

HET EIGENDOMSVOORBEHOUD HEROVERWOGEN

*EEN RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK NAAR HET EIGENDOMSVOORBEHOUD EN EEN
VOORSTEL TOT VERANDERING GEÏNSPIREERD OP DE FUNCTIONELE BENADERING VAN DE
UNIFORM COMMERCIAL CODE EN ANDERE WETGEVING*

F.J.J. Cornelissen

Scriptie Rechtsgeleerdheid

Radboud Universiteit Nijmegen

Begeleiders: prof.mr. C.J.H. Jansen en prof.mr. J.E. Jansen

INHOUDSOPGAVE

Inhoudsopgave	1
Afkortingen	3
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	4
1.1 Zekerheid voor de verkoper	4
1.2 Het fiduciaverbod.....	5
1.3 Opzet.....	5
Hoofdstuk 2: De aard van het eigendomsvoorbehoud.....	7
2.1 De ratio van de wetgever	7
2.2 Het voorbehouden pandrecht.....	7
2.3 De functie van het eigendomsvoorbehoud.....	10
2.4 Het eigendomsvoorbehoud als zekerheidseigendom.....	12
2.5 Eigendomsvoorbehoud als reële eigendom.....	18
2.6 Conclusie.....	19
Hoofdstuk 3: De functionele benadering van het eigendomsvoorbehoud naar Amerikaans en internationaal recht.....	21
3.1 Harmonisatie van goederenrecht.....	21
3.2 Functional approach	23
3.3 Resultaten van en kritiek op de <i>functional approach</i>	25
3.4 De <i>functional approach</i> in continentale context: <i>non-unitary approach</i>	28
3.5 Conclusie.....	31
Hoofdstuk 4: Het Nederlands eigendomsvoorbehoud vergeleken met internationale wetgevingsinstrumenten en de <i>Uniform Commercial Code</i>	32
4.1 Inleiding	32
4.2 Publiciteit en registratie	32
4.3 Gelijke positie van diverse financiers	42
4.4 Partijautonomie en contractsvrijheid.....	48
4.5 Eenvoud en kosteneffectiviteit.....	52
4.6 Conclusie.....	53
Hoofdstuk 5: Conclusie en voorstel tot verandering	55
5.1 Conclusie: de <i>functional approach</i> biedt perspectief.....	55
5.2 De verwerping van de non-unitary approach.....	56

5.3	Voorstel tot verbetering: het financierspandrecht	58
5.4	Conclusie.....	63
	Literatuur en jurisprudentie.....	64

AFKORTINGEN

ADB	Asian Development Bank
BW	Burgerlijk Wetboek
Cape Town Convention	Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EBRD	European Bank for Reconstruction and Development
EBRD Model Law	EBRD Model Law on Secured Transactions
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad
IBRD	International Bank for Reconstruction and Development
IMF	International Monetary Fund (Internationaal Monetair Fonds)
Iw 1990	Invorderingswet 1990
MvT	Memorie van Toelichting
OAS	Organization of American States
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stcrt.	Staatscourant
TM	Toelichting Meijers
UCC	Uniform Commercial Code
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL Guide	UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law (Institut international pour l'unification du droit privé)
Wft	Wet op het financieel toezicht

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

1.1 ZEKERHEID VOOR DE VERKOPER

Hij die een zaak aan een ander verkoopt, heeft recht op de koopprijs (artikel 7:1 BW).¹ Als uitgangspunt geldt dat verkoper en koper “gelijk oversteken”. Ontelbare koopovereenkomsten worden dagelijks op deze wijze vervuld: de koper betaalt en krijgt direct de gekochte zaken geleverd. Er zijn ook situaties denkbaar dat de koper pas op een later moment wil of kan betalen. De verkoper, die toch meteen wil verkopen, stemt ermee in om nu te leveren en de koper een termijn te geven binnen welke hij moet betalen. Als de koper dan niet betaalt, moet de verkoper actie ondernemen om zijn recht te halen. Hij heeft zijn zaak immers al uit handen gegeven.

Het ligt voor de hand dat de onbetaald gebleven verkoper in de eerste plaats nakoming vordert van de vordering op de koper. Deze vordering is een persoonlijk recht en in geval van een faillissement van de koper is de verkoper een concurrente crediteur. De onbetaald gebleven verkoper kan ook kiezen voor een ontbinding van de overeenkomst (artikel 6:267 jo. 6:265 BW). Door de ontbinding vervalt voor de koper de plicht tot betaling van de koopprijs, maar ontstaat de verbintenis tot retro-overdracht van de verkochte zaak. Deze overdracht is nodig omdat de ontbinding sinds de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek geen terugwerkende kracht meer heeft (artikel 6:269 BW). De vordering tot retro-overdracht heeft – net als de vordering tot nakoming – geen zakelijke werking, en in het faillissement van de koper is de verkoper nog steeds een concurrente crediteur.²

De vervreemder die zijn risico wil beperken, is aangewezen op het voorbehouden pandrecht of het eigendomsvoorbehoud.³ De overdracht onder eigendomsvoorbehoud herstelt het principe “gelijk oversteken”. De koper krijgt weliswaar bij levering de verkochte zaak in zijn macht (artikel 3:91 BW), maar verkrijgt pas de eigendom van die zaak op het moment dat de koopprijs is betaald (artikel 3:92 lid 1 BW).⁴ Dit eigendomsvoorbehoud, waarbij de eigendom overgaat bij voldoening

¹ Hier en in het volgende zal vaak worden gerefereerd aan een koopovereenkomst. Het eigendomsvoorbehoud is echter niet beperkt tot de koopovereenkomst en kan voorkomen in alle gevallen waarin een partij een zaak levert aan een ander voor een tegenprestatie (artikel 3:92 lid 1 BW). Men denke overeenkomsten van ruil of huurkoop. Waar echter wordt gesproken over de koper of verkoper onder eigendomsvoorbehoud, geldt hetzelfde voor eenieder die onder voorbehoud van eigendom verkrijgt of vervreemdt.

² Artikel 7:93 BW geeft de verkoper tevens het recht van reclame. Dit terugvorderingsrecht heeft wel zakelijke werking en kan dus zelfs in het faillissement van de koper effectief worden uitgeoefend. Het recht van reclame is echter aan een dubbele vervaltermijn gebonden: het recht vervalt nadat zowel zes weken na opeisbaarheid van de koopprijsvordering zijn verstreken als zestig dagen nadat de zaak in de macht van de koper of van iemand zijnentwege is gebracht (7:44 BW).

³ Uitgebreider over het voorbehouden pandrecht: paragraaf 2.2.

⁴ Artikel 3:92 lid 1 BW spreekt over een wettelijk vermoeden dat het eigendomsvoorbehoud is vormgegeven als overdracht onder opschortende voorwaarde. De meeste eigendomsvoorbehouden zijn van dit type maar de wet laat dus ruimte voor partijen om een ander soort eigendomsvoorbehoud overeen te komen. Hierbij denke men aan de overeenkomst waarbij de koper de zaak eerst in bruikleen heeft, en pas bij betaling *brevis manu* (artikel 3:90 lid 1 jo. 115 aanhef en sub b BW) geleverd krijgt. Dit ‘eigendomsvoorbehoud’ is niet goederenrechtelijk maar puur obligatoir van aard. Het goederenrechtelijke terrein wordt pas betreden na volledige betaling en in een tussentijds faillissement van de verkoper heeft de koper die de koopprijs volledig heeft betaald, slechts een concurrente vordering tot levering. Een andere mogelijkheid is dat de eigendomsoverdracht niet onder *opschortende* maar onder *ontbindende* voorwaarde plaatsheeft. Van

van de tegenprestatie, wordt ook wel het simpele eigendomsvoorbehoud genoemd. Men spreekt van het “verbrede” of “uitgebreide” eigendomsvoorbehoud wanneer de opschortende voorwaarde ook andere tegenprestaties inhoudt dan de betaling van de koopprijs.⁵ Ook vorderingen uit wanprestatie ten aanzien van deze overeenkomsten worden door het eigendomsvoorbehoud verzekerd (artikel 3:92 lid 2 BW).

1.2 HET FIDUCIAVERBOD

Met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 kwam een einde aan de *fiducia cum creditore*. Niet langer kon eigendom worden overgedragen tot zekerheid, aldus de functie van een bezitloos zekerheidsrecht vervullend.⁶ Het eigendomsvoorbehoud is in strijd met de *gedachte* die ten grondslag ligt aan het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW. Deze gedachte wordt in de memorie van antwoord als volgt verwoord.

“[De ratio van artikel 84 lid 3 BW ligt] in de gedachte dat de in die bepaling bedoelde overdrachten tot zekerheid voor een schuld aan de verkrijger in beginsel meer recht zouden verschaffen dan zijn belang rechtvaardigt. Wanneer behoefte bestaat aan een zogenaamd bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken, dan behoort de wetgever een zodanige zekerheid toe te laten, maar ook niet meer dan dat.”

Het fiduciaverbod raakt de figuur van het eigendomsvoorbehoud niet rechtstreeks. Het eigendomsvoorbehoud is immers geen *overdracht* tot zekerheid. De vervreemder is en blijft eigenaar, ook al dient vanaf het moment van levering deze eigendom tot verzekering van een of meer vorderingen op de verkrijger.⁸ Artikel 3:92 BW is dus geen uitzondering op het fiduciaverbod. Wel is de aan het verbod ten grondslag liggende gedachte in strijd met het eigendomsvoorbehoud. De vervreemder houdt immers meer recht dan zijn belang van zekerheid van betaling rechtvaardigt.

Op het eerste gezicht lijkt nu sprake te zijn van een fundamentele ongerijmdheid in het Nederlandse goederenrechtelijk stelsel. Men heeft de eigendomsoverdracht tot zekerheid afgeschaft vanwege een argument dat slaat op de gehele zekerheidseigendom, maar die zekerheidseigendom leeft voort in het eigendomsvoorbehoud.

1.3 OPZET

Deze scriptie ambieert deze vermeende inconsistentie uit te diepen en te onderzoeken in hoeverre het eigendomsrecht van de verkoper nu reële eigendom dan wel zekerheidseigendom is en wat

eigendomsvoorbehoud is dan echter geen sprake meer. De eigendom van de zaak gaat immers meteen bij levering over, en keert alleen terug bij de verkoper indien aan de voorwaarde is voldaan. De voorwaarde is dan de niet-betaling binnen een bepaalde periode. Beide (oneigenlijke) varianten op het eigendomsvoorbehoud van artikel 3:92 BW worden hier niet verder behandeld. Zie verder over beide constructies Brahn 1991, p. 134; Reehuis 1998, nr. 8; Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2010 (3-VI), nr. 523; Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 418 en Peter 2007, p. 132.

⁵ Als de titel van eigendomsoverdracht een ruilvereenkomst is, verzekert het “simpele eigendomsvoorbehoud” op een zaak de levering van de andere te ruilen zaak. Het vervolg van deze scriptie zal van het simpele eigendomsvoorbehoud uitgaan, tenzij anders aangegeven.

⁶ De onzuivere maar ingeburgerde term “bezitloze zekerheidsrecht” doelt op een recht op een zaak, welke (uiteraard) niet in het bezit is van de zekerheidsnemer noch in de feitelijke macht is van de zekerheidsnemer.

⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 388.

⁸ Boeve 2007, p. 4.

daarvan de gevolgen zijn (hoofdstuk 2). Allereerst komt de motivering van de wetgever aan de orde om het eigendomsvoorbehoud in het Nieuw Burgerlijk Wetboek te behouden. Welke functie bekleedt het eigendomsvoorbehoud in het economisch verkeer? Op welke wijze benadert de voorbehouden eigendom een bezitloos zekerheidsrecht en wat zijn de gevolgen van zijn eigendoms karakter bij de vervulling van de zekerheidsfunctie?

Met de invoering van de *Uniform Commercial Code* is van het eigendomsvoorbehoud in de Verenigde Staten afstand genomen. Men bedacht de zogeheten *functional approach*, volgens welke niet de vorm maar de functie de inhoud van subjectieve rechten bepaalt. Onder deze “functionele benadering” leidt een overeenkomst tot de overdracht onder eigendomsvoorbehoud tot een onmiddellijke eigendomsoverdracht onder voorbehoud van een bezitloos zekerheidsrecht. Deze *functional approach* vond navolging in andere (model)wetgeving, zoals de *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions* en de *Draft Common Frame of Reference* van de Europese Commissie. Hoofdstuk 3 beschouwt de wijze waarop de *functional approach* in al haar verschijningsvormen omgaat met het eigendomsvoorbehoud.

Vervolgens komt in hoofdstuk 4 de vraag aan de orde welk systeem op verscheidene punten het beste functioneert, het Nederlandse “formele” systeem of het stelsel van de *functional approach*? De *UNCITRAL Guide* noemt enkele eigenschappen die een optimaal goederenrechtelijk stelsel van zekerheden kenmerken. Deze worden een voor een behandeld: publiciteit, gelijkheid van verschillende financiers, contractsvrijheid en eenvoud.

Wanneer achtereenvolgens de aard van het Nederlandse eigendomsvoorbehoud en de eigenschappen van de *functional approach* zijn onderzocht en een vergelijking tussen beide rechtsstelsels is gemaakt, volgt in hoofdstuk 5 de conclusie. In ditzelfde hoofdstuk zal ik op grond van de bevindingen in eerdere hoofdstukken aanbevelingen doen.

HOOFDSTUK 2: DE AARD VAN HET EIGENDOMSVOORBEHOUD

2.1 DE RATIO VAN DE WETGEVER

Volgens de memorie van antwoord bij artikel 3:92 BW heeft de verkoper niet voldoende aan een zekerheidsrecht. Hij heeft behoefte aan het behoud van zijn eigendomsrecht totdat de koopprijs is betaald. De memorie van antwoord geeft hiertoe twee argumenten. Ten eerste kan de verkoper in geval van wanprestatie kiezen om de koopovereenkomst te ontbinden. Hij zou in dat geval behoefte hebben aan teruggave van de zaak om hier weer zelf over te kunnen beschikken. Ten tweede zou het alternatief van een voorbehouden bezitloos pandrecht de verkoper als kredietgever achterstellen ten opzichte van een kredietgever die eerder een pandrecht op alle tegenwoordige en toekomstige goederen van de koper heeft bedongen, in de regel de bank.⁹

Het vervolg van dit hoofdstuk behandelt de functie en plaats van het eigendomsvoorbehoud in ons goederenrechtelijke stelsel. Hiertoe wordt de motivering van de wetgever onder de loep genomen om het eigendomsvoorbehoud te handhaven bij de invoering van het fiduciaverbod en het expliciet in het Nieuw Burgerlijk Wetboek op te nemen. De door de wetgever in de memorie van antwoord aangedragen argumenten worden in omgekeerde volgorde beschreven. Paragraaf 2.2 behandelt het tweede argument en beantwoordt de vraag of het voorbehouden bezitloos pandrecht naar huidig recht de verkoper en verstrekker van leverancierskrediet inderdaad geen soelaas biedt. Heeft de verkoper het eigendomsvoorbehoud nodig om effectief verhaal te hebben bij wanbetaling van de koper? De paragrafen 2.3, 2.4 en 2.5 gaan in op de stelling dat een verkoper behoefte heeft aan een eigendomsrecht om bij wanprestatie weer zelf over de zaak te beschikken. In paragraaf 2.3 komt de functie van het eigendomsvoorbehoud in het economisch verkeer aan de orde. Paragraaf 2.4 beschrijft dat de voorbehouden eigendom een vorm van zekerheidseigendom is, in tegenstelling tot reële eigendom. Ten slotte behandelt paragraaf 2.5 twee nadelige gevolgen van het resterende (reële)eigendoms karakter van de voorbehouden eigendom.

2.2 HET VOORBEHOUDEN PANDRECHT

Over de vermeende achterstelling van het voorbehouden pandrecht bij door de koper bij voorbaat gevestigde pandrechten, stelt de wetgever: "Wie goederen levert, behoort zich hiertegen te kunnen wapenen."¹⁰ Waarom de verkoper zich hiertegen moet kunnen verzetten, is een vraag die in de wetsgeschiedenis niet aan de orde komt.¹¹ De premisse is echter onjuist: een voorbehouden pandrecht komt in rang voor eerder bij voorbaat gevestigde pandrechten op toekomstige goederen van de koper, zoals hieronder uiteengezet.

De eigenaar van een zaak kan haar overdragen onder het voorbehoud van een beperkt recht.¹² De overdracht onder het voorbehoud van een beperkt recht is een dogmatisch moeilijk te duiden figuur. De wetgever stelt zich op het standpunt dat bij een dergelijke overdracht het beperkte recht

⁹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 388.

¹⁰ Parl. Gesch. Boek 3, p. 388.

¹¹ Zie ter beantwoording van deze vraag paragraaf 4.3 over het Romeinsrechtelijke *privilegium* wegens *versio in rem* en de *purchase-money security interest* uit de Amerikaanse *Uniform Commercial Code*.

¹² Artikel 3:81 lid 1 BW.

wordt *afgesplitst* van het meeromvattende eigendomsrecht van de verkoper en derhalve bij hem *achterblijft*.¹³

Het vermogen van de koper wordt dus door de overdracht verrijkt met een reeds bezwaard eigendomsrecht. Eerder door de koper bij voorbaat gevestigde pandrechten, die ontstaan op het eerste moment dat de eigendom in zijn vermogen valt, komen dus op een reeds bezwaard eigendomsrecht te rusten.¹⁴ In overeenstemming met het *nemo-plusadagium* kan hij niet het gehele eigendomsrecht met een beperkt recht bezwaren. Over het deel van het eigendomsrecht dat als beperkt recht bij de verkoper is achtergebleven, heeft hij immers nooit beschikkingsbevoegdheid verworven. Het gevolg van deze zienswijze is dat een voorbehouden pandrecht van de vervreemder in rangorde boven een eerder door verkrijger gevestigd pandrecht staat. Deze gevolgtrekking wordt door de wetgever in de memorie van antwoord bij de *Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6* gesteund:

"[Het is] mogelijk dat de leverancier zich op de door hem geleverde zaken voor alles wat hij van de afnemer te vorderen heeft bezitloze pandrechten bedingt, en gaat, als deze vestiging geschiedt met toepassing van artikel 3.4.1.2 [art. 3:81 BW] lid 1 tweede zin, een zodanig pandrecht in rang boven eerdere pandrechten, die, bijv. ten behoeve van een bank, door de schuldenaar bij voorbaat op die zaken als toekomstige zaken zijn gevestigd (...)." ¹⁵

De Hoge Raad onderschrijft deze conclusie in zijn arrest *Potharst/Serrée*:

"Ingeval van eigendomsovergang onder voorbehoud van pandrecht, wordt een recht verkregen dat van meet af aan met het pandrecht is belast. Dat pandrecht is immers bij de oorspronkelijke rechthebbende blijven berusten zodat de verkrijger geen pandrecht heeft kunnen vestigen dat als eerder gevestigd zou moeten worden aangemerkt. Door de verkrijger gevestigde pandrechten werken dan ook niet tegen een pandhouder die zijn pandrecht had voorbehouden, ook niet indien de verkrijger het pandrecht eerder, bij voorbaat, zou hebben gevestigd" ¹⁶

Er is een aantal dogmatische bezwaren tegen de zogenoemde afsplitsingsmetafoor. Bij de creatie van beperkte rechten verliest de eigenaar soms geen enkel recht of ontstaan rechten die voorheen niet bestonden. Zo blijft de eigenaar die een recht van overpad verleent, bevoegd om zijn tuinpad te gebruiken. Hij verliest dus geen 'eigendomsbrokstuk'. Het standpunt dat de eigenaar het recht verliest om een ander niet op zijn grond te dulden, binnen de omstandigheden in de wet en de akte van vestiging (artikel 5:71 BW) omschreven, doet gekunsteld aan. Ook de verplichting tot het aanbrenge en onderhouden van gebouwen, werken of beplantingen, die een erfdiensbaarheid kan scheppen voor de eigenaar van het dienende erf, bestond voor de vestiging van het recht niet.¹⁷ Of zou de eigenaar het eerder bestaande deel van zijn eigendomsrecht verliezen dat hem in staat

¹³ Parl. Gesch. Boek 3, p. 407.

¹⁴ Met 'vestigen' wordt hier en in navolgend citaat van de Hoge Raad bedoeld het 'doen ontstaan' of 'afsplitsen' van een beperkt recht, naar analogie met de overdracht van een zaak. De andere betekenis waarin 'vestiging' wel wordt gebezigd is die van het vervullen van de vestigingshandeling, naar analogie met de levering van een zaak. Begripsverwarring ligt op de loer en sommige auteurs spreken daarom in het laatste geval liever van de 'vestigingshandeling'. Een elegante oplossing biedt de Hoge Raad in 'HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 (Potharst/Serrée)' door te spreken over de 'levering bij voorbaat tot vestiging van stil pandrecht' (r.o. 3.6.4). Ik zal mij echter houden aan de conventie 'vestiging' in twee betekenissen te gebruiken.

¹⁵ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1240.

¹⁶ HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 (Potharst/Serrée), r.o. 3.6.4.

¹⁷ Artikel 5:71 lid 1 BW.

stelde om geen of uitsluitend verwaarloosde gebouwen op zijn erf te hebben? Het is eveneens bezwaarlijk aan te nemen dat een hypotheekgever de bevoegdheid tot executoriale verkoop onder in de wet omschreven omstandigheden afscheidt van zijn eigendomsrecht en als beperkt recht overdraagt aan de hypotheeknemer.¹⁸

De verwerping van de afsplitsingsmetafoor heeft grote gevolgen voor de positie van het voorbehouden beperkte recht. Degene die de zaak overdraagt onder voorbehoud van een beperkt recht, kan dat beperkte recht dan niet in juridische zin achterhouden. Hij kan het niet voorafgaande aan de overdracht creëren bij wijze van vestiging omdat het beperkte recht door vermenging teniet zou gaan ingevolge artikel 3:81 lid 2 aanhef en sub e BW. Ook kan het beperkte recht niet door de verkoper *bij voorbaat* worden gevestigd, omdat hij tot het moment van overdracht weliswaar beschikkingsbevoegd is, maar er geen sprake is van een toekomstig goed (artikel 3:98 jo. 3:97 lid 1 BW). Vanaf het moment van overdracht heeft hij bovendien niet langer beschikkingsbevoegdheid, noch de verwachting deze te krijgen. De beoogde koper kan wel voorafgaande aan de overdracht bij voorbaat een beperkt recht vestigen ten behoeve van de verkoper. Dit recht ontstaat echter pas dan wanneer de zaak aan de koper is overgedragen en deze daarmee de beschikkingsbevoegdheid heeft verworven. Het ontstaansmoment van dit recht is dan hetzelfde als dat van eerder door de koper gevestigde beperkte rechten op dezelfde zaak. Omdat het 'voorbehouden' pandrecht niet in het vermogen van de verkoper is achtergebleven, biedt het *nemo-plusadagium* dat recht geen hogere rang dan andere door de koper bij voorbaat gevestigde pandrechten. Aangezien het 'voorbehouden' pandrecht en deze door de koper gevestigde rechten tegelijkertijd ontstaan, biedt ook het beginsel van *prior tempore, potior iure* de verkoper geen soelaas. In een dergelijk geval is het tijdstip van de *vestigingshandeling* doorslaggevend (artikel 3:98 jo. 3:97 lid 2 BW).¹⁹ In de praktijk zal de leverancier dan vaak rechten van andere financiers zoals banken boven het eigen pandrecht moeten dulden, daar deze veelal over eerder bij voorbaat gevestigde pandrechten zullen beschikken.

Kortom, hoewel de Hoge Raad en de wetgever het voorbehouden pandrecht laten voorgaan boven eerder door de koper bij voorbaat gevestigde pandrechten, bestaan aanmerkelijke dogmatische bezwaren tegen de hieraan ten grondslag liggende juridische constructie. Vriend en vijand van de afsplitsingsmetafoor zijn het er echter over eens dat het voorbehouden recht van de verkoper voor *zou moeten* gaan. Jansen, een opponent van de huidige wettelijke constructie, bepleit om die reden een wetswijziging.²⁰ Hoe het oordeel over de afsplitsingsmetafoor ook moge luiden, de vermeende achterstelling van het voorbehouden pandrecht is geen argument voor het wettelijk eigendomsvoorbehoud. Naar huidig recht is dat voorbehouden recht altijd hoger in rang dan eerder bij voorbaat door de koper gevestigde rechten. Zou hier verandering in komen vanwege de bezwaren tegen de juridische constructie, dan zou alsnog een voorrang voor de verkoper-pandhouder geregeld moeten worden. Het eigendomsvoorbehoud is dus niet nodig om de leverancierscrediteur te beschermen tegen bij voorbaat door de verkrijger gevestigde pandrechten.

¹⁸ Zie voor een gedegen pleidooi tegen het beperkte recht als afsplitsing of brokstuk van een meeromvattend eigendomsrecht Jansen 2008 en De Jong 2006, nrs. 17-19, alsmede Zwolve 2006, p. 87-88.

¹⁹ Zie ook Jansen 2008, p. 82.

²⁰ Jansen 2008, p. 90-91.

2.3 DE FUNCTIE VAN HET EIGENDOMSVOORBEHOUD

Het eerste argument van de wetgever om het eigendomsvoorbehoud te handhaven door het in het Nieuw Burgerlijk Wetboek op te nemen, is gestoeld op de aanname dat een verkoper in geval van wanprestatie weer over zijn zaak wil beschikken door dit te behouden en te gebruiken. Op het moment dat de koopovereenkomst wordt gesloten, is het de verkoper niet om het even of hij de zaak behoudt of verkoopt. De verkoper verkiest de afgesproken koopsom boven het behoud van de zaak; anders zou hij deze niet verkopen. Op het moment dat de koper niet binnen de afgesproken termijn betaalt, heeft deze behoefte aan een effectieve verhaalsmogelijkheid. Het is in dit licht wellicht vanzelfsprekend dat de koper veelal liever een eigendomsrecht dan een voorbehouden pandrecht heeft. Een crediteur heeft in geval van wanbetaling in de regel liever meer dan minder recht, en een eigendomsrecht biedt meer recht dan een pandrecht. De vraag waar hij *op het moment van wanbetaling* behoefte aan heeft, is echter mijns inziens niet de juiste. Het juiste criterium moet zijn welk recht de behoefte en de belangen van de verkoper *rechtvaardigen*. Hij heeft recht op de koopprijs en niet meer dan dat, en zijn recht moet dit belang dienen. Dit belang dient bovendien te worden afgewogen tegenover de gerechtvaardigde belangen van andere partijen: de koper, derden en de economie als geheel. Om inzicht te geven in deze belangen en het belang van de verkoper, behandelt deze paragraaf de vraag welke rol het eigendomsvoorbehoud inneemt in het economische verkeer.

BANKKREDIET EN LEVERANCIERSKREDIET

Bedrijven moeten in de regel geld uitgeven om geld te verdienen. Tussen het moment in de productiecyclus dat geld wordt uitgegeven en het moment dat geld wordt ontvangen, verloopt aldus de nodige tijd. Een meubelfabrikant zal eerst een inventaris bestaande uit boormachines, zaagapparatuur en ander gereedschap aanschaffen. Vervolgens slaat hij een voorraad in van hout en andere grondstoffen en moeten werknemers worden betaald. Wanneer dan de tafels en kasten gereed zijn, blijven ze nog enige tijd als voorraad in de fabriek voordat ze worden verkocht. Om verkoop te bevorderen, zal de fabrikant bovendien zijn afnemers na levering van de meubels een termijn gunnen om de koopprijs te voldoen.²¹ Een bedrijf heeft vanwege het cyclische karakter van de bedrijfsvoering een voortdurende behoefte aan werkkapitaal. In die behoefte kan worden voorzien door het aanhouden van eigen vermogen van het bedrijf, maar ook door het aantrekken van krediet. Het is gebruikelijk dat bedrijven het werkkapitaal financieren door geld te lenen van een bank. Daar de behoefte aan werkkapitaal van de meeste bedrijven varieert gedurende de productiecyclus, kiest men in de praktijk vaak voor een doorlopend krediet. De fabrikant kan ook zelf zijn behoefte aan werkkapitaal verkleinen. Dit doet hij door aan het einde van de cyclus de vorderingen op zijn debiteuren te cederen aan een factormaatschappij (*factoring*).²² Hij ontvangt

²¹ De periode tussen het moment dat de eerste uitgaven aan grondstoffen worden gedaan, en de inkomsten uit verkoop worden ontvangen, pleegt men in de *management accounting* de *cash conversion cycle* te noemen.

²² Non-recourse factoring betekent in de praktijk dat de onderneming de vorderingen op haar debiteuren aan de factormaatschappij cedeert. Dit heeft tot gevolg dat de onderneming sneller omzet genereert en haar behoefte aan werkkapitaal verkleint, maar ook dat zij het risico van wanbetaling door debiteuren op de factormaatschappij afwentelt. De marge tussen hetgeen de onderneming van de factormaatschappij voor de vordering ontvangt, en de geldelijke omvang van de vordering, is in dit geval groter. Ze moet immers niet alleen het tijdsverloop tot de inning van de vordering vergoeden, maar ook het risico van wanbetaling. Een andere methode om toekomstige geldstromen nu al te gelde te maken, is "securitisatie", welke methode hier

aldus sneller inkomsten en verkleint de omvang van het noodzakelijke werkkapitaal. De fabrikant bereikt hetzelfde resultaat door aan het begin van de productiecycclus zijn leveranciers pas op een later tijdstip dan het moment van de levering van grondstoffen te betalen. Deze verstrekken hem dan een leverancierskrediet.

