zich niet op zijn eigendomsrecht beroept. Doordat C als gevolg van de levering cp bezitter wordt, kan hij immers op grond van art. 3:125 tegen bezitsverlies of bezitsstoornis door derden optreden.<sup>116</sup> Het huidige recht verschilt hierin van het oude, waarin alleen de bezitter van een onroerende zaak bezitsbescherming genoot.<sup>117</sup> Dat de beperkte werking van de levering constituto possessorio in art. 3:90 lid 2 gestalte heeft gekregen, vindt zijn verklaring in het feit dat de bepaling oorspronkelijk ook zag op een levering door een beschikkingsbevoegde: Meijers beoogde immers met art. 3.4.2.5 lid 2

113 Staudinger/Wiegand 2004, § 936, Rn. 14.

114 MünchKommBGB/Quack 2004, § 933 Rn. 3; Staudinger/Wiegand 2004, § 933 Rn. 5.

115 Volgens deze bepaling werken afstand en vermenging niet ten nadele van hen die op het tenietgaande beperkte recht op hun beurt een beperkt recht hebben, en werkt vermenging evenmin ten voordele van hen die op het tenietgaande goed een beperkt recht hebben en het tenietgaande recht moesten eerbiedigen.

116 In gelijke zin De Vries 1986, p. 108-109.

117 Art. 606 BW (oud).

ook alle crediteuren tegen een levering *constituito possessorio* te beschermen. Indien men bescherming van de preferente crediteuren al wenselijk acht, dan kan deze bescherming het beste worden geregeld in de bepalingen waarop die preferenties stoeien.<sup>118</sup> Betreft men art. 3:90 lid 2 niet op preferente crediteuren, maar uitsluitend op derden met een ouder goederenrechtelijk recht, dan verdient het de voorkeur om deze bescherming in art. 3:86 gestalte te geven.

Al in 1986 bepleitte Vriesendorp, daartoe geïnspireerd door § 933 BGB, om art. 3:90 lid 2 te schrappen en art. 3:86 zo aan te passen dat de cp-verkrijger eerst op basis van dit artikel de eigendom verkrijgt wanneer de zaak in handen van de verkrijger is gekomen en hij op dat moment te goeder trouw is.<sup>119</sup> De Vries deed in datzelfde jaar een vergelijkbaar voorstel.<sup>120</sup> Helaas heeft de wetgever deze voorstellen niet overgenomen; in de parlementaire geschiedenis wordt er geen aandacht aan besteed.

Indien men zich kan vinden in de gedachte dat art. 3:90 lid 2 slechts op derden met een ouder goederenrechtelijk recht behoeft te worden betrokken, en op de, aan het Duitse recht ontleende, gedachte dat de 'verkrijger' aan wie de zaak door middel van cp geleverd is, wel bezitter wordt, maar pas de eigendom verkrijgt indien hij op het moment dat hij de zaak in handen krijgt aan de voorwaarden van art. 3:86 voldoet, is men aangewezen op welwillende interpretatie van art. 3:90 lid 2. Een voorzet hiertoe is gedaan door Nieskens-Isphording.<sup>121</sup> Zij bepleit art. 3:90 lid 2 zo te interpreteren dat 'rechten van derden worden gewaarborgd'. Heeft de derde (A) een eigendomsrecht, dan komt C pas voor bescherming door art. 3:86 in aanmerking wanneer hij de zaak in handen heeft gekregen. Deze interpretatie van art. 3:90 lid 2 sluit mooi aan bij art. 7:42 lid 1<sup>122</sup> en de artikelen 453a en 712 Rv.<sup>123</sup> Art. 7:42 lid 1 heeft betrekking op de rechtspositie van een derde aan wie de koper een roerende zaak heeft overgedragen, wanneer de verkoper het reclamerecht inroept:

1. Tenzij de zaak in handen van de koper is gebleven, vervalt de bevoegdheid tot terugvordering wanneer de zaak overeenkomstig artikel 90 lid 1 of artikel 91 van Boek 3 anders dan om niet is overgedragen aan een derde die redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat het recht zou worden uitgeoefend.

---

118 Zie hierover § 2.2.7.

119 Vriesendorp 1986, p. 67-68.

120 De Vries 1986, p. 109-110.

121 Nieskens-Isphording 1992, p. 733-734.

122 Vergelijk De Vries 1986, p. 110.

123 Vergelijk Vriesendorp 1986, p. 56-57.

In deze bepaling komt tot uitdrukking dat de derde aan wie de zaak volgens art. 3:90 is geleverd niet tegen de inroeping van het reclamerecht wordt beschermd zolang de zaak zich nog onder de koper bevindt.<sup>124</sup>

Art. 453a Rv heeft (onder meer) betrekking op bescherming van een verkrijger van een zaak waarop beslag is gelegd. Waar lid 1 voorop stelt dat een vervreemding, tot stand gekomen nadat de zaak in beslag is genomen, niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen, bepaalt lid 2:

2. Rechten door een derde anders dan om niet verkregen, worden geëerbiedigd, mits de zaak in zijn handen is gekomen en hij toen te goeder trouw was.

Uit art. 453a Rv volgt dat een derde-verkrijger pas beschermd wordt tegen verhaal door de beslaglegger vanaf het moment dat hij de zaak in handen krijgt, mits hij op dat moment te goeder trouw is

Op basis van het bovenstaande bepleit ik art. 3:90 lid 2 aldus op te vatten dat de verkrijger in aanmerking komt voor bescherming door art. 3:86 vanaf het moment dat de zaak in zijn handen is gekomen.

De werking van art. 3:90 lid 2 voor het geval de ouder gerechtigde een beperkt recht op de zaak heeft, is in de parlementaire geschiedenis niet apart besproken. Gelet op hetgeen aldaar is opgemerkt over het geval dat de ouder gerechtigde een eigendomsrecht op de zaak heeft, lijkt aannemelijk dat de wetgever zich voorstelde dat de verkrijger die van een beperkt beschikkingsbevoegde door middel van cp geleverd krijgt, ten opzichte van derden de onbezwaarde eigendom verkrijgt op grond van art. 3:86 lid 1 en 2,<sup>125</sup> maar zich jegens de beperkt gerechtigde pas op art. 3:86 kan beroepen als hij de zaak in handen krijgt.<sup>126</sup> Ook hier verdient de bovengenoemde interpretatie van art. 3:90 lid 1 de voorkeur. In deze interpretatie verkrijgt C aanvankelijk slechts de belaste eigendom van de zaak, en vervalt het beperkte recht indien C op het moment dat hij de zaak in handen krijgt, aan de in art. 3:86 gestelde eisen voldoet.<sup>127</sup>

## 2.2.7 Preferente crediteuren

Hierboven bleek al dat onder het oude BW de Hoge Raad bevoorrechte crediteuren van de vervreemder tegen een levering *constituto possessorio* bescherm-

124 Zie over de positie van de cp-verkrijger bij inroeping van het reclamerecht door een derde-verkoper Fikkers 1992, p. 230-236.

