



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).

5 | Eigendomsvoorbehoud

5.1 INLEIDING

5.1.1 Drie vragen

De verkoper die verkochte zaken levert die niet direct worden betaald, neemt risico's. Onder huidig recht geldt dit nog meer dan onder het oude BW.¹ Toen had ontbinding wegens wanprestatie immers terugwerkende kracht,² en kon de onbetaalde verkoper van roerende zaken een voorrecht geldend maken terzake van de executie-opbrengst van die zaken.³ Wel heeft de verkoper van een roerende zaak in het huidige BW, gelijk onder oud recht, het recht van reclame;⁴ het reclamerecht kent echter een korte vervalt termijn.⁵ Door zich de eigendom van een zaak voor te behouden, verschaft de verkoper zich een sterke positie ten opzichte van andere crediteuren van de koper.

Het eigendomsvoorbehoud was als zodanig niet in het BW van 1838 opgenomen; wel kende dit wetboek vanaf 1936 een regeling over huurkoop, een benoemde vorm van verkoop met eigendomsvoorbehoud, waarbij de koopprijs in termijnen dient te worden voldaan.^{6,7} In het huidige recht is het eigendomsvoorbehoud als zodanig wel wettelijk geregeld. Wat betreft de voorbehouden eigendom van roerende zaken wordt het wettelijke kader gevormd door art. 3:91 en 3:92.⁸

1 Zie voor een overzicht van de positie van de onbetaalde verkoper naar oud recht Van Mierlo 1984, p. 275-276.

2 Art. 1302 BW (oud); krachtens art. 6:269 heeft ontbinding onder het huidige recht geen terugwerkende kracht.

3 Art. 1185 sub 3 jo. art. 1190 BW (oud). Dit voorrecht werd aanvankelijk opgenomen in art. 3.10.3.4, maar is bij NvW, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 867, geschrapt.

4 Art. 1191 BW (oud) resp. art. 7:39 ev.

5 Art. 7:44.

6 Art. 1576h BW e.v. (oud); thans art. 7A:1576h e.v.

7 Zie voor een beschrijving van de geschiedenis van het eigendomsvoorbehoud in Nederland en enige andere Europese landen Nève 2000.

8 Art. 3:92 spreekt heel algemeen over 'zaken' en heeft dus ook op onroerende zaken betrekking. Voorbehouden eigendom van onroerende zaken komt echter nauwelijks voor. Uit art. 3:38 volgt dat ook andere goederen onder voorbehoud van 'toebehoren' kunnen worden overgedragen.

Art. 3:92 lid 1 behelst het wettelijke vermoeden dat wanneer een overeenkomst ertoe strekt dat de ene partij zich de eigendom voorbehoudt totdat een door de wederpartij verschuldigde prestatie is voldaan, de ene partij zich verbindt tot een overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van die prestatie.⁹ Het eigendomsvoorbehoud blijkt in de praktijk ook vrijwel steeds in deze vorm te worden gebruikt, waarbij de opschortende voorwaarde meestal 'betaling van de koopprijs' inhoudt. De wetgever laat zich niet uit op welke wijzen van het wettelijk vermoeden kan worden afgeweken. In theorie laten zich de volgende varianten bedenken.¹⁰ Partijen kunnen overeenkomen dat de levering pas plaatsvindt wanneer de verschuldigde prestatie is voldaan, zodat de 'verkrijger' tot die tijd bruiklenner is. In deze variant wordt het terrein van het goederenrecht dus tot aan de vervulling van de voorwaarde nog niet betreden; er wordt immers nog niet geleverd. Een andere variant is die waarin partijen overeenkomen dat de eigendomsoverdracht plaatsvindt onder de ontbindende voorwaarde van niet-betaling. Van een 'voorbehouden eigendom' is hier in feite geen sprake, omdat de verkrijger direct eigenaar wordt.¹¹ Deze constructie komt in § 5.5 aan de orde. Het leeuwendeel van dit hoofdstuk is gewijd aan de meest voorkomende constructie.

Levering onder eigendomsvoorbehoud leidt ertoe dat de eigendom van de geleverde zaak overgaat op het moment dat de opschortende voorwaarde (voldoening van de verschuldigde prestatie) wordt vervuld. De eigendomsoverdracht vindt op dat moment automatisch, dat wil zeggen zonder dat hiervoor nog een handeling behoeft te worden verricht, plaats. Beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder (bijv. door diens faillissement), intredend na de levering onder eigendomsvoorbehoud, belet (de onvoorwaardelijke) eigendoms- overgang op de verkrijger niet.¹²

Het eigendomsvoorbehoud ten aanzien van roerende zaken wordt in de particuliere sector vooral gebruikt in de vorm van huurkoop van 'luke artike- len' als televisies en audio-apparatuur, brommers en auto's. Overigens wordt vaak niet van huurkoop maar van lease gesproken.¹³ Het eigendomsvoor- behoud komt evenwel het meeste voor in het bedrijfsleven, waar het vrijwel steeds placht te zijn opgenomen in algemene voorwaarden, deel uitmakend

9 Het eigendomsvoorbehoud kan slechts geldig worden bedongen ter zake van vorderingen als omschreven in art. 3:92 lid 2.

10 Brahn 1991, p. 134; Reehuis 1998, nr. 8; Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 417; Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 418.

11 Deze varianten worden ook genoemd door Brahn 1991, p. 134, en H. J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 418.

12 Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 420; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 964.

13 Zie over leasing, en over de vraag of leasing in een concreet geval als huurkoop of als huur moet worden bestempeld bijvoorbeeld Van Hees 1997, p. 21-28; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 976; Asser/Mijnsen & De Haan 2006 (3-I), nr. 473; H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 197.

van contracten tussen professionele verkopers en hun afnemers. Het bedingen van een eigendomsvoorbehoud blijft alleen achterwege wanneer, gelet op de aard van de geleverde producten, de voorbehouden eigendom door ver- of bewerking ervan door de afnemer door originaire eigendomsverkrijging verloren zou gaan.^{14,15}

In dit hoofdstuk staan de volgende vragen staan centraal:¹⁶

- 1 Hoe vindt, wanneer een eigendomsvoorbehoud is bedongen, de eigendoms-overdracht plaats?
- 2 Wat is de goederenrechtelijke positie van de vervreemder en verkrijger hangende de vervulling van de voorwaarde?
- 3 Indien de verkoper de koper de bevoegdheid heeft verleend om de zaak in zijn normale bedrijfsuitoefening aan een derde over te dragen, waaraan ontleent de koper dan zijn beschikkingsbevoegdheid?

Deze vragen behandel ik in respectievelijk § 5.2, § 5.3 en § 5.4. In § 5.5 komt de levering onder ontbindende voorwaarde van niet-betaling aan de orde.

5.2 CONSTRUCTIE

5.2.1 Machtsverschaffing

Art. 3:91 bepaalt:

De levering van in het vorige artikel bedoelde zaken ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde, geschiedt door aan de verkrijger de macht over de zaak te verschaffen.

Art. 3:91 schrijft hiermee een art. 3:90 lid 1 afwijkende leveringsformaliteit voor. Volgens art. 3:90 lid 1 worden roerende zaken die zich in de 'macht' van de vervreemder bevinden immers geleverd door middel van 'bezitsverschaffing'. De term 'macht' duidt op het ter beschikking hebben van de zaak, hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van een ander.¹⁷ Machtsverschaffing in de zin van art. 3:91 is dus verschaffing van de feitelijke heerschappij. Oefent men deze feitelijke heerschappij voor zichzelf uit, dan is men bezitter van de

14 Brahn 1983, p. 32-34; Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 417; Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 486.

15 Zie over de doorbreking van het eigendomsvoorbehoud door originaire eigendomsverkrijging o.a. Wichers 2002, p. 276-291, met verdere literatuurverwijzingen.

16 Voor een meer omvattende behandeling van het eigendomsvoorbehoud zij verwezen naar bijvoorbeeld Mezas 1985, Vriesendorp 1985a, Reehuis 1998, en Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), hoofdstuk VII.

17 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 389.

zaak; oefent men deze feitelijke heerschappij uit voor een ander, dan is men houder, en is die ander bezitter (vergelijk art. 3:107 lid 1). De gedachte van de wetgever is dat roerende zaken die in de macht van de vervreemder zijn, in beginsel worden geleverd door middel van bezitsverschaffing. Wanneer een eigendomsvoorbehoud is gemaakt, blijft de koper evenwel juist houder voor de verkoper totdat de opschortende voorwaarde in vervulling is gegaan.¹⁸ De zaak kan dus niet worden geleverd door middel van 'bezitsverschaffing'. In plaats daarvan wordt geleverd door de koper de feitelijke heerschappij over de zaak te verschaffen, zonder dat hij deze voor zichzelf gaat uitoefenen. Door de levering wordt hij dus houder voor de verkoper.¹⁹ Dit betekent dat de leveringsformaliteit van art. 3:91 is vervuld wanneer de verkrijger de zaak voor de vervreemder is gaan houden.

Hoe vindt 'machtsverschaffing' plaats? In de eerste plaats door een feitelijke of een daarmee gelijk te stellen symbolische handeling te verrichten. Deze wijze van machtsverschaffing zal in de praktijk ook verreweg het meest voorkomen.²⁰ Denkbaar is voorts dat de koper de zaak waarvan hem de voorbehouden eigendom wordt geleverd al onder zich had op basis van een overeenkomst van huur of bruikleen. Hij heeft dan al de feitelijke heerschappij over de zaak, zodat de levering door het sluiten van de zakelijke overeenkomst is voltooid; hier dringt zich de vergelijking met bezitsoverdracht door middel van een *traditio brevi manu* op.²¹ In het bij een eigendomsvoorbehoud onwaarschijnlijke geval dat de te leveren zaak zich onder een derde bevindt, kan machtsverschaffing plaatsvinden doordat tussen verkoper en koper wordt afgesproken dat de koper deze voortaan middels deze derde voor de verkoper zal gaan houden. Dit zal pas het geval zijn wanneer de derde van de tussen de verkoper en de koper gemaakte afspraak op de hoogte is gesteld; deze wijze van machtsverschaffing is verwant aan de bezitsoverdracht door middel van *traditio longa manu*. Een afspraak tussen verkoper en koper, inhoudende dat de zaak voorlopig onder de verkoper blijft (vergelijk art. 3:115 sub a) heeft geen machtsverschaffing tot gevolg. Door deze afspraak krijgt de koper immers naar verkeersopvattingen geen feitelijke heerschappij over de zaak, zodat niet kan worden gezegd dat deze in zijn macht is gebracht. De verkrijger is geen middellijk houder geworden. De vervreemder is immers nog steeds bezitter,

18 In die zin onder meer Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 246; Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 419; Reehuis 1998, nr. 9; H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 415; anders Vriesendorp 1985a, p. 41.

19 Zie MvA, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 388-389.

20 In de koop- en leveringsvoorwaarden zal hier dan aan worden gerefereerd. Zie bijvoorbeeld H.J. Snijders (Modellen voor de rechtspraak), Model I.3.4.45.50, art. 3: 'Verkoper levert bij deze (...) de gekochte zaken af aan koper door deze in de macht van de koper te stellen, welke macht koper eveneens heden (...) van verkoper aanvaardt.'

21 Zie § 2.1.7.

en kan niet tegelijkertijd (onmiddellijk) houder voor de verkrijger zijn; de kwalificaties bezitter en houder gaan niet samen.²²

Op het moment dat de opschortende voorwaarde in vervulling gaat, wordt de koper van houder tot eigenaar-bezitter.²³ De levering leidt na vervulling van de voorwaarde tot (onvoorwaardelijke) eigendoms- en bezitsoverdracht.

5.2.2 De opschortende voorwaarde; inleiding

Art. 3:91 spreekt van een 'levering (...) ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde'. Art. 3:92 lid 1 geeft aan dat de vervreemder die een eigendomsvoorbehoud bedingt, wordt vermoed 'zich te verbinden tot overdracht van de zaak aan de ander onder de opschortende voorwaarde van voldoening van die prestatie'. De woordkeuze in deze artikelen laat de vraag open of sprake is van een voorwaardelijke verbintenis tot overdracht, of van een verbintenis tot een voorwaardelijke overdracht. Is, met andere woorden, de verbintenis die aan de overdracht onder opschortende voorwaarde ten grondslag ligt, voorwaardelijk of onvoorwaardelijk? In de literatuur zien wij een tweedeling; onder meer Den Dulk, Vriesendorp, Reehuis en Scheltema gaan uit van een voorwaardelijke verbintenis,²⁴ terwijl bijvoorbeeld Faber, Van Mierlo, Fesevur en Mijnsen uitgaan van een onvoorwaardelijke verbintenis.²⁵ Binnen deze tweede groep auteurs kunnen wij vervolgens onderscheiden tussen hen die uitgaan van een voorwaardelijke levering, en de auteurs die uitgaan van een onvoorwaardelijke levering.²⁶

Een belangrijk gegeven is dat zij die het eigendomsvoorbehoud met behulp van een voorwaardelijke verbintenis construeren, de zakelijke overeenkomst

22 Ook A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 419, trekt in het kader van de machtsverschaffing door een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling alleen een parallel met art. 3:115 sub b en c; anders evenwel F.H.J. Mijnsen, Asser/Mijnsen & Van Velten 1994 (3-III), nr. 419, waar wordt gesteld dat ook machtsverschaffing plaatsvindt door middel van een tweezijdige rechtshandeling zonder feitelijke wijziging van de macht wanneer de vervreemder de zaak, bijvoorbeeld als bewaarder of gebruiker, onder zich houdt, en Kortmann 1992, p. 208, noot 37, die verdedigbaar acht dat machtsverschaffing plaatsvindt doordat de leverancier de zaak levert door deze voor de koper apart te zetten.

23 In gelijke zin A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 419.

24 Den Dulk 1979, p. 132-133; Vriesendorp 1985a, p. 29-31; Brahn/Reehuis 1997, nr. 59, 61; Reehuis 1998, nr. 6, 8; A.H. Scheltema 2003, p. 316.

25 Faber 1997, p. 205-209; Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 417; Fesevur 2005, p. 240; Asser/Mijnsen & De Haan 2006 (3-I), nr. 223.

26 Van een onvoorwaardelijke levering gaan onder meer uit Faber 1997, p. 182-183, 208-209, en Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 418; van een voorwaardelijke levering gaan onder meer uit Fesevur 2005, p. 339-240 en Asser/Mijnsen & De Haan 2006 (3-I), nr. 222-223.

afwijzen.²⁷ Gezien mijn bevindingen in de voorgaande hoofdstukken, ligt het in de rede te veronderstellen dat de zakelijke overeenkomst ook bij het eigendomsvoorbehoud een functie vervult. Niettemin is het interessant te onderzoeken of, en zo ja welke voordelen de constructie met behulp van een voorwaardelijke verbintenis biedt. Ter inleiding eerst een opmerking over het begrip 'voorwaarde'.