Wat voor bedrijven het leverancierskrediet is, is het consumptief krediet voor consumenten. Waar ooit een maatschappelijk taboe rustte op consumptieve kredieten, financiert de hedendaagse consument zijn auto, wasmachine of televisie graag met vreemd vermogen. Hij betaalt daartoe per creditcard, "staat rood" op zijn bankrekening of gaat een persoonlijke lening aan bij zijn bank. Ook kan hij met de verkoper overeenkomen dat de rekening in termijnen of op een later tijdstip mag worden betaald.

In het handelsverkeer vervult een leverancierskrediet dezelfde functie als een geldlening ter financiering van inkoop. Geld lenen van een derde-financier om grondstoffen te kopen en te betalen is de economische equivalent van het leverancierskrediet.²³ Beide methoden helpen de fabrikant de periode tussen uitgaven en inkomsten te overbruggen. De consument is primair geïnteresseerd in het gebruik van "zijn" televisie die hij zich aanvankelijk niet kon veroorloven. Ter bevrediging van zijn noden en behoeftes is het irrelevant of hij het apparaat heeft gekocht en betaald en ten behoeve van de koop een lening is aangegaan, of dat hij de televisie heeft gekocht maar op een later moment pas hoeft te betalen.

Toegang tot goedkoop krediet is van groot belang voor individuele bedrijven en consumenten en daardoor voor de economie van een land. Bij afwezigheid hiervan hebben bedrijven moeite hun productie te bekostigen en zullen consumenten minder kunnen besteden. Dezelfde economische functie als bankkrediet wordt vervuld door leverancierskredieten aan producenten of consumenten.

EIGENDOMSVOORBEHOUD FUNCTIONEERT ALS ZEKERHEID

De kosten van krediet zijn normaliter de rentebetalingen. In economische zin is rente een vergoeding voor het feit dat de crediteur het geleende geld niet zelf kan gebruiken (opportuiniteitskosten) en voor inflatie. Niet in de laatste plaats is het een vergoeding voor het risico dat de debiteur de schuld niet aflost noch anderszins verhaal biedt. Dit risico wordt kleiner wanneer de kredietgever persoonlijke of zakelijke zekerheidsrechten heeft ter verzekering van zijn vordering. Voldoende mogelijkheden tot securering van vorderingen zijn aldus in het voordeel van zowel crediteuren als debiteuren, daar de eersten minder risico lopen en de tweede groep als gevolg hiervan goedkoper en gemakkelijker leent.

niet verder ter sprake zal komen. Ook de lease van bedrijfsmiddelen waarbij steeds pas na afloop van een periode huur- of huurkooptermijnen zijn verschuldigd, is een beproefde manier om de behoefte aan werkkapitaal te verkleinen.

²³ In het vervolg zal ik steeds het begrip "derde-financier" gebruiken ter aanduiding van degene die geld leent aan de koper ter bekostiging van de aanschaf van een zaak. Dit zal in de praktijk vaak een professionele geldverstrekker als een bank zijn, maar het hoeft niet dezelfde (huis)bankier te zijn als die, die in de regel pandrechten heeft bedongen op huidige en toekomstige goederen van de koper.

In het geval van een leverancierskrediet voor bedrijven of consumenten zorgt het eigendomsvoorbehoud van de geleverde zaak voor de nodige zekerheid, en functioneert het als een zekerheidsrecht. Hoewel tegenover een leverancierskrediet geen rentebetalingen staan, is dit krediet in economische zin niet kosteloos. Zolang de koopprijs niet is betaald, kan de verkoper het geld niet zelf gebruiken (opportuïteitskosten). Het geld wordt bovendien minder waard gedurende de periode dat de verkrijger nog niet heeft betaald (inflatie). Ten slotte bestaat het risico dat de koper niet betaalt. De vergoeding voor deze kosten wordt door de verkoper verdisconteerd in de koopprijs.²⁴ Hoe groter het risico van wanbetaling, hoe groter de marge die in de koopprijs wordt opgenomen ter vergoeding van dit risico. Het eigendomsvoorbehoud verkleint het financiële risico voor de verkoper in geval van wanbetaling, en stelt hem dus in staat een leverancierskrediet te verstrekken waar hij dit zonder zakelijke zekerheid niet zou doen. Of het stelt de verkoper in staat om zijn zaak tegen een lagere prijs te verkopen. Wederom hebben zowel kredietgever als kredietnemer baat bij voldoende zakelijke zekerheid voor de crediteur.

Kortom, het leverancierskrediet en de veelal ongespecificeerde marge in de koopprijs zijn de economische equivalenten van het (doorlopend) bankkrediet en de rentetermijnen. Tot zekerheid van de crediteur-leverancier en de bank dienen het eigendomsvoorbehoud respectievelijk het bezitloos zekerheidsrecht. In het handelsverkeer vervult het eigendomsvoorbehoud dus de functie van een zekerheidsrecht. Waar de wetgever stelt dat een verkoper behoefte heeft aan een eigendomsrecht, blijkt het een economische realiteit dat zowel verkoper als koper primair behoefte hebben aan een zakelijke zekerheid om goedkoop krediet te faciliteren ter bekostiging van de koop. Ten aanzien van dit doel vervult het eigendomsvoorbehoud dezelfde functie als een bezitloos zekerheidsrecht.

2.4 HET EIGENDOMSVOORBEHOUD ALS ZEKERHEIDSEIGENDOM

Over de functie van het eigendomsvoorbehoud, stelt Zwalve:

“Het wordt, naar mij dunkt, eindelijk tijd dat wij het eigendomsvoorbehoud bij de koop & verkoop van roerende goederen op crediet gaan erkennen voor wat het is, namelijk als een zakelijk zekerheidsrecht en niet meer dan dat.”²⁵

Hiermee zegt Zwalve veel over de plaats van het eigendomsvoorbehoud in het handelsverkeer, maar des te minder over zijn juridische aard. Het feit dat twee juridische figuren, pandrecht en eigendom, worden gebruikt om te voorzien in dezelfde behoefte van het handelsverkeer, maakt deze figuren nog niet juridisch-inhoudelijk gelijk. Sterker nog, de *functie* van een zekerheidsrecht wordt ook vervuld door niet-juridische kwesties als een reputatie van goede betalingsmoraal of een hoge solvabiliteit. De aard van het eigendomsvoorbehoud naar geldend recht moet daarom mijns inziens worden beschouwd vanuit een vergelijking tussen de juridische *eigenschappen* van de voorbehouden eigendom en die van bezitloze zekerheidsrechten enerzijds en reële eigendom

²⁴ In geval van consumentenkrediet behandelt de Wet op het financieel toezicht “geldkrediet” en “goederenkrediet” op gelijke wijze (artikel 1:1 Wft). Een reclameboodschap om bijvoorbeeld een auto aan te schaffen waarbij (gedeeltelijk) pas over enkele jaren hoeft te worden betaald, bevat daarom verplicht de boodschap: “Let op. Geld lenen kost geld.” (Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft).

²⁵ Zwalve 1995, p. 393.

anderzijds. Deze paragraaf maakt een dergelijke vergelijking, en beschouwt aan de hand hiervan de aard van het eigendomsvoorbehoud als zekerheidseigendom dan wel reële eigendom.

OVERWAARDE

In geval van executie mag een pandhouder de zaak waarop het pandrecht rust niet toe-eigenen – zelfs niet wanneer hij de bevoegdheid hiertoe met de pandgever is overeengekomen (artikel 3:235 BW). Hij moet deze in beginsel openbaar verkopen (artikel 3:250 BW). Na executie dient de pandhouder de overwaarde van de geëxecuteerde zaak uit te keren aan de pandgever (artikel 3:253 lid 1 BW). Een verkoper onder eigendomsvoorbehoud kan in geval van verzuim door de koper de verkochte zaak revindiceren. Revindicatie van de zaak door de verkoper leidt in beginsel van rechtswege tot ontbinding van de koopovereenkomst.²⁶ Vanwege de ontbinding ontstaat in het vermogen van de koper een vordering tot terugbetaling van reeds voldane termijnen, terwijl de verkoper eigenaar blijft van de zaak die weer in zijn macht moet worden gebracht (artikel 6:271 BW). Naast recht op teruggave van de verkochte zaak, heeft de verkoper recht op vergoeding van schade ontstaan door de wanprestatie van de koper (artikel 6:277 jo. 6:74 BW). Het verschil tussen de waarde van de gerevindiceerde zaak en de koopprijs is een bron van schade voor de verkoper en zal dus door de koper moeten worden voldaan, eventueel door verrekening met reeds betaalde termijnen van de koopprijs.

De vraag rijst wat er gebeurt wanneer de desbetreffende zaak op het moment van ontbinding in waarde de koopprijs overtreft, omdat de koper een zeer scherpe prijs heeft bedongen of omdat de zaak tussen de verkoop en de ontbinding in waarde is gestegen. Wanneer de verkoper ontbindt met als doorslaggevende reden te profiteren van een dergelijk waardeverschil, moet hij dit afstaan aan de koper ingevolge artikel 6:278 BW, om zo de “oorspronkelijke waardeverhouding te herstellen”. Wanneer de koper in verzuim is, zal het niet snel aannemelijk gemaakt kunnen worden dat de verkoper uitsluitend tot ontbinding is overgegaan om te profiteren van waardestijging van de verkochte zaak. Het ligt dan voor de hand dat de waardestijging van de zaak ‘gewoon’ aan de eigenaar-verkoper ten goede komt.²⁷ Huurkoop kent voor deze situatie een wettelijke regeling. Artikel 7A:1576t BW schrijft voor:

Indien bij ontbinding van de overeenkomst wegens het niet nakomen door den koper van zijne verplichtingen de verkoper in beteren vermogenstoestand zou geraken dan bij het in stand blijven van de overeenkomst, vindt volledige verrekening plaats.

Op grond van deze bepaling, lijkt een waardestijging de huurkoper ten goede te komen. De parlementaire geschiedenis van het artikel laat echter niet zien dat de wetgever bij de invoering ervan rekening heeft gehouden met een waardestijging. Opmerkelijk genoeg staat in de memorie

²⁶ Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2010 (3-VI), nr. 540; Brahn 1991, p. 135; Pitlo / Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 970; Vriesendorp 1985, p. 63. Deze ontbinding is een uitzondering op de regel vervat in artikel 6:267 BW dat een ontbinding per schriftelijke verklaring of door de rechter moet geschieden. Ten aanzien van huurkoop, een species van het eigendomsvoorbehoud, is dit bepaald in artikel 7A:1576s BW. Uit dit artikel volgt dat partijen ook anders kunnen overeenkomen, hetgeen ook wordt aangenomen ten aanzien van het eigendomsvoorbehoud. Ook kan terugneming van de zaak door de verkoper geschieden als een tijdelijke veiligheidsmaatregel, in welk geval terugname niet leidt tot ontbinding van de koopovereenkomst, aldus Reehuis 1998, nr. 52.

²⁷ Van Vliet 2008, paragraaf 5.1.2.

van toelichting slechts een aantal rekenvoorbeelden waarin de huurverkoper zou worden verrijkt omdat hij al enkele deelbetalingen heeft ontvangen.²⁸ De bepaling was voornamelijk ingevoerd om de huurkoper als vaak kleinere partij te beschermen tegen de gevolgen van ontbinding door de huurverkoper. Voor de invoering van artikel 7A:1576t BW verloor de huurkoper in dat geval namelijk niet alleen de (macht over de) zaak, maar ook zijn reeds gedane deelbetalingen.²⁹ Uit deze achtergrond is weleens de conclusie getrokken dat artikel 7A:1576t BW niet meer behelst dan een uiting van wat nu de algemene regels voor de gevolgen van ontbinding zijn (artikel 6:271 BW).³⁰ De memorie van toelichting stelt echter wel duidelijk dat de huurverkoper nooit meer mag ontvangen dan hij zou hebben ontvangen bij correcte nakoming van de overeenkomst van huurkoop en derhalve moet worden aangenomen dat een waardestijging aan de huurkoper ten goede komt.³¹

Voor het eigendomsvoorbehoud ontbreekt een wettelijke bepaling als die van artikel 7A:1576t BW. De indruk kan daarom ontstaan dat de eigenaar die heeft ontbonden, terwijl hij dit niet heeft gedaan met het doel van waardestijging te profiteren, weer 'gewoon' over zijn eigendom kan beschikken en slechts de reeds betaalde termijnen van de koopprijs moet terugbetalen. Een dergelijke gang van zaken zou duiden op een reëel eigendomsrecht en niet op zekerheidseigendom. In geval van wanprestatie is dan het voordeel van waardevermeerdering (doch niet het risico van waardevermindering) in beginsel voor rekening van de eigenaar. In de literatuur wordt echter aangenomen dat, analoog aan artikel 7A:1576t BW en aan het toe-eigeningsverbod voor pand en hypotheek (artikel 3:235 BW), ook de verkoper onder eigendomsvoorbehoud niet mag profiteren van de wanprestatie van zijn wederpartij.³² De ratio is klaarblijkelijk gelegen in het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking. De verkoper mag niet profiteren van de wanbetaling van de koper. De volledige waardestijging van de zaak moet derhalve na ontbinding, zoals bij huurkoop, aan de koper worden uitgekeerd. Deze overwaarderegeling ondersteunt de stelling dat eigendomsvoorbehoud een vorm van zekerheidseigendom is. Het positieve risico van waardestijging komt immers niet ten goede aan de juridische eigenaar.

FAILLISSEMENT EN AFKOELINGSPERIODE

Hangende de vervulling van de opschortende voorwaarde waaronder is overgedragen, heeft de verkoper onder eigendomsvoorbehoud een eigendomsrecht op de zaak. Wanneer sprake is van reële eigendom zou de eigenaar in geval van faillissement van de koper even ongestoord van zijn bevoegdheden uit het eigendomsrecht gebruik kunnen maken als buiten faillissement. Beperkingen aan dit eigendomsrecht in faillissement van de koper zijn slechts te verklaren wanneer men dat recht beschouwt als een bezitloos zekerheidsrecht.

Tijdens de afkoelingsperiode kunnen eigenaren zaken die in de macht van de failliet zijn niet opeisen (artikel 63a lid 1 Fw). Deze beperking in bevoegdheden is gelijk voor reële eigendom en zekerheidseigendom, en vormt geen basis voor de kwalificatie van het eigendomsvoorbehoud als

²⁸ MvT bij artikel 7A:1576t BW, *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen 1933-1934, nr. 431.3.

²⁹ Jansen 1999, p. 12.

³⁰ Struycken 1996, p. 656.

³¹ MvT bij artikel 7A:1576t BW, *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen 1933-1934, nr. 431.3; Van Vliet 2008, paragraaf 5.1.2; Salomons 1996, p. 654.

³² Brahn 1991, p. 135; Vriesendorp 1985, p. 68-69; Struycken 1996, 656-657; Reehuis 1998, nrs. 33 en 52; Van Hees 1997, p. 184.

een van beide. De inbreuk op het eigendomsrecht van derden op zaken in de macht van de failliet gaat echter verder. Kortmann betoogt dat de curator voorraden die onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd, mag verbruiken en vervreemden.³³ De *factuurwaarde* van de zaak moet aan de oorspronkelijke vervreemder van de zaak worden uitgekeerd ter compensatie voor verlies van zijn eigendomsrecht. De vordering tot betaling van de waarde van de zaak is een boedelvordering. Het feit dat de curator bij tenietgaan van het eigendomsrecht van de oorspronkelijke vervreemder door (bevoegde) vervreemding of verbruik de *factuurwaarde* en niet de werkelijke waarde van de zaak op dat moment dient te vergoeden, wijst op het zekerheidskarakter van het eigendomsvoorbehoud. Het risico dat de werkelijke waarde afwijkt van de factuurwaarde wordt gedragen door de gefailleerde koper en niet door de eigenaar. De koper profiteert van een waardestijging tussen het moment van koop van de zaak en zijn vervreemding.

Ook uit het *Voorontwerp Insolventiewet* blijkt dat het eigendomsvoorbehoud een vorm is van zekerheidseigendom.³⁴ De toelichting bij artikel 3.6.4 schrijft voor dat de vergoeding in geval van eigendomsvoorbehoud redelijkerwijs moet worden bepaald met de factuurwaarde als uitgangspunt. Artikel 3.6.6 lid 3 van het *Voorontwerp Insolventiewet* stelt eigendomsvoorbehoudsverkopers in een gelijke positie als pandhouders en in een andere positie dan “gewone” eigenaren zoals verhuurders. De bewindvoerder kan in de voorgestelde insolventieprocedure zaken opeisen die op grond van een pandrecht of een voorbehouden eigendomsrecht in de macht van de pandhouder (artikel 3.6.6 lid 1 Voorontwerp Insolventiewet) of de eigenaar (artikel 3.6.6 lid 3 Voorontwerp Insolventiewet) zijn gebracht in de “verdachte periode” van een maand voorafgaande aan de insolventieverklaring. Een “gewone” eigenaar wordt door deze regeling niet getroffen. Het *Voorontwerp Insolventiewet* zal hoogstwaarschijnlijk geen wet worden.³⁵ De mate waarin het eigendomsvoorbehoud in dit ontwerp echter wordt gelijkgesteld aan het pandrecht, is illustratief voor zijn zekerheidskarakter.

BODEMRECHT – BEPAALDE BELASTINGEN

Het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft, aldus artikel 20 van de Faillissementswet. Dit uitgangspunt van het faillissementsrecht kent twee aspecten. Ten eerste heeft het faillissement betrekking op het *gehele* vermogen (i.e. alle activa) van de schuldenaar, en kan deze niet een deel van zijn vermogen buiten het faillissement houden. Ten tweede betekent de regel dat schuldeisers zich slechts kunnen verhalen op het vermogen van de *schuldenaar* en niet op goederen die in eigendom toebehoren aan derden.³⁶ Het faillissement van de koper onder eigendomsvoorbehoud raakt daarom de verkoper in beginsel niet; deze kan de desbetreffende zaak revindiceren (artikel 5:2 BW). Een uitzondering bevat artikel 22 lid 3 Invorderingswet 1990,

³³ Kortmann 1994, p. 154.

³⁴ Commissie Insolventierecht, *Voorontwerp Insolventiewet*, 2007.

³⁵ Zie de antwoorden van de minister van Justitie op Kamervragen hieromtrent: *Aanhangsel Handelingen II* 2010/2011, 1014.

³⁶ Polak/Pannevis 2008, pp. 52-53.

inhoudende het bodemrecht van de fiscus.³⁷ Het bodemrecht is een verhaalsrecht dat de fiscus heeft ter voldoening van bepaalde in dat artikel omschreven belastingschulden op bodemzaken,

*(...) vruchten, of roerende zaken [die] tot stoffering van een huis of landhoef, of tot bebouwing of gebruik van het land, zich tijdens de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden.*³⁸

Het bodemrecht omvat dus zowel zaken van de belastingschuldige als zaken van derden, zoals verkopers onder eigendomsvoorbehoud. De bodem is het perceel dat op het tijdstip van de beslaglegging feitelijk in gebruik is bij de belastingschuldige, en waarover hij onafhankelijk van anderen de beschikking heeft.³⁹ De archaisch aandoende wettelijke definitie van het begrip 'bodemzaak' is in de jurisprudentie uitgekristalliseerd en omvat de zaken die tot blijvend gebruik op de bodem van de belastingschuldige bestemd zijn, zoals machines, meubilair en overige inventaris. Uitgesloten van bodembeslag zijn derhalve grondstoffen, halffabrikaten en handelsvoorraden.⁴⁰

De derde-eigenaar op wiens zaak de fiscus beslag legt, kan ingevolge artikel 22 lid 1 Invorderingswet 1990 in bezwaar gaan, maar slechts binnen zeven dagen na beslaglegging en niet nadat de zaken door de fiscus zijn verkocht.⁴¹ De Leidraad Invordering 2008⁴² geeft criteria op basis waarvan een dergelijk bezwaar wordt gehonoreerd:

(...) het eigendomsrecht van een derde [wordt] ontzien in die gevallen waarin sprake is van reële eigendom van de derde. Onder reële eigendom van de derde wordt verstaan de situatie waarin de zaken zowel juridisch zijn van de derde, als in economisch opzicht in overwegende mate aan hem toebehoren. Dit terughoudend beleid geldt dus niet als de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de zaken aanleiding geeft deze als zijn zaken aan te merken. Verhaal op zaken van een derde is dan gerechtvaardigd. Als voorbeelden hiervan kunnen gelden: de gevallen waarin zaken zijn geleverd in huurkoop of onder eigendomsvoorbehoud (...).

De verkoper onder eigendomsvoorbehoud kan zijn eigendomsrecht op 'bodemzaken' derhalve niet laten gelden in geval van bodembeslag door de fiscus. Hij bevindt zich in hetzelfde schuitje als de bezitloze pandhouder die op basis van het bodemvoorrecht (artikel 21 lid 2 io. art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990) de fiscus voor moet laten gaan. De positie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud is aldus beduidend slechter dan die van andere derde-eigenaren met een reëel eigendomsrecht zoals bewaargevers, verhuurders of *operational lessors*.⁴³

³⁷ Dit bodemrecht moet worden onderscheiden van het algehele voorrecht van de fiscus (artikel 21 lid 1 Iw 1990) en het bodemvoorrecht van de fiscus (artikel 21 lid 2 Iw 1990). Zie 'Tekstra 2013' voor een uitleg van deze onderscheiden.

³⁸ Artikel 22 lid 3 slot Iw 1990.

³⁹ HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 298.

⁴⁰ Zie o.a. Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2010 (3-VI), nr. 494; Boeve 2007, p. 49; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 932.

⁴¹ Op grond van artikel 22 lid 3 Invorderingswet 1990 kan de derde-eigenaar in geval van beslag op bodemzaken ter zake van bepaalde belastingschulden geen verzet doen bij de burgerlijke rechter (artikel 456 Rv).

⁴² Leidraad Invordering 2008, *Stcrt.* Suppl. 2008, 122, laatstelijk gewijzigd 22-03-2013, *Stcrt.* 2013, 8366.

⁴³ De fiscus eerbiedigt het eigendomsrecht van een lessor op grond van de Leidraad Invordering 2008 onder drie voorwaarden: (a) de *lessor* gedraagt zich als eigenaar van het lease-object; (b) de *lessor* heeft de juridische eigendom van het lease-object; (c) de *lessor* loopt positief of negatief restwaarderisico ten aanzien van het lease-object. In dat geval is sprake van *operational lease* in tegenstelling tot *financial lease*.

In geval van faillissement van de koper, wordt het eigendomsrecht van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud sterk gerelativeerd wanneer het bodemzaken betreft. Het moet wijken voor het bodemrecht van de fiscus, wiens mogelijkheden tot verhaal met een recente wetswijziging zelfs zijn toegenomen. De Invorderingswet 1990 en de Leidraad Invordering 2008 beschouwen het eigendomsvoorbehoud niet als reële eigendom maar als zekerheidseigendom.⁴⁴

BOEDELBIJDRAGE

Daar een faillissement slechts het vermogen van de failliet omvat, raakt het geen eigendomsrechten van derden. In het geval van eigendomsvoorbehoud wordt dit beginsel niet slechts overschreden door de afkoelingsperiode en het bodemrecht van de fiscus, maar tevens door de verplichte boedelbijdrage die met regelmaat door de curator wordt geëist van revindicerende verkopers onder eigendomsvoorbehoud.

De rechtmatigheid van deze boedelbijdrage is tweemaal in de lagere rechtspraak aan de orde geweest.⁴⁵ In beide gevallen oordeelde de rechter dat uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeide dat een boedelbijdrage moest worden betaald. Curatoren maken immers kosten voor de opslag en het behoud van de eigendommen van derden en deze kosten komen slechts die derden ten goede, en niet de failliete boedel. Een verhuurder of *operational lessor* kan in beginsel bij wanprestatie van de huurder of *lessee* de overeenkomst ontbinden (artikel 6:265 BW) en de zaak revindiceren (5:2 BW). De rechtbank Zwolle-Lelystad oordeelde dat kosten die tot behoud en aflevering van leaseauto's werden gemaakt nog niet in redelijkheid tot een boedelbijdrage hoefden te leiden.⁴⁶ Deze kosten behoren immers gewoon tot de afwikkeling van de leaseovereenkomst. Een verschil tussen reële eigendom en zekerheidseigendom tekent zich aldus af. Revindicatie door de zekerheidseigenaar is een onregelmatigheid en kosten die ten behoeve van zijn zaak zijn gemaakt, dienen door hem te worden vergoed. Revindiceert echter de reële eigenaar, van wie toch wordt verwacht dat hij op enig moment de geleasede of gehuurde zaak weer onder zich krijgt, dan bestaat die vergoedingsplicht niet. De reële eigendom van de verhuurder wordt dus eerbiedigd, in tegenstelling tot de zekerheidseigendom van de verkoper.

De rechter vindt in de redelijkheid en billijkheid de grond voor de verplichte boedelbijdrage. Het zou onredelijk of onbillijk zijn dat curatoren kosten maken die niet de boedel maar derden ten goede komen zonder hiervoor een vergoeding te krijgen. Omdat reële eigenaren wel kosteloos

⁴⁴ Op 1 januari 2013 trad een wijziging van de Invorderingswet 1990 in werking, toevoegende een nieuw artikel 22bis. Dit nieuwe artikel gebiedt de derde-eigenaar van een bodemzaak om mededeling te doen aan de fiscus wanneer hij voornemens is die zaak te revindiceren of anderszins ervoor te zorgen dat de zaak niet meer als bodemzaak heeft te gelden. De bodemverhuurconstructie, waarbij de schuldenaar de bodem verhuurt aan een ander (veelal de bank) zodat het niet langer zijn bodem is, wordt *zo de facto* gefrustreerd. Tot vier weken na deze mededeling mag de eigenaar zijn rechten op de zaak niet uitoefenen. Dit geeft de fiscus geruime tijd om bodembeslag te leggen en ontnemt verkopers onder eigendomsvoorbehoud de kans om de fiscus te snel af te zijn. De waarde van het eigendomsrecht van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud in het faillissement van de koper is derhalve verminderd door de wetswijziging. Het verschil in recht tussen een reële eigenaar van een bodemzaak en de verkoper onder eigendomsvoorbehoud is toegenomen.

⁴⁵ Rechtbank 's-Gravenhage 16 juni 1993, *NJ* 1995, 205; Rechtbank Haarlem (sector kanton) 15 september 2010, *LJN* BO9279.

⁴⁶ Rechtbank Zwolle-Lelystad 11 januari 2012, *JOR* 2012/366.

lijken te kunnen revindiceren, is dit slechts ten dele waar. De boedelbijdrage is niet alleen redelijk en billijk omdat de curator kosten maakt ten behoeve van de eigenaar, maar ook vanwege het feit dat de eigenaar revindiceert bij wijze van (quasi-)verhaal. Hij had nooit de verwachting de zaak weer onder zich te krijgen. Ongeacht de motivering van de rechters in de beide uitspraken, moet derhalve worden geconcludeerd dat het zekerheidskarakter van het eigendomsvoorbehoud doorslaggevend is voor de verplichting tot boedelbijdrage. De reële eigendom van een verhuurder wordt niet getroffen, maar de zekerheidseigendom van de verkoper wordt beperkt.

2.5 EIGENDOMSVOORBEHOUD ALS REËLE EIGENDOM

De vorige paragraaf beschreef hoe de voorbehouden eigendom veelal als zekerheidseigendom heeft te gelden. Er is echter een tweetal aspecten van het eigendomsvoorbehoud dat duidt op een reële-eigendoms-karakter. De voorbehouden eigendom is geen accessoir recht, in tegenstelling tot de beperkte zekerheidsrechten. Daarnaast kent de wet in artikel 3:229 BW een regeling voor zaaksvervanging bij tenietgaan van zaken waarop een beperkt zekerheidsrecht rust, terwijl een dergelijke regeling niet geldt voor het voorbehouden eigendom.

ACCESSORIËTEIT

Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn, schrijft artikel 3:82 BW voor. Het zekerheidsrecht is afhankelijk van de vordering die het verzekert en volgt deze vordering. Wanneer de verzekerde vordering wordt gecedeerd, gaat ook het pand- of hypotheekrecht over op de cedent. We kennen derhalve wel de derde-pandgever maar niet de derde-pandnemer. Het zekerheidsrecht gaat bovendien teniet op het moment dat de vordering tenietgaat, bijvoorbeeld door algehele voldoening. De afhankelijkheid van het pand- of hypotheekrecht van de vordering tot zekerheid waarvan het dient, hangt volledig samen met het zekerheidskarakter van dat recht. Zulk een recht kan slechts bestaan zo lang het *verzekert*.