125 Mits, uiteraard, de verkrijger te goeder trouw is en anders dan om niet heeft verkregen.

126 In die zin Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 232; anders De Vries 1986, p. 97.

127 In gelijke zin Nieskens-Isphording 1992, p. 734; dit interpretatievoorstel heeft dezelfde strekking als de door zowel Vriesendorp 1986, p. 67, als de Vries 1986, p. 110, voorgestelde wijziging van art. 3:86.

de indien aan hun prestatie te danken was dat de vervreemder de zaak in zijn vermogen had ontvangen.<sup>128</sup> Met Damsteegt ben ik van mening dat in het huidige recht alleen crediteuren wier prestatie verband houdt met de verkrijging van de zaak door de cp-verkrijger voor bescherming in aanmerking komen. Dit is het geval indien de betreffende zaak dankzij de prestatie van de bevoorrechte crediteur is behouden of in waarde is vermeerderd.<sup>129</sup> In concreto gaat het dan, voor wat betreft de in het BW geregelde voorrechten, om de bijzondere voorrechten van art. 3:284 en 3:285: het voorrecht wegens kosten tot behoud en het voorrecht wegens bearbeiding van een zaak.<sup>130</sup>

In art. 3:284 lid 2 is in 1980 een zin toegevoegd, waarin aandacht wordt besteed aan de positie van de crediteur met een voorrecht wegens kosten tot behoud.<sup>131</sup>

2. De schuldeiser kan de vordering op het goed verhalen, zonder dat hem rechten van derden op dit goed kunnen worden tegengeworpen, tenzij deze rechten na het maken van de kosten tot behoud zijn verkregen. Een na het maken van die kosten overeenkomstig artikel 237 gevestigd pandrecht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien de zaak of het toonderpapier in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht. Een na het maken van die kosten overeenkomstig artikel 90 verkregen recht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien tevens aan de eisen van lid 2 van dat artikel is voldaan.

Uitgaande van de in de vorige paragraaf bepleite interpretatie van art. 3:90 lid 2, kan deze bepaling voor wat betreft de bescherming van de preferente crediteur tegen een levering cp worden gelezen als: 'een na het maken van de kosten tot behoud overeenkomstig art. 3:90 verkregen recht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen wanneer de verkrijger de zaak in handen heeft gekregen'. Deze interpretatie sluit goed aan bij art. 7:42 lid 1.

In art. 3:285 (voorrecht wegens bearbeiding van een zaak) wordt alleen aandacht besteed aan de jongere stil pandhouder, niet aan de positie van de cp-verkrijger:

2. Het voorrecht heeft voorrang boven een overeenkomstig artikel 237 op de zaak gevestigd pandrecht, tenzij dit recht eerst na het ontstaan van de bevoorrechte vordering is gevestigd en de zaak in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht.

---

128 Van Mierlo 1988, p. 129; Damsteegt 2006, p. 333-334.

129 Damsteegt 2006, p. 338; in gelijke zin voor wat betreft het oud BW Van Mierlo 1988, p. 129-130.

130 De voorrechten, genoemd in de artt. 3:286 en 3:287 vallen reeds af omdat zij niet strekken tot verhaal op de opbrengst van een roerende zaak, aldus ook Damsteegt 2006, p. 338, noot 30.

131 MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 3 NBW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1388.

Onduidelijk is, waarom art. 3:284 wel, en art. 3:285 geen regeling bevat voor het geval de zaak waarop het voorrecht rust door *constitutum possessorium* aan een derde wordt geleverd. Uitgaande van de gedachte dat de wetgever de hier bedoelde crediteur tegen een levering *constituto possessorio* wil beschermen, kan de regel van art. 3:284 lid 2 hier analogisch worden toegepast.

2.2.8 Art. 3:90 lid 2 slot: '(...) tenzij de oudere gerechtigde met vervreemding heeft ingestemd.'

In de Memorie van Antwoord II wordt de laatste zinsnede van art. 3:90 lid 2 als volgt toegelicht:<sup>132</sup>

'(...) Een zodanige instemming kan volgen uit de rechtsverhouding krachtens welke de vervreemder de zaak onder zich had. Men denke bij voorbeeld aan een pandrecht, dat op de goederen van een handelsvoorraad rust en dat, zolang de vordering niet opeisbaar is, aan de pandgever niet de bevoegdheid om de goederen onbezwaard te vervreemden ontnemt. Ook is mogelijk dat – tevoren of achteraf – met een bepaalde overdracht wordt ingestemd. Een zodanige instemming zal naar omstandigheden kunnen worden afgeleid uit de houding van de oudere gerechtigde, indien deze met de overdracht bekend was of daarvan op de hoogte is gesteld; men zie de artikelen 3.2.3 en 3a van het gewijzigd ontwerp. Het enkele feit dat de levering aan de rechthebbende is betekend of dat hij daarvan uit anderen hoofde kennis droeg, zal echter – anders dan in de oorspronkelijke redactie – niet voldoende zijn. De ondergetekende ziet geen reden ook voor dit geval de bescherming die de onderhavige bepaling aan de rechthebbende biedt, ten bate van de verkrijger die het goed in handen van de vervreemder laat, op te heffen. (...).'

Tijdens het Mondeling Overleg wordt hier nog aan toegevoegd:<sup>133</sup>

'Waar het bij het slot van de bepaling om gaat, is niet de instemming van de oudere gerechtigde dat de geleverde zaak in handen van de vervreemder blijft, maar de instemming met de overdracht zelf, waardoor zijn recht (bijv. een voorrecht, een bezitloos pandrecht of een eigendomsvoorbehoud) reeds terstond verloren gaat en niet pas wanneer de zaak in handen van de verkrijger komt.'

In de vorige paragraaf heb ik al aangegeven dat ik art. 3:90 lid 2 niet op de bevoorrechte crediteur betrek. In het in de Memorie van Antwoord II genoemde voorbeeld van de pandhouder die instemt met een overdracht van de zaak vrij van pandrecht, vervalt het pandrecht wanneer de overdracht in de normale bedrijfsuitoefening van de vervreemder plaatsvindt. Voor dit geval heeft de laatste zinsnede van art. 3:90 lid 2 geen toegevoegde waarde. Wanneer het

---

132 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 386.

133 MO, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 387.

pandrecht vervalt door die vervreemding, is er dus door en na de levering geen 'ouder gerechtigde' meer.<sup>134,135</sup> Hetzelfde geldt wanneer de vervreemder de zaak onder eigendomsvoorbehoud geleverd heeft gekregen en bevoegd is tot doorlevering in de normale bedrijfsuitoefening.<sup>136,137</sup> In de Memorie van Antwoord II wordt het slot van art. 3:90 lid 2 ook betrokken op het geval dat een pandhouder als ouder gerechtigde achteraf alsnog met (onbelaste) vervreemding instemt. Ook dit geval behoeft niet apart te worden geregeld, daar het wordt bestreken door art. 3:58.

