Proefschrift

In de rubriek 'Proefschrift' vertellen recentelijk gepromoveerden en promovendi, waar hun stellingen in de kern op neer komen.

Deze keer: mr. J.H.M van Swaaij. Hij promoveerde op 13 januari 2000 aan de Rijksuniversiteit Groningen op het proefschrift 'Beschikken en rechtsovergang. De temporele dimensie van de overdracht: levering van toekomstige goederen, levering onder eigendomsvoorbehoud en levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging', (Boom juridische uitgevers, Den Haag 2000). Promotor was prof.mr. C.J.H. Brunner. De beoordelingscommissie bestond uit prof.mr. Jac. Hijma, prof.mr. J.H.A. Lokin, prof.mr. J.H. Nieuwenhuis, prof.mr. W.M. Reehuis en prof.mr. L.C.A. Verstappen.

Mr. J.H.M. van Swaaij is thans als advocaat werkzaam in de sectie cassatie- en landsadvocatuur van een kantoor te Den Haag.

Beschikken en rechtsovergang

De temporele dimensie van de overdracht: levering van toekomstige goederen, levering onder eigendomsvoorbehoud en levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging

Mr. J.H.M. van Swaaij

Inleiding

'Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken', zo bepaalt artikel 3:84 lid 1 BW. Wie een goed krachtens geldige titel levert en beschikkingsbevoegd is, bewerkstelligt een rechtsovergang. Ogenblikkelijk nadat de levering is verricht, is het over te dragen recht uit het vermogen van de vervreemder overgegaan in dat van de verkrijger. Deze ogenblikkelijkheid is echter geen wet van Meden en Perzen.

Levering en rechtsovergang kunnen in tijd van elkaar gescheiden zijn. Dan gaat het om wat ik in mijn dissertatie noem een levering met *uitgestelde* rechtsovergang. Tussen het tijdstip van de levering en het moment van de rechtsovergang ligt een tijdspanne. Bij temporele scheiding van levering en rechtsovergang wordt de levering reeds nu verricht en vindt de rechtsovergang *van rechtswege* — zonder dat vervreemder en verkrijger dat tussentijds nog eenzijdig kunnen verhinderen — plaats indien en zodra zich een onzekere gebeurtenis voorgedaan heeft.[1] Een voorbeeld van een levering met uitgestelde eigendomsovergang is de levering onder eigendomsvoorbehoud. Artikel 3:91 BW:

> 'De levering van in het vorige artikel bedoelde zaken (roerende zaken, niet-registergoederen die in de macht van de vervreemder zijn, schrijver dezes) ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde, geschiedt door aan de verkrijger de macht over de zaak te verschaffen.'

De eigenaar heeft de zaak verkocht en verricht reeds nu de voor overdracht vereiste levering. Vooralsnog blijft hij eigenaar. De eigendom gaat van rechtswege uit het vermogen van de verkoper over in dat van de koper indien en zodra bijvoorbeeld de koopprijs betaald is (opschortende voorwaarde).

Een ander voorbeeld van een levering met uitgestelde rechtsovergang is de levering van een toekomstig goed. De huid van een nog niet geschoten beer kan niet alleen reeds verkocht worden, het is ook mogelijk om de huid nu al te leveren. Artikel 3:97 lid 1 BW bepaalt:

1 Het moet gaan om een onzekere gebeurtenis; van een tijdsbepaling kan geen sprake zijn; *proefschrift*, nr. 87.

'Toekomstige goederen kunnen bij voorbaat worden geleverd, tenzij het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken of het registergoederen zijn.'

Levering met uitgestelde eigendomsovergang: de koper wordt van rechtswege eigenaar indien en zodra de verkoper de eigendom heeft verkregen.