De voorbehouden eigendom is geen afhankelijk recht, evenmin als het fiduciaire eigendomsrecht onder het oude BW dit was, zoals bevestigd door de Hoge Raad in zijn arrest *Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.*⁴⁷ Wanneer de verkoper zijn vordering tot betaling op de koper cedeert, ontvangt de cessionaris niet van rechtswege het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde dat die betaling verzekert. Dit eigendomsrecht moet afzonderlijk worden overgedragen. Wanneer een derde de koopprijs voldoet (en niet de vordering overneemt) kan hij door subrogatie rechthebbende op de vordering op de koper worden (artikel 6:150 aanhef en sub d BW). Hij ontvangt echter niet het eigendomsrecht, dat bovendien in geval van een simpel eigendomsvoorbehoud overgaat op de koper, daar voldaan is aan de opschortende voorwaarde voor overdracht (artikel 3:92 lid 1 BW).

ZAAKSVERVANGING EX ARTIKEL 3:229 BW

Een leverancier die pas op een later moment door de afnemer wordt betaald, kan een pandrecht op de zaak voorbehouden. Dit pandrecht als afsplitsing van het eigendomsrecht komt nooit in het vermogen van die afnemer en gaat daarom in rangorde voor op door deze eerder gevestigde pandrechten ten behoeve van de bank (zie paragraaf 2.2). De pandhouder verliest echter zijn

⁴⁷ HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 462 (Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.), r.o. 3.3.

zekerheid wanneer de zaak waardeloos wordt door brand, vernieling of waterschade. Hij kan bedingen dat de afnemer zich tegen deze schade verzekert, en kan zelfs een pandrecht bedingen op de uitkering van de verzekeraar. Dit pandrecht wordt dan bij voorbaat gevestigd door de afnemer, als gevolg waarvan het pandrecht van de leverancier andere eerder (ten behoeve van de bank) gevestigde pandrechten in rangorde voor zich moet dulden. De brand die de zaak waarop het pandrecht rust, in vlammen doet opgaan, geeft derhalve een voordeel aan de bank ten koste van de leverancier.

Om deze als onrechtvaardig beschouwde vermogensverschuiving af te wenden,⁴⁸ heeft de wetgever artikel 3:229 BW ingevoerd. Het eerste lid van dit artikel vestigt van rechtswege een pandrecht “op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed.” Op grond van het tweede lid van 3:229 BW gaat dit pandrecht boven de eerder ten behoeve van de bank gevestigde pandrechten.

Artikel 3:229 BW beschermt niet de verkoper die over een voorbehouden eigendomsrecht beschikt in plaats van een pandrecht. Als een onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak in een brand is vernietigd, heeft de leverancier geen enkele zekerheid meer. Zelfs wanneer de afnemer ten gunste van de leverancier bij voorbaat een pandrecht had gevestigd op de vordering op zijn verzekeraar, dan nog zou in de regel de bank beschikken over een eerder gevestigd en derhalve hoger in rangorde komend pandrecht. Een pandrecht geeft dus in sommige gevallen meer zekerheid aan de leverancier dan het eigendomsrecht.

Het ontbreken van zowel accessoriëteit als zaaksvervanging ex 3:229 BW komt voort uit het feit dat een voorbehouden eigendom dogmatisch verschilt van een beperkt zekerheidsrecht. De aard van het eigendomsrecht schaadt zo juist de functie als zekerheidsrecht. Aan diegenen die een vordering overnemen of in plaats van de schuldenaar voldoen, wil de wetgever gelijke bescherming bieden als de oorspronkelijke crediteur, maar zijn eigen figuur van eigendomsvoorbehoud staat daaraan in de weg. Evenzeer wil de wetgever blijkens 3:229 BW zekerheidsnemers beschermen tegen bepaalde wijzen van tenietgaan van het zekerheidsobject. Het feit dat een verkoper door het *eigendomsrecht* wordt beschermt, maakt juist die bescherming onmogelijk.

2.6 CONCLUSIE

Het eigendomsvoorbehoud naar huidig recht is een vorm van zekerheidseigendom en is daarom in strijd met de *gedachte* van het fiduciaverbod. De verkoper onder eigendomsvoorbehoud houdt meer recht dan zijn belang als zekerheidsnemer rechtvaardigt, en is daarmee overbedeeld.

Het zekerheidskarakter van het eigendomsvoorbehoud blijkt in de eerste plaats uit zijn functie in het handelsverkeer. Bij een leverancierskrediet vervult het eigendomsvoorbehoud immers dezelfde economische functie als een pandrecht bij een (doorlopend) regulier krediet verstrekt door een derde-financier.

⁴⁸ Spath 2010, nrs. 79 (slot), 82 en 94.

De voorbehouden eigendom blijft dogmatisch echter een eigendomsrecht. Dit eigendomsrecht tot zekerheid heeft daarom allerlei *ad-hoc* reparaties ondergaan om zijn eigenschappen meer met een bezitloos zekerheidsrecht te doen overeenstemmen. Zo wordt tegenwoordig aangenomen dat de overwaarde van de zaak waarop een voorbehouden eigendom rust, bij revindicatie en ontbinding ten goede komt van de koper. In de afkoelingsperiode in faillissement wordt het eigendomsvoorbehoud in grote mate als een zekerheidsrecht behandeld, en bij uitvoering van zijn bodemrecht maakt de fiscus een duidelijk onderscheid tussen reële eigendom en het eigendomsvoorbehoud. In faillissement kan de verkoper onder eigendomsvoorbehoud met een verplichte boedelbijdrage worden geconfronteerd, waar die plicht een reële eigenaar niet treft.

Op een tweetal punten heeft de wetgever een gelijkstelling van de voorbehouden eigendom met een bezitloos zekerheidsrecht nagelaten, en juist hier leidt zijn eigendoms karakter tot ongewenste gevolgen. De wet beschermt de houder van een pandrecht bij een (bepaalde) teloorgang van het onderpand met een regeling voor zaaksvervanging (artikel 3:229 BW). De verkoper onder eigendomsvoorbehoud, houder van het in beginsel meeromvattende eigendomsrecht, beschermt zij niet. Een door de verkoper voorbehouden pandrecht dat strekt tot zekerheid van betaling van de koopprijsvordering, gaat als afhankelijk recht over op diegene aan wie de verkoper zijn vordering cedeert. Had dezelfde verkoper niet een pandrecht maar de eigendom van de zaak voorbehouden, dan was dat eigendomsrecht niet van rechtswege overgegaan op de cessionaris van de koopprijsvordering.

Kortom, het eigendomsvoorbehoud is mijns inziens een complexe figuur. Het is een eigendomsrecht dat dient tot zekerheid. Dat de voorbehouden eigendom dogmatisch – uiteraard – een eigendomsrecht is, heeft allerlei nadelige gevolgen die de wetgever slechts ten dele heeft gerepareerd.

HOOFDSTUK 3: DE FUNCTIONELE BENADERING VAN HET EIGENDOMSVOORBEHOUD NAAR AMERIKAANS EN INTERNATIONAAL RECHT

3.1 HARMONISATIE VAN GOEDERENRECHT

Harmonisatie van nationale wetgeving is een doel dat al sinds het einde van de negentiende eeuw wordt nagestreefd door de internationale gemeenschap.⁴⁹ Ook het privaatrecht is al enkele decennia onderwerp van harmonisatiestreven van wetgevers en internationale organisaties, maar het gehele goederenrecht en vooral de zekerheidsrechten en het eigendomsvoorbehoud werden lange tijd beschouwd als rechtsgebieden die niet konden of moesten worden geharmoniseerd. De materie werd te complex geacht, en de rechtsstelsels te divers.⁵⁰ Het goederenrecht, en in het bijzonder het recht dat betrekking heeft op gecureerde transacties, heeft daarom vrijwel een eeuw lang deze trend van voortschrijdende harmonisatie ontlopen.⁵¹ Burman merkt hieromtrent op:

"In the mid-1990s, the accepted wisdom in the field had placed several areas in the "impossible" list, consigned to the dustbin because of deep differences in legal traditions, the uses of commercial law, and legislative and cultural difficulties in changing long-standing law. Secured finance was near the top of that list."⁵²

Vanaf het midden van de jaren negentig zijn op deze gebieden toch uiteenlopende initiatieven tot harmonisatie genomen, waaronder verdragen,⁵³ modelwetten,⁵⁴ EG-richtlijnen⁵⁵ en een omvangrijke leidraad voor nationale wetgevers.⁵⁶

MODELWETTEN

In 1994 verscheen de *Model Law on Secured Transactions* van de *European Bank for Reconstruction and Development* (hierna: *EBRD Model Law* respectievelijk *EBRD*). De *EBRD* is in 1991 opgericht om de voormalige communistische landen van Oost-Europa te helpen bij het ontwikkelen van markteconomieën. De modelwet moest passen in continentale rechtsstelsels, en behoorde tegelijkertijd de opkomende economieën internationaal concurrerend te maken. Harmonisatie tussen de landen tot welke de modelwet gericht was, werd grotendeels bereikt met het feit dat dezelfde modelwet voor alle landen van toepassing was. Daarnaast bestond het expliciete doel om

⁴⁹ Burman 2003, p. 348. Een van de oudste intergouvernementele organisaties die harmonisatie nastreven, is de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, opgericht in 1893.

⁵⁰ Burman 2003, p. 347; Veneziano 2008, p. 88.

⁵¹ Veneziano 2008, p. 88.

⁵² Burman 2003, p. 347.

⁵³ Bijvoorbeeld de *UNIDROIT Convention on International Factoring* (1988), de *Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment* (2001) en de *United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade* (2001).

⁵⁴ Bijvoorbeeld de *EBRD Model Law on Secured Transactions* (1994) en de *OAS Model Law on Secured Transactions* (2002).

⁵⁵ Bijvoorbeeld de Europese richtlijn betreffende de financiëlezekerheidsovereenkomsten (2002/47/EC).

⁵⁶ *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions* (2009).

de handel met landen met angelsaksische rechtsstelsels, die voor de val van het IJzeren Gordijn nauwelijks bestond, zoveel mogelijk te faciliteren.

In het verband van de Europese Unie, vindt uniformering van recht voornamelijk plaats door implementatie van Europese richtlijnen. De vrijheid die nationale wetgevers veelal hebben hierin en de beperkte inhoudelijke omvang van veel richtlijnen, hebben geleid tot een verbrokkeld beeld van harmonisatie.⁵⁷ Om een tegenwicht te bieden aan deze verbrokkeling gaf de Europese Commissie opdracht tot een blauwdruk voor een Europees burgerlijk wetboek, welk project in 2009 uitmondde in de *Draft Common Frame of Reference* (hierna: *DCFR*)⁵⁸ Het is zeer onwaarschijnlijk dat dit concept-wetboek ooit rechtstreeks kracht van wet krijgt in de Europese lidstaten door implementatie in een Verordening.⁵⁹ Daarnaast bestaat de door zowel de Nederlandse regering en de literatuur positief beoordeelde mogelijkheid, dat de *DCFR* als optioneel instrument zal dienen voor contractspartijen. Partijen zouden dan een rechtskeuze kunnen maken voor het recht van het Europese wetboek, dat dan het negenentwintigste rechtsstelsel binnen de Europese Unie is.⁶⁰ Het is echter evenzeer onwaarschijnlijk dat dit binnenkort zal worden ingevoerd.⁶¹ De *DCFR* zal in de ogen van de Nederlandse regering dan ook vooral dienen als een 'gereedschapskist': geselecteerde teksten dienen als referentie ter bevordering van harmonisatie.

CAPE TOWN CONVENTION

In 2001 kwamen 68 landen onder de auspiciën van *UNIDROIT* bijeen in een conferentie in Zuid-Afrika, die leidde tot de *Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment* (hierna: *Cape Town Convention*). Dit verdrag, in Nederland het Verdrag inzake internationale zakelijke rechten op mobiel materieel, is in 2010 in werking getreden. Voor een beperkt aantal zaken schept het verdrag een internationaal zekerheidsrecht.⁶²

⁵⁷ Van Velten 2011, p. 275.

⁵⁸ *Draft Common Frame of Reference* (2008), uitgegeven door de Duitse uitgever Sellier, ISBN 978-3-86653-098-0 (zes delen).

⁵⁹ Maatregelen op het gebied van privaatrecht worden in EU-verband meestal gebaseerd op artikel 114 VWEU. De bevoegdheid tot invoering van een Europees Burgerlijk Wetboek zou niet kunnen worden gebaseerd op dit artikel daar de inbreuk op nationale soevereiniteit vanwege haar omvang niet evenredig kan zijn met het verwachte effect op de werking van de interne markt. Dit vereiste van evenredigheid blijkt uit de uitspraak *Tabaksreclame II* van het Hof van Justitie ((HvJ)EU 12 december 2006, zaak C-380/03, Jur. 2006, p. I-11573 (Duitsland//Europees Parlement en Raad van de Europese Unie), ro. 41). Als grondslag van een dergelijke verordening blijft dan over artikel 352 VWEU, dat de bevoegdheid attributeert aan de Raad die besluit op basis van unanimiteit. Dit maakt invoering van een Europees Burgerlijk Wetboek politiek uiterst lastig, zo niet onmogelijk.

⁶⁰ Van Velten 2011, p. 276-277. Over de *DCFR* als optioneel instrument en de beoordeling hiervan in de literatuur: Hesselink e.a. 2011.

⁶¹ Artikel 114 VWEU biedt volgens Loos (2011, pp. 160-161) geen grondslag voor de invoering van een optioneel instrument. Aan het vereiste van evenredigheid is nu wel voldaan gezien de beperkte inbreuk op nationale soevereiniteit. Omdat het optionele instrument echter *naast* de nationale goederenrechtelijke stelsels zou staan, leidt het niet tot *harmonisatie* en kan artikel 114 VWEU niet als grondslag dienen.

⁶² Artikel 3 Verdrag inzake internationale zakelijke rechten op mobiel materieel somt op: (a.) vliegtuigcasco's, vliegtuigmotoren en helikopters; (b.) rijdend spoorwegmaterieel; en (c.) ruimteobjecten.

WETGEVINGSLEIDRAAD

In 2009 nam de *United Nations Commission on International Trade Law* (hierna: *UNCITRAL*) een rapport aan onder de naam *Legislative Guide on Secured Transactions* (hierna: *UNCITRAL Guide*), haar meest omvangrijke document tot nu toe over verzekerde transacties. Het geeft een advies aan wetgevers van alle landen hoe optimale wetgeving betreffende *secured transactions* eruit ziet. Dit advies heeft universele gelding, en is beoogd toepasselijk te zijn op diverse rechtssystemen (continentale stelsels, common law, evenals Chinese, Islamitische en andere rechtstradities).⁶³

UNIFORM COMMERCIAL CODE

De gemene deler van deze recente harmonisatie-instrumenten is de keuze voor een rechtssysteem dat is geënt op de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* (hierna: *UCC*). De *UCC* is opgesteld door rechtsgeleerden en andere juristen tussen 1942 en 1952 en is een modelwet. Omdat de *UCC* wetgeving inhoudt waartoe de bevoegdheid volgens Amerikaans staatsrecht op statelijk niveau ligt, is de *Code* door alle 50 staten afzonderlijk en vrijwel zonder wijzigingen ingevoerd.⁶⁴ In de loop der jaren is de modelwet herhaaldelijk aangepast door haar *Permanent Editorial Board*. Deze wijzigingen worden in de regel getrouw door alle staten overgenomen. *Article 9* is het deel van de *UCC* dat de zakelijke zekerheden regelt en is in 2001 ingrijpend gewijzigd.⁶⁵ Soms wordt daarom gesproken van *Revised Article 9*; hier en in het vervolg wordt echter met *Article 9* de meeste recente versie bedoeld.

De belangrijkste eigenschap van *Article 9* is dat het de *functional approach* ten aanzien van zakelijke zekerheid volgt. De wet wordt gekenmerkt door de gedachte van *substance over form*. Dit houdt in dat de (economische) functie van een transactie bepalend is ter beantwoording van de vraag of er een zekerheidsrecht uit voortvloeit. Een voorbehouden eigendomsrecht heeft een zekerheidsfunctie en wordt door de wet getransformeerd tot zekerheidsrecht. Deze *functional approach* is terug te vinden in alle hierboven genoemde internationale instrumenten die door de *UCC* zijn geïnspireerd. Dit hoofdstuk onderzoekt of dit beginsel een oplossing biedt voor de problemen omschreven in hoofdstuk 2 en veroorzaakt door de dogmatisch onzuivere en complexe positie van het eigendomsvoorbehoud naar huidig recht.

Allereerst worden de eigenschappen en verschijningsvormen van de *functional approach* beschouwd (paragraaf 3.2). Paragraaf 3.3 beschrijft de voordelen van wetgeving die op dit beginsel is gestoeld en tevens de kritiek die in de literatuur te horen is. Zij heeft geleid tot de *non-unitary approach* die te beschouwen is als de Europese variant op het Amerikaanse beginsel. Deze komt aan de orde in paragraaf 3.4.

3.2 FUNCTIONAL APPROACH

UCC Article 9 geeft een wettelijke regeling voor de zakelijke zekerheid. Het begrip *security interest*, waar de wetgever allerlei vormvoorschriften en rechtsgevolgen aan verbindt, is van toepassing op

⁶³ *UNCITRAL* 2010, p. 1.

⁶⁴ En tevens door het Amerikaans Congres in het *District of Columbia* en vele van de *United States Territories*.

⁶⁵ Zoals gebruikelijk in angelsaksische wetgeving (*statutory law*) doelt *article* op een deel van een wet dat een bepaald onderwerp beheerst. De Nederlandse wetgever zou spreken van een titel. Onze artikelen heten in de *UCC sections* en leden zijn *subsections*. *Article 9* draagt de titel "*secured transactions*".

een uitgebreide waaier aan zekerheden op *personal property*.⁶⁶ Dezelfde wettelijke regeling is dus steeds van toepassing, onafhankelijk van de vorm waarin de partijen de zekerheid tot betaling door de koper gieten. Dit blijkt uit *UCC §1-201(b)(35)*:

"Security interest" means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation. "Security interest" includes any interest of a consignor and a buyer of accounts, chattel paper, a payment intangible, or a promissory note in a transaction that is subject to Article 9. (...) The retention or reservation of title by a seller of goods (...) is limited in effect to a reservation of a "security interest."

Een verkoper die zijn eigendom onder opschortende voorwaarde wenst over te dragen, draagt toch bij levering direct zijn eigendom over, en behoudt of krijgt een bezitloos zekerheidsrecht. Op het voorbehouden eigendom zijn dus naar Amerikaans recht in beginsel dezelfde regels van toepassing als op bezitloze zekerheidsrechten, of partijen ze nu *chattel papers*, *liens*, of *pledges* noemen. Onder hetzelfde begrip *security interest* valt bovendien de *lease* die geen *true lease* is.⁶⁷ De verkoper onder eigendomsvoorbehoud, *financial lessor* en ook de *lender* wiens geld dient ter aanschaf van een bepaalde zaak, krijgen een *purchase-money security interest*. Dit recht is een species van de *security interest* en geniet *super-priority*, zodat het in rangorde boven eerder gevestigde "gewone" *security interests* komt.⁶⁸

Deze functionele wetgeving is wezenlijk anders dan de formele wetgeving die het Nederlandse goederenrecht grotendeels beheerst. Hier staat de vorm voorop die partijen kiezen om een goederenrechtelijk zekerheid te creëren. Een verkoper die het voorbehoud van een pandrecht bedingt, krijgt een ander recht dan iemand die onder eigendomsvoorbehoud heeft verkocht. Een financier die geld leent, opdat zijn schuldenaar een zaak kan kopen, kan bovendien niet het zekerheidsrecht krijgen dat een verstrekker van leverancierskrediet kan voorbehouden. Een *financial lessor* en een *operational lessor* hebben in beginsel dezelfde goederenrechtelijke aanspraak op de geleasede zaak.⁶⁹

De *EBRD Model Law* zocht met een functionele modelwet aansluiting bij *UCC Article 9*. Haar inleiding stelt:

*"One principle which has guided the drafting of the Model has been to produce a text which is compatible with the civil law concepts which underlie many central and eastern European legal systems and, at the same time, to draw on common law systems which have developed many useful solutions to accommodate modern financing techniques."*⁷⁰

De *EBRD Model Law* kent daarom de rechtsfiguur van het eigendomsvoorbehoud, maar beschouwt en herdefinieert het als een *charge*, net als alle andere door partijen geschapen zakelijke zekerheden.⁷¹ Op basis van *Article 9 EBRD Model Law* wordt een eigendomsvoorbehoud van

⁶⁶ *Personal property law* is kortweg het recht dat ziet op roerende zaken. Zie Zwolve 2008, p. 99.

⁶⁷ *UCC §1-203(b)*, §1-201 en *Official Comment* bij deze *section*. Hier wordt de *financial lease* bedoeld.

⁶⁸ Zie paragraaf 4.3 over de gelijkheid tussen de verkoper en deze *lender*, en paragraaf 4.2 over *super-priority*.

⁶⁹ Een noemenswaardig verschil tussen beide typen *lease* is dat de fiscus bij bodembeslag onder de *lessee* wel het eigendomsrecht van de *operational lessor* eerbiedigt, maar niet de eigendom van de *financial lessor*, die hij immers niet als reëel beschouwt. Zie hierboven, paragraaf 2.4 en Leidraad Invordering 2008.

⁷⁰ Röver & Simpson 1994.

⁷¹ Veneziano 2008, p. 91.

rechtsweg getransformeerd tot een eigendomsoverdracht waarbij een *unpaid vendor's charge* ontstaat ten behoeve van de verkoper:

- 9.1 *Where at or before the time of transfer of title by way of sale of a movable thing there is written agreement between the vendor and the purchaser that the vendor retains title or obtains a security right in the thing until payment of the purchase price*
- 9.1.1 *title to the thing is not retained by the vendor but is transferred to the purchaser as if such agreement does not exist; and*
- 9.1.2 *the vendor simultaneously receives a charge over the thing unless the parties otherwise agree without any requirement for a charging instrument or registration.*⁷²

De zinsnede “*as if such agreement does not exist*” wijst op de aard van de *functional approach*: het recht eerbiedigt niet de vorm die partijen hebben gekozen, maar kijkt naar hetgeen zij daarmee hebben willen bewerkstelligen. Het is dus irrelevant of partijen een *retention of title* of expliciet een *charge* overeenkomen te vestigen: het resultaat is een *unpaid vendor's charge*.⁷³ In beide gevallen hadden partijen immers de wens de verkochte zaken te gebruiken om een verhaalsmogelijkheid te creëren voor de zekerheidsnemer met absolute werking. De modelwet kijkt door de gekozen constructie heen, ziet haar (economische) functie en de achterliggende bedoeling van partijen en verbindt daar rechtsgevolgen aan.

Ook de *UNCITRAL Guide*, die op de Amerikaanse *UCC* is geïnspireerd, schrijft deze *functional approach* ten aanzien van wetgeving voor.⁷⁴ Alle transacties die een recht in het leven roepen op een goed, welke rechten bovendien het doel hebben nakoming van een verbintenis te verzekeren, zijn *secured transactions* in de ogen van de *UNCITRAL Guide* en zijn onderworpen aan dezelfde wettelijke regels en principes.⁷⁵

De functionele benadering ligt ook aan het *DCFR* en de *Cape Town Convention* ten grondslag. Beide kennen echter geen volledig eenvormig zekerheidsrecht en bieden ruimte aan het eigendomsvoorbehoud. Deze zogeheten *non-unitary approach* komt in paragraaf 3.4 aan de orde.

3.3 RESULTATEN VAN EN KRITIEK OP DE *FUNCTIONAL APPROACH*

UCC Article 9 en zijn *functional approach* zijn veel geprezen in de Amerikaanse literatuur⁷⁶ en worden met bewondering beschouwd in de Engelse.⁷⁷ *Article 9* is, behoudens kleine wijzigingen,

⁷² *EBRD Model Law, Article 9.*

⁷³ Het officiële commentaar bij *Article 9.1* stelt: “(...) a vendor may expressly provide that he is to receive a charge as provided under the law but even if he agrees to retention of title he will still obtain a charge. The parties do not actually need to be aware of the provisions of Article 9.”

⁷⁴ De *functional approach* komt nadrukkelijk tot uitdrukking in deze passage die meldt dat de vorm of het woordgebruik van partijen niet relevant is: “[The law] covers all rights in movable assets that are created by agreement and secure the payment or other performance of an obligation, regardless of the form of the transaction or the terminology used by the parties including rights of transferees under a transfer of title to tangible assets for security purposes, (...) as well as rights of sellers of financial lessors under various forms of retention-of-title agreement and financial leases, respectively.” (*UNCITRAL 2010*, p. 62).

⁷⁵ *UNCITRAL 2010*, p. 23. “Goed” is hier een vertaling van “asset”, daar dit begrip vorderingen en zaken omvat.

⁷⁶ Bridge e.a. 1999, p. 569.

⁷⁷ Allan 1997, p. 2: “(...) it is half a century old, and it works.”

volledig overgenomen en ingevoerd in alle vijftig staten van de Verenigde Staten. Canada heeft daarop vanaf 1990 de *Personal Property Security Act*, een wet op UCC-leest geschoeid, ingevoerd in alle staten met uitzondering van Quebec, dat een burgerlijk wetboek kent gebaseerd op de *Code Napoléon*. Vervolgens veroverde de *functional approach* met de *Personal Property Securities Act* Nieuw-Zeeland (1999) en Australië (2009). Bovendien zijn alle in dit hoofdstuk genoemde internationale instrumenten geïnspireerd op deze wetgeving.

In Amerika heeft de UCC gezorgd voor eenvoud en duidelijkheid van wetgeving en geleid tot minder gerechtelijke procedures en meer en goedkopere kredietverschaffing.⁷⁸ De *Cape Town Convention* levert naar schatting wereldwijd tientallen miljarden US dollars op in twintig jaar tijd voor overheden en luchtvaartmaatschappijen door lagere kosten voor krediet, en minder noodzaak voor overheidsгарanties.⁷⁹ De becijferde besparingen komen voort uit de *Convention*, en niet rechtstreeks uit de *functional approach*, en tonen daarom op zichzelf niet de waarde van dit systeem. Wel kan worden gesteld dat de *functional approach* de creatie van internationale zekerheidsrechten heeft mogelijk gemaakt.

De *functional approach* biedt perspectief voor het Nederlandse recht. Als het eigendomsvoorbehoud door de wet bijvoorbeeld tot pandrecht zou worden getransformeerd, zijn veel problemen opgelost. Het recht zou accessoir zijn en de wettelijke regeling voor zaaksvervanging ex artikel 3:229 BW is dan van toepassing. Bovendien hoeven de wetgever, de fiscus en de rechter geen inbreuken meer te plegen op het eigendomsrecht vanwege de afkoelingsperiode en de boedelbijdrage in faillissement en het bodemrecht.

Er is in angelsaksische literatuur ook kritiek op de *functional approach*. Het bestempelen van voorbehouden eigendom (*retention of title*) als een *security interest* ziet Bridge c.s. niet als een logische consequentie van de gedachte van *form over substance*. Het is zelfs inherent in strijd met de gedachte dat de *substance* prevaleert boven de door partijen gekozen vorm. Wanneer partijen een eigendomsvoorbehoud overeenkomen, is er geen discrepantie tussen *form* en *substance*. De overdracht onder eigendomsvoorbehoud heeft een geheel andere *substance* dan de vestiging van een zekerheidsrecht.⁸⁰ Het feit dat de UCC de *retention of title* in zijn eerste *Article* expliciet als zekerheidsrecht bestempelt (§1-201(b)(35), zie hierboven), betekent dat zelfs de schrijvers van de

⁷⁸ Chiu 2006, p. 703: "Litigation has largely decreased under the conceptually clear personal property security system instituted by Article 9 of the Uniform Commercial Code (UCC) in the United States." P. 727: "The approach in Article 9 of the Uniform Commercial Code (UCC) has been praised for attaining interpretive and conceptual clarity, as well as setting up a reliable system of registration which lenders can rely on when making lending decisions. This has led to the development of cheaper and more efficient provisions of credit, and less litigation." Akseli, p. 282: "The Receivables Convention [i.e. United Nations Convention in the Assignment of Receivables in International Trade (2004), een verdrag dat ook door de functional approach wordt gekenmerkt,] similarly abolishes the distinction between assignments by way of sale and security, and correctly avoids a distinction between title devices and security rights. This certainly has effects in the reduction of cost of credit."

⁷⁹ Saunders e.a. 2006.

⁸⁰ Bridge e.a. 1999, p. 573, nt. 16: "(...) Substance over form implies a dissonance between the legal form selected by the parties and the real underlying nature of the transaction. In the case of conditional sales and the like, no such dissonance exists. The unpaid seller is simply doing what any prudent owner of property would do: refusing to transfer ownership until the property is paid for."