Per saldo heeft het slot van art. 3:90 lid 2 naar mijn mening geen toegevoegde waarde.

### 2.2.9 Bezitsverschaffing door een houder

Evenmin als een levering door een beschikkingsonbevoegde bezitter is een levering door een houder een 'geldige levering'.<sup>138,139</sup> Omdat de vervreemder beschikkingsonbevoegd is, leidt het sluiten van de zakelijke overeenkomst niet tot eigendomsoverdracht. Een houder kan een ander wel het bezit van een zaak verschaffen. Indien de levering tot bezitsverschaffing heeft geleid, dan staat de verkrijger een beroep op art. 3:86 open en leidt de levering toch tot eigendomsoverdracht. Algemeen wordt aangenomen dat een houder bezit kan verschaffen door feitelijke overgave van de zaak (waaronder begrepen het verrichten van een symbolische handeling), en door 'traditio' brevi manu of longa manu.<sup>140</sup> Bezitsverschaffing door een houder per constitutum possessorium wordt niet mogelijk geacht. Over de wijze waarop bezitsverschaffing door de houder plaatsvindt, bestaan twee opvattingen, die bekend staan als respectievelijk de analogie- en de occupatieleer.

---

134 In die richting ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 232 slot.

135 Een bespreking van de wijze waarop de bevoegdheid van de pandgever tot onbelaste vervreemding is vormgegeven, gaat het bestek van dit boek te buiten; zie daarover Van Mierlo 1988, p. 191-192 in verbinding met p. 71-75. Ik volsta met de opmerking dat het het meest in de rede ligt aan te nemen, dat de zakelijke overeenkomst van vestiging van het pandrecht de ontbindende voorwaarde bevat van levering van de zaak aan een derde in de normale bedrijfsuitoefening. Uit art. 3:98 jo art. 3:84 lid 4 volgt dat vervulling van deze voorwaarde goederenrechtelijk effect heeft. Men vergelijkte wat ik in dit verband over de bevoegdheid tot doorlevering in de normale bedrijfsuitoefening van de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud opmerk in § 5.4.4, en over de levering onder ontbindende voorwaarde, § 5.5.2.

136 Zie hierover § 5.4.4.

137 Anders blijktbaar Reehuis 2004, nr. 58.

138 Zie § 2.2.1.

139 Dit is anders indien de houder de zaak met instemming van de eigenaar aan een derde levert. Zie hierover § 4.2.5.

140 Van Vliet 2000, p. 147, wijst erop dat van 'traditio' symbolica, brevi manu of longa manu in wezen niet kan worden gesproken, omdat geen bezitsoverdracht plaatsvindt.

### 2.2.10 Twee leren

#### *Analogieleer*

De aanhangers van de *analogieleer*, waartoe onder meer Neleman, Mijnsen en Snijders behoren,<sup>141</sup> wijzen erop dat art. 3:112, dat bepaalt dat bezit wordt verkregen door inbezitneming, door overdracht of door opvolging onder algemene titel, niet limitatief is.<sup>142</sup> In de analogieleer verschaft een houder bezit op een aan bezitoverdracht analoge wijze; de artikelen 3:114 en 115 worden analogisch toegepast. Een belangrijke rol is weggelegd voor het verbod van interversie, neergelegd in art. 3:111, dat bepaalt:

Wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor een ander te houden, gaat men daarmee onder dezelfde titel voort, zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht, hetzij ten gevolge van een handeling van hem voor wie men houdt, hetzij ten gevolge van een tegenspraak van diens recht.

Waar art. 3:114 bepaalt dat een bezitter zijn bezit overdraagt door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen, die hij zelf over het goed kon uitoefenen, verschaft de houder bezit doordat hij, teneinde de verkrijger tot bezitter te maken, die feitelijke handeling verricht die, indien zij door een bezitter zou worden verricht, geschikt zou zijn om het bezit over te dragen, en die, in verband met het interversieverbod van art. 3:111 een, naar verkeersopvattingen te beoordelen, voldoende tegenspraak van het recht van de bezitter oplevert.<sup>143</sup> Ook art. 3:115 kan analogisch worden toegepast, met uitzondering van de sub a omschreven levering *constituto possessorio*: uit art. 3:111 volgt immers dat een houder zich niet door enkele wilswijziging of een enkele overeenkomst met een derde tot houder voor die derde kan maken en daarmee aan de bezitter zijn bezit kan ontnemen. Ook uit de tekst van art. 3:115 aanhef en sub a volgt dat een houder niet door *constitutum possessorium* bezit kan verschaffen, daar deze bepaling spreekt over een vervreemder die de zaak *bezit*.<sup>144</sup>

Aanhangers van de analogieleer vinden een aanknopingspunt voor hun visie in het feit dat de Hoge Raad in een aantal arresten de beslissing dat een houder niet door *constitutum possessorium* kan leveren, beargumenteerde met een beroep op art. 592 BW (oud), de voorloper van art. 3:111. Zo overwoog de Hoge Raad in het Sio-arrest, dat betrekking had op een dubbele levering *constituto possessorio* (in het kader van een dubbele fiduciaire overdracht):<sup>145</sup>

---

141 Neleman 1992, p. 268-270; Asser/Mijnsen & De Haan 2006 (3-I), nr. 137, 148; H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 148, 155.

142 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 433.

143 Neleman 1992, p. 269.

144 Mijnsen 1983, p. 347.

145 HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (JD), AA (2) 1952-1953, p. 173 (JD).

‘dat het dan ook niet toelaatbaar is aan deze uitzondering (dat ‘overgave’ achterwege kan blijven indien degene die de zaak levert deze krachtens een rechtsverhouding tot de nieuwe bezitter onder zich blijft houden, JAJP) een zo ruime toepassing te geven dat degene die door een ander bezit, dit zou kunnen verliezen tengevolge van een enkele overeenkomst door dien ander met een derde gesloten; dat het ook in overeenstemming is met de gedachte ten grondslag liggende aan art. 592, dat, zomin als – ingevolge dit artikel – degene die voor een ander houdt, door een enkele wilsverandering zich zelf tot bezitter kan maken, zodanige houder ingevolge enkele overeenkomst met een derde buiten den bezitter om zichzelf tot houder voor dien derde zou kunnen maken, en daarmee aan degene voor wien hij hield, het bezit zou kunnen ontnemen;’

In de op Sio volgende arresten Picus/Smallingerland en Nationaal Grondbezit/Kamphuis keert de tweede hierboven geciteerde rechtsoverweging terug.<sup>146</sup> Ook in het veel recentere arrest Potharst/Serrée overweegt de Hoge Raad onder verwijzing naar art. 592 BW (oud) dat onder het oude recht degene die voor een ander hield niet door een enkele wilswijziging zichzelf tot bezitter kon maken en zich evenmin buiten de bezitter om tot houder voor een derde kon maken.<sup>147</sup>