Een voorwaarde kan worden omschreven als een beding waardoor het ontstaan of voortbestaan van een bepaalde toestand van het wel of niet plaatsvinden van een onzekere toekomstige gebeurtenis afhankelijk wordt gemaakt.²⁸ Art. 3:38 lid 1 bepaalt dat een rechtshandeling (tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit) onder een voorwaarde kan worden verricht. Volgens art. 3:38 lid 2 heeft de vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht. Naast art. 3:38 is van belang afdeling 6.1.5, gewijd aan voorwaardelijke verbintenissen. Art. 6:21 omschrijft de voorwaardelijke verbintenis als een verbintenis waarvan de werking bij rechtshandeling van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld. Een opschortende voorwaarde doet de werking der verbintenis eerst met het plaatsvinden der gebeurtenis aanvangen, terwijl een ontbindende voorwaarde de verbintenis met het plaatsvinden der gebeurtenis doet vervallen, aldus art. 6:22. Legt men de art. 3:38 en 6:21 naast elkaar, dan valt op dat art. 3:38 de voorwaardelijkheid op de rechtshandeling zelf betreft, terwijl in art. 6:21 de voorwaardelijkheid op de uit de rechtshandeling voortvloeiende verbintenis wordt betrokken. In geval van een voorwaardelijke rechtshandeling in de zin van art. 3:38 is, anders dan de tekst van de bepaling doet vermoeden, de rechtshandeling als zodanig definitief tot stand gekomen, maar is het intreden van het met deze rechtshandeling beoogde rechtsgevolg van de vervulling van een voorwaarde afhankelijk gemaakt. Bij een rechtshandeling onder opschortende voorwaarde treedt het rechtsgevolg pas in wanneer de voorwaarde is vervuld. Uitgaande van deze terminologie verplicht een uit een koopovereenkomst voortvloeiende verbintenis onder opschortende voorwaarde de verkoper pas tot levering wanneer de opschortende voorwaarde in vervulling is gegaan; de rechtshandeling zelf, de overeenkomst, is definitief tot stand gekomen.²⁹ In de terminologie van art. 3:38 is in dit geval sprake van een 'voorwaardelijke koopovereenkomst'.

27 In die zin bijvoorbeeld A.H. Scheltema 2003, p. 326, nt 31.

28 Den Tonkelaar 1994, p. 8.

29 In gelijke zin A.H. Scheltema 2003, p. 309, die hierbij verwijst naar HR 7 april 2000, NJ 2000, 602 (HJS).

5.2.3 Constructie met behulp van een voorwaardelijke verbintenis

Ik gaf zojuist al aan dat de auteurs die het eigendomsvoorbehoud construeren met behulp van een voorwaardelijke verbintenis de (rol van de) zakelijke overeenkomst afwijzen. Zo ziet Reehuis de levering van roerende zaken als een feitelijke handeling, zodat zij niet onder voorwaarde kan worden verricht (vergelijk art. 3:38 lid 1).³⁰ Genoemde auteurs gaan ervan uit dat de opschortende voorwaarde waarin het eigendomsvoorbehoud tot uitdrukking komt, in de titel is opgenomen. In deze visie vloeit uit de titel een voorwaardelijke verbintenis voort. Men stuit hierbij op de moeilijkheid dat deze voorwaardelijke verbintenis de verkoper eerst tot levering verplicht nadat de opschortende voorwaarde in vervulling is gegaan. Tot die tijd is de werking van de verbintenis immers opgeschort (art. 6:22). Een verbintenis die een opschortende voorwaarde bevat, levert dan ook hangende de vervulling van de voorwaarde nog geen geldige titel op.³¹ Levering van een zaak die onder eigendomsvoorbehoud is verkocht, heeft echter hangende de vervulling van de voorwaarde al wél rechtsgevolg. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat een na de levering uitgesproken faillissement niet in de weg staat aan (onvoorwaardelijke) verkrijging van de zaak door de koper wanneer de opschortende voorwaarde in vervulling gaat. Vriesendorp, Reehuis en Scheltema voeren dit terug op art. 3:84 lid 4. Vriesendorp stelt dat krachtens art. 3:84 lid 4 de koper door vervulling van de voorwaarde een (onvoorwaardelijk) eigendomsrecht op de zaak verkrijgt; Reehuis en Scheltema betogen dat de levering ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis krachtens art. 3:84 lid 4 direct, dus al vóór de vervulling van de opschortende voorwaarde, een recht van goederenrechtelijke aard doet ontstaan, dat na vervulling van de voorwaarde overgaat in een (onvoorwaardelijk) eigendomsrecht.³²

Ik heb tegen de constructie met behulp van een voorwaardelijke verbintenis twee bezwaren. In de eerste plaats is het de vraag of art. 3:84 lid 4 wel betrekking heeft op een levering krachtens een verbintenis onder opschortende voorwaarde.³³ De tekst van deze bepaling doet anders vermoeden, namelijk dat de bepaling (in de eerste plaats) ziet op een levering krachtens een verbintenis onder ontbindende voorwaarde.³⁴ Het artikel bepaalt immers dat wanneer ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis wordt geleverd, *slechts* een recht wordt verkregen dat is onderworpen aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis. In de optiek van Reehuis en Scheltema verkrijgt de koper niet

30 Brahn/Reehuis 1997, nr. 50.

31 Vriesendorp 1985a, p. 30; Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-I), nr. 218; A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnssen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 417; A.H. Scheltema 2003, p. 316.

32 Vriesendorp 1985a, p. 30; Reehuis 1998, nr. 42; A.H. Scheltema 2003, p. 316.

33 Zie over art. 3:84 lid 4 ook § 5.5.2.

34 Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-I), nr. 219.

‘slechts’ maar ‘toch’ een recht dat aan dezelfde voorwaarde als de verbintenis is onderworpen.³⁵

Bovendien: zelfs als men van mening is dat art. 3:84 lid 4 op de verbintenis onder opschortende voorwaarde kan worden toegepast, is de constructie weinig fraai. Indien wordt aangenomen dat op de verkoper onder eigendomsvoorbehoud een verbintenis rust die hem pas tot levering verplicht indien de opschortende voorwaarde is vervuld, kan de koper de levering hangende de vervulling van de voorwaarde niet afdwingen.

Op basis van het bovenstaande wijs ik de constructie waarin de levering onder eigendomsvoorbehoud wordt gezien als een (onvoorwaardelijke) levering op basis van een verbintenis onder opschortende voorwaarde, af.

5.2.4 Vindt de levering onder eigendomsvoorbehoud voorwaardelijk of onvoorwaardelijk plaats?

Binnen de kring van auteurs die zich op het standpunt stellen dat bij een eigendomsvoorbehoud geleverd wordt op basis van een onvoorwaardelijke verbintenis treft men een tweedeling aan. Faber en Van Mierlo betogen dat een onvoorwaardelijke levering plaatsvindt, die leidt tot een eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde.³⁶ Fesevur en Mijnsen gaan daarentegen uit van een voorwaardelijke levering.³⁷

De opvatting van Faber en Van Mierlo blijkt voort te komen uit hun interpretatie van het begrip ‘voorwaardelijke levering’. Zij benadrukken dat in de parlementaire geschiedenis naar voren komt dat de levering is *voltooid* door het vervullen van de in art. 3:91 genoemde leveringsformaliteit, machtsverschaffing.³⁸ Hieruit leiden zij af dat onvoorwaardelijk is geleverd. Zo schrijft van Mierlo:³⁹

‘De levering wordt voltooid door het verschaffen van de macht over de zaak aan de koper, dat wil zeggen op het moment dat de zaak aan de koper ter beschikking is gesteld, hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van een ander. (...) Doordat de koper een eigendomsrecht onder de opschortende voorwaarde van voldoening van de door hem verschuldigde prestatie ontvangt, zal hij eerst door het in vervulling gaan van de voorwaarde – te weten voldoening van de verschuldigde prestatie – onvoorwaardelijke eigendom verkrijgen.’

35 Vriesendorp 1985a, p. 30, deed met het oog hierop een voorstel tot aanpassing van de tekst van art. 3:84 lid 4.

36 Faber 1997, p. 182-183, 208-209; Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 418.

37 Fesevur 2005, p. 239-240; Asser/Mijnsen & De Haan 2006 (3-I), nr. 223.

38 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 NBW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1237-1238; Faber 1997, p. 208; Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 418.

39 Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 418.

Van Mierlo zet vervolgens uiteen dat of de levering voorwaardelijk of onvoorwaardelijk is, voor de koper belangrijke verschillen in rechtspositie meebrengt, (onder meer) in geval de vervreemder beschikkingsonbevoegd is of failliet wordt verklaard voordat de koper de tegenprestatie heeft voldaan:

‘In de opvatting dat de levering voorwaardelijk plaatsvindt, komt de koper geen beroep op art. 3:86 toe als hij op het moment waarop de levering wordt voltooid (dat wil zeggen: op het moment van voldoening van de tegenprestatie) niet meer te goeder trouw is. Evenmin komt de koper in deze opvatting een goederenrechtelijke positie toe, die bestand is tegen een vóór de volledige voldoening van de tegenprestatie uitgesproken faillissement (vgl. art. 35 lid 1 Fw), surseance van betaling of schuldsaneringsregeling.’

Anders dan Faber en Van Mierlo lijken te veronderstellen, staat het feit dat de ‘levering is voltooid’, er niet aan in de weg van een ‘voorwaardelijke levering’ te spreken. In hoofdstuk 2 hebben wij gezien dat de kern van de levering van een roerende zaak wordt gevormd door de zakelijke overeenkomst. Ook Faber en Van Mierlo gaan hiervan uit.⁴⁰ Bij een levering onder eigendomsvoorbehoud is in de zakelijke overeenkomst een opschortende voorwaarde opgenomen. De zakelijke overeenkomst is als rechtshandeling tot stand gekomen, zij het dat zij onder een voorwaarde is verricht.⁴¹ Ook de leveringsformaliteit is verricht, en wel door de koper, overeenkomstig art. 3:91, de macht over de zaak te verschaffen. De levering is dus ‘voltooid’, en zij leidt, nu alle wettelijke vereisten voor overdracht zijn vervuld, tot een ‘voorwaardelijke overdracht’.⁴² Later intredende beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper deert de koper dan ook niet. Indien de verkoper beschikkingsonbevoegd is op het moment dat de machtsverschaffing plaatsvindt, komt de koper een beroep op art. 3:86 toe indien hij op dat moment te goeder trouw is. De in de zakelijke overeenkomst opgenomen opschortende voorwaarde brengt evenwel mee, dat de koper (ook) in dat geval eerst na het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde (betaling van de koopprijs) de onvoorwaardelijke eigendom verkrijgt.

Ook in de parlementaire geschiedenis komt naar voren dat aan een overdracht onder opschortende voorwaarde een voorwaardelijke levering ten grondslag ligt. In de Toelichting Meijers leest men dat een levering onder voorwaarde kan geschieden.⁴³ En in de Memorie van Antwoord II leest men:⁴⁴

40 Faber 1997, p. 188; Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 418.

41 Zie art. 3:38 lid 1, waarover § 5.2.2.

42 De levering onder eigendomsvoorbehoud verschilt hierin van de levering bij voorbaat. Bij een levering bij voorbaat vindt hangende de vervulling van de voorwaarde nog geen ‘levering’ de zin van art. 3:84 plaats; de leveringshandeling wordt op voorhand, in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, verricht.

43 TM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 318.

44 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 NBW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238.

‘De derde mogelijkheid – die in het wetboek is gekozen – bestaat hierin dat men aanneemt dat voor een levering in geval van een eigendomsvoorbehoud de in art. 3:4.2.5 lid 1 (art. 3:90 lid 1, JAP) gestelde eis van bezitsverschaffing zelf aangepast dient te worden in die zin dat het in dit geval voor de *levering onder opschortende voorwaarde* (cursivering JAP) voldoende is dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die met een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde correspondeert en die men in de terminologie van titel 3.5 nog geen bezit kan noemen. (...)’

Samenvattend ben ik van mening dat wanneer de verkoper zich de eigendom van de verkochte zaak heeft voorbehouden, een voorwaardelijke levering plaatsvindt krachtens een koopovereenkomst waaruit de onvoorwaardelijke verbintenis tot levering voortvloeit. Deze levering resulteert in een ‘overdracht onder opschortende voorwaarde’; op het moment dat de in de zakelijke overeenkomst opgenomen opschortende voorwaarde wordt vervuld, verkrijgt de koper de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak.

5.3 DE POSITIE VAN VERKOPER EN KOPER, HANGENDE DE VERVULLING VAN DE VOORWAARDE

5.3.1 Inleiding; monisme en dualisme

In de vorige paragraaf hebben wij gezien, dat een levering onder eigendomsvoorbehoud een ‘voorwaardelijke’ levering is: in de zakelijke overeenkomst is een opschortende voorwaarde opgenomen. Het plaatsvinden van de eigendomsoverdracht is door partijen afhankelijk gesteld van het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde. De levering als zodanig heeft plaatsgevonden. Omdat op het moment dat de levering plaatsvindt aan alle wettelijke eisen voor overdracht is voldaan, kunnen wij zeggen dat de voorwaardelijke levering heeft geleid tot een ‘voorwaardelijke overdracht’. In deze paragraaf ga ik nader op de rechtsgevolgen van de voorwaardelijke levering in.

Na de levering onder eigendomsvoorbehoud aan de koper kan de verkoper aan een derde niet meer overdragen dan ‘een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde’.⁴⁵ Een dergelijke overdracht zal zich in de praktijk kunnen voordoen wanneer de verkoper zijn vordering op de koper aan een derde cedeert; de derde zal dan ook de voorbehouden eigendom willen verkrijgen.⁴⁶ Dát de verkoper de voorbehouden eigendom aan een derde kan overdragen, blijkt uit het arrest Puinbreekinstallatie, in welke zaak Bristar aan Moesbergen

⁴⁵ Zo bijvoorbeeld Kortmann 1992, p. 201-203; A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 427, p. 469.

⁴⁶ Een dergelijke zekerheidsoverdracht wordt niet getroffen door art. 3:84 lid 3. Zie hierover Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 427-427a, met verdere literatuurverwijzingen.

onder eigendomsvoorbehoud een puinbreekinstallatie had overgedragen.⁴⁷ Wanneer Moesbergen zijn verplichtingen uit het koopcontract niet nakomt, betaalt een derde, Van Essen, die geregeld aan Moesbergen opdrachten geeft tot het breken van puin met de bewuste machine, een gedeelte van de nog openstaande koopprijs. Bristar verklaart hierop haar eigendomsvoorbehoud voor 55 % ten behoeve van Van Essen 'prijs te geven'. Vervolgens ontstaat een geschil over de vraag hoe die 'prijs gave' moet worden geïnterpreteerd. Bij het bespreken van de beslissing van het hof op dit punt overweegt de Hoge Raad onder meer:

'In het bijzonder blijft onduidelijk of het Hof te dezer zake is uitgegaan van de – onjuiste – rechtsopvatting dat Bristar de door haar voorbehouden eigendom niet op de door Van Essen gestelde wijze voor 55 % aan deze kon overdragen (...).'

