

Relativering van eigendom

Relativering van eigendom

*Een analyse aan de hand van de relativering van de levering c.p.,
de relatieve werking van de vernietiging op grond van de actio pauliana en
van de blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken*

ENCUMBERED MOVABLE PROPERTY RIGHTS

*An analysis on the basis of delivery constituto possessorio, nullification
of a legal act by an actio pauliana and transfer restrictions as a result
of an attachment on movable property*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan
de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de rector magnificus

Prof. dr. S.W.J. Lamberts

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden
op donderdag 5 maart 2009 om 16.00 uur

door

Femke Damsteegt-Molier

geboren te Rotterdam



Promotiecommissie

Promotor: Prof. Mr A.I.M. van Mierlo

Overige leden: Prof. Mr W.H. van Boom
Prof. Mr F.M.J. Verstijlen
Prof. Mr R.D. Vriesendorp

Van deze uitgave verschijnt aan handelseditie onder ISBN 978-90-8974-075-5

© 2009 F. Damsteegt-Molier

Inhoudsopgave

1	Inleiding	1
1.1	Onderzoeksterrein	1
1.1.1	Inleiding	1
1.1.2	Doel van het onderzoek	4
1.1.3	Opzet van het onderzoek	5
2	Levering constituto possessorio	7
2.1	Inleiding	7
2.2	Ratio relativering levering c.p.	10
2.2.1	Inleiding	10
2.2.2	Het begin: relativering van de levering c.p.	11
2.2.3	Vervolgens: onder omstandigheden relativering van de levering c.p. in combinatie met de titel overdracht tot zekerheid	12
2.2.4	De onder het oude recht (in bepaalde gevallen) aangenomen relativering is terecht	16
2.2.5	Maar dan: relativering van de levering c.p.	17
2.2.5.1	In de wetsgeschiedenis is geen rechtvaardiging te vinden voor een relativering van de levering c.p.	17
2.2.5.2	Relativering van de levering c.p. ook overigens niet op zijn plaats	22
2.2.6	Conclusie: ratio artikel 3:90 lid 2 BW?	27
2.3	Werking van de relativering	28
2.3.1	Wijze waarop de relativering is vormgegeven	28
2.3.2	Als gevolg van de relativering komt wel eigendomsovergang tot stand, maar niet ten opzichte van de oudere gerechtigde	28
2.4	Van de relativering profiteren oudere zakelijk gerechtigden	30
2.4.1	Inleiding	30
2.4.2	De wetgever beschermt ten onrechte ook de bevoorrechte schuldeiser tegen een overdracht van de zaak met levering c.p.	31
2.4.2.1	Oud recht: onder omstandigheden bescherming van bevoorrechte schuldeisers tegen een zekerheidsoverdracht met levering c.p.	31

2.4.2.2	Artikel 3:90 lid 2 BW: in alle gevallen bescherming van de bevoorrechte schuldeiser tegen een overdracht van de zaak met levering c.p.	31
2.4.2.3	Standpunt parlementaire geschiedenis onjuist	32
2.4.2.4	Ook anderszins geen reden de bevoorrechte schuldeiser te beschermen tegen een levering c.p.	33
2.4.3	Artikel 3:284 lid 2 BW bepaalt ten onrechte dat het voorrecht ook kan worden tegengeworpen aan de verkrijger c.p.	37
2.4.4	Conclusie	40
2.5	Gevolgen van de relativering voor (rechtsopvolgers en schuldeisers van) de vervreemder (B)	40
2.5.1	Inleiding	40
2.5.2	Overdracht door B aan X nadat hij de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.	41
2.5.3	Vestiging van een beperkt recht door B ten behoeve van X nadat hij de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.	42
2.5.3.1	Pandrecht	42
2.5.3.2	Recht van vruchtgebruik	43
2.5.4	Verlening van een persoonlijk recht door B ten behoeve van X nadat hij de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.	44
2.5.5	Schuldeisers van B verhalen hun vordering op de zaak nadat B de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.	44
2.5.6	B gaat failliet nadat hij de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.	45
2.6	Gevolgen van de relativering voor (rechtsopvolgers en schuldeisers van) de verkrijger (C)	48
2.6.1	Inleiding	48
2.6.2	Overdracht door C aan X	49
2.6.3	Vestiging van een beperkt recht door C ten behoeve van X	53
2.6.3.1	Recht van vruchtgebruik	54
2.6.3.2	Pandrecht	54
2.6.4	Verlening van een persoonlijk recht door C ten behoeve van X	54
2.6.5	Verhaal op de zaak door schuldeisers van C	56
2.6.6	C gaat failliet	57
2.7	Gevolgen van de relativering voor (rechtsopvolgers en schuldeisers van) de oudere gerechtigde (A)	58
2.7.1	Inleiding	58
2.7.2	Overdracht door A aan X	58
2.7.2.1	A is eigenaar	58

2.7.2.2	A heeft een beperkt recht	60
2.7.2.3	A is bevoorrecht schuldeiser	60
2.7.3	Vestiging van een beperkt recht door A ten behoeve van X	60
2.7.3.1	A is eigenaar	60
2.7.3.2	A heeft een beperkt recht	62
2.7.3.3	A is bevoorrecht schuldeiser	62
2.7.4	Verlening van een persoonlijk recht door A ten behoeve van X	62
2.7.5	Verhaal op de zaak door schuldeisers van A	62
2.7.5.1	A is eigenaar	63
2.7.5.2	A heeft een recht van vruchtgebruik	63
2.7.5.3	A is pandhouder of bevoorrecht schuldeiser	63
2.7.6	A gaat failliet	64
2.7.6.1	A is eigenaar	64
2.7.6.2	A heeft een recht van vruchtgebruik	64
2.7.6.3	A is pandhouder of bevoorrecht schuldeiser	64
2.8	Gevolgen van de relativering voor de verhouding tussen de vervreemder (B) en de verkrijger (C)	64
2.8.1	Inleiding	64
2.8.2	C heeft een vordering uit toerekenbare tekortkoming	65
2.8.3	C heeft een vordering uit subrogatie, maar niet ten opzichte van A	65
2.8.4	Concurrentie met A, maar niet wat de vordering uit subrogatie betreft	66
3	Actio pauliana	67
3.1	Inleiding	67
3.1.a	Relatieve werking faillissementspauliana	68
3.2	Ratio relatieve werking vernietiging	68
3.2.a	Ratio relatieve werking faillissementspauliana	70
3.3	Werking van de relativering	70
3.3.1	Wijze waarop de relativering is vormgegeven	70
3.3.2	In eerste instantie komt (ten opzichte van een ieder) eigendomsovergang tot stand, maar na de vernietiging blijkt sprake te zijn van eigendomsovergang ten opzichte van een ieder, met uitzondering van de schuldeiser die de vervreemding heeft vernietigd	73
3.4	Van de relativering profiteert de schuldeiser die in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld	74
3.4.1	Inleiding	74
		VII

3.4.2	Terecht kunnen ook jongere schuldeisers een beroep doen op pauliana	76
3.4.2.1	Inleiding	76
3.4.2.2	Geen deugdelijke grondslag in de wet, of in de rechtspraak van de Hoge Raad	77
3.4.2.3	Bescherming van jongere schuldeisers wel redelijk en praktisch	82
3.4a	Van een beroep op de faillissementspauliana profiteren in beginsel alle schuldeisers	86
3.5	Gevolgen van de relativering voor (rechtsopvolgers en schuldeisers van) de vervreemder (B)	91
3.5.1	Inleiding	91
3.5.2	Overdracht door B aan X nadat B (ten opzichte van A: paulianeus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C	91
3.5.2.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	92
3.5.2.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	93
3.5.2.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verlening van een persoonlijk recht dat ook tegen A kan worden ingeroepen	93
3.5.3	Vestiging van een beperkt recht door B ten behoeve van X nadat B (ten opzichte van A: paulianeus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C	94
3.5.3.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	94
3.5.3.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	95
3.5.3.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verlening van een persoonlijk recht op de zaak dat ook tegen A kan worden ingeroepen	95
3.5.4	Verlening van een persoonlijk recht door B ten behoeve van X nadat B (ten opzichte van A: paulianeus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C	95
3.5.4.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	96
3.5.4.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	96
3.5.4.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verlening van een persoonlijk recht op de zaak dat ook tegen A kan worden ingeroepen	97

3.5.5	Schuldeisers van B verhalen hun vordering op de zaak nadat B (ten opzichte van A: paulianeus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C	97
3.5.5.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	98
3.5.5.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	98
3.5.5.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verlening van een persoonlijk recht op de zaak dat ook tegen A kan worden ingeroepen	98
3.5.6	B gaat failliet nadat B (ten opzichte van A: paulianeus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C	99
3.6	Gevolgen van de relativering voor (rechtsopvolgers en schuldeisers van) de verkrijger (C)	100
3.6.1	Inleiding	100
3.6.2	Overdracht van (het beperkte of persoonlijke recht van C op) de zaak door C aan X	101
3.6.2.1	Inleiding: bescherming van de derde te goeder trouw krachtens artikel 3:45 lid 5 BW	101
3.6.2.2	Voorgeschiedenis van artikel 3:45 lid 5 BW	103
3.6.2.3	Eerste onjuiste basis voor artikel 3:45 lid 5 BW: het terugkooprecht is ongewenst bij de regeling van de derdenbescherming bij de actio pauliana	104
3.6.2.4	Tweede onjuiste basis: artikel 3:45 lid 5 BW biedt (anders dan de artikelen 3:86 en 3:88 BW) ook bescherming aan de derde die een persoonlijk recht verkrijgt	106
3.6.2.5	Andere redenen voor een separaat beschermingsartikel?	111
3.6.2.6	Conclusie: gevolgen voor X en A van een overdracht van (het beperkte of persoonlijke recht op) de zaak door C	115
3.6.2a	Situatie faillissementspauliana als de verkrijger (C) de zaak overdraagt	115
3.6.3	Vestiging van een beperkt recht door C ten behoeve van X	117
3.6.3.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	117
3.6.3.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	117
3.6.3.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestaat uit de verlening van een persoonlijk recht op de zaak dat ook tegen A kan worden ingeroepen	118

3.6.4	Verlening van een persoonlijk recht op (het beperkte of persoonlijke recht op) de zaak door C ten behoeve van X	118
3.6.5	Schuldeisers van C verhalen hun vordering op (het beperkte of persoonlijke recht op) de zaak	119
3.6.6	C gaat failliet	121
3.7	Gevolgen van de relativering voor de schuldeiser (A)	121
3.7.1	Ten opzichte van A is sprake van een vordering uit hoofde van revindicatie, althans onverschuldigde betaling, maar deze vordering bestaat alléén in de verhouding tot B en C	122
3.7.1.1	Inleiding	122
3.7.1.2	Wetsgeschiedenis en literatuur	122
3.7.1.3	Analyse	128
3.7.1a	Ook in faillissement een vordering uit onverschuldigde betaling van B jegens C ten opzichte van de boedel	130
3.7.2	Wijze waarop A zijn verhaalsrecht te gelde kan maken	132
3.7.2.1	Paulianabeslag: gerechtelijke vernietiging	132
3.7.2.2	“Gewoon” beslag: buitengerechtelijke vernietiging	137
3.7.2a	Executie door de curator bij een beroep op de faillissementspauliana	138
3.8	Gevolgen van de relativering voor de verhouding tussen de vervreemder (B) en de verkrijger (C)	138
3.8.1	Inleiding; vraagstelling	138
3.8.2	Standpunten wetgever en literatuur	139
3.8.3	C heeft een vordering tot schadevergoeding jegens B	145
3.8.3.1	Geen vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling, maar wél in de verhouding tot A	146
3.8.3.2	Vordering uit hoofde van (toerekenbare) tekortkoming, maar níet in de verhouding tot A	146
3.8.3.3	Vordering uit hoofde van subrogatie, maar níet in de verhouding tot A	147
3.8.3a	Ook bij toepassing van de faillissementspauliana heeft C een vordering tot schadevergoeding jegens B	149
3.8.4	C kan deze vordering op het vermogen van B verhalen, maar niet steeds in concurrentie met A	150
3.8.4.1	Situatie indien A zijn vordering nog kan verhalen op de door C betaalde tegenprestatie: objectief relatieve werking	150
3.8.4.1a	Objectiefrelatieve werking faillissementspauliana	152
3.8.4.2	Situatie indien A zijn vordering niet kan verhalen op de door C betaalde tegenprestatie	153
3.8.4a	Gevolgen van de relativering voor de verhouding tussen B en C bij de toepassing van de faillissementspauliana	155

3.8.5	Samenvatting aan de hand van enkele rekenvoorbeelden	156
3.8.5.1	Rekenvoorbeeld 1: naast C en A één andere schuldeiser van B	156
3.8.5.2	Variatie 1: de vordering van A is versterkt met een algemeen voorrecht, naast C en A twee andere schuldeisers van B	157
3.8.5.3	Variatie 2: zowel A als een andere schuldeiser van B beroept zich met succes op de pauliana	158
4	Beslag op roerende zaken, niet-registergoederen	161
4.1	Inleiding	161
4.2	Ratio relatieve werking blokkeringsregel	162
4.3	Werking van de relativering	165
4.3.1	Wijze waarop de relativering is vormgegeven	165
4.3.2	Als gevolg van de relativering komt wel eigendomsovergang tot stand, maar niet ten opzichte van de beslaglegger	166
4.3.2.1	Inleiding	166
4.3.2.2	Relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie	169
4.3.2.3	Relatieve nietigheidsconstructie	172
4.3.2.4	Zaaksgevolgconstructie	177
4.3.2.5	Constructie van niet-inroepbaarheid	181
4.3.2.6	Dus: ten opzichte van de beslaglegger in beginsel geen eigendomsoverdracht...	184
4.3.2.7	... tenzij C een beroep kan doen op derdenbescherming	184
4.4	Van de relativering profiteert de beslaglegger, en in faillissement van de beslagene profiteren in bepaalde gevallen ook de andere schuldeisers	188
4.5	Gevolgen van de relativering voor (rechtsopvolgers en schuldeisers van) de vervreemder (B)	188
4.5.1	Inleiding	188
4.5.2	Overdracht van de zaak door B aan X	189
4.5.2.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	189
4.5.2.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	190
4.5.2.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak	191
4.5.3	Vestiging van een beperkt recht door B ten behoeve van X	191
4.5.3.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	191

4.5.3.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	192
4.5.3.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak	193
4.5.4	Verhuring van de zaak door B aan X	193
4.5.4.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	193
4.5.4.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	193
4.5.4.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak.	194
4.5.5	Schuldeisers van B verhalen hun vordering op de zaak	194
4.5.5.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	195
4.5.5.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	195
4.5.5.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak	201
4.5.6	B gaat failliet	202
4.5.6.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	202
4.5.6.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	205
4.5.6.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak	208
4.6	Gevolgen van de relativering voor (rechtsopvolgers en schuldeisers van) de verkrijger (C)	208
4.6.1	Inleiding	208
4.6.2	Doorwerking van de blokkeringsregel, maar niet onbeperkt	209
4.6.3	Overdracht van (het beperkte recht of huurrecht met betrekking tot) de zaak door C aan X	210
4.6.3.1	Inleiding	210
4.6.3.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	211
4.6.3.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	211
4.6.3.4	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak	213
4.6.4	Vestiging van een beperkt recht door C ten behoeve van X	213
4.6.4.1	Inleiding	213
4.6.4.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	214

4.6.4.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	214
4.6.4.4	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak	215
4.6.5	Verlening van een persoonlijk recht door C ten behoeve van X	215
4.6.5.1	Inleiding	215
4.6.5.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	215
4.6.5.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	216
4.6.5.4	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak	216
4.6.6	Schuldeisers van C verhalen hun vordering op de zaak	216
4.6.7	C gaat failliet	217
4.6.7.1	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak	217
4.6.7.2	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak	217
4.6.7.3	De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak	218
4.7	Gevolgen van de relativering voor de beslaglegger (A)	218
4.8	Gevolgen van de relativering voor de verhouding tussen de vervreemder (B) en de verkrijger (C)	220
4.8.1	Inleiding	220
4.8.2	C heeft in beginsel een vordering uit toerekenbare tekortkoming	221
4.8.3	C heeft een vordering uit subrogatie indien B de zaak aan C had vervreemd, maar niet ten opzichte van A	221
4.8.4	C kan zijn recht in beginsel ook in concurrentie met A op het vermogen van B verhalen, maar niet volledig	222
5	Relativering van eigendom: een aantal gezichtspunten	225
5.1	Inleiding	225
5.2	Samenvatting van de antwoorden op enkele deelvragen: waarom en ten opzichte van wie wordt het eigendomsrecht van C gerelativeerd?	226
5.2.1	Levering c.p.	226
5.2.2	Actio pauliana en beslag	227
5.3	Analyse; gezichtspunten voor relativering van eigendom	227

5.3.1	Inleiding: relativering van eigendom effectief instrument voor de bescherming van de belangen van A	227
5.3.2	Eerste gezichtspunt: het recht van A	231
5.3.3	Tweede gezichtspunt: norm ten aanzien van het gedrag van C	234
5.3.3.1	Eerste route: goederenrechtelijk systeem	234
5.3.3.2	Tweede route: driepartijenverhoudingen	235
5.3.3.3	Conclusie	236
5.3.4	Derde gezichtspunt: rechtshandeling B-C om baat of om niet	238
5.3.5	Vierde gezichtspunt: effectiviteit van relativering	240
5.3.6	Vijfde gezichtspunt: frequentie van de inbreuk op het recht van A	240
5.3.7	Zesde gezichtspunt: soort goed	241
5.3.8	Zevende gezichtspunt: aandachtspunten voor de vormgeving van de relativering van eigendom	242
5.3.8.1	Werking al dan niet van rechtswege	242
5.3.8.2	Doorwerking van de relativering	243
5.3.8.3	Derdenbescherming	243
5.4	Toetsing van de gezichtspunten aan de onderzochte rechtsfiguren	243
5.4.1	Relativering van de levering c.p.	243
5.4.1.1	Eerste gezichtspunt: het recht van A	244
5.4.1.2	Tweede gezichtspunt: norm ten aanzien van het gedrag van C	244
5.4.1.3	Derde gezichtspunt: rechtshandeling B-C om baat of om niet	244
5.4.1.4	Vierde gezichtspunt: effectiviteit van relativering	245
5.4.1.5	Vijfde gezichtspunt: frequentie van de inbreuk op het recht van A	245
5.4.1.6	Zesde gezichtspunt: soort goed	245
5.4.1.7	Zevende gezichtspunt: vormgeving van de relativering	245
5.4.2	Actio Pauliana	246
5.4.2.1	Eerste gezichtspunt: het recht van A	246
5.4.2.2	Tweede gezichtspunt: norm ten aanzien van het gedrag van C	246
5.4.2.3	Derde gezichtspunt: rechtshandeling B-C om baat of om niet	248
5.4.2.4	Vierde gezichtspunt: effectiviteit van de relativering	251
5.4.2.5	Vijfde gezichtspunt: frequentie van de inbreuk op het recht van A	255

5.4.2.6	Zesde gezichtspunt: soort goed	256
5.4.2.7	Zevende gezichtspunt: vormgeving van de relativering	256
5.4.3	Beslag roerende zaken	258
5.4.3.1	Eerste gezichtspunt: het recht van C	258
5.4.3.2	Tweede gezichtspunt: norm ten aanzien van het gedrag van C	258
5.4.3.3	Derde gezichtspunt: handeling om baat of om niet	262
5.4.3.4	Vierde gezichtspunt: effectiviteit van de relativering	263
5.4.3.5	Vijfde gezichtspunt: frequentie van de inbreuk op het recht van A	266
5.4.3.6	Zesde gezichtspunt: soort goed	266
5.4.3.7	Zevende gezichtspunt: vormgeving van de relativering	266
5.5	Afsluitende conclusie en aanbevelingen	267
5.5.1	Relativering van eigendom?	267
5.5.2	Voorgestelde wijzigingen en aanvullingen met betrekking tot de in dit onderzoek bestudeerde vormen van relativering van eigendom	267
6	Abstract: encumbered movable property rights under dutch law	269
6.1	Chapter 2	269
6.2	Chapter 3	270
6.3	Chapter 4	271
6.4	Chapter 5	272
	Aangehaalde literatuur	275
	Rechtspraakregister	285
	Trefwoordenregister	291
	Curriculum Vitae	293

1 Inleiding

1.1 Onderzoeksterrein

1.1.1 Inleiding

Wat is relativering?² Meer precies: wat wordt bedoeld met relativiteit van eigendom? In 1961 schreef Wiarda een opstel over de relativiteit van eigendom. Wiarda definieerde relativeren aldus:

“het waarden van verschijnselen en van rechtsregels in betrekking, relatie tot, in zoverre beperkt door en tot, bepaalde verhoudingen van personen en/of zaken.”

Relativiteit van eigendom kan dan betekenen :

“dat deze eigendom betrekkingen (relaties) in zich sluit, met name tussen (a) ‘persoon-zaak’ (eigenaar – voorwerp van eigendomsrecht), (b) ‘persoon-àndere persoon, àndere personen’ (eigenaar ener zaak – ànderen, die tot de zaak zakelijk of persoonlijk gerechtigd zijn; eigenaren van àndere zaken), en (c) ‘persoon-gemeenschap’ (eigenaar ener zaak – samenleving, maatschappij, staat).”

Zo bezien moeten wij de relativiteit van eigendom aldus begrijpen, dat de eigenaar weliswaar een absoluut recht heeft om het genot van de zaak te hebben en over deze zaak te beschikken (vgl. artikel 5:1 BW), maar dat een en ander zijn begrenzing vindt in relaties met anderen. Voorbeelden van déze relativiteit van eigendom zijn terug te vinden in artikel 3:13 BW en artikel 5:37 BW, maar ook in bijvoorbeeld de Onteigeningswet en de Wet voorkeursrecht gemeenten. Dit nu is een vorm van relativiteit van eigendom die in dit onderzoek niet nader aan de orde zal komen.

Wiarda beschrijft ook de mogelijkheid van eigendom tegenover de één, maar niet tegenover de ander. Hij spreekt in dit verband over “een duidelijken vorm van relativiteit van eigendom!” Déze vorm van relativiteit van eigendom werd door de Hoge Raad in 1889 nog zo duidelijk afgewezen, zij het dat hier in feite van een omgekeerde vorm van relativiteit sprake was:

¹ Wiarda, ‘De relativiteit van rechtsverhoudingen in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder’, *WPNR* 4701 (1961), p. 573.

“omdat zij (...) tot het resultaat zoude leiden dat na zoodanige overeenkomst de kooper wel tegenover den verkooper maar niet tegenover derden eigenaar geworden was, hetgeen met het zakelijk tegenover allen gelijkelijk geldend karakter van dit recht zou strijden.”²

De vraag rijst, waar wij deze vorm van relativiteit van eigendom terugvinden. Wiarda noemt in zijn eerdergenoemde opstel een aantal vindplaatsen – met de opmerking dat deze niet alle onbetwist zijn – waaronder: levering van onroerend goed (deze relativering is met name verdedigd door Scholten³), de rechtspositie van de bezitter-niet eigenaar,⁴ eigendomsoverdracht van beslagen goederen, levering in faillissement (artikel 35 Fw), derdenbescherming bij de verkrijging van roerende zaken (artikel 3:86 BW), schijnhandelingen en verjaring van de vordering tot revindicatie van onroerend goed tegen de bezitter te kwader trouw.

Uit deze opsomming blijkt al dat het ook bij deze vorm van relativiteit van eigendom een kwestie van definitie is. Zo was volgens Scholten sprake van relativiteit van eigendom als men niet eigenaar wás, maar slechts een revindicatie kon afweren – reden waarom ook (het huidige) artikel 3:86 BW en de verjaring van de revindicatie in het rijtje waren opgenomen. Dit aspect van de relativiteit van eigendom zal in dit onderzoek evenmin aan de orde komen. Ik richt mij op die vorm van relativering van eigendom, waarin iemand eigenaar is ten opzichte van de één, maar niet ten opzichte van de ander. Meer in het bijzonder onderzoek ik gevallen waarin iemand eigenaar wordt ten opzichte van een ieder, met uitzondering van één of meer specifieke derden, met als doel deze derden bescherming te bieden tegen het betreffende eigendomsrecht.⁵ In feite ontstaat de relatieve eigendom daarbij steeds, doordat de eigendomsoverdracht ten opzichte van die derde (van aanvang af, of achteraf bezien) wordt gerelativeerd.

2 HR 22 februari 1889, W. 1889, 5684 (Vogel/Schipper+Koijck).

3 Bepleit werd dat de eigendom al zou overgaan bij de koopovereenkomst, zie Asser-Scholten, 1945 (II), p. 191-194. Dan zou van relatieve eigendom gesproken kunnen worden, namelijk in die zin, dat (alleen) tussen partijen vaststaat dat de eigendom overgaat, relatief dus! Bij de koopovereenkomst ten aanzien van onroerende zaken is echter van eigendomsovergang (nog) geen sprake, maar slechts van een persoonlijke (relatieve) vordering (tot levering). Vgl. ook Eggens, ‘Eene oude vraag naar aanleiding van eene nieuwe’, *WPNR* 3189 (1931) en Van Muiden, ‘Het interval tussen akte en overschrijving bij de levering van onroerend goed’, *WPNR* 4380 (1954). Vgl. ook artikel 2:86a BW.

4 Bezit als relatieve eigendom is met name verdedigd door Van Oven, *De bezitsbescherming en hare functies* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. De Bussy 1905.

5 Vgl. Wedeven, ‘Het probleem van de levering door verklaring van houderschap in verband met rechten van derden, beschouwd vanuit het leerstuk der nietigheden’, *RMTn* 1973, p. 251, die dit een functionele nietigheid noemt.

Aldus blijven bijvoorbeeld schijnhandelingen buiten beschouwing. Daar is immers sprake van een omgekeerde situatie: tussen A en B onderling staat vast dat B geen eigenaar is, maar ten opzichte van ieder ander wordt de indruk gewekt dat B wél eigenaar is. Hier is in strikte zin wel sprake van een relativiteit van eigendom, maar deze wordt niet ingegeven door de beschermingsgedachte (van A), integendeel: A wordt hier nu immers juist niet beschermd (artikel 3:36 BW).

De hier bedoelde relativiteit van eigendom is naar mijn mening intrigerend, juist vanwege de strijd met ons eigendomsbegrip:

“Er ontstaat zo een hiërarchie van rechten. Dit is in ons zakenrecht op zichzelf helemaal niet vreemd, maar met deze hiërarchie is wat vreemds aan de hand. De eigendom van de verkrijger, in normale gevallen het meest omvattende recht op een zaak, is eigenlijk niet meer dan een façade naar de buitenwereld toe.”⁶

Ik heb gekozen voor een onderzoek naar drie leerstukken, bij elk waarvan een eigendomsoverdracht niet een volle eigendomsovergang tot gevolg heeft, maar één die wordt gerelativeerd ten opzichte van een (of meer) specifieke derde(n). Het betreft de volgende leerstukken: de levering *constituto possessorio*, de *actio pauliana* en de blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken. Aldus beperk ik mij tot een onderzoek naar relativeringen in het *vermogensrecht* – waarbij ik, vanwege het grote (praktische) belang voor het vermogensrecht én vanwege de (op dit punt) te trekken parallel met het vermogensrecht, ook het beslagrecht betrek. Relativeringen in het personen-, familie- en erfrecht, alsmede het ondernemingsrecht zullen niet aan de orde komen – behoudens voor zover die relativeringen stammen aan de loot van de *actio pauliana* zijn (vgl. artikel 2:138 lid 9 BW en artikel 2:248 lid 9 BW).

Nu is het natuurlijk zo dat, wat de *actio pauliana* en de blokkeringsregel bij beslag betreft, van een relatieve *eigendom* niet steeds sprake hoeft te zijn. Daarvoor zijn twee redenen. Ten eerste zijn beide regelingen niet alleen van toepassing op (roerende) zaken, maar op alle goederen. Ten tweede wordt op grond van de blokkeringsregel bij beslag en de vernietiging als gevolg van de *actio pauliana* niet alleen een eigendomsoverdracht gerelativeerd, maar ook de vestiging van een beperkt recht, en onder bepaalde omstandigheden zelfs de verkrijging van een persoonlijk recht.⁷ In die gevallen is van relatieve eigendom geen sprake, maar is

6 De Vries, ‘Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW en de relativiteit van verhoudingen’, *BW-krant jaarboek* 1986, p. 106.

7 Bij de levering c.p. wordt ook de vestiging van een recht van vruchtgebruik gerelativeerd door de werking van artikel 3:98 BW jo. artikel 3:90 lid 2 BW. De vestiging van een pandrecht wordt niet gerelativeerd. Verwezen zij naar par. 2.1.

iemand ten opzichte van een ieder, met uitzondering van de betreffende derde, rechthebbende geworden van een beperkt of persoonlijk recht.

Nu de (relativering van de) levering c.p. alleen betrekking kan hebben op roerende zaken⁸, terwijl die relativering in hoofdzaak aan de orde is bij een eigendomsoverdracht, heb ik mij bij de drie genoemde leerstukken zoveel mogelijk beperkt tot eigendomsoverdracht van roerende zaken. Dit is mijns inziens niet alleen nuttig vanuit een oogpunt van afbakening en de noodzaak van overzichtelijkheid van deze studie, maar ook voor het (hierna meer uitgebreid te bespreken) doel van dit onderzoek, namelijk een vergelijking van de genoemde drie vormen die (kunnen) leiden tot relativering van het verkregen eigendomsrecht.

1.1.2 Doel van het onderzoek

Zoals opgemerkt, wil ik in dit onderzoek een vergelijking trekken tussen de drie genoemde vormen die (kunnen) leiden tot een relatieve eigendom. Op basis van die vergelijking zal ik, uitgaande van de wens van de wetgever het belang van de derde (ten opzichte van wie het eigendomsrecht van de verkrijger wordt gerelativeerd) te beschermen, bezien of en zo ja, onder welke omstandigheden relativering van eigendom voor die bescherming een geschikt instrument is.

Het nut van dit onderzoek schuilt mijns inziens in de genoemde vergelijking. Natuurlijk zijn – zoals uit dit onderzoek wel zal blijken – bepaalde aspecten van relativering van eigendom in eerdere onderzoeken aan de orde gesteld. Dan denk ik met name aan de relatieve werking van de blokkeringsregel bij het beslag. Door op relevante punten (zie nog hierna) een vergelijking te trekken tussen de drie genoemde vormen die (kunnen) leiden tot een relativering van eigendom, kunnen de zwakke – en mogelijk sterke! – punten van relativering worden blootgelegd en kunnen – naar ik hoop – aanbevelingen worden gedaan om het (positieve, goederen- en procesrechtelijke) systeem te verbeteren. Voorts kan worden gezocht naar een algemene lijn die naar voren komt uit de vergelijking van de drie te onderzoeken rechtsfiguren, hetgeen van belang is in het kader van de hierboven aan de orde gestelde vraag onder welke omstandigheden relativering van eigendom een geschikt instrument kan zijn om de belangen van de derde ten opzichte van wie de eigendom wordt gerelativeerd, te beschermen.

Ik spreek de hoop uit dat dit onderzoek niet alleen het denken over relatieve eigendom verder brengt, maar dat het ook een aanzet is tot verder wetenschappelijk

8 Zie nog wel voetnoot 11.

debat over het onderhavige onderwerp, en de praktijk in dit boek handvatten zal vinden voor problemen die (kunnen) spelen bij relativering van eigendom.

1.1.3 Opzet van het onderzoek

Als gezegd zal in dit onderzoek een vergelijking worden getrokken tussen drie rechtsfiguren die (kunnen) leiden tot een relativering van eigendom. Die vergelijking zal ik trekken aan de hand van een aantal vragen:

1. Wat is de ratio van de relativering?
2. Hoe is de relativering vormgegeven en waarom is voor deze vorm gekozen? Hierbij zal ook worden betrokken de vraag of al dan niet een eigendomsovergang (al dan niet ten opzichte van een ieder) tot stand komt.
3. Ten opzichte van wie wordt de eigendom gerelativeerd?
4. Wat zijn de gevolgen van de relativering voor de betrokken partijen?

Ik heb voor deze vragen gekozen, omdat aldus duidelijk wordt (vraag één, twee en drie) waaróm en in welke gevallen wij een relativering van eigendom kennen, en hoe deze relativering wordt vormgegeven, terwijl voorts (vraag vier) wordt ingegaan op de praktische gevolgen van relativering van eigendom. Daarmee wordt een kader geschetst ter beantwoording van de vraag die in dit onderzoek centraal staat, namelijk in hoeverre relativering van eigendom helpt om het gewenste doel ervan (te weten bescherming van degene ten behoeve van wie de eigendom wordt gerelativeerd) te bereiken. Daarbij wil ik met de bespreking van een aantal gevolgen van de relativering meer inzicht krijgen in de praktische gevolgen van relativering. Beweerd wordt namelijk wel, dat relativering tot allerlei problemen leidt. De vraag is of dat ook werkelijk het geval is, hetgeen kan blijken uit de bespreking van de gevolgen van de relativering.

De bij de relativering betrokkenen zijn in feite bij iedere relativering dezelfde drie partijen: een partij die overdraagt, een partij aan wie wordt overgedragen, en een partij ten opzichte van wie die overdracht wordt gerelativeerd. In dit onderzoek zal ik deze partijen zoveel mogelijk met letters aanduiden: B voor de vervreemder, C voor de verkrijger en A voor de partij ten behoeve van wie wordt gerelativeerd. Daarmee valt vraag vier (wat zijn de gevolgen van de relativering voor de betrokken partijen) in vier deelvragen uiteen:

- a. wat zijn de gevolgen van de relativering voor B?
- b. wat zijn de gevolgen van de relativering voor C?
- c. wat zijn de gevolgen van de relativering voor A?
- d. wat zijn de gevolgen van de relativering voor de verhouding tussen B en C?