Een ander species van het genus levering met uitgestelde rechtsovergang is de wat ik noem levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging. Iemand verkoopt bijvoorbeeld zijn fiets onder de ontbindende voorwaarde dat de koopprijs over twee maanden nog niet betaald is. Levert hij aan de koper, dan verkrijgt deze weliswaar de eigendom. Maar indien en zodra de ontbindende voorwaarde intreedt, keert de eigendom uit het vermogen van de koper terug in dat van verkoper. Deze had aan de koper geleverd onder het voorbehoud dat hij de eigendom zou herkrijgen bij vervulling van de voorwaarde. In verband met het beperkte aantal pagina's dat ik van de redactie mag vullen, laat ik deze variant verder buiten beschouwing.[2]

Uit de literatuur komt naar voren dat men er nog betrekkelijk veel moeite mee heeft de hier bedoelde rechtsfiguren te doorgronden. Zo is gesproken van 'fenomenen' die 'behoren tot de meest technische en meest lastige van het goederenrecht'.[3] In mijn dissertatie heb ik aangegeven wat volgens mij de oorzaak is van dit doorgrondingsprobleem en wat het referentiekader is voor de oplossing ervan. Deze begint bij het besef dat een levering met uitgestelde rechtsovergang onder het vorige BW — afgezien van de nadagen ervan (anticipatie op het huidige BW) — niet mogelijk was of dat deze mogelijkheid omstreden was.

Het BW van 1838: geen temporele scheiding

Nog maar zestig jaar geleden schreef Ph.A.N. Houwing[4] dat levering en eigendomsovergang in het stelsel van het BW van 1838 'dus niet in tijd gescheiden zijn'. Zo kon men volgens hem niet onder eigendomsvoorbehoud leveren. Voor de levering van lichamelijke roerende zaken was — zoals dat ook nu in beginsel het geval is (vgl. art. 3:90 BW) — bezitsverschaffing vereist. Bezit kan met daartoe strekkende verklaringen worden verschaft (vlg. art. 3:115 BW). De vraag was nu of men reeds thans verklaringen kon afleggen voor een in de toekomst plaats te vinden bezitsinterversie.[5] Konden verkoper en koper, die de zaak alvast mee naar huis kreeg, bewerkstelligen dat de koper *van rechtswege* het bezit — en daarmee de eigendom — kreeg op het moment van betaling van de koopprijs? Kon dit door het afleggen van verklaringen met de strekking dat de koper voor zichzelf hield indien en zodra de koopprijs voldaan was (brevi manu)? En werd de koper óók bezitter — bijvoorbeeld nadat 90 % van de koopprijs was voldaan — indien de verkoper tussentijds een zogeheten *contraire* verklaring (met de strekking dat hij toch niet wilde dat de koper bezitter/eigenaar werd) had gedaan? Het laat zich reeds raden dat Houwing vragen als deze ontkennend beantwoordde.[6]

In elk geval was in HR 29 december 1933, *NJ* 1934, 343 m.n. P.S. (Fijn van Draat) overwogen dat de eigendom van een vordering op naam 'door en bij' de akte van overdracht overging.[7] Met Meijers[8] kon men zich dan ook afvragen of dat niet betekende dat 'ook een levering bij voorbaat krachtens houderschap van roerende lichamelijke zaken niet mogelijk is'. Weliswaar werd nadien wel verdedigd dat het toch mogelijk was om, kort gezegd, eigendomsovergang op een later moment dan het tijdstip van levering te doen plaatsvinden, maar dat leidde tot een controverse.[9] Deze belandde in een patstelling.[10]

Het huidige BW: wel temporele scheiding. Een nieuw stelsel van overdracht

Voor het nieuwe BW hakte Meijers de knoop door ten faveure van de temporele scheiding. Zo merkt hij in zijn toelichting — onder verwijzing naar het

2 Zie hierover uitvoerig het *proefschrift*, Hoofdstuk 3, § 6.

3 N.E.D. Faber, Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde; Een uitgemaakte zaak?, *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, p. 220. Zie bijvoorbeeld ook S. Bartels, *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, 1997, p. 83.

4 Ph.A.N. Houwing, Overdracht van toekomstige rechten, *Preadvies BCN*, 1940, p. 74.

5 *Proefschrift*, Hoofdstuk 1, § 3.

6 *Proefschrift*, Hoofdstuk 1, § 3.4.

7 Zie voor het auteursrecht: HR 13 februari 1936, *NJ* 1936, 443 m.n. E.M.M. (Tuschinsky/Gema).

8 E.M. Meijers, Eigendomsoverdracht tot zekerheid, *Preadvies BN*, 1936, p. 251.

9 *Proefschrift*, Hoofdstuk 1, § 3.

10 *Proefschrift*, Hoofdstuk 1, § 4.