UCC deze kwalificatie als een kunstmatige beschouwd die bovendien niet vanzelfsprekend is.⁸¹ Dit type wetgeving schaarst meer onder het begrip *security interest* en het daarop van toepassing zijnde regime dan de bedoeling is van partijen.⁸² Binnen de *Working Group* die de *UNCITRAL Guide* opstelde, was initieel ook veel verzet tegen de *functional approach*, omdat leden van mening waren dat *title security* en *true security* fundamenteel verschillen.⁸³

Zeer kritisch over de *Uniform Commercial Code* is Macdonald, die stelt dat er geen empirisch bewijs is voor de gestelde economische voordelen van functionele wetgeving. Naar zijn mening wordt de *functional approach* in de internationale literatuur een superieure status toegekend die onwetenschappelijk en religieus van aard is:

“(…) [*U.S. common law*] is not just the best available earthly representation of the possibilities; it is the Platonic ideal-type. Yet as far as I am aware, the assertion has not actually been put to a meaningful empirical test in many of the above fields. It remains a canon of the faith-based international law reform congregation, to which even disciples of reality-based constituencies are required to pay tribute.”⁸⁴

Naast de kritiek op de intrinsieke waarde van de *functional approach*, is er tevens discussie over de werking in andere rechtsstelsels dan het Amerikaanse. De *Uniform Commercial Code* is ontwikkeld in de context van de *common law* van de Verenigde Staten in de jaren '40 en '50. De *Code* maakte een einde aan een grote verscheidenheid aan zekerheden, elk door haar eigen regels omgeven. Voor de invoering van de *UCC* konden meerdere rechtsfiguren in eenzelfde transactie zekerheid bieden: *pledge*, *assignment*, *chattel mortgage (legal en equitable)*, *chattel trust*, *trust deed*, *factor's lien*, en *conditional sale*.⁸⁵ De *functional approach* bood een oplossing aan de onduidelijkheid en onvoorspelbaarheid die uit deze situatie voortkwam. De lof die de *UCC* in Anglo-Amerikaanse rechtskring kreeg, is wellicht meer te danken aan de lage kwaliteit van het recht dat deze verving dan aan de intrinsieke waarde van de nieuwe wetgeving.⁸⁶

De vraag rijst of de oplossing van de functionele benadering ook geschikt is voor en toepasbaar is op andere rechtssystemen. In Centraal- en Oost-Europese landen, tot welke de *EBDR Model Law* zich richt, speelde na de val van het IJzeren Gordijn een geheel ander probleem. Niet een overschot aan zekerheidsrechten, maar een gebrek aan zakelijke zekerheden belemmerde de kredietmarkten. De transplantatie⁸⁷ van een Amerikaans systeem dat raakt aan de fundamenten van de continentaalrechtelijke traditie, en dat anders is dan de West-Europese rechtssystemen (inclusief het Engelse recht), kan leiden tot onnodige complexiteit en onzekerheid.⁸⁸ Enkele voormalig communistische landen hebben de *functional approach* geïmplementeerd, maar de effecten hiervan zijn niet onverdeeld positief en moeilijk te onderzoeken.⁸⁹

⁸¹ Bridge e.a. 1999, pp. 588-589.

⁸² Bridge e.a. (1999, p. 579) spreken van “*overreach*”, en Raymond (2011, pp. 97-98) van “*over-capture*”.

⁸³ Macdonald 2009, p. 620.

⁸⁴ Macdonald 2009, p. 603.

⁸⁵ Raymond 2011, pp. 95-96.

⁸⁶ Zwalve 1995, p. 392.

⁸⁷ Uitgebreid over deze analogie met de plantkunde: Macdonald 2009.

⁸⁸ Dahan & Simpson 2009, p. 638.

⁸⁹ Dahan & Simpson 2009, p. 639. Voorbeelden die Dahan en Simpson geven van Europese landen of gebieden die een *functional approach* hebben geïmplementeerd, zijn Albanië, Kosovo en Montenegro.

Kortom, de *functional approach* is verre van onomstreden. De kritiek richt zich zowel op vermeende intrinsieke tekortkomingen als op de inpasbaarheid van het Amerikaanse beginsel in andere rechtsgebieden. Tegelijkertijd lijkt *UCC Article 9* in de Amerikaanse context te hebben geleid tot goedkoper krediet en eenvoudiger wetgeving, en wordt het systeem in de angelsaksische literatuur overwegend als positief beoordeeld. Bovendien is de *functional approach* een mogelijke oplossing voor problemen in het Nederlands recht.

3.4 DE FUNCTIONAL APPROACH IN CONTINENTALE CONTEXT: NON-UNITARY APPROACH

De *UCC* en de *EBDR Model Law* zijn voorbeelden van eenvormige (model)wetgeving; het zijn exponenten van de *unitary approach* in de woorden van de *UNCITRAL Guide*.⁹⁰ Dit houdt in dat ze één zekerheidsrecht kennen dat alle zakelijke zekerheden omvat, inclusief de zekerheidseigendom. Niet de door partijen gekozen vorm is relevant, maar het doel om de verkoper zekerheid van betaling van de koopprijs te geven. Wanneer partijen een verkoop onder eigendomsvoorbehoud overeenkomen en vervolgens de zaak leveren, is volgens deze (model)wetten de eigendom overgegaan en heeft de verkoper een *security interest* (*UCC §2-401(1)*) of een *charge* (*EBDR Model Law Article 9.1*). Onder deze wettelijke regimes zouden een voorbehouden pandrecht en een voorbehouden eigendomsrecht hetzelfde zijn. Iedere overeenkomst tussen partijen die een van beide rechten beoogt te bewerkstelligen, creëert een *security interest* of een *charge* voor de verkoper.

De *UNCITRAL Guide* adviseert wetgevers te kiezen voor dit type eenvormige wetgeving. In Europa, met inbegrip van Engeland, is veel weerstand tegen deze ontwikkeling.⁹¹ Een eigendomsvoorbehoud is immers geen zekerheidsrecht, maar een voorwaardelijke eigendomsoverdracht. Dit Europese perspectief en de discussie die het opriep, hebben de auteurs van de *UNCITRAL Guide* doen besluiten een alternatieve mogelijkheid aan de leidraad toe te voegen.⁹² Hoewel *UNCITRAL* de voorkeur geeft aan eenvormige wetgeving, geeft ze wetgevers tevens als optie de *non-unitary approach*.

De *functional approach* is hiermee niet verlaten, maar komt niet langer in een uniform zekerheidsrecht tot uitdrukking. Functionele wetgeving houdt nu niet in dat de wetgever vele subjectieve rechten samenvoegt tot één subjectief recht, maar dat dezelfde regels van toepassing zijn op verschillende juridische constructies. Verschillende rechten worden dan *functional equivalents*, optie (b) in de deze aanbeveling van de *UNCITRAL Guide*:

“9. With respect to acquisition financing, the functional approach may be implemented either:

(a) In a way that classifies as acquisition security rights all rights in movable assets that secure the payment or other performance of an obligation and that makes them subject to a common set of rules (“the unitary approach”); or

(b) In a way that classifies (under the approach referred to as “the non-unitary approach”):

⁹⁰ *UNCITRAL* 2010, p. 57-58.

⁹¹ Raymond 2011, p. 97.

⁹² Veneziano 2008, p. 91.

(i) As acquisition security rights all rights in movable assets that secure the payment or other performance of an obligation other than the rights of a seller under a retention-of-title agreement and of a lessor under a financial lease; and

(ii) As ownership rights the rights of a seller under a retention-of-title agreement and of a lessor under a financial lease, but makes those ownership rights subject to rules that produce outcomes that are the functional equivalent of the outcomes produced with respect to acquisition security rights, thereby ensuring that all providers of acquisition financing are treated equally.”⁹³

Volgens de *non-unitary approach*, in tegenstelling tot de *unitary approach*, wordt het recht van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud wel beschouwd als een eigendomsrecht. Dit recht is niet gelijk in vorm aan een *acquisition security right*, maar moet inhoudelijk gelijkwaardig zijn aan het recht dat de pandhouder op de zaak heeft ter verzekering van een lening waarmee de zaak is gefinancierd. Ook het recht van de koper moet in beide situaties even sterk zijn. Deze gelijkwaardigheid leidt tot de conclusie dat een voorbehouden eigendom moet worden geregistreerd in een openbaar register waar een *security right* dit ook moet op straffe van verlies van derdenwerking.⁹⁴

Volgens de *unitary approach* kan de derde-financier van een zaak hetzelfde recht verkrijgen als de verkoper die die zaak onder eigendomsvoorbehoud verkoopt: een *acquisition security right*. Die gelijkheid komt voort uit het feit dat beiden de aanschaf van een zaak financieren en beide transacties daarom economisch dezelfde functie dienen.⁹⁵ Als nu die verkoper daadwerkelijk de eigendom kan voorbehouden, moet de wetgever volgens de *non-unitary approach* wel voorzien in een gelijkwaardig recht voor de derde-financier. Hij moet dus in staat zijn prioriteit te verkrijgen boven reeds door de zekerheidsgever gevestigde rechten.⁹⁶ De verkoper onder eigendomsvoorbehoud wordt immers ook niet geraakt door zekerheidsrechten die op een eerder moment door de koper bij voorbaat zijn gevestigd. Deze komen nooit op de zaak te rusten, daar deze nooit in het vermogen van de koper komt zolang het eigendomsvoorbehoud voortduurt.

CAPE TOWN CONVENTION

De *Cape Town Convention* maakt een onderscheid tussen drie typen zekerheid: klassieke zekerheidsrechten, het eigendomsvoorbehoud, en het recht van een *financial lessor*.⁹⁷ Elk recht komt op een andere wijze tot stand; de *Cape Town Convention* volgt de *non-unitary approach*. Ze schaaft vervolgens alledrie de categorieën onder het begrip *international interest* en verklaart dezelfde regels over registratie en prioriteit van toepassing op de verschillende rechten.⁹⁸ Het verdrag handhaaft wel de verschillende rechtsfiguren, maar maakt deze grotendeels tot functionele

⁹³ UNCITRAL 2010, p. 63.

⁹⁴ UNCITRAL 2010, pp. 378-379, *recommendation* 192. In de *common law* bestaat geen hard onderscheid tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht (zie Zwolve 2008, p. 99). Continentale juristen zouden zeggen dat een zekerheidsrecht zonder derdenwerking slechts een obligatoire zekerheid is en derhalve van een (goederenrechtelijk) zekerheidsrecht in zijn geheel geen sprake meer is.

⁹⁵ Zie uitgebreider paragraaf 2.3.

⁹⁶ UNCITRAL 2010, p. 377, *recommendation* 188: “The law should provide that the rules governing acquisition financing produce functionally equivalent economic results regardless of whether the creditor’s right is a retention-of-title right, a financial lease right or an acquisition security right.”

⁹⁷ Artikel 2 lid 2 Verdrag inzake internationale zakelijke rechten op mobiel materieel (*Cape Town Convention*).

⁹⁸ Akseli 2011, p. 282.

equivalenten door ze allen de aanvullende status van *international interest* te geven.⁹⁹ Geregistreerde rechten komen op grond van het Verdrag in rangorde boven niet-geregistreerde rechten, inclusief eigendomsrechten. Een verkoper onder eigendomsvoorbehoud die zijn recht niet als *international interest* registreert, komt bedrogen uit wanneer de koper op een later moment andere, geregistreerde, zekerheidsrechten op de zaak vestigt.¹⁰⁰ Deze laatste rechten zal hij dan op grond van het Verdrag boven zijn eigendomsvoorbehoud moeten dulden.

DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

De *DCFR* kent evenmin een *unitary approach*. Deze Europese modelwet onderscheidt twee typen zakelijke zekerheid ("*proprietary security*"): een *security right* en het eigendomsrecht dat is voorbehouden bij een *retention of ownership device*.¹⁰¹ Het laatste begrip omvat de overdracht onder eigendomsvoorbehoud, de eigendom van de huurverkoper en de eigendom van de *financial lessor*.¹⁰² Omdat de meeste *chapters* van *DCFR Book IX* van toepassing zijn op beide typen zakelijke zekerheid, is er sprake van *functional equivalence*.¹⁰³ Dezelfde regels over derdenwerking en prioriteit zijn van toepassing. De *retention of ownership device* moet worden geregistreerd om tegen derden te werken. Verder kent de *DCFR* het begrip *acquisition finance device* dat zowel het voorbehouden eigendom als het *security right* van de derde-financier omvat. Beide rechten kunnen bijzondere prioriteit verkrijgen boven reeds door de zekerheidsgever gevestigde rechten.¹⁰⁴

De *non-unitary approach* handhaaft het dogmatische onderscheid tussen het voorbehouden eigendomsrecht van de verkoper en het zekerheidsrecht van de derde-financier; een groot verschil met de *unitary approach* is er in de praktijk niet. De *Cape Town Convention* en de *DCFR* scharen immers al snel na het maken van dit onderscheid beide vormen van zakelijke zekerheid onder één begrip, *international interest* respectievelijk *acquisition finance device*. Dezelfde regels betreffende derdenwerking, registratie en prioriteit worden vervolgens van toepassing verklaard op alle rechten die onder deze begrippen vallen. *Book 9* van het *DCFR* vertoont daarom nog steeds zoveel overeenstemming met *UCC Article 9*, dat Struycken concludeert: "Book 9 = Article 9".¹⁰⁵ Belangrijk is echter dat de eigenaar in staat blijft te revindiceren. Onder de *Cape Town Convention* houdt een recht zijn nationale identiteit al is het tevens een *international instrument*. Een voorbehouden eigendom naar Nederlands recht kan dus "gewoon" worden uitgeoefend door revindicatie. Onder de *DCFR* geeft een *retention of ownership device* ingevolge *Article XI. 7-301* de bevoegdheid te revindiceren.¹⁰⁶ Aldus lijkt de *non-unitary approach* tegemoet te komen aan veel van de bezwaren tegen de *functional approach*. De verkoper blijft in staat zijn eigendom te revindiceren, en daar heeft hij in de ogen van de Nederlandse wetgever behoefte aan.¹⁰⁷ Een mijns inziens zwaarwegend

⁹⁹ Veneziano p. 91.

¹⁰⁰ Artikel 29 lid 1 Verdrag inzake internationale zakelijke rechten op mobiel materieel.

¹⁰¹ *DCFR Article XI. – 1:101(1)*.

¹⁰² *DCFR Article XI. – 1:103(2)*.

¹⁰³ *DCFR Article XI. – 1:104(1)*. In de *DCFR* is een *chapter* ongeveer wat in het Burgerlijk Wetboek een afdeling heet. Een *Book* is het equivalent van een titel in het Burgerlijk Wetboek. Een *Article* is een artikel.

¹⁰⁴ *DCFR Article XI. – 4:102(1) jo. XI. – 1:201(3)*.

¹⁰⁵ Struycken 2009, p. 171

¹⁰⁶ *DCFR Article XI. 7-301(3)* geeft bovendien voor eventuele overwaarde een duidelijke regeling, welke naar Nederlands recht ontbreekt (zie paragraaf 2.4).

¹⁰⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 388. Ik bestrijd deze behoefte in paragraaf 2.2.

bezwaar tegen de *non-unitary approach*, is dat deze de grootste belofte van de *functional approach* niet waar maakt. De dogmatisch moeilijke positie van het huidige eigendomsvoorbehoud wordt niet verbeterd of verergert zelfs. Dit bezwaar komt in paragraaf 5.2 uitgebreider aan bod.

3.5 CONCLUSIE

In internationale instrumenten als verdragen en modelwetten, is de *functional approach* van de *Uniform Commercial Code* in zwang. De *Code* heeft zijn waarde binnen het Amerikaanse rechtsbestel bewezen door te zorgen voor eenvoud van wetgeving en lagere kosten voor krediet, en biedt perspectief voor ons eigendomsvoorbehoud. Er is tevens veel kritiek op de *functional approach*, voornamelijk van Europese juristen. Deze kritiek komt erop neer dat het zekerheidsrecht (*security interest, security right of charge*) rechten usurpeert die naar partijbedoeling en zelfs naar functie niet onder dat recht zouden behoren te vallen, zoals het voorbehouden eigendomsrecht of het recht van de *financial lessor*. Bovendien was de *UCC* een Amerikaanse oplossing voor de Amerikaanse wildgroei aan rechten en verschillende wettelijke regimes, en kan men zich afvragen of de *functional approach* ook past binnen de continentaalrechtelijke traditie.

Om aan beide typen kritiek tegemoet te komen, stelt de *UNCITRAL Guide* de *non-unitary approach* voor. Het eigendomsrecht kan dan worden gebruikt om tot zekerheid te dienen voor de verkoper en de *financial lessor*, en zij kunnen onder omstandigheden hun eigendom opeisen en hoeven dit niet te executeren. Wel wordt de voorbehouden eigendom grotendeels aan dezelfde voorschriften onderworpen als het overigens eenvormige zekerheidsrecht en roept het dezelfde rechtsgevolgen op. In het bijzonder moet het voorbehouden eigendom (als *international interest* of evenals het *security right*) worden geregistreerd om bepaalde voorrang te verkrijgen of om tegenover derden te werken. Daarmee komt de *non-unitary approach* echter niet tegemoet aan de dogmatische bezwaren die het eigendomsvoorbehoud naar Nederlands recht omgeven.

HOOFDSTUK 4: HET NEDERLANDS EIGENDOMSVOORBEHOUD VERGELEKEN MET INTERNATIONALE WETGEVINGSINSTRUMENTEN EN DE *UNIFORM COMMERCIAL CODE*

4.1 INLEIDING

Zakelijke zekerheden vervullen een belangrijke economische functie en leiden tot goedkoper krediet (zie paragraaf 2.3). Bij de totstandkoming van de internationale instrumenten die in hoofdstuk 3 aan de orde zijn geweest, is één vraag veel gesteld: welke eigenschappen moet een wettelijk regime van zakelijke zekerheden hebben? Welk stelsel leidt op welke wijze tot de beste oplossing?

De auteurs van de *UNCITRAL Guide* noemen een aantal eigenschappen waaraan een wettelijk stelsel van zekerheden idealiter voldoet.¹⁰⁸ De voornaamste kenmerken, die in dit hoofdstuk aan de orde komen, zijn de kenbaarheid van zakelijke zekerheden door een openbaar register (paragraaf 4.2), de gelijkheid van financiers (paragraaf 4.3), een grote mate van contractsvrijheid (paragraaf 4.4) en eenvoud (paragraaf 4.5). Met deze eigenschappen bouwt de *UNCITRAL Guide* voort op vele eerdere wetgevingsprojecten en op aanbevelingen van internationale organisaties.¹⁰⁹ Dit hoofdstuk legt het eigendomsvoorbehoud langs deze meetlat van de *UNCITRAL* en vergelijkt het Nederlandse recht voornamelijk met de meest uitgekristalliseerde verschijningsvorm van de *functional approach: UCC Article 9*.

4.2 PUBLICITEIT EN REGISTRATIE

Het publiciteitsvereiste is een belangrijk beginsel binnen het goederenrecht. Spath stelt dat het beginsel zelfs aan het goederenrecht ten grondslag ligt.¹¹⁰ Het goederenrecht onderscheidt zich van het verbintenissenrecht door de werking van (subjectieve) rechten tegenover derden. Een goederenrechtelijk recht heeft absolute werking en geldt dus niet slechts ten aanzien van contracterende partijen, maar kan tegen eenieder worden ingeroepen. Het absolute karakter van het goederenrecht zou meebrengen dat op enig moment een ontelbaar aantal rechten ten aanzien van ons allen geldt, waarvan we het bestaan niet rechtstreeks uit de wet kennen, noch uit overeenkomsten die we zelf zijn aangegaan. De rechtszekerheid vereist dat deze absolute rechten kenbaar zijn. Anders gesteld: het publiciteitsbeginsel rechtvaardigt de tegenwerpelijke van goederenrechtelijke rechten aan derden.¹¹¹ Tot eenzelfde conclusie leidt het beginsel van *paritas creditorum*: alle schuldeisers zijn gelijk en hebben aanspraak op een evenredig deel van het vermogen van de schuldenaar. De voorrang die voortvloeit uit zekerheidsrechten, moet voor

¹⁰⁸ *UNCITRAL* 2010, pp. 20-22.

¹⁰⁹ *UNCITRAL* 2010, p. 19: "The key objectives discussed in this section draw on and further develop objectives identified in studies and reports produced by EBRD, ADB, IBRD, IMF, OAS and other organizations that have examined the law of secured transactions (...)."

¹¹⁰ Spath 2010, p. 334.

¹¹¹ Struycken 2007, p. 710.

andere schuldeisers kenbaar zijn. Het beginsel van publiciteit is de waarborg voor deze schuldeisers dat de *paritas creditorum* niet heimelijk wordt doorbroken.¹¹²

Snijders onderscheidt enkele gradaties van publiciteitseisen die worden gesteld aan goederenrechtelijke mutaties, en ontwaart een positief verband tussen de mate van publiciteit en de sterkte van het recht.¹¹³ Registergoederen zijn vaak van grote waarde. Zij zouden een valse schijn van kredietwaardigheid kunnen wekken wanneer ze aan een ander toebehoren dan derden redelijkerwijs kunnen vaststellen op basis van uiterlijke kenmerken. De wet vereist voor deze goederen daarom de sterkste vorm van publiciteit: registratie in een openbaar register (artikel 3:89 lid 1 BW). Waar de zwakste publiciteitseis voor goederenrechtelijke mutaties geldt, relativeert het recht de goederenrechtelijke status van het door partijen beoogde resultaat. Bij de levering *constituto possessorio* blijft de zaak in de feitelijke macht van de *tradens*. De overgang van de zaak naar het vermogen van de *accipiens* is niet kenbaar voor derden. De werking van de levering wordt daarom gerelativeerd krachtens artikel 3:90 lid 2 jo. 3:115 aanhef en sub a BW waardoor de overdracht niet jegens ouder gerechtigden kan worden ingeroepen. De rechtspositie van de stille pandhouder is minder sterk dan die van de vuistpandhouder of openbaar pandhouder ingevolge artikel 3:238 lid 1 jo. 3:237 leden 1 en 3 BW en 3:239 lid 4 jo. leden 1 en 3 BW. Pas nadat de stille pandhouder de feitelijke macht over de verpande zaak heeft verkregen respectievelijk mededeling aan de schuldenaar heeft gedaan, kan hij zich beroepen op derdenbescherming. Het wettelijk verbod op de fiduciaire eigendomsoverdracht van artikel 3:84 lid 3 BW is mede ingegeven door het ontbreken van publiciteit.¹¹⁴ Publiciteit en de (mate van) absolute werking van een recht gaan aldus hand in hand.

Waar zaken onder eigendomsvoorbehoud worden overgedragen, en in de feitelijke macht worden gebracht van de koper, ontbreekt publiciteit. De voorbehouden eigendom heeft – uiteraard – absolute werking, maar zijn bestaan is niet voor derden kenbaar. De koppeling tussen publiciteit en absolute werking is bij het eigendomsvoorbehoud doorbroken. Hier wreekt zich de dogmatische kwalificatie van het eigendomsvoorbehoud als een bijzonderheid van de overdracht. Waar de wetgever bij de vestiging van een stil pandrecht gemakkelijk registratie kan eisen, is de eis om voorbehouden eigendom te registreren moeilijk te verzoenen met de gedachte dat nog steeds sprake is van “gewoon” eigendom.¹¹⁵ Het “verlengde” eigendomsvoorbehoud is naar Nederlands recht in beginsel niet mogelijk. Het eigendomsvoorbehoud van de verkoper eindigt wanneer het eigendomsrecht eindigt door natrekking (5:14 lid 1 BW), samensmelting (5:14 lid 2 BW), vermenging (5:15 BW) of zaaksvorming (5:16 BW). De voorbehouden eigendom gaat tevens teniet door (bevoegde) doorverkoop en levering of door oneigenlijke vermenging. De gebrekkige

¹¹² Vriesendorp & Barendrecht 1993, pp. 4-5.

¹¹³ Snijders & Rank-Berenschot 2007, nrs. 80 en 81.

¹¹⁴ Vriesendorp & Barendrecht 1993, pp. 8-9. In de ogen van de ontwerper van het Burgerlijk Wetboek, E.M. Meijers, was het ontbreken van publiciteit het ‘ernstigste’ bezwaar tegen de fiduciaire eigendomsoverdracht. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 688. Daarnaast woog het argument zwaar dat de zekerheidseigenaar meer recht kreeg dan zijn belang rechtvaardigde (zie ook de inleiding, p. 4).

¹¹⁵ Dat het anders kan, laat de Spaanse ‘pacto de reserva de dominio’ zien. Eigendomsvoorbehouden op roerende zaken, niet-consumptiegoederen, vallende onder de ‘Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles’, zijn op grond van artikel 15 lid 1 van deze wet slechts geldig tegenover derden na registratie in een openbaar register.

publiciteit van het eigendomsvoorbehoud is mijns inziens een obstakel voor de invoering van het verlengde eigendomsvoorbehoud. Een dergelijk eigendomsvoorbehoud zou zonder enige publiciteit blijven voortduren nadat de oorspronkelijke zaak was gegaan of reeds bevoegd aan een derde was verkocht en geleverd.

Voor de koppeling tussen goederenrechtelijke werking en publiciteit is naast de dogmatische reden tevens een economisch argument aan te voeren. Door gebrek aan publiciteit kan een potentiële debiteur gemakkelijk de schijn ophouden veel zaken in eigendom te hebben, en straalt hij onterecht solvabiliteit en kredietwaardigheid uit. Een crediteur kan nu slechts afgaan op de voorstelling van zaken die zijn debiteur geeft. Deze situatie verhoogt het risico voor crediteuren en aldus de prijs van krediet.¹¹⁶

UNIFORM COMMERCIAL CODE: ENFORCEABILITY, ATTACHMENT EN PERFECTION

Zoals aangegeven in paragraaf 3.2, valt naar Amerikaans recht het eigendomsvoorbehoud (*retention or reservation of title*) onder het begrip *security interest*. De koper onder eigendomsvoorbehoud wordt in beginsel eigenaar bij levering (*UCC §2-401(2)*),¹¹⁷ en voor de verkoper ontstaat een *security interest*. *UCC Article 9* onderscheidt de vestiging van een *security interest* van de *perfection* van dit zekerheidsrecht. Door de vestiging ontstaat het recht, maar zoals we hieronder zullen zien, bepaalt *perfection* de rangorde van de *security interests*. *Perfection* verkrijgt een *security interest* in de regel door registratie in een openbaar register.

Een *security interest* ontstaat wanneer partijen een *security agreement* aangaan (§9-102(a)(73)). Na deze “vestiging” heeft de *interest* echter nog geen goederenrechtelijke status. Het recht dient hiertoe *attachment* te verkrijgen aan het goed of de goederen waarop de *security interest* rust (de *collateral*). Ingevolge §9-203(a) wordt het zekerheidsrecht *attached* op het moment dat het tegenover de schuldenaar *enforceable* is. *Subsection (b)* geeft nadere regels voor *enforceability*: (i) er moet sprake zijn van *value*, hetgeen er in de regel op neerkomt dat de geldlening of het leverancierskrediet moet zijn verstrekt, (ii) de kredietnemer moet rechten verwerven in de *collateral*¹¹⁸ en (iii) er moet voldoende bewijs zijn van de *security agreement* waarin het zekerheidsrecht is overeengekomen. Het derde vereiste komt er in de regel op neer dat de *security agreement* schriftelijk is en door beide partijen is ondertekend.¹¹⁹ Als van een *security agreement* sprake is, en tevens is voldaan aan deze wettelijke eisen, bestaat het zekerheidsrecht en heeft het derdenwerking. Pas nu, door *attachment*, is het recht “gevestigd” in de continentaalrechtelijke zin des woords. Door *attachment* ontstaat immers een absoluut recht.

¹¹⁶ Zie paragraaf 2.3 voor een korte uiteenzetting over de prijs van krediet en de relatie tot het risico voor de crediteur.

¹¹⁷ *UCC §2-401(2): Unless otherwise explicitly agreed title passes to the buyer at the time and place at which the seller completes performance with reference to the delivery of the goods (...).*

¹¹⁸ De kredietnemer hoeft niet over *full ownership* te beschikken en kan ook anderszins gerechtigd zijn, maar dan geldt in overeenstemming met het beginsel van *nemo plus*, dat *attachment* van de *security interest* aan de *collateral* slechts zover gaat, als de rechten van de debiteur in dat goed (zie *Official Comment 6* bij §9-203).

¹¹⁹ *UCC §9-102(a)(7)(A)*. Overigens wordt dit vereiste zo ruim geïnterpreteerd dat ook notulen van een vergadering eronder vallen, zoals Struycken opmerkt in: Struycken 2009, p. 161. Een schriftelijk contract is niet vereist, wanneer de zekerheidsnemer *possession* (feitelijke macht) over de *collateral* behoudt of verkrijgt (*UCC §9-203(b)(3)(B)*).

Zonder *perfection* is de *security interest* echter van beperkte waarde, zoals hieronder wordt beschreven. Een *attached security interest* verkrijgt *perfection* op het moment dat de zekerheidsnemer het registreert door een *financing statement* bij het register te deponeren. Een *financing statement* is een beknopte kennisgeving van het bestaan van een zekerheidsgerechtigde op de betreffende *collateral* (§9-308(a) jo. §9-310(a)). *Perfection* kan ook plaatshebben doordat de zekerheidsnemer *possession* over de *collateral* verkrijgt of behoudt (§9-313(a)).¹²⁰ 'Possession' moet hier op angelsaksische wijze worden geïnterpreteerd en niet als het Nederlandse 'bezit', hetwelk de *tradens* naar Nederlands recht nooit kan behouden bij een voltooide en onvoorwaardelijke overdracht.¹²¹ Ook in deze situatie is *filing* in de regel verstandig, daar *perfection* ophoudt wanneer de zaak alsnog in de feitelijke macht van de koper komt. In de relatie tot andere *secured parties* met *perfected security rights*, bepaalt het moment van deze *filing* de rangorde (§9-322(a)(1)). *Filing* is de hoofdregel in het systeem van de *UCC* en is het uitgangspunt in de praktijk.