Juist de verhouding tussen B en C wordt hier separaat besproken. De verhouding tussen A en C komt vanzelfsprekend ook aan de orde; die verhouding blijkt uit een bespreking van de gevolgen van de relativering voor A en C. De verhouding tussen A en B is in het kader van dit onderzoek niet erg relevant, omdat in die verhouding van een relativering geen sprake is. In de verhouding tussen B en C blijkt die relativering nu juist expliciet, daar, zoals wij nog zullen zien, tussen deze partijen onderling de overdracht geldig is, hetgeen de vraag oproept welke rechten C heeft en in hoeverre C deze rechten kan tegenwerpen aan A.

De genoemde vragen zullen achtereenvolgens worden beantwoord voor de levering c.p. (hoofdstuk 2), de actio pauliana (hoofdstuk 3) en de blokkerende werking van het beslag op roerende zaken (hoofdstuk 4). De vraag die in dit onderzoek centraal staat (namelijk in hoeverre relativering van eigendom een geschikt instrument is om het gestelde doel van bescherming van A te bereiken) zal worden geanalyseerd in hoofdstuk 5.

Opgemerkt zij, dat in algemene zin geen rechtsvergelijkend onderzoek is gedaan naar relativering van eigendom. Hoewel dergelijk onderzoek nuttig is (althans dat kán zijn), gingen de mogelijkheden daartoe het bestek van dit boek te buiten. Relativering van eigendom is nu eenmaal niet een eenduidig begrip. In verschillende rechtsstelsels en vermoedelijk ook door de jaren heen, komen verschillende vormen van relativering van eigendom voor. Zo kent Duitsland wel een achterstelling van de levering c.p. maar niet, zoals bij ons, in de vorm van een relativering, terwijl in Duitsland, anders dan onder het Nederlandse recht, overdracht van een goed waarvan de overdraagbaarheid door een beding tussen partijen is uitgesloten (vgl. artikel 3:83 BW), tot een relativering van eigendom leidt.⁹ Dat betekent dat een gedegen rechtsvergelijkend onderzoek naar relativiteit van eigendom eigenlijk alleen kan geschieden in een internationaal onderzoeksproject. Dat gaat de grenzen van dit onderzoek ver te buiten, maar in dat geval kan dit boek daaraan een bijdrage leveren. Overigens komen rechtsvergelijkende aspecten natuurlijk wel aan de orde waar dit nodig is om een zinnig antwoord te kunnen geven op de hierboven genoemde vragen. Zo is het niet goed mogelijk de ratio van een vorm van relativering van eigendom te duiden, zonder stil te staan bij de (historische) achtergrond van die relativering.

Het manuscript is afgesloten op 1 augustus 2008.

9 Zie §135 en §136 BGB.

2 Levering constituto possessorio

2.1 Inleiding

Voor overdracht van een goed is vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken (artikel 3:84 lid 1 BW). In dit hoofdstuk beperk ik mij tot één van de vereisten voor overdracht, te weten de levering. Meer in het bijzonder beperk ik mij tot een bepaalde vorm van levering van roerende zaken, niet-registergoederen¹⁰: de levering constituto possessorio.¹¹

Levering van roerende zaken die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door bezitsverschaffing, zo bepaalt artikel 3:90 BW. De wijze waarop bezit kan worden verschaft¹², wordt nader uitgewerkt in Titel 5, meer in het bijzonder in de artikelen 3:114 en 3:115 BW. Voor mijn onderzoek is van belang artikel 3:115, aanhef en onder a, BW dat bepaalt:

“Voor de overdracht van het bezit is een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling voldoende:

*a. wanneer de vervreemder de zaak bezit en hij haar krachtens een bij de levering gemaakt beding voortaan voor de verkrijger houdt;
(...)”*

¹⁰ In het vervolg zal ik voor deze categorie zaken de kortere aanduiding “roerende zaken” gebruiken.

¹¹ Opgemerkt zij, dat de levering van rechten aan toonder of order krachtens artikel 3:93 BW op dezelfde wijze geschiedt en ook dezelfde gevolgen heeft als de levering van roerende zaken. Ook de levering van een recht aan toonder of order kan dus door middel van c.p. geschieden, in welk geval artikel 3:90 lid 2 BW eveneens van toepassing is (zie expliciet Parl. Gesch. Wijziging Rv (MvA II), p. 391). Omwille van de vergelijkbaarheid van de diverse in dit onderzoek te bespreken relativeringen, beperk ik mij in dit hoofdstuk tot roerende zaken, waarbij bedacht dient te worden dat het gestelde mutatis mutandis van toepassing is op rechten aan toonder of order.

¹² Ik gebruik hier, om aan te sluiten bij het woordgebruik van artikel 3:90 BW, het ruimere begrip “bezitsverschaffing” in plaats van het in de wet in de artikelen 3:114 en 115 BW gebruikte “bezits-overdracht”. Kort gezegd is het verschil tussen bezitsoverdracht en bezitsverschaffing (dat bezits-overdracht omvat) dat een houder alleen bezit kan verschaffen, terwijl een bezitter bezit kan overdragen. Voor het doel van mijn betoog is ten aanzien van het onderscheid tussen deze twee slechts van belang dat bij een levering constituto possessorio slechts van bezitsoverdracht sprake kan zijn, nu een houder (in beginsel) niet door c.p. kan leveren (zie ook nog hierna, aan het slot van deze paragraaf).

Deze leveringsvorm wordt wel *constitutum possessorio* genoemd, hierna ook verkort aan te duiden als c.p.¹³ Een voorbeeld van de werking van de levering c.p.: A heeft een stil pandrecht op de auto van B. B verkoopt de auto aan C zonder melding te maken van het pandrecht van A. B spreekt met C af dat hij de auto nog enige tijd voor C onder zich zal houden. Hier is sprake van een levering c.p.: B, de vervreemder, wordt (onmiddellijk) houder van de auto voor C, de verkrijger. C wordt (middellijk) bezitter van de auto; B heeft hem immers het bezit van de zaak verschaft (overgedragen). Wordt C ook (volledig) eigenaar van de auto? Niet op grond van artikel 3:84 BW, nu immers (wel is voldaan aan de vereisten van een geldige titel en een levering, maar) B niet (volledig) beschikkingsbevoegd was ten aanzien van de auto. Als C echter te goeder trouw is, wordt hij tegen de beschikkingsonbevoegdheid van B beschermd (artikel 3:86 lid 2 BW) en dus (volledig) eigenaar van de zaak. A is echter zijn rechten ten opzichte van de auto niet geheel kwijt; op grond van artikel 3:90 lid 2 BW kan A zijn pandrecht tegenwerpen aan C zolang de auto nog bij B staat. Artikel 3:90 lid 2 BW bepaalt:

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

Krachtens artikel 3:90 lid 2 BW wordt de levering c.p. door B aan C ten opzichte van de oudere gerechtigde, A, gerelativeerd. De levering c.p. is wel geldig, maar kan niet tegen de oudere gerechtigde worden ingeroepen. Daardoor komt ten opzichte van de oudere gerechtigde evenmin overdracht van de zaak tot stand (zie nader par. 2.3.2). Hier nu is sprake van (niet alleen een relativering van de levering; deze relativering van de levering leidt tot een) relatieve eigendom: C is tegenover iedereen met uitzondering van A (volledig) eigenaar geworden.

Van Velten stelt dat artikel 3:90 lid 2 BW, in ieder geval voor wat de hierna (par. 2.4.2) te bespreken voorrang van de bevoorrecht schuldeiser betreft, via de schakelbepaling van artikel 3:98 BW ook van toepassing is op (niet alleen de verkrijger c.p., maar ook) de stil pandhouder.¹⁴ Dat is mijns inziens onjuist. Titel 4.3.2 BW is op de vestiging van beperkte rechten van toepassing voorzover de wet niet anders bepaalt. De wet bepaalt hier wél anders. Voor de vestiging van een stil pandrecht op een zaak gelden immers niet de regels die van toepassing zijn op de

13 De geschiedenis van de levering c.p. als zodanig valt – behalve voor zover die geschiedenis relevant is voor de beantwoording van de vragen die in dit onderzoek aan de orde zijn – buiten het bestek van dit onderzoek. Zie hieromtrent Scheltema, ‘De geschiedenis van het *constitutum possessorium*’, *Ars Aequi* 1964-1965, p. 1-12.

14 Asser-Van Mierlo-Mijnssen-Van Velten, 2003 (3-III) (nr. 94).

levering van een zaak, maar geldt een *lex specialis*, artikel 3:237 BW. Alleen al om die reden kan artikel 3:90 lid 2 BW hier niet van toepassing zijn. Daar komt bij dat het stille pandrecht de relativering wel kent, zij het (logischerwijs) in de vorm van een rangregeling. Zie bijvoorbeeld artikel 3:284 lid 2 BW. Bovendien is, zo zal hierna worden besproken, de relativering van de levering c.p. ongewenst, en dient deze om die reden niet (op grond van de geest van de wet) te worden uitgebreid naar de positie van de stil pandhouder.

Op deze plaats een enkele opmerking ten aanzien van de levering c.p. door een houder. In dat geval wordt aan relativering van de levering c.p. niet toegekomen, omdat deze vorm van bezitsverschaffing niet mogelijk is. Dit volgt uit artikel 3:111 BW en blijkt ook expliciet uit artikel 3:115 aanhef en onder a, BW, dat vereist dat de vervreemder de zaak bezit.¹⁵ Er is in dat geval dus, anders dan bij levering c.p. door een bezitter, géén geldige levering, zodat geen overdracht tot stand komt.¹⁶ Bij verkrijging van roerende zaken is voor bescherming van de verkrijger tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder-houder ex artikel 3:86 BW immers (ook) vereist dat sprake is van een levering. Het verschil tussen de levering c.p. door een bezitter en de levering c.p. door een houder is daarmee – in het geval zij niet (volledig) bevoegd zijn tot overdracht – dat de derde bij levering c.p. door een onbevoegde houder ‘absoluut geen eigenaar wordt’, terwijl de derde bij levering c.p. door een onbevoegde bezitter in beginsel ‘wél eigenaar wordt, maar niet absoluut’. De levering c.p. door een onbevoegde houder valt dan ook buiten het bestek van dit onderzoek en zal dus niet nader aan de orde komen. Er is in dat geval immers geen sprake van relatieve eigendom van de derde; er is überhaupt geen sprake van eigendom. In het geval de houder krachtens artikel 3:111 BW wél bevoegd zou zijn de zaak c.p. te leveren – ofwel ten gevolge van een handeling van de eigenaar (of beperkt gerechtigde) voor wie hij de zaak houdt, ofwel ten gevolge van een tegenspraak van diens recht – is wel sprake van een geldige levering. In dat geval kan artikel 3:90 lid 2 BW alsnog in beeld komen.¹⁷ Mij dunkt, dat relativering van de levering c.p. dan pas aan de orde kan zijn als de houder zijn bevoegdheid tot levering c.p. ontleent aan een tegenspraak van het recht van de eigenaar (of beperkt gerechtigde). Ontleent hij die bevoegdheid aan een handeling van de eigenaar (of beperkt gerechtigde), dan zal mijns inziens aangenomen moeten worden dat de eigenaar (of beperkt gerechtigde) zich met die handeling ook de mogelijkheid heeft ontnomen een beroep op artikel 3:90 lid 2 BW te doen. Er zal in dat geval van uitgegaan moeten worden dat hij met

15 Zie voor het oude recht ook het hierna te bespreken arrest HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (Sio) en HR 29 september 1961, NJ 1961, 14 (Picus).

16 Zie voor uitzonderingen op de regel dat een houder niet c.p. kan leveren artikel 3:111 BW: een handeling van degene voor wie gehouden wordt, of een tegenspraak van diens recht.

17 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 333.

de vervreemding heeft ingestemd in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW, zodat de levering ook ten opzichte van hem geldt.¹⁸

2.2 Ratio relativering levering c.p.

2.2.1 Inleiding

Om de ratio van artikel 3:90 lid 2 BW te duiden, is het nodig stil te staan bij de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling. Onder het oude recht kende de wet niet een met artikel 3:90 lid 2 BW vergelijkbare regeling. Zelfs de levering c.p. als zodanig was niet in de wet geregeld. Deze is door de Hoge Raad geaccepteerd als wijze van bezitsverschaffing.¹⁹ Ook de relativering van de levering c.p. is tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak. Daar kwam de levering c.p. steeds aan de orde in combinatie met de eigendomsoverdracht tot zekerheid. Voor een goed begrip van de betreffende arresten zal daarom eerst kort worden stilgestaan bij de overdracht tot zekerheid.²⁰

Onder het oude recht kon slechts pandrecht op roerende zaken worden gevestigd als de zaak in de macht van de pandhouder werd gebracht (zie artikel 1198 (oud) BW). De praktijk had echter behoefte aan een zekerheidsrecht op roerende zaken waarbij de zaken in de macht van de schuldenaar konden blijven. Hiertoe werd gebruik gemaakt van de constructie dat de schuldenaar zaken aan de schuldeiser in eigendom tot zekerheid overdroeg, waarbij de levering doorgaans per c.p. plaatsvond (een vereiste was dat niet, maar deze leveringsvorm was, gezien het doel van de zekerheidsoverdracht, wel het meest geschikt; de goederen blijven dan immers in de macht van de schuldenaar). In 1929 aanvaardt de Hoge Raad dat de overdracht van eigendom tot zekerheid voor de betaling van een schuld een rechtsgeldige titel van overdracht is.²¹ Op de rechtsgevolgen van de zeker-

18 Vgl. Mon. Nieuw BW B-6b (Reehuis), Levering, Deventer: Kluwer 2004, nr. 38.

19 Zie (onder meer): HR 12 februari 1885, W. 1885, 5146 (Peters/Van Herzeele) – waar de Hoge Raad overweegt dat krachtens artikel 667 lid 1 BW levering van roerende zaken geschiedt door overgave, maar dat daaruit niet volgt dat voor een dergelijke levering altijd een overgave van hand tot hand is vereist; HR 22 februari 1889, W. 1889, 5684 (Vogel/Schipper+Koijsck) – waar de Hoge Raad de levering c.p. accepteert met een beroep op artikel 596 (oud) BW (dit artikel luidde als volgt (lid 1): “men kan het bezit eener zaak verkrijgen, of door zich zelve, of door een ander, die in onze naam heeft aangevangen te bezitten”) en HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (Sio) – waar de Hoge Raad de levering c.p. accepteert “hoewel daarvoor geen rechtstreekse steun in de wet te vinden is”.

20 Literatuur (o.a.) Asser-Mijnssen-De Haan, 2006 (3-1), nr. 472 e.v.; Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, 2006, nr. 118 e.v.; Van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988 en Studiepockets privaatrecht nr. 13 (Brahm), *Fiduciaire eigendomsoverdracht en eigendomsvoorbehoud*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

21 Zie HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616 (Bierbrouwerij).

heidseigendom (ook wel fiduciaire eigendom genoemd) waren zo veel mogelijk de wetsbepalingen van invloed die van toepassing waren op zakelijke zekerheidsrechten.²² De zekerheidseigenaar mocht alleen van zijn eigendom gebruikmaken als de schuldenaar tekortschoot in de nakoming van zijn betalingsverplichting. In dat geval mocht de zekerheidseigenaar zich de zaken niet toe-eigenen, maar moest hij deze openbaar verkopen en kon hij zijn vordering op de schuldenaar op de opbrengst verhalen. Een eventueel restant moest aan de schuldenaar worden uitbetaald.

De zekerheidsoverdracht vormt onder het huidige recht geen geldige titel van overdracht (zie artikel 3:84 lid 3 BW). De mogelijkheid zaken over te dragen tot zekerheid is vervangen door de regeling van het stil pandrecht (artikel 3:237 BW).

2.2.2 *Het begin: relativering van de levering c.p.*

In het Sio-arrest²³ komt relativering van de levering c.p. voor het eerst²⁴ aan de orde – zij het slechts zijdelings, in een overweging ten overvloede. De casus is als volgt. Zekere Peuschgens draagt op 11 oktober 1946 per c.p. al zijn tegenwoordige en toekomstige voorraden en inventaris tot zekerheid voor de betaling van een door De Jong aan Peuschgens verstrekte geldlening over aan De Jong. Peuschgens draagt vervolgens op 30 mei 1947 en op 29 april 1949 een aantal van de reeds aan De Jong overgedragen roerende zaken tot zekerheid over aan Sio. Ook hier vindt levering plaats per c.p. Betaling van De Jong en Sio door Peuschgens blijft uit. De Jong wil overgaan tot executie van de zaken, waarop Sio het eigendomsrecht van De Jong betwist. In cassatie wordt door Sio betoogd dat de beschikkingsonbevoegdheid van Peuschgens (in verband met de eerdere zekerheidsoverdracht aan De Jong) niet aan Sio als verkrijger te goeder trouw kan worden tegengeworpen, ook al is de overdracht aan Sio geschied door middel van c.p.

Nu Peuschgens door de overdracht van de zaken aan De Jong slechts houder van de zaken was, is in dit arrest sprake van een levering c.p. door een houder, waarbij van relativering (ook onder het oude recht) geen sprake is (zie par. 2.1). Het arrest is voor de ontstaansgeschiedenis van de relativering van de levering c.p. toch van belang. Na te hebben vastgesteld dat de levering c.p. kan worden geaccepteerd als

22 HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier)

23 HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (Sio).

24 Nadat zij door de Hoge Raad in eerste instantie was afgewezen, zie HR 22 februari 1889, W. 1889, 5684 (Vogel/Schipper+Koijck).

uitzondering op de hoofdregel van bezitsverschaffing door overgave van de zaak, overweegt de Hoge Raad namelijk:

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

De levering c.p. (door een bezitter) moet naar het oordeel van de Hoge Raad dus worden gerelativeerd ten opzichte van derden wier belangen daarbij rechtstreeks betrokken zijn. De Hoge Raad motiveert dit met het argument dat de levering c.p. een uitzondering is op de hoofdregel van bezitsverschaffing.²⁵

2.2.3 *Vervolgens: onder omstandigheden relativering van de levering c.p. in combinatie met de titel overdracht tot zekerheid*

In latere arresten relateert de Hoge Raad niet langer de levering c.p. als zodanig, maar de levering c.p. in combinatie met de titel zekerheidsstelling.

In de casus die heeft geleid tot het Pluvier-arrest²⁶ sluit Pluvier in februari 1954 met een aantal banken geldleningsovereenkomsten. Daarbij draagt Pluvier tot zekerheid voor de verleende kredieten onder meer alle toekomstige voorraden en grondstoffen bij voorbaat in eigendom over aan de banken, met levering per (geanticipeerd) c.p. Traffic verkoopt en levert in juni 1964 slotdelen aan Pluvier. Pluvier faillieert; Traffic dient bij de curator zijn vordering tot betaling van de koopprijs van de slotdelen in en beroept zich op het voorrecht van artikel 1185 aanhef en sub ten derde (oud) BW.²⁷ Het Hof oordeelt aan de hand van het hier-vóór besproken criterium uit het Sio-arrest, dat de overdracht tot zekerheid uit 1954 niet tegenover Traffic kan worden erkend, omdat zij een rechtstreeks belanghebbende is en de overdracht niet was gevolgd door een feitelijke overgave aan

25 Vgl. in dit verband Mijnsen (Asser-Beekhuis-Mijnsen-De Haan, 1985 (3-1), nr. 352), die opmerkt: “door aan te nemen dat het c.p. niet op de wet berustte (dit in strijd met vroegere jurisprudentie [zie voetnoot 19, FD]) was het mogelijk aan de overdracht door c.p. een restrictie toe te voegen, nl. ‘dat de overdracht door c.p. slechts kan worden erkend, indien en voorzover de belangen van derden daarbij niet rechtstreeks betrokken zijn.’”. Zie ook de noot van Drion onder het arrest: “Waarschijnlijk [overweegt de Hoge Raad dat voor het c.p. geen rechtstreekse steun in de wet is te vinden] om daarmee te kennen te geven, dat het vrij is om bij deze niet op de wet gebaseerde uitzondering op een wettelijke hoofdregel die restricties aan te brengen, die het college goeddunkt.”

26 HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier).

27 Het gaat hier om het onder het oude recht als “verkopersprivilege” bekend staande (bijzondere) voorrecht van de verkoper ten aanzien van de nog onbetaalde koopprijs van roerende goederen.

de banken. De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van het tegen dit oordeel opgeworpen cassatiemiddel:

“dat de aldus bestreden, door het Hof aangenomen beperking van de rechtsgevolgen van een overdracht [met levering c.p.], in haar algemeenheid inderdaad moet worden verworpen, maar dat deze grief desondanks niet tot cassatie kan leiden.”

De Hoge Raad komt hier dus expliciet terug van zijn oordeel in het Sio-arrest.²⁸ Hij oordeelt dat het enkele feit dat c.p. is geleverd niet voldoende is voor relativering. De Hoge Raad relateert de overdracht wel om een andere reden:

“dat immers aan de overdracht bij de akte van 1954 niet een overeenkomst ten grondslag ligt, welke ten volle gelijkgesteld kan worden met de “rechtstitel van eigendomsoverdracht”, zoals artikel 639²⁹ deze voor een geldige eigendomsoverdracht vereist;

dat weliswaar de mogelijkheid van eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken, uitsluitend tot het verschaffen van zekerheid en zonder feitelijke overgave van die zaken, naar huidig recht moet worden aanvaard, maar dat de overwegingen die tot deze aanvaarding leiden, niet rechtvaardigen aan een zodanige overdracht alle rechtsgevolgen toe te kennen van een normale eigendomsoverdracht;

dat immers de rechtsgevolgen van een zekerheidsoverdracht niet slechts invloed ondergaan van de wetsbepalingen betreffende de zakelijke zekerheidsrechten, maar dat er, mede in verband met het feit dat de zekerheidsoverdracht zich uitsluitend tussen de daarbij betrokken pp. afspeelt zonder dat zij op enigerlei wijze naar buiten behoeft te blijken, aanleiding kan bestaan een zodanige overdracht buiten beschouwing te laten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt m.b.t. bepaalde onder die overdracht vallende goederen.”

De Hoge Raad relateert nu dus niet de levering c.p., maar de titel van overdracht, en wel alléén voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende goederen. Zoals wij hierna nog zullen zien, zijn deze derden in de rechtspraak van de Hoge Raad steeds bevoorrechte schuldeisers, aan wier prestatie het is te danken dat de zaak onder de zekerheidsoverdracht valt.

28 Vgl. de noot van Houwing onder het arrest: “Er zijn weinig arresten aan te wijzen, waarin de HR zo expliciet op een vroegere uitspraak terugkomt als in het thans gepubliceerde.”

29 Luidende: “Eigendom van zaken kan op geene andere wijze worden verkregen, dan door toeëigening, door natrekking, door verjaring, door wettelijke of testamentaire erfopvolging, en door opdracht of levering ten gevolge van eenen regtstitel van eigendoms-overgang, afkomstig van den genen die gerechtigd was over den eigendom te beschikken.”

Voor de Hoge Raad is bij de relativering van de zekerheidsoverdracht overigens (kennelijk) wel van belang dat de zaak c.p. is geleverd. De Hoge Raad wijst er immers met nadruk op dat de levering zich uitsluitend tussen partijen afspeelt en niet naar buiten toe kenbaar is. Houwing wijst in zijn noot onder het arrest ook op het belang van dit argument:

“Het argument waarin het betoog van de HR alles om draait is, dat de zekerheidsoverdracht zich uitsluitend tussen de daarbij betrokken partijen afspeelt, zonder dat zij daarbij op enigerlei wijze naar buiten behoeft te blijken. Nu geldt dat alleen voor de zekerheidsoverdracht door c.p., zonder feitelijke overgave. En al zal bij zekerheidsoverdracht, gelijk al gezegd, in feite wel zelden op andere wijze dan door c.p. geleverd worden, dit is toch geen wezenlijk kenmerk van deze overdracht. Werkt de beperkingten aanzien van rechten van derden nu toch ook voor de overdracht die wel door feitelijke overgave geschiedt? Het arrest is op dit punt niet scherp geformuleerd. Neemt men aan, wat gezien de plaats die het argument van het uiterlijk-niet-waarneembaar zijn in het betoog inneemt wel haast nodig lijkt, dat de eigendomsoverdracht zonder c.p. onbeperkt geldig is, dan is de onvolwaardigheid van de zekerheidsoverdracht als ‘rechtstitel van eigendomsovergang’ ook niet gelegen in de zekerheidsoverdracht, maar in de zekerheidsoverdracht door c.p.³⁰ (...) Voorts stelt de HR in bovenstaand arrest de onbeperkte geldigheid in het algemeen van het c.p. voor zover dan niet strekkend tot zekerheidsoverdracht, voorop. Maar aan elk c.p. kleeft het bezwaar dat het zich ‘uitsluitend tussen de daarbij betrokken partijen afspeelt zonder dat het op enigerlei wijze naar buiten behoeft te blijken’.”

De vraag die Houwing zich hier stelt wordt enige tijd later beantwoord in de zaak Van Gend en Loos³¹: de Hoge Raad relateert noch enkel de levering c.p., noch enkel de titel zekerheidsoverdracht, maar zodra de combinatie van deze twee zich voordoet, is naar het oordeel van de Hoge Raad relativering op zijn plaats:

“dat een eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken, uitsluitend tot het verschaffen van zekerheid [titel, FD] en zonder feitelijke overgave van de zaken [levering, FD], niet volledig dezelfde rechtsgevolgen heeft als een normale eigendomsoverdracht; (...) dat er ook aanleiding kan bestaan de zekerheidsoverdracht buiten beschouwing te laten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende goederen (...).”

³⁰ Dat deze opvatting van Houwing juist is bewijst HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (Berg/De Bary). De Hoge Raad overweegt hier dat indien geen sprake meer is van het verschaffen van zekerheid zonder feitelijke overgave geen aanleiding bestaat de overdracht tot zekerheid ten behoeve van een oudere gerechtigde buiten beschouwing te laten.

³¹ HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos).

Deze formulering wordt ook in latere arresten gebruikt. Ik verwijs naar de arresten LDM/Brock³² en Berg/De Bary³³.

Hoe de Hoge Raad de situatie zou hebben beoordeeld waarin wél sprake is van een levering c.p., maar niet van een zekerheidsoverdracht, is onbekend; een dergelijke casus is eenvoudigweg niet aan de Hoge Raad voorgelegd.³⁴ Dát de Hoge Raad in dat geval tot een relativering zou zijn gekomen lijkt mij echter niet erg waarschijnlijk. Als de Hoge Raad (na het Sio-arrest) van oordeel was dat de enkele levering c.p. gerelativeerd moest worden, had toch voor de hand gelegen dat in de hiervóór besproken arresten de levering c.p. als zodanig zou zijn gerelativeerd. De Hoge Raad heeft de relativering echter doen steunen op de combinatie van die levering met een zekerheidsoverdracht.

Zeker is wel, dat de enkele zekerheidsoverdracht voor de Hoge Raad níet voldoende was voor relativering; benodigd was daarnaast dat de levering per c.p. was geschied.³⁵ In dit verband zij verwezen naar het arrest Berg/De Bary, waarin de Hoge Raad de zekerheidsoverdracht wél geldig acht, omdat hier (alsnog) sprake was van feitelijke overgave van de zaken, en dus van een voor de derde kenbare overdracht. In dat kader overweegt de Hoge Raad:

“Wordt van een zaak waarvan een derde houder is, het bezit overgedragen door een tweezijdige verklaring – met welk geval het onderhavige, waarin Vebero voor De Bary in plaats van voor Verhoeff is gaan houden, op één lijn moet worden gesteld –, dan is de overdracht niet voor de verkoper onkenbaar en oncontroleerbaar op grond dat zij zich uitsluitend afspeelt tussen de betrokken partijen; dan is daarbij immers de derde betrokken die in plaats van voor de vervreemder voor de verkrijger gaat houden en dat desgevraagd aan de verkoper zal doen weten.”³⁶

32 HR 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (LDM/Brock).

33 HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (Berg/De Bary).

34 Chao-Duivis noemt het arrest van de Hoge Raad van 15 mei 1987, NJ 1988, 701. De Hoge Raad ging er hier echter (volgens Chao-Duivis ten onrechte) van uit dat geen bezit was verschaft. Aan eventuele relativering van de levering c.p. kon de Hoge Raad dus niet toekomen (Chao-Duivis, ‘De positie van de cp-verkrijger ten opzichte van de ouder gerechtigde (art. 3.4.2.5 NBW)’, *WPNR* 5882 (1986), p. 402).

35 Anders: A.-G. Leijten in zijn conclusie vóór HR 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (LDM/Brock).

36 Vgl. ook HR 18 september 1992, NJ 1993, 455 (Rabobank/Sinke), waar de Hoge Raad overweegt dat relativering niet aan de orde is als sprake is van het verschaffen van zekerheid met feitelijke overgave.

2.2.4 *De onder het oude recht (in bepaalde gevallen) aangenomen relativering is terecht*

De door de Hoge Raad onder het oude recht aangenomen relativering is mijns inziens terecht. Niet alleen omdat, zoals Rank-Berenschot opmerkt, (door de combinatie van titel (zekerheidsstelling) en leveringsvorm (niet extern zichtbaar)) sprake is van een eigendom van “mindere kwaliteit”³⁷, maar ook – en vooral – omdat in de hierboven besproken arresten steeds een derde (en wel steeds een bevoorrechte schuldeiser) werd beschermd aan wiens prestatie het was te danken dat de betreffende zaak onder de zekerheidseigendom viel. De Hoge Raad zag, zoals in par. 2.4 nader zal worden besproken, aanleiding de bevoorrechte schuldeiser te beschermen, als de zekerheidseigenaar de zaak had verkregen dankzij diens prestatie.³⁸ De rechtvaardiging hiervoor is, dat in een dergelijk geval de zekerheidseigenaar geen recht op de zaak had kunnen doen gelden als de betrokken schuldeiser niet de prestatie had geleverd waarop zijn voorrecht was gebaseerd. Om die reden is alleszins redelijk dat de bevoorrechte schuldeiser zijn recht ook jegens de zekerheidseigenaar kon doen gelden. Mijnsen merkt hieromtrent op:

“Uit de besproken arresten valt af te leiden, dat de beperkingen die de HR op de zekerheidseigendom wil aanbrengen, niet van grote omvang zijn. In het algemeen zal o.i. beslissend zijn, of er in het voordeel van de fiduciaire eigenaar een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving zou plaats vinden, indien deze de rechten van de betrokken derde niet zou behoeven te erkennen.”³⁹

Brahn spreekt in dit verband treffend van het “samenhang-vereiste”⁴⁰, op grond waarvan de bevoorrechte schuldeiser voorrang boven de zekerheidseigenaar kon hebben. De uitzondering vond in ieder geval toepassing bij het verkopersprivilege⁴¹ en het voorrecht krachtens artikel 58 Algemene wet inzake de douane en de accijnzen (“AWDA”).⁴² In deze beide gevallen werd voldaan aan het “samenhang-vereiste”. Als de verkoper de zaak niet zou hebben verkocht en geleverd, zou de zaak niet onder de (bij voorbaat overeengekomen) zekerheidseigendom zijn geval-

37 Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 226.

38 Zie HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (Sio); HR 13 maart 1959, NJ 1959, 579 (Van Vliet q.q./Amsterdamse Bank); HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier); HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos) en HR 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (LDM/Brock).

39 Asser-Beekhuis-Mijnsen-De Haan, 1985 (3-1), nr. 356.

40 Studiepockets privaatrecht nr. 13 (Brahn), *Fiduciaire eigendomsoverdracht en eigendomsvoorboud*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 70.

41 Zie HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier).

42 Zie HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos). Zie ook HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 (Dutch Air/De Bary).

len; als de douane-expediteur niet de expeditie van de zaak had verricht en in dat kader belasting had betaald, had de zekerheidseigenaar evenmin een recht op de zaak kunnen doen gelden. Hierbij verdient aantekening dat het voorrecht van artikel 58 AWDA – anders dan het verkopersprivilege – een algemeen voorrecht was. De Hoge Raad maakt hier dan ook een onderscheid: alleen voor zover het voorrecht rust op de zaken die dankzij de bemoeiingen van de expediteur zijn verkregen, kan het worden tegengeworpen aan de zekerheidseigenaar (uiteraard voor zover de zaken niet in zijn macht zijn gekomen).

2.2.5 *Maar dan: relativering van de levering c.p.*

2.2.5.1 *In de wetsgeschiedenis is geen rechtvaardiging te vinden voor een relativering van de levering c.p.*

De wetgever heeft in artikel 3:90 lid 2 BW gekozen voor een relativering van de levering c.p. als zodanig. Dit komt in feite neer op een breuk met de situatie onder het oude recht, waarin relativering immers alleen werd aangenomen indien de levering c.p. samenging met een zekerheidsoverdracht – en deze combinatie bovendien slechts werd gerelativeerd ten opzichte van een bevoorrechte schuldeiser aan wiens prestatie het was te danken dat de zaak onder de zekerheidseigendom viel.

In het huidige recht is de koppeling tussen zekerheidseigendom en levering c.p. niet mogelijk, om de eenvoudige reden dat de zekerheidsoverdracht geen geldige titel van overdracht is (artikel 3:84 lid 3 BW). Dan is wel de vraag, waarom dan nu kennelijk het enkele feit dat per c.p. is geleverd, voldoende is voor relativering. Daarbij komt dan nog (zie nog hierna, par. 2.4), dat ook de kring van personen ten opzichte van wie die levering wordt gerelativeerd, is uitgebreid ten opzichte van het oude recht: niet alleen de bevoorrechte schuldeiser aan wiens prestatie het is te danken dat de zaak is verkregen, maar (alle) oudere zakelijk gerechtigden én (alle) oudere bevoorrechte schuldeisers.