Fijn van Draat-arrest — met betrekking tot artikel 3:97 lid 1 (art. 3.4.2.10 zijn Ontwerp) op, dat het 'in ons recht een betwiste vraag' is of toekomstige goederen kunnen worden geleverd.[11] Het huidige uitgangspunt is dat temporele scheiding van levering en eigendomsovergang thans mogelijk is.[12] De eigendomsovergang kan tussentijds niet worden verhinderd met een contraire verklaring.[13]

Het komt er derhalve op neer dat er tegenwoordig een *nieuw* stelsel van overdracht is. Nieuw, omdat het onder het vorige stelsel niet mogelijk was om de levering in de tijd te scheiden van de eigendomsovergang, terwijl dit onder het huidige stelsel wel mogelijk is. In dit nieuwe stelsel zijn de mogelijkheden om te beschikken groter dan zij waren onder het oude stelsel.

Ruimere mogelijkheden om te beschikken; de beschikking met temporele scheiding als nieuw type van een beschikking

De term 'beschikken' treft men niet alleen aan in artikel 3:84 lid 1 BW, maar ook in artikel 639 (oud) BW. Beperk ik me tot de overdracht, dan ging het bij 'beschikken' in de zin van artikel 639 (oud) BW om *één normaaltype* beschikking. Ogenblikkelijk nadat (geldig) beschikt was, vond de eigendomsovergang plaats. Er was samenval in de tijd van beschikking en eigendomsovergang. In mijn proefschrift spreek ik daarom van *beschikking met samenval in de tijd*. Dit is een beschikking zónder uitstel van rechtsovergang.

Een van de centrale stellingen in mijn boek is dat het beschikken in de zin van artikel 3:84 lid 1 BW ruimer is dan in de zin van artikel 639 (oud) BW.[14] Beschikken in de zin van artikel 639 (oud) BW kwam neer op het bewerkstelligen dat *ogenblikkelijk* een eigendomsovergang plaatsvindt: men bracht een beschikking met samenval in de tijd tot stand. Tegenwoordig is er een nieuw, tweede normaaltype van een beschikking. Bij 'beschikken' in de zin van artikel 3:84 lid 1 kan het zowel gaan om een beschikking met samenval in de tijd als om wat ik noem een *beschikking met temporele scheiding*. Dit is een beschikking met uitgestelde rechtsovergang. Reeds thans breng je de beschikking tot stand. Op een toekomstig moment vindt van rechtswege de rechtsovergang plaats, zonder dat zulks tussentijds nog kan worden verhinderd met een contraire verklaring; er is sprake van onherroepelijkheid/onomkeerbaarheid. Op het toekomstige moment — indien en zodra — gaat de eigendom uit jouw vermogen over in dat van degene te wiens behoeve je reeds tevoren beschikt hebt. Kort en goed: beschikken in de zin van artikel 3:84 lid 1 BW is bewerkstelligen dat ogenblikkelijk een rechtsovergang plaatsvindt, dan wel dat van rechtswege een rechtsovergang plaatsvindt op een toekomstig moment (indien en zodra zich een onzekere gebeurtenis voordoet).

Het nieuwe referentiekader

Bij de uitleg van het huidige BW dienen wij voldoende onbevangen te zijn. Wat vroeger, onder het BW van 1838, nog vanzelfsprekend was of leek, hoeft onder het BW van 1992 niet meer vanzelfsprekend te zijn. Wij moeten ons er met andere woorden voor hoeden niet door een bril van het oude BW naar het huidige BW te kijken. Dit laatste echter hebben wij tot dusverre wel gedaan. Wij hebben niet of althans onvoldoende beseft, dat ons huidige stelsel van overdracht door de mogelijkheid tot temporele scheiding een *nieuw* stelsel is. Zo is er weliswaar de notie, dat het vroeger omstreden was, of toekomstige goederen reeds geleverd konden worden. Maar wat mijns inziens uit het oog verloren is, is dat de vraag of de levering in de tijd gescheiden kon zijn van de eigendomsovergang ook bij tegenwoordige goederen speelde. Het valt bijvoorbeeld op dat Mezas[15] en Vriesendorp[16] in hun dissertaties over de levering onder eigendomsvoorbehoud niet vermeld hebben dat nog aan het begin van de vorige eeuw aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd werd, of de verkoper bij de feitelijke overgave aan de koper zich de eigendom wel voorbehouden kon: HR 7 februari 1902, *W* 7720. Zelfs het Fijn van Draat-arrest is door hen niet genoemd.