Zijn meer *security interests* gevestigd op dezelfde *collateral*, dan bieden de prioriteitsregels van de *UCC* uitkomst. Op grond van §9-322(a) jo. §9-317(a)(2) geldt dat een *perfected security interest* hoger in rangorde is dan een *unperfected security interest*. Verder bepalen *subsections* (a)(1) respectievelijk (a)(3) van §9-322 dat het tijdstip van *perfection* de rangorde van *perfected security interests* onderling bepaalt en dat de *unperfected security interest* die als eerste *attachment* bereikt, voorrang heeft boven de andere *unperfected security interests*. In geval van faillissement van de debiteur zijn deze *unperfected security interests* waardeloos. De in de gehele Verenigde Staten geldende *Title 11 of the United States Code (Bankruptcy Code)* ontnemt hen iedere derdenwerking, waardoor de schuldeisers concurrente crediteuren zijn en *pro rata* meedelen in de failliete boedel.¹²²

Uit deze regels blijkt het belang van *perfection* voor de zekerheidsnemer. Zonder deze status is het verkregen zekerheidsrecht niet kenbaar voor derden en daarom slechts van beperkte waarde. Het komt in rangorde na *security interests* die later gevestigd, maar eerder *perfected* zijn. Het verband tussen publiciteit en derdenwerking komt hierin tot uitdrukking. Wanneer het recht bovendien echt nodig is, namelijk in faillissement van de schuldenaar, heeft een *unperfected security interest* geen werking.

Waar in beginsel het moment van *perfection* de prioriteit tussen zekerheidsnemers met *perfected security interests* bepaalt (de *first-to-file rule*), biedt de *UCC* speciale voorrang aan de verkoper onder eigendomsvoorbehoud. Deze krijgt een *purchase-money security interest (PMSI)*, die *super-*

¹²⁰ *Official Comment 2* bij §9-313: "As under the common law pledge, no filing is required by this Article to perfect a security interest if the secured party takes possession of the collateral."

¹²¹ In beginsel vereist de overdracht van een zaak levering door bezitsverschaffing: artikel 3:84 lid 1 jo. 3:90 lid 1 BW. Het eigendomsvoorbehoud komt tot stand door een overdracht onder opschortende voorwaarde, waarbij de vervreemder in eerste instantie het bezit behoudt en levert door machtsverschaffing (artikel 3:91 BW). De overdracht is echter pas voltooid door vervulling van de voorwaarde en op dat moment verliest de vervreemder alsnog het bezit. Een zaak kan ook ingevolge artikel 3:95 BW zonder bezitsverschaffing worden geleverd, maar slechts wanneer de *tradens* op het moment van levering geen bezitter was.

¹²² McCormack 2004, p. 148; *Bankruptcy Code* §544(a)(1).

priority status kan bereiken bij *perfection*:¹²³ “a perfected purchase-money security interest in goods other than inventory or livestock has priority over a conflicting security right in the same goods” (§9-324(a)). De verkoper onder eigendomsvoorbehoud kan zijn vordering tot de koopprijs dus verzekeren met een recht dat sterker is dan dat van de bank, die in de regel de grootste financier is van de koper en *security interests* op al zijn huidige en toekomstige goederen heeft bedongen.

Voor deze *super-priority* is *perfection* vereist op het moment dat de schuldenaar *possession* over de zaak verkrijgt of binnen twintig dagen na dit moment.¹²⁴ De uitzondering op *filing* als vereiste voor *perfection* geeft §9-309(1): een *purchase-money security interest (PMSI)* in *consumer goods* is *perfected* op het moment van *attachment*.¹²⁵ De definitie van *consumer goods* wordt voornamelijk bepaald door het (voorgenomen) gebruik van de zaken door de koper-kredietnemer.¹²⁶ Wanneer de koper onder eigendomsvoorbehoud echter de *collateral* doorverkoopt aan een derde die te goeder trouw is, gaat de *PMSI* op de *consumer goods* verloren. De wet beschermt de derde omdat de *PMSI* hem niet kenbaar was. De zekerheidsnemer is echter bevoegd de zekerheid te registreren, waardoor de derde niet langer wordt beschermd. Kopers in het kader van de normale uitoefening van het bedrijf van de zekerheidsgever verkrijgen de goederen altijd onbelast, ook wanneer ze weten van het bestaan van een zekerheidsrecht (§9-230).

REGISTRATIE: FILING VAN DE FINANCING STATEMENT

Voor *perfection* van een zekerheidsrecht is registratie van dit recht in een openbaar register veelal vereist. De *financing statement* die moet worden geregistreerd is vormvrij en bevat in ieder geval: (i) de naam van de debiteur, (ii) de naam van de zekerheidsnemer of zijn vertegenwoordiger, (iii) een indicatie van de *collateral* waarop de *security interest* rust.¹²⁷ Volgens de oude *UCC*¹²⁸, §9-402, was ook een handtekening van de schuldenaar vereist. Deze eis heeft men losgelaten om elektronische *filing* mogelijk te maken.¹²⁹ De *filer*, in de regel de zekerheidsnemer, moet wel beschikken over bewijs van toestemming van de debiteur. Zonder dit bewijs is hij tot *filing* niet

¹²³ *Super-priority* is geen wettelijke definitie, maar wordt in de Amerikaanse literatuur gebruikt om de prioriteit van de *PMSI* te omschrijven, waar deze voorrang heeft boven eerder *perfected security interests*. Zie McCormack 2004, p. 85.

¹²⁴ Voor *super-priority* van een *PMSI* op voorraden, geldt deze *terme de grâce* niet en moet *perfection* plaatshebben met of voor *possession* door de schuldenaar. In de regel zal dus *filing* voorafgaande aan de levering nodig zijn. Daarnaast moet binnen vijf jaar voor de levering mededeling zijn gedaan aan de rechthebbenden van zekerheidsrechten op deze voorraden die eerder *perfected* zijn door *filing* (§9-324(b) jo. §9-324(c)). In het geval van een overdracht onder ‘eigendomsvoorbehoud’ (i.e. voorbehoud van een *security interest*) kan ook *perfection* worden bereikt, doordat de *collateral* in de feitelijke macht van de verkoper blijft. De koopovereenkomst bepaalt dan dat *title* overgaat zonder levering (§9-313(a) jo. §2-401(2)). Hier is dus geen sprake van een levering *constituto possessorio*. De overdracht is consensueel en levering is geen vereiste voor overdracht. Als is overeengekomen in de koopovereenkomst dat de over te dragen zaken niet worden verplaatst, en ze voldoende bepaald zijn, gaat de *title* over “at the time and place of contract” (§2-401(3)(b)).

¹²⁵ Dit geldt niet voor *consumer goods* die onderworpen zijn aan bepaalde wetten en verdragen genoemd in §9-311(a), zoals auto’s (zie *Official Comment 3* bij §9-309).

¹²⁶ *Official Comment 4.a.* bij §9-102: “(...) The definition of “consumer goods” follows former Section 9-109. The classification turns on whether the debtor uses or bought the goods for use “primarily for personal, family, or household purposes.””

¹²⁷ Hoewel de *financing statement* geen verplichte vorm heeft, geeft §9-521 een voorbeeldformulier.

¹²⁸ Voor invoering van het *Revised Article 9* in 2001.

¹²⁹ *Official Comment 3* bij §9-502.

bevoegd (§9-509(a)). Een onbevoegde *filer* bereikt geen *perfection*¹³⁰ en is aansprakelijk voor schade die uit deze “*bogus filing*” voortvloeit.¹³¹ Het bewijs van toestemming vereist overigens in de meeste gevallen geen aparte handeling. Bewijs dat de zekerheidsgever partij is in een *security agreement*, is tevens bewijs van toestemming tot een registratie die de daarin overeengekomen *collateral* betreft (§9-509(b)). Zoals hierboven bovendien uiteengezet, is dat bewijs van de *security agreement* een vereiste voor *attachment* en komt dit in de praktijk neer op een schriftelijke en door beide partijen ondertekende overeenkomst. Men slaat dus twee vliegen in een klap.

De vereisten die de *UCC* aan een *financing statement* verbindt, tonen dat het niet zijn bedoeling is dat de registers een volledig inzicht bieden in de zekerhedenpositie van de zekerheidsgever. Er is een systeem van *notice filing* dat beoogt aan te geven welke personen zekerheidsrechten hebben op welk (type) goederen van een zekerheidsgever. De registers bevatten geen informatie over de omvang of aard van de geseceerde vorderingen. Als de waarde van bepaalde *collateral* de omvang van die vorderingen ver overstijgt, is een *security interest* daarop dat lager in rangorde is, waardevoller dan wanneer de *collateral* de geseceerde schulden niet dekt. Ook hoeft de *financing statement* slechts een indicatie van de *collateral* te bevatten en zelfs “*all assets*” of “*all personal property*” is een voldoende indicatie (§9-502(a)(3) jo. §9-504). De informatie uit de registers geeft aan welke goederen mogelijk belast zijn en bij wie derden als aankomende of andere zekerheidsnemers volledige informatie kunnen krijgen.¹³² Crediteuren zullen in veel gevallen nader onderzoek naar de zekerhedenpositie van een aankomende schuldenaar willen doen.

UNCITRAL GUIDE

De *UNCITRAL Guide* heeft veel ontleend aan de *Uniform Commercial Code*. De *Guide* schrijft voor dat een *security right* weliswaar kan worden gecreëerd zonder registratie, maar dat het dan niet in alle gevallen geldig is tegenover derden. Dit geldt ook voor een eigendomsvoorbehoud of *retention-of-title right*:

“A retention-of-title right (...) in a tangible asset other than consumer goods is effective against third parties only if:

- (a) The seller (...) retains possession of the asset; or
- (b) A notice relating to the right is registered in the general security rights registry not later than [a short time period, such as 20 or 30 days, to be specified] days after the buyer (...) obtains possession of the asset.”¹³³

Het ongeregistreerde *retention-of-title right* dat rust op een zaak die niet in de *possession* (feitelijke macht) van de verkoper is gebleven, bestaat wel maar heeft geen absolute werking. De *UNCITRAL Guide* schrijft voor dat een *retention-of-title right* alleen door registratie of *possession* van de zekerheidsnemer werking *erga omnes* verkrijgt. Dit rechtsgevolg verschilt van de sanctie die de *UCC* op het nalaten van registratie stelt, daar de *Code* het *unperfected security interest* slechts

¹³⁰ *Official Comment* 3 bij §9-509.

¹³¹ §9-625 en bijbehorend *Official Comment* 2. Zie tevens Struycken 2009, p. 162.

¹³² De *secured party* zal in de praktijk vaak zijn zekerhedenpositie ten aanzien van de zekerheidsgever openbaren. Hij kan hier bovendien ook toe worden gedwongen als gevolg van de procedure omschreven in §9-210. Zie ook *Official Comment* 2 bij §9-502.

¹³³ *UNCITRAL* 2010, p. 378-379.

derdenwerking in faillissement ontzegt en een lagere prioriteit toekent dan geregistreerde rechten. De *secured party* met een *unperfected security interest* kan volgens de *UCC* bovendien in geval van wanprestatie (*default*) van de zekerheidsgever paraat executeren (*disposition of collateral*).¹³⁴ Zonder registratie (of *possession*) zekerheidsnemer op grond van de *UNCITRAL Guide* hooguit een obligatoir recht overeenkomstig de Amerikaanse *security interest* zonder *attachment* (zie hierboven).

Aan het voorschrift van de *UNCITRAL Guide* valt verder op dat in geval van *consumer goods*, uitgelegd als “*goods that a grantor uses or intends to use for personal, family or household purposes*”,¹³⁵ geen registratie is vereist. Deze definitie is bijna woordelijk overgenomen uit de *UCC*, zie noot 126. Bij verkoop aan consumenten kan registratie derhalve achterwege blijven. De reden voor deze uitzondering is dat consumptiegoederen veelal een lagere waarde hebben en zelden zullen worden gebruikt als onderpand voor enige lening met uitzondering van het krediet ter aanschaf van die zaken.¹³⁶ De kosten in geld en tijd voor registratie worden dan niet gerechtvaardigd door het belang voor de publiciteit van registratie.

De *UNCITRAL Guide* biedt een *terme de grâce* voor de verkoper, net als de *UCC* dat doet voor de houder van een *PMSI* (zie hierboven). De verkoper moet het eigendomsvoorbehoud binnen een bepaalde termijn registreren om het te laten gelden tegenover derden. Soms zal de koopprijs reeds worden betaald binnen die termijn en gaat de eigendom over op de koper. Tijd en geld besteden aan registratie is dan niet nodig. Bovendien zou het vereiste van een registratie voorafgaande aan of uiterlijk bij levering, het handelsverkeer nodeloos hinderen. Een koper zou dan moeten wachten op de registratie voordat hij de gekochte zaak kan gebruiken.

REGISTRATIE VAN HET EIGENDOMSVOORBEHOUD

De rechtsfiguur van het eigendomsvoorbehoud doorbreekt de koppeling tussen de mate van zakelijke werking en publiciteit, zoals hierboven uiteengezet. Volgens de *UCC* moet het eigendomsvoorbehoud echter worden geregistreerd, wil het *super-priority* bereiken of behouden, en de *UNCITRAL Guide* ontzegt het recht van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud zelfs iedere derdenwerking zonder registratie binnen een termijn. De vraag rijst of openbare registratie van het eigendomsvoorbehoud naar Nederlands recht wenselijk is.

Naar Nederlands recht kan registratie van het eigendomsvoorbehoud in een openbaar register niet los worden gezien van het stille pandrecht. Dit zekerheidsrecht komt zonder registratie in de regel niet tot stand daar vestiging niet mogelijk is zonder levering (artikel 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW), en de leveringsformaliteit bestaat uit een geregistreerde onderhandse akte (artikel 3:237 lid 1 en artikel 3:239 lid 1). Het register is echter niet openbaar en leidt dus niet tot enige publiciteit.¹³⁷ Kenbaarheid van het pandrecht is ook niet het doel dat de wetgever voor ogen had met de eis van registratie. Deze dient ter voorkoming van antedatering van pandakten en (vooral) van

¹³⁴ *UCC* §9-610(a).

¹³⁵ *UNCITRAL* 2010, p. 7.

¹³⁶ *UNCITRAL* 2010, p. 346.

¹³⁷ Het stille pandrecht kan tevens bij authentieke akte worden gevestigd (artikel 3:237 lid 1 en artikel 3:239 lid 1 BW). Ook deze is niet voor derden kenbaar.

schijnakten.¹³⁸ Door dit gebrek aan publiciteit moeten derden die een jonger recht verkrijgen op een reeds verpande zaak op de zekerheidsgever vertrouwen. Hetzelfde geldt voor de overige schuldeisers die niet weten of de debiteur zekerheden heeft verstrekt. Zij kunnen dus moeilijk een inschatting maken van de eigen verhaalspositie. Met het zogenaamd openbaar pandrecht is het nauwelijks beter gesteld. Dit pandrecht vereist een mededeling aan de debiteur van de vordering die tot zekerheidsobject is gesteld (artikel 3:239 lid 3 BW). Een derde kan dus niet slechts navraag doen bij de zekerheidsgever, maar tevens bij deze debiteur, die waarschijnlijk geen belang heeft bij medewerking en hiertoe niet is gehouden.¹³⁹

Als oplossing voor het gebrek aan publiciteit van bezitloze zekerheidsrechten, stelde Meijers in de jaren vijftig reeds het registerpandrecht voor dat in openbare registers geregistreerd zou worden.¹⁴⁰ Deze zekerheid bleef beperkt tot goederen die tot een onderneming van de pandgever behoorden. Overigens eist ook de *UCC* slechts registratie van een *PMSI* voor *perfection* bij *non-consumer goods*, een begrip dat in veel gevallen op hetzelfde neer zal komen als het bereik van Meijers' registerpandrecht. Het voorstel van Meijers is in de Tweede Kamer gesneeuwd, omdat de Kamerleden vreesden voor hoge kosten en administratieve rompslomp.¹⁴¹ Bovendien zouden kredietnemers worden afgeschrikt door de openbaarheid omdat zij niet met hun schulden te koop zouden willen lopen.¹⁴²

Bij de kracht van deze argumenten werden in de jaren vijftig reeds vraagtekens gezet.¹⁴³ Tegenwoordig zijn de omstandigheden echter zodanig anders, dat een heroverweging van die argumenten aan de orde is. Ten eerste heeft de wetgever sinds haar beslissing geen registerpandrecht in te voeren toch een registratieplicht voor stille pandrechten in het leven geroepen.¹⁴⁴ De administratieve last is er dus toch al voor bezitloze zekerheidsrechten. Ten tweede kan tegenwoordig automatisering uitkomst bieden, en de kosten van registratie en het inzien van registers behoorlijk verlagen.¹⁴⁵ Zwolve stelde in 1995 al: “[h]et moet maar eens gezegd worden dat de technische ontwikkelingen (de computer) de dogmatiek van het privaatrecht hebben ingehaald.”¹⁴⁶ De afgelopen negentien jaar heeft de digitale ontwikkeling niet stilgestaan, zodat deze stelling nu nog sterker geldt. Administratieve rompslomp kan verder worden vermeden door een systeem van *notice filing* naar Amerikaans voorbeeld in te voeren. In tegenstelling tot het voorstel van Meijers hoeft dan niet de pandakte te worden geregistreerd, maar slechts een formulier met de

¹³⁸ Vriesendorp & Barendrecht 1993, nt. 27.

¹³⁹ Struycken 2009, p. 176-177.

¹⁴⁰ Titel 3.9.3 Ontwerp-Meijers.

¹⁴¹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 724.

¹⁴² Parl. Gesch. Boek 3, p. 723, punt 3. Zie Salomons 2013 voor een lezenswaardige beschrijving over de behandeling van het registerpandrecht in de Tweede Kamer in 1953.

¹⁴³ Vriesendorp & Barendrecht 1995, nt. 44.

¹⁴⁴ Artikel 3:237 lid 1 en 3:239 lid 1 BW. Zoals hierboven gemeld, kan het stille pandrecht ook worden gevestigd bij (niet-geregistreerde) authentieke (doorgaans notariële) akte. De kosten verbonden aan deze vestigingsformaliteit zijn vaak (veel) hoger dan de kosten van een geregistreerde onderhandse akte. Zij komt daarin in de praktijk relatief weinig voor.

¹⁴⁵ Men zou een digitaal register kunnen opzetten, naar wat in de meeste Amerikaanse en Canadese staten nu het geval is. Ook het feit dat de administratie van banken en veel (zakelijke) kredietnemers volledig geautomatiseerd is, leidt tot minder lasten dan men in de jaren vijftig had voorzien.

¹⁴⁶ Zwolve 1995, p. 393.

namen van de debiteur en de zekerheidsnemer en een ruwe indicatie van het onderpand.¹⁴⁷ Aangezien de omvang van de schuld niet wordt geregistreerd, is ook het argument van tafel dat schulden niet openbaar moeten zijn. Het register zou onder een systeem van *notice filing* slechts vermelden *dat* er zekerheden zijn gevestigd op enigszins bepaalde zaken. En welke onderneming is vandaag de dag niet in zekere mate met vreemd vermogen gefinancierd? Daarnaast is in de loop der jaren de moraal zodanig veranderd dat het lenen van geld voor zowel bedrijven als particulieren geen schande meer is.¹⁴⁸

Beekhoven van den Boezem en Goosmann pleiten tegen een openbaar registerpandrecht.¹⁴⁹ Zij stellen dat het in de praktijk niet slecht is gesteld met de kenbaarheid van de zekerhedenpositie van potentiële debiteuren. Krediet zou immers een vraagproduct zijn, en de financier kan gemakkelijk inzicht eisen in de jaarcijfers van de kredietvrager die de accountant heeft goedgekeurd.¹⁵⁰ De bank die financiert, hoeft derhalve niet blind te varen op de betrouwbaarheid van de ondernemer die bij hem aanklopt om krediet. Hierbij moet echter worden bedacht dat ondernemingen jaarcijfers tot dertien maanden na het einde van het boekjaar mogen publiceren, en de informatie daaruit dus niet actueel is. Een tussentijds verslag van een accountant kan wel worden opgesteld, maar dit is kostbaar en verhoogt dus de kosten van krediet. Bovendien is de kredietgever niet beschermd tegen de onjuistheid van de jaarrekeningen. Kloppen de cijfers niet, dan heeft hij hooguit een verbintenisrechtelijke vordering op zijn kredietnemer of zijn accountant. Een openbaar register lost dit probleem op: de kredietgever hoeft een eerdere zekerheidsnemer niet boven zich te dulden indien deze zijn recht niet heeft geregistreerd.¹⁵¹

Kleine ondernemingen hebben bovendien niet de plicht om een accountantsverklaring te laten opstellen.¹⁵² Hun financiers zijn dus wel aangewezen op de betrouwbaarheid van de ondernemer. De bank kan wel de betrokkenheid van een accountant eisen, maar dit verhoogt de kosten van het krediet. In de praktijk eist de bank geen accountantsverklaringen van het kleinbedrijf en baseert zij de beslissing om krediet te verlenen op de bij de Kamer van Koophandel beschikbare gegevens en de informatie die zij van de kredietvrager krijgt. Het risico dat zij dan in weerwil van de

¹⁴⁷ In beginsel is de registratie vormvrij, maar de *UCC* geeft zelf een eenvoudig formulier. Zie tevens hierboven. Verder hoeven volgens de *UCC PMSI's* op *consumer goods* niet te worden geregistreerd en kennen zij voor andere goederen een *terme de grâce* waarbinnen (nog) niet hoeft te worden geregistreerd om de hoogste prioriteit te behouden.

¹⁴⁸ Zwolve 1995, p. 392. En voor zover de schande nog bestaat, is het zeer de vraag of het belang om de eigen schuldenpositie te verbergen wel een belang is dat door de wetgever dient te worden beschermd. Meijers stelde: "Wanneer men een dergelijke zekerheid wil, wanneer men een belangrijk object wenst te onttrekken aan andere schuldeisers, dan moet men de openbaarheid niet vrezzen." (TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 705).

¹⁴⁹ Beekhoven van den Boezem & Goosmann 2010.

¹⁵⁰ Beekhoven van den Boezem en Goosmann (2010, p. 46) zijn het met Vriesendorp en Barendrecht (1993, p. 31-32) eens dat de via de Kamer van Koophandel gepubliceerde jaarcijfers onvoldoende informatie geven voor kredietgevers. Artikel 2:375 lid 3 BW bepaalt weliswaar dat in de balans wordt aangegeven voor welke schulden zakelijke zekerheid is gesteld en in welke vorm dat is gedaan, maar deze informatie is weinig bruikbaar. De jaarrekening vermeldt immers niet aan wie de zekerheden zijn verstrekt, en de balans geeft slechts een momentopname van een ten tijde van publicatie (lang) vervlogen moment.

¹⁵¹ Het niet-geregistreerde recht is dan non-existent naar het Ontwerp-Meijers (Titel 3.9.3) of ontbeert derdenwerking zoals onder het regime voorgesteld door de *UNCITRAL Guide*. Dit recht zonder derdenwerking is dan geen goederenrechtelijk maar een puur obligatoir recht (zie tevens noten 4 en 94).

¹⁵² Zie artikel 2:396 lid 1 BW voor een definitie van een "kleine onderneming".

kredietovereenkomst toch niet het eerste pandrecht verkrijgt, is in de prijs van het krediet verdisconteerd.¹⁵³ Aldus zijn de kosten van het krediet ook zonder accountantsverklaring hoger.

Beekhoven van den Boezem en Goosmann erkennen dat gebrekkige publiciteit de kosten van krediet verhoogt. De bank verlangt een (actuele) accountantsverklaring of verdisconteert het door gebrekkige publiciteit veroorzaakte risico in de prijs van het krediet. Zij stellen echter dat een openbaar pandregister niets zou bijdragen: waar de bank de bedrijfseconomische afweging maakt de jaarcijfers niet te raadplegen, had zij immers ook een openbaar register links laten liggen. Deze conclusie is mijns inziens een *non-sequitur*. Zij geldt slechts indien raadpleging van het register voor de bank minstens even kostbaar is als de huidige wijzen van informatievoorziening. Het is mogelijk dat registeronderzoek goedkoper is dan (i) een aanvullende accountantsverklaring of (ii) de verdiscontering van het risico doordat geen of een niet-actuele accountantsverklaring is afgegeven. In dat geval zal de bank goedkoper, meer of eerder krediet kunnen verstrekken. Ook met een openbaar register is het denkbaar dat leningen van geringe omvang worden verstrekt zonder raadpleging van dat register. Het omslagpunt hangt af van de aan registeronderzoek verbonden kosten. Een digitaal register dat met enkele muisklikken is in te zien, kan ertoe leiden dat banken al voor kleinere leningen het register zullen raadplegen. Die banken lopen bij minder nieuwe leningen risico door gebrekkige informatie en hoeven dat risico dus in mindere mate aan kredietnemers in rekening te brengen. Krediet is in dat geval dus goedkoper. Wanneer openbare registratie van bezitloze zekerheidsrechten geen nadelen meebrengt, en de aan dit systeem verbonden kosten laag zijn, hoeft het voordeel niet groot te zijn om de balans ten gunste van de openbare registratie te doen uitslaan.

De Nederlandse kredietmarkt is grotendeels in handen van enkele banken. Beekhoven van den Boezem en Goosmann zijn afkomstig uit deze bankensector en dit blijkt uit hun standpunt.¹⁵⁴ Zij schetsen de situatie dat een onderneming een bank om krediet verzoekt terwijl een andere bank reeds huisbankier is. In een dergelijk geval zal deze laatste in de praktijk de aan haar verstrekte bezitloze zekerheidsrechten niet verzwijgen. Deze openheid is vermoedelijk in het belang van de banken zelf en zij zijn bereid openheid te geven volgens het principe *do ut des*. De vraag rijst echter of kleinere of tot de markt toetredende crediteurs met dezelfde uit wederkerigheid geboren hoffelijkheid worden bejegend als de gevestigde grote banken. Openbaart de huisbank ook haar zekerhedenpositie aan een buitenlandse bank die zij in de markt veel minder tegenkomt? Struycken stelt dat het stillezekerheidsregime een oligopolie creëert van Nederlandse spelers op de Nederlandse financieringsmarkt.¹⁵⁵ Aldus kan het ontbreken van een openbaar register de concurrentie belemmeren. Indirect verhoogt die belemmering de kosten van krediet.

Grote banken verstrekken dagelijks vele kleine kredieten, en zijn daarom relatief goed in staat het risico op wanbetaling te dragen en te verdisconteren in de prijs. Een slechte verhaalspositie vanwege een onbekend ouder zekerheidsrecht treft de bank niet hard. Kleine instellingen die

¹⁵³ Beekhoven van den Boezem & Goosmann 2010, pp. 48-49.

¹⁵⁴ Heilbron (2011, p. 49) noemt hen de protagonisten van de bancaire wereld, die de discussie over het openbaar registerpandrecht voert vanuit angst voor verandering.

¹⁵⁵ Struycken 1998, p. 82. Hij stelt zelfs dat het Europese Hof van Justitie vroeg of laat tot de conclusie kan komen dat de gedragingen van Nederlandse banken een kartel opleveren in de zin van artikel 85 EG, tegenwoordig artikel 101 VWEU. Deze conclusie is overigens sindsdien nog niet getrokken.

minder gediversificeerd zijn, lopen bij een enkele wanbetaling een hoger risico. Dit geldt nog meer wanneer verschillende kredietverstrekkers allen slechts één onderneming financieren (*crowd funding*). Het ontbreken van publiciteit raakt de kleinere kredietverstrekkers dus harder dan de grotere. Kleine instellingen groeien niet, en partijen die de kredietmarkt betreden staan bij aanvang op achterstand. Ook zo wordt mededinging gehinderd door gebrekkige publiciteit van zekerheden, en is de prijs van krediet hoger dan hij anders was geweest.

Het bovenstaande noemt enkele argumenten die voor een registerpandrecht pleiten. Om de koppeling tussen publiciteit en absolute werking te herstellen is echter niet voldoende dat het bezitloze pandrecht in een openbaar register wordt geregistreerd, maar moet ook het voorbehouden eigendom worden geregistreerd. Dit is het logische gevolg van de erkenning van het zekerheidskarakter van het eigendomsvoorbehoud. Zonder registratie van voorbehouden eigendom, zou alsnog een groot deel van de zakelijke zekerheden niet kenbaar zijn voor derden.

Kortom, de *UCC* en de *UNCITRAL Guide* voldoen beter dan het Nederlandse recht aan de doelstelling dat zakelijke rechten voor derden kenbaar moeten zijn. Het is mijns inziens hoog tijd dat de wet zorgt voor openbare registratie van bezitloze zekerheidsrechten en het eigendomsvoorbehoud.