Als argument voor het nieuwe artikel 3:90 lid 2 BW wordt door de wetgever ten eerste – in de toelichting van Meijers⁴³ – verwezen naar het Sio-arrest. Inderdaad blijkt uit dit arrest – zo is hierboven als besproken – dat de levering c.p. als zodanig gerelativeerd moet worden. Dat Meijers dit arrest gebruikt als argument voor de relativering van de levering c.p. is dan ook niet verwonderlijk. Op dat moment was het Pluvier-arrest immers nog niet geweest. Maar zoals hiervóór is besproken, is de Hoge Raad later teruggekomen op zijn oordeel in het Sio-arrest. Toen nam de Hoge Raad immers alleen relativering aan, als de levering c.p. werd gecombineerd met een zekerheidsoverdracht, terwijl de Hoge Raad bovendien

43 Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 382.

alleen aanleiding zag tot relativering als de zekerheidseigenaar de zaak had verkregen dankzij een prestatie van een bevoorrechte schuldeiser. Het had voor de hand gelegen dat de wetgever aan de latere uitspraken (dat wil zeggen: post-Sio) aandacht had besteed. Deze latere uitspraken hebben in ieder geval tot gevolg dat het Sio-arrest geen argument kan zijn voor een relativering van de levering c.p.

Overigens kunnen ook deze latere uitspraken zelve geen argument zijn voor de regeling van artikel 3:90 lid 2 BW. Een relativering van de levering c.p. als zodanig ten opzichte van álle oudere zakelijk gerechtigden én (álle) oudere bevoorrechte schuldeisers is immers evident in strijd met de relativering zoals in die uitspraken aangenomen.⁴⁴

Ik heb mij nog afgevraagd of de overwegingen van de Hoge Raad in het Sio-arrest – die leidden tot zijn oordeel dat de levering c.p. gerelativeerd moest worden – argument voor de wetgever kunnen zijn geweest om de levering c.p. te relativeren, maar ook dat kan niet het geval zijn. Zoals bekend oordeelde de Hoge Raad in het Sio-arrest dat de levering c.p. gerelativeerd moest worden omdat de levering c.p. niet op de wet berustte en een uitzondering was op de hoofdregel van bezitsverschaffing door (corporele) overgave van de zaak. Het is zonder twijfel dat de levering c.p. tegenwoordig wél op de wet berust, en het is maar de vraag of de levering c.p. nog als een uitzondering moet worden gezien op corporele overgave.⁴⁵ Bovendien: als dát het argument voor relativering zou zijn, valt niet in te zien waarom dan een levering c.p. wel, en een levering *traditio longa manu* of *traditio brevi manu* niet gerelativeerd zou moeten worden; ook die tradities vormen immers uitzonderingen op de corporele overgave.

In de Toelichting Meijers wordt voorts verwezen naar het Zwitserse recht. Het Zwitserse recht kan echter evenmin een argument zijn voor relativering van de levering c.p. In het Zwitserse recht wordt de levering c.p. pas gerelativeerd als het oogmerk van partijen is (kort gezegd) benadeling van derden of omzeiling van

44 Vriesendorp, 'Art. 3.4.2.5 lid 2; een misplaatste bepaling', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1986, p. 40 e.v. Vriesendorp noemt artikel 3:90 lid 2 BW "een voorbeeld van de vergankelijkheid van een (her)codificatie: ooit geldend recht, heeft de jurisprudentie de relativiteit van de levering door bezitsverschaffing *constituto possessorio* in een geheel andere richting gestuurd dan ten tijde van de totstandkoming van art. 3.4.2.5 NBW kon worden voorzien." Vgl. ook Fesevur, 'Kroniek Boek 3 titels 4 tot en met 10', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990 (1), p. 16 en Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 39.

45 Vgl. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu: ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de overgangsvormen in het privaatrecht*, (rede Tilburg), Deventer: Kluwer 1980, p. 31+32.

de regels van vuistpand.⁴⁶ Naar Nederlands recht is dat geen voorwaarde voor relativering, maar is voldoende het enkele feit dat c.p. is geleverd.

Tot slot wijst Meijers in zijn toelichting erop dat

“aan het misbruik dat nog steeds van het constitutum possessorium gemaakt wordt om schuldeisers te benadelen, op deze wijze een einde [wordt] gemaakt.”

De minister heeft in de Memorie van Antwoord echter opgemerkt dat het misbruik in feite fiduciaire overdrachten betreft.⁴⁷ Dat kan dus thans niet meer richtinggevend zijn, omdat de zekerheidsoverdracht in het huidige recht geen geldige titel van overdracht vormt.

Een laatste argument van de wetgever is de niet-waarneembaarheid van de levering c.p. voor derden. Deze niet-waarneembaarheid was Meijers' grote bezwaar tegen de levering c.p.⁴⁸ en dit bezwaar wordt nog eens naar voren gebracht in de Memorie van Antwoord:

*“Bij een zo massaal gebeuren als het rechtsverkeer met betrekking tot roerende zaken, is het, zoals hier reeds eerder opgemerkt, van groot belang: enerzijds dat verkrijgers te goeder trouw dezer zaken deugdelijk worden beschermd (artikel [3:86 BW]), anderzijds dat hij die een recht heeft op een roerende zaak die zich onder een ander bevindt, dit recht niet al te gemakkelijk en voor hem niet waarneembaar aan een derde kan verliezen [zodat, met het oog hierop in het ontwerp] bij de botsing van de belangen van de verkrijger te goeder trouw en de (oorspronkelijke) rechthebbende in beginsel voor deze laatste is gekozen, indien de levering zonder naar buiten blijkende verandering van de status quo plaats vond.”*⁴⁹

46 Artikel 717 ZGB (lid 1) luidt: “Bleibt die Sache in Folge eines besondern Rechtsverhältnisses beim Veräußerer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist.”

47 Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 385.

48 Zie Meijers, ‘Eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken’, *WPNR* 1997-1998 (1908) en Meijers, ‘Eigendomsoverdracht tot zekerheid’, in: *Eigendomsoverdracht tot zekerheid*. (C.J. de Lange en E.M. Meijers), Arnhem: Prae-adviezen voor de Jaarlijksche Algemeene Vergadering van de Broederschap der Notarissen in Nederland 1936. Vgl. bijvoorbeeld ook De Grooth, *Beschrijving van het vermogensrecht in het algemeen, het erfrecht en de zakelijke rechten in de ontwerpen-meijers, met enige critische kanttekeningen. Eerste gedeelte: Inleiding en het Algemene Deel van het Vermogensrecht*, Vliissingen: prae-advies voor de jaarlijkse algemene vergadering van de broederschap der notarissen in Nederland 1955, p. 41: “De beperking van het effect van het constitutum vindt zijn grond in zijn onkenbaarheid voor derden-geïnteresseerden.”

49 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 384+385.

Bij de levering c.p. is ten aanzien van deze niet-waarneembaarheid het probleem, dat niets verandert in de feitelijke macht van de vervreemder over de zaak en dat oudere gerechtigden niet buiten de vervreemder om kunnen verifiëren of een levering heeft plaatsgehad.⁵⁰ Ik wijs in dit verband ook op het verslag naar aanleiding van een mondeling overleg bij de invoering van artikel 3:115 BW, waar ten aanzien van de levering c.p. wordt opgemerkt:

“De levering c.p. [stelt] de vervreemder in staat tot dubbel spel: hij blijft vrij ter zake van zijn eigen feitelijk en juridisch houderschap aan oudere gerechtigden zowel als aan degene aan wie hij onbevoegd overdroeg, de voorstelling van zaken te geven, die hem goeddunkt, zonder dat dit te controleren valt.”⁵¹

Toch is de vraag of deze niet-waarneembaarheid van de levering c.p. een voldoende argument is voor relativering van die levering ten opzichte van oudere gerechtigden. Uiteraard is publiciteit van de levering van belang; voor derden wordt daarmee kenbaar wie de eigenaar is van de zaak. Gesteld zou kunnen worden dat die publiciteit dermate belangrijk is, dat van een geldige levering geen sprake is als deze niet naar buiten toe kenbaar is.⁵² Maar dat is een argument om de levering c.p. (helemaal) niet te accepteren, of, zoals in het Duitse recht, de levering alleen te accepteren als deze geschiedt door een beschikkingsbevoegde (§930 jo. §933 BGB) – en de verkrijger dus geen beroep op artikel 3:86 (lid 2) BW te geven zolang de zaak niet in zijn macht is gebracht. Het levert geen argument op om deze levering alleen te relativeren ten opzichte van derden met een ouder recht. De wetgever maakt hier een halve keuze. Dat is te meer opmerkelijk, daar hij bij een andere “leverings”vorm die niet voldoet aan het publiciteitsvereiste (het stil pandrecht),

50 Zie de conclusie van A.-G. Hartkamp vóór HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (Berg/De Bary). Zie voorts Parl. Gesch. Boek 3 (MvA I Inv.), p. 1262, waar wordt uitgelegd waarom de levering c.p. wel, en de levering longa manu niet wordt gerelativeerd: “[dit verschil] zit hierin dat hier anders dan daar van het resultaat van de levering in die voege naar buiten blijkt dat de houder, door de oudere gerechtigde om afgifte gevraagd, zal moeten verklaren dat hij voor de verkrijger houdt, wil hij zichzelf niet in moeilijkheden brengen. Dit brengt mee dat de vervreemder hier niet de mogelijkheid heeft om zonder risico de dubbelrol ten opzichte van verkrijger en oorspronkelijk gerechtigde te blijven spelen, die de zwakte van de levering constituto possessorio uitmaakt.” Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 3 (MO I Inv.), p. 1264+1265 en de noot van Sniijders onder HR 18 september 1992, NJ 1993, 455 (Rabobank/Sinke). Juist omdat hier voor de vervreemder de mogelijkheid bestaat een dubbelrol te spelen, is de kritiek op de relativering van de levering c.p., inhoudende dat zelfs een feitelijke overgave niet altijd zichtbaar is voor een derde, onterecht (zie bijvoorbeeld de noot van Kleijnder onder HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (Berg/De Bary); Scheltema, ‘Het stelsel van roerend goed in het B.W. van 1838 tot heden’, in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*. (P. Scholten en E.M. Meijers), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 403-404 en Fesevur, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, p. 105+106.

51 Parl. Gesch. Boek 3 ((MO I Inv.), p. 1264.

52 Vgl. Wedeven, ‘Het probleem van de levering door verklaring van houderschap in verband met rechten van derden, beschouwd vanuit het leerstuk der nietigheden’, *RMTh* 1973, p. 242.

wél een hele keuze maakt – en dat, terwijl de ratio van laatstbedoelde keuze is de regeling van artikel 3:86 BW jo. 3:90 lid 2 BW.⁵³ Vestiging van een stil pandrecht is wel mogelijk, maar indien de pandgever niet, of beperkt beschikkingsbevoegd is, kan de stil pandhouder pas beroep op bescherming doen (jegens een ieder, níet slechts ten opzichte van oudere gerechtigden) als hij te goeder trouw is op het moment dat de zaak in zijn macht wordt gebracht (artikel 3:238 BW) resp. op het moment dat hij aan de schuldenaar mededeling doet van de verpanding (artikel 3:239 lid 4 BW). De stille verpanding wordt als vestigingshandeling wel erkend, maar het “gebrek” van die vestigingshandeling, bestaande in het feit dat deze niet voldoet aan het publiciteitsvereiste, maakt dat deze niet ten volle wordt gelijkgesteld met andere leverings- en vestigingshandelingen.

Ook bij de levering c.p. moet de keuze aldus gemaakt worden: de levering wordt óf wel, óf niet ten volle (oftewel: ten opzichte van een ieder wél, of ten opzichte van niemand) geaccepteerd. Zoals hierna (par. 2.2.5.2) zal worden besproken, ben ik van mening dat de levering c.p. als leveringshandeling ten volle geaccepteerd moet worden.

Overigens is het argument van de niet-waarneembaarheid in feite in strijd met de regeling van de relativering van de levering c.p. In het Ontwerp Meijers is een aantal uitzonderingen geformuleerd op de relativering van de levering c.p.:

“Deze bepaling lijdt uitzondering, wanneer naar buiten van de levering blijkt, wanneer de vervreemder er zijn bedrijf van maakt zaken van gelijke soort als de geleverde voor derden te houden, of wanneer aan de rechthebbende of de schuldeiser de levering is betekend of deze uit anderen hoofde daarvan kennis draagt.”

53 Parl. Gesch. Boek 3, p. 754: “Dit artikel gaat er vanuit dat een bescherming als die van artikel [3:86 BW] voor de pandhouder te goeder trouw, die de zaak niet of niet langer in handen van de pandgever heeft gelaten, evenzeer gerechtvaardigd is als voor de verkrijger van de zaak (of van een vruchtgebruik daarop), in wiens handen de zaak is gekomen. In het eerste lid van [artikel 3:238 BW] is dan ook ten aanzien van het te goeder trouw van een onbevoegde verkregen pandrecht een regel gegeven, die geheel bij artikel [3:86 lid 1 BW] aansluit, wanneer men tenminste rekening houdt met de regel van artikel [3:90 lid 2 BW] (...). Evenals een beroep op artikel [3:86 BW] eerst in aanmerking komt, wanneer de zaak (...) in handen van de verkrijger is gekomen en de levering ingevolge artikel [3:90 lid 2 BW] dus ook tegen de gedeposedeerde werkt, zo kan ook bij een bezitloos gevestigd pandrecht het onderhavige artikel eerst worden ingeroepen, indien met toepassing van artikel [3:237 lid 3 BW] afgifte aan de pandhouder of een derde is verkregen en de pandhouder op dat moment nog te goeder trouw is.” Ook bij de stille cessie wordt een hele keuze gemaakt (artikel 3:94 lid 3 BW). De verkrijger heeft immers pas de mogelijkheid (ten opzichte van een ieder) een beroep te doen op artikel 3:88 BW als hij mededeling van de cessie heeft gedaan aan de debiteur van de vordering.

Deze uitzonderingen zijn terecht, als aangenomen wordt dat de levering c.p. gerelativeerd moet worden *omdat* deze niet-waarneembaar is; als die levering wél waarneembaar is, behoort deze ook niet gerelativeerd te worden. Later zijn deze uitzonderingen echter alle vervallen en vervangen door de uitzondering dat de oudere gerechtigde met de overdracht heeft ingestemd. De minister motiveert het vervallen van die uitzonderingen in de Memorie van Antwoord als volgt – voor zover hier van belang – :

“Het enkele feit dat de levering aan de rechthebbende is betekend of dat hij daarvan uit anderen hoofde kennis droeg, zal echter – anders dan in de oorspronkelijke redactie – niet voldoende zijn. De ondergetekende ziet geen reden ook voor dit geval de bescherming die de onderhavige bepaling aan de rechthebbende biedt, ten bate van de verkrijger die het goed in handen van de vervreemder laat, op te heffen. De hier aangebrachte wijzigingen hebben bovendien het voordeel dat de uitzonderingsregel aldus aanzienlijk wordt vereenvoudigd.”⁵⁴

Maar als de oudere gerechtigde wéét dat de zaak aan een ander is geleverd, kan niet gezegd worden dat de levering niet-waarneembaar is. Dan is er ook geen reden (uitgaande van het laatst besproken argument van Meijers voor relativering van de levering c.p.) die levering te relativeren ten behoeve van de oudere gerechtigde.

De argumenten die de wetgever geeft voor de relativering van de levering c.p. zijn dus onvoldoende. Zoals hierna zal worden gezien, zijn ook overigens geen redenen te bedenken waarom de levering c.p. gerelativeerd zou moeten worden.

2.2.5.2 *Relativering van de levering c.p. ook overigens niet op zijn plaats*

Onder het oude recht was de relativering van de levering c.p. (gecombineerd met een zekerheidsoverdracht), zoals besproken, terecht. Er was sprake van eigendom van “mindere kwaliteit” en die eigendom werd met reden gerelativeerd ten opzichte van bevoorrechte schuldeisers aan wier prestatie het was te danken dat de zaak onder de zekerheidseigendom viel.

54 Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 386.

Voor een relativering van de levering c.p. ten opzichte van oudere zakelijk gerechtigden of bevoorrechte schuldeisers (zie par. 2.4) zie ik echter geen reden.⁵⁵ De keus moet hier in die zin simpel zijn, aldus, dat de levering óf wel, óf niet wordt geaccepteerd. Dat laatste kan op twee manieren: ofwel door de levering c.p. niet als geldige leveringshandeling aan te merken, ofwel door de verkrijger geen beroep te geven op bescherming krachtens artikel 3:86 BW zolang de zaak niet in zijn macht is gekomen. De regeling van artikel 3:90 lid 2 BW komt neer op een halve maatregel waarvoor geen rechtvaardiging bestaat.

Mijns inziens is de levering c.p. terecht wettelijk geaccepteerd als leveringshandeling voor roerende zaken. De juridische werkelijkheid is niet meer goed voorstelbaar zónder de levering c.p. Men denke bijvoorbeeld aan de vele *sale and lease-back* contracten die gesloten worden. Het enige verschil tussen de levering c.p. en de overige voor roerende zaken bestaande leveringshandelingen – die de achtergestelde positie niet kennen – is de niet-waarneembaarheid van deze levering. Dan is de vraag wat het bezwaar is van deze niet-waarneembaarheid.

Een eerste bezwaar is, dat derden ervan uit zouden kunnen gaan dat de zaak nog tot het vermogen van de vervreemder behoort. Maar dat is een bezwaar voor een derde die in beeld komt nadát de zaak door B aan C per c.p. is geleverd (en dus een anterieure derde), níet voor een derde met een ouder recht (een posterieure derde). Deze anterieure derde (die meestal een schuldeiser zal zijn) kan immers besluiten met de vervreemder te handelen omdat hij in de veronderstelling verkeert dat diens vermogen ook de per c.p. aan een derde overgedragen zaken omvat. En deze anterieure derde wordt nu juist níet beschermd door de werking van artikel 3:90 lid 2 BW. Daarbij komt nog dat, zoals Scheltema reeds in 1938 opmerkte⁵⁶, wij in een rechtsstelsel leven waarin geen garantie bestaat dat de roerende zaken

55 Ook als de zekerheidsoverdracht nog wel was toegestaan – of zelfs weer is toegestaan; denk aan de mogelijkheden die de financiëlezekerheidsovereenkomst op dit punt biedt (artikel 7:51 e.v. BW), alsmede aan de ruimte die de Hoge Raad laat in HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease) en HR 18 november 2005, NJ 2006, 151 (BTL Lease/Van Summeren) (zie hierover (onder meer) Verstijlen, '*Paritas creditorum*, voorrang en preferentie', *TPR* 2006, p. 1192 e.v. en Verstijlen, 'Van feo naar fzo (via Brussel), over het wetsvoorstel inzake de financiëlezekerheidsovereenkomst en het spanningsveld tussen Europees en nationaal goederenrecht', *Ondernemingsrecht* 2005 (3)) – en de relativering zou worden gekoppeld aan die overdracht met een levering c.p., gaat de thans in artikel 3:90 lid 2 BW opgenomen relativering te ver, althans verder dan onder het oude recht (waarin alleen relativering werd aangenomen ten opzichte van schuldeisers aan wiens prestatie het was te danken dat de zaak onder de zekerheidseigendom viel).

56 Scheltema, 'Het stelsel van roerend goed in het B.W. van 1838 tot heden', in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*. (P. Scholten en E.M. Meijers), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 404.

die iemand onder zich heeft, ook inderdaad tot zijn vermogen behoren. Dat geldt ruim driekwart eeuw later eens te meer.⁵⁷

Een ander bezwaar tegen de levering c.p. is genoemd door Scholten – welk bezwaar in de opvatting van Scholten ertoe moest leiden dat C in het geheel geen eigendom behoorde te verkrijgen bij een overdracht met levering c.p. door een beschikkingsonbevoegde:

“Wie vertrouwt op den schijn wordt beschermd, doch deze bescherming gaat ten koste van den eigenaar. Is er dan niet alle reden den verkrijger achter te stellen als hij zelf dien schijn doet voortduren? (...) Hij [,C,] stelt het zelfde vertrouwen in [B] als [A], kan [A] dus niet tegenwerpen dat door diens vertrouwen hij [B] voor eigenaar mocht houden.”⁵⁸

Dit betoog komt er op neer dat zowel A als C een verwijt moet worden gemaakt. Maar waarom wordt C een verwijt gemaakt als hij zich laat leveren op een wijze die nota bene expliciet door de wet wordt mogelijk gemaakt?⁵⁹ Dat valt mijns inziens niet uit te leggen en is niet redelijk.

Een door De Grooth⁶⁰ en Neleman⁶¹ opgeworpen bezwaar van de niet-waarneembaarheid van de levering c.p. is dat de oudere gerechtigde geen maatregelen kan nemen om op te treden tegen de overdracht van de zaak met levering c.p. Dit bezwaar acht ik evenmin overtuigend. Het recht om maatregelen te nemen eindigt immers niet met de overdracht – maar pas als dit recht is verjaard. Ik zie niet waarom voor A een langere verjaringstermijn zou moeten gelden in het geval hij een zaak bij B heeft gelaten die per c.p. aan een derde (C) wordt geleverd, dan in

57 Vgl. ook Verstijlen, ‘Een remedie tegen oneigenlijke vermenging?’ *WPNR* 6742 (2008), p. 137: “Eigendomsvoorbehoud, pand en lease zijn schering en inslag. Het is eerder regel dan uitzondering dat zaken die zich onder een bedrijfsmatig handelende partij bevinden in eigendom toebehoren aan een derde of dat daarop een pandrecht rust.” Vgl. in dit verband ook HR 29 februari 1952, NJ 1953, 58 (Geleedts-Wolff/drukpersarrest), waarin naar voren kwam dat een verkrijger pas in aanmerking komt voor derdenbescherming als hij is afgestaan op feitelijk bezit bij zijn vreemder. Het is de vraag, of de Hoge Raad in het huidige tijdperk tot een zelfde beslissing zou komen. Wat daar ook van zij, dáár ging het om bescherming van een anterieure derde, terwijl artikel 3:90 lid 2 BW is geschreven ter bescherming van een posterieure derde.

58 Asser-Scholten, 1945 (II), p. 100. Overigens hangt het door Scholten besproken bezwaar samen met diens betoog ten aanzien van het reële bezit (zie p. 67), waarover par. 1.1.1.

59 Dit was ten tijde van het betoog van Scholten overigens nog niet het geval.

60 De Grooth, *Beschrijving van het vermogensrecht in het algemeen, het erfrecht en de zakelijke rechten in de ontwerpen-meijers, met enige kritische kanttekeningen. Eerste gedeelte: Inleiding en het Algemene Deel van het Vermogensrecht*, Vlissingen: prae-advies voor de jaarlijkse algemene vergadering van de broederschap der notarissen in Nederland 1955, p. 41.

61 Neleman, ‘Stille levering’, in: *Quod Licet: Kleijn Bundel*. (E.H. Hondius), Deventer: Kluwer 1992, p. 280.

het geval B die zaak op een andere wijze aan C zou leveren. In beide gevallen is immers van toepassing de gedachte achter de verjaringstermijnen dat de rechtszekerheid moet worden gediend. Daarbij dient dan nog te worden bedacht dat B bezitter is, en geen houder.

Het argument dat in Duitsland wordt gegeven voor de achterstelling van de levering c.p. (zie §933 BGB⁶²) overtuigt evenmin.⁶³ Baur en Stürner stellen ten aanzien van deze achterstelling:

“Mann fragt sich unwillkürlich nach der Rechtfertigung für die Zurückstellung dieser Besitzart. (...) Die Begründung, daß er damit eben dem Veräußerer ebensoviel Vertrauen schenke wie der Eigentümer, überzeugt nicht. (...) In Wahrheit folgt das Gesetz mit dieser Regelung dem (...) Gedanken, daß die Besitzlage des Erwerbers so sein müsse, daß sie jede Art von Besitz des Veräußerers ausschließt.”⁶⁴

Westermann merkt in dit verband op:

“Hinsichtlich des Traditionsprinzips mag die Strenge des §933 etwas überraschen, da beim Erwerb vom Berechtigten dieses Prinzip vielfältig durchbrochen ist. Die gesetzliche

62 Het artikel luidt: “Gehört eine nach §930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, dass er zu dieser Zeit nicht im guten Glauben ist.”

63 Deze achterstelling is in Duitsland overigens niet zonder kritiek. Zo stelt Heck: “Der Grund für diese Zurücksetzung des Konstitut (...) ist nicht einleuchtend. Die Vorschrift beruht m.E. in letzter Linie auf den beiden Umständen, die zu einer ungünstigen Beurteilung der Übereignung mit Besitzvorbehalt (Konstitut) geführt haben, nämlich auf dem Widerspruch dieser Form mit dem Traditionsprinzip und ihrer Eignung zu Scheingeschäften. Aber diese beiden Gründe sind nicht geeignet, eine Zurücksetzung des gutgläubigen Erwerbers zu rechtfertigen. Der Rechtschein auf den er nach § 932 vertrauen darf, ist der Besitz des Veräußerers und dieser liegt beim Konstitut in demselben Umfang vor wie bei der körperlichen Übergabe. Von der Sichtbarkeit des Vorgangs für Dritte kann die Schutzwürdigkeit des Erwerbers nicht abhängen, und das Vorkommen von Scheingeschäften sollte die Beurteilung nicht beeinflussen, wenn tatsächlich ein ernstliches Geschäft vorliegt. Es wird ferner geltend gemacht, daß der Erwerber dem Veräußerer dasselbe Vertrauen schenke, das ihm der Eigentümer geschenkt habe. Deshalb verdiene er keinen Vorzug. Aber es handelt sich gar nicht um zwei vergleichbare Vertrauensakte. Auch bei der Bejahung des Eigentumserwerbs würde der Erwerber die Folgen seiner Besitzbelassung insofern tragen, als sie eben den Mittler die abermalige Veräußerung ermöglichen würde. Der Erwerber wird also durch Bejahung des Eigentumserwerbs gar nicht besser gestellt, wie der frühere Eigentümer. Dasjenige Vertrauen das den Erwerb rechtfertigt, ist nicht durch die Belassung betätigt, sondern es ist das Vertrauen auf den Rechtschein, das zum Abschluß des Übereignungsvertrags und eventuell zur Preiszahlung geführt hat. Deshalb entspricht die Vorschrift des § 933 nicht den sonstigen Werturteilen des Gesetzes” (Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebed) 1930, p. 250).

64 Baur-Stürner, *Sachenrecht*, München: Beck 1999, p. 597.

*Entscheidung rechtfertigt sich daraus, dass beim Erwerb vom Nichtberechtigten tunlichst an ein äußerlich erkennbares Moment wie den Besitz des Veräußerers soll angeknüpft werden können.*⁶⁵

Dit argument komt in feite neer op het betoog van Scholten ten aanzien van het reëel bezit en is hier te lande terecht verlaten.

Als tegenover deze argumenten vóór een achterstelling van de levering c.p., de bezwaren tégen een dergelijke achterstelling worden geplaatst, wordt mijns inziens duidelijk dat deze achterstelling onterecht is. Denk aan (het in de inleiding op dit hoofdstuk genoemde voorbeeld van) de particulier (C) die een auto koopt bij een garage (B), waarop een stil pandrecht (van A) blijkt te rusten, door B op de auto gevestigd voor een vordering van A op B. C is niet op de hoogte van het pandrecht en hoeft dat ook niet te zijn. C betaalt de auto en deze wordt ook direct geleverd, met dien verstande dat de auto nog even bij B blijft om enige gebreken te verhelpen. In de tussentijd zou A (krachtens artikel 3:90 lid 2 BW) nog steeds zijn pandrecht kunnen uitoefenen, dit om de enkele reden dat C er voor heeft gekozen de auto eerst te laten repareren en dan pas mee te nemen, hetgeen met name in faillissement van B voor C natuurlijk zeer bezwaarlijk is. Hetzelfde geldt als wij voor A lezen een beslaglegger in plaats van een pandhouder (artikel 453a lid 2 Rv, welke regeling is gebaseerd op artikel 3:86 BW jo. artikel 3:90 lid 2 BW). Als C in plaats van een verkrijger c.p., een verkrijger zou zijn die op een andere wijze geleverd krijgt, wordt C wél beschermd tegen de (oudere) pandrechten van A, althans het beslag van A. Ik vind dit verschil niet te rechtvaardigen met het argument van niet-waarneembaarheid van de levering c.p. Die niet-waarneembaarheid van de levering brengt mijns inziens hooguit mee dat C minder snel te goeder trouw mag worden geacht in de zin van artikel 3:86 BW.⁶⁶ Als de achterstelling van de levering c.p. op die manier wordt gelezen, is er ruimte voor een weging van de omstandigheden van het geval, welke ruimte in de huidige zwart-witregeling geheel ontbreekt, terwijl tegemoet wordt gekomen aan de bezwaren tegen de levering c.p. Het is dan aan de rechter in een voorkomend geval te beoordelen of

65 Westermann, *BGB-Sachenrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2005, p. 107. Hierbij merkt Westermann overigens op: "Praktisch bedeutsam ist, dass §933 bei der Sicherungsübereignung einem Erwerb des Sicherungseigentums an Waren entgegensteht, die dem Veräußerer nicht gehören."

66 En dus niet, zoals Vriesendorp, De Vries en Peter bepleiten (conform het Duitse systeem), dat de verkrijger c.p. geen beroep op artikel 3:86 BW toekomt zolang de zaak niet in zijn handen is gekomen. Dat immers komt neer op een te grote achterstelling van de levering c.p., waarvoor geen rechtvaardiging bestaat (Vriesendorp, 'Art. 3.4.2.5 lid 2; een misplaatste bepaling', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1986; De Vries, 'Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW en de relativiteit van verhoudingen', *BW-krant jaarboek* 1986 en Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 46).

ondanks het ontbreken van (volledige) beschikkingsbevoegdheid aan de zijde van de vervreemder, een eigendomsoverdracht tot stand komt na een levering c.p.⁶⁷

Opgemerkt zij wel, dat hiermee hooguit een bescherming van oudere zakelijk gerechtigden kan worden bereikt tegen een overdracht van de zaak met levering c.p. Bescherming van bevoorrechte schuldeisers is uitgesloten. Zoals hierna (par. 2.4) zal worden betoogd, is die bescherming naar mijn mening niet gewenst, zodat dit in mijn opvatting geen bezwaar is.

Mijns inziens is er dan ook geen bestaansrecht voor een achterstelling van de levering c.p. als zodanig – laat staan voor een relativering van de levering c.p. ten opzichte van oudere gerechtigden.

Op grond van hetgeen hiervóór is betoogd, meen ik overigens dat niet alleen artikel 3:90 lid 2 BW dient te worden geschrapt, maar ook de artikelen 7:42 BW en 453a Rv voor zover deze artikelen de achterstelling van de levering c.p. betreffen.⁶⁸

2.2.6 Conclusie: ratio artikel 3:90 lid 2 BW?

Gelet op het bovenstaande blijkt het niet mogelijk de ratio van artikel 3:90 lid 2 BW vast te stellen. De regeling is onvoldoende gemotiveerd door de wetgever en daarnaast onterecht en onnodig. Het “gebrek” van de levering c.p. moet niet tot uitdrukking komen in een relativering van die levering ten opzichte van (alleen) een oudere gerechtigde, maar in een beoordeling van de goede trouw van de verkrijger in de zin van artikel 3:86 BW.

Nu een gegeven is dát de levering c.p. wordt gerelativeerd, blijft artikel 3:90 lid 2 BW van belang voor mijn onderzoek. In het hiernavolgende zal ik de relativering van de levering c.p. dan ook tot uitgangspunt nemen.

67 Deze oplossing is overigens al in 1967 bepleit door Drion (Drion, ‘De betekenis van het bezit voor ons huidige recht’, *WPNR* 4941-4943 (1967), p. 133). Vgl. ook Wiersma, ‘Niet-feitelijke levering, art. 2014 en fiduciaire eigendom (IV, slot)’, *WPNR* 5502 (1979), p. 707. In dit verband is nog interessant de opmerking van Gerbrandy dat in iedere rechtsorde de tendens bestaat diegene te beschermen, die daadwerkelijk de goederen benut en gebruikt. Diegene is noch A, noch C, maar B! Zie Gerbrandy, ‘Ontwikkelingen van het privaatrecht’, in: *Vooruitzichten van de rechtswetenschap: een bundel opstellen*. (J.M. Polak), Deventer: Kluwer 1983, p. 90.

68 Hierbij is overigens opmerkelijk dat artikel 3:45 lid 5 BW de hier bedoelde achterstelling niet kent, terwijl het artikel, net als artikel 7:42 BW en 453a Rv, (onder meer) ziet op derdenbescherming bij de verkrijging van roerende zaken. Overigens zal hierna (in par. 3.6.2) worden bepleit dat aan de regeling van artikel 3:45 lid 5 BW überhaupt geen behoefte bestaat naast de artikelen 3:86 en 3:88 BW.

2.3 Werking van de relativering

2.3.1 *Wijze waarop de relativering is vormgegeven*

Onder het oude recht formuleerde de Hoge Raad de relativering aldus, dat de *overdracht* “buiten beschouwing werd gelaten”. Daar was de relativering dus niet toegespitst op de levering, maar op de gehele overdracht – hetgeen ook verklaarbaar is, nu onder het oude recht (alleen) de levering c.p. gecombineerd met een zekerheidsoverdracht werd gerelativeerd. In het huidige recht is deze relativering (slechts) gekoppeld aan de levering c.p., zodat ook begrijpelijk is dat (alleen) die levering wordt gerelativeerd.