Levering van de voorbehouden eigendom vindt plaats door middel van bezitsverschaffing: de verkoper is immers hangende de vervulling van de voorwaarde nog bezitter van de zaak.⁴⁸ Door de overdracht van deze voorbehouden eigendom verkrijgt de derde in beginsel niet meer recht dan de verkoper onder eigendomsvoorbehoud zelf had. Gaat de voorwaarde in vervulling, dan eindigt zijn eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde.

Ik gaf al aan dat wanneer de verkoper na de levering doch vóór de vervulling van de voorwaarde, failliet wordt verklaard, of op een andere grond zijn beschikkingsbevoegdheid verliest, dit niet in de weg staat aan eigendomsverkrijging door de koper op het moment dat de opschortende voorwaarde wordt vervuld.⁴⁹ Dit vloeit voort uit art. 3:84: op het moment dat de levering plaatsvindt, dient aan alle eisen voor overdracht te zijn voldaan. Een na de levering intredend faillissement van de vervreemder is dus irrelevant. Dat de levering niet in een onvoorwaardelijke eigendomsoverdracht op de koper is geresulteerd, wordt uitsluitend veroorzaakt door de partijvoorwaarde; levering heeft al wel plaatsgevonden.

Dat de levering onder opschortende voorwaarde resulteert in een 'voorwaardelijke overdracht' komt ook tot uitdrukking in art. 3:86. Art. 3:86 lid 1 bepaalt dat ondanks onbevoegdheid van de vervreemder een overdracht overeenkomstig artikel 90, 91 of 93 van (o.a.) een roerende zaak, niet-registereerd geldig is, indien de overdracht anders dan om niet geschiedt en de verkrijger te goeder trouw is. Is de verkrijger onder opschortende voorwaarde te goeder trouw ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder op het moment dat de voorwaardelijke levering plaatsvindt, dan is blijkens

47 HR 28 april 1989, NJ 1990, 252 (WMK), waarover uitgebreid van Mierlo en Wammes 1989. Zie over dit arrest § 6.3.3-6.3.4.

48 A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 427.

49 In gelijke zin onder meer Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 964 en Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 418.

de bewoordingen van art. 3:86 lid 1 de – voorwaardelijke – overdracht toch *geldig*.⁵⁰ Ook uit art. 7:42 blijkt dat de levering onder eigendomsvoorbehoud resulteert in een (voorwaardelijke) overdracht. Het artikel bepaalt dat, tenzij de zaak in handen van de koper is gebleven, de bevoegdheid tot terugverordering vervalt 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.

Nu het eigendomsrecht van de verkoper door de voorwaardelijke eigendomsoverdracht is beperkt, kan men hem aanduiden als ‘eigenaar onder ontbindende voorwaarde’. De verkrijger heeft een ‘eigendomsverwachting’: zijn eigendomsverkrijging is immers uitsluitend afhankelijk van de vervulling van de opschortende voorwaarde. In de literatuur bestaat verschil van mening over de vraag hoe de ‘eigendomsverwachting’ van de koper moet worden gekwalificeerd. In navolging van Nève maak ik een tweedeling in monisten en dualisten.⁵¹ De monisten, waartoe Vriesendorp en Kortmann behoren, kwalificeren de eigendomsverwachting van de koper als ‘een persoonlijk recht met goederenrechtelijke trekken’. De vervreemder is volgens hen hangende de vervulling van de voorwaarde de enige die een goederenrechtelijk recht, te weten een eigendomsrecht, op de zaak heeft.⁵² De dualisten, waaronder Hijma en Olthof, Mezas, Wammes, Rank-Berenschot, Zwitser, Van Hees, Reehuis, Snijders, Scheltema en Van Mierlo, hebben de overhand.⁵³ Zij stellen dat zowel de verkoper als de koper hangende de vervulling van de voorwaarde een goederenrechtelijk recht op de zaak heeft. Evenals de verkoper zijn eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde aan een derde kan overdragen, kan de koper over zijn goederenrechtelijk recht beschikken.

Voordat ik overga tot bespreking van deze visies, schets ik het Duitse recht op dit punt. In Duitsland wordt de koper onder eigendomsvoorbehoud in literatuur en rechtspraak een zogenaamd ‘Anwartschaftsrecht’ toegekend. Kennisname van de inhoud van dit ‘Anwartschaftsrecht’ geeft ons inzicht in de vraag hoe de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud in ons recht het beste kan worden gezien.

50 Mits uiteraard aan alle in art. 3:86 gestelde eisen is voldaan. Het begrip ‘overdracht’ wordt hier gebezigd in de zin van ‘rechtshandeling’; zie hierover § 6.2.4.

51 Nève 2000, p. 59. Waar Nève ‘dualisten’ omschrijft als auteurs die stellen dat verkoper én koper onder eigendomsvoorbehoud als eigenaar kunnen worden aangemerkt, reken ik ook tot de dualisten auteurs die de koper niet als ‘eigenaar’ maar wel als goederenrechtelijk gerechtigde aanmerken.

52 Vriesendorp 1985a, p. 88-89; Kortmann 1992, p. 203-205.

53 Hijma & Olthof 1982, p. 260; Mezas 1985, p. 45, 46, 50; Rank-Berenschot 1992, p. 228-230; Van Mierlo & Wammes 1989, p. 795; Zwitser 1993, p. 528-530; Van Hees 1997, p. 105-107; A.H. Scheltema 2003, p. 343-353; A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 429c; H.J. Snijders 2006, p. 227; E.B. Rank-Berenschot, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 493; H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 411.

5.3.2 Het Duitse Anwartschaftsrecht

§ 449 BGB is gewijd aan het eigendomsvoorbehoud, 'Eigentumsvorbehalt'. Het 'Eigentumsvorbehalt' wordt, evenals in ons land, in beginsel geconstrueerd als een overdracht onder opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs. Deze opschortende voorwaarde maakt deel uit van de zakelijke overeenkomst, 'Einigung'. Het BGB laat zich niet met zoveel woorden uit over de positie van de koper zolang de opschortende voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan. In rechtspraak en literatuur is evenwel de gedachte ontwikkeld dat de koper een 'Anwartschaftsrecht' heeft. Dit 'Anwartschaftsrecht' wordt wel omschreven als een 'Vorstufe' van het eigendomsrecht.⁵⁴ Zo overwoog het Bundesgerichtshof in 1961:⁵⁵

'Das Anwartschaftsrecht ist nicht ein dem System des Sachenrechts fremdes, neuartiges Recht, sondern eine Vorstufe zum Eigentum, ein dem Eigentum wesensgleiches „Weniger“.'

Er bestaat verdeeldheid over de vraag hoe dit 'Anwartschaftsrecht' moet worden beschouwd: als een goederenrechtelijk recht, namelijk een beperkt recht of een vorm van gesplitste eigendom,⁵⁶ of als een recht dat het midden houdt tussen een persoonlijk en een goederenrechtelijk recht. De meeste auteurs kennen aan het 'Anwartschaftsrecht' een goederenrechtelijk karakter toe.⁵⁷ Wilhelm omschrijft het 'Anwartschaftsrecht' als volgt:⁵⁸

'Eine Anwartschaft ist die Position einer gegründeten Aussicht auf den bevorstehenden Erwerb eines Rechts. Ein Anwartschaftsrecht ist eine Anwartschaft mit schon bestehendem rechtlichen Zuordnungsgehalt. Beim dinglichen Anwartschaftsrecht ist das dingliche Recht, auf welches sich der Erwerb richtet, noch nicht erworben, aber der Erwerbsstatbestand ist schon so weit erfüllt, daß neben die Zuordnungsposition des dinglichen Rechts eine wesensgleiche Rechtserwartungsposition gestellt werden muß, die grundsätzlich den Schutz wie ein Sachenrecht genießt (den dinglichen, deliktischen, bereicherungsrechtlichen Schutz) und wie ein Sachenrecht Gegenstand von Verfügungen und der Zwangsvollstreckung sein kann.'

Wilhelm verwijst hierbij naar § 161 BGB, dat bepaalt dat wanneer iemand onder een opschortende voorwaarde over een 'Gegenstand' heeft beschikt, een tweede

54 In die zin onder meer BGB 2 februari 1984, BGH NJW 1984, 1184, 1185.

55 BGH 10 april 1961, BGHZ 35, 85, 89, welke uitspraak overigens niet op een roerende maar op een 'Grundstück' betrekking had.

56 In laatstgenoemde zin naar mijn mening Wilhelm 2002, Rn. 2151.

57 Zie o.a. Wieling 2001, p. 240-241; Staudinger/Beckmann 2004, § 449 Rn. 62, met literatuur-opgave; Palandt/Bassenge 2006, § 929, Rn. 40; Schwab/Prütting 2006, Rn. 392; zie over het Duitse Anwartschaftsrecht ook Bartels 1997, p. 86-90; Nève 2000, p. 47-50, en A.H. Scheltema 2003, p. 210-217.

58 Wilhelm 2002, Rn. 2152.

‘beschikking’ in de periode dat de voorwaarde nog niet is vervuld, ongeldig is voorzover zij strijdig is met het met de eerste beschikking beoogde rechtsgevolg.⁵⁹ Baur en Stürner vragen zich daarentegen af of men uit een bepaling als § 161 BGB, die betrekking heeft op ‘Verfügungsbeschränkungen’, kan afleiden dat de koper vóór vervulling van de voorwaarde al een zakelijk recht heeft.⁶⁰

Hoe verdraagt zich de visie dat het ‘Anwartschaftsrecht’ van de koper goederenrechtelijk van aard is met het ook in Duitsland gehanteerde gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten? Want ook als men het ‘Anwartschaftsrecht’ ziet als een ‘wesensgleiches Minus des Vollrechts’, is het niet hetzelfde recht als dit ‘Vollrecht’ (de eigendom) en dus een niet in dit gesloten systeem opgenomen recht. Prütting betoogt evenwel dat het gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten niet aan erkenning van het ‘Anwartschaftsrecht’ in de weg staat, nu dit gesloten systeem zich niet verzet tegen door gewoonterecht ontstane goederenrechtelijke rechten, maar alleen tegen door partijafspraak gecreëerde goederenrechtelijke rechten.⁶¹

Er van uitgaande dat het ‘Anwartschaftsrecht’ als een subjectief recht dient te worden beschouwd, heeft de koper de mogelijkheid de waarde van zijn ‘eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’ te verzilveren. Want, zo is de gedachte, het ‘Anwartschaftsrecht’ vertegenwoordigt een bepaalde waarde, die hoger is naar gelang een groter deel van de koopprijs is betaald.⁶² In de optiek dat het ‘Anwartschaftsrecht’ goederenrechtelijk van aard is, kan de koper zijn ‘Anwartschaftsrecht’ overdragen op gelijke wijze als de zaak waarop het ‘Anwartschaftsrecht’ betrekking heeft.⁶³ Op deze wijze kan de koper zijn kredietfaciliteiten vergroten – men bedenke hierbij dat in Duitsland de fiduciaire eigendomsoverdracht is toegestaan. Draagt de koper zijn ‘Anwartschaftsrecht’ aan een derde over, dan verkrijgt deze bij vervulling van de tussen verkoper en koper overeengekomen voorwaarde de eigendom van de zaak rechtstreeks van de (oorspronkelijke) verkoper-eigenaar (‘unmittelbarer Erwerb’).⁶⁴ Hierbij acht men over het algemeen niet relevant of de verkoper voor overdracht van het ‘Anwartschaftsrecht’ door de koper aan de derde zijn toestemming heeft gegeven.⁶⁵ Uiteraard kan de derde de vervulling van de

59 Wilhelm 2002, Rn. 2160.

60 Baur/Stürner 1999, § 59 Rn. 32.

61 Schwab/Prütting 2006, Rn. 392.

62 Baur/Stürner 1999, § 3 Rn. 44, § 59, Rn. 41; Wieling 2001, p. 243; Schwab/Prütting 2006, Rn. 393.

63 BGH 24 oktober 1979, BGHZ 75, 221, 227; BGH 2 februari 1984, NJW 1984, 1184; Wieling 2001, p. 243-244; Wilhelm 2002, Rn. 2168; Schwab/Prütting 2006, Rn. 393.

64 Wilhelm 2002, Rn. 2168; Schwab/Prütting 2006, Rn. 393.

65 Volgens BGH 22 februari 1956, BGHZ 20, 88, 98, is geen toestemming van de verkoper vereist. Dat hierover verschillend wordt gedacht wordt weergegeven door Baur/Stürner 1999, § 59, Rn. 34.

voorwaarde zelf bewerkstelligen door het restant van de koopprijs aan de verkoper te betalen.⁶⁶

Beschouwt men het 'Anwartschaftsrecht' als goederenrechtelijk recht, dan kan de koper als gerechtigde tot het 'Anwartschaftsrecht' tegen op zijn recht inbreuk makende derden optreden, en zo nodig schadevergoeding van hen vorderen.⁶⁷

Het 'Anwartschaftsrecht' wordt ook vatbaar geacht voor verpanding, maar men is het er niet over eens waarop het pandrecht dient te worden gevestigd. Is verpanding van het 'Anwartschaftsrecht' voldoende om te bereiken dat het na vervulling van de voorwaarde op de zaak zelf komt te rusten?⁶⁸ Of dient hiertoe ook de zaak zelf te worden verpand?⁶⁹

Gezien de hier geschetste onzekerheden wekt het geen verwondering dat het 'Anwartschaftsrecht' als een van de ingewikkeldste rechtsfiguren van het Duitse recht wordt beschouwd.

5.3.3 De monistische visie

Ik gaf al aan dat ook in ons land verschillend wordt gedacht over de kwalificatie van het recht dat de koper hangende de vervulling van de voorwaarde heeft. De monisten wijzen de gedachte dat de koper hangende de vervulling van de voorwaarde een goederenrechtelijk recht op de zaak heeft, af.

Vriesendorp

Binnen de monistische visie wordt de meest strikte opvatting ingenomen door Vriesendorp.⁷⁰ Het gebruik van de term 'eigendomsverwachting' om de positie van de koper hangende de vervulling van de voorwaarde aan te duiden, verwerpt hij als nietszeggend. Een dergelijk recht heeft een wisselende inhoud, die afhangt van de kans dat de onzekere gebeurtenis daadwerkelijk intreedt. Voor zover men de koper met het toekennen van deze kwalificatie beoogt te beschermen tegen een 'dubbele vervreemding' door de verkoper is dit overbodig: de koper wordt hier reeds tegen beschermd doordat de tweede eigendomsoverdracht wordt gerelativeerd. Vriesendorp baseert dit op art. 7A:1576l, dat bepaalt dat vervreemding door de verkoper van de in huurkoop afgeleverde zaak niet ten nadele van de huurkoper werkt. Uit deze bepaling, die Vriesendorp analogisch toepast op eigendomsvoorbehoud in het algemeen, leidt hij af dat de tweede koper zijn verkregen recht kan handhaven jegens

⁶⁶ Wilhelm 2002, Rn. 2169.