4.3 GELIJKE POSITIE VAN DIVERSE FINANCIERS

Een fabrikant heeft voor zijn productie grondstoffen nodig en dus behoefte aan financiering van deze grondstoffen. Evenzeer willen consumenten zaken geleverd krijgen die ze nog niet kunnen of willen betalen. Zoals uitgebreider uiteengezet in paragraaf 2.3, kunnen zowel bedrijven als consumenten op verschillende manieren invulling geven aan hun financieringsbehoeften. Een fabrikant heeft bijvoorbeeld een (doorlopende) lening bij de bank en koopt en betaalt met het geleende geld zijn grondstoffen. Met de productie en verkoop verdient hij vervolgens en kan hij de banklening weer afbetalen. Een alternatief is dat het bedrijf zijn leverancier niet betaalt bij de koop van grondstoffen, maar pas op een later moment. In de tussentijd produceert en verkoopt het bedrijf en heeft het geld verdiend om zijn leverancier te betalen. Een banklening en een leverancierskrediet zijn aldus voor de fabrikant economische equivalenten.

Een voorbeeld:

A is fietsenhandelaar en heeft op al zijn bestaande en waar mogelijk op toekomstige goederen pandrechten gevestigd ten behoeve van zijn huisbankier B. Hij koopt een fiets van fabrikant C onder eigendomsvoorbehoud en deze wordt ook geleverd. Dit eigendomsvoorbehoud geldt enkel voor de betaling van de koopprijs. Bij fabrikant D koopt A ook een fiets. Ook deze fiets wil of kan A niet direct betalen. In plaats van een leverancierskrediet te bedingen bij D, vraagt A bank E om een lening ter grootte van de koopprijs van de fiets. Op aandringen van E wordt bij voorbaat een pandrecht gevestigd op de fiets. A betaalt D met het van E geleende geld en de fiets wordt geleverd, waardoor pandrechten voor B en E ontstaan. Dan gaat fietsenhandelaar A failliet, terwijl beide fietsen in zijn winkel staan.

Wat zijn nu de rechten van de crediteuren C en E, die de aanschaf van beide fietsen hebben bekostigd? C kan als eigenaar de verkochte fiets revindiceren. De curator van A kan een boedelbijdrage eisen van een (klein) percentage van de factuurwaarde van de fiets (zie paragraaf

2.4).¹⁵⁶ E heeft een pandrecht op de door hem bekostigde fiets. Dit pandrecht is echter lager in rang dan het pandrecht dat eerder door B is gevestigd.¹⁵⁷ E kan de fiets nu wel paraat executeren, maar het pandrecht van B blijft op de zaak rusten (artikel 3:248 lid 1 jo. lid 3 BW). De executiewaarde van de met een pandrecht bezwaarde fiets, zal in de regel nihil zijn of veel lager dan de omvang van de vordering. Het is van belang op te merken dat E het enige en beste zekerheidsrecht heeft bedongen dat hem als crediteur ter beschikking stond. Het was voor hem in beginsel onmogelijk het sterkste zekerheidsrecht op de door hem gefinancierde fiets te verkrijgen. Er is dus een groot verschil in de rechtspositie van de financiers C en E. Verkopers kunnen zich beter verzekeren dan derde-financiers van de inlossing van het door hen verstrekte krediet. De vraag rijst of dit wenselijk is met het oog op rechtvaardigheid en vrije mededinging tussen kredietverstrekkers.

Vrije mededinging zorgt voor de laagste prijs voor zowel bedrijven als consumenten. De “prijzen” voor leverancierskrediet en geldlening zijn respectievelijk een marge in de koopprijs en rente (zie paragraaf 2.3). Vrije en eerlijke concurrentie vereist, in de woorden van de *UNCITRAL Guide*, een *level-playing field*.¹⁵⁸ Op dit moment is er geen vrije mededinging tussen de verschillende aanbieders van financiering. Ze hebben immers niet dezelfde mogelijkheden om zich zekerheid te verschaffen tot aflossing van de geldlening of betaling van de marge in de koopprijs die de vergoeding is voor het leverancierskrediet. De leverancier van een roerende zaak kan de eigendom van die zaak voorbehouden, terwijl de verstrekker van een geldlening die dient tot aanschaf van dezelfde zaak slechts een pandrecht op die zaak kan bedingen. Het pandrecht dat deze derde-financier ontvangt, komt pas in zijn vermogen op het moment dat (i) het pandrecht krachtens geldige titel is gevestigd en (ii) de koper-pandgever beschikkingsbevoegd is (artikel 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW). De leverancier kan bovendien een pandrecht voorbehouden dat in rangorde komt boven eerder door de koper bij voorbaat gevestigde pandrechten (zie paragraaf 2.2). Een derde-financier kan dit niet.

Het Nederlandse recht kent naast het simpele eigendomsvoorbehoud ook het verbrede eigendomsvoorbehoud. Het kan namelijk worden gecreëerd ter verzekering van de tegenprestatie (in de regel de koopprijs) voor de bewuste zaak, maar ook ten behoeve van andere vorderingen. Deze kunnen volgens artikel 3:92 BW bestaan uit de tegenprestaties voor alle door de vervreemder aan de verkrijger krachtens enige overeenkomst geleverde of te leveren zaken. Ook kan het eigendomsvoorbehoud zich uitstrekken tot de tegenprestaties voor zogenaamde bijbehorende werkzaamheden en tot de vorderingen tot schadevergoeding wegens de niet-nakoming van deze overeenkomsten. Als een eigendomsvoorbehoud ook is gevestigd ten behoeve van toekomstige vorderingen, kan het zelfs blijven bestaan wanneer op enig moment alle bestaande vorderingen zijn voldaan die door het voorbehoud worden gedekt. Dit is voor het eerst door de Hoge Raad bevestigd in zijn arrest *Potharst/Serrée*, en wordt wel het krediet-eigendomsvoorbehoud genoemd.¹⁵⁹ De verbreding van het eigendomsvoorbehoud en het krediet-eigendomsvoorbehoud hebben er samen voor gezorgd dat een vervreemder die regelmatig aan dezelfde verkrijger zaken overdraagt, nog

¹⁵⁶ Eventuele kosten gemaakt tot behoud van de fiets mogen bovendien daarop met voorrang worden verhaald (artikel 3:284 BW).

¹⁵⁷ Artikel 3:98 jo. 3:97 lid 2 BW, zie tevens paragraaf 2.2.

¹⁵⁸ *UNCITRAL* 2010, p. 56.

¹⁵⁹ HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549, (*Potharst/Serrée*).

gemakkelijker meer zekerheid voor iedere vordering kan krijgen. De keerzijde van beide ontwikkelingen is echter dat er een nog groter gat is ontstaan tussen de potentiële zekerhedenposities van de leverancier en de derde-financier.

Eveneens bevoordelen het krediet eigendomsvoorbehoud en het verbrede eigendomsvoorbehoud oude en bestaande leveranciers ten opzichte van nieuwe leveranciers. Een nieuwe leverancier kan hooguit de eigendom voorbehouden ter verzekering van betaling voor de zaak die hij levert. De bestaande financier heeft al eerder soortgelijke zaken geleverd aan dezelfde afnemer. In de regel heeft hij niet slechts de zekerheid van het eigendomsvoorbehoud op de nieuwe zaak, maar tevens van eigendomsvoorbehouden op andere zaken. Deze andere zaken zijn dan immers geleverd onder een eigendomsvoorbehoud dat zich tevens uitstrekt tot nog te leveren zaken. Door het krediet eigendomsvoorbehoud doet het er bovendien niet toe of deze afnemer al voor eerdere leveringen had betaald. Er is nu sprake van een marktverstoring. Een bestaande leverancier geniet meer zekerheid dan potentiële concurrenten en kan dus goedkoper krediet verschaffen.

ROMEINS RECHT

Onder het *Corpus Iuris Civilis* werd *traditio* (bezitsverschaffing) de enige wijze van levering.¹⁶⁰ Er was bovendien sprake van een causaal stelsel, daar bezitsverschaffing slechts krachtens een geldige *causa* tot overdracht leidde. Het derde vereiste was dat de *tradens* beschikkingsbevoegd moest zijn.¹⁶¹ Dit causale, traditionele stelsel van eigendomsoverdracht kenmerkt ook het Nederlandse recht. Wanneer de *causa* van de overdracht echter een koopovereenkomst is, gold in het Romeinse recht een vierde vereiste. De betaling van de koopprijs was dan een extra voorwaarde voor de overdracht. Deze zogenaamde koopprijsbetalingsregel komt voort uit de Instituten van Justinianus (Inst.2,1,41):

Nu worden zaken waarvan op grond van schenking of verschaffing van een bruidsschat of op bepaalde andere gronden het bezit wordt verkregen, zonder twijfel in eigendom overgedragen. Zaken waarvan op grond van verkoop het bezit verschaft is, worden evenwel door de koper alleen dan in eigendom verworven, indien deze aan de verkoper de koopprijs betaald heeft of hem op een andere wijze zekerheid heeft gesteld, bijv. door het stellen van een borg of het verlenen van een pand. Dit wordt weliswaar ook bepaald door de Wet van de Twaalf Tafelen, maar men kan met recht zeggen dat het eveneens voortvloeit uit het ius gentium, d.w.z. het ius naturale. Indien echter de verkoper aan de koper krediet heeft verleend, moet gezegd worden dat de zaak terstond eigendom van de koper wordt.¹⁶²

De regel lijkt op een simpel eigendomsvoorbehoud. De laatste zin is echter uiterst verwarrend. Wanneer de verkoper bij levering niet direct wordt betaald, verschaft hij krediet aan de koper. Aldus omvat de uitzondering evenveel gevallen als de hoofdregel en is zij zonder betekenis. Algemeen wordt daarom in de literatuur aanvaard dat de uitzondering alleen van toepassing is

¹⁶⁰ Voorheen kende het Romeinse Recht tevens de *mancipatio*. Deze wijze van eigendomsoverdracht was van toepassing op *res mancipi* en kende haar eigen leveringsformaliteiten.

¹⁶¹ Gaius 2,20; Zwolfe 2006, p. 243.

¹⁶² *Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferentur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed et si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.* Deze en volgende vertalingen zijn ontleend aan Spruit e.a. 2011.

indien de verkoper de koper uitdrukkelijk krediet had verschaft.¹⁶³ Het Romeinse recht kende aldus een simpel eigendomsvoorbehoud van rechtswege, dat echter niet gold wanneer de verkoper expliciet als leverancierscrediteur optreedt.

De gedachte dat eerlijke concurrentie tussen verschillende (typen) crediteurs leidt tot de beste prijs voor krediet, is niet het enige argument voor een versterking van de positie van de derde-financier. Volgens het *Corpus Iuris Civilis* had een crediteur met wiens geld een zaak werd aangeschaft en daarbij een pandrecht bedong, een eerste pandrecht op die zaak ongeacht eerder gevestigde rechten. Deze regel zal echter niet zijn ingegeven door de idee dat vrije mededinging leidt tot economisch wenselijke uitkomsten. De ratio van de regel in het Romeinse recht is te ontwaren in respectievelijk D.20,4,5 en D.20,4,6pr.:¹⁶⁴

*Soms is de positie van een latere schuldeiser sterker dan die van een eerdere, zo bijv. als het geld dat een volgende schuldeiser heeft uitgeleend, is besteed aan de instandhouding van de bewuste zaak; bijv. als een schip als pand verbonden was en ik een lening heb verstrekt om het uit te rusten of te herstellen.*¹⁶⁵

*Het daaraan bestede geld heeft immers gediend tot het behoud van het gehele pandrecht. (...)*¹⁶⁶

Kortom, zonder het geld van de derde-financier dat ertoe leidt dat de betreffende zaak behouden blijft, biedt die zaak ook voor andere schuldeisers geen zekerheid. Die derde-financier moet daarom het sterkste zekerheidsrecht op die zaak kunnen bemachtigen. Eenzelfde gedachte ligt ten grondslag aan artikel 3:284 lid 1 BW dat voorziet in een bijzonder voorrecht op goederen voor crediteuren die kosten hebben gemaakt tot behoud van die goederen.

Wat geldt voor het behoud van een zaak, moet ook gelden voor de aanschaf. In beide gevallen is er geen zekerheid voor overige schuldeisers zonder de investering van de derde-financier. Bij voorbaat gevestigde pandrechten op een zaak ontstaan niet wanneer deze zaak nooit in het vermogen van de pandgever komt. Degene die de aanschaf financiert door een lening aan die pandgever en daarmee ook het ontstaan van de eerder gevestigde pandrechten veroorzaakt, verdient (de mogelijkheid tot verkrijging van) een zekerheidsrecht dat hoger in rang is dan die rechten. Deze gedachte is ook vervat in de *Codex Justinianus*:

*Ook al worden, wanneer dezelfde zaken aan vele schuldeisers op verschillende tijdstippen in pand zijn gegeven, de eerste [schuldeisers] geacht de sterkste positie te hebben, toch wordt op gezag van het recht verklaard dat boven allen diegene voorrang heeft, van wie bewezen wordt dat met zijn geld de grond is gekocht, die terstond met zoveel woorden aan hem is verpand.*¹⁶⁷

¹⁶³ Zwolve 2006, p. 244.

¹⁶⁴ Dezelfde rechtsregel blijkt uit D.20,4,3,1; D.20,4,7,1 en D.20,4,21,1. Zie tevens Jansen 2008.

¹⁶⁵ (Ulpianus) *Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero.*

¹⁶⁶ (Ulpianus) *Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. (...)*

¹⁶⁷ *CJ.8,17,7 Imperatores Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Iuliano: Licet isdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur.* Zie tevens Nov. 97 c. 3.

Windscheid legt uit dat wettelijke voorrechten de regel *prior tempore, potior iure* soms doorbreken. Pandhouders moeten in rang boven zich dulden het pandrecht dat is gevestigd ter verzekering van een schuld gemaakt ter aanschaf, behoud, herstel of verbetering van het pandobject:

*Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird (...) begründet durch die gewissen Pfandrechten erteilten gesetzlichen Vorzugsrechte. (...)*¹⁶⁸

*Ein Vorzugrecht hat (...) das Pfandrecht, welches Jemandem an einer Sache wegen einer Aufwendung zusteht, welche er für die Verschaffung, Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Sache gemacht hat.*¹⁶⁹

In de literatuur wordt gesproken van een *privilegium* vanwege *versio in rem*.¹⁷⁰ Degene die de aanschaf van een zaak bekostigt, verdient het eerste zekerheidsrecht op deze zaak omdat het zonder zijn bijdrage niet zou zijn gekocht en ook niet tot zekerheid van ouder gerechtigden had kunnen dienen.¹⁷¹ Dit voorrecht verbonden aan het pandrecht van de aankoopfinancier kent het Nederlandse recht niet. De ratio van het *privilegium* wegens *versio in rem* is echter niet verloren gegaan. De sterke positie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud naar huidig recht, vindt juist haar rechtvaardiging in het feit dat het leverancierskrediet mogelijk maakt dat de bewuste zaak in het vermogen van de koper komt. Dezelfde gedachte is echter niet consequent doorgevoerd met betrekking tot de rechtspositie van de derde-financier.

UNIFORM COMMERCIAL CODE

Volgens de *UCC* is het recht van de verkoper die onder eigendomsvoorbehoud (*retention of title*) verkoopt, niet het eigendomsrecht – dat ongeacht de bewoordingen van de koopovereenkomst toch overgaat (§2-401(1)) – maar een *purchase-money security interest (PMSI)*. Dit zekerheidsrecht krijgt door *perfection* prioriteit boven eerder gevestigde en *perfected security interests* op de goederen van de koper (*super-priority*, §9-324(a)). Niet alleen de verkoper, maar ook degene die de koper geld leent ter acquisitie van de zaak, maakt onder omstandigheden aanspraak op een *PMSI* in die zaak.¹⁷² Het systeem is als volgt. §9-103(b) definieert een *PMSI* als een *security interest* voor zover de zekerheidsobjecten *purchase-money collateral* zijn.¹⁷³ Dit betekent dat ze een *purchase-money obligation* verzekeren ter zake van de goederen die tot zekerheidsobject dienen (§9-103(a)(1)). Uit §9-103(a)(2) blijkt dat *purchase-money obligation* zowel de vordering van de verkoper tot betaling van (een deel van) de koopprijs omvat, als de vordering van de *obligee* voor *value* (i.e. een geldlening) die aan de schuldenaar is verstrekt met het doel de *collateral* te kopen en welke de schuldenaar ook feitelijk voor dit doel heeft ingezet. Beide categorieën van financiers kunnen dus over een *PMSI* beschikken dat door *perfection* de gewenste *super-priority* bereikt. Aldus kent de *UCC* een gelijke zekerhedenpositie toe aan de derde-financier als aan de leverancierscrediteur.

¹⁶⁸ Windscheid 1879, p. 797.

¹⁶⁹ Windscheid 1879, p. 798.

¹⁷⁰ Jansen 2008, p. 85. Windscheid 1879, p. 798, noot 6.

¹⁷¹ Zie uitgebreider en met meer literatuurverwijzingen: Jansen 2008, p. 84.

¹⁷² McCormack 2004, p. 85.

¹⁷³ In het geval dat de zekerheidsobjecten als voorraad moet worden gekwalificeerd, geldt dat een *PMSI* op bepaalde voorraden ook een *PMSI* is op andere voorraden op welke een *PMSI* van dezelfde zekerheidsnemer rust (§9-103(b)(2)).

Dezelfde ratio als aan het Romeinsrechtelijke *privilegium* vanwege *versio in rem* ten grondslag lag, geldt voor de *PMSI*. De financier van een zaak waarop ouder gerechtigden van de koper zich kunnen verhalen komt het eerste zekerheidsrecht toe, omdat hij de koop mogelijk heeft gemaakt. De gefinancierde koop beïnvloedt in beginsel niet de omvang van het netto-vermogen van de koper en de verhaalsmogelijkheden van zijn bestaande debiteuren: hij verkrijgt een nieuwe zaak en belast zijn vermogen met een gelijkwaardige nieuwe schuld.¹⁷⁴ Als bovendien winst voortvloeit uit de aankoop – hét doel van de meeste ondernemingen, verkrijgen bestaande debiteuren juist een betere verhaalpositie dan voorheen.¹⁷⁵ Een tweede reden die aan de voorrangpositie van de *PMSI holder* ten grondslag ligt, is het gevolg van de feitelijke monopoliepositie van de *first-to-file secured party*. Een zakelijke koper zal in de praktijk vaak pandrechten hebben gevestigd op al zijn huidige en toekomstige zaken ten behoeve van de bank.¹⁷⁶ Een derde-financier kan slechts een achtergesteld zekerheidsrecht in de gefinancierde zaak krijgen en zal niet bereid zijn te financieren of een hoger rentepercentage eisen. De (huis)bank heeft een feitelijk monopolie op het gebruik van alle goederen die de zekerheidsgever verkrijgt na kredietverlening door de bank, en dit monopolie doorkruist de vrije mededinging tussen kredietaanbieders. Doorbreking van het feitelijke monopolie van de bank moet worden beschouwd als een correctie op deze onwenselijke situatie. De figuur van de *PMSI* zorgt zo voor ruimere of goedkopere financiering voor bedrijven.¹⁷⁷ Bovendien is eerlijkere en dus meer concurrentie mogelijk tussen verschillende crediteuren: de (huis)bank van een bedrijf kan op gelijke wijze gebruik maken van de aangeschafte zaak om zijn lening aan de koper te verzekeren als andere financiers en als een leverancierscrediteur.

UNCITRAL GUIDE

De *UNCITRAL Guide* noemt een gelijkwaardige uitgangspositie voor verschillende aanbieders van krediet als zijn eerste reden voor functionele wetgeving.¹⁷⁸ Wanneer de inhoud van de transactie het toepasselijke recht bepaalt, in plaats van haar vorm, ontstaat een eerlijke concurrentie tussen verschillende soorten partijen die het betreffende type transactie kunnen aangaan. De *UNCITRAL Guide* opteert daarom voor hetzelfde systeem als de *UCC*. Het financieren van een aankoop van een ander, wordt gedefinieerd als een *acquisition financing transaction*, mits aan drie eisen is voldaan:

*“(a) the credit is used for the specific purpose of enabling the buyer or lessee to acquire a tangible asset; (b) the rights being claimed or retained relate directly to the asset being acquired; and (c) the rights being claimed arise by virtue of an agreement.”*¹⁷⁹

¹⁷⁴ Harris & Mooney 2006, p. 253: “There is a (...) fundamental reason why *PMSI* priority does not seriously impair the position of *first-to-file secured creditors*. The *PMSI holder* contributes new value that in fact is used by the debtor to acquire a new asset. The debtor’s balance sheet reflects both a new debt and a new asset. Neither the *first-to-file creditor’s* existing collateral nor its overall position are affected.”

¹⁷⁵ McCormack 2007, p. 56.

¹⁷⁶ Jackson & Kronman 1979, p. 1167: “Although the after-acquired property clause saves costs, it also creates what economists call a ‘situational monopoly,’ in that a creditor with a security interest in after-acquired property enjoys a special competitive advantage over other lenders in all his subsequent dealings with the debtor.”

¹⁷⁷ Harris & Mooney 2006, p. 252: “*PMSI* priority ameliorates the “situational monopoly” of a *first-to-file secured creditor* who has the benefit of an after-acquired property clause.”

¹⁷⁸ *UNCITRAL* 2010, p. 59.

¹⁷⁹ *UNCITRAL* 2010, p. 320.

Het *acquisition financing right* dat de derde-financier toekomt en wordt geregistreerd binnen de *terme de grâce*, gaat voor op reeds bestaande *security rights*, door de koper op een eerder moment gevestigd. De eisen komen sterk overeen met de voorwaarden die de *UCC* stelt aan een *PMSI*. Volgens §9-103(a)(2) moet sprake zijn van een *seller* of een *lender*, dus moet er een *agreement* zijn (c). §9-103(b) stelt dat slechts een *PMSI* ontstaat voor zover het gefinancierde object tot zekerheid strekt, hetgeen overeenkomt met vereiste (b). Vereiste (a) komt gedeeltelijk overeen met de regel van §9-103(a)(2), namelijk dat het door een derde-financier verstrekte geld de aanschaf van het (aankomend) zekerheidsobject tot doel heeft. De *UCC* gaat hier verder door expliciet te eisen dat het geleende geld ook hiervoor feitelijk wordt gebruikt.

De levenancierscrediteur en de derde-financier (C en E in het voorbeeld hierboven, pagina 42), die een leverancierskrediet respectievelijk een geldlening ter aanschaf van een zaak verstrekken, zouden volgens de *UCC* en de *UNCITRAL Guide* een gelijke positie kunnen bemachtigen: hun recht zou prioriteit hebben boven eerder door de schuldenaar gevestigde en geregistreerde zekerheidsrechten. Op deze wijze hebben zij het Romeinsrechtelijke *privilegium* wegens *versio in rem* doen herleven. In het Nederlandse recht geldt de gelijkheid tussen beide typen financiers niet, hetgeen onrechtvaardig en economisch niet doelmatig is.

4.4 PARTIJAUTONOMIE EN CONTRACTSVRIJHEID

Belangrijke beginselen in het vermogensrecht zijn die van privaat- of partijautonomie en de in het verlengde hiervan liggende contractsvrijheid.¹⁸⁰ Dit beginsel omvat in feite een aantal te onderscheiden vrijheden, zoals (onder anderen) opgemerkt door Mayer-Maly:

“Unter Vertragsfreiheit versteht man in modernem Sprachgebrauch (...) Freiheiten sehr unterschiedlicher Art: die Freiheit von Formgeboten, die freie Wahl des Vertragspartners, die freie Entscheidung über Abschluß oder Nichtabschluß eines Vertrages, die Unabhängigkeit von einem geschlossenen Kreis von Vertragstypen, schließlich die Freiheit der inhaltlichen Ausgestaltung eines Vertrages (...).”¹⁸¹

Voor de rechtsvergelijking tussen ons stelsel van zakelijke zekerheden en een systeem gestoeld op de *UCC*, is het laatste beginsel van belang: de vrijheid van partijen om de inhoud en rechtsgevolgen van een overeenkomst te bepalen.¹⁸² Deze vrijheid (*Gestaltungsfreiheit*) is van alle die door Mayer-Maly zijn beschreven, het meest beknot. Haar grenzen worden bepaald door beginselen als het verbod van rechtsmisbruik, misbruik van positie (overwicht of uitbuiting) of buitengewone benadeling. Deze beginselen kunnen worden beschouwd als uitwerkingen van een algemeen beginsel, dat van de bescherming van de zwakke partij of solidariteit.¹⁸³

Daarnaast beperkt de goederenrechtelijke *numerus clausus* de partijautonomie. Dit beginsel blijkt voor wat betreft het Nederlandse recht uit artikel 3:83 lid 1 eerste zin BW: “Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de *in de wet genoemde* beperkte rechten vestigen.” Uit deze bepaling blijkt a contrario dat partijen zelf geen

¹⁸⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-III), nr. 41.

¹⁸¹ Mayer-Maly 1998, p. 858.

¹⁸² De andere vrijheden zijn vergaand aanwezig in beide rechtsstelsels. De vrijheid van vormgeboden komt bovendien impliciet aan de orde in paragraaf 4.2: de *UCC* eist schriftelijk bewijs voor *attachment* van een *purchase-money security interest*. De *super-priority* behaalt het recht in beginsel pas door tijdige registratie.

¹⁸³ Jansen 2003, p. 134.

goederenrechtelijke rechten in het leven kunnen roepen, maar in beginsel gebonden zijn aan de wettelijke beperkte rechten (*Typenzwang*).¹⁸⁴ De inhoud van deze rechten is voor een aanzienlijk deel in de wet bepaald (*Typenfixierung*). De vrijheid van partijen om binnen de grenzen van de wettelijke definitie de inhoud van het recht zelf te bepalen, is beperkt tot het gebied dat niet door een wettelijke regeling wordt gedekt, en tot de gevallen waar de wet uitdrukkelijk toelaat dat partijen een afwijkende regeling treffen.¹⁸⁵ Wanneer partijen echter de inhoud van een goederenrechtelijk recht vormgeven binnen de ruimte die zij hiertoe hebben, behoren de geschapen bevoegdheden en verplichten een zodanig “voldoende verband” met dat recht te hebben, dat gelijke behandeling gerechtvaardigd is.¹⁸⁶ De bevoegdheden en verplichtingen die partijen overeenkomen moeten passen bij de bevoegdheden en verplichtingen die partijen aanvullen of vervangen en wél in de wet zijn geregeld voor dat type goederenrechtelijk recht. Gelijke behandeling omvat in ieder geval de tegenwerpelijke aan derden.¹⁸⁷

PARTIJAUTONOMIE IN HET NEDERLANDSE RECHT

In de literatuur wordt wel gesteld dat continentale rechtsstelsels, waaronder het Nederlandse, zich in het verleden hebben verzet tegen een eenvormig zekerheidsrecht met een beroep op contractsvrijheid. In Europa zou men verschillende rechten met eenzelfde economische functie naast elkaar willen laten bestaan, om de keuzevrijheid van partijen niet te zeer te beknotten.¹⁸⁸ Voor een verkoper die zekerheid wil voor de betaling van de koopprijs hebben twee rechten inderdaad dezelfde functie: het (voorbehouden) pandrecht en het voorbehouden eigendomsrecht. Genieten hij en zijn wederpartij in de koopovereenkomst inderdaad meer contractsvrijheid dan Amerikaanse (ver)kopers die een *retention of title clause* afsluiten dat vervolgens door de wet tot *security interest* wordt getransformeerd?

Op het eerste gezicht lijkt het antwoord bevestigend te luiden. Waarom zouden koper en verkoper niet in vrijheid mogen kiezen of zij een beperkt zekerheidsrecht scheppen dan wel de overgang van het eigendomsrecht zelf afhankelijk van betaling maken? De wetgever bepleit dat verkopers bij ontbinding van de overeenkomst immers vaak behoefte hebben aan terugname van de verkochte zaak (zie paragraaf 2.1).¹⁸⁹ De verkoper onder eigendomsvoorbehoud roept onder een dergelijk regime een zekerheidsrecht in het leven dat hij nooit is overeengekomen en niet heeft beoogd. Zo ook McCormack:

¹⁸⁴ Dit is de *numerus clausus* van *typen* van goederenrechtelijke rechten. Zie Struycken 2007, p.12.

¹⁸⁵ Struycken 2007, p. 19.

¹⁸⁶ TM, Parl. Gesch. Boek 5, p. 3.

¹⁸⁷ Struycken 2007, p. 387.

¹⁸⁸ Goode 2003, p. 345: “Thus, the unified treatment of security interests in personal property embodied in Article 9 of the Uniform Commercial Code (and adopted in the Canadian Personal Property Security Acts), which treats title-retention devices as security interests, has long been accepted as the sensible business approach in the United States and Canada, where in both cases all the federal units except one are common law jurisdictions, but, as Professor Garro has pointed out, has not taken root in Europe, where importance is attached to the freedom of parties to choose different instruments with different legal effects even if serving the same economic function.”

¹⁸⁹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 388.

*"In effect, two types of contractor, the finance lessor and the simple retention of title supplier, who never considered that they were bringing into existence a security interest at all, are magically transformed by legislation into doing what they never wanted to do."*¹⁹⁰

Zo bezien maken het systeem van *UCC Article 9* en de *functional approach* van de *UNCITRAL Guide* een grotere inbreuk op de contractsvrijheid.