#### *Occupatieleer*

In de *occupatieleer*, die is ontwikkeld door J. Drion in zijn annotaties onder het Sio-arrest<sup>148</sup> en onder meer wordt verdedigd door Hijma en Van Vliet,<sup>149</sup> staat niet art. 3:111, maar art. 3:113, gewijd aan inbezitneming, centraal. Aanhangers van de *occupatieleer* wijzen er op dat, hoewel volgens de parlementaire geschiedenis art. 3:112 geen limitatieve opsomming geeft van de wijzen van bezitsverkrijging, niet aannemelijk is dat zo’n voor de praktijk belangrijke figuur als de bezitsverschaffing door een houder niet in het artikel zou zijn opgenomen. Bezitsverschaffing door een houder kan volgens hen aldus worden geconstrueerd dat de vervreemder-houder de verkrijger in staat stelt de feitelijke macht over de zaak te gaan uitoefenen, waarna de verkrijger door inbezitneming, een wél in art. 3:112 genoemde wijze van bezitsverkrijging, het bezit van de zaak verkrijgt. Dat een houder niet per *constitutum possessorium* bezit kan verschaffen, wordt in de *occupatieleer* teruggevoerd op art. 3:113. Volgens lid 1 van dit artikel neemt men een goed in bezit door zich daarover ‘de feitelijke macht’ te verschaffen. Lid 2 bepaalt dat wanneer het goed in het bezit van een ander is, enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen voor een inbezitneming onvoldoende zijn. In geval van een beoogde levering cp door een houder verkrijgt de houder geen ‘feitelijke macht’ over de zaak, zodat

---

146 HR 29 september 1961, NJ 1962, 14 (JHB), AA (11) 1961-1962, p. 104 (W.C.L. van der Grinten), respectievelijk HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (WMK), AA 1973, p. 565 (G).

147 HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 (WMK), AA 1999, p. 288 (A.I.M. van Mierlo).

148 HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (JD), p. 360-361; AA (2) 1952-1953 (JD), p. 175-178.

149 Hijma 1995a, p. 151-158; Van Vliet 2000, p. 144, 147.

blijkens art. 3:113 lid 1 geen occupatie heeft plaatsgevonden en de verkrijger dus geen bezitter is geworden.<sup>150</sup>

### 2.2.11 Stellingname

#### *Voordelen van de occupatieleer*

Wanneer men de analogie- en de occupatieleer met elkaar vergelijkt, lijkt het aantrekkelijkste aspect van de analogieleer te zijn gelegen in de aansluiting die in deze leer wordt gezocht bij de artikelen 3:114 en 115, gewijd aan bezits-overdracht als vorm van 'bezitsverschaffing' in de zin van art. 3:90. Hierdoor komt goed tot uitdrukking dat ook bij levering door een houder sprake is van 'bezitsverschaffing', zodat de 'verkrijger' in aanmerking komt voor bescherming door art. 3:86 tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemderhouder. In de occupatieleer ligt dit minder eenvoudig, nu de gedachte dat de verkrijger de zaak dient te occuperen teneinde daarvan het bezit te verkrijgen niet direct een associatie met 'bezitsverschaffing' oproept.<sup>151</sup> Een belangrijk bezwaar tegen de analogieleer is daarentegen dat in deze leer niet naar voren komt waaróm een houder niet per *constitutum possessorium* bezit kan verschaffen.<sup>152</sup> Wij zagen dat de aanhangers van de analogieleer hiervoor aanknopen bij het in de vorige paragraaf weergegeven art. 3:111. Zij stellen dat wanneer een houder aan een derde verklaart de zaak voortaan voor deze te zullen houden, deze derde geen (middellijk) bezit verkrijgt, omdat noch sprake is van 'een handeling van hem voor wie men houdt' (de bezitter), noch van 'een tegenspraak van diens recht' in de zin van art. 3:111. Dat geen sprake is van 'een handeling van hem voor wie men houdt' is evident. Maar waarom levert de verklaring van de houder dat hij de zaak voortaan voor de derde zal houden (de 'houderschapverklaring') géén voldoende tegenspraak op van het recht van de bezitter, en kan de houder wel naar analogie van de in art. 3:115 sub b en c genoemde wijzen van bezitsoverdracht (*longa manu* en *brevi manu*) bezit verschaffen? Zoals Hijma aangeeft, maakt de analogieleer dit niet inzichtelijk.<sup>153</sup>

Dat een houder niet per *constitutum possessorium* aan een bezitter, zonder diens instemming, het bezit kan ontnemen, kan worden teruggevoerd op het publiciteitsbeginsel.<sup>154</sup> In de analogieleer, waarin het gegeven dat een houder niet per *constitutum possessorium* kan leveren wordt teruggevoerd op art. 3:111, komt dit niet tot uitdrukking. In de occupatieleer, waarin niet bij art. 3:111 maar bij art. 3:113 wordt aangeknoopt, komt de rol van het publiciteits-

---

150 J. Drion, annotatie onder AA 1952-1953, p. 176 linkerkolom; Hijma 1995a, p. 155.

151 Vergelijk Hijma 1995a, p. 155.

152 Jac. Hijma 1995a, p. 155.

153 Jac. Hijma 1995a, p. 155.

154 Zo ook H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 155.

beginsel wel naar voren. Volgens art. 3:113 lid 1 vindt 'inbezitneming' plaats doordat men zich 'de feitelijke macht' over het goed verschaft. In de Memorie van Antwoord II bij art. 3:113 wordt opgemerkt dat inbezitneming van een goed waarvan een ander reeds bezitter is, slechts kan bestaan in een zodanige machtsuitoefening, dat naar verkeersopvatting de oorspronkelijke bezitter niet meer als zodanig kan gelden; de machtsuitoefening van de inbezitnemer moet die van de oorspronkelijke bezitter teniet doen.<sup>155</sup> Mijnsen formuleert het aldus: voor inbezitneming van een zaak waarvan een ander het bezit heeft, is noodzakelijk dat de macht van de ander wordt gebroken en, indien de handeling buiten de bezitter om geschiedt, duidelijk naar buiten van de ontneming blijkt.<sup>156</sup> Welnu, wanneer de vervreemder-houder de zaak aan de verkrijger ter hand heeft gesteld, wanneer de verkrijger de zaak reeds als houder voor de vervreemder onder zich hield (bijvoorbeeld als bruiklener), of wanneer een derde de zaak voor de vervreemder hield en aan deze te kennen is gegeven haar voortaan voor de verkrijger te gaan houden, heeft de verkrijger een (meer of minder sterke) vorm van feitelijke macht over de zaak verkregen. Maar wanneer vervreemder en verkrijger afspreken dat de vervreemder de zaak voortaan voor de verkrijger onder zich zal houden (een houderschapsverklaring is afgelegd), vindt in het geheel geen verschuiving van de macht plaats. De feitelijke heerschappij is, zo stelt Hijma, in zo'n geval niet voldoende in de richting van de derde verschoven.<sup>157</sup> In zo'n geval kan niet worden gezegd dat de verkrijger zich 'de feitelijke macht' over de zaak heeft verschaft in de zin van art. 3:113 lid 1, en heeft geen 'inbezitneming' plaatsgevonden.