⁶⁷ Wilhelm 2002, Rn. 2187.

⁶⁸ In die zin Wieling 2001, p. 246-247.

⁶⁹ Heersende leer volgens Baur/Stürner 1999, § 59 Rn. 41 waar, net als in Wieling 2001, p. 246-247, wordt gesteld dat alleen het Anwartschaftsrecht zelf behoeft te worden verpand.

⁷⁰ Vriesendorp 1985a, p. 88-90.

eenieder behalve tegen de eerste koper. Hij wijst hierbij op de artikelen 3:90 lid 2 en 3:97 lid 2, waarin hij een vergelijkbare relativiseringsgedachte bespeurt.⁷¹ De koper kan over zijn 'verwachting op de eigendomsverkrijging' beschikken door de zaak bij voorbaat aan een derde te leveren.

Kortmann

Kortmann wijst de gedachte af dat er hangende de vervulling van de voorwaarde twee 'voorwaardelijke eigendomsrechten' op de zaak rusten. Dit zou betekenen dat sprake zou zijn van een dubbel of gesplitst eigendomsrecht. Een dergelijke splitsing staat de wet niet toe: een van de redenen voor het afschaffen van de fiduciaire overdracht was immers dat zij tot een met de wet strijdige eigendomssplitsing zou leiden.⁷² Alleen de vervreemder kan hangende de vervulling van de opschortende voorwaarde als eigenaar worden aangemerkt. Zijn eigendomsrecht is 'mogelijk in tijd beperkt', waardoor zijn positie niet volledig gelijk is aan die van een 'gewone' eigenaar. De mogelijke tijdelijkheid van zijn eigendomsrecht heeft goederenrechtelijke werking in de zin van droit de suite.⁷³

'Doordat X (de verkoper onder eigendomsvoorbehoud, JAP) de machine reeds eerder onder opschortende voorwaarde heeft overgedragen aan Y (de koper, JAP), is X niet langer bevoegd over de 'onvoorwaardelijke eigendom' te beschikken. X heeft als het ware een deel van zijn beschikkingsbevoegdheid verbruikt. Beschikt hij toch over de 'onvoorwaardelijke eigendom', dan zal Z deze slechts verkrijgen als hij voldoet aan de vereisten van art. 3:86 en derhalve beschermd wordt tegen de (beperkte) beschikkingsonbevoegdheid van X.'

Hoewel Kortmann aangeeft dat de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder door de levering is beperkt, verbindt hij hieraan niet de consequentie dat de verkrijger hierdoor een goederenrechtelijke positie heeft verkregen. Hij is geen 'voorwaardelijk eigenaar' en heeft ook geen beperkt recht in de zin van art. 3:8 BW. De 'eigendomsverwachting' van de koper kwalificeert hij als 'een persoonlijk recht met goederenrechtelijke trekken'. Het recht is persoonlijk

71 Voor het huidige (op het moment dat Vriesendorp zijn dissertatie schreef nog toekomstig) recht bepleitte Vriesendorp, Vriesendorp 1985a, p. 54-55, een bepaling op te nemen op grond waarvan de verkoper na de eerste levering slechts met toestemming van de eerste koper beschikkingsbevoegd zou zijn. De wetgever heeft deze suggestie echter niet opgevolgd; hieronder blijkt dat dit ook niet nodig is.

72 Kortmann 1992, p. 200-201.

73 Kortmann 1992, p. 205.

omdat het voortvloeit uit een koopovereenkomst. De goederenrechtelijke trekken vinden hun grondslag in het feit dat de overdracht al grotendeels is voltooid.⁷⁴

‘Het gegeven dat de goederenrechtelijke fase van de rechtsverhouding X – Y in zo’n vergevorderd stadium is, heeft gevolgen voor de positie van X en Y. Y is meer dan persoonlijk gerechtigde, maar nog geen eigenaar. Het persoonlijk element overheerst echter bij Y.’

Hangende de vervulling van de voorwaarde kan de koper de zaak bij voorbaat leveren, of ervoor kiezen zijn ‘persoonlijk recht met goederenrechtelijke trekken’ over te dragen. Dit laatste komt neer op een overdracht van zijn ‘reeds in belangrijke mate vervulde vordering op de verkoper tot overdracht’. Hierbij dient de leveringsformaliteit van art. 3:94 in acht te worden genomen.⁷⁵

5.3.4 De dualistische visie: stellingname

In de monistische visie wordt wel erkend dat de overdracht van de voorbehouden eigendom leidt tot een inperking van het eigendomsrecht van de verkoper, maar wordt hieraan niet de consequentie verbonden dat de koper een met die inperking van het eigendomsrecht van de verkoper corresponderend goederenrechtelijk recht heeft verkregen. Vriesendorp spreekt wel van een ‘recht’ van de koper, en van diens ‘verwachting op de eigendomsverkrijging’, maar bestrijdt dat dit een goederenrechtelijk recht is, terwijl Kortmann spreekt van een ‘persoonlijk recht met goederenrechtelijke trekken’.

Uit het relativiteitsbeginsel vloeit voort dat verbintenissen alleen tussen partijen gelden; derdenwerking kan in beginsel niet buiten de derde om plaatsvinden. Op dit beginsel bestaat een beperkt aantal wettelijke en buitenwettelijke uitzonderingen.⁷⁶ Zoals ook Scheltema in dit verband aangeeft, kent de wet enkele persoonlijke rechten die een zekere absolute werking hebben daar ze ook geldend kunnen worden gemaakt tegen de verkrijger onder bijzondere titel van het goed waarop het recht betrekking heeft.⁷⁷ Een voorbeeld vormen de rechten van de huurder uit het huurcontract, die hij op grond van art. 7:226 lid 1 ook geldend kan maken jegens degene aan wie de (oorspronkelijke) verhuurder de verhuurde zaak heeft overgedragen. Art. 34 Pw bevat een vergelijkbare bepaling voor pacht. Ook tot deze categorie behoort art. 6:252, waaruit de derdenwerking van de kwalitatieve verplichting voort-

⁷⁴ Kortmann 1992, p. 204.

⁷⁵ Kortmann 1992, p. 207.

⁷⁶ Zie over het relativiteitsbeginsel en wettelijke en buitenwettelijke uitzonderingen op dit beginsel W.L. Valk, Hijma e.a. 2004, nr. 299-319 en H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 76, met verdere literatuurverwijzingen.

⁷⁷ A.H. Scheltema 2003, p. 337-338.

vloeit. Volgens lid 1 van dit artikel kan bij een overeenkomst worden bedongen dat de verplichting van een der partijen om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed zal overgaan op hen die het goed onder bijzondere titel verkrijgen, en ook degenen die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen, mede gebonden zijn.⁷⁸ Krachtens lid 5 kan een verplichting die een rechthebbende beperkt in zijn bevoegdheid het goed te vervreemden of te bezwaren niet tot inhoud van een kwalitatieve verplichting worden gemaakt.

Het recht van de koper onder eigendomsvoorbehoud hoort niet in dit rijtje thuis. Waar op grond van de artikelen 6:252, 7:226 en 34 Pw steeds een relatief recht jegens een derde geldend kan worden gemaakt, heeft de levering onder eigendomsvoorbehoud tot gevolg dat het eigendomsrecht van de verkoper als zodanig is ingeperkt. Het recht van de koper onder eigendomsvoorbehoud kan bovendien jegens eenieder worden ingeroepen.⁷⁹ Nu de vergelijking met genoemde verabsoluteerde persoonlijke rechten mank gaat, is onaannemelijk dat het recht van de verkrijger hangende de vervulling van de voorwaarde als persoonlijk recht, met, in de woorden van Kortmann, 'goederenrechtelijke trekken', moet worden gekwalificeerd. Met Scheltema ben ik van mening dat een dergelijke hybride figuur niet in ons wettelijk systeem past.⁸⁰

De gedachte van Vriesendorp om, in aansluiting op de artikelen 3:90 lid 2 en 3:97 lid 2, het recht van de tweede koper te relativeren ten opzichte van dat van de eerste koper, spreekt mij niet aan. In respectievelijk hoofdstuk 2 en 3 heb ik de relativeringsgedachte als zodanig afgewezen. Los daarvan gaat het in art. 3:90 lid 2 om de bescherming van iemand met een ouder recht op de zaak, terwijl Vriesendorp nu juist ontkent dat de koper een dergelijk recht heeft.⁸¹

Ook Kortmanns argument dat van een 'gesplitste eigendom' geen sprake kan zijn, omdat art. 3:84 lid 3 dit niet toestaat, overtuigt mij niet. Art. 3:84 lid 3 verbiedt als titel van overdracht rechtshandelingen waarbij de verkrijger slechts beperkte bevoegdheden ten aanzien van het goed verkrijgt.⁸² Uit het feit dat art. 3:84 lid 3 paal en perk stelt aan de 'fiduciare overdracht', kan niet worden afgeleid dat de wet niet zou toestaan dat de verkrijger hangende de vervulling van de voorwaarde een goederenrechtelijke positie inneemt. Integendeel, de artikelen 3:91 en 3:92 scheppen hiervoor juist de basis. Ook de parlementaire geschiedenis geeft meerdere aanknopingspunten voor de veronderstelling dat de koper hangende de vervulling van de voorwaarde een goederenrechtelijk recht heeft. In de Memorie van Antwoord II Inv. wordt de visie dat in geval van eigendomsvoorbehoud de levering zou moeten plaatsvinden door

78 Lid 2 geeft aan wat voor de werking van het in lid 1 bedoelde beding is vereist.

79 A.H. Scheltema 2003, p. 338.

80 A.H. Scheltema 2003, p. 338-339.

81 In gelijke zin A.H. Scheltema 2003, p. 332.

82 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 319.

de verkrijger ‘voorwaardelijk bezit’ te verschaffen, zodat men hangende de voorwaarde nog niet van een voltooide leveringshandeling zou kunnen spreken, verworpen.⁸³

‘In deze zienswijze is twijfelachtig of aan de verkrijger vóór de voltooiing van de leveringshandeling een zakenrechtelijke positie toekomt (...).’

Even verderop wordt wat betreft de in art. 3:91 voorgeschreven leveringsformaliteit opgemerkt:⁸⁴

‘(...) dat het in dit geval voor de levering onder opschortende voorwaarde voldoende is dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die met een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde correspondeert (...). Zoals gezegd is juist (...) dat de verkrijger pas na de vervulling van de voorwaarde bezitter en onvoorwaardelijk eigenaar wordt, een eindresultaat dat overeenstemt met dat van artikel 3.4.2.5 lid 1, maar is niet juist dat de leveringshandeling zelf pas dan is voltooid; deze doet immers onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht ontstaan.’

De aannahme dat de verkrijger hangende de vervulling van de voorwaarde een goederenrechtelijke positie inneemt, sluit ook mooi aan bij het gegeven dat wanneer een eigenaar zijn beschikkingsbevoegdheid door het verrichten van een goederenrechtelijke rechtshandeling (zoals het vestigen van een beperkt recht) heeft beperkt, de verkrijger als complement hiervan een goederenrechtelijk recht verkrijgt.⁸⁵

Niet onbelangrijk is, dat de dualistische visie ook economische voordelen biedt. Hangende de vervulling van de voorwaarde vertegenwoordigt de ‘eigendomsverwachting’ al een zekere economische waarde. De onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging is immers uitsluitend afhankelijk van de betaling door de koper van hetgeen hij verschuldigd is. Naarmate er meer is afbetaald, stijgt deze waarde. Als men de eigendomsverwachting als zodanig overdraagbaar acht, kan men deze economische waarde verzilveren.⁸⁶ In de monistische visie kan de eigendomsverwachting niet zelfstandig aan een derde worden overgedragen in die zin dat bij vervulling van de voorwaarde de (‘onvoorwaardelijke’) eigendom rechtstreeks van de verkoper op de derde overgaat. Wij zagen dat Kortmann betoogt dat de koper de zaak bij voorbaat kan leveren, of er in plaats daarvan voor kan kiezen zijn ‘persoonlijk recht met goederenrechtelijke trekken’ over te dragen, door middel van ‘overdracht van zijn reeds in belangrijke mate vervulde vordering op de verkoper’. Levert de koper de zaak

83 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 NBW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1237.

84 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 NBW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238.

85 Zie ook A.H. Scheltema 2003, p. 332.

86 Zie Zwitser 1993, p. 527.

bij voorbaat aan een derde, dan blokkeert een eventueel faillissement van de koper de verkrijging door de derde. Ook de tweede door Kortmann genoemde optie resulteert niet in een rechtstreekse overdracht van de ('onvoorwaardelijke') eigendom na vervulling van de voorwaarde. Door te leveren heeft de verkoper geheel aan zijn verplichtingen uit het koopcontract voldaan, zodat er geen vordering is die voor cessie vatbaar is.⁸⁷ En al zou men ervan uitgaan dat de koper nog een vordering op de verkoper heeft, dan leidt cessie van deze vordering er niet toe dat de derde na vervulling van de opschortende voorwaarde eigenaar van de zaak wordt. Levering van het recht op eigendomsver verkrijging is immers iets anders dan levering van de zaak.⁸⁸ Bij vervulling van de voorwaarde zou de koper eigenaar worden en het 'recht op eigendomsver verkrijging' tenietgaan.⁸⁹ In de dualistische visie daarentegen, waarin de eigendomsverwachting als een goederenrechtelijk recht wordt gekwalificeerd, verkrijgt de derde aan wie de koper dit goederenrechtelijke recht heeft overgedragen na vervulling van de voorwaarde de zaak rechtstreeks van de verkoper. Door de overdracht van de eigendomsverwachting heeft de derde een goederenrechtelijk recht verkregen dat inhoudt dat de eigendom op de gerechtigde overgaat wanneer de opschortende voorwaarde in vervulling gaat. Een eventueel tussentijds faillissement van de koper is dus irrelevant.

Op grond van het bovenstaande verwerp ik de monistische visie en sluit ik mij aan bij de dualisten.

5.3.5 Nadere kwalificatie van de goederenrechtelijke 'eigendomsverwachting'

Ervan uitgaande dat de koper als gevolg van de voorwaardelijke overdracht een goederenrechtelijk recht heeft verkregen, kan dit recht als 'voorwaardelijk eigendomsrecht' worden aangeduid.⁹⁰ Gebruik van deze term schept echter gevaar voor verwarring, omdat de koper hangende de vervulling van de voorwaarde nog geen eigendomsrecht heeft. Eigendom is immers het meest omvattende recht dat men op een zaak kan hebben, zo bepaalt art. 5:1. Het zou hiermee in strijd zijn aan te nemen dat door middel van een voorwaardelijke eigendomsoverdracht het eigendomsrecht over twee personen kan

87 In gelijke zin Faber 1997, p. 218, Reehuis 1998, nr. 42, A.H. Scheltema 2003, p. 338-339; anders Bartels 1997, p. 93, die stelt dat de koper nog niet heeft voldaan aan zijn 'passieve verplichting tot eigendomsverschaffing'. Struycken 2007, p. 555, noot 217, betwijfelt of de wettelijke plicht tot eigendomsverschaffing behoort tot het type verplichtingen dat uit een rechtsverhouding kan worden afgesplijst, zodat het hiermee corresponderende recht van de koper als afzonderlijk vermogensrecht gecedeerd kan worden.