Het Ontwerp Meijers bepaalde dat door de verkrijger c.p. ten opzichte van de oudere gerechtigde “geen beroep op de levering [kan] worden gedaan.” Later is dit gewijzigd in “niet werken”. Noch de keuze voor de vorm van de relativering in het Ontwerp Meijers, noch de latere wijziging hiervan wordt door de wetgever gemotiveerd. Feit is wel, dat in de huidige tekst nog duidelijker tot uitdrukking komt dat op de relativering geen beroep hoeft te worden gedaan, maar dat de levering c.p. van rechtswege niet werkt ten opzichte van de oudere gerechtigde.⁶⁹

2.3.2 *Als gevolg van de relativering komt wel eigendomsovergang tot stand, maar niet ten opzichte van de oudere gerechtigde*

Onder het oude recht was onduidelijk welke positie de verkrijger c.p. had. Het oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van een eigendomsoverdracht tot zekerheid met levering c.p. kwam immers erop neer, dat de overdracht *niet werd erkend voor zover hierbij rechten van derden waren betrokken*. Onzeker was of door de zekerheidsoverdracht in combinatie met de levering c.p. geheel geen eigendomsovergang tot stand was gekomen als rechten van derden waren geschaad, of dat in het algemeen wel een eigendomsovergang tot stand was gekomen, maar deze niet tegen de derde kon worden ingeroepen.⁷⁰

69 Vgl. Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 465. Zie voor een nuancering Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 241.

70 Vgl. in dit verband Mijnsen, die er van uitgaat dat de laatstgenoemde opvatting is bedoeld (Asser-Beekhuis-Mijnsen-De Haan, 1985 (3-1), nr. 352. Dat lijkt ook logisch, nu onder het oude recht, zoals besproken, steeds sprake was van een strijd tussen de zekerheidseigenaar en bevoorrechte schuldeisers. Net als onder het huidige recht hadden voorrechten onder het oude recht geen zakelijke werking, zodat ze niet aan beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar in de weg stonden.

Artikel 3:90 lid 2 BW stelt dat de levering “niet werkt” ten opzichte van de oudere gerechtigde. In de parlementaire geschiedenis wordt hieromtrent opgemerkt:

“De beoogde bescherming van deze oudere gerechtigden tegen niet naar buiten blijkende overdrachten van de zaak wordt in het tweede lid bereikt door een regel die de levering die voldoet aan lid 1, in haar rechtsgevolg beperkt: blijft de zaak in handen van de vervreemder, dan werkt de levering – en daarmee dus de overdracht – in beginsel eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen.”⁷¹

En:

“De betekenis van het onderhavige tweede lid is aldus, dat het de verkrijger te goeder trouw ondanks een geldige levering door constitutum possessorium beroep op artikel 3a tegenover een oudere gerechtigde onthoudt (...). Dit lid staat immers de verkrijger in beginsel niet toe jegens de oudere gerechtigde een beroep op zulk een levering en daarmee op de overdracht te doen.”⁷²

De levering is dus wel geldig, maar ten aanzien van de oudere gerechtigde kan daarop geen beroep worden gedaan. Nog afgezien van het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid aan de zijde van de vervreemder (de vervreemder is immers, in de hierna (par. 2.4) te verdedigen opvatting dat de oudere gerechtigde alleen de eigenaar of de beperkt gerechtigde kan zijn, ofwel in het geheel niet beschikkingsbevoegd, ofwel slechts ten dele beschikkingsbevoegd), is dus ten opzichte van de oudere gerechtigde geen sprake van een leveringshandeling in de zin van artikel 3:84 BW, zodat ten opzichte van de oudere gerechtigde geen beroep op de eigendomsovergang kan worden gedaan⁷³ – met als enige (waarschijnlijk zelden voorkomende) uitzondering dat de verkrijger een beroep kan doen op artikel 3:36 BW. Ten opzichte van alle anderen is wel sprake van een levering. Krachtens artikel 3:84 BW is echter naast een leveringshandeling en een geldige titel ook beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder vereist. Nu deze (gedeeltelijk) ontbreekt, is voor eigendomsovergang nodig dat de verkrijger ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder te goeder trouw is. Is hij inderdaad te

71 Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 385.

72 Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 386. Vgl. ook (MvA I Inv.) p. 1261.

73 Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, 2006 (nr. 232) koppelt het feit dat de verkrijger c.p. geen beroep op de levering kan doen aan artikel 3:86 BW, welk artikel een levering vereist wil een beroep kunnen worden gedaan op bescherming tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Strikt genomen wordt echter aan artikel 3:86 BW pas toegekomen als is voldaan aan alle andere vereisten die artikel 3:84 BW stelt voor een eigendomsovergang behalve beschikkingsbevoegdheid (geldige titel en een leveringshandeling). Artikel 3:86 BW komt dan pas in beeld als wél sprake is van een leveringshandeling.

goeder trouw, dan wordt hij ten opzichte van een ieder, met uitzondering van de oudere gerechtigde, eigenaar van de zaak (artikel 3:84 jo. artikel 3:86 BW).

Zou men ervan uitgaan dat tot de oudere gerechtigden ook de bevoorrechte schuldeiser behoort (waarover par. 2.4.2), dan kan de verkrijger c.p. zich ten opzichte van de bevoorrechte schuldeiser niet beroepen op de levering en is dus ten opzichte van de bevoorrechte schuldeiser niet voldaan aan de vereisten van artikel 3:84 BW in zoverre, dat de schuldeiser zijn vordering (op B) ondanks de overdracht op de zaak mag verhalen. Ten opzichte van alle anderen is de verkrijger eigenaar van de zaak. Voorrechten hebben immers in beginsel geen zakelijke werking, zodat de vervreemder ondanks het bestaan van het voorrecht niet beschikkingsonbevoegd is. In dat geval hoeft de verkrijger zich dus niet te beroepen op artikel 3:86 BW, maar komt de eigendomsovergang rechtstreeks tot stand krachtens artikel 3:84 BW, zodat niet van belang is of de verkrijger c.p. te goeder trouw is ten aanzien van het bestaan van het voorrecht.

2.4 Van de relativering profiteren oudere zakelijk gerechtigden

2.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht ten opzichte van wie de levering c.p. wordt gerelativeerd. De tekst van de wet bepaalt hieromtrent:

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

De eigenaar en de beperkt gerechtigde hebben een “recht op de zaak” en zijn dus oudere gerechtigden in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW.⁷⁴ In de parlementaire geschiedenis van artikel 3:90 lid 2 BW staat dat ook de bevoorrechte schuldeiser tot de groep oudere gerechtigden behoort.⁷⁵ Op dat standpunt valt mijns inziens het nodige af te dingen.

Ik herhaal dat mijns inziens überhaupt geen reden bestaat voor een relativering van de levering c.p., dus ook niet ten opzichte van oudere zakelijk gerechtigden (zie par. 2.2).

⁷⁴ Niet echter de eigenaar voor wie de vervreemder houder was; in dat geval heeft de levering immers in het geheel geen effect, zie par. 2.1.

⁷⁵ Parl. Gesch. Wijziging Rv (MvT Inv.), p. 217-219; Parl. Gesch. Boek 3 (NvV 2 Inv.), p. 1236.

2.4.2 *De wetgever beschermt ten onrechte ook de bevoorrechte schuldeiser tegen een overdracht van de zaak met levering c.p.*

Het standpunt van de wetgever dat de bevoorrechte schuldeiser een oudere gerechtigde is in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW, is mijns inziens onvoldoende onderbouwd en niet terecht.

2.4.2.1 *Oud recht: onder omstandigheden bescherming van bevoorrechte schuldeisers tegen een zekerheidsoverdracht met levering c.p.*

Vooropgesteld zij, dat voorrechten onder het oude recht, gelijk onder het huidige recht, in beginsel geen zakelijke werking hadden: na overdracht van de zaak kon de bevoorrechte schuldeiser zijn recht niet onder de derde-verkrijger vervolgen.⁷⁶ In een aantal gevallen – die hiervóór in het kader van de bespreking van de ratio van de relativering van de levering c.p. reeds aan de orde zijn gesteld – heeft de Hoge Raad op deze regel een uitzondering aangenomen. Daarbij was, zoals bekend, steeds sprake van een overdracht tot zekerheid gecombineerd met een levering c.p., terwijl de Hoge Raad (alleen) aanleiding zag de bevoorrechte schuldeiser te beschermen, als de zekerheidseigenaar de zaak had verkregen dankzij een prestatie van de bevoorrechte schuldeiser.⁷⁷

2.4.2.2 *Artikel 3:90 lid 2 BW: in alle gevallen bescherming van de bevoorrechte schuldeiser tegen een overdracht van de zaak met levering c.p.*

Achtergrond van het voornoemde standpunt van de wetgever is, zo blijkt uit de Memorie van Antwoord, de hierboven besproken rechtspraak van de Hoge Raad onder het oude recht.⁷⁸ Onder meer W. Snijders acht het standpunt van de wetgever juist:

“Het voorkomt dat complicaties kunnen ontstaan doordat in de periode tussen de levering constituto possessorio en het in handen van de verkrijger komen van de zaak voorrechten anders zouden worden behandeld dan pandrechten. Een ander stelsel zou bijv. tot gevolg hebben dat een voorrecht – dat boven pand kan gaan – door de levering constituto possessorio vervalt, maar een pandrecht niet, zodat dit ineens boven het voorrecht zou kunnen komen. De schuldeisers wier voorrecht vervalt, kunnen wellicht

76 Vgl. (onder meer) Asser-Oven, 1978 (3-III), p. 10 e.v.; HR 30 januari 1930, NJ 1930, 529 (Van der Straaten/Telders q.q.) en HR 22 mei 1931, NJ 1931, 1429 (Bel/Bergers)

77 Zie HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (Sio); HR 13 maart 1959, NJ 1959, 579 (Van Vliet q.q./Amsterdamsche Bank); HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier); HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos) en HR 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (LDM/Brock).

78 Parl. Gesch. Wijziging Rv (MvA II Inv.), p. 219.

*aanspraak maken op welwillendheid als zij een beroep doen op de pauliana, maar mede met het oog op de toepassing van art. [3:253 BW] en art. 490b Rv is het dan eenvoudiger hun rechten gewoon in stand te laten.*⁷⁹

Het standpunt in de parlementaire geschiedenis is naar mijn mening onjuist. De argumenten die Snijders geeft vóór bescherming van de bevoorrechte schuldeiser tegen een overdracht van de zaak met levering c.p. overtuigen mij niet. Ook anderszins zie ik niet waarom de bevoorrechte schuldeiser beschermd zou moeten worden tegen een overdracht van de zaak met levering c.p.

2.4.2.3 *Standpunt parlementaire geschiedenis onjuist*

De wetgever baseert bovengenoemd standpunt op de in par. 2.2 besproken rechtspraak van de Hoge Raad. Ten onrechte. Genoemde uitspraken kunnen niet één op één worden vertaald naar het geval waar artikel 3:90 lid 2 BW op ziet. In de betreffende uitspraken ging het om een zekerheidsoverdracht gecombineerd met een levering c.p. Zekerheidseigendom was uiteindelijk een verhaalsrecht: bij een tekortkoming van de debiteur-houder kon de crediteur-zekerheidseigenaar zich de zaak niet toe-eigenen, maar moest hij deze volgens de regels van het pandrecht in het openbaar verkopen en kon hij zijn vordering op de opbrengst verhalen. Ook de bevoorrechte schuldeiser heeft een verhaalsrecht. In de uitspraken van de Hoge Raad was dus sprake van een strijd tussen twee verhaalsrechten, de één versterkt met een eigendomsrecht, de ander versterkt met een voorrecht. De uitspraken van de Hoge Raad moeten ook in die context worden verstaan. De uitkomst ligt dan voor de hand en is alleszins redelijk: als het aan een prestatie van de bevoorrechte schuldeiser is te danken, dat de zekerheidseigenaar de beschikking krijgt over een zaak waarop hij zich bij tekortschieten van de debiteur kan verhalen, is het billijk de bevoorrechte schuldeiser bij de verdeling van de verkoopopbrengst voorrang te geven op de zekerheidseigenaar.⁸⁰ Zonder deze relativering van de zekerheidseigendom zou sprake zijn van een *ongerechtvaardigde* vermogensverschuiving ten nadele van de bevoorrechte schuldeiser en ten gunste van de zekerheidseigenaar.

79 W. Snijders, 'Schoordijks vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 en de vrijheid van de exegeet', NJB 1987 (41). Schoordijk sluit zich bij deze opvatting (alsnog, zie H.C.F. Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen: naar Boek 3 van het nieuwe BW (titel 1 tot en met 5, titel 11), Deventer: Kluwer 1986, p. 305) aan, zie H.C.F. Schoordijk, 'Terug naar af. De levering constituto possessorio, een levering van mindere allure', NJB 1988 (7), p. 228.

80 Vgl. A.I.M. Van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 129.

De uitspraken van de Hoge Raad kunnen dus niet los worden gezien van het feit dat sprake was van een zekerheidsoverdracht: zij hebben specifiek betrekking op een strijd tussen twee verhaalsrechten.⁸¹ Onder het huidige recht vormt de zekerheidseigendom geen geldige overdrachtstitel (artikel 3:84 lid 3 BW). Thans is – krachtens artikel 3:90 lid 2 BW – het enkele feit dat sprake is van een overdracht met levering c.p. al voldoende voor relativering van die levering ten opzichte van een oudere gerechtigde. De door artikel 3:90 lid 2 BW bestreken overdracht laat zich niet vergelijken met de zekerheidsoverdracht. Het uitgangspunt van de wetgever dat de bevoorrechte schuldeiser op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad gevormd onder het oude recht als oudere gerechtigde in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW moet worden beschouwd, acht ik dan ook niet overtuigend.

2.4.2.4 *Ook anderszins geen reden de bevoorrechte schuldeiser te beschermen tegen een levering c.p.*

Niet alleen geeft de parlementaire geschiedenis een onjuiste grondslag voor de bescherming van de bevoorrechte schuldeiser tegen een overdracht met levering c.p., ook overigens is er geen reden hem onder de groep oudere gerechtigden in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW te brengen.

Het bezwaar van de levering c.p. is, dat deze levering niet waarneembaar is voor derden (zie hieromtrent nader par. 2.2.5.1). Zo is voor alle schuldeisers een bezwaar dat zij ongemerkt minder verhaalsmogelijkheden hebben dan zij aanvankelijk dachten. Het is dan van tweeën één: óf alle persoonlijk gerechtigden worden beschermd, maar dan ook de concurrente schuldeisers, óf geen van de persoonlijk gerechtigden wordt beschermd. Meijers koos (in eerste instantie) voor het eerste en beschermde alle schuldeisers tegen een levering c.p.⁸² Terecht werd daar tegenin gebracht dat daarmee de levering c.p. illusoir is⁸³ en werd het ontwerp op dat punt aangepast:

81 In dezelfde zin onder meer: H.W. Wiersma, 'Relatieve titels naar huidig recht en cp-posities in de toekomst', in: Om wille van de consument: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. mr. P. Clausing. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, nr. 8; noot van Kleijn onder HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos) en J.E. Fesevur, 'Kroniek Boek 3 titels 4 tot en met 10', Kwartaalbericht Nieuw BW 1990 (1), p. 16.

82 Parl. Gesch. Boek 3 (OM en TM), p. 381+382: "Ook tegenover de schuldeisers van de vervreemder gaat volgens het tweede lid beroep op de verkrijging niet op, tenzij de verkrijger andere goederen van de vervreemder kan aanwijzen, waarop de schuldeisers zich kunnen verhalen. Aan het misbruik dat nog steeds van het constitutum possessorium gemaakt wordt om schuldeisers te benadelen, wordt op deze wijze een einde gemaakt; de bepaling kan zowel in geval van faillissement als van executie van de goederen van de vervreemder toepassing vinden."

83 Vgl. onder meer L.F.V. Keyzer, *Beginselen van het Nederlandse Zakenrecht*, met verwijzing naar het ontworpen burgerlijk wetboek, Den Haag: Jongbloed 1956, p. 59+91; A. Veenhoven, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955, p. 93+120;

“Ten aanzien van [schuldeisers] merkt de toelichting van Meijers (p. 220 (a)) op: ‘Aan het misbruik dat nog steeds van het constitutum possessorium gemaakt wordt om schuldeisers te benadelen, wordt op deze wijze een einde gemaakt.’ De ondergetekende oordeelt deze motivering evenwel niet overtuigend. Het gewraakte misbruik van het constitutum possessorium betreft in feite fiduciaire overdrachten. Deze zullen echter krachtens artikel 2 lid 3 geen rechtsovergang teweegbrengen. De in de plaats van de fiduciaire zekerheidsoverdracht gekomen en in het gewijzigd ontwerp in verruimde mate toegelaten mogelijkheid bezitloos pandrecht te vestigen, is voor zover het de verhouding tot de schuldeisers betreft, naar haar aard aan de werkingssfeer van het onderhavige artikellid onttrokken (men zie ook de toelichting van Meijers p. 213 bovenaan (b)). Onder deze omstandigheden heeft de in het tweede lid aan crediteuren verleende bescherming praktisch slechts zelfstandige betekenis in gevallen waarin tussen partijen werkelijk rechtsovergang wordt bedoeld. Doch te dien aanzien valt niet in te zien waarom crediteuren buiten de gevallen bedoeld in de artikelen 3.2.11 e.v. en 42 e.v. F., zulk een overdracht niet evenzeer zouden moeten eerbiedigen als iedere andere overdracht die door overgifte van de zaak, maar toch evenzeer buiten hen om, tot stand wordt gebracht. De crediteur die het niet wil laten aankomen op het vermogen van de debiteur, dat hij ten tijde van verhaal zal aantreffen, zal voor zich zekerheid b.v. in de vorm van een bezitloos gevestigd pandrecht op een of meer aan de debiteur toebehorende goederen, moeten bedingen. De ondergetekende heeft daarom de schuldeisers niet langer onder de door het tweede lid beschermde gehandhaafd.”

De levering c.p. wordt dus ten opzichte van schuldeisers van de vervreemder – met of zonder voorrecht – niet gerelativeerd. De latere opmerking in de parlementaire geschiedenis dat onder “ouder recht” mede een voorrecht kan zijn begrepen is daarmee in strijd. Vanwege die strijdigheid worden vragen gesteld.⁸⁴ Hierop wordt geantwoord:

“Het door de commissie gesignaleerde verschil tussen de passage in de memorie van antwoord bij artikel 3.4.2.5 en de toelichting op het onderhavige artikel vindt zijn verklaring hierin dat in de eerst vermelde passage geen rekening is gehouden met H.R. 6 maart 1970, N.J. 1970, 433 [Pluvier-arrest, FD] en 7 mei 1975, N.J. 1976, 91 [Van Gend en Loos, FD]. Het ligt in het verlengde van deze arresten om onder een ‘ouder recht op

H. Drion, ‘De betekenis van het bezit voor ons huidige recht’, WPNR 4941-4943 (1967), p. 122; H.C.F. Schoordijk, ‘Terug naar af. De levering constituto possessorio, een levering van mindere allure’, NJB 1988 (7), p. 227 en H.W. Wiersma, ‘Relatieve titels naar huidig recht en cp-posities in de toekomst’, in: Om wille van de consument: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. mr. P. Clausen. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 242.

⁸⁴ Parl. Gesch. Wijziging Rv (VV II Inv.), p. 219.

de zaak' in de zin van artikel 3.4.2.5 lid 2 ook een voorrecht op de zaak te begrijpen, zoals ook in overeenstemming is met de terminologie van titel 3.10.”⁸⁵

Deze opmerking wordt bij de invoering van artikel 3:90 lid 2 BW gememoreerd.⁸⁶ Dat het nu echter juist niet in het verlengde van de genoemde arresten ligt onder “ouder recht” mede een voorrecht te begrijpen is hiervóór reeds besproken.

Hierbij moet voorts worden bedacht dat het, anders dan onder het oude recht, ook niet billijk is de bevoorrechte schuldeiser vóór de verkrijger c.p. te laten gaan. Een belangrijk verschil tussen een zekerheidsoverdracht – waarvan als gezegd in de besproken uitspraken van de Hoge Raad steeds sprake was – en een “echte” overdracht is immers dat bij een “echte” overdracht tegenover de prestatie van de bevoorrechte schuldeiser in beginsel ook een prestatie van de verkrijger c.p. zal staan. Dit rechtstreekse verband tussen de prestatie van de bevoorrechte schuldeiser en de prestatie van de verkrijger c.p. ontbreekt (in het algemeen) bij de zekerheidsoverdracht. Die overdracht strekt immers in de regel tot zekerheid voor een bepaalde geldlening. De hoogte van die geldlening hoeft niet in verhouding te staan tot de waarde van het goed dat tot zekerheid strekt. Vaak werden alle roerende zaken van de schuldenaar (bij voorbaat) in de zekerheidsoverdracht betrokken. Als daarmee een zaak onder de zekerheidseigendom viel die dankzij de bemoeienissen van een derde bijvoorbeeld was behouden of in waarde was vermeerderd, dan was dat een meevaller voor de zekerheidseigenaar. Een rechtstreekse prestatie van de zekerheidseigenaar stond daar niet tegenover. Daarom was onder het oude recht ten opzichte van de zekerheidseigenaar ook sprake van een *ongerechtvaardigde* vermogensverschuiving. Bij de “echte” overdracht is van een dergelijke ongerechtvaardigde vermogensverschuiving geen sprake, omdat de verkrijger nu juist in beginsel wél een bijzondere prestatie levert voor het feit dat de bevoorrechte schuldeiser kosten heeft gemaakt. Het is dan onredelijk de eigendomsovergang níet ten opzichte van de bevoorrechte schuldeiser te laten gelden in die zin, dat deze zijn vordering ondanks die eigendomsovergang nog op de zaak kan verhalen.

De hierboven weergegeven argumenten die W. Sniijders geeft vóór bescherming van de bevoorrechte schuldeiser tegen een overdracht met levering c.p. overtuigen mij niet. Nadere beschouwing van die argumenten levert het volgende op.

⁸⁵ Parl. Gesch. Wijziging Rv (MvA II Inv.), p. 219.

⁸⁶ Parl. Gesch. Boek 3 (NvV 2 Inv.), p. 1236.

Snijders stelt ten eerste dat het stelsel voorkomt dat in de periode tussen de levering c.p. en het in handen van de verkrijger komen van de zaak voorrechten anders worden behandeld dan pandrechten. Deze stelling lijkt er op te duiden dat naar het oordeel van Snijders het stelsel van de voorrechten op de schop zou moeten en dat voorrechten in het algemeen zakelijke werking zouden moeten krijgen. Immers, wat is de positie van de schuldeiser met bijvoorbeeld het voorrecht ex artikel 3:284 BW of artikel 21 Invorderingswet (welke voorrechten boven stil pand (kunnen) gaan) als sprake is van een overdracht met corporele overgave van een met een stil pandrecht bezwaarde zaak waarop hij bevoorrecht is, en de verkrijger niet te goeder trouw is ten aanzien van het stil pandrecht? De verkrijger wordt dan niet (ex artikel 3:86 lid 2 BW) tegen het pandrecht beschermd en verkrijgt dus een zaak bezwaard met het pandrecht. Het voorrecht daarentegen is vervallen, omdat het nu eenmaal geen zakelijke werking heeft. Dit geldt óók als de verkrijger wéét dat de schuldeiser een voorrecht had op de zaak. Een voorrecht staat nu eenmaal niet in de weg aan de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Zie ik het goed, dan lijkt het, dat Snijders ook in een dergelijk geval het voorrecht boven het pandrecht zou willen laten gaan. Daarvan uitgaande impliceert de opvatting van Snijders in wezen dat aan voorrechten zakelijke werking toegekend wordt.⁸⁷

Ten tweede stelt Snijders dat het voor de bevoorrechte schuldeiser eenvoudiger is zijn rechten in stand te laten dan een beroep te doen op de pauliana. Snijders verwijst in dat kader naar de artikelen 3:253 BW en 490b Rv. Het feit dat het eenvoudiger is wanneer bedoelde rechten in stand blijven, biedt echter voor het toekennen van zakelijke werking aan voorrechten (voor zover sprake is van overdracht met levering c.p. van de zaak) nog geen rechtvaardiging. Zoals ik hiervóór al aangaf, bestaat die rechtvaardiging ook overigens niet. Waarom de bevoorrechte schuldeisers *niet*, gelijk alle andere (concurrente) schuldeisers, alleen het correctiemechanisme van de actio pauliana en de onrechtmatige daad geven? Zij hebben nu eenmaal slechts een persoonlijk recht, niet een zakelijk recht.⁸⁸ Bovendien bestaat voor hen de mogelijkheid om – vóór de overdracht van de zaak – beslag op de zaak te leggen, teneinde te voorkomen dat de vervreemding tegen hen kan worden ingeroepen. Er is geen reden een verkrijger te goeder trouw te confronteren met een bevoorrechte schuldeiser van de vervreemder, enkel en alleen omdat hij zich c.p. heeft laten leveren, terwijl ditzelfde voorrecht bij iedere andere leveringswijze (ex artikel 3:114 of 3:115 BW) zou zijn vervallen, zélf als de verkrijger niet te goeder trouw is. Gelet op Snijders' verwijzing naar de pauliana had hij bij zijn opmerking dat bescherming van de bevoorrechte schuldeisers op

87 Vgl. R.D. Vriesendorp, 'Art. 3.4.2.5 lid 2; een misplaatste bepaling', Groninger opmerkingen en mededelingen 1986, p. 54.

88 Vgl. in dit verband HR 13 maart 1959, NJ 1959, 579 (Van Vliet q.q./Amsterdamsche Bank).

praktische gronden gewenst is, vermoedelijk het oog op een situatie waarin de verkrijger c.p. wéét dat de bevoorrechte schuldeiser van de vervreemder benadeeld wordt door de overdracht met levering c.p. Dan ligt inderdaad voor de hand de bevoorrechte schuldeiser in bescherming te nemen. En dát is in dat geval ook mogelijk, met behulp van de actio pauliana⁸⁹ of een actie uit onrechtmatige daad.⁹⁰ Dát is ook wat de wetgever, naar aanleiding van een vraag naar het vervallen van voorrechten bij een overdracht met levering longa manu, onder ogen zag:

“Bovendien moet niet uit het oog verloren worden dat een voorrecht nu eenmaal geen zakelijke werking heeft. Wel bestaat een zekere bescherming tegen kwade trouw van latere verkrijgers van het goed, nl. in de vorm van de ‘wetenschap van benadeling’ van de pauliana, die volgens art. [3:45 BW] ook door een schuldeiser ter zake van benadeling in zijn voorrecht kan worden ingeroepen.”⁹¹

Inderdaad is het (in de bewoordingen van Snijders:) voor de bevoorrechte schuldeiser eenvoudiger als zijn recht in stand blijft in geval van een levering c.p. van de zaak waarop hij bevoorrecht is, maar dat maakt het nog niet billijk. Als het voorrecht in stand zou blijven, kan de bevoorrechte schuldeiser zijn recht immers ook aan de verkrijger tegenwerpen die níet weet of behoort te weten dat daardoor een bevoorrechte schuldeiser van de vervreemder wordt benadeeld.

Ten slotte overtuigt ook Snijders’ verwijzing naar artikel 3:253 BW en artikel 490b Rv niet. De betreffende artikelen stellen de rangregeling vast bij executie door een pandhouder en komen dus pas aan de orde als vaststaat dat de bevoorrechte schuldeiser ook na overdracht van het goed met levering c.p. vóór de verkrijger c.p. gaat. Maar dát is nu juist de vraag.

2.4.3 *Artikel 3:284 lid 2 BW bepaalt ten onrechte dat het voorrecht ook kan worden tegengeworpen aan de verkrijger c.p.*

Het standpunt van de wetgever dat ook de bevoorrechte schuldeiser een oudere gerechtigde is in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW is – merkwaardigerwijs⁹² – voor één voorrecht expliciet in de wet vastgelegd, namelijk voor het voorrecht wegens kosten tot behoud (artikel 3:284 lid 2 BW).

89 In de parlementaire geschiedenis is expliciet naar voren gebracht dat de bevoorrechte schuldeiser zich kan beroepen op de pauliana als hij zijn voorrecht niet kan verwerken. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 216.

90 Vgl. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (Erba I) en HR 20 maart 1959, NJ 1959, 581 (Erba II).

91 Parl. Gesch. Boek 3 (MO I Inv.), p. 1265.

92 Zie W. Snijders, ‘Schoordijks vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 en de vrijheid van de exegeet’, NJB 1987 (41), p. 1316, die opmerkt dat artikel 3:284 lid 2 BW slechts buiten twijfel stelt

In het Ontwerp Meijers stond in de wettekst alleen dat de vordering wegens kosten tot behoud kon worden tegengeworpen aan oudere gerechtigden – en niet, zoals thans het geval is, ook aan (onder meer) jongere verkrijgers c.p. van de zaak waarop de schuldeiser bevoorrecht was. Dit laatste was ook niet nodig, omdat het Ontwerp Meijers, zoals ik hierboven al aangaf, álle belanghebbenden beschermde tegen een overdracht met levering c.p. Op het moment dat het artikel bij Nota van Wijziging werd gewijzigd, was de bescherming tegen een overdracht met levering c.p. beperkt tot de oudere gerechtigden. Onder die laatste categorie vielen niet langer álle belanghebbenden. Dat vormde voor de wetgever evenwel geen aanleiding in artikel 3:284 BW op te nemen dat het voorrecht ook kon worden tegengeworpen aan de latere verkrijger c.p. Wél is toen aan het artikel toegevoegd dat het voorrecht ook kan worden tegengeworpen aan de jongere stil pandhouder. Lid 2 was toen als volgt geformuleerd:

“De schuldeiser kan de vordering op het goed verhalen, zonder dat hem rechten van derden op dit goed kunnen worden tegengeworpen, tenzij deze rechten na het maken van de kosten tot behoud zijn verkregen. Een na het maken van die kosten overeenkomstig artikel 3.9.2.2 gevestigd pandrecht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien de zaak of het toonderpapier in de macht van een pandhouder of een derde is gebracht.”

Deze wijziging wordt als volgt toegelicht:

“In een nieuw tweede lid is uitgedrukt dat het voorrecht boven een overeenkomstig artikel 3.9.2.2 gevestigd pandrecht gaat. Dit is in overeenstemming met de huidige rechtspraak betreffende de verhouding tussen op een zaak rustende voorrechten en overdracht van die zaak tot zekerheid; men zie HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier) en 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos).”⁹³

Het is de vraag of hetgeen de Hoge Raad onder het oude recht had uitgemaakt voor de verhouding tussen de zekerheidseigenaar en de bevoorrechte schuldeiser wel één op één kan worden toegepast op het stil pandrecht. Het stil pandrecht is weliswaar, anders dan een overdracht van de zaak met levering c.p., in relevante opzichten vergelijkbaar met de zekerheidsoverdracht met levering c.p., maar het voorrecht wegens kosten tot behoud is niet een voorrecht dat voldoet aan het

hetgeen reeds voortvloeit uit artikel 3:90 lid 2 BW, namelijk dat onder een ouder recht in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW ook een ouder voorrecht valt. Vgl. voorts de conclusie van wnd. A.-G. Hartkamp vóór HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (Berg/De Bary). Waarom dan een verwijzing naar artikel 3:90 lid 2 BW ontbreekt bij de regeling van alle andere (bijzondere én algemene) voorrechten die op een roerende zaak, niet-registergoed kunnen rusten is daarmee nog niet verklaard.

⁹³ Parl. Gesch. Boek 3 (NvW), (p. 865+866, die verwijzen naar) p. 868.

“samenhang-vereiste” (zie par. 2.2.4). Ten aanzien van dit voorrecht kan immers niet worden gezegd dat de zaak onder het (jongere) zekerheidsrecht valt dankzij de prestatie van de bevoorrechte schuldeiser. Anders dan bij het voorrecht van de douane-expediteur (zie het huidige artikel 32 Douanewet) en het verkopersprivilege (zie daarvoor thans artikel 7:39 e.v. BW) onder het oude recht, wordt de zaak niet eigendom van de zekerheidsgever – en dus onderdeel van de zekerheid van de zekerheidsnemer – door de prestatie van de bevoorrecht schuldeiser. De zaak *was* al eigendom van de zekerheidsgever en deze wordt vervolgens (nadat deze is behouden) verpand. Als de zaak niet was behouden, dan had de pandgever vermoedelijk krediet geweigerd, minder krediet verleend of aanvullende zekerheid verlangd. Anders dan bij de twee hiervóór besproken voorrechten het geval was, staat er hier dus wel degelijk een prestatie van de zekerheidsnemer tegenover de prestatie van de bevoorrechte schuldeiser, zodat van een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving geen (althans niet per definitie) sprake is.

Wat hier ook van zij – het gaat nu immers om de tegenwerping van het voorrecht aan de verkrijger c.p. –, in de eindtekst wordt hier vervolgens aan toegevoegd dat een ná het maken van de kosten tot behoud overeenkomstig artikel 90 verkregen recht alleen aan de schuldeiser kan worden tegengeworpen indien tevens aan de eisen van artikel 90 lid 2 is voldaan. Deze toevoeging wordt als volgt toegelicht:

“Aan het tweede lid is een derde zin toegevoegd, die buiten twijfel stelt, dat ook hier gelet moet worden op de regel van artikel [3:90 lid 2 BW].”⁹⁴

De toevoeging is dus gebaseerd op het (hierboven besproken) standpunt van de wetgever, dat ook de bevoorrechte schuldeiser als een oudere gerechtigde in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW moet worden beschouwd. Dit standpunt berust, zoals ik hierboven heb betoogd, op een onjuiste interpretatie van de rechtspraak van de Hoge Raad en is niet redelijk. Opvallend is bovendien dat wat artikel 3:284 BW betreft, de toevoeging zowel ten aanzien van het jongere stil pandrecht, als ten aanzien van het jongere eigendomsrecht van de verkrijger c.p., door de wetgever worden gerechtvaardigd met een verwijzing naar dezelfde uitspraken van de Hoge Raad. Zoals betoogd berust dit in beide gevallen op een onjuiste interpretatie van deze uitspraken.

⁹⁴ Parl. Gesch. Boek 3 (MvT Inv.), p. 1388.