Een tweede voordeel van de occupatieleer boven de analogieleer is dat, zoals Hijma aangeeft, in de occupatieleer tot uitdrukking komt dat voor bezitsverschaffing door een houder zwaardere eisen gelden dan voor bezitsverschaffing (bezitsoverdracht) door een bezitter.<sup>158</sup> Anders dan bij *bezitsoverdracht* wordt bij *bezitsverschaffing* door een houder het bezit zonder de medewerking van de bezitter, namelijk tegen diens wil, verkregen.<sup>159</sup> Dit gegeven leidt ertoe aan te nemen dat wanneer geen verschuiving van de feitelijke machtsverhoudingen optreedt (bij een beoogde levering *constituto possessorio*) geen occupatie heeft plaatsgevonden, en de verkrijger dus geen bezit heeft verkregen. Een beschikkingsonbevoegde bezitter kan daarentegen wel per *constitutum possessorium* leveren.<sup>160</sup>

---

155 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 434.

156 Aldus ook Asser/Mijnsen & De Haan 2006 (3-I), nr. 140.

157 Hijma 1995a, p. 155.

158 Hijma 1995a, p. 155-156.

159 Hijma, 1995a, p. 155.

160 Door een levering door een beschikkingsonbevoegde bezitter wordt niet het bezit, maar wel, bij een geslaagd beroep op art. 3:86, de eigendom aan de derde-rechthebbende onttrokken. Het gebrek aan publiciteit van de levering *constituto possessorio* heeft daarom consequenties op het vlak van de eigendomsverkrijging door de verkrijger: hij kan zich, zolang

*Argumenten tegen de occupatieleer niet overtuigend*

Aan bovenstaande argumenten ten gunste van de occupatieleer kan nog een derde argument worden toegevoegd. Waar, zoals wij zagen, de analogieleer op het eerste gezicht mooi lijkt aan te sluiten bij de, wel in de wet (de artikelen 3:114 en 3:115) geregelde, bezitsóverdracht, blijkt bij nader inzien de occupatieleer het beste in de wetsystematiek te kunnen worden ingepast. Construeert men bezitsverschaffing door een houder met behulp van art. 3:113 (inbezitting), dan valt deze voor de praktijk belangrijke categorie daarmee onder de in de wet (art. 3:112) genoemde wijzen van bezitsverkrijging.<sup>161</sup>

Gegeven de besproken voordelen die hantering van de occupatieleer biedt, gaat mijn voorkeur uit naar deze leer. Dit geldt eens te meer nu de tegen de occupatieleer aangevoerde bezwaren niet onoverkomelijk zijn. Een eerste bezwaar luidt dat, wanneer men er van uitgaat dat de verkrijger de zaak occupeert, niet van *bezitsverschaffing* en dus niet van levering kan worden gesproken.<sup>162</sup> Dit betekent dat de verkrijger geen beroep op art. 3:86 toekomt.<sup>163</sup> Dit argument gaat niet op. Wij hebben gezien dat de kern van iedere levering van een roerende zaak wordt gevormd door een zakelijke overeenkomst, de wilsovereenstemming van partijen omtrent de eigendomsoverdracht van de zaak. Is de vervreemder eigenaar en bezitter van de zaak, dan gaat door het sluiten van de zakelijke overeenkomst, al dan niet in combinatie met een feitelijke handeling of afspraak tussen partijen waardoor zij de feitelijke machtsverhoudingen met betrekking tot de zaak in overeenstemming brengen met de beoogde eigendomsoverdracht, ook het bezit van de zaak over. Is de vervreemder een houder, dan leidt de zakelijke overeenkomst tussen partijen in beginsel<sup>164</sup> niet tot eigendomsoverdracht, maar, indien de verkrijger de 'feitelijke macht' over de zaak heeft verkregen, wel tot 'bezitsverschaffing'. De inbezitting van de zaak door de verkrijger is met andere woorden een van de elementen waaruit de bezitsverschaffing door de houder is opgebouwd. De door vervreemder en verkrijger tot stand gebrachte zakelijke overeenkomst

---

de zaak in handen van de verkrijger blijft, (in mijn interpretatie van art. 3:90 lid 2) niet op art. 3:86 beroepen.

161 Hijma 1995a, p. 154-155.

162 Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-1), nr. 149.

163 Aldus, kort samengevat, Mijnssen 1983, p. 347, waar hij stelt dat occupatie een eenzijdige rechtshandeling door de verkrijger is, terwijl bezitsverschaffing door een houder een tweezijdige rechtshandeling is, gericht op bezitsverschaffing, en dat occupatie zou zijn gericht op toeëigening, in welk geval art. 2014 BW (oud), de voorloper van art. 3:86, niet van toepassing zou zijn. Zie voor huidig recht Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-1), nr. 149.

164 Tenzij de verkrijger een beroep op art. 3:86 toekomt.

leidt, in combinatie met de occupatie door de verkrijger, die daartoe door de vervreemder in staat is gesteld, tot *levering* door bezitsverschaffing.<sup>165</sup>

Illustratief zijn de arresten Nationaal Grondbezit/Kamphuis en Hoogovens/Matex.<sup>166</sup> In beide arresten had een leverancier materialen onder eigendomsvoorbehoud aan een aannemer geleverd. Krachtens de met de aanbesteder gesloten overeenkomst had de aannemer op het moment dat de materialen op de bouwplaats arriveerden, verklaard deze aan de aanbesteder te leveren. Het bezit van de materialen was door deze houderschapsverklaring niet op de aanbesteder overgegaan. Op grond van het eigendomsvoorbehoud was de aannemer houder voor de leverancier, en kon als zodanig niet door middel van *cp* bezit verschaffen. In cassatie draaide het om de vraag of de aanbesteder op enig moment het 'reëel bezit' van het materiaal had verkregen, met andere woorden of de ongeldige levering *constituto possessorio* was gevolgd door feitelijke overgave. In dat geval kon de aanbesteder aan art. 2014 BW (oud) (de voorloper van art. 3:86) bescherming ontlenen tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de aannemer.