UNIFORM COMMERCIAL CODE

In Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur komt de *numerus clausus* als begrip zelden aan de orde.¹⁹¹ Het principe is echter op *common-law*rechtssystemen van toepassing: ze worden traditioneel gekenmerkt door een beperkt aantal goederenrechtelijk rechten (*Typenzwang*) met door de wetgever of in jurisprudentie voorgeschreven inhoud (*Typenfixierung*). Over de toepasselijkheid van het beginsel en het gebrek aan aandacht in *common law* stelsels, schrijven Merrill en Smith:

*"In the final analysis, the idea that property interests may be created only in limited numbers of standardized forms has a very odd status in the common law. If one observes what lawyers and judges do, it is clear that the numerus clausus exerts a powerful hold on the system of property rights. (...) the entire system presents the picture of a fixed menu of options from which deviations will not be permitted."*¹⁹²

Op het gebied van *secured transactions* gaat de *UCC* met zijn *functional approach* de *numerus clausus* volgens Struycken voorbij.¹⁹³ Afhankelijk van het perspectief kan men tussen een oneindig aantal zekerheidsrechten kiezen, of slechts uit één *security interest*. Feit is in ieder geval dat ongeacht hetgeen partijen precies overeenkomen, iedere zakelijke zekerheid door de wet als *security interest* wordt gekwalificeerd.¹⁹⁴ Zo bezien is er sprake van zeer sterke *Typenzwang*. *UCC Article 9* kenmerkt zich door een groot aantal wetsbepalingen die van regelend recht zijn. De redactie van diverse *sections* bevat de zinsnede "*unless otherwise agreed*" om aan te geven dat partijen daarvan in de *security agreement* kunnen afwijken.¹⁹⁵ §9-201(a) stelt bovendien dat waar de *UCC* geen regel geeft, partijen in de *security agreement* regels kunnen stellen die ten opzichte van kopers van bezwaarde zaken en andere schuldeisers van de zekerheidsgever werken. Hierbij moet worden bedacht dat partijen niet zelf bepalen wat tot een *security agreement* behoort, maar een overeenkomst slechts als zodanig heeft te gelden wanneer zij geldt als *an agreement that creates or provides for a security*

¹⁹⁰ McCormack 2007, p. 58.

¹⁹¹ Struycken (2007, pp. 265-266) wijst hiervoor enkele oorzaken aan: (i) het ontbreken van een alomvattende codificatie, (ii) de doctrine is van oudsher weinig dogmatisch, zeker in vergelijking met de continentale pandektistische stroming, (iii) in het Engelse noch Amerikaanse recht bestaat scherp onderscheid tussen verbintenissen- en goederenrecht, (iv) het Anglo-Amerikaanse recht kent geen absoluut eigendomsbegrip.

¹⁹² Merrill & Smith 2000, pp. 23-24. Zie ook Struycken 2011, p. 67.

¹⁹³ Struycken 2007, p. 278.

¹⁹⁴ *UCC* § 1-201(b)(35). Zie paragraaf 3.2.

¹⁹⁵ Bunn 1960, pp. 65-66. Een voorbeeld van een dergelijk artikel is §9-207(a). Onder de oude *UCC* (voor wijziging in 1995) was de vrijheid van partijen van grote delen van de wet af te wijken, opgenomen in §1-102(3): "*The effect of provisions of this Act may be varied by agreement, except as otherwise provided in this Act and except that the obligations of good faith, diligence, reasonableness and care prescribed by this Act may not be disclaimed by agreement but the parties may by agreement determine the standards by which performance of such obligations is to be measured if such standards are not manifestly unreasonable.*"

interest (§9-102).¹⁹⁶ Onder en binnen de alleenheerschappij van de *security interest* is dus voor partijen veel mogelijk; er is wellicht zwakkere *Typenfixierung* dan in het Nederlandse recht.

De contractsvrijheid hangt niet slechts af van de keuzemogelijkheid van partijen zelf het type absolute recht dat wordt gevestigd, te bepalen. Een keuze tussen twee rechten die door de wetgever zijn omgeven met gedetailleerde en dwingendrechtelijke regels, biedt minder vrijheid dan een enkel recht dat partijen inhoudelijk verregaand kunnen wijzigen en aanvullen. Noch het voorbehouden eigendomsrecht, noch het voorbehouden pandrecht naar Nederlands recht bieden een verkoper de zekerheid tot verkrijging van de overeengekomen koopprijs op het moment dat de verkochte zaak wordt doorverkocht of tenietgaat door natrekking, zaaksvorming of vermenging. Partijen kunnen in deze gevallen wel bij voorbaat een pandrecht vestigen op de nieuwe zaak, de zaak waar de door partijen initieel bezwaarde zaak in opgaat, of op de vordering op de nieuwe koper van de zaak. Dit pandrecht kan pas ontstaan wanneer het object daarvan in het vermogen van de zekerheidsgever komt, en komt lager in rangorde dan eerder geregistreerde pandrechten. Nederland kent, met andere woorden, niet het verlengde eigendomsvoorbehoud. Onder het regime van de *UCC* strekt een *security interest* zich ingevolge §9-203(f) en §9-315(a)(1) wel uit tot *proceeds*, waaronder de inkomsten uit (door)verkoop.¹⁹⁷ Ook wanneer de *collateral* door *comminglement*¹⁹⁸ tenietgaat, komt de *security interest* te rusten op de zaak of zaken (*product of mass*) waar deze in opgaat (§9-336(c)) terwijl de prioriteit van het recht dat het door *perfection* heeft verkregen (zie paragraaf 4.3) behouden blijft (§9-336(d)). Partijen zijn vrij in de *security agreement* de *collateral* zo te omschrijven dat *proceeds*, en nieuwe *product of mass* geen object van het zekerheidsrecht zullen worden.¹⁹⁹ Op dit punt biedt het Amerikaanse recht dus meer contractsvrijheid. Ook is reeds in paragraaf 4.4 vastgesteld dat een derde-financier volgens de *UCC* wel een eerste zekerheidsrecht kan bedingen op een zaak die door de koper reeds bij voorbaat is bezwaard, terwijl dit partijen naar Nederlands recht niet vrij staat.

De partijautonomie om de inhoud en rechtsgevolgen van zakelijke zekerheid te bepalen, wordt begrensd door het aantal zekerheidsrechten waaruit partijen kunnen kiezen, en de vrijheid de inhoud van het gekozen zekerheidsrecht vorm te geven. Het systeem van de *UCC*, dat slechts één zekerheidsrecht kent, hoeft daarom dus nog niet minder partijautonomie te bieden dan het Nederlandse recht. Op enkele gebieden is het evident dat de *UCC* partijen in staat stelt rechtsgevolgen tot stand te brengen, waartoe zij naar Nederlands recht niet in staat waren. Overigens moet ook de spiegelbeeldige stelling worden verworpen: een systeem gebaseerd op een *functional approach* biedt niet per definitie meer partijautonomie dan het Nederlandse. Een beroep

¹⁹⁶ *Official Comment 2* bij §9-201: "It follows [from §9-102(a)] that subsection (a) does not provide that every term or provision contained in a record that contains a security agreement or that is so labeled is effective."

¹⁹⁷ Verder vallen onder *proceeds* natuurlijke en burgerlijke vruchten en vorderingen die uit de *collateral* voortkomen vanwege schade, of verlies van de zaak (§9-102(a)(64) en *Official Comment 13*).

¹⁹⁸ §9-336(a): "In this section, "commingled goods" means goods that are physically united with other goods in such a manner that their identity is lost in a product or mass." De term omvat wat naar Nederlands recht wordt gedefinieerd als natrekking (bestandsdeelvorming), zaaksvorming en vermenging.

¹⁹⁹ Dit vloeit voort uit §9-203 en het in het Amerikaanse recht breed van toepassing zijnde beginsel naar het adagium *cui licet quod maius non debet quod minus est non licere*, ofwel: wie het meerdere mag, mag ook het mindere.

op contractsvrijheid ter principiële verwerping van de *functional approach* moet hoe dan ook worden afgewezen.

4.5 EENVOUD EN KOSTENEFFECTIVITEIT

Goederenrechtelijke zekerheden verlagen het risico en dus de transactiekosten voor de crediteur en leiden dus tot meer beschikbaar en goedkoper krediet. Niet slechts de beschikbaarheid van zekerheden, maar ook de kosten van hun vestiging zijn van belang. Leveranciers die aan uitvoerige procedures moeten voldoen om een verzekerd leverancierskrediet te verstrekken, zullen eerder geneigd zijn om direct bij levering betaling te eisen. Aldus is de kans groter dat een individuele fabrikant of winkelier zijn inkoop niet meer kan bekostigen. Het macro-economische effect van dure zekerheden is dat het aanbod van krediet lager is en de prijs hoger (zie paragraaf 2.3).²⁰⁰ De *UNCITRAL Guide* geeft daarom als doel, dat zakelijke zekerheden kosteneffectief te vestigen zijn.²⁰¹

Het Nederlands eigendomsvoorbehoud kan niet worden ontzegd dat het eenvoudig te creëren is. Partijen hoeven het voorbehoud slechts overeen te komen. De wet verbindt daaraan het gevolg dat de eigendomsoverdracht afhankelijk is van een voorwaarde. Deze voorwaarde wordt bovendien op grond van artikel 3:92 lid 1 BW vermoed een opschortende te zijn. Het eigendomsvoorbehoud kan niet worden gevestigd zonder overeenkomst over de tegenprestatie die de opschortende voorwaarde vervult. Het contract waarin het eigendomsvoorbehoud is overeengekomen, is vormvrij en hoeft dus in beginsel niet schriftelijk te zijn, al zal het dit om bewijstechnische redenen in de regel wel zijn. Het is ook mogelijk en veelvoorkomend dat het eigendomsvoorbehoud in leveringsvoorwaarden of algemene voorwaarden is opgenomen.

Alle rechtsstelsels die de *functional approach* volgen, eisen in beginsel de registratie van het voorbehouden eigendom of het zekerheidsrecht dat ontstaat wanneer een eigendomsvoorbehoud is overeengekomen. Volgens de *UCC* geldt dat de *purchase-money security interest* binnen 20 dagen na levering moet zijn geregistreerd om voorrang te behouden boven eerder gevestigde zekerheidsrechten §9-324(1). En zonder registratie vindt in beginsel geen *perfection* plaats, waardoor later gevestigde maar eerder geregistreerde rechten in rangorde boven de voorbehouden zekerheid gaan. In faillissement heeft het niet-geregistreerde recht bovendien geen werking (*Bankruptcy Code* §544(a)(1)). Een noemenswaardige uitzondering is dat *consumer goods* niet behoeven te worden geregistreerd: *UCC* §9-309(1).²⁰² Hetzelfde systeem wordt voorgesteld door de *UNCITRAL Guide* en kenmerkt de *DCFR*, met dien verstande dat een niet-geregistreerd recht geen derdenwerking heeft.²⁰³ De *UCC* vereist bovendien dat er een schriftelijk bewijs is van de *security agreement* die het eigendomsvoorbehoud creëert (*UCC* §9-102(a)(7)(A)).²⁰⁴ Kortom, het Nederlandse eigendomsvoorbehoud is eenvoudiger in het leven te roepen dan de alternatieven van de *functional approach*.

²⁰⁰ De prijs van krediet zijn in de regel de rentebetalingen of is – in geval van leverancierskrediet – een impliciete marge in de koopprijs. Zie tevens paragraaf 2.3.

²⁰¹ *UNCITRAL* 2010, p. 20.

²⁰² Zie tevens paragraaf 4.2.

²⁰³ *UNCITRAL* 2010, p. 378-379; *DCFR Article IX.* – 3:107(1) en (2).

²⁰⁴ Zie tevens paragraaf 4.2.

4.6 CONCLUSIE

De Amerikaanse *Uniform Commercial Code*, en de *functional approach* in het algemeen, beschermen bepaalde gerechtvaardigde belangen beter dan het Nederlandse recht. Het publiciteitsbeginsel is beter gewaarborgd onder de functionele benadering, daar een eigendomsvoorbehoud leidt tot een zekerheidsrecht dat in beginsel publicatie vereist om hogere prioriteit of derdenwerking te behalen. Het Nederlandse eigendomsvoorbehoud daarentegen is niet gepubliceerd en voor derden onbekend. Een ander voordeel van de *functional approach* is dat het een derde-financier van een zaak het eerste zekerheidsrecht toekent, mits juist gevestigd. Hiermee kan hij een rechtspositie verwerven ten aanzien van de aangekochte zaak gelijk aan de positie van een verkoper onder eigendomsvoorbehoud. Het onderstaande schema geeft beknopt weer hoe het Nederlandse recht, de *UCC*, de *UNCITRAL Guide* en de *DCFR* presteren op het gebied van publiciteit en gelijkheid van diverse financiers.

	Functional approach	Unitary approach	Registratie eigend.voorb.	Publiciteit (paragraaf 4.2)	Gevolgen niet-registratie*	Gelijkheid in rechtspositie van de leverancierscrediteur en de derde-financier (paragraaf 4.3)
Nederlands recht	x	x	x	Het eigendomsvoorbehoud is niet kenbaar voor derden.	n.v.t.	Nee. De verkoper onder eigendomsvoorbehoud heeft als eigenaar <i>de facto</i> voorrang, terwijl de derde-financier wel een pandrecht kan bedingen, maar geenszins de garantie heeft dat dit een eerste pandrecht is.
Uniform Commercial Code	✓	✓	✓	Het voorbehouden eigendom is kenbaar door registratie of <i>possession</i> , behalve bij <i>consumer goods</i> of binnen de <i>terme de grâce</i> van 20 dagen.	Het voorbehouden eigendom is lager in prioriteit dan <i>security interests</i> die wel zijn <i>perfected</i> . In faillissement heeft het bovendien geen enkele werking.	Ja, de leverancierscrediteur en de derde-financier ontvangen een <i>purchase-money security interest</i> .
UNCITRAL Guide	✓	✓/x	✓	Het eigendomsvoorbehoud is kenbaar door registratie of <i>possession</i> , behalve bij <i>consumer goods</i> of binnen de <i>terme de grâce</i> van 20 of 30 dagen.	Geen derdenwerking	Ja, de leverancierscrediteur en de derde-financier ontvangen een <i>acquisition security right</i> .
Draft Common Frame of Reference	✓	x	✓	Het voorbehouden eigendom is kenbaar door registratie of <i>possession</i> , behalve bij <i>consumer goods</i> of binnen de <i>terme de grâce</i> van 35 dagen.	Geen derdenwerking	Ja, de leverancierscrediteur en de derde-financier ontvangen een <i>acquisition finance right</i> .
*Hier wordt ervan uitgegaan dat het onderpand niet in de feitelijke macht van de zekerheidsnemer is, de eventuele <i>terme de grâce</i> is verstreken en het onderpand geen <i>consumer good</i> is.						

Een veelgehoord bezwaar is dat de functionele benadering in vergelijking met het continentale recht weinig partijautonomie kent. Deze conclusie is echter slechts gebaseerd op de sterke *Typenzwang* onder de *functional approach* en beziet niet de keuzevrijheid die de wettelijke voorschriften omtrent het zekerheidsrecht bieden. Het Nederlandse eigendomsvoorbehoud heeft één voordeel: het is zeer eenvoudig en kent geen vormvereisten voor de vestiging.

HOOFDSTUK 5: CONCLUSIE EN VOORSTEL TOT VERANDERING

5.1 CONCLUSIE: DE *FUNCTIONAL APPROACH* BIEDT PERSPECTIEF

Voorafgaande hoofdstukken beschreven achtereenvolgens de aard van het Nederlandse eigendomsvoorbehoud (hoofdstuk 2) en de op Amerikaanse leest geschoeide functionele benadering (hoofdstuk 3). Het vierde hoofdstuk maakte een puntsgewijze vergelijking tussen beide systemen. De voorlopige conclusie luidt mijns inziens dat de *functional approach* op drie punten tot betere resultaten leidt dan die ons recht nu biedt. Deze verbetering weegt naar mijn mening ruimschoots op tegen de nadelen op het gebied van contractsvrijheid en eenvoud. De functionele benadering biedt een oplossing voor de in hoofdstuk 2 geschetste dogmatische problemen, bevordert de publiciteit van zakelijke rechten en leidt tot gelijke rechtsposities voor de leverancierscrediteur en de derde die een aankoop financiert.²⁰⁵

DOGMATISCHE PROBLEMEN

Ten eerste brengt het eigendomsvoorbehoud enkele dogmatische problemen met zich. Het is in strijd met de gedachte van het fiduciaverbod. Op tal van terreinen zijn in de loop der tijd de onwenselijke gevolgen van het gebruik van eigendom als zekerheidsinstrument al gerepareerd. De ontbindende verkoper moet eventuele overwaarde afdragen, en in het faillissement van de koper kan hij niet vrijelijk over zijn eigendom beschikken. Hem raken immers het bodemrecht van de fiscus en de plicht een bijdrage aan de boedel te storten. In de afkoelingsperiode beschikt de curator over zijn zekerheidseigendom zoals het niet is toegestaan over reële eigendom te beschikken. De wetgever heeft enkele correcties nagelaten. Het gebrek aan accessoriëteit van het voorbehouden eigendomsrecht en het ontbreken van een regeling voor zaaksvervangings als die in artikel 3:229 BW is vervat, leiden tot ongewenste rechtsgevolgen.²⁰⁶

Rechtsstelsels gebaseerd op de *functional approach* behoeven dergelijke ad-hocreparaties niet.²⁰⁷ Het eigendomsvoorbehoud merken zij aan als een zekerheidsrecht en de (voorwaardelijke) overdracht maakt de verkrijger tot eigenaar. Vanzelf komt eventuele overwaarde bij ontbinding dan hem toe. In het faillissement van de koper valt de zaak gewoon in de failliete boedel, hetgeen haar op natuurlijke wijze aan het faillissementsregime onderwerpt. Een zekerheidsrecht is bovendien accessoir en een regeling voor zaaksvervangings komt logischerwijs voort uit zijn zekerheidskarakter: het is de zekerheidsnemer immers niet om de zaak zelf te doen maar om een verhaalsmogelijkheid.

*PUBLICITEIT EN REGISTRATIE*²⁰⁸

Het eigendomsrecht van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud is niet kenbaar voor derden. Omdat de zaken geleverd onder eigendomsvoorbehoud zich wel in de feitelijke macht van de koper bevinden, wekken ze de schijn van kredietwaardigheid. De verkoper die tevens schuldeiser is, onttrekt zich bovendien op heimelijke wijze aan de *paritas creditorum*.

²⁰⁵ Zie respectievelijk paragrafen 4.2 en 4.3.

²⁰⁶ Zie hoofdstuk 2, in het bijzonder zijn conclusie in paragraaf 2.6.

²⁰⁷ Critici van de *functional approach* stellen juist dat het eigendomsvoorbehoud op kunstmatige wijze onder het eenvormige bezitloze zekerheidsrecht is gebracht, zie paragraaf 3.3.

²⁰⁸ Zie paragraaf 4.2.

Exponenten van de *functional approach* als de *UNCITRAL Guide* en de *EBRD Model Law* verbinden derdenwerking aan de registratie van het zekerheidsrecht. Anders gesteld: zonder registratie in een openbaar register werkt het recht alleen tussen de partijen en is het dus geen *zakelijk* recht. De koppeling tussen derdenwerking en publiciteit is aldus expliciet in de (model)wet opgenomen.

*GELIJKHEID VAN DIVERSE FINANCIERS*²⁰⁹

Naar Nederlands recht komt de leverancierscrediteur een zekerheidsinstrument toe dat andere kredietverstrekkers missen. Het voorbehouden eigendom van de verkoper wordt in beginsel door geen enkel door de koper gevestigd recht geraakt. De derde-financier die geld leent aan de koper om een bepaalde zaak te kopen, mist dat recht. Hij kan hooguit een pandrecht op de zaak bedingen, maar door de koper eerder bij voorbaat gevestigde pandrechten op die zaak zijn hoger in rang. Er is dus geen *level-playing field* tussen financiers. Dit heeft een negatief effect op de concurrentie op de kredietmarkt, en leidt tot onnodig hoge prijzen voor krediet.

Enkele internationale instrumenten die hier zijn behandeld, bieden dit *level-playing field* wel. Zowel de verkoper die ook leverancierscrediteur is als de derde-financier kunnen beschikken over een *purchase-money security interest* of een *acquisition finance right*.

*BEPERKING CONTRACTSVRIJHEID*²¹⁰

De partijautonomie is in een systeem dat de *functional approach* volgt niet noodzakelijkerwijs beperkter dan in een formeel rechtsstelsel als het Nederlandse. Een belangrijke beperking van de contractsvrijheid onder de functionele benadering is echter dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud bij ontbinding niet weer zelf over de zaak kan beschikken. Partijen hebben onder de *functional approach* niet de mogelijkheid om dit rechtsgevolg te bereiken.

*EENVOUD EN KOSTENEFFECTIVITEIT*²¹¹

Het ontbreken van de registratieplicht en andere vormvereisten maakt het eigendomsvoorbehoud tot een zeer eenvoudig en kosteneffectief te creëren recht. De prijs die het zekerheidsrecht onder de *functional approach* betaalt voor publiciteit, is de registratieplicht. Hierdoor is zijn vestiging minder eenvoudig. Het ongemak en de kosten blijven echter op enkele manieren beperkt. Een voorbehouden zekerheidsrecht in het kader van consumentenkoop hoeft niet te worden geregistreerd. Andere financierspandrechten moeten pas binnen een bepaalde *terme de grâce* worden geregistreerd waardoor geen registratie nodig is van rechten die vorderingen verzekeren die binnen deze termijn worden betaald.

5.2 DE VERWERPING VAN DE NON-UNITARY APPROACH

De voor continentale rechtssystemen geconcipeerde *non-unitary approach* biedt de voordelen van de functionele benadering terwijl het eigendomsvoorbehoud blijft bestaan.²¹² De *non-unitary approach* handhaaft dus de zekerheidseigendom maar onderwerpt hem aan hetzelfde wettelijke regime als beperkte zekerheidsrechten met dezelfde functie. De *DCFR* is een exponent van deze

²⁰⁹ Zie paragraaf 4.3.

²¹⁰ Zie paragraaf 4.4.

²¹¹ Zie paragraaf 4.5.

²¹² Zie paragraaf 3.4.

non-unitary approach en kent wel de gelijkheid van diverse typen financiers en meer publiciteit met de registratie-eis voor het *retention of title device*.

Het grootste bezwaar tegen de *non-unitary approach* is dat het de hierboven geschetste dogmatische problemen niet oplost. Sterker nog, het (voorbehouden) eigendomsrecht wordt in een nog strakker keurslijf gedwongen en de kloof tussen reële eigendom en zekerheidseigendom neemt toe. Publiciteit en gelijkheid van financiers worden slechts bereikt door nog meer inbreuken op het eigendomsrecht te plegen. Zo werkt een *retention of title* pas ten aanzien van derden wanneer het is geregistreerd.²¹³ De voorbehouden eigendom is bovendien volgens de *DCFR* *accessoir*,²¹⁴ en de *DCFR* kent een uitgebreidere zaaksvervanging dan artikel 3:229 BW.²¹⁵

De hierboven omschreven nadelen van de functionele benadering worden bovendien nauwelijks door de *non-unitary approach* ondervangen. Meer partijautonomie is er onder de *non-unitary approach* nauwelijks. Partijen kunnen immers wel naast een zekerheidsrecht ook een eigendomsvoorbehoud in het leven roepen (minder *Typenzwang*) maar dit voorbehoud is in vrijwel alle opzichten gelijk aan dat zekerheidsrecht waardoor de vrijheid van partijen tot het in het leven roepen van rechtsgevolgen, nauwelijks groter is. Het eigendomsvoorbehoud verliest onder de *non-unitary approach* bovendien zijn eenvoud: het moet in beginsel worden geregistreerd (binnen een bepaalde termijn). Zonder registratie werkt de voorbehouden eigendom niet tegen derden, of verliest hij zijn *super-priority*.²¹⁶

Het enige noemenswaardige verschil met de *unitary approach*, is dat de *non-unitary approach* de verkoper en leverancierscrediteur de mogelijkheid geeft om te revindiceren en weer over de verkochte zaak te beschikken bij wanbetaling van de koper. Voor het Nederlandse recht heeft de *non-unitary approach* mijns inziens weinig te bieden: het vergroot het verschil tussen reële eigendom en zekerheidseigendom en vereist allerlei *ad-hoc* reparaties. Mocht de functionele benadering de wetgever ooit inspireren tot een wetswijziging, dan zou hij er goed aan doen de *non-unitary approach* te verwerpen. Zij heeft met de invoering van artikel 3:84 lid 3 BW al een einde gemaakt aan de fiduciaire eigendomsoverdracht en kan nu de zekerheidseigendom definitief ten grave dragen.²¹⁷ In de woorden van Zwalve:

“[Men heeft er] niet zo verstandig aan (...) gedaan om enerzijds de fiduciaire eigendomsoverdracht in art. 3:84, lid 3 te verbieden (...), terwijl anderzijds in de figuur van het eigendomsvoorbehoud een vorm van zakelijke zekerheid werd gehandhaafd die op datzelfde eigendomsrecht is gebaseerd.”²¹⁸

De *non-unitary approach* is zo bezien niets meer dan de bestrijding van de symptomen van een fundamentele ontwerpfout en moet als voorbeeld voor ons eigendomsvoorbehoud worden verworpen.

²¹³ *DCFR Article IX. – 3:107(1): “An acquisition finance device is effective only if registered.”*

²¹⁴ *DCFR Article IX. – 1:104(1)(c) jo. 5:301(1) en 3:328.*

²¹⁵ *DCFR Article IX. – 1:201(11) jo. 4:104 jo. 4:105(1) jo. (2).*

²¹⁶ Zie paragraaf 4.2.

²¹⁷ Naast het afschaffen van het eigendomsvoorbehoud dient daartoe ook het eigendomsrecht van de *financial lessor* tot een zekerheidsrecht te worden getransformeerd. Dit blijft hier echter onbesproken.

²¹⁸ Zwalve 1995, p. 393.

5.3 VOORSTEL TOT VERBETERING: HET FINANCIERSPANDRECHT

Hoe ziet de implementatie van de *functional approach* in het Nederlands recht eruit? Ons rechtsstelsel zou uiting moeten geven aan de gedachte dat niet de vorm die partijen kiezen doorslaggevend is voor het recht dat ontstaat en zijn inhoud. Aan wat partijen overeenkomen wordt gevolg gegeven naar de *functie* daarvan voor partijen en in het maatschappelijk verkeer. Deze benadering leidt in ieder geval tot de conclusie dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud ‘slechts’ een bezitloos zekerheidsrecht verkrijgt. Het eigendomsrecht kan niet langer worden gebruikt ter verzekering van een vordering. In tegenstelling tot vele andere rechtsgebieden, kent het Nederlandse recht slechts één bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken: het pandrecht. Een *functional approach* in het Nederlandse recht kan daarom gemakkelijk aansluiting zoeken bij het bestaande pandrecht: het recht moet dan andere zakelijke zekerheden ook tot pandrechten transformeren. De volledige implementatie van de *functional approach* zou dan ook het recht van de *financial lessor*²¹⁹ en de *retentor*²²⁰ kunnen omvatten. Hier zal echter slechts de toepassing van de *functional approach* op het eigendomsvoorbehoud worden besproken.²²¹

De vervreemder onder eigendomsvoorbehoud behoudt na implementatie van de *functional approach* niet de eigendom maar een pandrecht. Dit geldt ook wanneer partijen expliciet overeenkomen dat de eigendom achterblijft bij de vervreemder. De huidige artikelen 3:91 en 3:92 BW zullen in ieder geval uit de wet moeten worden geschrapt. Hiermee is de constructie van het eigendomsvoorbehoud echter nog niet verdwenen. Het bestond al voordat de wettelijke regeling in het Nieuw Burgerlijk Wetboek werd ingevoerd, en zou dus kunnen blijven bestaan nadat deze is afgeschaft.²²²

Een wettelijk verbod op het eigendomsvoorbehoud naar analogie met het fiduciaverbod is niet wenselijk. Een dergelijk verbod zou inhouden dat de overeenkomst waarin een eigendomsvoorbehoud voor de verkoper is opgenomen niet tot titel van overdracht zou kunnen strekken. Dit rechtsgevolg is niet acceptabel. Een in de praktijk veel gebruikte figuur wordt plotseling krachteloos en als gevolg hiervan zullen vele verkopers onaangenaam worden verrast door het feit dat zij zich niet op de verkochte zaak kunnen verhalen bij een wanbetalende koper. De *functional approach* schrijft voor dat de functie van het recht dat de partijen zijn overeengekomen,

²¹⁹ De *UCC* schaart het recht van de *financial lessor* onder de *security interest* op grond van §1-203(b) en de *DCFR* kwalificeert dat recht als een *retention of ownership device* (Article XI. – 1:103(2)(b)).

²²⁰ De *DCFR* kwalificeert het retentierecht als een *security right*: Article IX. – 1:102(2)(c) jo. IX. – 2:114. De *UCC* daarentegen stelt expliciet dat de *right of a seller (...)* to retain or acquire possession of the goods buiten de reikwijdte van de *security interest* valt (§1-201(b)(35)).

²²¹ Wel raken de in dit hoofdstuk gedane voorstellen de huurkoop. Deze figuur is immers een species van het eigendomsvoorbehoud.