2.4.4 Conclusie

De bevoorrechte schuldeiser behoort, anders dan in de parlementaire geschiedenis wordt gesteld, niet een oudere gerechtigde te zijn in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW. Om die reden dient artikel 3:284 lid 2, laatste zin BW (“Een na het maken van die kosten overeenkomstig artikel 90 verkregen recht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien tevens aan de eisen van lid 2 van dat artikel is voldaan”) te worden geschrapt.⁹⁵ Anders dan de wetgever meent, kunnen – aangenomen dát de levering c.p. wordt gerelativeerd ten opzichte van de oudere gerechtigde – in wezen slechts als oudere gerechtigden worden aangemerkt de zakelijk gerechtigden, dat wil in dit verband zeggen (nu de levering c.p. betrekking heeft op roerende zaken) de eigenaar, de pandhouder en de vruchtgebruiker.

Nu voorslagnog het standpunt van de wetgever – weliswaar onjuist is, maar tóch – stáát, zal waar hierna de verhouding tot de oudere gerechtigde wordt besproken, voor zover nodig ook de positie van de bevoorrechte schuldeiser worden behandeld.

2.5 Gevolgen van de relativering voor (recht)opvolgers en schuldeisers van de vervreemder (B)⁹⁶

2.5.1 Inleiding

Door de overdracht van de zaak door B aan C, is B zijn rechten op de zaak kwijt. Alleen A mag hem (B) nog beschouwen als (bloot) eigenaar van de zaak. B is dus (na de overdracht aan C) niet beschikkingsbevoegd.

Omdat de zaak, ondanks de overdracht aan C, nog in de macht van B is (levering aan C vond immers plaats per c.p.), zou hij nog wel over de zaak kunnen beschikken, zij het (uiteeraard) alleen als onbevoegde (behoudens toestemming van C). In het navolgende zal worden besproken wat de gevolgen zijn van een beschikking over de zaak door B ten behoeve van een derde (X), in weerwil van de (eerdere) overdracht aan C. Daarbij zal de positie van zowel X, C als A worden besproken.

95 Voor zover wetsvoorstel 22 942 tot wijziging van (onder meer) de regeling van de bevoorrechtiging van vorderingen weer uit de ijskast zou worden gehaald, moet de laatste zin van het voorgestelde artikel 281 (“Een na het maken van die kosten overeenkomstig artikel 90 verkregen recht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien tevens aan de eisen van lid 2 van dat artikel is voldaan.”) vervallen.

96 Ik breng in herinnering dat ik de vervreemder aanduid met de letter B, de verkrijger c.p. met de letter C en de oudere gerechtigde met de letter A. Een eventuele derde duid ik aan met de letter X.

Ook wordt besproken welke rechten de schuldeisers van B hebben. Daarbij wordt ingegaan op de situatie in, en buiten faillissement van B.

2.5.2 *Overdracht door B aan X nadat hij de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.*

B is door de overdracht aan C (een beschikkingsonbevoegde) houder van de zaak. Omdat hij de macht over de zaak heeft, kan hij het bezit van de zaak wel verschaffen, terwijl voor levering van roerende zaken bezitsverschaffing volstaat (artikel 3:90 BW). Daarmee kan B de zaak ten eerste longa manu leveren. Dit kan echter alleen in het geval een derde de zaak voor B houdt, en B de zaak dus aan C heeft geleverd zonder mededeling aan of erkenning door de derde van die levering (zou die mededeling of erkenning er wel zijn, dan is immers geen sprake van een levering c.p., maar van een levering longa manu door B aan C. In dat geval is C ten opzichte van een ieder eigenaar geworden van de zaak, nu de levering longa manu de relativering van artikel 3:90 lid 2 BW niet kent). Ten tweede is mogelijk dat B levert door corporele bezitsverschaffing. B kan niet een tweede maal c.p. leveren; artikel 3:111 BW staat daaraan in de weg.

Door de levering per longa manu of door middel van corporele bezitsverschaffing kan B een derde (X) eigenaar van de zaak maken, waardoor C én A hun recht verliezen. Immers, als X te goeder trouw is in de zin van artikel 3:86 BW en voorts sprake is van een geldige titel en een overdracht anders dan om niet, wordt X beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van B en wordt hij eigenaar van de zaak. C raakt daardoor zijn recht op de zaak kwijt. Ook A raakt daardoor zijn recht op de zaak kwijt, welk recht dit ook was (een eigendomsrecht, een beperkt recht of een voorrecht). A is immers nog slechts eigenaar voor zover C eigenaar is. A was zijn rechten al kwijt ten opzichte van X, namelijk ten gevolge van de overdracht B-C. C is immers ten opzichte van een ieder eigenaar van de zaak geworden, met uitzondering van A, een en ander door de werking van artikel 3:90 lid 2 BW. Dit betekent dat A nog slechts een recht met betrekking tot de zaak kan doen gelden, voor zover C dat kan en dus, dat zijn positie afhankelijk is van de positie van C.

A en/of C kan eventueel jegens X (wat de actio pauliana betreft: voor zover zij schuldeiser zijn van B) een actio pauliana of een actie uit onrechtmatige daad instellen, maar daarvoor is nodig dat X wetenschap van benadeling van A en/of C had.⁹⁷ Nu X te goeder trouw is in de zin van artikel 3:86 BW, zal van een dergelijke wetenschap niet snel sprake zijn.

97 Zie artikel 3:45 BW resp. (onder meer) HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch) en HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (Van Oosterom/Baas-Van Oosterom).

2.5.3 *Vestiging van een beperkt recht door B ten behoeve van X nadat hij de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.*

Niet alleen kan B na de overdracht aan C aan een derde het bezit van de zaak verschaffen, hij kan ook – zij het, behoudens toestemming van C, onbevoegd – (trachten) een beperkt recht op de zaak (te) vestigen ten behoeve van X. Aangezien het hier om een roerende zaak gaat, kan dit een pandrecht zijn dan wel een recht van vruchtgebruik. Hierna zal bekeken worden of dit beperkte recht daadwerkelijk tot stand komt, en wat de gevolgen zijn voor C en A.

2.5.3.1 *Pandrecht*

Door de eerdere overdracht aan C is B beschikkingsonbevoegd. In beginsel kan hij dus niet geldig een pandrecht vestigen op de zaak. Als X echter op het moment dat de zaak in zijn macht of die van een derde wordt gebracht, te goeder trouw is in de zin van artikel 3:238 BW, wordt hij tegen die beschikkingsonbevoegdheid van B beschermd. Dan wordt hij dus pandhouder. X wordt met andere woorden alleen beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van B als het om een vuistpand gaat. In dat geval is C eigenaar van een zaak bezwaard met het vuistpand ten behoeve van X.

Zoals bekend, is C ten opzichte van A géén eigenaar van de zaak, dit als gevolg van de werking van artikel 3:90 lid 2 BW. Wat is voor de rechtspositie van A nu het gevolg van de (onbevoegde) verpanding van de zaak door B aan X, terwijl X ten opzichte van C een beroep kan doen op artikel 3:238 BW?

Om de positie van X in relatie tot A te duiden, moet onderscheid worden gemaakt naar gelang het recht dat A op de zaak heeft.

Indien A (ten opzichte van C) eigenaar is, geldt voor A, net als voor C, dat hij een vuistpand van X zal moeten respecteren indien X te goeder trouw is in de zin van artikel 3:238 BW. In dat geval zal A dus het recht van C kunnen negeren, maar niet het recht van X. A is immers slechts eigenaar voor zover C eigenaar is; ten opzichte van X was A zijn rechten al kwijt door de overdracht B-C.

Indien A pandhouder is, geldt mijns inziens dat A zijn pandrecht kan uitoefenen ten aanzien van het executieoverschot (dus nadat X zijn pandrecht heeft uitgeoefend). Artikel 3:253 BW brengt mee dat X dit restant moet uitkeren aan C, als eigenaar van de zaak. Ten opzichte van C kan A (nog steeds) zijn pandrecht uitoefenen. Pas als er daarna nog een overschot is, is dat voor C.

Heeft A een recht van vruchtgebruik, dan zal dit recht, indien X op basis van zijn pandrecht overgaat tot executie, mijns inziens vervallen. Ten opzichte van X bestáát het recht van A immers niet, zodat X kan executeren vrij van het recht van A.

Indien A een bevoorrecht schuldeiser is, geldt in wezen hetzelfde als in het geval A pandhouder is: X moet een eventueel executie-overschot uitkeren aan C, waarna A zijn bevoorrechte vordering op dit overschot kan verhalen, en een eventueel overschot voor C is.

2.5.3.2 *Recht van vruchtgebruik*

Ten aanzien van een (in beginsel onbevoegde) vestiging van een recht van vruchtgebruik door B ten behoeve van X (nadat B de zaak had overgedragen aan C met levering c.p.) geldt voor de positie van zowel C als X hetzelfde als hierboven is opgemerkt ten aanzien van een overdracht van de zaak door B aan X. Een recht van vruchtgebruik wordt gevestigd door een zelfde handeling als is vereist voor levering van het goed waarop het recht van vruchtgebruik wordt gevestigd (artikel 3:98 BW). Het recht van vruchtgebruik kan derhalve worden gevestigd door corporele overgave en longa manu.⁹⁸ Als X te goeder trouw is ten aanzien van de beschikkings(on)bevoegdheid van B en het gaat om een vestiging van het vruchtgebruik anders dan om niet, wordt hij tegen de onbevoegdheid van B beschermd (artikel 3:86 BW). Daardoor krijgt C een zaak bezwaard met een recht van vruchtgebruik van X.

Voor de positie van A moet wederom onderscheid worden gemaakt naar gelang zijn recht.

Is A eigenaar van de zaak, dan verkrijgt A een zaak bezwaard met het recht van vruchtgebruik van X. Door de eerdere overdracht door B aan C, is C immers ten opzichte van ieder ander dan A eigenaar van de zaak geworden. Gevolg daarvan is, dat A slechts eigenaar van de zaak is voor zover C dat is. Nu C het recht van X moet respecteren, zal A dat dus ook moeten.

Heeft A een pandrecht, dan is executie door A alleen mogelijk onder de last van het vruchtgebruik van X. Het recht van vruchtgebruik van X zal niet vervallen ex artikel 3:282 BW, omdat dit recht wél kan worden tegengeworpen aan A.

⁹⁸ Vestiging van een recht van vruchtgebruik via c.p. is niet mogelijk. Artikel 3:111 BW staat daaraan in de weg.

Datzelfde geldt indien A een voorrecht heeft – met dien verstande dat A in dat geval natuurlijk een executoriale titel moet hebben.

Heeft A een recht van vruchtgebruik, dan moet eerst worden gezien of de rechten van A en X naast elkaar kunnen bestaan. Is dat het geval, dan is er geen probleem. Is dat niet het geval, dan zal mijns inziens het recht van vruchtgebruik van A vervallen, nu het recht van A ten opzichte van X immers niet bestaat.

2.5.4 Verlening van een persoonlijk recht door B ten behoeve van X nadat hij de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.

B kan aan een derde (X) een persoonlijk recht geven met betrekking tot de zaak. Omdat het hier een persoonlijk recht van die derde (X) ten opzichte van B betreft, kan dit (in beginsel)⁹⁹ niet worden tegengeworpen aan C, die tenslotte eigenaar is. Dit geldt ook indien B de zaak zou verhuren aan X. Artikel 7:226 BW kan X niet baten, nu de zaak is overgedragen aan C voordat deze werd verhuurd aan X.

Ook hier weer kan A zijn recht uitoefenen voor zover C dat kan. A behoudt derhalve in beginsel zijn recht, terwijl het persoonlijke recht van X niet aan A zal kunnen worden tegengeworpen. Ik meen echter dat er situaties denkbaar zijn waarin aangenomen moet worden dat A jegens X onrechtmatig handelt door diens recht niet te respecteren, óók in gevallen waarin vaststaat dat C het recht van X niet hoeft te respecteren. Dat geldt met name in het geval A een pandrecht of voorrecht heeft – en dus schuldeiser is (van B), waarover nader par. 3.6.2.4.

2.5.5 Schuldeisers van B verhalen hun vordering op de zaak nadat B de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.

Schuldeisers van B kunnen hun vordering in beginsel niet op de zaak verhalen. Door de overdracht aan C behoort de zaak immers, óók ten opzichte van schuldeisers van B, tot het vermogen van C. De enige uitzondering geldt – mijns inziens ten onrechte – voor de oudere gerechtigde-bevoorrecht schuldeiser; dit is een schuldeiser van B die zijn vordering ondanks de overdracht van de zaak (volgens het standpunt van de wetgever, zie par. 2.4) op de zaak kan verhalen.

99 In uitzonderingsgevallen zal aangenomen moeten worden dat C onrechtmatig handelt jegens X door diens persoonlijke recht niet te respecteren. Vgl. (onder meer) HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch); HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé); HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (Van Oosterom/Baas-Van Oosterom) en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (Van de Ven Neunen BV/Erven Slegers c.s.)

Daarnaast is er natuurlijk de mogelijkheid dat schuldeisers van B de overdracht B-C vernietigen met een beroep op de pauliana. Zie hieromtrent nader hoofdstuk 3.

2.5.6 B gaat failliet nadat hij de zaak heeft overgedragen aan C met levering c.p.

Als B failliet gaat, heeft dit in beginsel geen gevolgen voor C. C is immers óók ten opzichte van de curator eigenaar van de zaak. Alléén ten opzichte van A is C geen eigenaar van de zaak. Voor de effectuering van het eigendomsrecht van C is enige nadere handeling niet vereist (vgl. artikel 35 Fw). C zal dus afgifte kunnen vorderen (artikel 5:2 BW). De zaak valt dan niet in de boedel van B.

Voor de positie van A moet weer onderscheid worden gemaakt naar gelang het recht dat A op de zaak heeft.

Indien A eigenaar is of een recht van vruchtgebruik heeft, kan hij de zaak onder de curator opeisen (artikel 5:2 BW resp. artikel 3:218 BW). Ten opzichte van A werkt de overdracht met levering c.p. immers niet, zodat (de inmiddels failliete) B door A nog steeds kan worden beschouwd als bezitter resp. bloot eigenaar van de zaak.

Is A pandhouder, dan (mag hij B nog steeds beschouwen als eigenaar-pandgever en) zal hij afgifte kunnen vorderen op de voet van artikel 3:237 lid 2 BW (artikel 57 Fw).

Tot zover de situatie als ofwel C zich eerder meldt bij de curator van B, ofwel A zich eerder meldt. Maar wat als A en C zich tegelijkertijd melden bij de curator? Weliswaar is C (ten opzichte van B en) ten opzichte van de curator eigenaar van de zaak, maar ten opzichte van A is dat niet het geval en kan niet C, maar A afgifte van de zaak krijgen. A heeft hier het sterkste recht, zodat afgifte moet plaatsvinden aan A. Meldt A zich echter niet (tijdig, dat wil zeggen vóór C), dan is met afgifte van de zaak aan C een einde aan de relativering gekomen. Krachtens artikel 3:90 lid 2 BW komt namelijk een einde aan de relativering van de levering c.p. als de zaak in handen van C komt, mits C op dat moment te goeder trouw is.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Zie ook Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 386. Vgl. voorts De Vries, 'Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW en de relativiteit van verhoudingen', *BW-krant jaarboek* 1986, p. 101+102. Onder het oude recht gold dit overigens niet, zoals blijkt uit HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 (OAR/ABN). OAR levert brilmonturen aan Conijn. OAR heeft het verkopersprivilege van artikel 1185 (oud) BW. Conijn draagt de brilmonturen tot zekerheid over aan ABN, met levering c.p. Vervolgens gaat Conijn failliet. Direct daarna laat ABN de brilmonturen opslaan bij een derde. Kan ABN zijn eigendomsrecht nu tegenwerpen aan OAR? Er is geen sprake meer van zekerheidseigendom zonder feitelijke overgave; de zaken zijn immers onder een derde gebracht. Uit HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (Berg/De Bary) blijkt dat er in dit geval geen reden meer is de eigendom van ABN te relativieren ten opzichte van

De positie van A als bevoorrecht schuldeiser is in die zin duidelijk, dat hij in beginsel als enige schuldeiser van B het recht heeft te worden voldaan uit de opbrengst van de zaak. Alléén ten opzichte van A behoort de zaak immers nog tot het vermogen van B. Niet duidelijk is echter (i) wie de zaak in faillissement van B te gelde moet maken en (ii) of A zijn vordering ter verificatie moet aanmelden bij de curator.

Onder het oude recht – waarin de levering c.p. werd gerelativeerd voor zover deze was gecombineerd met een zekerheidsoverdracht – werd ten aanzien van de eerstgenoemde vraag aangenomen dat C de zaak te gelde maakte.¹⁰¹ Dat was ook wel logisch, omdat onder het oude recht ook C een schuldeiser was van B, die de zaak niet mocht behouden, maar zijn vordering hierop kon verhalen. Ten aanzien van de tweede vraag is door de Hoge Raad, eveneens onder de vigeur van het oude recht, aangenomen dat A zich moest wenden tot de curator, en dat de curator was gehouden van de zekerheidseigenaar afdracht te verlangen van het gedeelte van de opbrengst van de zaak gelijk aan de vordering van de bevoorrecht schuldeiser.¹⁰²

Dat A zijn vordering ter verificatie moet indienen bij de curator moet mijns inziens ook voor het huidige recht worden aangenomen. A is immers een schuldeiser van B, en ook al heeft hij verhaal buiten de boedel om (waarover ook nog hierna),

oudere gerechtigden. Naar het oordeel van de Hoge Raad geldt deze regel niet als de zaken pas in het faillissement van de vervreemder feitelijk worden overgegeven aan de zekerheidseigenaar: “Met het beginsel van faillissementsrecht dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt, strookt niet om aan te nemen dat een der schuldeisers door handelingen tijdens het bestaan van het faillissement verricht, zijn positie zou kunnen versterken ten nadele van die van een of meer schuldeisers (...)” Deze regel behoort voor het huidige recht niet te gelden. Het verschil tussen het oude recht en het huidige recht is dat de verkrijger c.p. geen schuldeiser van de vervreemder is, maar eigenaar van een zaak die zich onder de vervreemder-failliet bevindt. Ging het onder het oude recht dus om een strijd tussen twee crediteuren van de vervreemder (beide betrokken bij de boedel), in het huidige recht gaat het om een strijd tussen twee zakelijk gerechtigden met betrekking tot een zaak die zich onder de vervreemder-failliet bevindt. Zij hebben met de failliete boedel niets te maken, zodat het niet redelijk is het fixatiebeginsel op hen toe te passen. Dit laatste geldt niet als de oudere gerechtigde een bevoorrecht schuldeiser is. Als de verkrijger de zaak revindiceert voordat de bevoorrecht schuldeiser zijn voorrecht ter verificatie heeft aangemeld (artikel 110 Fw), gaat het voorrecht verloren, óók als de verkrijger op dat moment niet te goeder trouw was ten aanzien van het bestaan van het voorrecht. Het voorrecht staat immers niet in de weg aan de beschikkingsbevoegdheid van B. Ook in dat geval moet de oplossing naar mijn mening gevonden worden in eerdergenoemde regel. Ook in dat geval gaat het immers niet om een strijd tussen twee schuldeisers van de failliet, maar om een strijd tussen aan de ene kant een bevoorrecht schuldeiser en aan de andere kant een zakelijk gerechtigde. Meldt de bevoorrechte schuldeiser zich dus vóór de verkrijger bij de curator, dan vist de verkrijger (in ieder geval gedeeltelijk) achter het net, en vice versa.

¹⁰¹ Zie HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos). Zie over dit arrest (ten aanzien van de vraag of de zekerheidseigenaar als separatist mag optreden) – met verwijzingen naar de literatuur – Bakels, ‘Interferentiefiguren’, *WPNR* 5577 en 5578 (1981), p. 650+651.

¹⁰² Zie HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 (Dutch Air/De Bary).

zodat artikel 26 Fw naar de letter genomen niet van toepassing is, het strookt met het stelsel van de Faillissementswet aan te nemen dat A zijn vordering moet indienen bij de curator.¹⁰³

Daarmee is de eerstgenoemde vraag voor het huidige recht echter nog niet beantwoord. Het enkele feit dat A zijn vordering ter verificatie moet indienen, betekent nog niet dat de curator ook de bevoegdheid heeft de zaak te gelde te maken. De onder het oude recht aangenomen verplichting van de curator afdracht te verlangen van C is onder het huidige recht geen optie. C heeft onder het huidige recht geen bevoegdheid, laat staan een verplichting tot executie; het gaat immers om zijn eigen zaak. Daarmee is de vraag of A, dan wel de curator de zaak moet verkopen. In beginsel (zie namelijk nog hierna) heeft de curator mijns inziens niet de bevoegdheid de zaak te executeren. Weliswaar is het de curator die in het faillissement van B de rechten van de schuldeisers van B moet uitoefenen (en dus het recht van A), maar ik meen dat de curator in dit geval die rechten niet kan uitoefenen door de zaak te executeren. De zaak behoort immers ten opzichte van de curator niet tot het vermogen van B, maar tot het vermogen van C. Alleen ten opzichte van A behoort de zaak nog tot het vermogen van B. C zal zich om die reden kunnen verzetten tegen executie van de zaak door de curator. Dat brengt mijns inziens mee dat A de bevoegdheid heeft de zaak te executeren – uiteraard mits hij een executoriale titel heeft. Artikel 33 Fw staat daaraan niet in de weg. Artikel 33 Fw verbiedt immers verhaal op het vermogen van de schuldenaar, en ten opzichte van ieder ander dan A behoort de zaak niet tot het vermogen van de schuldenaar (B), zodat geen sprake is van een afzonderlijk beslag (van A) op een vermogensbestanddeel van B; het vermogensbestanddeel is ten opzichte van ieder ander dan A van C.

¹⁰³ Zie in dit verband Verstijlen, 'Over botsende voorrechten en zekerheidsrechten', *WPNR* 6143 (1994), die – naar aanleiding van het hiervóór genoemde arrest *Dutch Air/De Bary*, waarin als gezegd sprake was van zekerheidseigendom van C die botste met het voorrecht van schuldeiser A en welke zaak zich dus afspeelde onder het oude recht – een tweetal redenen noemt waarom A zich moet melden bij de curator. Ten eerste de mogelijkheid dat andere voorrechten van andere schuldeisers een inbreuk maken op dezelfde zekerheidseigendom. Ten tweede de mogelijkheid dat de zekerheidseigenaar voor het onvoldane gedeelte van zijn vordering op zal komen in het faillissement van B, nu de zekerheidseigenaar immers een deel moet afstaan aan de bevoorrecht schuldeiser, zodat de overige schuldeisers er belang bij kunnen hebben de vordering van de bevoorrecht schuldeiser ter discussie te stellen. Hoewel deze laatste mogelijkheid zich onder het huidige recht niet voordoet, omdat C onder het huidige recht geen schuldeiser is van B, maar eigenaar is van een zaak, heeft C, zoals in par. 2.8.2 zal worden besproken, nadat de opbrengst van de zaak ten goede is gekomen aan A, onder het huidige recht wel een vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming op B, welke vordering C in beginsel ter verificatie kan indienen (artikel 37a Fw). Ook in dit geval kunnen schuldeisers van B er dus belang bij hebben (de hoogte van) de vordering van A te bestrijden.

Zo al aangenomen zou moeten worden dat de curator ook buiten het hierna te bespreken geval dat hij toestemming heeft van A om de zaak te executeren, de zaak mag executeren, komt de opbrengst natuurlijk alleen aan A ten goede, en niet aan de overige schuldeisers. Een eventueel restant – dus wat overblijft als A is voldaan – is voor C.

Overigens kan de curator de zaak mijns inziens wél met toestemming van A verkopen. Dit kan worden afgeleid uit het arrest *Drukkerij Verweij/Ontvanger*.¹⁰⁴ In de casus die tot dat arrest heeft geleid was sprake van een bodemzaak van een derde, waarop door de ontvanger beslag was gelegd. De belastingschuldige ging failliet en de curator verkocht de zaak met toestemming van de ontvanger, waartegen de derde-eigenaar in verweer kwam. De Hoge Raad oordeelde dat de verkoop door de curator was toegestaan, ook al was de zaak eigendom van die derde en had alleen de ontvanger een verhaalsrecht met betrekking tot die zaak. De Hoge Raad construeert het bodemrecht van de ontvanger als een verhaalsrecht op het vermogen van de belastingschuldige, zodat in faillissement van die belastingschuldige de curator de bodemzaak kan verkopen, ook al is deze eigendom van een derde. Een zelfde redenering zou hier kunnen worden gevolgd, waarmee de curator de bevoegdheid heeft de zaak te gelde te maken ten behoeve van A.

2.6 Gevolgen van de relativering voor (rechtsopvolgers en schuldeisers van) de verkrijger (C)

2.6.1 Inleiding

C is, zo is hiervóór besproken (par. 2.3), als gevolg van de overdracht van de zaak (aan hem) door B en het feit dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 3:86 (lid 2) BW, (volledig) eigenaar van de zaak geworden ten opzichte van een ieder, (maar, door de relativering van de levering c.p.) met uitzondering van A. Hierna zullen de gevolgen worden besproken van een beschikking over de zaak door C ten behoeve van een derde (X). Daarbij zal de positie van zowel X, C als A worden besproken, alsmede van schuldeisers van C.¹⁰⁵

¹⁰⁴ HR 26 mei 1989, NJ 1990, 131 (*Drukkerij Verweij/Ontvanger*).

¹⁰⁵ In herinnering zij gebracht dat met C wordt bedoeld degene die de zaak heeft verkregen (van B), terwijl A de derde is met een ouder recht op de zaak.

2.6.2 Overdracht door C aan X

C kan de zaak (slechts) aan X leveren per c.p. of longa manu.¹⁰⁶ De vraag is, of X dan – uitgaande van een geldige titel – (óók ten opzichte van A) eigenaar van de zaak wordt krachtens artikel 3:84 BW, of dat aangenomen moet worden dat het recht van A (welk recht ten opzichte van (alleen) C immers is blijven bestaan) als het ware het recht van C aankleeft, en C dus alleen onder de “last” van artikel 3:90 lid 2 BW over de zaak kan beschikken. Van de eerste opvatting – X wordt (“volledig”) eigenaar – lijkt Nieskens-Isphording uit te gaan¹⁰⁷, van de tweede opvatting – X wordt eigenaar onder de “last” van het recht van A – De Vries¹⁰⁸ en Salomons¹⁰⁹.

Nieskens-Isphording merkt (mijns inziens terecht) op dat “doorwerking” van het recht van A ten opzichte van X in strijd is met de opvatting dat C eigenaar is ten opzichte van een ieder met uitzondering van A. De consequentie van de *relatieve* werking van de levering c.p. ten opzichte van A is, dat C ten opzichte van een ieder – waaronder X – met uitzondering van A (volledig) eigenaar wordt. Dan kan inderdaad niet worden gezegd dat bij overdracht van de zaak door C (aan X), X (toch) de rechten van A moet respecteren. Dat impliceert immers dat C ten opzichte van X níet volledig, maar slechts “beperkt”¹¹⁰ beschikkingsbevoegd zou zijn.

Salomons en De Vries (lijken te) betogen, dat het recht van A als het ware de eigendom van C “aankleeft” zolang de zaak in handen van B is gebleven.¹¹¹ Van een

¹⁰⁶ Ik ga er hier van uit dat de zaak zich op het moment van de overdracht nog onder B bevindt. In het andere geval is immers een einde aan de relativering gekomen omdat de zaak in handen van C is gekomen en doen zich (mits C op dat moment te goeder trouw is) dus geen problemen voor – althans niet in verband met de relativering van de levering c.p. Dat betekent dat C de zaak ofwel per c.p. (in welk geval aan B geen mededeling wordt gedaan van de levering) ofwel per longa manu (in welk geval wél mededeling wordt gedaan van de levering aan B, althans B de levering erkent, zie artikel 3:115 onder c BW) kan leveren aan X. Daarbij zij opgemerkt dat C de zaak ook daadwerkelijk c.p. kán leveren. Hij is immers niet slechts (middellijk) houder van de zaak, maar ook bezitter. Artikel 3:111 BW staat dus niet in de weg aan deze levering c.p.

¹⁰⁷ Nieskens-Isphording, ‘Boekbespreking Serie Monografieën Nieuw BW’, *WPNR* 6065 (1992).

¹⁰⁸ De Vries, ‘Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW en de relativiteit van verhoudingen’, *BW-krant jaarboek* 1986, p. 106.

¹⁰⁹ Salomons, ‘Brekebeentje gevloerd. Levering door constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde bezitter en art. 3:90 lid 2 BW’, *WPNR* 6097 (1993). Overigens gaat volgens Salomons Nieskens-Isphording uit van dezelfde opvatting als hij.

¹¹⁰ Namelijk in die zin, dat hij slechts onder de last van het recht van A over de zaak kan beschikken.

¹¹¹ De Vries stelt in dat kader dat gezegd kan worden dat C een eigendomsrecht heeft gekregen onder de ontbindende voorwaarde dat A zijn recht inroept. C kan (op basis van de nemo plus regel) alleen onder die ontbindende voorwaarde over zijn eigendomsrecht beschikken (zie De

dergelijke doorwerking kan mijns inziens echter alleen sprake zijn als de wet dat expliciet bepaalt. Van een “echte” beschikkingsonbevoegdheid – met als gevolg een automatische doorwerking van het recht van A – is immers geen sprake, nu C (juist) ten opzichte van ieder ander dan A wél beschikkingbevoegd is. De “zakelijke werking” van het recht van reclame en de vernietiging op grond van de actio pauliana kan dit verduidelijken. Ook in die gevallen is van een “echte” beschikkingsonbevoegdheid geen sprake; het reclamerecht heeft geen terugwerkende kracht, zodat de koper in de periode tussen de overdracht van de zaak door de verkoper aan hem, en het inroepen van het recht van reclame eigenaar is gebleven en dus beschikkingbevoegd was¹¹², terwijl de vernietiging (van bijvoorbeeld een koop B-C) op grond van de pauliana alleen werkt ten opzichte van de schuldeiser die een beroep op de actie heeft gedaan, zodat de verkrijger (C) ten opzichte van ieder ander dan die schuldeiser beschikkingbevoegd blijft. In die gevallen echter is van doorwerking van het recht van de verkoper resp. van de schuldeiser wel sprake, omdat de wet dit expliciet (in artikel 7:39 BW) resp. impliciet (zie par. 3.6) bepaalt.

Bij artikel 3:90 lid 2 BW ontbreekt een dergelijke bepaling. De wetgever had daar wel voor kunnen kiezen, door dit expliciet in artikel 3:90 lid 2 BW op te nemen (of door te bepalen dat de verkrijger c.p. geen beroep kan doen op artikel 3:86 (lid 2) BW zolang de zaak niet in zijn handen is gekomen, in welk geval van een “echte” beschikkingsonbevoegdheid sprake is, vgl. par. 2.2.5), maar heeft dat niet gedaan. Kenmerkend voor de regeling van artikel 3:90 lid 2 BW is nu juist, dat de verkrijger c.p. – doordat hij ten opzichte van een ieder beroep kan doen op artikel 3:86 BW – ten opzichte van een ieder eigenaar is geworden en dus beschikkingbevoegd is, met uitzondering van de oudere gerechtigde.¹¹³ Ook overigens blijkt niet – zelfs niet impliciet, zoals bij de in hoofdstuk 3 te bespreken actio pauliana – dat de wetgever deze doorwerking heeft gewild. Sterker nog, in de parlementaire geschiedenis wordt aan deze doorwerking in het geheel geen

Vries, ‘Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW en de relativiteit van verhoudingen’, *BW-krant jaarboek* 1986, p. 106). De consequentie van deze opvatting is dat zodra A zijn recht inroept, het recht van C eindigt en ook dat van X. C kon in die opvatting immers slechts over de zaak beschikken onder de “voorwaarde” dat A zijn recht inroept.

112 Anders: Fikkers, *Recht van reclame* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1992, p. 226, die betoogt dat de koper, hangende de reclame, slechts voorwaardelijk beschikkingbevoegd is – zodat het verschil tussen artikel 3:86 BW en artikel 7:42 BW is, dat bij de eerste sprake is van volledige beschikkingbevoegdheid en bij de tweede van beperkte beschikkingbevoegdheid.

113 Onjuist is mijns inziens dan ook de stelling van Salomons dat X eventueel bescherming kan ontnemen aan artikel 3:86 BW (Salomons, ‘Brekebeentje gevloerd. Levering door constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde bezitter en art. 3:90 lid 2 BW’, *WPNR* 6097 (1993)). C is immers ten opzichte van X niet in de zin van artikel 3:84 BW (jo. artikel 3:86 BW) beschikkingsonbevoegd.

aandacht besteed. De consequentie hiervan is, dat de positie van C in zijn relatie tot A niet doorwerkt in de positie van C ten opzichte van X.

Nu van een “doorwerking” van het recht van A geen sprake is, is nog wel de vraag of A in alle gevallen met lege handen komt te staan na een overdracht (door C) aan X. Nieskens-Isphording heeft voorgesteld artikel 3:90 lid 2 BW aldus uit te leggen, dat de rechten van oudere gerechtigden worden *gewaarborgd*: de rechter zal in voorkomend geval de bedoeling van het artikel moeten laten prevaleren boven de letter van de wet, aldus Nieskens-Isphording.¹¹⁴ Systematisch is deze oplossing niet in te passen. Welk recht heeft C in deze opvatting? Is hij ten opzichte van ieder ander dan A wel of niet beschikkingsbevoegd? In deze oplossing wordt rechtszekerheid opgeofferd aan billijkheid. Ditzelfde geldt voor de opvatting van Kleijn. Kleijn geeft in zijn noot onder Berg/De Bary¹¹⁵ kritiek op de overweging van de Hoge Raad dat bij een overgang van de zaak door de verkrijger via een houder, deze overgang wel kenbaar en controleerbaar is voor de oudere gerechtigde en hem desgevraagd zal worden medegedeeld. Kleijn schrijft daarbij onder meer:

“Maar zelfs als [de oudere gerechtigde] regelmatig informeert bij de houder en deze geeft onjuiste inlichtingen, dan nog blijft de levering [longa manu] haar kracht behouden, omdat men de rechtskracht van de levering moeilijk van de juistheid van de inlichtingen van de houder afhankelijk kan stellen.