88 Faber 1997, p. 218; Bartels 1997, p. 93.

89 Faber 1997, p. 218.

90 In die zin Mezas 1985, p. 45-46, 50; Van Hees 1997, p. 107; E.B. Rank-Berenschot, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 493.

worden verdeeld.^{91,92} Hangende de vervulling van de voorwaarde berust het eigendomsrecht bij de verkoper, zij het dat zijn eigendomsrecht door de overdracht onder opschortende voorwaarde is beperkt.

Nu het eigendomsverwachtingsrecht van de koper niet als 'eigendom' kan worden gekwalificeerd, rijst de vraag of het als een 'beperkt recht' kan worden aangeduid. Zwitser beantwoordt deze vraag bevestigend.⁹³ Het 'eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde' van de verkoper is 'beperkt' omdat het eeuwigheidsaspect ontbreekt: het eigendomsrecht eindigt als de voorwaarde wordt vervuld.⁹⁴

'De eigendom onder ontbindende voorwaarde is geen volle eigendom maar een (naar de mogelijkheid) beperkte eigendom en derhalve een "beperkt" zakelijk recht.'

Hij wijst er hierbij op dat de 'eigendom onder ontbindende voorwaarde' ook in de parlementaire geschiedenis als een beperkt recht wordt gezien. Inderdaad lezen wij in de Toelichting Meijers over de ontbindende voorwaarde.⁹⁵

'Evenmin is sprake van terugwerkende kracht in de zin van het ontwerp, wanneer rechten onder een voorwaarde worden overgedragen, vergelijk artikel 3.4.2.2 (art. 3:84, JAJP). Wel zal alsdan met de vervulling der voorwaarde niet alleen het recht van hem verdwijnen, aan wie dit onder die voorwaarde is overgedragen, maar ook van allen, die hun recht van deze verkrijger afleiden, maar dit is een gevolg van de omstandigheid, dat wie een *beperkt recht* (cursivering JAJP) heeft, ook als regel niet meer recht aan derden kan overdragen, dan hij zelf heeft. (...)'

Nemen we aan dat eigendom onder ontbindende voorwaarde een 'beperkt' recht is, dan moeten wij ook eigendom onder opschortende voorwaarde als 'beperkt recht' aanmerken, zo stelt Zwitser. Zij zijn immers elkaars complement; samen vormen zij de volle eigendom. De verkoper heeft vóór de vervulling van de voorwaarde de volle eigendom niet, omdat zijn eigendomsrecht eindigt als de voorwaarde wordt vervuld. De koper onder opschortende voorwaarde heeft evenzeer een 'beperkt' zakelijk recht als de verkoper onder ontbindende voorwaarde.⁹⁶

Ook Scheltema noemt het eigendomsverwachtingsrecht een 'beperkt recht'. Met deze benaming beoogt hij aan te geven dat sprake is van een van het

91 Kortmann 1992, p. 200-202; A.H. Scheltema 2003, p. 344; aldus ook Reehuis 1998, nr. 42; wij zagen dat ook Kortmann dit argument aanvoert. Anders dan Kortmann kent Reehuis echter aan de koper een goederenrechtelijke aanspraak toe.

92 Jansen 2001, p. 291-292, stelt voor de verkoper en koper onder eigendomsvoorbehoud als deelgenoten aan te merken. Dit betoog wordt overtuigend bestreden door A.H. Scheltema 2003, p. 346-347.

93 Zwitser 1993, p. 528-530.

94 Zwitser 1993, p. 529.

95 TM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 186.

96 Zwitser 1993, p. 529 linkerkolom.

eigendomsrecht afgeleid minder omvattend goederenrechtelijk recht op eens anders eigendomsrecht.⁹⁷

Aan het toekennen van de kwalificatie 'beperkt recht' aan het eigendomsverwachtingsrecht kleven evenwel ook bezwaren. Zowel in het betoog van Zwitser als in dat van Scheltema komt naar voren dat het 'beperkte recht' van de koper niet op één lijn kan worden gesteld met de beperkte rechten die in de wet zijn opgesomd (vergelijk art. 3:81 lid 1). De eigendomsverwachting is moeilijk in te passen in de wettelijke definitie van een beperkt recht in art. 3:8, dat een beperkt recht omschrijft als een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, dat met het beperkte recht is bezwaard.⁹⁸ Een eigenaar kan meerdere beperkte rechten op zijn zaak vestigen, terwijl hij zijn 'eigendomsverwachtingsrecht' maar eenmaal kan overdragen, zodat ook hier de vergelijking met een beperkt recht mank gaat. En dit zijn slechts enkele voorbeelden. Ik geef er daarom de voorkeur aan om, met Rank-Berenschot, de eigendomsverwachting van de koper te kwalificeren als een 'goederenrechtelijke aanspraak', die als gevolg van de vervulling van de opschortende voorwaarde tot een volledig eigendomsrecht uitgroeit.⁹⁹ De term 'goederenrechtelijke aanspraak' kan worden gezien als de Nederlandse pendant van het Duitse 'Anwartschaftsrecht'.

Het bezwaar van Scheltema dat men een dergelijk goederenrechtelijk recht sui generis niet in ons systeem kan inpassen, deel ik niet.¹⁰⁰ Uit ons wettelijk systeem, meer in het bijzonder uit de art. 3:84 lid 4, 3:91 en 3:92, vloeit juist voort dat de koper hangende de vervulling van de voorwaarde al een goederenrechtelijk recht heeft, dat weliswaar 'beperkt' van aard is (gelijk, blijkens de zojuist geciteerde Toelichting Meijers, het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde beperkt van aard is) maar niet onder de wettelijke omschrijving van een beperkt recht valt, en dus niet als beperkt recht kan worden gekwalificeerd.¹⁰¹ Niet door te constateren dat het eigendomsverwachtingsrecht van de koper als 'eigendomsrecht in wording'¹⁰² een aparte goederenrechtelijke status heeft, maar juist door haar als een 'beperkt recht' te kwalificeren, zou ons systeem geweld worden aangedaan.¹⁰³

97 Scheltema 2003, p. 348-351.

98 Hartkamp 2003b, p. 893; Struycken 2007, p. 558; ook Reehuis 1998, nr. 7, signaleert de frictie met art. 3:8.

99 Rank-Berenschot 1992, p. 230. Zie ook Reehuis 1987, nr. 208, Reehuis 1998, nr. 42, waar wordt gesproken van een 'absoluut werkende aanspraak op de zaak'.

100 A.H. Scheltema 2003, p. 349.

101 Zie over art. 3:84 lid 4 ook § 5.5.2.

102 Aldus Rank-Berenschot 1992, p. 230.

103 Vergelijk Hartkamp 2003b, p. 893 rechterkolom.

5.3.6 Beschikken over de goederenrechtelijke aanspraak

Wij zagen hiervoor dat een van de voordelen van de dualistische visie is, dat de koper zijn goederenrechtelijke aanspraak aan een derde kan overgedragen. De derde verkrijgt hierdoor een goederenrechtelijk recht, dat door vervulling van de voorwaarde automatisch overgaat in een (onvoorwaardelijk) eigendomsrecht. Overdracht van de goederenrechtelijke aanspraak zal zich in de praktijk bijvoorbeeld kunnen voordoen in het geval waarin de koper niet bevoegd is de zaak te vervreemden¹⁰⁴ en de koper contant geld nodig heeft.

Voor een geldige overdracht van een goederenrechtelijke aanspraak, die ik als een goederenrechtelijk recht kwalificeer, gelden de eisen van art. 3:84. Bij beantwoording van de vraag hoe de goederenrechtelijke aanspraak dient te worden geleverd, ligt het voor de hand om, nu de goederenrechtelijke aanspraak betrekking heeft op een roerende zaak, aansluiting te zoeken bij de leveringsformaliteiten voor roerende zaken.¹⁰⁵ Dit kan worden afgeleid uit art. 3:98, dat bepaalt dat beperkte rechten worden gevestigd en overgedragen overeenkomstig de regels die gelden voor overdracht van het goed waarop het beperkte recht komt te rusten. Voor vestiging van een beperkt recht op een roerende zaak dient dus de voor levering van een roerende zaak voorgeschreven formaliteit in acht te worden genomen.¹⁰⁶ Aangezien de goederenrechtelijke aanspraak wel een goederenrechtelijk recht is maar geen 'beperkt recht' in eigenlijke zin, kan art. 3:98 alleen analogisch worden toegepast.

Art. 3:90 lid 1 schrijft voor de levering van roerende zaken die in de macht van de vervreemder zijn, bezitsverschaffing van de *zaak* voor. Er bestaat verschil van opvatting over de vraag hoe deze bepaling moet worden gelezen als men haar, via de schakelbepaling van art. 3:98, wil betrekken op de vestiging van een beperkt recht op een roerende zaak, bijvoorbeeld een vruchtgebruik. Rank-Berenschot, Kleijn en Heisterkamp stellen dat strikt genomen uit art. 3:98 jo. art. 3:90 volgt dat aan de vruchtgebruiker het bezit van de *zaak* dient te worden verschaft.¹⁰⁷ Aangezien de vruchtgebruiker echter slechts houder van de zaak wordt en het bezit van de zaak bij de bloot-eigenaar blijft, interpreteren zij art. 3:98 jo. 3:90 aldus dat aan de vruchtgebruiker de macht over de zaak dient te worden verschaft.¹⁰⁸ In de parlementaire geschiedenis wordt daarentegen gesteld dat uit art. 3:98 jo. art. 3:90 volgt dat de eigenaar

104 Zie over de bevoegdheid tot doorlevering § 5.4.

105 Zo ook in het Duitse recht, waar wordt aangehaakt bij §§ 929-931 BGB, zo bijvoorbeeld Wieling 2001, p. 243; zie ook Faber 1997, p. 218-219.

106 Tenzij de wet een hiervan afwijkende vestigingsformaliteit voorschrijft, zoals bij vestiging van een pandrecht.

107 Rank-Berenschot 1985, p. 170; Kleijn 1990, nr. 7; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 684.

108 Vergelijk art 3:236 lid 1, dat als vestigingsformaliteit voor een vuistpand voorschrijft dat de zaak in de macht wordt gebracht van de pandhouder of een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen.

de vruchtgebruiker het bezit van *het recht van vruchtgebruik* dient te verschaffen. Volgens de parlementaire geschiedenis geschiedt dit in beginsel door verschaffing van de feitelijke macht over de zaak waarop het recht van vruchtgebruik betrekking heeft.¹⁰⁹ Gelet op de tekst van art. 3:90 lid 1 lijken Rank-Berenschot c.s. het gelijk aan hun zijde te hebben, maar wat hiervan zij, het resultaat van beide redeneringen is hetzelfde: vruchtgebruik op een roerende zaak wordt gevestigd door machtsverschaffing van de zaak. Trekt men deze lijn door naar de overdracht van de goederenrechtelijke aanspraak, dan geldt dat voor levering van een goederenrechtelijke aanspraak de verkrijger de macht dient te verschaffen over de zaak waarop de voorbehouden eigendom betrekking heeft.¹¹⁰ Levering van de goederenrechtelijke aanspraak heeft, in deze optiek, plaats door het sluiten van een zakelijke overeenkomst, al dan niet gepaard gaande met een feitelijke handeling, waardoor de verkrijger de macht verkrijgt over de zaak waarop de goederenrechtelijke aanspraak betrekking heeft.

Nu de koper zijn goederenrechtelijke aanspraak kan overdragen, ligt het voor de hand aan te nemen dat hij haar ook met een beperkt recht kan belasten. Belasting met een pandrecht lijkt denkbaar. Zeker wanneer een substantieel deel van de koopprijs is afbetaald, vertegenwoordigt de goederenrechtelijke aanspraak van de koper een reële vermogenswaarde, zodat zij tot zekerheid van een te verstrekken krediet kan strekken. Het pandrecht wordt gevestigd doordat partijen de zaak brengen in de macht van de pandhouder dan wel een derde omtrent wie partijen overeengekomen zijn dan wel, ter keuze van partijen, middels een authentieke of geregistreerde onderhandse akte.¹¹¹

Tot slot de vraag of beslag op de goederenrechtelijke aanspraak mogelijk is. Met Snijders en Scheltema acht ik dit denkbaar, ook al kan de zaak zelf, zolang de voorwaarde nog niet is vervuld, niet ten laste van de koper worden

109 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 NBW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1312; instemmend Nieskens-Isphording 1993, p. 136.

110 In gelijke zin Reehuis 1998, nr. 42. Ook A.H. Scheltema 2003, p. 363, stelt dat de eigendomsverwachting, indien de disponent de feitelijke heerschappij heeft, wordt geleverd door machtsverschaffing van de zaak; hij baseert dit op analoge toepassing van art. 3:91. Hij lijkt hierbij over het hoofd te zien dat art. 3:91 betrekking heeft op levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde, waarvan bij overdracht van de goederenrechtelijke aanspraak geen sprake is. Weifelend is Zwitser 1993, p. 529: in eerste instantie beveelt hij levering door middel van een akte conform art. 3:95 aan, maar vervolgens merkt hij op dat bezitsoverdracht ook mogelijk is, 'indien men dan maar afstapt van het bezit van de zaak zelf en zich concentreert op bezit van het zakelijk recht dat men bezit, te weten eigendom onder voorwaarde'. Anders A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 429c, die stelt dat levering van het 'eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde' plaatsvindt door bezitsverschaffing van de zaak.

111 Zie over verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken H.J. Snijders 2006, p. 223-228.

geëxecuteerd.^{112,113} Bij vervulling van de voorwaarde converteert het beslag op de goederenrechtelijke aanspraak in een beslag op de zaak zelf.¹¹⁴

5.4 DOORLEVERING IN DE NORMALE BEDRIJFSUITOEFENING

5.4.1 Inleiding

Een eigendomsvoorbehoud wordt bedongen zowel bij verkoop van zaken, die bestemd zijn voor bedrijfsmatige doorlevering door de koper, als bij verkoop van zaken die bestemd zijn om door de koper te worden gebruikt. Een voorbeeld van de eerste categorie zijn de auto's die de autofabrikant aan een dealer levert; een voorbeeld van de tweede categorie vormen de computers die een verzekeringsmaatschappij voor haar bedrijfsuitoefening heeft gekocht. Gaat het om tot doorverkoop bestemde zaken, dan zal de koper in de regel, ook wanneer het eigendomsvoorbehoud nog op de zaken rust, bevoegd zijn tot doorlevering van deze zaken aan zijn afnemers. Vaak zal deze bevoegdheid tot doorlevering voortvloeien uit de algemene voorwaarden van de verkoper. Zo lezen wij in de algemene voorwaarden van een fabrikant en leverancier van kopieermachines, printers en bijbehorende hard- en software:¹¹⁵

‘Klant is bevoegd in het kader van zijn normale bedrijfsuitoefening over de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken te beschikken. Klant is in dat geval verplicht de geleverde Producten eveneens onder voorbehoud van eigendomsrechten van Klant te leveren aan derden.’