In Nationaal Grondbezit/Kamphuis had het hof overwogen dat de aanbesteder geen beroep op art. 2014 BW (oud) toekwam. Dat de aanbesteder de feitelijke macht over de bouwplaats had overgenomen zag het hof als een eenzijdige handeling, die de aanbesteder niet het voor bescherming door art. 2014 BW (oud) vereiste bezit verschafte. De Hoge Raad oordeelde anders:

'dat in een situatie als de onderhavige, waarin de aannemer de bouwplaats heeft verlaten, deze is overgenomen door de aanbesteder en zich op die bouwplaats bevinden de vóórdien aangevoerde en krachtens art. 43 Algemene Voorschriften goedgekeurde bouwstoffen, de aanbesteder geacht moet worden door overgave het bezit van die bouwstoffen te hebben verkregen, tenzij bedoelde overname zou zijn geschied tegen de aan de aanbesteder kenbaar gemaakte wil van de aannemer;'

Van der Grinten interpreteerde deze rechtsoverweging als volgt:<sup>167</sup>

'In de visie van de HR brengt niet de overname door de aanbesteder bezitsverkrijging mede, doch is de bezitsverkrijging een gevolg van de overgave door de aannemer. Wij mogen dit aldus verstaan dat voor levering nodig is een gedraging van degene van wie het bezit wordt verkregen. De "toeëigening" door de verkrijger is voor levering onvoldoende.'

---

165 Ook Neleman 1992, p. 269, is van mening dat in de occupatieleer ook van 'levering' kan worden gesproken, evenals Hijma 1995a, p. 156-157, die de bezitsverkrijging door de verkrijger als een resultaat van een handelen van vervreemder en verkrijger gezamenlijk ziet.

166 HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (WMK), AA 1973, p. 565 (G), respectievelijk HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 (WMK), AA 1980, p. 181 (W.C.L. van der Grinten).

167 W.C.L. van der Grinten, annotatie onder HR 8 juni 1973, AA 1973, p. 569.

Ook in Hoogovens/Matex draaide het, zoals gezegd, om de vraag of de aanbesteder, Matex, op enig moment het 'reëel bezit' van de platen had verkregen. Was de aanvankelijk ongeldige levering cp door aannemer Swarttouw aan aanbesteder Matex, door het afgeven van eigendomsverklaringen door aannemer Swarttouw ten gunste van aanbesteder Matex telkens wanneer door de leverancier aan de aannemer onder eigendomsvoorbehoud geleverde materialen op de bouwplaats arriveerden, gevolgd door feitelijke overgave? In dat geval werd Matex door art. 2014 BW (de voorloper van art. 3:86) beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van Swarttouw, en had zij de eigendom van de platen verkregen. Het hof oordeelde dat Matex het bezit van de stalen platen had verkregen. Het kende bij deze beslissing betekenis toe aan het feit dat Matex de platen bij aankomst op het bouwterrein had goedgekeurd en van haar slagmerk had voorzien, dat zij de bouwplaats op een bepaald moment had omrasterd, en deze dag en nacht liet bewaken, waarbij Swarttouw in de gelegenheid werd gesteld door te gaan met haar werkzaamheden. Daarnaast had, zo overwoog het hof, Swarttouw de wil kenbaar gemaakt het bezit van de platen aan Matex te verschaffen door ten aanzien van de aangevoerde platen telkens eigendomsverklaringen aan Matex af te geven. Op grond hiervan concludeerde het hof dat Matex niet alleen 'daden van toeëigening' had verricht door de stalen platen onder haar supervisie te stellen, maar dat ook Swarttouw daden had verricht, waaruit de wil kenbaar was Matex de eigendom van de materialen te verschaffen. Hoogovens stelde beroep in cassatie in. Zij stelde dat wanneer de houder (Swarttouw) de wil te kennen heeft gegeven aan de derde (Matex) de eigendom van de zaken te verschaffen, dit niet af doet aan het ontbreken van bescherming van degene die zich door daden van toeëigening zelf in het bezit van de zaken heeft gesteld. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, en overwoog hiertoe onder meer:

'Anders dan in het tweede en derde onderdeel van het middel wordt aangenomen, heeft het Hof de door Swarttouw aan Matex verstrekte eigendomsverklaringen en het stellen van het materiaal door Matex onder haar eigen supervisie – door het Hof aangeduid als "daden van toeëigening" – niet onafhankelijk van elkaar gezien, maar kennelijk uit deze feiten tezamen afgeleid dat de Rb. terecht heeft geoordeeld dat heeft plaatsgevonden wat in de gegeven omstandigheden was vereist om, ondanks een eigendomsvoorbehoud als door Hoogovens gepretendeerd, aan Matex het bezit van het materiaal te verschaffen, zoals hier voor een voltooide levering daarvan aan Matex nodig was.'

Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de zakelijke overeenkomst tussen Swarttouw en Matex was opgebouwd uit de wilsverklaring van Swarttouw, gericht op eigendomsoverdracht (de 'eigendomsverklaringen'), plus de wilsverklaring van Matex, gericht op eigendomsverkrijging, die tot uitdrukking kwam in het zich verschaffen van de feitelijke macht over de stalen platen. De beide wilsverklaringen en de inbezitneming van de stalen platen door Matex tezamen

genomen rechtvaardigden de conclusie dat levering door bezitsverschaffing had plaatsgevonden.<sup>168</sup>

Een tweede tegen de occupatieleer aangevoerd bezwaar luidt dat wanneer men de bezitsverschaffing door een houder met behulp van art. 3:113 construeert, het maar de vraag is of kan worden gesteld dat de verkrijger zijn bezit 'van een ander' heeft verkregen in de zin van art. 3:102 lid 2.<sup>169</sup> Art. 3:102 lid 2 stelt deze eis als voorwaarde voor voortzetting van een lopende verjaring door een bezitter te goeder trouw die anders dan onder algemene titel heeft verkregen. Bij bezitsverschaffing door een houder kan echter niet van voortzetting van een lopende verjaringstermijn als bedoeld in art. 3:99 worden gesproken. De vervreemder was immers juist geen bezitter, zodat de verjaringstermijn van art. 3:99 nog niet is gestart. Dit betekent dat de verjaringstermijn van art. 3:99 niet eerder kan ingaan dan op het moment dat de verkrijger bezitter is geworden, zowel wanneer men uitgaat van de analogie- als wanneer men uitgaat van de occupatiegedachte.

Een derde tegen de occupatieleer aangevoerd bezwaar luidt dat de verkrijger (in de regel) niet weet dat hij de zaak dient te occuperen. Ook dit bezwaar is niet steekhoudend. Zoals Hijma aangeeft, is slecht relevant dat de verkrijger een zodanige macht over de zaak verkrijgt dat rechtens van inbezitneming kan worden gesproken.<sup>170</sup>

## 2.3 LEVERING DOOR MIDDEL VAN EEN AKTE

### 2.3.1 Inleiding

Het komt voor dat een eigenaar aan wie het bezit van een roerende zaak is ontnomen, deze aan een derde wil overdragen. Men denke aan de eigenaar die zijn gestolen auto aan zijn verzekeraar levert, of zijn gestolen schilderij, opdat de verzekeraar hem de geleden schade vergoedt. Omdat de auto respectievelijk het schilderij zich niet meer in zijn macht bevindt, kan de eigenaar deze zaken niet leveren door middel van 'bezitsverschaffing'. Uit art. 3:95 volgt dat zij worden geleverd door middel van een akte:

Buiten de in de artikelen 89-94 geregelde gevallen en behoudens het in de artikelen 96 en 98 bepaalde, worden goederen geleverd door een daartoe bestemde akte.