Ten tweede opent deze jurisprudentie de mogelijkheid om datgene wat geen effect bij de levering c.p. heeft op eenvoudige wijze wel effect te geven tegen de derde met een ouder recht door de zaak onder te brengen bij een houder en deze te gebruiken als ‘postiljon de tradition’. Of moet de rechter daar doorheen kijken en in zo een geval de levering geen werking tegen de derde met een ouder recht toekennen? Dit laatste lijkt in strijd met rechtszekerheid, welke in het zakenrecht behoort te gelden.”

De oplossing die Kleijn hier beschrijft is vergelijkbaar met de oplossing die Nieskens-Isphording voorstelt. Duidelijk zal zijn dat ik met Kleijn eens ben dat deze oplossing in strijd is met de rechtszekerheid.

De noot van Kleijn was aanleiding voor een discussie in de parlementaire geschiedenis. De minister merkt op:

“Anders dan Kleijn veronderstelt, kan voorts wel degelijk van belang zijn dat de houder van de zaak onjuiste mededelingen doet, met name als hij aan de oudere gerechtigde

¹¹⁴ Nieskens-Isphording, ‘Boekbespreking Serie Monografieën Nieuw BW’, *WPNR* 6065 (1992), p. 734. Vgl. ook Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 45.

¹¹⁵ HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (Berg/De Bary).

zou mededelen dat hij nog steeds voor hem of voor de vervreemder houdt. Dat zal immers een belangrijke aanwijzing zijn dat niet aan de eis van art. [3:115] onder c is voldaan en dat dus het bezit niet is overgegaan.

Ook de opmerking van Kleijn dat men aan een levering c.p. 'op eenvoudige wijze effect kan geven tegen een derde met een ouder recht' door de zaak onder te brengen bij een houder, gaat volgens de Minister langs de zaak heen. (...) Men kan natuurlijk denken aan schijnhandelingen. Die zullen erop neerkomen dat de houder overeenkomstig een verborgen afspraak voor de vervreemder blijft houden. Maar het gevaar daarvan lijkt me niet groot, nu de verkrijger er alle belang bij zal hebben dat de houder voortaan alleen met hemzelf te maken heeft. De rechter zal dus inderdaad in de regel niets vinden waar hij 'doorheen kan kijken', zoals Kleijn het uitdrukt."¹¹⁶

De oplossing van de minister is eenvoudig. Het gevaar dat B dubbel spel speelt door zowel ten opzichte van C/X als ten opzichte van A de mededelingen te doen omtrent zijn houderschap die hem goedgevoelen is er niet, want in dat geval is er geen sprake van een levering *longa manu* aan X en is de zaak dus bij gebreke van een levering niet overgedragen aan X, zodat A zich ten opzichte van C nog steeds op artikel 3:90 lid 2 BW kan beroepen. Die oplossing is naar mijn mening echter niet voldoende doordacht. Artikel 3:115 onder c BW vereist voor een geldige levering *longa manu*, dat de derde (B) die de zaak voor de vervreemder (C) hield, de overdracht aan de verkrijger (X) erkent, dan wel dat C of X aan B mededeling van de overdracht doet. Met de mededeling van de overdracht door C of X aan B is de zaak dus geleverd. Als B (later) aan A in strijd met de waarheid mededeelt dat hij nog steeds voor A houdt, maakt dat de levering *longa manu* door C aan X niet ongeldig.¹¹⁷

Mijns inziens is er ook helemaal geen behoefte aan een doorwerking van het recht van A. Zoals in par. 2.2 is besproken, is de relativering van de levering c.p. ongewenst, en kan het feit dat de levering niet naar buiten toe waarneembaar is hooguit een rol spelen bij de beoordeling van de goede trouw van C in de zin van artikel 3:86 BW. Nu echter artikel 3:90 lid 2 BW (nog steeds) stáát, is het mijns inziens gewenst het artikel zo restrictief mogelijk uit te leggen, hetgeen in dit verband betekent dat de relativering ophoudt bij "de eerste hand", dat wil zeggen: bij C.

X wordt in mijn opvatting dus "volledig" eigenaar; het recht van A eindigt.

¹¹⁶ Parl. Gesch. Boek 3 (MO I Inv.), p. 1265.

¹¹⁷ Dit is, naar ik aanneem, in feite ook wat Kleijn bedoelt met zijn opmerking dat men de rechtskracht van de levering moeilijk afhankelijk kan stellen van de juistheid van de inlichtingen van de houder.

De wens het recht van A te laten “doorwerken” zal veelal ingegeven zijn door de gedachte dat misbruiksituaties moeten worden voorkomen. Dat is mijns inziens een juiste gedachte, maar ik ben van mening dat misbruiksituaties niet hoeven te worden opgelost via een “doorwerking” van het recht van A. Meestal zal sprake zijn van een opzette van B, C en X. Alle betrokken partijen hebben in een dergelijk geval wetenschap van het recht van A, en trachten op een eenvoudige manier het recht van A te omzeilen door de zaak eerst c.p. aan C te leveren en vervolgens longa manu aan X. In een dergelijk geval echter wordt C ten opzichte van niemand (onbeperkt) eigenaar van de zaak. C is dan immers niet te goeder trouw in de zin van artikel 3:86 BW, zodat de beschikkingsonbevoegdheid van B niet wordt geheeld. X verkrijgt de zaak dus van een onbevoegde. X wordt tegen die beschikkingsonbevoegdheid evenmin beschermd, omdat hij niet te goeder trouw is in de zin van artikel 3:86 BW. A kan nu zijn recht ook aan X tegenwerpen, niet omdat hij een oudere gerechtigde is in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW, maar omdat het recht van A nooit is vervallen. Zo B niet in dit opzette is betrokken, lost het probleem zich weliswaar niet op via het goederenrecht, maar moet aangenomen worden dat – zo C en X wel met opzet deze constructie kiezen om het recht van A te omzeilen – X jegens A onrechtmatig handelt, waarbij A eventueel krachtens artikel 6:103 BW de zaak kan terugkrijgen.

Tot slot is hier van belang op te merken dat ook in het geval X op grond van het voorgaande moet worden aangemerkt als eigenaar, A niet (helemaal) met lege handen blijft staan. Ten opzichte van A waren B en C immers verplicht het recht van A te respecteren. Als zij niet aan die verplichting kunnen voldoen, schieten zij tekort in de nakoming van een op hen rustende verbintenis en zijn zij dus (in beginsel) jegens A verplicht tot schadevergoeding.

2.6.3 *Vestiging van een beperkt recht door C ten behoeve van X*

Zoals hiervóór is besproken, is (bij toepasselijkheid van artikel 3:90 lid 2 BW uitgangspunt dat) C door de levering van de zaak aan hem door B en het feit dat C voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:86 (lid 2) BW ten opzichte van een ieder (onbeperkt en onvoorwaardelijk) eigenaar geworden van de zaak, behalve ten opzichte van A. In het hiernavolgende zal worden besproken wat de gevolgen zijn voor A, als C ten behoeve van een derde (X) een beperkt recht op de zaak vestigt. Nu het hier gaat om een roerende zaak, kan dit zijn een pandrecht of een recht van vruchtgebruik. Daarbij zij vooropgesteld, dat C hiertoe in beginsel bevoegd is, juist omdat hij ten opzichte van een ieder (maar met uitzondering van A) eigenaar is van de zaak.

2.6.3.1 *Recht van vruchtgebruik*

C kan een recht van vruchtgebruik op de zaak vestigen door middel van c.p. en longa manu (artikel 3:98 jo. 3:90 jo. 3:115 sub a en c BW).¹¹⁸ C is daartoe ook bevoegd in de zin van artikel 3:84 BW. Daarbij geldt ten aanzien van de positie van A hetzelfde als hierboven is betoogd met betrekking tot een overdracht van de zaak door C en dus (kort gezegd) dat A zijn recht niet aan X kan tegenwerpen, zodat A het recht van vruchtgebruik van X moet respecteren.

2.6.3.2 *Pandrecht*

C kan een stil pandrecht op de zaak vestigen ten behoeve van X (artikel 3:237 BW).¹¹⁹ Zoals bekend, is C ten opzichte van X beschikkingsbevoegd. X wordt krachtens artikel 3:84 jo. artikel 3:98 jo. artikel 3:237 BW pandhouder van de zaak. Mijns inziens moet A het pandrecht van X respecteren. Verwezen zij naar par. 2.6.2.

Als gezegd kan worden dat C en X het recht van A opzettelijk frustreren, geldt ook hier dat A (indien hij schuldeiser (en derhalve een pandhouder of een bevoorrecht schuldeiser) is) met een actio pauliana of (in andere gevallen) een actie uit onrechtmatige daad kan bewerkstelligen dat hij het pandrecht van X niet hoeft te accepteren, althans dat hij recht heeft op schadevergoeding. In dat geval bestaat voorts de mogelijkheid (namelijk in het geval A een zakelijk recht heeft) dat C (door het ontbreken van goede trouw) volledig beschikkingsonbevoegd is, zodat het pandrecht van X evenmin tot stand komt. Verwezen zij naar par. 2.6.2.

2.6.4 *Verlening van een persoonlijk recht door C ten behoeve van X*

Het zal vermoedelijk niet vaak voorkomen dat de relativering van de levering c.p. (nog) een rol speelt als C een derde (X) een persoonlijk recht geeft met betrekking tot de zaak. De situatie dat C een persoonlijk recht geeft aan X is immers lastig voor te stellen zonder dat X daadwerkelijk het gebruik van de zaak krijgt. Als X dan het gebruik van de zaak krijgt, komt aan de relativering naar mijn hierna te bespreken mening een einde, mits C op dat moment te goeder trouw is ten aanzien van de positie van A.

¹¹⁸ Natuurlijk ook door middel van feitelijke overgave (artikel 3:98 jo. 3:90 jo. 3:114 BW), maar daarmee komt de zaak in handen van een derde en komt een einde aan de relativering (zie artikel 3:90 lid 2 BW).

¹¹⁹ Vestiging van een vuistpandrecht (artikel 3:236 BW) is uiteraard ook mogelijk, maar dan komt de zaak in handen van een derde en komt dus een einde aan de relativering.

Krachtens artikel 3:90 lid 2 BW komt een einde aan de relativering als de zaak in handen van de verkrijger is gekomen. Weliswaar is X niet de verkrijger, waarover artikel 3:90 lid 2 BW spreekt, maar ik meen dat ook een einde komt aan de relativering als de zaak in handen van een derde komt, zoals een derde aan wie C een persoonlijk recht met betrekking tot de zaak geeft. De levering van roerende zaken wordt immers niet gerelativeerd als deze per corporele overgave, *longa manu* of *brevi manu* plaatsvindt, en er is – bij wijze van spreken – alsnog sprake van een levering *longa manu* als de zaak in handen van een derde komt. Zoals Snijders het mijns inziens terecht omschrijft:

“In handen van de verkrijger’ in art. 3:90 lid 2 laat zich aldus uitleggen, dat de levering c.p. (...) zodanig aangevuld wordt dat deze zich als een wel zonder meer geldige leveringsvorm laat aanmerken. Meestal zal dat dan een feitelijke overgave aan de verkrijger zijn, maar ook een levering longa manu geldt als een levering waarbij de zaak niet in handen van vervreemder blijft.”¹²⁰

Dat artikel 3:90 lid 2 BW op deze wijze begrepen moet worden, wordt onder het oude recht bevestigd in een arrest van de Hoge Raad uit 1987.¹²¹ B had zaken per c.p. geleverd aan C, terwijl de zaken bij een derde (X) lagen. Toen C aan X mededeling had gedaan van de levering, was geen sprake meer van het verschaffen van zekerheid zonder feitelijke overgave en was er geen aanleiding de zekerheids-overdracht buiten beschouwing te laten, aldus de Hoge Raad.¹²² Naar het oordeel van de Hoge Raad impliceert feitelijke overgave dus mededeling van de levering aan de derde-houder van de zaak – waarmee de levering c.p. bij wijze van spreken wordt omgezet in een levering *longa manu*.

Ook als de zaak dus in handen wordt gebracht van een derde (zoals de derde aan wie X een persoonlijk recht verleent) komt mijns inziens een einde aan de relativering. Daar past natuurlijk de restrictie dat dit alleen het geval is, als aan de derde wordt medegedeeld dat hij houdt voor C en niet voor B, of als de derde dit heeft erkend. Pas dan wordt immers voldaan aan de vereisten voor een levering *longa manu*.¹²³ Daarmee zal zich dus niet vaak de situatie voordoen dat de relati-

¹²⁰ Snijders-Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 339. Een handeling die vergelijkbaar is met de levering *brevi manu* is hier niet goed voorstelbaar. Daarvoor is immers vereist dat de verkrijger houder van de zaak voor de vervreemder was.

¹²¹ HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 (Berg/De Bary)

¹²² Vgl. ook HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 (OAR/ABN) en HR 18 september 1992, NJ 1993, 455 (Rabobank/Sinke).

¹²³ Neleman merkt in dit verband overigens terecht op dat in een dergelijk geval lastig kan zijn te bepalen of van een levering c.p. of *traditio longa manu* sprake is, terwijl die beslissing met het oog op de rechtsgevolgen wel van belang is. Volgens Neleman moet de beslissing worden gebaseerd op hetgeen partijen, gelet op hun wederzijdse verklaringen en wat zij hebben verricht voor ogen heeft

vering van de levering c.p. nog een rol speelt bij de verlening van een persoonlijk recht met betrekking tot de zaak door C aan een derde.

In het theoretische geval dat X een persoonlijk recht wordt gegeven terwijl de zaak onder B blijft, blijft de relativering van de levering c.p. door B aan C ten behoeve van A in stand. Anders dan bij een overdracht van de zaak door C aan een derde, of de vestiging van een beperkt recht ten behoeve van een derde, kan A zijn recht mijns inziens in dit geval ook aan X tegenwerpen. X heeft immers geen recht op de zaak gekregen; hij heeft slechts een persoonlijk recht met betrekking tot de zaak, welk recht hij in beginsel (uitgezonderd onrechtmatig handelen van A) alleen aan C kan tegenwerpen. Dit geldt ook als X huurder is; de bescherming van artikel 7:226 BW kan X hier niet baten, nu zijn huurrecht niet een ouder, maar juist een jonger recht is.

Alleen in het geval A een stil pandrecht op de zaak heeft, of een bevoorrecht schuldeiser is, zijn hierop uitzonderingen mogelijk. A kan, zolang de zaak in handen van B is gebleven, zijn pandrecht (krachtens artikel 3:90 lid 2 BW) ook tegenwerpen aan C, althans hij kan zijn vordering op B met voorrang verhalen op de zaak. Aan A als schuldeiser kunnen bepaalde persoonlijke rechten (zoals die van X) wél worden tegengeworpen (zie par. 3.6.2.4). In dat geval zal A de zaak dus alleen kunnen executeren onder de last van het persoonlijke recht van X.

2.6.5 *Verhaal op de zaak door schuldeisers van C*

Als gezegd is C ten opzichte van ieder ander dan A, eigenaar van de zaak. Dat betekent dat schuldeisers van C hun vordering in beginsel op de zaak kunnen verhalen; de zaak behoort immers ((ook) voor hen) tot het vermogen van C (vgl. artikel 3:276 BW). Zodra de zaak is geëxecuteerd (en daarmee in handen van een derde (executiekoper) is gekomen), is een einde aan de relativering gekomen en is A zijn rechten dus kwijt.

Indien A zich vóórdat de zaak is geëxecuteerd meldt bij B met het verzoek om afgifte, geldt mijns inziens het volgende, waarbij onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie dat schuldeisers van C (al) wel, en de situatie dat zij (nog) geen (conservatoir) beslag hebben gelegd op de zaak.

gestaan, waarbij onder omstandigheden mede de opstelling van de houder van belang kan zijn (Neleman, 'Stille levering', in: *Quod Licet: Kleijn Bundel*. (E.H. Hondius), Deventer: Kluwer 1992, p. 272 + 281). Naar mijn mening is juist het omgekeerde het geval, daar mededeling aan of erkenning van de houder dat sprake is van een levering *traditio longa manu* een constitutief vereiste is voor die leveringsvorm. Die mededeling of erkenning bepaalt of sprake is van een *traditio longa manu*, niet de bedoeling van partijen. Dit nu juist omdat de rechtsgevolgen zo verschillend (kunnen) zijn.

Als schuldeisers van C (nog) geen (conservatoir) beslag hebben gelegd op de zaak, kan A zonder meer afgifte vorderen. Met schuldeisers van C heeft A in dat geval niets te maken.

Hebben schuldeisers van C wél (conservatoir) derdenbeslag¹²⁴ (artikel 475 Rv) gelegd alvorens A zich meldt (bij B), komt de vraag aan de orde of een eventuele afgifte van die zaak aan A aan die schuldeisers kan worden tegengeworpen. Hier is van toepassing de regel van artikel 475h Rv: een in weerwil van het beslag gedane afgifte kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen, tenzij B heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem kon worden gevergd om afgifte te voorkomen. Maar daar staat tegenover dat, indien de beslagen zaak aan een ander dan de beslagdebiteur (C) toebehoort, de derde-beslagene (B) aan die ander kan én moet afgeven.¹²⁵ Van dit laatste is hier mijns inziens inderdaad sprake: de zaak behoort weliswaar ten opzichte van schuldeisers van C tot het vermogen van C, maar ten opzichte van A is de zaak van A, ofwel heeft hij een beperkt recht op de zaak, ofwel is hij met betrekking tot de opbrengst van de zaak bevoorrecht. Als schuldeisers van C ten laste van C (conservatoir) derdenbeslag hebben gelegd op de zaak onder B, en na de beslaglegging A als eigenaar afgifte van de zaak vordert, zal B dan ook aan deze verplichting moeten voldoen. A heeft nu eenmaal een sterker recht dan C. De schuldeisers van C kunnen hun vorderingen dan niet langer op de zaak verhalen; de zaak behoort immers niet tot het vermogen van C (maar tot dat van A). Heeft A een recht van vruchtgebruik, dan zullen schuldeisers van C dit recht moeten respecteren en kunnen zij de zaak dus alleen onder de last van dat recht executeren. Heeft A een pandrecht of is hij een bevoorrecht schuldeiser van B, dan zullen de schuldeisers van C de opbrengst van de zaak met A moeten delen en wel zodanig, dat A als eerste wordt voldaan. A mag zijn vordering in dat geval immers op een zaak verhalen die voor hem tot het vermogen van B behoort, zodat geen concursus kan optreden met schuldeisers van C.

2.6.6 C gaat failliet

In beginsel heeft A niets te maken met een faillissement van C. Ten opzichte van A is de zaak immers niet van C, zodat deze ook niet in de boedel valt. Weliswaar valt deze zaak ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers (en de curator) van C wél in de boedel van C, maar A heeft nu eenmaal een sterker recht, dat hij ook kan tegenwerpen aan de boedel (vgl. par. 2.6.5). Dit betekent dat A, ondanks het

¹²⁴ Dit is de enige mogelijkheid, nu de zaak zich immers in handen van B bevindt. Is dat niet het geval, dan is een einde aan de relativering gekomen en kan A geen rechten meer op de zaak doen gelden.

¹²⁵ HR 15 april 1994, NJ 1995, 268 (Roham c.s./McGregor).

faillissement, (als eigenaar, vruchtgebruiker of pandhouder) afgifte van de zaak kan vorderen, althans (als bevoorrecht schuldeiser) buiten het faillissement van C om zijn vordering (op B) op de zaak mag verhalen. Ten opzichte van A valt de zaak immers niet in de boedel van C. Is er een executieoverschot, dan valt dit in de boedel (zie par. 2.5.6).

Overigens is het in faillissement van C voor A wel een kwestie van snel handelen. Immers, als gezegd is C ten opzichte van A geen eigenaar van de zaak, zodat de zaak ten opzichte van A ook niet in de boedel van C valt. Aan deze relativering komt echter een einde zodra de zaak alsnog in handen van C (wat in faillissement (mede) wil zeggen: de curator) is gekomen, mits C op dat moment te goeder trouw is. Als de curator dus over zou gaan tot het in zijn macht brengen van de zaak, is een einde gekomen aan de relativering en kan A niet langer afgifte vorderen.

2.7 Gevolgen van de relativering voor (rechtsoptvolgers en schuldeisers van) de oudere gerechtigde (A)

2.7.1 Inleiding

Zoals blijkt uit hetgeen hiervóór is besproken, is A, door de overdracht van de zaak door B aan C met levering c.p. én het feit dat C ten opzichte van een ieder (met uitzondering van A) een beroep kan doen op artikel 3:86 BW, zijn rechten op de zaak ten opzichte van een ieder kwijt, behalve ten opzichte van C. In het hiernavolgende zal worden besproken wat de rechten van betrokken partijen zijn als A over zijn recht beschikt. Daarbij moet worden onderscheiden naar gelang het recht dat A op de zaak heeft. Dit kan – op basis van de hiervóór besproken parlementaire geschiedenis (zie par. 2.4) – zijn: een eigendomsrecht, een beperkt recht of een voorrecht.

2.7.2 Overdracht door A aan X

A kan, als eigenaar, de zaak aan een derde (X) overdragen. Als beperkt gerechtigde kan hij het beperkte recht aan X overdragen. Is A een bevoorrecht schuldeiser, dan kan hij alleen zijn vordering overdragen aan X. A heeft in dat geval immers geen recht op de zaak zelf, anders dan een voorrecht op de opbrengst van de zaak.

2.7.2.1 A is eigenaar

Ondanks de overdracht van de zaak door B aan C (per c.p.), kan A (als gevolg van de relativering van de levering c.p. ten opzichte van A) ten opzichte van C nog

worden aangemerkt als eigenaar. Tegen A immers werkt de levering c.p. niet. A kan mijns inziens een zelfde positie geven aan een derde (X), door zijn “relatieve eigendom” over te dragen. Na overdracht van deze “relatieve eigendom” door A aan X, is C dus eigenaar van de zaak ten opzichte van een ieder, met uitzondering van X.¹²⁶

De vraag is, of X, als hij voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:86 BW,¹²⁷ beschermd kan worden indien hij meende niet slechts een “relatieve eigendom” te verkrijgen, maar een volledige. Ik meen dat X aldus inderdaad beschermd kan worden tegen de – wat ik ook maar weer zal noemen – “beperkte” beschikkingsbevoegdheid van A (namelijk de bevoegdheid om alleen over een “relatieve eigendom” te beschikken), en volledige eigendom verkrijgt.¹²⁸ Dat geldt mijns inziens ook als A aan X per c.p. zou leveren. C is ten opzichte van X immers geen oudere

¹²⁶ Anders: Salomons, ‘Brekebeentje gevloerd. Levering door constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde bezitter en art. 3:90 lid 2 BW’, *WPNR* 6097 (1993), p. 487. In de opvatting van Salomons heeft X, anders dan A, niet een ouder recht, zodat C ook ten opzichte van X eigenaar van de zaak is. De hier (door mij) verdedigde opvatting is, zo betoogt Salomons, een ‘vrome leugen’, die niet door de wetgever is gewild, waarbij hij verwijst naar artikel 3:291 BW, in welk artikel onderscheid wordt gemaakt tussen derden die een ouder recht hebben en derden die een recht hebben verkregen nadat de vordering van de retentor is ontstaan. Zie ik het goed, dan meent Salomons dat degene die een recht van vruchtgebruik had op de zaak alvorens de vordering van de retentor is ontstaan (A) een ouder recht heeft, terwijl degene aan wie A dit recht vervolgens (ná het ontstaan van de vordering van de retentor) overdraagt een (wat ik hier noem) jonger recht zou hebben. Dat is mijns inziens niet juist. Weliswaar kan men niet méér overdragen dan men zelf heeft, maar ook niet mínder. A kan aan X het recht overdragen dat hij hééft, en dat is een recht dat kan worden ingeroepen tegen de retentor. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat een bank (A), die een hypotheekrecht heeft op een huis, de vordering waarvoor het hypotheekrecht is gevestigd niet, althans niet voor een redelijk bedrag, kan overdragen aan een derde (X) als inmiddels (door C) een retentierecht wordt uitgeoefend op het huis. In die opvatting immers heeft X een jonger recht, dat hij niet kan inroepen tegen C. Dit betekent voorts, dat C er béter van wordt als A die vordering overdraagt. Mijns inziens zet X juist de positie van A als derde met een ouder recht voort, zodat X zijn hypotheekrecht wel degelijk ook aan C kan tegenwerpen. Dit is ook in overeenstemming met het doel van de regeling bij het retentierecht: C mag van latere beschikkingshandelingen niet slechter worden, maar hij hoeft er ook niet beter van te worden.

¹²⁷ Opgemerkt zij, dat aan de voorwaarden van artikel 3:86 BW niet kan worden voldaan als de zaak bij A is gestolen. Dan is A immers de macht over de zaak kwijt, zodat alleen de leveringswijze van artikel 3:95 BW voor hem openstaat. In dat geval kan A sowieso X alleen “relatieve eigendom” overdragen en kan X slechts in uitzonderingsgevallen bescherming ontlenen aan artikel 3:36 BW (artikel 3:88 BW helpt X niet, nu de (gedeeltelijke) onbevoegdheid van A niet voortvloeit uit een titel- of leveringsgebrek in een eerdere overdracht). Hierbij moet overigens worden bedacht dat deze casus zich niet snel zal voordoen. Aan relativering van het recht van A wordt immers alleen toegekomen voor zover C beroep kan doen op artikel 3:86 BW, en die mogelijkheid is in het geval van een gestolen zaak beperkt (zie lid 3 van het artikel).

¹²⁸ Een enigszins vergelijkbare positie heeft de verkoper die onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd. Ook hij kan alleen zijn (in dit geval) voorwaardelijke eigendom overdragen aan een derde, maar de derde kan (als aan de vereisten is voldaan) wel een beroep op bescherming doen, waarmee hij volledige eigendom verkrijgt. Zie hieromtrent Asser-Van Mierlo-Mijnssen-Van Velten, 2003 (3-III), nr. 427.

gerechtigde in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW. Integendeel, zoals hierboven is besproken heeft X een ouder recht dan C. In dat geval wordt de levering c.p. door A aan X dus niet gerelativeerd ten opzichte van X.

2.7.2.2 *A heeft een beperkt recht*

Ook als A een beperkt recht op de zaak heeft (dat hij door de overdracht B-C met levering c.p. alleen nog ten opzichte van C geldend kan maken), kan hij dit “relatieve” recht (althans, bij pandrecht, als sequeel van overdracht van de vordering waarvoor het pandrecht is gevestigd, vgl. artikel 3:7 BW en artikel 6:142 BW) overdragen aan X, en aldus X een eveneens “relatief” recht geven. X wordt daarmee alleen ten opzichte van C beperkt gerechtigde ten aanzien van de zaak. Verwezen zij naar het voorgaande, par. 2.7.2.1.

Indien X voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:98 jo. artikel 3:86 BW resp. artikel 3:238 BW¹²⁹ kan hij een beroep doen op bescherming tegen de (gedeeltelijke) “onbevoegdheid” van A (namelijk om over een recht te beschikken dat niet alleen kan worden ingeroepen tegen C, maar ten opzichte van een ieder), en wordt X ten opzichte van een ieder beperkt gerechtigde ten aanzien van de zaak. Verwezen zij naar het voorgaande, par. 2.7.2.1.

2.7.2.3 *A is bevoorrecht schuldeiser*

A kan zijn positie als bevoorrecht schuldeiser van B “overdragen” aan X door zijn vordering op B te cederen aan X (artikel 3:84 jo. 3:94 BW). Door de cessie verkrijgt X (ook) het voorrecht (artikel 6:142 BW) en zet X dus de positie van A voort. X kan de vordering met voorrang op de zaak verhalen.

2.7.3 *Vestiging van een beperkt recht door A ten behoeve van X*

A kan, als eigenaar (dat wil zeggen: in zijn verhouding tot C), een beperkt recht op de zaak vestigen. Als beperkt gerechtigde (wederom: ten opzichte van C) kan hij een beperkt recht op zijn beperkte recht vestigen. Als bevoorrecht schuldeiser kan A een beperkt recht op de vordering vestigen. De gevolgen daarvan zullen in het hiernavolgende worden besproken.

2.7.3.1 *A is eigenaar*

Als gezegd kan A als eigenaar een beperkt recht op de zaak vestigen ten behoeve van X. Hij is daartoe immers, in de relatie tot C, bevoegd, nu hij (als gevolg van de relativering van de levering c.p. door B aan C) ten opzichte van C eigenaar is

¹²⁹ Er zij op gewezen dat X (mijns inziens overigens ten onrechte, vgl. par. 2.2) pas een beroep kan doen op bescherming krachtens artikel 3:238 BW als de zaak in zijn macht komt.

van de zaak. Nu het hier om roerende zaken gaat, kan dit beperkte recht zijn een recht van vruchtgebruik of een pandrecht.

Vestiging van een recht van vruchtgebruik kan, afhankelijk van de vraag of A de macht over de zaak heeft, langs de weg van artikel 3:90 BW jo. artikel 3:115 sub a en c BW, resp. langs de weg van artikel 3:95 BW. Vestiging van een pandrecht kan, nu de zaak zich onder B bevindt, langs de weg van artikel 3:236 lid 1 BW (middels een tweezijdige verklaring)¹³⁰ en langs de weg van artikel 3:237 BW.

De vraag is, ten opzichte van wie X dit beperkte recht kan uitoefenen. A kan zijn eigendomsrecht (krachtens artikel 3:90 lid 2 BW) alleen tegenwerpen aan C. Geldt dit ook voor X? In dit geval krijgt X, anders dan bij *overdracht* van een recht (zie par. 2.7.2), een recht dat jonger is dan het recht van C. Het recht van X ontstaat immers pas door de vestiging. Er is dan geen sprake van een ouder recht in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW, zodat X zijn recht niet zou kunnen tegenwerpen aan C. Aan de andere kant zou betoogd kunnen worden, dat de vestiging van een beperkt recht in wezen een overdracht is van bevoegdheden die deel uitmaken van het hoofdrecht.¹³¹ Dat hoofdrecht is het eigendomsrecht van A, en dat recht kan A als gezegd wél tegen C inroepen. In dat geval zou X zijn recht wél kunnen tegenwerpen aan C. Dat is mijns inziens echter niet juist. De vestiging van een beperkt recht moet naar mijn mening worden gezien als het in het leven roepen van een nieuw recht, dat weliswaar voortvloeit uit een reeds bestaand recht, maar tóch met die vestiging pas ontstaat. Al is het beperkte recht dus gevestigd door A, die in de relatie tot C beschikkingsbevoegd is, feitelijk kan X, ten behoeve van wie dit recht is gevestigd, het beperkte recht tegen niemand inroepen, zelfs niet tegen C.

De vraag is, of X eventueel in bescherming zou kunnen worden genomen. Ik meen dat X, als hij voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:98 jo. artikel 3:86 BW, resp. artikel 3:238 BW – net als in het geval van een eigendomsoverdracht (zie par. 2.7.2.1) – beschermd kan worden tegen de “beperkte” beschikkingsbevoegdheid van A (namelijk de bevoegdheid om alleen over een relatief recht te beschikken). Daarmee is X ten opzichte van een ieder rechthebbende van een beperkt recht op de zaak. Ook ten opzichte van C: X heeft dan immers niet slechts een beperkt recht op een “relatief recht”, maar wordt geacht een beperkt recht op een “volledig recht” te hebben.

¹³⁰ Vgl. Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, 2006, p. 581.

¹³¹ Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 404.

2.7.3.2 *A heeft een beperkt recht*

Als beperkt gerechtigde kan A een beperkt recht op zijn beperkte recht vestigen ten behoeve van X. Nu daarmee een “nieuw” recht ontstaat, krijgt X daarmee echter een recht dat hij tegen niemand kan inroepen. Dat is alleen anders als hij beschermd wordt tegen het feit dat A slechts een “relatief” recht heeft (en X dus voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:98 jo. 3:86 BW resp. artikel 3:238 BW). Verwezen zij naar hetgeen hierboven is gesteld ten aanzien van de situatie dat A eigenaar is (zie par. 2.7.3.1).

2.7.3.3 *A is bevoorrecht schuldeiser*

Voor A als bevoorrecht schuldeiser bestaat niet de mogelijkheid een beperkt recht op dit voorrecht te vestigen. Een voorrecht is immers niet een recht in de zin van artikel 3:83 BW, zodat A hierover niet kan beschikken, anders dan over de vordering zelf. A kan wél een beperkt recht op de vordering (op B) vestigen ten behoeve van X. Daarmee kan X – bij inning van de vordering ten laste van B – het voorrecht uitoefenen.¹³²

2.7.4 *Verlening van een persoonlijk recht door A ten behoeve van X*

Nu de zaak zich niet onder A bevindt, is de kans klein dat hij een persoonlijk recht verleent aan X.

Als A een persoonlijk recht verleent aan een derde (X), kan X zijn recht in beginsel niet tegenwerpen aan C als deze laatste vervolgens afgifte van de zaak verkrijgt. X heeft immers slechts een persoonlijk recht in zijn relatie tot A, terwijl C geen schuldeiser is – aan wie onder omstandigheden persoonlijke rechten kunnen worden tegengeworpen (zie par. 3.6.2.4). Voor zover ik kan overzien is hier, afgezien van eventueel onrechtmatig handelen door C ten opzichte van X¹³³, slechts een uitzondering voor het retentierecht (artikel 3:291 BW). De kans dat X een retentierecht verkrijgt op de zaak is evenwel zeer klein, nu de zaak zich niet onder A, maar onder B bevindt.

2.7.5 *Verhaal op de zaak door schuldeisers van A*

Ten aanzien van de vraag of schuldeisers van A hun vordering kunnen verhalen op (het recht van A op) de zaak, moet wederom onderscheid gemaakt worden naar gelang de positie van A.

¹³² Zie (ten aanzien van pandrecht) (met verwijzing naar andere opvattingen in de literatuur) Asser-Van Mierlo-Mijnssen-Van Velten, 2003 (3-III), nr. 112.