En in de algemene voorwaarden van de algemene vereniging van aannemers en installateurs in de glastuinbouw (AVAG-voorwaarden) vinden wij de volgende bepalingen:

‘Art. 7. Eigendomsvoorbehoud

1 Algemene bepalingen

- a. Verkoper/opdrachtnemer blijft eigenaar van alle aan koper/opdrachtgever afgeleverde zaken totdat de koopprijs voor als deze zaken geheel is voldaan. (...)
- b. Zolang de eigendom niet op koper/opdrachtgever is overgegaan, mag deze de zaken niet verpanden of aan een derde enig recht daarop verlenen, behoudens het bepaalde in lid g van dit artikel.

112 H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 411; zie ook A.H. Scheltema 2003, p. 366.

113 Beslaglegging op de goederenrechtelijke aanspraak vindt mijns inziens plaats volgens art. 474bb Rv jo. art. 439 e.v. Rv. A.H. Scheltema 2003, p. 366, die het recht van de koper als een beperkt recht kwalificeert, concludeert op basis van art. 437 Rv dat de artikelen 439 e.v. Rv analogisch dienen te worden toegepast.

114 A.H. Scheltema 2003, p. 366.

115 Deze clause maakt deel uit van de algemene voorwaarden van Océ Nederland BV, versie 2000/01.

(...)

b. Het is koper/opdrachtgever toegestaan, de onder eigendomsvoorbehoud afgeleverde zaken in het kader van de normale uitoefening van zijn bedrijf aan derden te verkopen en over te dragen. Bij verkoop op krediet is koper/opdrachtgever verplicht van zijn afnemers een eigendomsvoorbehoud te bedingen op de voet van het bepaalde in dit artikel.

(...)'

Maar ook als de bevoegdheid tot doorlevering niet expliciet is overeengekomen, kan zij bestaan. Of dit in een concreet geval inderdaad zo is, wordt vastgesteld door uitlegging van de overeenkomst waarbij het eigendomsvoorbehoud is gemaakt. De enkele omstandigheid dat de zaak voor doorlevering is bestemd, is hierbij niet doorslaggevend.¹¹⁶

Wanneer de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud bevoegd is tot doorlevering in zijn normale bedrijfsuitoefening spreekt men wel van een geclausuleerd eigendomsvoorbehoud; de clausule zelf wordt wel aangeduid als beschikkingsbevoegdheidsclausule of bevoegdheidsclausule.¹¹⁷ De term beschikkingsbevoegdheidsclausule is strikt genomen te ruim, omdat de koper doorgaans alleen bevoegd zal zijn tot vervreemding, en niet tot bezwaring.^{118,119} Het is zuiverder te spreken van een vervreemdingsbevoegdheidsclausule. Beweegredenen voor een verkoper om vooraf in te stemmen met doorlevering door de koper kunnen zijn dat hij uiteindelijk mede uit de opbrengst van de doorverkochte en -geleverde zaken zal worden voldaan, en dat doorverkoop tot nieuwe bestellingen zal leiden.

In de jurisprudentie van de Hoge Raad komen wij enkele gevallen tegen waarin aan de koper onder eigendomsvoorbehoud de bevoegdheid tot doorlevering in de normale bedrijfsuitoefening was verleend. Ter illustratie geef ik de casus uit enkele arresten weer.

In het arrest Nationaal Grondbezit/Kamphuis had leverancier Kamphuis aan aannemer Kersten stenen en klinkers verkocht en geleverd onder eigendomsvoorbehoud.¹²⁰ De toepasselijke algemene voorwaarden bepaalden onder meer:

'Koper is voor betaling niet bevoegd de goederen aan derden te verpanden of de eigendom daarvan over te dragen dan overeenkomstig zijn normale bedrijf of de normale bestemming der goederen.'

116 HR 14 februari 1992, NJ 1993, 623 (WMK) Love Love.

117 Respectievelijk E.B. Rank-Berenschot, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 494 en Reehuis 1998, nr. 38.

118 Reehuis 1998, nr. 36.

119 Reehuis 1998, nr. 39, noemt de mogelijkheid dat verkoper en koper overeenkomen dat de koper een stil pandrecht op de zaak kan vestigen, tot zekerheid van een krediet waarmee de verkoper kan worden betaald. Het gaat hier dan om derdenpand.

120 HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (WMK), AA 1973, p. 565 (G). Zie over dit arrest ook § 2.2.11.

Kerstens had, op basis van § 43 van de tussen haar en (Nationaal) Grondbezit geldende 'Algemene voorschriften' verklaard de stenen en klinkers door middel van *constitutum possessorium* aan aanbesteder Grondbezit te leveren. In cassatie was aan de orde of Kerstens, als houder van de bouwmaterialen voor Kamphuis, aan Grondbezit het bezit van de materialen had verschaft. Dit was van belang voor de vraag of Grondbezit zich, ervan uitgaande dat Kerstens de bouwmaterialen als beschikkingsonbevoegde aan Grondbezit had geleverd, kon beroepen op art. 2014 BW (oud), de voorloper van art. 3:86. In cassatie klaagde Grondbezit erover dat het hof niet had beslist op haar stelling dat Kerstens haar de bouwmaterialen 'overeenkomstig haar normale bedrijf of de normale bestemming der goederen' had geleverd. De Hoge Raad overwoog dat deze stelling impliceerde dat de genoemde clausule meebracht dat Kerstens wel bevoegd was de stenen en klinkers op grond van de algemene voorwaarden aan Grondbezit in eigendom over te dragen. Nu het hof niet op dit verweer van Grondbezit had beslist, was deze klacht gegrond. Aan een bespreking van de werking van de bevoegdheidsclausule kwam de Hoge Raad in deze zaak niet toe. Wel vormde het arrest de aanleiding voor annotatoren Kleijn en Van der Grinten zich uit te laten over de vraag hoe de eigendomsoverdracht bij bevoegde doorlevering door de aannemer plaatsvond; dit komt zodadelijk aan de orde.

Een soortgelijke casus als in Nationaal Grondbezit/Kamphuis deed zich voor in Hoogovens/Matex.¹²¹ Leverancier Hoogovens had aan aannemer Swarttouw stalen platen verkocht en onder eigendomsvoorbehoud geleverd. Ook hier bepaalden de algemene voorwaarden dat Swarttouw gerechtigd was de platen in het kader van haar normale bedrijfsuitoefening aan derden te verkopen en leveren. Aannemer Swarttouw had deze platen vervolgens geleverd aan aanbesteder Matex, waartoe zij krachtens de overeenkomst met Matex verplicht was. Hoogovens en Matex streden om de vraag of Matex de eigendom van de stalen platen had verkregen. In cassatie voerde Hoogovens aan dat het enkele feit dat Matex rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat Swarttouw de platen onder eigendomsvoorbehoud geleverd had gekregen, meebracht dat zij niet te goeder trouw was ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid van Swarttouw, zodat zij zich niet op art. 2014 BW (oud) kon beroepen. De Hoge Raad achtte deze stelling onjuist. Hij overwoog onder meer dat het hof er kennelijk vanuit was gegaan dat bij een normale afwikkeling van zodanige koopovereenkomsten de koper, ondanks een eigendomsvoorbehoud, niet onbevoegd is tot doorlevering, hetzij omdat hij zijn leverancier tijdig heeft betaald, hetzij omdat de leverancier geen reden heeft zich te verzetten tegen een doorlevering, met het oog waarop, naar hij kon verwachten, de koopovereenkomst werd gesloten. Ook in deze zaak kon de Hoge Raad zich dus niet uitspreken over de wijze waarop de tweede koper (Matex) de

121 HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 (WMK), AA 1980, p. 181 (W.C.L. van der Grinten). Zie over dit arrest ook § 2.2.11.

eigendom verkreeg. En ook dit arrest leidde tot beschouwingen in de literatuur over de wijze waarop bij bevoegde doorlevering de eigendomsoverdracht plaatsvindt.

Het arrest Nieuwe Matex laat zien dat onder het oude recht de vervreemdingsbevoegdheidsclausule ook bij een fiduciaire eigendomsoverdracht een rol kon spelen.¹²² Murochem had zijn olievoorraad, die zich bevond bij opslagbedrijf Nieuwe Matex, fiduciair aan de bank overgedragen. Daarbij was overeengekomen dat Murochem de bij Nieuwe Matex aanwezige voorraden ten behoeve van haar normale bedrijfsuitoefening mocht vervangen cq uitleveren aan derden, mits een bepaalde hoeveelheid van de voorraden, gerelateerd aan de waarde van het uitstaande krediet, aanwezig zou blijven. Niettemin verkocht Murochem praktisch de hele voorraad aan Easco, waarna zij verklaarde deze voorraad door middel van door Nieuwe Matex afgegeven celen aan Easco te leveren. Ook deze zaak bood de Hoge Raad geen gelegenheid zich uit te spreken over de vervreemdingsbevoegdheidsclausule, maar leidde wel tot bespiegelingen hierover in de literatuur.

In de volgende paragrafen nemen wij de bevoegde doorlevering onder de loep. De vervreemder onder eigendomsvoorbehoud duid ik hierbij aan als 'verkoper', degene aan wie de vervreemder onder eigendomsvoorbehoud leverde als 'eerste koper', en degene aan wie de eerste koper de zaak in het kader van zijn normale bedrijfsuitoefening doorlevert als 'tweede koper'.

5.4.2 Constructies in de literatuur

In de literatuur wordt de onvoorwaardelijke eigendomsovergang op de tweede koper bij bevoegde doorlevering door de koper op verschillende manieren geconstrueerd. Twee hoofdvormen laten zich onderscheiden. In de eerste wordt de eerste koper, evenals bij middellijke vertegenwoordiging van de vervreemder, aangemerkt als beschikkingsbevoegde niet-eigenaar, dan wel als iemand die gemachtigd is tot het uitoefenen van de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper. In de tweede wordt de doorlevering door de eerste koper in zijn normale bedrijfsuitoefening gezien als de vervulling van een opschortende voorwaarde, opgenomen in de tussen verkoper en eerste koper gesloten zakelijke overeenkomst.

De opvattingen van Brahn, Van der Grinten, Nieuwenhuis, Vriesendorp, Groefsema en Van Vliet zijn exponenten van de eerste hoofdvorm. Van der Grinten zag in het arrest Nationaal Grondbezit/Kamphuis een doorlevering door de eerste koper, Kerstens, in zijn hoedanigheid van houder voor Kamphuis, aan Grondbezit.¹²³ Hij stelde dat een houder van een zaak het bezit

122 HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 (WMK), AA 1978, p. 512 (P. van Schilfgaarde).

123 W.C.L. van der Grinten, annotatie onder Nationaal Grondbezit/Kamphuis, AA 1973, p. 568-569.

aan een derde kan verschaffen indien hij krachtens de verhouding tot degeen voor wie hij houdt, gerechtigd is, de zaken aan een derde te leveren. Van der Grinten stelde vervolgens:¹²⁴

‘Hoe moeten wij deze gerechtigdheid tot levering verstaan? Naar mijn mening is deze gerechtigdheid niet anders dan een verbintenisrechtelijke bevoegdheid, het is niet de – zakenrechtelijke – gerechtigdheid om over de eigendom te beschikken, bedoeld in art. 639 BW. De blote houder is m.i. nimmer beschikkingsbevoegd. Beschikkingsbevoegdheid is een zakenrechtelijke categorie, die inherent is aan het eigendomsrecht en die de wet voorts aan de executant toekent. Beschikkingsbevoegdheid kan niet contractueel worden verleend. (...) In mijn visie moet de eigenaar die de houder gerechtigd tot overdracht heeft verklaard, de overdracht gehengen en gedogen, hij kan de zakenrechtelijke beschikkingsbevoegdheid niet tegenwerpen aan de verkrijger.’

De tweede koper verkreeg in deze constructie de onvoorwaardelijke eigendom langs de weg van art. 2014 BW (oud).

De constructie van Van der Grinten is, met recht, bekritiseerd door Brahn, die stelde dat ‘verbintenisrechtelijke bevoegdheid’ niet bestaat: ‘bevoegdheid tot beschikken’ is per definitie een goederenrechtelijk begrip.¹²⁵ Bovendien zou het merkwaardig zijn indien men de eigendomsverkrijging door de tweede koper zou moeten construeren met behulp van art. 2014 BW (oud), dat slechts voor uitzonderingsgevallen is geschreven.¹²⁶ De constructie Van der Grinten heeft heden ten dage geen aanhangers meer.

Nieuwenhuis gaat er van uit dat bij een levering onder eigendomsvoorbehoud de in het eigendomsrecht verenigde bevoegdheden contractueel over verkoper en koper worden verdeeld, waarbij de beschikkingsbevoegdheid contractueel naar de koper kan worden toegeschoven.¹²⁷ Deze constructie is gestoeld op de gedachte dat beschikkingsbevoegdheid met privaatieve werking op de verkrijger kan worden overgeheveld, hetgeen ik niet mogelijk acht.¹²⁸

Brahn en Vriesendorp zien de doorlevering door de eerste koper in zijn normale bedrijfsuitoefening als een vorm van ‘goederenrechtelijke vertegenwoordiging’.¹²⁹ Vriesendorp stelt dat de eerste koper goederenrechtelijk gezien door de toestemming van de verkoper een afgeleide beschikkingsbevoegdheid heeft; dienaangaande treedt hij als vertegenwoordiger op. Groefsema stelt dat de koopovereenkomst op grond waarvan de koper over de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak mag beschikken, de verlening van beschik-

124 W.C.L. van der Grinten, annotatie onder Nationaal Grondbezit/Kamphuis, AA 1973, p. 569.

125 Brahn 1974, p. 267-270.

126 Brahn 1974, p. 270.

127 Nieuwenhuis 1980, p. 54-55.

128 Zie ook Struycken 2007, p. 592. Zie ook § 4.2.2 en § 4.2.4.

129 Brahn 1974, p. 268-270; Vriesendorp 1985a, p. 96-97.

kingsbevoegdheid impliceert, zodat de koper bij 'machte' is over de zaak te beschikken.¹³⁰ Een vergelijkbare opvatting treft men aan bij Van Vliet, die van mening is dat de verkoper aan de eerste koper beschikkingsbevoegdheid verleent; van middellijke vertegenwoordiging is hierbij geen sprake.¹³¹

In hoofdstuk 4 zagen wij al dat kwestieus is of beschikkingsbevoegdheid contractueel aan een ander dan de rechthebbende kan worden verleend. Ik heb in dat hoofdstuk de middellijke vertegenwoordiging van de vervreemder geconstrueerd als 'goederenrechtelijke vertegenwoordiging': de achterman verleent aan de tussenpersoon middels 'machtiging' de bevoegdheid zijn beschikkingsbevoegdheid uit te oefenen. In de volgende paragraaf onderzoek ik of deze, aan de constructie van Brahn c.s. verwante, constructie ook een rol speelt bij de bevoegde doorlevering door de koper onder eigendomsvoorbehoud.