---

168 In gelijke zin W.M. Kleijn in zijn noot onder het arrest sub III.

169 Neleman 1992, p. 269.

170 Hijma 1995a, p. 157.

Onder het oude BW werd aanvankelijk aangenomen dat, gelet op de in art. 667 BW (oud) voor levering van roerende zaken voorgeschreven 'overgave', roerende zaken die zich niet in de macht van de vervreemder bevonden, niet aan een ander konden worden geleverd.<sup>171</sup> Onder invloed van het NBW wees de Hoge Raad rond het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw een aantal arresten waarin hij de mogelijkheid erkende roerende zaken die zich niet in de macht van de vervreemder bevinden te leveren. Deze reeks werd geopend met de arresten Gestolen Mercedes I en Gestolen Fiat I.<sup>172</sup> In Gestolen Mercedes I overwoog de Hoge Raad dat eigendomsoverdracht van een gestolen auto niet reeds uitgesloten is op de enkele grond dat op het tijdstip van de overdracht de auto in het bezit van een derde is:

'De "overgave" die krachtens art. 667 BW voor overdracht van een roerende zaak is vereist, kan in dit geval immers tot stand komen door een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger, die tot overdracht strekt en de verkrijger in staat stelt zich jegens derden als eigenaar te legitimeren;'

In het arrest Gestolen Fiat II werkte de Hoge Raad de legitimatie-eis uit:<sup>173</sup>

'Het middel betreft de vraag wat nodig is voor de overgave van de zaak in de zin van art. 667 BW in het geval dat de vervreemder het bezit van de zaak niet heeft en aan de verkrijger dus ook niet dit bezit – dat in verband met het bepaalde in de artt. 590 en 2014 eerste lid van dat wetboek geacht kan worden hem jegens derden als eigenaar te legitimeren – kan verschaffen. In een zodanig geval kan deze overgave geschieden door een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger, die tot overdracht strekt en waarbij de verkrijger op een andere wijze tot een zodanige legitimatie in staat wordt gesteld. Voor dit laatste is in elk geval voldoende een door de vervreemder ondertekend geschrift, waaruit van de overdracht blijkt. Niet uitgesloten is echter dat dit in staat stellen op andere wijze geschiedt, bijvoorbeeld indien het om een auto gaat, door overgifte van de sleutels en het kentekenbewijs. Of dit voldoende is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval, waaronder de vraag of er reeds tevoren een geschrift was, waaruit van een verplichting tot overdracht bleek.'

Waar art. 3:95 een vormvereiste stelt, namelijk dat een akte wordt opgemaakt, nam de Hoge Raad onder het oude recht ook genoegen met een vormvrije overeenkomst, mits deze gepaard ging met een legitimerende handeling. Dat geen akte werd geëist, vindt zijn verklaring in het feit dat niet op een vormvoorschrift kan worden geanticipeerd: alleen de wetgever kan een formaliteit

---

171 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 17 januari 1975, NJ 1976, 79, en Hof Amsterdam 1 december 1978 (r.o. 7 en 8), te kennen uit HR 1 februari 1980, NJ 1981, 140 (WMK).

172 HR 27 april 1979, NJ 1981, 139 (WMK), AA 1979, p. 498 (W.C.L. van der Grinten), ook wel bekend onder de naam Visser/De Zeven Provinciën, en HR 1 februari 1980, NJ 1981, 140 (WMK), ook wel bekend als Tiel/Utrecht I.

173 HR 7 mei 1982, NJ 1983, 241 (WMK).

toevoegen aan een bestaand rechtsstelsel.<sup>174</sup> Hoewel diverse auteurs er na het wijzen van de besproken arresten voor hebben gepleit het vormvoorschrift van een akte te laten vervallen,<sup>175</sup> is het bij invoering van het NBW met het oog op de rechtszekerheid gehandhaafd.<sup>176</sup>

### 2.3.2 Vindt levering volgens art. 3:95 plaats door middel van een zakelijke overeenkomst?

In de Gestolen auto-arresten spreekt de Hoge Raad over levering door middel van 'een tot overdracht strekkende overeenkomst'. Hieruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad onder het oude recht de zakelijke overeenkomst als de spil van de levering van gestolen roerende zaken beschouwde.<sup>177</sup> Om de verkrijger in staat te stellen zich jegens derden als eigenaar te legitimeren, diende het sluiten van de zakelijke overeenkomst gepaard te gaan met een legitimerende handeling, zoals het opmaken van een eenzijdige akte.

In de Gestolen Auto-arresten anticipeerde de Hoge Raad op het huidige recht. Het lijkt dan ook aannemelijk dat de zakelijke overeenkomst ook in het huidige recht een rol speelt. Art. 3:95 spreekt over een 'akte', dit in tegenstelling tot art. 3:89, dat voor levering van registergoederen een 'tussen partijen opgemaakte notariële akte' eist, en wekt daarmee de indruk dat een eenzijdige akte volstaat. Deze indruk wordt bevestigd door de parlementaire geschiedenis bij art. 3:94, dat voor levering van vorderingen op naam 'een daartoe bestemde akte' voorschrijft. Art. 3:94 (art. 3.4.2.7) had oorspronkelijk betrekking op zowel de levering van tegen bepaalde personen uit te oefenen rechten die niet aan toonder of order luiden als op (onder meer) de levering van aan de eigenaar ontnomen roerende zaken.<sup>178</sup> Eerst in een later stadium is de formaliteit voor levering van deze overige goederen overgebracht naar art. 3.4.2.7a (art. 3:95).<sup>179</sup> In de Memorie van Antwoord II bij art. 3.4.2.7 leest men:<sup>180</sup>

'Voldoende is dus een enkel door de vervreemder ondertekende akte, mits de overdracht door de verkrijger wordt aanvaard, hetgeen door iedere daartoe geëigende gedraging kan geschieden.'

Uit dit citaat blijkt dat het feit dat een akte eenzijdig, door de vervreemder, kan worden opgesteld, er niet aan in de weg staat de levering volgens art.

---

174 W.M. Kleijn in zijn noot onder HR 1 februari 1980, NJ 1981, 140; Brahn 1992, § 8, p. 19.

175 In die zin bijvoorbeeld W.M. Kleijn, t.a.p., sub III: Neleman 1992, p. 264.

176 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 NBW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1243.

177 Ook W.H.M. Reehuis, Brahn/Reehuis 1997, nr. 47, erkent dat de Hoge Raad in genoemde arresten van een zakelijke overeenkomst uitgaat.