¹³³ Vgl. (onder meer) HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch); HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé); HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (Van Oosterom/Baas-Van Oosterom) en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (Van de Ven Neunen BV/Erven Slegers c.s.).

2.7.5.1 *A is eigenaar*

Als A eigenaar is, kunnen schuldeisers van A hun vordering mijns inziens verhalen op de zaak. Ten opzichte van A behoort de zaak immers tot zijn vermogen. Schuldeisers van A kunnen zich verhalen op het vermogen van A en dus op de zaak. C is weliswaar ten opzichte van ieder ander dan A (en dus in beginsel óók ten opzichte van schuldeisers van A) eigenaar van de zaak, maar nu schuldeisers van A zich op *het vermogen van A* kunnen verhalen (artikel 3:276 BW), en de zaak tot dit vermogen behoort, kunnen de schuldeisers van A zich op die zaak verhalen. Daarbij hoeven die schuldeisers mijns inziens niet te concurreren met schuldeisers van C. A heeft een “sterker recht” dan C, en deze verhouding geldt ook voor de schuldeisers van beide partijen.

Uiteraard geldt een en ander tot aan de relativering een einde is gekomen doordat de zaak alsnog in handen van C is gekomen en C op dat moment te goeder trouw is. In dat geval behoort de zaak niet langer tot het vermogen van A (ook niet ten opzichte van C), zodat schuldeisers van A hun vordering niet meer op die zaak kunnen verhalen.

2.7.5.2 *A heeft een recht van vruchtgebruik*

De positie van de schuldeisers van A-vruchtgebruiker is mijns inziens dezelfde als die in het geval A eigenaar van de zaak is. Schuldeisers van A kunnen hun vordering in beginsel verhalen op het recht van vruchtgebruik (vgl. artikel 3:223 BW). Daarbij hoeven zij niet te concurreren met schuldeisers van C. Ten opzichte van A immers “bestaat” (het eigendomsrecht op de zaak van) C niet, en ten opzichte van schuldeisers van A geldt hetzelfde.

2.7.5.3 *A is pandhouder of bevoorrecht schuldeiser*

Als A bevoorrecht schuldeiser of pandhouder is, kunnen schuldeisers van A hun vordering mijns inziens op de zaak verhalen – zij het via een omweg. In dit geval heeft A een vordering op B, versterkt met een pandrecht resp. een voorrecht. Schuldeisers van A kunnen derdenbeslag leggen op die vordering onder B, en bij de executie gebruik maken van de daaraan verbonden zekerheden¹³⁴ en voorrechten¹³⁵. Dat betekent dat zij hun vordering kunnen verhalen op de zaak waarop A een pandrecht heeft, resp. ten aanzien waarvan A een voorrecht heeft op de executieopbrengst. Daarbij hoeven zij als gezegd niet te concurreren met schuldeisers van C, nu A (krachtens artikel 3:90 lid 2 BW) een “sterker” recht heeft dan C en deze verhouding ook geldt voor de schuldeisers van beide partijen.

¹³⁴ Zie HR 11 maart 2005, NJ 2006, 362 (Rabo/Hengstmengel c.s.) (waaruit ook voor het pandrecht lijkt te volgen dat schuldeisers van de pandhouder gebruik kunnen maken van het pandrecht, vergelijk de noot van Snijders onder het arrest).

¹³⁵ Zie HR 7 januari 1983, NJ 1983, 542 (Ontvanger/Guensberg q.q.).

2.7.6 *A gaat failliet*

Ook als A failliet gaat, moet onderscheiden worden naar gelang de rechtspositie van A.

2.7.6.1 *A is eigenaar*

Als A eigenaar is van de zaak, kan de curator (zolang aan de relativering geen einde is gekomen) afgifte van de zaak vorderen (artikel 5:2 BW) en valt de (opbrengst van de) zaak in de boedel.

2.7.6.2 *A heeft een recht van vruchtgebruik*

In faillissement van A kan de curator afgifte van de zaak vorderen (artikel 3:218 BW). (De opbrengst van) het recht van vruchtgebruik valt dan in de boedel.

2.7.6.3 *A is pandhouder of bevoorrecht schuldeiser*

Zowel indien A pandhouder is als in het geval A bevoorrecht schuldeiser is, bestaat voor de curator in het faillissement van A de mogelijkheid de zaak (paraat, resp. na de verkrijging van een executoriale titel) te executeren en de vordering van A (op B) met voorrang op de opbrengst te verhalen, waarna die opbrengst in de boedel valt. Verwezen zij naar par. 2.7.5.3.

2.8 **Gevolgen van de relativering voor de verhouding tussen de vervreemder (B) en de verkrijger (C)**

2.8.1 *Inleiding*

(Pas) nadat A afgifte van de zaak heeft gevorderd en verkregen, blijkt C (in ieder geval gedeeltelijk¹³⁶) met lege handen te staan. In het hiernavolgende zal worden besproken of en in hoeverre C van B schade kan vorderen en of C deze vordering tot schadevergoeding in concurrentie met A (als crediteur) op het vermogen van B kan verhalen.

Indien A een pandhouder of bevoorrecht schuldeiser is, bestaat de mogelijkheid dat er na voldoening van de vordering van A nog een executieoverschot is. Normaal gesproken komt dit overschot toe aan B (vgl. artikel 480 Rv resp. artikel 3:253 BW). Ten opzichte van A is dat ook hier het geval. Voor A is de situatie juridisch gezien immers dat hij zijn vordering verhaalt op een zaak van B. A zal het overschot weliswaar aan B moeten geven, maar B zal dit moeten doorbetalen aan C. Ten

¹³⁶ Namelijk in het geval A een beperkt recht had of bevoorrecht schuldeiser was.

opzichte van C heeft B immers geen recht op dit overschot, nu C (ten opzichte van B) eigenaar was van de zaak. In een eventueel faillissement van B betekent dit dat het bedrag buiten de boedel valt en – zonder omslag in de faillissementskosten – aan C betaald moet worden. Tot dat bedrag lijdt C dan ook geen schade, zodat hij in zoverre geen vordering heeft op B.

2.8.2 C heeft een vordering uit toerekenbare tekortkoming

Vóórdat A afgifte van de zaak heeft gevorderd, is er tussen B en C niets aan de hand; B was op grond van de overeenkomst B-C verplicht tot levering van de zaak en heeft aan die verplichting voldaan. Met de afgifte van de zaak aan A komt hierin verandering. Door de afgifte verandert niets aan de overeenkomst B-C; deze is net zo geldig als vóór de afgifte. Nu echter blijkt B niet te hebben voldaan aan zijn uit die overeenkomst voortvloeiende verplichting tot levering (vgl. artikel 7:15 BW). C heeft daarmee alle remedies die gelden bij een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. Nakoming echter zal – in beginsel¹³⁷ – niet mogelijk zijn, nu de zaak aan A is afgegeven. C zal dus genoeg moeten nemen met vervangende en eventueel aanvullende schadevergoeding.¹³⁸

2.8.3 C heeft een vordering uit subrogatie, maar niet ten opzichte van A

Indien A pandhouder of bevoorrecht schuldeiser is en zijn vordering (met voorrang) op de zaak verhaalt, heeft C naast een vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming een vordering uit subrogatie. Immers, een – ten opzichte van ieder ander dan A – aan C toebehorende zaak wordt uitgewonnen voor de vordering die A op B heeft. Een en ander wordt ook bevestigd in de parlementaire geschiedenis:

“Dat een aan een ander dan de schuldenaar toebehorend goed kan worden uitgewonnen voor de schuld, kan het gevolg zijn van een recht van pand of hypotheek dat hetzij door de betalende derde zelf, hetzij door een van zijn rechtsvoorgangers op het goed was gevestigd; het kan ook voortkomen uit een op het goed rustend wettelijk verhaalsrecht, b.v. krachtens artikel [3:90 lid 2] (...).”¹³⁹

Deze vordering heeft ten opzichte van een vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming voor C het voordeel, dat hij gebruik kan maken van aan de vordering van A verbonden voor- of zekerheidsrechten. De vordering heeft echter ook

¹³⁷ Als sprake is van een genuszaak is nakoming wel mogelijk.

¹³⁸ Ik abstraheer hier van mogelijke andere verplichtingen die voortvloeien uit de (specifieke) overeenkomst tussen B en C.

¹³⁹ Parl. Gesch. Boek 6 (TM), p. 558.

een belangrijk nadeel ten opzichte van de vordering uit toerekenbare tekortkoming: de vordering bestaat niet ten opzichte van A. A immers heeft zijn vordering verhaald op een (voor hem) aan B toebehorende zaak, zodat ten opzichte van A niet aan de vereisten voor subrogatie is voldaan. C wordt daarmee als het ware relatief rechthebbende van een vordering uit hoofde van subrogatie.

2.8.4 Concurrentie met A, maar niet wat de vordering uit subrogatie betreft

De vraag in hoeverre C in concurrentie mag treden met A voor het verhaal van zijn vordering, speelt natuurlijk alleen in het geval A schuldeiser is van B en hij zijn vordering niet volledig heeft kunnen verhalen op de (per c.p. aan C geleverde) zaak.

Zoals volgt uit hetgeen hiervoor is besproken, kan C de vordering uit subrogatie niet op het vermogen van B verhalen in concurrentie met A, nu deze vordering ten opzichte van A niet bestaat. Is de vordering van A dus nog niet (volledig) voldaan door verhaal op de zaak, dan zal C moeten wachten tot A volledig is voldaan. Voor de vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming geldt dit niet. Deze vordering bestaat immers ook ten opzichte van A. Ik meen dat er, anders dan bij de actio pauliana en beslag (zie par. 3.8.3.2 en par. 4.8.2-4.8.4), ook geen reden is C wat die vordering betreft (gedeeltelijk) achter te stellen bij A. Waar bij de actio pauliana en beslag C een (recht op een) zaak heeft verkregen, wetende dat A daardoor benadeeld zou worden, althans dat A beslag op die zaak had gelegd, is C hier een derde te goeder trouw die wordt achtergesteld bij A om de enkele reden dat hij heeft gekozen voor een bepaalde leveringswijze. Dan is er ook geen reden C verder achter te stellen bij A dan al is gebeurd (namelijk door de mogelijkheid voor A om zijn vordering met voorrang op de zaak (van, ten opzichte van ieder ander dan A, C) te verhalen).

3 Actio pauliana

3.1 Inleiding

Met behulp van een actio pauliana¹⁴⁰ kunnen schuldeisers onder bepaalde omstandigheden rechtshandelingen van hun schuldenaar vernietigen. Kort gezegd gaat het daarbij om rechtshandelingen die de schuldeisers benadelen in hun verhaalsmogelijkheden. Slaagt de actio pauliana, dan wordt de betreffende rechtshandeling (alleen) ten opzichte van de schuldeiser die de actio heeft ingesteld, vernietigd. In het geval de door schuldeiser (van B) A vernietigde rechtshandeling de vervreemding van een zaak door B aan C betrof, is C dus ten opzichte van een ieder, met uitzondering van A, eigenaar van de zaak. Ook hier is derhalve sprake van een relativering van eigendom.¹⁴¹

De actio pauliana kan worden ingesteld zowel in (artikel 42 e.v. Fw) als buiten faillissement (artikel 3:45 e.v. BW).¹⁴² Beide vormen zullen – voor zover in het kader van dit onderzoek relevant – in dit hoofdstuk worden besproken. Daarbij zal ik zoveel mogelijk in de hoofdtekst de pauliana buiten faillissement bespreken en – voorzover van toepassing – in een kleiner kader de afwijkende regeling of gevolgen van de faillissementspauliana.

Overigens is de vernietiging die met behulp van de pauliana wordt bewerkstelligd in twee opzichten relatief: niet alleen wordt de rechtshandeling slechts vernietigd ten behoeve van de schuldeiser die een beroep op de pauliana doet (hetgeen algemeen wordt aangeduid als de subjectief-relatieve werking van de vernietiging), de rechtshandeling wordt ook niet verder vernietigd dan nodig is ter opheffing van

¹⁴⁰ Zoals Mellema-Kranenburg terecht opmerkt, is de benaming actio pauliana strikt genomen onjuist, omdat voor een beroep op de pauliana niet altijd een vordering (een "actio") behoeft te worden ingesteld. Zie Studiepockets privaatrecht Nr. 45 (Mellema-Kranenburg), *De actio Pauliana*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 1. Vgl. ook Ankum, *De geschiedenis der "Actio Pauliana"* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 63. Omdat deze benaming vrij algemeen wordt gebruikt, zal ik deze in het hiernavolgende ook hanteren.

¹⁴¹ Bij de actio pauliana betreft de relativering niet alleen eigendomssituaties, terwijl bovendien het werkingsterrein van de actio pauliana niet is beperkt tot (roerende) zaken. Op grond van de actio pauliana kunnen immers in beginsel alle rechtshandelingen vernietigd worden. Voor de vergelijkbaarheid van de diverse vormen van relativering die in dit onderzoek aan de orde zijn, zal ik in het hiernavolgende (zoveel mogelijk) uitgaan van paulianeuze rechtshandelingen met betrekking tot een roerende zaak. Daarbij zal in beginsel worden aangenomen dat de paulianeuze rechtshandeling de koop (overdracht) van een dergelijke zaak betreft. Verwezen zij naar hoofdstuk 1.

¹⁴² De actio pauliana kent ook verschijningsvormen in andere bepalingen in het BW. Zie bijvoorbeeld artikel 3:264 BW.

het door die schuldeiser geleden nadeel; voor het overige is de rechtshandeling geldig (de objectief-relatieve werking van de vernietiging). Beide verschijningsvormen van de relatieve werking van de vernietiging zijn expliciet opgenomen in artikel 3:45 lid 4 BW.

Alleen de eerstgenoemde vorm is een relativering in de zin die in dit onderzoek aan de orde is; de tweede vorm geeft slechts een beperking aan de omvang van de relativering.¹⁴³ Dit hoofdstuk zal zich dan ook concentreren op de subjectief-relatieve werking van de vernietiging. Waar nodig wordt ook aandacht besteed aan de objectief-relatieve werking van de vernietiging (zie bijvoorbeeld par. 3.8.4.1).

3.1.a Relatieve werking faillissementspauliana

Ook de faillissementspauliana kent de twee vormen van relatieve werking: (i) de rechtshandeling wordt alleen vernietigd ten behoeve van de boedel (subjectief-relatieve werking van de vernietiging) en (ii) niet verder dan nodig is ter opheffing van het door de boedel geleden nadeel (objectief-relatieve werking van de vernietiging). Betoogd wordt wel dat in faillissement van objectief-relatieve nietigheid geen sprake is, maar dat de nietigheid daar (in die zin) absoluut werkt.¹⁴⁴ Dat moge juist zijn, maar de wettelijke regeling komt wat het resultaat betreft op hetzelfde neer als een objectief-relatieve werking van de nietigheid. Verwezen zij naar par. 3.8.4.1.

3.2 Ratio relatieve werking vernietiging

De actio pauliana stamt uit het Romeinse recht.¹⁴⁵ Van oudsher is het *doel* van de actio pauliana bescherming van schuldeisers tegen door hun schuldenaar onverplicht verrichte rechtshandelingen, waardoor het voor die schuldeisers

¹⁴³ Vgl. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 228.

¹⁴⁴ Wessels, 'Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana', *WPNR* 6535 (2003), p. 420+421; Van Hees, 'Enkele pauliana-perikelen', in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*. (S.C.J.J. Kortmann), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 575; Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 200. en A. Van Hees, Faillissementswet (Losbl.), aant. 10 bij artikel 42 Fw.

¹⁴⁵ Zie voor een historische achtergrond van de actio pauliana onder meer Van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887; Land, *De actio Pauliana en hare historische ontwikkeling* (diss. Groningen), Groningen: Scholtens en zoon 1896; Ankum, *De geschiedenis der "Actio Pauliana"* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962 en Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

beschikbare verhaalsvermogen van de schuldenaar zodanig vermindert, dat geen volledig verhaal meer mogelijk is, of een al onvoldoende mogelijkheid tot verhaal verder wordt verkleind. De vraag die thans moet worden beantwoord is waarom de vernietiging, die met behulp van de pauliana wordt bewerkstelligd, slechts relatieve werking heeft, namelijk alleen werking ten opzichte van de schuldeiser die de rechtshandeling heeft vernietigd.

De relatieve werking van de vernietiging van een rechtshandeling op grond van artikel 3:45 BW is in 1992 voor het eerst gecodificeerd (artikel 3:45 lid 4 BW). De voorganger van artikel 3:45 BW, artikel 1377 (oud) BW, bevatte geen met artikel 3:45 lid 4 BW vergelijkbare bepaling. In de literatuur werd (vrij algemeen) aangenomen dat ook al onder de werking van artikel 1377 (oud) BW een vernietiging (destijds: actie tot nietigverklaring) met behulp van de actio pauliana tot gevolg heeft dat alleen de schuldeiser die de rechtshandeling heeft vernietigd de betreffende handeling kan negeren (en ook nog eens alleen voor zover hij in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld), terwijl deze handeling overigens en ten aanzien van alle andere personen zoveel mogelijk de normale gevolgen heeft.¹⁴⁶ Dit omdat, aldus Rutten:

“de bevoegdheid om rechtshandelingen van de schuldenaar aan te tasten aan schuldeisers [is] gegeven teneinde hen te beschermen tegen verkorting van hun verhaalsrecht. De gevolgtrekking ligt voor de hand, dat het uitoefenen van dit recht geen verdere strekking behoort te hebben dan crediteuren tegen benadeling te vrijwaren. De Pauliana beantwoordt aan haar doel, indien de schuldeiser die er een beroep op doet kan handelen alsof de betreffende rechtshandeling niet was gesteld. Daartoe is voldoende, dat die rechtshandeling ten aanzien van de crediteur die de nietigheid er van inroept als niet-bestaande wordt aangemerkt.”¹⁴⁷

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt, dat met de codificatie van de relatieve werking van de vernietiging in artikel 3:45 lid 4 BW is aangesloten bij de hierboven genoemde opvattingen in de literatuur:

¹⁴⁶ Zie onder meer (met verwijzingen) noot Meijers onder HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder); Eggens, *Praeadvies over Vormen van nietigheid en bekrachtiging van rechtshandelingen, te behandelen in de Algemene Vergadering van de Broederschap der candidaat-Notarissen*, Den Haag: Belinfante 1947, p. 20+21; Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 172+173 en Asser-Rutten, 1968, p. 304.

¹⁴⁷ Asser-Rutten, 1968, p. 303. Vgl. ook Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 450 en Eggens, *Praeadvies over Vormen van nietigheid en bekrachtiging van rechtshandelingen, te behandelen in de Algemene Vergadering van de Broederschap der candidaat-Notarissen*, Den Haag: Belinfante 1947, p. 20+21 (zij het dat Eggens hier meer de nadruk lijkt te leggen op de objectief-relatieve werking van de nietigheid).

“De vernietiging werkt echter alleen ten behoeve van de schuldeiser, die haar vraag en niet verder dan zijn belang vordert. Deze gedachte, die reeds nu in artikel 1107 B.W.¹⁴⁸ is weer te vinden en ook in onze literatuur reeds is uitgesproken, is in het [vierde] lid van het artikel neergelegd.”¹⁴⁹

De ratio van de relativering van de vernietiging op grond van de pauliana is dan ook, dat de pauliana schuldeisers beschermt in hun verhaalsrecht, zodat een vernietiging op basis van de actio pauliana niet verder mag gaan dan nodig is ter bescherming van dat verhaalsrecht.

3.2a Ratio relatieve werking faillissementspauliana

De ratio van de relatieve werking van de faillissementspauliana is dezelfde als die van de pauliana buiten faillissement:

“Kunnen de schuldeisers in het algemeen eene aanspraak slechts doen gelden op het voorhanden vermogen van hunnen schuldenaar, de Pauliana stelt hen in staat zich onder bepaalde omstandigheden nog bovendien te verhalen op zaken, die reeds uit dat vermogen gegaan zijn, door aan de handeling huns schuldenaars, waardoor die vervreemding bewerkstelligd werd, te hunnen bate hare rechtskracht te ontnemen. (...) Het geldt hier eene nietigheid in het uitsluitend belang der schuldeisers, waaraan dus ook niemand anders dan zij eenig recht mogen ontleenen.”¹⁵⁰

3.3 Werking van de relativering

3.3.1 Wijze waarop de relativering is vormgegeven

Zoals bekend, kiest artikel 3:45 BW voor *vernietiging* van de rechtshandeling (en wel met relatieve werking). Waaróm voor vernietiging is gekozen is, zo zal hierna blijken, niet eenvoudig vast te stellen.

Onze actio pauliana is gebaseerd op het Franse recht en uiteindelijk, zoals reeds aangegeven, op het Romeinse recht. In het Romeinse recht was de actio pauliana, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, een actie gericht op herstel van

¹⁴⁸ In artikel 1107 (oud) BW was een bijzondere pauliana-bepaling neergelegd voor de verwerping van een erfenis. Het artikel bepaalde dat “de verwerping der erfenis niet verder dan ten voordeele der schuldeisers en ten beloope van hunne schuldvorderingen [wordt] vernietigd.” Vgl. thans de artikelen 4:205 BW en 4:219 BW.

¹⁴⁹ Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 215.

¹⁵⁰ Van der Feltz I (MvT), p. 433+439.

een vroegere toestand, dan wel een schadevergoedingsactie.¹⁵¹ Bij de codificatie van de pauliana in het Franse recht is het rechtskarakter van de pauliana niet duidelijk uitgewerkt; de Code Civil bepaalde slechts dat schuldeisers bepaalde handelingen van hun schuldenaar konden “attaquer”. Over de juiste interpretatie van het woord “attaquer” bestond discussie: onduidelijk was, of het hier ging om nietigheid, nietigverklarbaarheid dan wel vernietigbaarheid, of om een persoonlijke actie tot schadevergoeding.¹⁵² In navolging van het Franse recht is in artikel 1377 van het BW van 1838 vastgelegd, dat schuldeisers tegen de bedrieglijke handelingen van hun schuldenaren konden “opkomen”. Ook deze term geeft geen duidelijkheid omtrent het karakter van de actio pauliana.

In 1884 brengt de Hoge Raad licht in de duisternis: naar het oordeel van de Hoge Raad wordt met “opkomen” in artikel 1377 (oud) BW bedoeld een nietigheidsactie:

*“dat bij art. 1377 B.W. aan de schuldeischers het recht gegeven wordt om op te komen tegen de handelingen, door hunnen schuldenaar tot bedriegelijke verkorting hunner rechten gedaan, dat is, zooals ook uit art. 1490 B.W. en art. 777 W.v.K. blijkt, de nietigverklaring van die handelingen te vorderen, in zoverre die handelingen hunne rechten verkorten;”*¹⁵³

De Hoge Raad baseert dit oordeel (mede) op de artikelen 777 (oud) WvK (de toenmalige faillissementspauliana) en artikel 1490 (oud) BW – een wetssystematische interpretatie dus.¹⁵⁴ Het is echter maar de vraag of de Hoge Raad uit die artikelen wel kon afleiden dat een nietigheidsactie was bedoeld. Inderdaad heeft de wetgever in artikel 1490 (oud) BW de pauliana onder de rechtsoverdrachten tot nietigheid geplaatst, maar waaróm is onduidelijk – zoals Van Leijden opmerkt is dit “plots en ongemotiveerd” gebeurd.¹⁵⁵ Ook staat niet vast waarom de wetgever

151 Van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887, p. 27 e.v.; Land, *De actio Pauliana en hare historische ontwikkeling* (diss. Groningen), Groningen: Scholten en zoon 1896, p. 35 e.v. en Ankum, *De geschiedenis der “Actio Pauliana”* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 121 e.v., 143 e.v., 167 e.v., 299 e.v. en 351.

152 Vgl. Van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887, p. 43 en Ankum, *De geschiedenis der “Actio Pauliana”* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 299 en 376 e.v. Vgl. in dit verband ook Sagaert, ‘De gevolgen van de actio pauliana en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking’, *TBBR* 2001 (10), p. 569 e.v.

153 Zie HR 28 maart 1884, W. 1884, 5019 (Nationale Hypotheekbank/Knol c.s.). Vgl. voorts (onder meer) de conclusie van A.-G. Smits vóór dit arrest; Van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887, p. 60 e.v. en Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 56.

154 Vgl. Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 186.

155 Van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887, p. 61. Vgl. ook Caroli, ‘De actio pauliana in het Fransche en Nederlandsche recht’, in: *Rechtsgeleerde Bijdragen en Bijblad*. (S.J. Hingst en A.F.L. Gregory), Amsterdam: Johannes Müller 1887, p. 29, die opmerkt dat de wetgever zich daarbij “geheel volgens de lijn, die de geschiedenis van

de faillissementspauliana in artikel 777 (oud) WvK een nietigheidskarakter heeft gegeven.¹⁵⁶ Ankum stelt dat artikel 777 (oud) WvK is afgeleid van de artikelen 773-775 (oud) WvK.¹⁵⁷ Deze artikelen verklaarden bepaalde handelingen verricht binnen een korte periode voorafgaande aan het faillissement nietig (vgl. thans artikel 43 Fw). Die artikelen waren weer gebaseerd op een in de zeventiende eeuw in het Franse recht ingevoerde regeling, waar deze direct als expliciete nietigheidsactie was gecodificeerd. Ankum stelt dat onder invloed van de artikelen 773-775 WvK de leer is ontstaan dat ook de pauliana buiten faillissement een rechtsvordering tot nietigverklaring is. Anderen stellen echter dat met artikel 777 (oud) WvK niet méér is bedoeld dan een letterlijke vertaling van artikel 1377 (oud) BW¹⁵⁸ (hetgeen merkwaardig is, nu daarin als gezegd ten aanzien van het karakter van de actie niets was opgenomen), hetgeen het standpunt van Ankum ondermijnt.

Wat hier ook van zij, in 1896 is expliciet in de wettekst vastgelegd dat de pauliana een rechtsvordering tot nietigverklaring is. Dat gebeurde naar aanleiding van de wijziging van de regeling van de faillissementspauliana, welke inmiddels was vastgelegd in de artikelen 42 e.v. Fw. Artikel 1377 (oud) BW werd aangepast om de regeling in overeenstemming te brengen met die van de faillissementspauliana. Het artikel bepaalt dan expliciet dat de actio pauliana een actie tot nietigverklaring is. Het huidige BW gaat, zoals bekend, uit van vernietigbaarheid.¹⁵⁹

Vanaf de codificatie in Nederland is de pauliana dus een nietigheidsactie.

eeuwen hem had voorgeteekend [bewoog].” Deze opmerking hangt samen met zijn visie (zie nog hierna) dat de actio pauliana van oudsher een nietigheidsactie is.

- 156 Zie hieromtrent nader Van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887, p. 62 e.v., die zich afvraagt of de wetgever zich met die kennelijke wens wel voldoende heeft gerealiseerd wat de gevolgen zijn van een nietigheidsactie, namelijk een actie die de rechtshandeling vernietigt ex tunc, met alle gevolgen van dien voor derden te goeder trouw die inmiddels een recht op het goed hebben verkregen. Zie voor kritiek op zijn visie Molengraaff, ‘Boekbespreking A.F. v. Leijden en J.P.N. Caroli’, *R.M.* 1887, p. 619+620. Toch was de kritiek van Van Leijden op het kennelijke nietigheidskarakter van de faillissementspauliana niet onterecht, getuige het feit dat de actio pauliana inmiddels een regeling kent die de rechten van die derden beschermt. Zie hieromtrent nader par. 3.6.2.
- 157 Zie Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 57.
- 158 Zie conclusie A.-G. Smits vóór HR 28 maart 1884, W. 1884, 5019 (Nationale Hypotheekbank/Knol c.s.) en Van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887, p. 82+83.
- 159 Zie ten aanzien van de overgang van nietigverklaarbaarheid naar vernietigbaarheid Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 121 e.v. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 215.

3.3.2 *In eerste instantie komt (ten opzichte van een ieder) eigendomsovergang tot stand, maar na de vernietiging blijkt sprake te zijn van eigendomsovergang ten opzichte van een ieder, met uitzondering van de schuldeiser die de vervreemding heeft vernietigd*

Een gevolg van de keuze voor een actie tot vernietiging van de rechtshandeling is, dat de handeling niet van aanvang af nietig is; daarvoor is steeds een beroep op de actio pauliana nodig. Dat is overigens steeds zo geweest.¹⁶⁰ Indien de paulianeuze rechtshandeling de vervreemding van de zaak betreft, komt door de gekozen vorm (vernietigbaarheid) dus in eerste instantie op de normale wijze – óók ten opzichte van de schuldeiser die de vervreemding vernietigt (A) – eigendomsoverdracht tot stand. Vóórdat een beroep op de pauliana is gedaan, is de overdracht niet nietig en evenmin relatief nietig.¹⁶¹ Nádat een beroep op de pauliana is gedaan blijkt echter, achteraf bezien, krachtens artikel 3:53 BW nooit een geldige overdracht B-C te hebben plaatsgevonden, althans niet ten opzichte van de schuldeiser die het beroep op de pauliana heeft gedaan (A). Ten opzichte van A is de vervreemder (B) nog steeds eigenaar van de zaak.

De artikelen 3:49 e.v. BW zijn van toepassing op het beroep op de nietigheid. Dat heeft onder meer gevolgen voor de wijze waarop A zijn recht moet inroepen. Artikel 3:49 BW bepaalt dat A de rechtshandeling B-C kan vernietigen hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak. Daarbij is van belang dat de buitengerechtelijke verklaring tot zowel B als C wordt gericht, althans dat zowel B als C in de gerechtelijke procedure worden betrokken (artikelen 3:50 en 51 BW. Vergelijk voorts artikel 3:56 BW). Ten aanzien van de buitengerechtelijke vernietiging is een expliciet beroep op de pauliana niet nodig. Een dergelijk beroep kan ook worden afgeleid uit een gedraging (bijvoorbeeld beslaglegging) – mits alle betrokken partijen hiervan op de hoogte worden gesteld (artikel 3:50 lid 1 BW en artikel 3:37 BW).¹⁶² Een buitengerechtelijk beroep op de vernietiging is overigens niet mogelijk in het geval het gaat om de vernietiging van een rechtshandeling met betrekking tot een geregistreerd goed.¹⁶³

160 Vgl. Van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887, p. 12 en Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 178+179.

161 Vgl. Eggens, *Praeadvies over Vormen van nietigheid en bekrachtiging van rechtshandelingen, te behandelen in de Algemene Vergadering van de Broederschap der candidaat-Notarissen*, Den Haag: Belinfante 1947, p. 19 en Ankum, 'De Pauliana in het nieuwe B.W.' *NJB* 1959 (2), p. 25.

162 Parl. Gesch. Boek 3 (Rapport aan de Koningin), p. 223 en p. 1160-1161. Vgl. voorts Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 469 en Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 136+137. Anders: Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 190.

163 Dit geldt niet voor de faillissementspauliana, zie artikel 42 Fw.

3.4 Van de relativering profiteert de schuldeiser die in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld

3.4.1 Inleiding

De actio pauliana leidt tot een vernietiging van de paulianeus verrichte rechtshandeling ten behoeve van *de schuldeiser* die tegen de betreffende rechtshandeling is opgekomen (artikel 3:45 lid 4 BW).

Artikel 3:45 BW stelt een drietal vereisten aan de hoedanigheid van degene die een beroep wil doen op de pauliana (en dus op de werking van de vernietiging): hij moet (i) een schuldeiser zijn die (ii) in zijn verhaalsmogelijkheden (iii) is benadeeld.¹⁶⁴ Over deze vereisten merk ik kort het volgende op.

Voor een beroep op artikel 3:45 BW is voldoende dat er één schuldeiser is die in zijn (“geldelijke”¹⁶⁵) verhaalsmogelijkheden is benadeeld.¹⁶⁶ Schuldeiser in de zin van artikel 3:45 BW is een ieder die krachtens een verbintenis recht heeft op een prestatie van zijn schuldenaar.¹⁶⁷ De betreffende prestatie hoeft niet de betaling van een geldsom te betreffen, maar kan bijvoorbeeld ook een doen of een niet-doen, of afgifte (levering) van een zaak betreffen.¹⁶⁸ Niet van belang is of

¹⁶⁴ De andere vereisten voor een geslaagd beroep op de pauliana (er moet kort gezegd sprake zijn van een onverplichte rechtshandeling en van (objectieve) wetenschap van de schuldenaar dat benadeling van de schuldeiser het gevolg zou zijn van zijn rechtshandeling, terwijl een rechtshandeling anders dan om niet alleen kan worden vernietigd als de partij met of jegens wie de rechtshandeling werd verricht wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn) hebben geen betrekking op de persoon van de schuldeiser en blijven hier dus buiten beschouwing.

¹⁶⁵ De zogenaamde verruimde pauliana houdt in dat koper A van een onroerende zaak, welke zaak vóór de levering aan A door verkoper B paulianeus aan C wordt verkocht en geleverd, met een beroep op de pauliana alsnog levering van de zaak aan hem kan bewerkstelligen. Deze verruimde pauliana is door de wetgever expliciet afgewezen, zie Parl. Gesch. Boek 3 (MvA), p. 216. Kritiek hierop heeft onder meer Croes, ‘Nogmaals de ruime Pauliana. Een reactie’, *WPNR* 5662 (1983). Tegen zijn betoog kan worden ingebracht dat de eerste koper (inmiddels) leveringsbeslag kan leggen op de voet van artikel 730 Rv. Overigens kan de schuldeiser die recht heeft op afgifte of levering van een zaak ook een geldvordering krijgen; als de schuldenaar deze verplichting niet nakomt, heeft de schuldeiser een vordering tot schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming. Vgl. HR 14 april 1881, W. 1881, 4635 (Van Horck/Willems c.s.), waar de Hoge Raad oordeelde: “dat toch het woord schuldeischer naar het spraakgebruik der wet allen omvat, die krachtens eene persoonlijke verbintenis het regt hebben, om van eenen schuldenaar eene zekere prestatie te vorderen, en er hier te minder reden is om alleen aan geldschulden te denken, daar zelfs verbintenissen om iets te doen worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interesten, en dus ook voor deze de aansprakelijkheid van alle roerende en onroerende goederen des schuldenaars van belang kan zijn (...).”