De constructie waarin de bevoegde doorlevering wordt gezien als het in vervulling gaan van een tweede, alternatieve opschortende voorwaarde waaronder de zaak aan de eerste koper is geleverd, is ontwikkeld door Kleijn. Zij lijkt als de heersende leer te moeten worden gezien.^{132,133}

5.4.3 Bevoegde doorlevering: uitoefening van de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper?

Ook in Duitsland kan de koper onder eigendomsvoorbehoud bevoegd zijn de hem onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken in zijn normale bedrijfsuitoefening aan een derde over te dragen. De koper ontleent zijn bevoegdheid tot doorlevering in zijn normale bedrijfsuitoefening aan een 'Ermächtigung' in de zin van § 185.1 BGB. Zo overweegt het Bundesgerichtshof onder verwijzing naar § 185.1 BGB dat de koper onder eigendomsvoorbehoud, hoewel zij niet de eigenaar was, gerechtigd was over de zaken te beschikken, daar eiser

130 Groefsema 1993, p. 73-75.

131 Van Vliet 2002, p. 64-65.

132 W.M. Kleijn, annotatie onder HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (Nationaal Grondbezit/Kamp-huis), sub 3. Zij wordt onder meer verdedigd door P. van Schilfgaarde, annotatie onder HR 10 februari 1978, NJ 1979, NJ 1980, 133 (WMK) (Nieuwe Matex), AA 1978, p. 516, sub 5; Reehuis 1998, nr. 38; A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 428a; F.H.J. Mijnsen, Asser/Mijnsen & De Haan 2006 (3-I), nr. 215.

133 Een variant op deze constructie treffen wij aan bij Schoordijk 1978, p. 424, en Mezas 1985, p. 28-29, die stellen dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud zijn eigendom kan prijsgeven teneinde de dan volledige eigenaar (die tot dat moment eigenaar onder opschortende voorwaarde was) tot beschikken in staat te stellen. Anders dan onder het oude recht gelden echter krachtens art. 3:98 BW voor afstand van een goed dezelfde eisen als voor overdracht ervan. Het lijkt mij dan ook onwaarschijnlijk dat afstand van een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde door middel van een eenzijdige rechtshandeling kan plaatsvinden. De constructie van Kleijn c.s. komt daarom aantrekkelijker voor.

als eigenaar 'solchen Verfügungen vorher zugestimmt hatte'.¹³⁴ Deze 'Ermächtigung' kan worden beschouwd als de verlening van legitimatie door de eigenaar aan de gemachtigde om de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar uit te oefenen. Wanneer de 'Ermächtigung' niet in de algemene leveringsvoorwaarden is opgenomen, wordt zij geacht te zijn verleend indien de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken voor doorlevering zijn bestemd.¹³⁵ Aangenomen wordt dat door de doorlevering door de eerste koper het eigendomsvoorbehoud van de verkoper,¹³⁶ en daarmee ook het 'Anwartschaftsrecht' van de koper, eindigt.¹³⁷

In het vorige hoofdstuk heb ik bij het innemen van een standpunt over de vraag hoe middellijke vertegenwoordiging van de vervreemder bij de levering van een roerende zaak leidt tot een rechtstreekse overdracht tussen middellijk vertegenwoordigde en verkrijger, aansluiting gezocht bij het Duitse recht. Ik heb daar verdedigd dat de middellijk vertegenwoordiger bij de levering van een roerende zaak de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder-achterman uitoefent. De vervreemder heeft hem hiertoe 'gemachtigd'. Op basis van deze machtiging sluit de middellijk vertegenwoordiger in eigen naam een zakelijke overeenkomst met de verkrijger. De rechtsgevolgen van deze zakelijke overeenkomst raken het vermogen van de achterman-vervreemder. Als titel voor de rechtstreekse overdracht tussen de middellijk vertegenwoordigde achterman en de verkrijger fungeert de obligatoire rechtsverhouding tussen vervreemder en middellijk vertegenwoordiger, in de regel een lastgevingsovereenkomst, en de titel tussen middellijk vertegenwoordiger en verkrijger, in de regel een koopcontract.

De hier voorliggende casus verschilt van middellijke vertegenwoordiging. Bij middellijke vertegenwoordiging is het de intentie van zowel de middellijk vertegenwoordigde als de middellijk vertegenwoordiger dat de tussenpersoon in eigen naam maar voor rekening van zijn achterman de zaak verkoopt en levert aan een derde. Verkoop en levering onder eigendomsvoorbehoud daarentegen is niet op middellijke vertegenwoordiging van de verkoper gericht. Aan de visie dat de eerste koper bij bevoegde doorlevering de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper uitoefent, kleeft bovendien het volgende bezwaar. Waar bij middellijke vertegenwoordiging de achterman-vervreemder onvoorwaardelijk eigenaar is, is de verkoper die een zaak onder eigendomsvoorbehoud aan de eerste koper heeft geleverd, na die levering nog slechts eigenaar onder ontbindende voorwaarde. De eerste koper is 'eigenaar onder opschortende voorwaarde': hij heeft een goederenrechtelijke aanspraak op de zaak. Wanneer we aannemen dat bij bevoegde doorlevering de eerste koper

134 BGH 28 juni 1954, BGHZ 14, 114, 118.

135 Wilhelm 2001, Rn. 2272; Staudinger/Gursky 2004, § 185 Rn. 33.

136 In die zin onder meer Baur/Stürner 1999, § 59 Rn. 13; Staudinger/Beckmann 2004, § 455 Rn. 22.

137 Schwab/Prütting 2006, Rn. 395.

de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper uitoefent, rijst de vraag hoe kan worden onderbouwd dat de tweede koper bij bevoegde doorlevering door de eerste koper de onvoorwaardelijke eigendom verkrijgt. Een tweetal mogelijkheden dient zich aan. In de eerste plaats kan men aannemen dat de eerste koper bij de bevoegde doorlevering niet alleen voor wat betreft de overdracht van diens eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper uitoefent, maar daarnaast zelf zijn goederenrechtelijke aanspraak op de tweede koper overdraagt, zodat de tweede koper per saldo het volledige eigendomsrecht op de zaak verkrijgt. Bij bevoegde doorlevering vinden in deze visie twee overdrachten plaats: een overdracht tussen de verkoper en de tweede koper van het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde, waarbij de eerste koper de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper uitoefent, en een overdracht tussen de eerste en de tweede koper, waarbij de eerste koper zijn goederenrechtelijke aanspraak op de tweede koper overdraagt. Een dergelijke ingewikkelde constructie van een dubbele overdracht spreekt in het geheel niet aan. Een andere mogelijke constructie is dat de eerste koper op het moment dat hij de zaak in zijn normale bedrijfsuitoefening doorlevert, afstand doet van zijn goederenrechtelijke aanspraak. De verkoper verkrijgt hierdoor weer de volledige eigendom over de zaak, zodat de eerste koper als gemachtigde van de verkoper bij de doorlevering diens volledige beschikkingsbevoegdheid kan uitoefenen. In deze constructie stuiten wij op de vraag hoe de afstand van de goederenrechtelijke aanspraak door de eerste koper tot stand komt. Voor afstand van de goederenrechtelijke aanspraak gelden naar mijn mening dezelfde eisen als voor overdracht ervan. Immers, uit art. 3:98 volgt dat voor afstand van een beperkt recht dezelfde eisen gelden als voor overdracht ervan. Wij zagen in § 5.3.6 dat, hoewel de goederenrechtelijke aanspraak niet als 'beperkt recht' kan worden gekwalificeerd, bij de vraag hoe de goederenrechtelijke aanspraak kan worden overgedragen bij art. 3:98 kan worden aangehaakt. Hetzelfde geldt dan voor de afstand van de goederenrechtelijke aanspraak. Dit betekent dat afstand van de goederenrechtelijke aanspraak niet door middel van een eenzijdige rechtshandeling kan plaatsvinden. Ook deze constructie is dus ingewikkeld.

Resumerend is de constructie waarin de eerste koper bij bevoegde doorlevering wordt geacht de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper uit te oefenen dermate gecompliceerd, dat zij niet aantrekkelijk voorkomt.

5.4.4 Bevoegde doorlevering: vervulling van een alternatieve opschortende voorwaarde

In deze constructie wordt de doorlevering door de eerste koper in zijn normale bedrijfsuitoefening gezien als de vervulling van een tweede, alternatieve, opschortende voorwaarde, die deel uitmaakt van de tussen verkoper en eerste koper tot stand gebrachte zakelijke overeenkomst. De eerste koper verkrijgt

in deze visie de onvoorwaardelijke eigendom ofwel door de aan de verkoper verschuldigde prestatie te voldoen, ofwel door de zaak in zijn normale bedrijfsuitoefening aan een derde (de tweede koper) te leveren. In het laatste geval wordt de eerste koper onvoorwaardelijk eigenaar om de zaak tegelijkertijd in het vermogen van de tweede koper te doen overgaan.

Deze constructie biedt een aantal voordelen boven de constructie waarin wordt aangesloten bij het leerstuk van de middellijke vertegenwoordiging. In deze constructie ligt, anders dan in de constructie van de middellijke vertegenwoordiging, besloten dat de eerste koper bij bevoegde doorlevering aan de tweede koper de volledige (onvoorwaardelijke) eigendom van de zaak overdraagt. Na de levering onder eigendomsvoorbehoud is de eerste koper eigenaar onder opschortende voorwaarde; door de vervulling van de opschortende voorwaarde van vervreemding in zijn normale bedrijfsuitoefening verkrijgt hij de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak, zodat hij deze aan de tweede koper kan overdragen. De constructie spreekt dan ook aan vanwege haar eenvoud. Wanneer wij ervan uitgaan dat de levering van voorbehouden eigendom plaatsvindt door middel van een zakelijke overeenkomst onder opschortende voorwaarde van betaling van de verschuldigde prestatie, ligt het voor de hand aan te nemen dat partijen in die zakelijke overeenkomst nog een tweede, alternatieve opschortende voorwaarde kunnen opnemen, om zo de eerste koper in de gelegenheid te stellen de zaak in zijn normale bedrijfsuitoefening aan een derde (de tweede koper) over te dragen.

Vriesendorp en Groefsema zijn van mening dat de constructie waarin gebruik wordt gemaakt van een tweede, alternatieve opschortende voorwaarde, niet zuiver is.¹³⁸ De opschortende voorwaarde van bevoegde doorlevering wordt vervuld wanneer de eerste koper bevoegdelijk doorlevert, waartoe hij echter pas in staat is wanneer de opschortende voorwaarde is vervuld. Vriesendorp stelt dat oorzaak en gevolg zo gemakkelijk worden verwisseld. Groefsema merkt op dat de constructie strikt genomen niet deugdelijk is, nu overdracht aan de tweede koper niet door de eerste koper tot stand kan worden gebracht, indien hij eerst door diezelfde overdracht beschikkingsbevoegd wordt.

Het door Vriesendorp en Groefsema geuite bezwaar lijkt mij niet onoverkomelijk. Zoals ook Groefsema aangeeft, vindt 'samenvallende rechtsmomenten' plaats.¹³⁹ Deze term is afkomstig van Eggens, die daarmee wilde aan-
geven:¹⁴⁰

'(...) dat datgene, wat als het *logisch-eerdere* van iets anders gedacht wordt, daarom nog niet *in tijd* aan dat andere behoeft vooraf te gaan, en dat in één moment meerdere rechtshandelingen (ook die welke als oorzaak en gevolg tot elkander

138 Vriesendorp 1985a, p. 96; Groefsema 1993, p. 71.

139 In gelijke zin A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 428a.

140 Eggens 1930, p. 168.

betrokken worden) kunnen samenvallen of – anders gezegd – dat in eene rechtshandeling meerdere momenten kunnen samenvallen, d.w.z. dat dan in één moment geschiedt wat *anders* (en gewoonlijk) op na elkaar vallende tijdstippen wordt verricht.’

In ons geval: de eerste koper wordt eigenaar door te vervreemden. Ook al vindt men deze samenval van rechtsmomenten enigszins gekunsteld, dit bezwaar valt in het niet bij de bezwaren die zijn verbonden aan de constructie waarin de bevoegde doorlevering door de eerste koper als een vorm van middellijke vertegenwoordiging van de verkoper wordt gezien. In § 5.4.3 bleek dat deze constructie vele malen gekunstelder is.

De in § 5.4.1 aangehaalde bedingen in algemene voorwaarden verplichten de eerste koper bij bevoegde doorlevering op zijn beurt een eigendomsvoorbehoud te bedingen. Op deze wijze bewerkstelligt de verkoper dat hij, wanneer de eerste koper hem niet afbetaalt, zich nog op de zaken kan verhalen, zij het als concurrent crediteur. Ook komt het voor dat de verkoper bedingt dat de eerste koper ten gunste van hem (verkoper) op de vordering die de eerste koper op de tweede koper verkrijgt een pandrecht vestigt.¹⁴¹

In theorie is het mogelijk dat verkoper en eerste koper dergelijke bedingen ook tot inhoud van de alternatieve opschortende voorwaarde maken. Van bevoegde doorlevering is dan bijvoorbeeld alleen sprake indien de koper de zaken in zijn normale bedrijfsuitoefening aan de tweede koper overdraagt, én daarbij een eigendomsvoorbehoud bedingt. Maar: hoe ongebruikelijker deze alternatieve opschortende voorwaarde is geformuleerd, des te eerder zal de tweede koper op basis van art. 3:86 de eigendom verkrijgen.¹⁴²

5.5 OVERDRACHT ONDER ONTBINDENDE VOORWAARDE VAN NIET-BETALING

5.5.1 Inleiding

Zoals al in § 5.1.1 aan de orde kwam, bevat art. 3:92 lid 1 het wettelijke vermoeden dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud zich verbindt tot overdracht van de zaak aan de ander onder opschortende voorwaarde van voldoening van de door de koper verschuldigde prestatie.

In de parlementaire geschiedenis bij art. 3:92 wordt noch op dit wettelijke vermoeden, noch op de vraag hoe ervan kan worden afgeweken, ingegaan. In de literatuur wordt aangenomen dat 3:92 lid 1 het mogelijk maakt om, in

141 Een behandeling van deze mogelijkheden gaat het bestek van dit boek te buiten; zie hierover Vriesendorp 1985a, p. 98-99; Reehuis 1998, nr. 38.

142 Over de goede trouw van de tweede koper A.I.M. van Mierlo, Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 429b, met literatuurverwijzingen.

afwijking van het in die bepaling neergelegde wettelijke vermoeden, overeen te komen dat de koper eigenaar wordt onder de ontbindende voorwaarde van niet-voldoening van hetgeen hij verschuldigd is terzake van de in art. 3:92 omschreven prestaties.¹⁴³ Van 'voorbehouden eigendom' is in deze constructie geen sprake. De zaak gaat immers wel op de koper over, zij het dat het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde de eigendom (zonder terugwerkende kracht, zie art. 3:38 lid 2) doet terugkeren in het vermogen van de verkoper.