Het komt erop neer dat wij tot dusverre met een gedateerd referentiekader (dat van het BW van 1838) gewerkt hebben. Ten onrechte zijn wij er van uitgegaan dat er slechts één type beschikking is, te weten de beschikking met samenval in de tijd.

11 TM., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 401.
12 Zie ook art. 3:91 BW.
13 *Proefschrift*, Hoofdstuk 3, § 2.3.
14 *Proefschrift*, Hoofdstuk 4.
15 B.M. Mezas, *Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht*, diss. Nijmegen, Zwolle 1985.
16 R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud*, diss. Groningen, Deventer 1985.

De temporele dimensie van de vereisten van overdracht

Wie een goed overdraagt, beschikt. Stond vroeger in artikel 639 (oud) BW wat vereist was voor een geldige beschikking, nu staat dat in artikel 3:84 lid 1 BW.[17] Meijers schreef in zijn toelichting[18] dat artikel 3:84 lid 1 BW (art. 3.4.2.2 lid 1 Ontw. M.) 'de algemene vereisten voor een overdracht' stelt 'op ongeveer dezelfde wijze als artikel 639 voor het tegenwoordige B.W. doet'. Artikel 639 (oud) BW eiste een 'levering ten gevolge van eenen regtstitel van eigendomsovergang, afkomstig van degenen die geregtigd was over den eigendom te beschikken'.

Anders dan artikel 639 (oud) BW geeft artikel 3:84 lid 1 BW óók aan wat vereist is voor een beschikking met temporele scheiding. Ook voor deze beschikking geldt derhalve dat krachtens geldige titel een levering moet worden verricht door iemand die op het tijdstip van de levering bevoegd is om over het goed te beschikken.[19] Dit betekent echter niet dat de vereisten levering, geldige titel en beschikkingsbevoegdheid voor de beschikking met samenval in de tijd hetzelfde *inhouden* als voor de beschikking met temporele scheiding. Bij de ene beschikking is immers geen en bij de andere beschikking is wel sprake van scheiding in de tijd. Het gaat immers om *verschillende* rechtsgevolgen. In verband met de beperkte ruimte die ik nog heb illustreer ik dit kardinale punt aan de hand van het vereiste van beschikkingsbevoegdheid.

Is degene die een toekomstig goed levert op het tijdstip van de levering reeds bevoegd om over dat goed te beschikken? In de hand-/studieboeken wordt — thans nog — geponeerd dat dit niet het geval is.[20] De beschikkingsbevoegdheid zou pas worden verkregen op het moment waarop de vervreemder het goed verkregen heeft (en het goed vervolgens uit zijn vermogen overgaat in dat van degene aan wie hij het tevoren heeft geleverd). Deze gedachte, dat de vervreemder tijdens de levering van het toekomstige goed nog beschikkingsbevoegd is, berust op wat ik in mijn boek noem een artikel 639 (oud) BW-redenering.

Bij de vraag of iemand beschikkingsbevoegd is, gaat het om de vraag of hij bevoegd is een bepaalde beschikking over een bepaald goed tot stand te brengen. Men moet dus bezien om *welke* beschikking het gaat. Jan is niet bevoegd om te bewerkstelligen dat de eigendom van de fiets van Piet ogenblikkelijk overgaat in het vermogen van Klaas. Alleen Piet is daartoe bevoegd. Piet, met andere woorden, is wel bevoegd, maar Jan is onbevoegd om *deze beschikking met samenval in de tijd* tot stand te brengen. Is Jan echter *tevens* onbevoegd om een beschikking tot stand te brengen waarvan de geldigheid meebrengt dat, indien en zodra Jan *zelf* eigenaar is geworden, de eigendom uit zijn vermogen overgaat in dat van Klaas? Deze retorische vraag moet ontkennend worden beantwoord. Jan is wel bevoegd om deze tot stand te brengen. Hij alleen is degene die als gevolg van deze beschikking met temporele scheiding rechtsverlies lijdt (indien en zodra hij de eigendom heeft verkregen).