178 OM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 392.

179 MvA II, Parl. gesch. Boek 3 NBW, p. 395.

180 MvA II, Parl. gesch. Boek 3 NBW, p. 395.

3:95 als een meerzijdige rechtshandeling te zien. In het naar huidig recht gewezen arrest Meijs qq/Bank of Tokyo-Mitsubishi vindt men een aanwijzing dat ook bij levering door middel van een eenzijdige akte de zakelijke overeenkomst de kern van deze levering vormt.<sup>181</sup> Dit arrest heeft geen betrekking op een levering volgens art. 3:95, maar op de vestiging van een stil pandrecht op een vordering op naam. Volgens art. 3:239 lid 1 wordt dit pandrecht gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte. De Hoge Raad overweegt in dit arrest onder meer:

‘Bij de beoordeling (...) moet worden vooropgesteld dat voor vestiging van pandrecht is vereist dat tussen de pandgever en de pandnemer wilsovereenstemming bestaat die strekt tot de vestiging van het pandrecht. Voorts is voor vestiging van stil pandrecht vereist een akte die doet blijken dat zij tot verpanding van de erin bedoelde vordering(en) is bestemd. Deze akte hoeft niet tweezijdig te zijn (en, JAJP) zij hoeft niet te doen blijken van de verklaring van de pandhouder dat hij het pandrecht aanvaardt. Deze aanvaarding kan vormvrij geschieden.’

De Hoge Raad kent in dit arrest enerzijds aan de wilsovereenstemming omtrent de vestiging van een pandrecht, en dus aan de goederenrechtelijke overeenkomst, een centrale rol toe. Anderzijds komt in dit arrest tot uitdrukking dat de goederenrechtelijke overeenkomst niet in de akte, bedoeld in art. 3:239 lid 1, behoeft te zijn opgenomen. Hoewel dit arrest betrekking heeft op de verpanding van vorderingen op naam, zijn de geciteerde rechtsoverwegingen van de Hoge Raad naar mijn mening ook van belang voor de levering van roerende zaken door middel van een akte.<sup>182</sup> Als voor vestiging van een pandrecht volgens art. 3:239 lid 1 wilsovereenstemming omtrent de vestiging van een pandrecht is vereist, lijkt aannemelijk dat ook voor levering van roerende zaken volgens art. 3:95 wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht is vereist. Het sluiten van de goederenrechtelijke overeenkomst is noch bij vestiging van bedoeld pandrecht, noch bij levering van een gestolen zaak voldoende. Er dient daarnaast een eenzijdige vestigings- respectievelijk leveringsakte te worden opgemaakt, die de verkrijger als pandhouder respectievelijk eigenaar legitimeert.

De in dit onderdeel besproken jurisprudentie rechtvaardigt de aanname dat de levering van roerende zaken die zich niet in de macht van de vervreemder bevinden tot stand komt door het sluiten van een zakelijke overeenkomst.<sup>183</sup> De wilsverklaring van de vervreemder, gericht op eigendomsoverdracht, komt

---

181 HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (WMK); AA 2002, p. 726 (S.C.J.J. Kortmann).

182 Vergelijk Reehuis 2004, nr. 101, die stelt dat de aan de in art. 3:95 bedoelde akte te stellen eisen dezelfde zijn als die aan een akte van cessie (art. 3:94).

183 Dat de zakelijke overeenkomst ook onderdeel uitmaakt van de levering volgens art. 3:95 wordt onder meer verdedigd door Brahn 1981, p. 891; H.J. Sniijders, Sniijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 340; Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-I), nr. 209.

tot uitdrukking in de door hem ondertekende akte, die door hem wordt opgesteld met het doel de zaak te leveren. De aanvaarding van de zaak door de verkrijger is vormvrij.<sup>184</sup> Zij zal doorgaans besloten liggen in het in ontvangst nemen van de leveringsakte. Net als bij de levering volgens art. 3:90 dient de zakelijke overeenkomst te worden onderscheiden van de leveringsformaliteit, bestaande in het opmaken van een akte, nu deze eenzijdig, door de vervreemder, kan worden opgemaakt.

## 2.4 CONCLUSIE

De kern van de levering door middel van 'bezitsverschaffing' wordt gevormd door het sluiten van een zakelijke overeenkomst. Deze zakelijke overeenkomst kan worden omschreven als de meezijdige rechtshandeling van vervreemder en verkrijger, waarbij zij verklaren de zaak in eigendom over te dragen respectievelijk in eigendom te aanvaarden, en waardoor, hetzij zonder meer, hetzij in combinatie met een formaliteit, een zaak wordt overgedragen.

Indien de zaak zich niet al in de macht van de verkrijger bevindt is een feitelijke handeling of nadere afspraak vereist om de verkrijger de met zijn eigendomsrecht corresponderende macht over de zaak te verschaffen, en hem in staat te stellen zich als nieuwe eigenaar te legitimeren. Wanneer aan de in art. 3:84 neergelegde eisen voor overdracht is voldaan, gaat door het sluiten van de zakelijke overeenkomst en de daarmee gepaard gaande verschaffing van de macht over de zaak niet alleen de eigendom van de zaak, maar ook het bezit op de verkrijger over. Bij de levering door middel van 'bezitsverschaffing' is het dan ook niet de bezitsverschaffing maar de wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht, die deze levering tot een rechtshandeling maakt.

Een levering door een beschikkingsonbevoegde is een ongeldige levering; zij leidt in beginsel niet tot een eigendomsoverdracht. Indien de vervreemder bezitter was, heeft de levering wel geleid tot 'bezitsverschaffing' door bezitsoverdracht. Art. 3:86 beschermt de verkrijger onder bepaalde voorwaarden tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Uit het publiciteitsbeginsel vloeit voort dat een zakelijke overeenkomst, gesloten door een beschikkingsonbevoegde bezitter, die niet gepaard gaat met een voor derden kenbare vorm van machtsverschaffing, niet voor 'reparatie' door art. 3:86 in aanmerking komt. De achterstelling van de levering *constituto possessorio* door een bezitter is geregeld in art. 3:90 lid 2, dat ik interpreteer als een bepaling die de cp-verkrijger een beroep op art. 3:86 onthoudt zolang de zaak in handen van de beschikkingsonbevoegde vervreemder blijft.

Ook een levering door een houder resulteert in beginsel niet in een eigendomsoverdracht, maar wel in bezitsverschaffing. Deze bezitsverschaffing komt

---

184 Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-1), nr. 209.

tot stand doordat de vervreemder de verkrijger de feitelijke macht verschaft, en de verkrijger de zaak in bezit neemt. Een zakelijke overeenkomst, gesloten door een houder die gepaard gaat met de afspraak dat de vervreemder de zaak voortaan voor de verkrijger zal houden, leidt niet tot bezitsverschaffing, omdat het afleggen van de houderschapsverklaring onvoldoende is om de feitelijke macht op de verkrijger te doen overgaan. Van occupatie is dan geen sprake.

Roerende zaken die zich niet in de macht van de vervreemder bevinden, worden volgens art. 3:95 geleverd door middel van een akte. De akte, die door de vervreemder dient te worden ondertekend, stelt de verkrijger in staat zich als eigenaar te legitimeren. Ook de kern van de levering volgens art. 3:95 wordt gevormd door de wilsovereenstemming omtrent de eigendomsoverdracht.