De positie van de verkoper en koper na een overdracht onder ontbindende voorwaarde is spiegelbeeldig aan die van de koper en verkoper na een overdracht onder opschortende voorwaarde. Waar bij een eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde de verkoper eigenaar onder ontbindende voorwaarde is, komt die positie bij een overdracht onder ontbindende voorwaarde aan de koper toe. En waar de koper aan wie de zaak onder opschortende voorwaarde is overgedragen een goederenrechtelijke aanspraak op die zaak heeft, is het bij de eigendomsoverdracht onder ontbindende voorwaarde de verkoper tot wiens vermogen de goederenrechtelijke aanspraak behoort.¹⁴⁴

5.5.2 Constructie

In § 5.2.2 heb ik de verbintenis onder opschortende voorwaarde omschreven als een verbintenis die hangende de voorwaarde al wel bestaat, maar waarvan de werking is uitgesteld. Een verbintenis die onder een opschortende voorwaarde tot een overdracht verplicht, verplicht de debiteur pas tot levering wanneer de voorwaarde in vervulling is gegaan. In mijn optiek vindt de overdracht onder opschortende voorwaarde plaats ter uitvoering van een onvoorwaardelijke verbintenis. Deze onvoorwaardelijke verbintenis verplicht de verkoper tot een levering onder opschortende voorwaarde: de levering komt al wel tot stand, en leidt, nu aan de wettelijke voorwaarden voor overdracht is voldaan, tot een 'voorwaardelijke overdracht'. De onvoorwaardelijke overdracht komt tot stand indien en zodra de opschortende voorwaarde in vervulling gaat. Het voorwaardelijke karakter van de levering komt tot uitdrukking in de zakelijke overeenkomst: de opschortende voorwaarde is daarin opgenomen. De levering onder opschortende voorwaarde leidt tot een voorwaardelijke eigendomsoverdracht: indien de voorwaarde in vervulling gaat, verkrijgt de koper automatisch de (onvoorwaardelijke) eigendom van de zaak.

Het ligt in de lijn van deze gedachtegang – indien de verkoper zich de eigendom voorbehoudt, vindt een voorwaardelijke levering plaats, krachtens een onvoorwaardelijke verbintenis, die leidt tot een voorwaardelijke over-

143 Brahn 1991, p. 134; Reehuis 1998, nr. 8; Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2003 (3-III), nr. 417; aarzeland is H.J. Snijders, Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 418.

144 Zie over de goederenrechtelijke aanspraak § 5.3.4-5.3.6.

dracht – om aan te nemen dat ook aan een overdracht onder ontbindende voorwaarde een onvoorwaardelijke verbintenis ten grondslag ligt. Deze onvoorwaardelijke verbintenis verplicht tot een levering onder ontbindende voorwaarde, dus tot een ‘voorwaardelijke levering’. Het voorwaardelijk karakter van de levering komt tot uitdrukking in de zakelijke overeenkomst: daarin is een ontbindende voorwaarde opgenomen. De voorwaardelijke levering leidt tot de overdracht van een ‘eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde’: de verkrijger wordt eigenaar, met dien verstande dat zijn eigendomsrecht eindigt door vervulling van de ontbindende voorwaarde.¹⁴⁵ Uit art. 3:84 lid 4 blijkt, dat vervulling van de ontbindende voorwaarde goederenrechtelijk effect heeft: de (onvoorwaardelijke) eigendom keert van rechtswege (zonder terugwerkende kracht) naar de verkoper terug. Zo merkt Meijers in zijn Toelichting op art. 3:25 (art. 3:38) op:¹⁴⁶

‘Evenmin is sprake van terugwerkende kracht in de zin van het ontwerp, wanneer rechten onder een voorwaarde worden overgedragen, vergelijk artikel 3.4.2.2 (art. 3:84, JAJP). Wel zal alsdan met de vervulling der voorwaarde niet alleen het recht van hem verdwijnen, aan wie dit onder die voorwaarde is overgedragen, maar ook van allen, die hun recht van deze verkrijger afleiden, maar dit is een gevolg van de omstandigheid, dat wie een beperkt recht heeft, ook als regel niet meer recht aan derden kan overdragen, dan hij zelf heeft. De vervulling der voorwaarde doet hier rechten vervallen, heeft echter niet ten gevolge, dat hij wiens recht door de vervulling der voorwaarde vervalt, geacht wordt nooit rechthebbende te zijn geweest en dat datgene, wat hij als zodanig heeft verricht, geacht wordt nooit door een onbevoegde te zijn verricht (...).’

En in zijn Toelichting op art. 6:1.5.2 (art. 6:22) schrijft hij:¹⁴⁷

‘In tegenstelling tot hetgeen het huidige B.W. bepaalt (...), heeft de vervulling van een voorwaarde ingevolge 3.2.5 lid 2 (art. 3:38 lid 2 JAJP) geen terugwerkende kracht, op de gronden uiteengezet in de toelichting tot dat artikel. De bepaling van dat artikel geldt voor alle rechtshandelingen, ook voor zakenrechtelijke. Hoewel blijkens vermelde toelichting partijen verbintenisrechtelijk een afwijkende regeling kunnen treffen, moet deze bepaling zakenrechtelijk als dwingend worden gedacht. (nt) Wordt dus een onroerende zaak onder ontbindende voorwaarde geleverd (nt: vgl. 3.4.2.2. lid 4), dan wordt de verkrijger eigenaar onder ontbindende voorwaarde, welke voorwaarde – zakelijk – werkt van de vervulling af. De vervulling van de voorwaarde doet de eigendom van de zaak dus op dat moment van rechtswege weer terugvallen aan de oorspronkelijke vervreemder.’

145 In gelijke zin, voor wat betreft de fiduciaire overdracht onder het oude recht, Van Mierlo 1988, p. 18.

146 TM bij art. 3:38, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 186.

147 TM bij art. 6:22, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, p. 146.

Anders dan het geval is bij een overdracht onder opschortende voorwaarde, kan aan een overdracht onder ontbindende voorwaarde ook een voorwaardelijke verbintenis, te weten een verbintenis onder ontbindende voorwaarde, ten grondslag liggen. Deze verplicht, hangende de voorwaarde, tot overdracht.¹⁴⁸ Zou op grond van deze voorwaardelijke verbintenis een onvoorwaardelijke levering plaatsvinden, dan zou de verkrijger de onvoorwaardelijke eigendom verkrijgen. De verbintenis is immers na de levering uitgewerkt; gaat de voorwaarde daarna in vervulling, dat doet dit er niet aan af dat ten tijde van de levering een geldige titel bestond.¹⁴⁹

Het is waarschijnlijk, dat Meijers met het oog hierop art. 3:84 lid 4 opnam, luidende:

4. Wordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd, dan wordt *slechts* (cursivering JAPP) een recht verkregen, dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen.

In zijn Toelichting merkt Meijers op:¹⁵⁰

‘Een levering kan onder voorwaarde geschieden. Is een overeenkomst, die tot levering verplicht, onder voorwaarde aangegaan, dan is de bedoeling van partijen, dat ook de levering onder dezelfde voorwaarde geschiedt, al zou dit niet bij de levering nogmaals overeengekomen zijn. Het vierde lid zegt dit met zoveel woorden, om kwesties dienaangaande te voorkomen.’

Een veel belangrijker aspect van art. 3:84 lid 4 is evenwel dat het laat zien dat ons stelsel de ruimte biedt voor het overdragen van een voorwaardelijk eigendomsrecht, en dus voor het doen ontstaan van een ‘voorwaardelijk eigendomsrecht’.¹⁵¹

Een andere visie op de overdracht onder de ontbindende voorwaarde treft men aan bij Reehuis en Scheltema.¹⁵² Deze auteurs wijzen de (functie) van de zakelijke overeenkomst bij de overdracht onder ontbindende voorwaarde af.¹⁵³ Zij stellen dat aan de overdracht onder ontbindende voorwaarde, net als aan de overdracht onder opschortende voorwaarde,¹⁵⁴ per definitie een voorwaardelijke verbintenis ten grondslag ligt. Omdat vervulling van een in een titel opgenomen voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft, en de

148 Zie § 5.2.2.

149 Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-I), nr. 219; zie ook A.H. Scheltema 2003, p. 312.

150 TM bij art. 3:84 lid 4, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 318.

151 Zie ook Asser/Mijnssen & De Haan 2006 (3-I), nr. 219.

152 Brahn/Reehuis 1997, nr. 59, 62; A.H. Scheltema 2003, p. 313 en 326.

153 Brahn/Reehuis 1997, nr. 59, 62; A.H. Scheltema 2003, p. 326.

154 Zie hierover § 5.2.3.

levering in hun visie niet voorwaardelijk plaatsvindt,¹⁵⁵ voeren zij het goederenrechtelijk effect van de vervulling van de ontbindende voorwaarde uitsluitend terug op art. 3:84 lid 4. In deze visie werkt art. 3:84 lid 4 als een *deus ex machina*: waarom vervulling van de ontbindende voorwaarde goederenrechtelijk effect heeft, wordt in deze visie niet inzichtelijk gemaakt. Zo spreekt Reehuis van een 'oplossing die de wet geeft' om te bereiken dat, nu vervulling van de, in de verbintenis opgenomen, voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft, bij vervulling van de voorwaarde het goed weer aan de vervreemder terugvalt.¹⁵⁶ Ook gaan Reehuis en Scheltema eraan voorbij dat Meijers in zijn Toelichting op art. 3:84 lid 4 uitgaat van een voorwaardelijke levering.

5.6 CONCLUSIE

Een koopovereenkomst waarin een eigendomsvoorbehoud is opgenomen ter zake van een of meer vorderingen als omschreven in art. 3:92 lid 2, doet een onvoorwaardelijke verbintenis ontstaan die strekt tot een voorwaardelijke eigendomsoverdracht van de verkochte zaak. Deze verbintenis is onvoorwaardelijk omdat de verplichting van de verkoper de zaak aan de koper te leveren niet afhankelijk is van de vervulling van een voorwaarde. Op basis van deze onvoorwaardelijke verbintenis vindt een voorwaardelijke levering plaats. De levering ontleent haar voorwaardelijk karakter aan het feit dat partijen het intreden van het rechtsgevolg, het plaatsvinden van een onvoorwaardelijke eigendomsoverdracht, afhankelijk maken van het in vervulling gaan van de voorwaarde. De voorwaarde waaronder de levering plaatsvindt is opgenomen in de zakelijke overeenkomst. Door het sluiten van de zakelijke overeenkomst die, afhankelijk van de vraag of de koper de zaak reeds in zijn macht heeft, gepaard gaat met het verrichten van een feitelijke handeling, vindt machtsverschaffing plaats in de zin van art. 3:91.

Aangezien op het moment dat de – voorwaardelijke – levering plaatsvindt, aan alle wettelijke eisen voor overdracht is voldaan, resulteert de voorwaardelijke levering in een 'voorwaardelijke eigendomsoverdracht', hetgeen voor de verkoper het volgende impliceert. De verkoper kan hangende de vervulling van de voorwaarde aan een derde niet meer overdragen dan een 'eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde'. Door de voorwaardelijke eigendomsoverdracht heeft hij zijn eigendomsrecht ingeperkt. Als gevolg van de voorwaardelijke eigendomsoverdracht verliest de verkoper of zijn eventuele rechtsopvolger zijn eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde automatisch op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.

De koper verkrijgt automatisch de (onvoorwaardelijke) eigendom van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak wanneer de voorwaarde in

¹⁵⁵ Brahn/Reehuis 1997, nr. 59; A.H. Scheltema 2003, p. 312.

¹⁵⁶ Brahn/Reehuis 1997, nr. 62.

vervulling gaat. De levering, resulterend in een voorwaardelijke eigendoms-overdracht, heeft immers reeds plaatsgehad. Een eventuele faillietverklaring van de verkoper nadat hij de zaak aan de koper heeft geleverd, deert de koper dan ook niet. Als gevolg van de voorwaardelijke eigendomsoverdracht heeft de koper een goederenrechtelijk recht verkregen, dat bij vervulling van de voorwaarde uitgroeit tot een eigendomsrecht. De aanneming dat de koper hangende de vervulling van de voorwaarde al een goederenrechtelijk recht op de zaak heeft, sluit aan bij het gegeven dat een beschikkingshandeling die resulteert in een beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende leidt tot het ontstaan van een, met die beperking van de beschikkingsbevoegdheid corresponderend, goederenrechtelijk recht aan de zijde van de verkrijger. Het recht van de koper kan worden gekwalificeerd als een goederenrechtelijk recht sui generis, dat ik aanduid als 'goederenrechtelijke aanspraak'. Uit de artikelen 3:91, 3:92 en 3:84 lid 4, alsmede uit de parlementaire geschiedenis, volgt dat ons systeem ruimte biedt voor het doen ontstaan van de goederenrechtelijke aanspraak. De goederenrechtelijke aanspraak is als zodanig vatbaar voor overdracht. Levering ervan vindt plaats door het sluiten van een zakelijke overeenkomst, eventueel in combinatie met een feitelijke handeling, waardoor de verkrijger de macht verkrijgt over de zaak waarop de goederenrechtelijke aanspraak betrekking heeft.

Verkoper en koper kunnen overeenkomen dat de koper de zaak in zijn normale bedrijfsuitoefening aan een derde (de tweede koper) mag overdragen. De tweede koper krijgt de zaak in dat geval van een beschikkingsbevoegde. De beschikkingsbevoegdheid van de eerste koper kan worden teruggevoerd op het in vervulling gaan van een tweede, alternatieve opschortende voorwaarde, opgenomen in de zakelijke overeenkomst. Zij houdt in dat de eerste koper de eigendom van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak verkrijgt door en met de doorlevering in het kader van zijn normale bedrijfsuitoefening.

Partijen kunnen, in afwijking van het wettelijk vermoeden van art. 3:92 lid 1, afspreken dat de koper de zaak verkrijgt onder de ontbindende voorwaarde van niet-voldoening van de prestatie door de koper. Ook in dat geval vindt een voorwaardelijke eigendomsoverdracht plaats, op basis van een voorwaardelijke levering. Anders dan bij een eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde, kan aan een overdracht onder ontbindende voorwaarde zowel een voorwaardelijke als een onvoorwaardelijke verbintenis ten grondslag liggen. Ook hier komt het voorwaardelijk karakter van de levering tot uitdrukking in de zakelijke overeenkomst: hierin is de ontbindende voorwaarde opgenomen. Vervulling van de voorwaarde heeft goederenrechtelijk effect: de eigendom keert bij de verkoper terug. Hangende de vervulling van de ontbindende voorwaarde heeft de verkoper een 'goederenrechtelijke aanspraak' op de zaak. De koper heeft een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde: hij kan aan een derde niet meer overdragen dan een eigendomsrecht, dat eindigt indien de voorwaarde in vervulling gaat.