Mijn stelling dat men reeds beschikkingsbevoegd is ten opzichte van de toekomstige bestanddelen van zijn vermogen onderbouw ik in mijn dissertatie mede met een beroep op de parlementaire geschiedenis, in het bijzonder de toelichting Meijers.[21]

Ook weerleg ik een voor de hand liggende tegenwerping.[22] Deze is dat de juistheid van die stelling impliceert dat men reeds nu de goederen die men tijdens zijn eventuele, toekomstige faillissement nog verwerft aan verhaal door zijn schuldeisers in de persoon van de curator zou kunnen onttrekken. Dit echter is niet het geval. Artikel 35 lid 2 Faillissementswet (Fw) bepaalt:

> 'Heeft de schuldenaar voor de dag van de faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat geleverd, dan valt dit goed, indien het eerst na de aanvang van die dag door hem is verkregen, in de boedel, tenzij het gaat om nog te velde staande vruchten of beplantingen die reeds voor de faillietverklaring uit hoofde van een zakelijk recht of een huur- of pachtovereenkomst aan de schuldenaar toekwamen.'

Het zal niet verbazen dat artikel 35 lid 2 Fw pas sedert 1 januari 1992 kracht van wet heeft. De

17 Zie ook art. 3:98 BW.

18 TM., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 316.

19 *Proefschrift*, Hoofdstuk 5.

20 Vlg. o.m. H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer 1996, p. 331; Pitlo-Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, Arnhem 1994, p. 189; Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, Zwolle 1992, p. 191; A.S. Hartkamp, *Compendium*, Deventer 1999, p. 121; en H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer 1986, pp. 320-330.

21 *Proefschrift*, Hoofdstuk 5, § 6.

22 *Proefschrift*, Hoofdstuk 9, in het bijzonder § 4.

bepaling werd begin 1981 als nieuwe wetsbepaling voorgesteld in het kader van de invoering van het nieuwe BW.[23] Toen de Hoge Raad, nadat de wet houdende de vaststelling van het Nieuw-BW eenmaal aangenomen was, klaarblijkelijk anticipeerde op artikel 3:97 lid 1 BW,[24] anticipeerde hij *tevens* op het voorgestelde artikel 35 lid 2 Fw. Kapstok voor deze anticipatie was artikel 23[25] van de uit de negentiende eeuw daterende Faillissementswet. De regeringscommissaris, W. Snijders, heeft in HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615 (Viskotter Leon), mede gewezen:

'Cessie van toekomstige vorderingen (...) is mogelijk. Doch de cessie kan, indien de cedent voor het ontstaan van de vordering wordt failliet verklaard en aldus krachtens art. 23 Fw op het tijdstip van dat ontstaan zijn bevoegdheid om over zijn vermogen te beschikken reeds heeft verloren, niet tegen de boedel worden ingeroepen.'

Aan deze constructie, dat de vervreemder op het tijdstip van de levering(shandeling) nog beschikkingsonbevoegd is, bestaat geen behoefte meer. Negen dagen na de inwerkingtreding van het huidige BW gebruikte de Hoge Raad deze constructie — dan ook — niet in zijn mede door mr. W. Snijders gewezen arrest Ontvanger/NMB Postbank,[26] waarin hij overwoog, kort gezegd, dat bij tussentijds faillissement het goed in de boedel valt. De Hoge Raad verwees enkel naar het inmiddels in werking getreden artikel 35 lid 2 Fw. Artikel 23 Fw werd door het cassatiecollege niet genoemd.

Tot besluit

'Men hecht aan de begrippen zoveel waarde als het vaste kader van het recht,' zo heeft Hoetink[27] ooit geschreven 'dat men aan de onafwijsbare eisen der rechtsverandering liever tegemoet komt door het met de strengheid der deductie niet zo nauw te nemen dan door toe te geven dat wijziging is gekomen in de "fundamentele" "rechtsbegrippen"'. In de rechtsbegrippen 'beschikken' en 'beschikking' is een wijziging gekomen als gevolg van de invoering van het huidige BW.

23 *Proefschrift*, nr. 335.

24 *Proefschrift*, Hoofdstuk 2.

25 Art. 23 Fw: 'Door de faillietverklaring verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen, te rekenen van den dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen.'

26 HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744 m.n. HJS.

27 Hoetink, *Rechtskundige Opstellen*, 1935, p. 490.