²²² Peter 2007, p. 131. Zie uitgebreid over de negentiende-eeuwse Amerikaanse wortels van het moderne eigendomsvoorbehoud: Jansen 1999. De Hoge Raad heeft de toelaatbaarheid van het eigendomsvoorbehoud erkend in zijn arrest HR 7 februari 1902, *W* 1902, 7720: “O. dat een zoodanig beding [van eigendomsvoorbehoud, *FJJC*] niet is in strijd met een der in het middel aangehaalde wetsartikelen, omdat daarbij niet is bepaald en daaruit ook niet valt af te leiden, dat bij eene koopovereenkomst van zoo bijzonderen aard als hier tusschen partijen was gesloten, het aan den verkoper niet zou vrijstaan om zich den eigendom der verkochte goederen voor te behouden, totdat de koopprijs zal zijn voldaan, ook al waren de verkochte goederen reeds dadelijk in het feitelijk bezit van den koper overgegaan”.

behouden blijft: de koper moet dus een sterke verhaalsmogelijkheid houden.²²³ Nu kan aansluiting worden gezocht bij het huidige artikel 3:85 lid 2 BW, dat de overdracht onder opschortende tijdsbepaling transformeert tot de onmiddellijke overdracht met gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik voor de gestelde tijd. Op eenzelfde wijze wordt dan het eigendomsvoorbehoud door de wet omgezet in een onvoorwaardelijke overdracht onder voorbehoud van een pandrecht.²²⁴

Ik stel daarom het volgende artikel 3:85b BW voor:

Artikel 3:85b BW

Een overeenkomst strekkende tot overdracht van de eigendom van een zaak onder voorwaarde van voldoening van een door de verkrijger verschuldigde prestatie, wordt aangemerkt als een overeenkomst tot onmiddellijke overdracht van de eigendom onder voorbehoud van een pandrecht voor de vervreemder op die zaak dat strekt tot zekerheid van de vordering tot die prestatie.

Dit artikel omvat zekerheden ten aanzien van meer vorderingen dan het huidige artikel 3:92 lid 2 BW. Een “verbreding” van het eigendomsvoorbehoud stel ik echter niet voor. Zoals hieronder uitgebreider is omschreven, heeft het mijn voorkeur slechts het simpele eigendomsvoorbehoud bijzondere prioriteit te geven. Het is echter ook mogelijk alle pandrechten een bijzondere prioriteit te geven die de vorderingen verzekeren die zijn genoemd in het huidige artikel 3:92 lid 2 BW.

Met het voorgestelde artikel 3:85b BW zou Nederland niet langer voldoen aan de Europese Richtlijn betalingsachterstanden.²²⁵ Deze richtlijn eist namelijk ingevolge haar artikelen 9 jo. 2 dat een *beding* van eigendomsvoorbehoud op zodanige wijze wordt eerbiedigd dat de verkoper daadwerkelijk de *eigendom* kan behouden totdat de volledige koopprijs is betaald. Lidstaten hebben ruimte om vormvereisten te stellen aan de totstandkoming van het eigendomsvoorbehoud.²²⁶ Het door partijen overeengekomen eigendomsvoorbehoud moet de verkoper echter wel het eigendomsrecht bieden als zekerheidsinstrument. Artikel 3:85b BW kan niet worden ingevoerd zonder wijziging of intrekking van de Richtlijn. De voorstellen gedaan in dit hoofdstuk richten zich daarom niet slechts tot de Nederlandse wetgever, maar ook tot de Europese.

GELIJKHEID VAN DIVERSE FINANCIERS

Het voorgestelde artikel 3:85b BW geeft de verkoper onder eigendomsvoorbehoud een voorbehouden pandrecht. Omdat dit pandrecht bij de verkoper *achterblijft*, komt het hoger in rang dan eerder door de koper bij voorbaat gevestigde rechten. Deze laatste komen immers op een reeds door de verkoper bezwaarde zaak te rusten.²²⁷ De derde die een lening aan de koper verschaft ter financiering van de aankoop van een zaak, is niet in alle gevallen in staat een eerste pandrecht op deze zaak te verkrijgen. De kredietnemer-pandgever is immers in beginsel pas bevoegd het pandrecht te vestigen op het moment dat hij eigenaar is van de zaak. Op het moment dat de zaak in zijn vermogen komt, ontstaan de bij voorbaat gevestigde pandrechten. Een nieuw recht voor de

²²³ Men zou kunnen betogen dat de inhoud of *substance* van de overeenkomst hier meer is dan het bieden van een verhaalsmogelijkheid. Zie hierover uitgebreider paragraaf 3.3.

²²⁴ Zie over de omzetting van het eigendomsvoorbehoud tot een zekerheidsrecht tevens Struycken 2007.

²²⁵ Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.

²²⁶ Bilotta 2013, p. 707.

²²⁷ HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 (Potharst/Serrée), r.o. 3.6.4. Zie paragraaf 2.2.

derde-financier, komt dus op de reeds bezwaarde zaak te rusten en moet de eerder gevestigde pandrechten in rang boven zich dulden. Deze crediteur die de aankoop financiert, verdient echter een rechtspositie die gelijk is aan de verkoper onder eigendomsvoorbehoud, zoals ik hierboven reeds heb betoogd.²²⁸ Ik stel daarom voor een bijzonder pandrecht in het leven te roepen, het financierspandrecht:

Artikel 3:237b BW

1. *Financierspandrecht is een pandrecht dat is gevestigd op een zaak en strekt tot zekerheid van de vordering tot een verschuldigde tegenprestatie voor de overdracht van de eigendom van die zaak of voor de verschaffing van middelen die de verkrijging van die zaak door de pandgever tot doel hadden en hiertoe feitelijk zijn gebruikt.*
2. *Financierspandrecht wordt gevestigd bij geregistreerde akte. Een financierspandrecht kan ook worden gevestigd bij akte die binnen 35 dagen na de overdracht van het onderpand aan de pandgever is geregistreerd of bij niet-geregistreeerde akte indien de pandgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.*
3. *Financierspandrecht komt in rang boven andere door de pandgever gevestigde beperkte rechten.*

Dit voorgestelde artikel bepaalt in lid 1 wat een financierspandrecht is. Lid 3 bepaalt dat dit recht *super-priority* heeft en hoger in rang is dan een andere pandrechten, waaronder eerder door de koper gevestigde rechten.

Lid 1 van het voorgestelde artikel 3:237b BW is van toepassing op het recht dat ontstaat door de transformatie van het voorgestelde artikel 3:85b BW, voor zover dit recht een *tegenprestatie* voor de overdracht van het onderpand verzekert. In tegenstelling tot het huidige eigendomsvoorbehoud, kan een pandrecht immers strekken tot zekerheid van alle huidige en toekomstige vorderingen van de pandhouder op de pandnemer.²²⁹ Voor zover het pandrecht meer verzekert dan de tegenprestatie voor de overdracht van het onderpand, in de regel de koopprijs, is het geen *financierspandrecht*. Hetzelfde geldt voor het pandrecht dat niet vanwege artikel 3:85b BW ontstaat, maar doordat de verkoper dat recht expliciet voorbehoudt. Het voorgestelde artikel 3:237b BW geeft dus geen voorrang aan het verbrede eigendomsvoorbehoud van artikel 3:92 lid 2 BW. De gelijkheid van financiers is immers niet compleet wanneer de verkoper wel een verbreed financierspandrecht ter beschikking heeft, en de derde-financier niet. Een verbreed financierspandrecht voor de derde-financier is wel denkbaar, zoals in lid 1 en 2 van het onderstaande artikel 3:237bis BW tot uitdrukking komt. Dit voorgestelde artikel is een alternatief voor lid 1 van artikel 3:237b BW hierboven.

Artikel 3:237bis, lid 1 en 2 BW

1. *Financierspandrecht is een pandrecht dat is gevestigd op een zaak en strekt tot zekerheid van de vordering betreffende de tegenprestatie voor aan de verkrijger van die zaak krachtens overeenkomst geleverde of te leveren zaken of krachtens een zodanige overeenkomst tevens ten behoeve van de verkrijger verrichte of te verrichten werkzaamheden, alsmede tot zekerheid van vorderingen wegens tekortschieten in de nakoming van zodanige overeenkomsten.*
2. *Financierspandrecht is tevens een pandrecht dat is gevestigd op een zaak en strekt tot zekerheid van de vordering betreffende de tegenprestatie voor de verschaffing van middelen die de verkrijging krachtens overeenkomst van die zaak door de pandgever tot doel hadden en hiertoe feitelijk zijn gebruikt, en tevens*

²²⁸ Zie uitgebreider paragraaf 4.3.

²²⁹ Het pandrecht kan tevens strekken tot zekerheid van vorderingen van de pandhouder op derden: het derdenpandrecht.

van middelen die de verkrijging krachtens overeenkomst van andere zaken van de vervreemder van de zaak of krachtens een zodanige overeenkomst ten behoeve van de verkrijger door de vervreemder verrichte of te verrichten werkzaamheden tot doel hadden en hiertoe feitelijk zijn gebruikt.

Dit verbrede financierspandrecht is mijns inziens echter onwenselijk. Ten eerste leidt het tot een voordeel voor bestaande verkopers en derde-financiers ten aanzien van alle andere potentiële verkopers en derde-financiers van dezelfde zaken. Deze eersten beschikken dan over bestaande zekerheidsrechten die ook nieuwe vorderingen verzekeren bij herhaalde aankoopfinanciering. Nieuwe aankoopfinanciers kunnen hooguit op het aangekochte object een zekerheidsrecht met de hoogste prioriteit krijgen.²³⁰ Het gat tussen de rechtsposities van bestaande verkopers en derde-financiers is dan weliswaar gedicht, maar de ongelijkheid tussen huidige en potentiële verkopers of derde-financiers blijft bestaan. Ten tweede is het verbrede eigendomsvoorbehoud ingevoerd op instigatie van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen dat vreesde dat simpele eigendomsvoorbehouden in de praktijk vaak door oneigenlijke vermenging teniet zouden gaan.²³¹ Mijns inziens is dit risico echter gemakkelijk te ondervangen door van de koper te eisen dat hij verschillende geleverde zaken of partijen zo houdt dat ze afzonderlijk identificeerbaar zijn. Weliswaar gaat het simpele eigendomsvoorbehoud of financierspandrecht teniet als de koper de afspraak niet nakomt, maar hetzelfde geldt wanneer de koper onbevoegd de verkochte zaak (eigenlijk) vermengt of daarmee andere zaken (doet) vormen. Bovendien zijn de kosten voor het identificeerbaar houden van verschillende zaken of geleverde partijen naar ik vermoed tegenwoordig lager door digitale administraties, streepjescodes of *RFID*.²³² Kortom, mijns inziens moet het verbrede eigendomsvoorbehoud geheel worden afgeschaft en niet door een financierspandrecht worden vervangen. Een pandrecht kan natuurlijk veel meer vorderingen verzekeren dan de vordering van de koopprijs van het onderpand. Voor zover het dat doet, is het echter niet een financierspandrecht maar een “gewoon” pandrecht en geniet de pandhouder niet de voorrang van artikel 3:237b lid 3 BW.

De prioriteitsregeling van lid 3 van het voorgestelde artikel 3:237b BW is voor het voorbehouden pandrecht niet noodzakelijk, daar dit recht zoals hierboven gesteld toch al voorging op door de koper eerder bij voorbaat gevestigde rechten. Dit blijkt uit HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 (Potharst/Serrée).²³³ De mogelijkheid bestaat nu echter ook dat het pandrecht pas na de overdracht wordt gevestigd en toch met voorrang op andere pandrechten betaling van de koopprijs verzekert. Bovendien realiseert lid 3 de *super-priority* van de derde-financier.

Deze derde-financier kan immers op grond van lid 1 van artikel 3:237b BW hierboven ook een financierspandrecht verkrijgen, wanneer en voor zover het aan de koper geleende geld (i) is verstrekt met het doel het onderpand aan te schaffen en (ii) het geld hiertoe daadwerkelijk is gebruikt.²³⁴ Het artikel spreekt over “verschaffing van middelen”, zodat ook ruilvereenkomsten

²³⁰ Zie paragraaf 4.3.

²³¹ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1239-1240.

²³² *Radio Frequency Identification* wordt gebruikt door het aanbrenge van *chips* of *RFID-tags* waardoor vervolgens draadloos met een *reader* allerlei informatie over de gemerkte zaken kan worden gelezen.

²³³ Zie paragraaf 2.3.

²³⁴ Vergelijk *UCC §9-103(a)(2)*: “*purchase-money obligation*” means an obligation of an obligor incurred for value given to enable the debtor to acquire rights in or the use of the collateral if the value is in fact so used.”

eronder vallen en het geleende ook rechtstreeks aan de verkoper van het onderpand kan zijn gegeven. Daar het voorgestelde artikel niets zegt over de rangorde tussen financierspandrechten onderling, geldt bij meer dan één financierspandrecht de hoofdregel ex artikel 3:98 BW jo. 3:97 lid 2 BW dat het eerder gevestigde recht voor het later gevestigde gaat. De situatie is immers denkbaar dat twee of meer derde-financiers ieder een deel van de koopprijs financieren.

Het financierspandrecht komt dus toe aan zowel de verkoper als aan de derde-financier en is de Nederlandse equivalent van de *purchase-money security interest*,²³⁵ het *acquisition security right*²³⁶ of het *acquisition finance device*²³⁷. Aldus is de gelijkheid van financiers door het voorgestelde artikel 3:237b BW geregeld.

PUBLICITEIT EN REGISTRATIE

In paragraaf 4.2 bepleitte ik reeds de invoering van het openbare registerpandrecht. Het hier geïntroduceerde financierspandrecht is ook denkbaar zonder openbare registers. Het leidt dan nog steeds tot gelijkheid van financiers, maar repareert niet de doorbroken relatie tussen publiciteit en derdenwerking als hierboven en in paragraaf 4.2 beschreven. Het voorgestelde artikel 3:237b BW gaat ervan uit dat het openbare registerpandrecht ook wordt ingevoerd.

Artikel 3:237b lid 2 BW stelt voorop dat het financierspandrecht wordt gevestigd bij geregistreerde akte. Deze akte kan authentiek of onderhands zijn; publiciteit vereist voor beide typen akten een registratie in een openbaar register. Een akte is in beginsel altijd schriftelijk, maar kan sinds 2010 op grond van 156a Rv ook een elektronisch document zijn, zodat zelfs een wisseling van e-mails in aanmerking komt. Zoals op dit moment de voorschriften voor registratie van een stil pandrecht niet in het Burgerlijk Wetboek staan, stel ik voor ook de specificaties van het openbare register in een aparte wet te regelen. In ieder geval is het wenselijk dat een systeem van *notice filing* wordt ingevoerd. Een dergelijk systeem schrijft een eenvoudige registratie voor: alleen de namen van de pandgever, de pandnemer en een summiere omschrijving van het onderpand hoeven te worden geregistreerd.

Om de administratieve lasten voor het rechtsverkeer zo laag mogelijk te houden, maakt het voorgestelde artikel 3:237b BW twee uitzonderingen op de registratieplicht, die ook de *UCC* en de *UNCITRAL Guide* maken. Ten eerste heeft de derde-financier of de verkoper een *terme de grâce* van 35 dagen om een bedongen pandrecht te registreren. Deze termijn zorgt ervoor dat de financier zijn voorrang kan behouden door wat later te registreren terwijl hij wel al direct kan financieren. Het pandrecht ontstaat dan meteen wanneer de akte is opgemaakt. Dit bevordert een soepel economisch verkeer dat niet wordt opgehouden omdat men voor overdracht of geldverstrekking eerst wil registreren. Bovendien zullen snel afgeloste leningen en leverancierskredieten in zijn geheel niet geregistreerd hoeven te worden. Ten tweede hoeven ook financierspandrechten verstrekt door consumenten niet te worden geregistreerd, in overeenstemming met de uitzondering voor *consumer goods* in de *UCC* en de *UNCITRAL Guide*.²³⁸ Deze pandrechten

²³⁵ In de *Uniform Commercial Code*.

²³⁶ In de *UNCITRAL Guide*.

²³⁷ In het *Draft Common Frame of Reference*.

²³⁸ Zie paragraaf 4.2 en *UCC* §9-309(1) respectievelijk *UNCITRAL Guide*, pp. 378-379.

verzekeren veelal kleine bedragen en consumenten hebben in de regel geen pandrechten op al hun huidige en toekomstige goederen gevestigd. Om deze twee redenen is publiciteit van het financieringspandrecht op *consumer goods* van minder belang en dient het belang van eenvoudige vestiging daarboven te prevaleren.

In tegenstelling tot de *UCC* en de *UNCITRAL Guide*, stel ik voor niet de *perfection* en het *ontstaan* van het bezitloos zekerheidsrecht te scheiden. Een dergelijke scheiding past niet in het systeem van ons Burgerlijk Wetboek. De waarde van een recht dat geen *perfection* heeft verkregen is volgens de *UNCITRAL Guide* geheel afwezig: het werkt niet jegens derden. Naar Nederlands recht is een 'pandrecht' dat niet jegens derden werkt niet meer dan een overeenkomst over de wijze waarop verhaal wordt gehaald bij wanprestatie en geen pandrecht. Los van de vraag wat het nut zou zijn van een dergelijke overeenkomst en in hoeverre deze nietig is vanwege strijd met dwingend (verhaals)recht, kan die overeenkomst ook naar Nederlands recht worden gesloten. Zij roept echter geen pandrecht in het leven. De houder van een niet-geregistreerd zekerheidsrecht (buiten de *terme de grâce* en op *non-consumer goods*) heeft onder het *UCC*-regime slechts het betrekkelijke voordeel voor te gaan boven onverzekerde schuldeisers buiten faillissement.

5.4 CONCLUSIE

De *functional approach* van de *Uniform Commercial Code* en de andere behandelde wetgeving biedt inspiratie ter verbetering van het Nederlandse eigendomsvoorbehoud. Dogmatische eenvoud, het publiciteitsbeginsel en de gelijkheid van financiers komen in die functionele benadering tot uiting.

Mijn voorstel is om de artikelen 3:91 en 3:92 te schrappen uit het Burgerlijk Wetboek, en tegelijkertijd de hierboven beschreven artikelen 3:85b en 3:237b eraan toe te voegen. Dogmatische eenvoud is dan bereikt door conversie van het eigendomsvoorbehoud tot een zekerheidsrecht. De zekerheidsfunctie wordt onder het nieuwe regime weer bekleed door een beperkt zekerheidsrecht, dat accessoir is en een regeling voor zaaksvervanging kent: 3:229 BW. Het eigendomsrecht hoeft niet meer te worden ingeperkt om te beantwoorden aan de zekerheidsfunctie die het als voorbehouden eigendom had. Ingevolge het voorgestelde artikel 3:237b BW heeft de financierspandrechthouder een voorrangspositie die overeenstemt met de *de facto* voorrangspositie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud. Aangezien zowel de verkoper als de derde-financier financierspandhouder kunnen worden, is de gelijkheid van financiers geregeld. Het publiciteitsbeginsel moet mijns inziens vorm krijgen in een openbaar registerpandrecht. De financierspandakte moet net als alle andere pandakten worden geregistreerd. Hiervoor heeft de pandhouder een *terme de grâce* van 35 dagen, en akten van financierspandrechten op *consumer goods* blijven ongeregistreerd.

Kortom, het Nederlandse eigendomsvoorbehoud biedt ruimte voor verbetering. Ik beveel de wetgever van harte aan zich te laten inspireren door de *functional approach* en het financierspandrecht in te voeren.

LITERATUUR EN JURISPRUDENTIE

BOEKEN

Akseli 2011

N. Orkun Akseli, *International Secured Transactions Law: Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments*, Abingdon: Routledge 2011. ISBN 978-0-415-48810-5.

Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 2010 (3-VI)

A.I.M. van Mierlo, F.H.J. Mijnsen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel III. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-III)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Beekhoven van den Boezem & Goosmann 2010

F.E.J. Beekhoven van den Boezem & C.E. Goosmann, 'Centraal pandregister voor roerende zaken schiet zijn doel voorbij!', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid* (Serie Onderneming en Recht: deel 58), Deventer: Kluwer 2010.

Boeve 2007

G.G. Boeve, *Eigendomsvoorbehoud buiten en in faillissement*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2007.

Brahn 1991

O.K. Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Met het overgangsrecht en vergelijkende opmerkingen over het oude recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Dalhuisen 2013

J.H. Dalhuisen, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2013.

EBRD 1994

European Bank for Reconstruction and Development, *Model Law on Secured Transactions*, London 1994.

Harris & Mooney 2006

S.L. Harris & C.W. Mooney, jr., *Security Interests in Personal Property*, New York: Foundation Press 2006.

Hesselink e.a. 2011

M.W. Hesselink e.a. (red.), *Het Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Van Hees 1997

J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Jansen 1999

C.J.H. Jansen, *De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht* (oratie Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Jansen 2003

C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19^e eeuw', in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

De Jong 2006

Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht : over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer rechtswetenschappelijke publicaties 2006.

Kortmann 1994

S.C.J.J. Kortmann, 'De afkoelingsperiode van art. 63a Fw: ondoordachte wetgeving', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid* (Serie Onderneming en Recht: deel 1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Loos 2011

M.B.M. Loos, 'Naar een optioneel instrument', in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Groenboek Europees Contractenrecht: naar een optioneel instrument?* Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.

Mayer-Maly 1998

Th. Mayer-Maly, het lemma Vertragsfreiheit, in: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), Band IV, Berlin: Erich Schmidt Verlag 1998.

McCormack 2004

G. McCormack, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge (UK): Cambridge University Press 2004.

McCormack 2007

G. McCormack, 'The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions – Functionalism and Form', in: B. Foëx e.a. (red.), *Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la CNUDCI*, Genève: Schulthess 2007.

McCormack 2011

G. McCormack, *Secured Credit and the Harmonisation of Law. The UNCITRAL Experience*, Serie Corporations, Globalisation and the Law, Cheltenham: Edward Elgar.

Peter 2007

J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Serie Recht en Praktijk, Deventer: Kluwer 2007.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006

W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, met bijdragen van G.E. van Maanen & G.T. de Jong, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Polak/Pannevis 2008

N.J. Polak/M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Reehuis 1998

W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud* (Mon. Nieuw BW B-6c), Deventer: Kluwer 1998.

Röver & Simpson 1994

J.-H. M. Röver & J.L. Simpson, 'A Legal System for Secured Transactions in Market Economies in Transitions. An Introduction to the European Bank's Model Law on Secured Transactions', in: European Bank for Reconstruction and Development, *Model Law on Secured Transactions*, London 1994.

Snijders & Rank-Berenschot 2007

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Spath 2010

J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, Deventer: Kluwer 2010.

Spruit e.a. 2011

J.E. Spruit e.a., *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling*, Amsterdam University Press 2011.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht. Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Struycken 2009

T.H.D. Struycken, 'Zekerheidsrechten en registratie', in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (preadvies KNB), Den Haag: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2009.

Struycken 2011

T.H.D. Struycken, 'The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property', in: R. Westrik & J.A. van der Weide (red.), *Party Autonomy in International Property Law*, München: Sellier 2011.

UNCITRAL 2010

United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Secured Transactions*, United Nations Publication, New York 2010, ISBN 978-92-1-133675-7.

Veneziano 2012

A. Veneziano, 'The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group', in: S.J.H.M. van Erp, A.F. Salomons & B. Akkermans (red.), *The Future of European Property Law*, München: Sellier 2012.

Vriesendorp 1985

R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud. Een onderzoek naar een praktische verkoperszekerheid in het huidige en komende Nederlandse recht met een slotbeschouwing van rechtshistorische aard* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1985.

Vriesendorp & Barendrecht 1993

R.D. Vriesendorp & J.M. Barendrecht, *Zekerheid door wetenschap. Stil pandrecht en de toepassing van artikel 3:12 BW* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1993.

Windscheid 1879

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Band 1), Stuttgart 1879.

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Zwalve 2008

W.J. Zwalve, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Den Haag: W.E.J. Tjeenk Willink 2008.

ARTIKELLEN**Allan 1997**

D.E. Allan, 'Personal Property Security. Rip Van Winkle awakes in the Antipodes', *Journal of International Banking Law* 1997, Vol. 13, pp. 1-3.

Bilotta 2013

C. Bilotta, 'Ending the Commercial Siësta: The Shortcomings of European Union Directive 2011/7 on Combating Late Payments in Commercial Transactions', *Brooklyn Journal of International Law* 2013, Vol. 38, pp. 699-728.

Bridge e.a. 1999

M.G. Bridge, R.A. Macdonald, R.L. Simmonds & C. Walsh, 'Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transactions', *McGill Law Journal* 1999, Vol. 44, pp. 567-664.

Burman 2003

H.S. Burman, 'The Commercial Challenge in Modernizing Secured Transactions Law', *Uniform Law Review* 2003, pp. 347-352.

Bunn 1960

C. Bunn, 'Freedom of Contract under the Uniform Commercial Code', *Boston College Law Review* 1960, Vol. 2, pp. 59-71.

Chiu 2006

I. H.-Y. Chiu, 'The Legal Fabrication of Security Interests in the United Kingdom', *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2006, Vol. 31, pp. 703 e.v.

Dahan & Simpson 2009

F. Dahan & J. Simpson, 'Legal Efficiency for Secured Transactions Reform: Bridging the Gap between

Economic Analysis and Legal Reasoning', *Penn State International Law Review* 2009, Vol. 27, pp. 623-640.

Goode 2003

R. Goode, 'Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional', *Uniform Law Review* 2003, pp. 341-346.

Heilbron 2011

M.A. Heilbron, 'Bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken naar Nederlands, Duits en Amerikaans recht. Is het mogelijk en wenselijk een Europees openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken te creëren?', *VrA* 2011, 2, pp. 41-71.

Jackson & Kronman 1979

T.H. Jackson & A.T. Kronman, 'Secured Financing and Priorities Among Creditors', *The Yale Law Review* 1979, Issue 88, pp. 1143-1182.

Jansen 2008

J.E. Jansen, 'Potharst/Serrée en het Romeinse recht. Enige opmerkingen over overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht', *GROM* 2008/XXV.

Jansen 2012

J.E. Jansen, 'Het eigendomsvoorbehoud en artikel 3:229 BW', *TvI* 2012/28.

Macdonald 2009

R.A. Macdonald, 'Three Metaphors of Norm Migration in International Context', *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 34, 2009.

Merrill & Smith 2000

T.W. Merrill & H.E. Smith, 'Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle', *Yale Law Journal* 2000.

Raymond 2011

A.H. Raymond, 'Cross-border Secured Transactions: Ongoing Issues and Possible Solutions', *Elon Law Review* 2011, Vol. 2, pp. 87-107.

Salomons 1996

A.F. Salomons, 'Reactie. De toepasselijkheid van de wettelijke regeling van huurkoop op lease-transacties', *WPNR* 1996/6237.

Salomons 2013

A.F. Salomons, 'De wetshistorische wortels van ons stille pandrecht. Waardoor verloor Meijers de slag om het registerpand?', *AA* 2013, pp. 319-325.

Saunders e.a. 2006

A. Saunders, A. Srinivasan & I. Walter, 'Innovation in International Law and Global Finance: Estimating the Financial Impact of the Cape Town Convention', *NYU Working Paper No. FIN-06-037*, 2006.

Struycken 1996

T.H.D. Struycken, 'Afdracht van overwaarde: art. 7A:1576t BW geconfronteerd met het Sogelease-arrest', *WPNR* 1996/6237.

Tekstra 2013

A.J. Tekstra, 'Het bodemrecht van de fiscus anno 2013', *Ondernemingsrecht* 2013/51.

Van Velten 2011

A.A. van Velten, 'De moeizame weg naar uniformering van het Europese Privaatrecht', *WPNR* 2011/6881.

Veneziano 2008

A. Veneziano, 'A secured transactions' regime for Europe: treatment of acquisition finance devices and creditor's enforcement rights', *Juridica International* 2008, 14, pp. 89-95.

Van Vliet 2008

L.P.W. van Vliet, 'Eigendom als zekerheidsmiddel: moet overwaarde verrekend worden?', *NTBR* 2008, 43.

Vriesendorp 1994

R.D. Vriesendorp, 'Eigendomsvoorbehoud en overgang van de verzekerde vordering', *WPNR* 1994/6133.

Zwalve 1995

W.J. Zwalve, 'De zekerheidsrechten naar Noord-Amerikaans recht en hun belang voor het Europese privaatrecht. Much ado about nothing', *WPNR* 1995/6185.

*RECHTSPRAAK***Europese rechtspraak en arresten van de Hoge Raad**

HvJEU 12 december 2006, zaak C-380/03, Jur. 2006, p. I-11573 (Duitsland//Europees Parlement en Raad van de Europese Unie).

HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 (Potharst/Serrée).

HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 462 (Nijverdalen Ten Cate/Wilderink q.q.).

HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 298.

HR 7 februari 1902, *W* 1902, 7720.

Lagere rechtspraak

Rechtbank Zwolle-Lelystad 11 januari 2012, *JOR* 2012/366.

Rechtbank Haarlem (Sector Kanton) 15 september 2010, LJN B09279.

Rechtbank 's-Gravenhage 16 juni 1993, *NJ* 1995, 205.