¹⁶⁶ Zie expliciet de tekst van artikel 3:45 BW. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 3 (OM), p. 215.

¹⁶⁷ Zie HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793 (HJSM/Van Kampen).

¹⁶⁸ Zie bijvoorbeeld HR 14 april 1881, W. 1881, 4635 (Van Horck/Willems c.s.).

de schuldeiser een recht onder tijdsbepaling heeft. Gaat het om een recht onder voorwaarde, dan is artikel 6:26 BW van toepassing.¹⁶⁹

Ook degene die door verkrijging van de vordering op de schuldenaar onder algemene of bijzondere¹⁷⁰ titel schuldeiser is geworden, kan een beroep doen op de pauliana. Erfgenamen van de partijen bij de paulianeus verrichte rechtshandeling daarentegen hebben geen beroep op de pauliana ten aanzien van handelingen van de erflater. De pauliana dient immers ter bescherming van schuldeisers, zodat zij niet toekomt aan de schuldenaar zelf en zijn wederpartij (alsmede hun erfgenamen).

Voor de vraag of een schuldeiser een beroep kan doen op de pauliana is irrelevant of zijn recht vóór, of na de benadelende rechtshandeling is ontstaan. In par. 3.4.2 zal ik bespreken of de bescherming die aldus aan jongere schuldeisers wordt geboden, terecht is.

Van benadeling in de zin van de pauliana is sprake, aldus de Hoge Raad:

“[als] de bevredigingsmogelijkheid door verhaal voor den schuldeiser geringer is dan zij geweest zou zijn indien de handeling achterwege ware gebleven.”¹⁷¹

169 Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 219. Zie ook HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (Gomez-Brandao/Joral Management); Studiepockets privaatrecht Nr. 45 (Mellema-Kranenburg), *De actio Pauliana*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, nr. 7 en Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 440+441.

170 Zie bijvoorbeeld HR 23 december 1949, NJ 1950, 262 (Boendermaker c.s./Schopman c.s.). Ankum stelt mijns inziens ten onrechte dat de pauliana niet toekomt aan rechtverkrijgenden van de schuldeiser onder bijzondere titel (Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 47). Ankum verwijst daarbij naar HR 21 februari 1873, W. 1873, 3565 (Berkelaar/Ernst c.s.) en een arrest van de Hoge Raad uit 1940 (HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder)). Uit deze arresten kan echter niet worden afgeleid dat de pauliana niet toekomt aan rechtverkrijgenden van de schuldeiser onder bijzondere titel. In het eerstgenoemde arrest ging het om persoon D die een huis van persoon C (schuldeiser van persoon A) had gekocht dat door A – die het huis eerder aan C had verkocht – aan persoon B bleek te zijn verhuypothekeerd, waarna D de vestiging van de hypotheek wilde vernietigen met een beroep op de pauliana. In het arrest uit 1940 ging het om persoon D die in een executoriale verkoop door persoon C (schuldeiser van persoon A) een recht van vruchtgebruik van A op een huis dat was verhuurd aan persoon B had gekocht, waarbij na de koop bleek dat de toekomstige huurpenningen waren afgekocht. In beide gevallen is D geen schuldeiser van A. De overgang onder bijzondere titel die Ankum hier op het oog heeft is dus niet de cessie aan D van de vordering die C op A heeft, maar de overgang van een zaak (van C) aan D. Ook Faber stelt (Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 294) dat cessie van een pauliana-actie niet mogelijk is (en zelfs een non-issue is). Daarbij ziet hij mijns inziens over het hoofd dat het niet gaat om de cessie van de rechtsvordering, maar om de cessie van de vordering die de cedent op de schuldenaar had, waardoor de cessionaris schuldeiser wordt van die schuldenaar en vervolgens uit dien hoofde een vorderingsrecht krijgt.

171 HR 23 december 1949, NJ 1950, 262 (Boendermaker c.s./Schopman c.s.). Zie ook HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.). Vgl. over benadeling voorts Ophof, *De Actio*

Of in een concreet geval sprake is van benadeling is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij het er om gaat of de met de rechtshandeling samenhangende voor- en nadelen tot benadeling van de schuldeisers hebben geleid.¹⁷² Benadeling bestaat niet alleen in het voor zich sprekende geval dat een kostbare zaak door de schuldenaar wordt weggegeven, maar bijvoorbeeld ook in het niet kunnen verwerkelijken van een aan de schuldeiser toekomend recht van voorrang.¹⁷³ Als een zaak van een schuldenaar tegen een prijs gelijk aan de normale waarde van die zaak is verkocht en daarvoor in de plaats een vordering tot betaling van de koopsom is getreden, is het van bijkomende omstandigheden (zoals bijvoorbeeld de vraag of de koper zelf voldoende verhaal biedt) afhankelijk of sprake is van benadeling.¹⁷⁴ Ook zekerheidstelling aan een schuldeiser kan leiden tot benadeling.¹⁷⁵

Niet van belang is het moment waarop de benadeling intreedt (onmiddellijk of later).¹⁷⁶ Dit is mijns inziens terecht: pas op het moment dat een schuldeiser verhaal zoekt op het vermogen van zijn schuldenaar en er op dat moment achter komt dat dit vermogen door een onverplichte rechtshandeling is verminderd, wordt voor hem de actio pauliana relevant.

3.4.2 *Terecht kunnen ook jongere schuldeisers¹⁷⁷ een beroep doen op pauliana*

3.4.2.1 *Inleiding*

Zojuist merkte ik reeds op, dat bij de pauliana niet relevant is of het recht van de schuldeiser is ontstaan vóór of ná de hem benadelende rechtshandeling. Thans

Pauliana: Terug van weggeweest of ook: 'wegwezen'? (rede EUR), Deventer: Kluwer 1992; Rank-Berenschot, 'Het benadelingsvereiste bij faillissementspauliana - Inaugurale rede H.P.J. Ophof', *Advocatenblad* 1992 (17), p. 499+500; Van Kekem, 'Wetenschap van benadeling bij pauliana (HR 1 oktober 1993, RvdW 1993, 190)', *V&O* 1994 (1), p. 5-7 en Mon. Nieuw BW B4 (Van Dijck), *Pauliana*, Deventer: Kluwer 2008, p. 33 e.v.

172 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.). Zie ook de conclusie van A.-G. Huydecoper vóór HR 2 februari 2007, RvdW 2007, 173 (Van Emden q.q./Rabo) en Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 444.

173 Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 216. Vgl. ook par. 2.4.2: de mogelijkheid voor de bevoorrechte schuldeiser zich op de pauliana te beroepen vormt mijns inziens één van de argumenten deze schuldeiser niet aan te merken als oudere gerechtigde in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW.

174 Zie onder meer HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643 (Imperial/Waanders) en HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (Bosselaar/Interniber I).

175 Zie bijvoorbeeld HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (Ravast c.s./Ontvanger).

176 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 215, met verwijzing naar HR 23 december 1949, NJ 1950, 262 (Boendermaker c.s./Schopman c.s.). In latere arresten is door de Hoge Raad bevestigd dat middeljarige benadeling voldoende is, zie HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (Ravast c.s./Ontvanger) en HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.).

177 Met jongere schuldeisers bedoel ik schuldeisers wier vordering is ontstaan ná de benadelende rechtshandeling.

zal worden gezien of terecht is dat aldus “bescherming” wordt geboden aan jongere schuldeisers.

3.4.2.2 *Geen deugdelijke grondslag in de wet, of in de rechtspraak van de Hoge Raad*

Onder het oude BW bood de wet jongere schuldeisers niet expliciet de mogelijkheid te ageren uit hoofde van de actio pauliana tegen hen benadelende rechtshandelingen. Wel heeft de Hoge Raad hun in een aantal gevallen een beroep op de pauliana gegeven. Allereerst valt te wijzen op een arrest van de Hoge Raad van 14 april 1881.¹⁷⁸ Voor een goed begrip van deze uitspraak is het nodig de regeling van de pauliana in 1881 te bekijken. Van 1838 tot 1896 luidde artikel 1377 BW (oud) als volgt:

“Niettemin kunnen de schuldeischers in hun eigen naam opkomen tegen de handelingen, welke door den schuldenaar ter bedriegelijke verkorting hunner regten gedaan zijn, mits zij zich overigens gedragen naar de voorschriften der wet overeenkomstig den aard der handelingen waartegen zij willen opkomen.

Indien de handeling onder enen bezwarenden titel is aangegaan, moeten de schuldeischers bewijzen, dat er van den kant der beide partijen bedrog heeft plaats gehad.

Indien de handeling om niet heeft plaats gehad, is het voldoende, dat er bedrog aanwezig zij van de kant van den schuldenaar alleen.”

Eén van de vereisten voor een geslaagd beroep op de pauliana was dus, dat sprake is van een handeling gedaan ter “bedriegelijke verkorting” van de rechten van schuldeisers. De wetgever heeft het antwoord op de vraag of in een concreet geval sprake was van een dergelijke handeling willen overlaten aan de rechtspraak.¹⁷⁹ Algemeen werd aangenomen, dat de schuldenaar de bedriegelijke opzet moet hebben gehad om zijn schuldeisers te benadelen – het ging dus niet om bedrog in de zin van (thans) artikel 3:44 lid 3 BW.¹⁸⁰ Een belangrijk verschil met de huidige regeling van de pauliana is daarmee, dat thans wetenschap van benadeling voldoende is, terwijl in 1881 noodzakelijk was dat sprake was van een benadelingsbedoeling.¹⁸¹

¹⁷⁸ HR 14 april 1881, W. 1881, 4635 (Van Horck/Willems c.s.).

¹⁷⁹ Geschiedenis en beginselen der Nederlandse Wetboeken volgens de beraadslagen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Deel X, p. 603 en 704.

¹⁸⁰ Zie Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 44 en de aldaar (voetnoot 2) genoemde literatuur.

¹⁸¹ Al rond 1894 interpreteerde de rechtspraak dit vereiste ruimer. Zie bijvoorbeeld HR 24 januari 1896, W. 1896, 6768 (NV De Geldersche Credietvereniging/Mr Van Embden q.q. c.s.). Vgl. voorts Beekhuis, *Preadvies betreffende de regeling van de z.g. “actio Pauliana” in het Belgisch en het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 11. In het hierna te bespreken arrest HR 14 april 1881, W. 1881, 4635 (Van Horck/Willems c.s.) werd een benadelingsbedoeling

De casus van het arrest uit 1881 was als volgt. Het kerkbestuur te Limbricht is hypotheekhouder van een onroerende zaak van Blonden. Het kerkbestuur verkoopt de zaak via een executoriale verkoop aan Willems. Na de verkoop wordt duidelijk dat Blonden de zaak had verhuurd aan zijn zwager Horck. Het kerkbestuur en Willems trachten de huurovereenkomst tussen Horck en Blonden te vernietigen met een beroep op de pauliana. Eén van de punten die in cassatie aan de orde was, is de vraag of Willems wel een beroep op de pauliana kon doen, nu zijn recht posterieur was aan de verhuring.¹⁸² In zijn conclusie voor het arrest merkt A.-G. Polis hieromtrent op:

“En nu is het volkomen waar, en de leer van alle schrijvers van naam, dat de Pauliana in den regel alleen toekomt aan die schuldeischers, die zulks reeds waren ten tijde der bedriegelijke handeling, omdat alleen deze kunnen beweren in hun regt door die handeling bedrieglijk te zijn verkort. Dat leeren, behalve de door den pleiter aangehaalde schrijvers : (...). Maar dezelfde schrijvers leeren ook, dat die regel niet toepasselijk is waar het de bedoeling van den schuldenaar is geweest zijne toekomstige schuldeischers te benadeelen.”

De Hoge Raad oordeelt vervolgens:

“dat nu wel is waar de vordering van Willems eerst ontstaan is na 27 augustus 1879 [de datum van de huurovereenkomst, FD], maar dit geen bezwaar oplevert, omdat, indien vaststaat, dat op het oogenblik van het sluiten der handeling, zij strekte ter bedriegelijke verkorting van de regten der schuldeischers, er in de wet geene aanleiding is om niet later aan ieder belanghebbend schuldeischer de actie tot vernietiging toe te staan;”

Vriesendorp betoogt mijns inziens terecht dat de Hoge Raad Willems alléén beschermde, omdat sprake was van een *bedoeling* van Horck en Blonden om toekomstige schuldeisers te benadelen. Vriesendorp stelt dat, nu de overeenkomst tussen Blonden en Horck louter strekte ter bedriegelijke verkorting van de rechten van schuldeisers,

overigens wel aanwezig geacht.

¹⁸² Ook werd in cassatie de vraag aan de orde gesteld of Willems wel schuldeiser van Blonden is. De Hoge Raad oordeelt “dat toch het woord schuldeischer naar het spraakgebruik der wet allen omvat, die krachtens eene persoonlijke verbindtenis het regt hebben, om van eenen schuldenaar eene zekere praestatie te vorderen, en er hier te minder reden is om alleen aan geldschulden te denken, daar zelfs verbindtenissen om iets te doen worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, en dus ook voor deze de aansprakelijkheid van alle roerende en onroerende goederen des schuldenaars van belang kan zijn.” Vgl. hieromtrent par. 3.4.1. De vraag kan overigens worden gesteld of Willems ook thans een beroep op de pauliana zou hebben kunnen doen. Zijn vordering strekte immers slechts tot het verschaffen van het genot van het verkochte; van aantasting in zijn geldelijk verhaalsrecht was dus (nog) geen sprake.

“de Hoge Raad in 1881 dan ook moeilijk anders [kon] dan het eerste cassatiemiddel – waarin de stelling was verdedigd dat de pauliana alleen kan worden ingeroepen door schuldeisers die die hoedanigheid bezaten ten tijde van de bedrieglijke handeling – ongegrond verklaren.”¹⁸³

Zoals bekend, is tegenwoordig voor een geslaagd beroep op de pauliana niet vereist dat sprake is van een benadelingsbedoeling, maar is voldoende dat er (objectieve) *wetenschap* van benadeling is. Uit het arrest uit 1881, waarin sprake was van een benadelingsbedoeling, kan dan ook niet de algemene regel worden afgeleid dat jongere schuldeisers onder het huidige recht (altijd) een beroep kunnen doen op de pauliana.

Ook in een arrest uit 1918¹⁸⁴ was de bescherming van jongere schuldeisers tegen hen benadelende handelingen aan de orde. Op dat moment geldt een – ten opzichte van de situatie in 1881 – gewijzigde regeling van de pauliana. Artikel 1377 (oud) BW luidt dan – voorzover thans van belang – als volgt:

“Niettemin kan door ieder schuldeischer de nietigheid worden ingeroepen van alle door den schuldenaar onverplicht verrigte handelingen, hoe ook genaamd, waardoor de schuldeischers zijn benadeeld, mits bewezen worde, dat bij het verrigten der handeling zowel de schuldenaar als degene met wien ofte wiens behoefte hij handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeeling van de schuldeischers het gevolg zoude zijn.”

Een benadelingsbedoeling hoeft dan dus niet meer te worden aangetoond; wetenschap van benadeling is voldoende.

De casus van het arrest uit 1918 was de volgende. De Hollandsche IJzeren Spoorweg Maatschappij (“HIJSM”) vorderde de onteigening van een perceel van Van Kampen. Van Kampen was eerst huurder van het perceel, maar had dit vervolgens gekocht. Van Kampen vorderde (als eigenaar) in de onteigeningsprocedure (onder meer) vergoeding van de bedrijfsschade die hij stelde te lijden als gevolg van de onteigening. HIJSM echter stelde dat Van Kampen geen eigenaar was van het perceel, en dus ook geen vergoeding van bedrijfsschade kon vorderen; volgens HIJSM was de overeenkomst waarbij Van Kampen het perceel had gekocht nietig krachtens artikel 1377 (oud) BW. De Rechtbank oordeelde hieromtrent dat HIJSM op het moment dat Van Kampen de koopovereenkomst sloot, nog helemaal geen schuldeiser was, omdat op dat moment het besluit tot onteigening nog niet was

¹⁸³ Vriesendorp, ‘Eenheid in verscheidenheid’, in: *Erudita Ignorantia*. (S.D. Borsboom), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 193.

¹⁸⁴ HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793 (HIJSM/Van Kampen).

genomen. A.-G. Ledebouer merkt naar aanleiding van het tegen dit oordeel gerichte cassatiemiddel op:

“Met den geachten raadsman voor den spoorwegmaatschappij acht ik de bedoelde stelling [i.e.: alleen een oudere schuldeiser kan een beroep op de Pauliana doen, FD] in hare algemeenheid onjuist. Ik zou het invoeren van art. 1377 wel degelijk toelaatbaar achten, indien de te wraken handeling werd verricht met het oog op een zoodanig voordeel, dat toekomstige schuldeischers daardoor noodwendig zouden benadeeld worden.”

De A.-G. verwijst hierbij naar het hierboven besproken arrest uit 1881 (Van Horck/Willems). De Hoge Raad gaat nog een stap verder, en wil in alle gevallen jongere schuldeisers een beroep op de pauliana geven:

“wijl doel en strekking van voormeld artikel [artikel 1377 (oud) BW, FD] medebrengen, dat, indien bij het verrichten der handeling de schuldenaar en degene, met wien of te wiens behoeve hij handelde, wisten, dat daarvan benadeeling der schuldeischers het gevolg zoude zijn, het invoeren van de nietigheid der handeling later aan iedere belanghebbend schuldeischer moet worden toegestaan;”

Hier wordt de bescherming van jongere schuldeisers dus niet langer gekoppeld aan het bestaan van een benadelingsbedoeling. De Hoge Raad biedt in alle gevallen jongere schuldeisers bescherming en doet daarvoor een beroep op doel en strekking van de actio pauliana. Dat doel en strekking van de pauliana meebrengen dat ook jongere schuldeisers beschermd zouden moeten worden, spreekt echter niet voor zich. Het doel en de strekking van de pauliana zijn immers bescherming van schuldeisers tegen hen benadelende onverplichte rechtshandelingen. In beginsel kunnen – zoals A.-G. Polis al opmerkte in zijn conclusie vóór Van Horck/Willems – alleen de oudere schuldeisers door een dergelijke rechtshandeling worden benadeeld. Zij handelen immers met de schuldeiser op een moment dat die rechtshandeling nog niet in zijn vermogen is verdisconteerd.

Wat hier ook van zij, in een arrest uit 1949¹⁸⁵ baseert de Hoge Raad de bescherming van (ook) jongere schuldeisers tegen hen benadelende rechtshandelingen ten slotte niet langer op doel en strekking van de actio pauliana als zodanig, maar op zijn oordeel dat voor een beroep op de pauliana middellijke benadeling voldoende is. De casus van het arrest is de volgende. De echtgenote van Boendermaker sr., Boendermaker-Horneer, overlijdt en laat haar gehele nalatenschap (het “Horneer-vermogen”) aan Boendermaker jr., waarbij Boendermaker

185 HR 23 december 1949, NJ 1950, 262 (Boendermaker c.s./Schopman c.s.).

sr. recht van levenslang vruchtgebruik krijgt, alsmede bewindvoerder wordt. Na het overlijden van Boendermaker sr. trachten de kinderen van Boendermaker jr. een aantal transacties dat is verricht met het Horneer-vermogen in de periode dat Boendermaker sr. bewindvoerder was, te vernietigen met een beroep op de pauliana. Het Hof oordeelt dat van benadeling geen sprake kan zijn, omdat het Horneer-vermogen door de onderbewindstelling aan Boendermaker sr. aan elk verhaal was onttrokken en dus geen verhaal op dit vermogen mogelijk was. In cassatie stellen de kinderen dat het Hof met dit oordeel heeft miskend dat, nu een einde aan de onderbewindstelling is gekomen, de verhaalsbelemmering is weggevallen en benadeling van schuldeisers daarmee wel mogelijk is. Zij stellen zich dus op het standpunt dat voor een beroep op de pauliana voldoende is dat sprake is van middellijke benadeling. De Hoge Raad is van oordeel dat het betoog van de kinderen juist is. Daar voegt de Hoge Raad – in een overweging ten overvloede – aan toe dat jongere schuldeisers een beroep kunnen doen op de actio pauliana:

“dat dit reeds hieruit volgt, dat het vereiste van benadeling, hetwelk art. 1377 B.W. stelt, niet insluit, dat de handeling op het ogenblik van haar plaatsgrijpen als onmiddellijk gevolg nadeel moet medebrengen, maar slechts dat nodig, doch ook voldoende is dat op het ogenblik dat een schuldeiser zijn rechten uit art. 1377 B.W. doet gelden, dit nadeel als gevolg van de handeling aanwezig is (...); dat juist omdat onmiddellijke benadeling niet nodig, doch middellijke benadeling voldoende is, de Pauliana ook bescherming kan geven aan hem, die eerst schuldeiser werd na het plaatsgrijpen van de benadelende handeling; dat daarom (...) toch voor het geval de onvatbaarheid voor verhaal niet definitief doch slechts tijdelijk is, denkbaar is dat ná de opheffing daarvan benadeling in genoemden zin kan intreden als gevolg van een vóór dien verrichte handeling;” [cursivering FD]

De Hoge Raad koppelt aan het feit dat voor een beroep op de actio pauliana middellijke benadeling voldoende is dus de mogelijkheid voor jongere schuldeisers een actio pauliana in te stellen.

Al lijkt mij juist dat middellijke benadeling voldoende is voor een beroep op de pauliana, dit kan mijns inziens geen argument zijn om jongere schuldeisers de mogelijkheid te geven een beroep op de pauliana te doen. Mij dunkt dat de achtergrond van het voldoende achten van middellijke benadeling is, dat de pauliana pas relevant wordt op het moment dat de schuldeiser zijn rechten doet gelden. Als op het moment dat hij verhaal zoekt op het vermogen van zijn schuldenaar blijkt dat diens vermogen door een onverplichte rechtshandeling kleiner is dan op het moment dat hij met zijn schuldenaar handelde, moet hij op dát moment een beroep kunnen doen op de pauliana, en wel omdat dit voor hem dan pas relevant

wordt.¹⁸⁶ Maar een samenhang tussen het voldoende achten van middellijke benadeling en het in bescherming nemen van jongere schuldeisers is er mijns inziens niet. Het één (middellijke benadeling is voldoende) is wel een vereiste voor het ander (als onmiddellijke benadeling vereist zou zijn, kunnen jongere schuldeisers nooit beschermd worden), maar deze redenering gaat andersom niet (per definitie) op. Voor zover de Hoge Raad in dit arrest dan ook een onderbouwing geeft voor bescherming van de jongere schuldeisers, overtuigt deze niet.

De wetgever motiveert de thans in artikel 3:45 BW expliciet opgenomen bescherming van jongere schuldeisers als volgt:

“Duidelijker dan in artikel 1377 B.W. komt in het ontwerp tot uitdrukking dat het voor een schuldeiser die vernietiging vraagt onverschillig is of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan. In dezelfde zin beslist reeds thans de rechtspraak (H.R. 14 april 1881, W. 4635).”¹⁸⁷

Nu de wetgever volstaat met een verwijzing naar (één van) de hiervoor besproken arresten van de Hoge Raad (en wel het arrest waarin sprake was van een benadelingsbedoeling), is ook deze onderbouwing mijns inziens onvoldoende. Zoals hierboven is besproken, is de motivering die de Hoge Raad in die arresten geeft voor de bescherming van jongere schuldeisers immers niet overtuigend.

Daarmee heeft artikel 3:45 lid 1, laatste zin BW een onvoldoende onderbouwing in de wetsgeschiedenis en in de rechtspraak van de Hoge Raad.

3.4.2.3 Bescherming van jongere schuldeisers wel redelijk en praktisch

Afgezien van het feit dat de bescherming die de wet geeft aan jongere schuldeisers door de wetgever (en de Hoge Raad) naar mijn mening onvoldoende is onderbouwd, is de vraag of deze bescherming om een andere reden wenselijk is. Ik ben van mening dat dit inderdaad het geval is.

Hierbij zij vooropgesteld dat bescherming van jongere schuldeisers door het voor hen openstellen van de actio pauliana naar mijn mening minder vanzelfsprekend is dan het feit dat oudere schuldeisers bescherming kunnen ontlenen aan de actio pauliana. Dat laatste ligt voor de hand en is alleszins redelijk. Zoals Vriesendorp

¹⁸⁶ Vgl. hieromtrent Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 95 e.v. Zie voor een voorbeeld HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.), waarin tussen de rechtshandeling en het toetsingsmoment voor de benadeling een periode van zeven jaar was gelegen.

¹⁸⁷ Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 215.

naar mijn mening terecht stelt¹⁸⁸ (zie ook hiervoor), hebben zij een vordering verkregen op de schuldenaar op een moment dat zijn vermogen een bepaalde waarde had. Als dit vermogen vervolgens vermindert door een onverplichte, hen benadelende rechtshandeling, is er alle reden die oudere schuldeisers te beschermen – uiteraard mits aan alle voorwaarden is voldaan. Zij worden ook daadwerkelijk *benadeeld*. Dit argument gaat voor jongere schuldeisers niet op. Op het moment dat zij een vordering verkrijgen op de schuldenaar, is de onverplichte rechtshandeling reeds in het vermogen van de schuldenaar verdisconteerd. Zij worden, zoals Vriesendorp het uitdrukt, voor een *fait accompli* gesteld.¹⁸⁹

In (onder meer) België brengt dit mee dat de jongere schuldeiser geen beroep kan doen op de pauliana. Voor een geslaagd beroep op de pauliana is daar vereist dat de vordering van de schuldeiser is ontstaan vóór de benadelende handeling, althans dat die vordering daarvóór is veroorzaakt.¹⁹⁰ Achtergrond hiervan is de grondgedachte van de actio pauliana: bescherming van schuldeisers tegen hen benadelende rechtshandelingen waardoor het voor verhaal beschikbare vermogen van hun debiteur vermindert. Aangezien alleen ten aanzien van een reeds bestaande schuldeiser sprake kan zijn van een aantasting van dit vermogen, kan alleen de bestaande schuldeiser de pauliana instellen. De jongere schuldeiser wordt eenvoudigweg niet benadeeld, zo is de gedachte. Die jongere schuldeiser kan overigens wel tegen C een vordering instellen uit hoofde van onrechtmatige daad, in het geval is gehandeld met de bedoeling jongere schuldeisers te benadelen.¹⁹¹

188 Vriesendorp, 'Eenheid in verscheidenheid', in: *Erudita Ignorantia*. (S.D. Borsboom), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 194+195.

189 Gispen baseert het recht van de jongere schuldeiser zich op de actio pauliana te beroepen op de – zo begrijp ik – *paritas creditorum* (Gispen, 'De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana', in: *Vragen rond de faillissementspauliana. Insolad Jaarboek 1998*. (V.H. e.a.), Deventer: Kluwer 1998, p. 32). Schuldeisers hebben slechts een gelijke positie *voor zover* zij gelijk zijn. Zo scheidt beslag geen prioriteit, maar beslag kan de *paritas creditorum* wel degelijk doorbreken, bijvoorbeeld in het geval na beslaglegging op een zaak, die zaak wordt bezwaard ten behoeve van een derde, waarmee volgende schuldeisers-beslagleggers, anders dan de eerste beslaglegger, nog slechts verhaal hebben op de zaak in bezwaarde toestand. Zie nader par. 4.5.5.2. Dit argument vind ik dus niet overtuigend.

190 Zie bijvoorbeeld Hof van Cassatie 3 oktober 1985, Pas. 1986 I, 100 (Edris-Groep).

191 Zie bijvoorbeeld Samoy, 'Over de Pauliaanse vordering en de vraag hoe uitzonderlijk de uitzonderingen zijn op de anterioriteitsvoorwaarde (noot onder Rb Luik 10 september 1999)', *TBH* 2000, pp. 384-385; Van Raemdonck, 'De draagwijdte van de anterioriteitsvereiste als een van de toepassingsvoorwaarden van de Pauliaanse vordering (noot onder Cass. 9 maart 1998)', *RW* 1998-1999, p. 1179, nr. 4 en Vervoort, 'De Pauliana naar Belgisch en Nederlands recht: hoofdzakelijk gelijkend in het gemene recht, fundamenteel verschillend bij faling', in: *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*. (J. Smits en S. Stijns), Antwerpen-Groningen: Intersentia Uitgevers 2005, p. 376.

Ik ben echter van mening dat door met een beroep op dit dogmatische argument voor jongere schuldeisers de weg van de *actio pauliana* af te sluiten – zodat voor hen alleen de weg van de onrechtmatige daad openstaat¹⁹² – onvoldoende rekening wordt gehouden met redelijke en praktische argumenten.

Zo is het dogmatische argument dat jongere schuldeisers niet *benadeeld* worden door een rechtshandeling die in het verleden heeft plaatsgevonden, alleen redelijk voor zover het gaat om “vrijwillige” schuldeisers, schuldeisers dus die willens en wetens met de schuldenaar hebben gehandeld. Deze schuldeisers immers koesteren een zeker vertrouwen ten aanzien van hun schuldenaar op het moment dat zij met hem handelen, en dit vertrouwen is gebaseerd op het vermogen van de schuldenaar zoals dat op het betreffende moment is, dus inclusief de benadelende rechtshandeling. Als zij zich onvoldoende hebben geïnformeerd ten aanzien van de vermogenspositie van hun schuldenaar, komt dit voor hun risico (en niet voor risico van de wederpartij), zo zou betoogd kunnen worden. Dat geldt echter niet voor “onvrijwillige” schuldeisers, schuldeisers bijvoorbeeld met een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad. Zij kunnen, uit de aard van de omstandigheden waaronder hun vordering is ontstaan, geen onderzoek instellen naar de vermogenspositie van hun schuldenaar alvorens hun vordering ontstaat. De redelijkheid van het dogmatische argument dat de jongere schuldeiser niet is *benadeeld* is dan ver te zoeken.

Ook om een andere reden is deze oplossing niet redelijk. Uiteindelijk worden jongere schuldeisers natuurlijk wél benadeeld door de rechtshandeling, ten minste, als vanuit een ander perspectief van tijd wordt gemeten. De jongere schuldeisers hebben bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar immers minder verhaalsmogelijkheden dan zonder de rechtshandeling B-C het geval zou zijn geweest. Zo de jongere schuldeiser dan hooguit een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad (jegens C) zou kunnen instellen, heeft dit tot gevolg dat hij bij verhaal van die vordering – anders dan de oudere schuldeiser, die als gevolg van de vernietiging

¹⁹² Betoogd wordt ook wel dat een rechtshandeling met de bedoeling jongere schuldeisers te benadelen (niet alleen onrechtmatig, maar ook) nietig is wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden (artikel 3:40 lid 1 BW). Zie bijvoorbeeld de noot van Rutten onder HR 13 maart 1959, NJ 1959, 579 (Van Vliet q.q./Amsterdamsche Bank). Vgl. ook Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 447 en Bloembergen-Van Dam-Hijma-Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2001, nr. 195. Het nadeel daarvan is – voor zover natuurlijk van een “keuze” kan worden gesproken; als de handeling inderdaad nietig is in de zin van artikel 3:40 BW, kan daaraan niet het nietigheidskarakter worden ontnomen – dat daarmee de zaak ten opzichte van een ieder tot het vermogen van B is blijven behoren. Daarmee is het voordeel van de *actio pauliana* (een exclusieve verhaalsregeling voor A) weg (zie ook hierna, par. 5.3.1). Voordeel van de actie uit onrechtmatige daad ten opzichte van nietigheid ex artikel 3:40 BW is, dat de kring van schuldeisers van B die kunnen aankloppen bij C beperkt is. Ten opzichte van die schuldeisers zal immers steeds moeten zijn voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 BW.

met relatieve werking een “exclusief” verhaalsrecht heeft (zie ook nog hierna, par. 3.7 en par. 5.3.1) – zal moeten concurreren met schuldeisers van C. Daarmee profiteren schuldeisers van C er in zekere zin van dat C heeft meegewerkt aan het benadelen van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers van B (zie ook nog par. 5.3.3). Met andere woorden: met name de schuldeisers van C hebben er baat bij als de jongere schuldeiser geen beroep kan doen op de pauliana. Dat is evenmin redelijk.

Bij een en ander moet worden bedacht, dat met een redelijke uitleg van het wetenschapsvereiste de bescherming van jongere schuldeisers binnen grenzen kan worden gehouden.¹⁹³ Er moet immers zijn voldaan aan het vereiste dat de schuldeiser en (bij eenzijdige gerichte rechtshandelingen en meerszijdige rechtshandelingen anders dan om niet) de wederpartij wisten of behoorden te weten dat zij met hun handeling (ook) toekomstige schuldeisers benadelen. De wetenschap van benadeling moet (anders dan de benadeling zelf) bestaan op het moment van het verrichten van de handeling.¹⁹⁴ Vast moet dus staan, dat tijdens het verrichten van de handeling verwacht moest worden dat (ook) toekomstige schuldeisers benadeeld zouden worden.¹⁹⁵

Wat het praktische punt betreft moet worden bedacht dat door het openstellen van de actio pauliana voor oudere én jongere schuldeisers een discussie wordt voorkomen over de vraag wanneer het recht van de schuldeiser is ontstaan, en wanneer de benadelende rechtshandeling exact heeft plaatsgevonden.

Ten slotte kan gewezen worden op de preventieve functie die uitgaat van de actio pauliana, namelijk het voorkómen van rechtshandelingen die schuldeisers benadelen (zie ook nog par. 5.4.2.4).¹⁹⁶ Er is daarbij geen reden onderscheid te maken tussen oudere en jongere schuldeisers. Natuurlijk is ook de onrechtmatige daad een instrument om dergelijke rechtshandelingen tegen te gaan. Het spreekt mij

193 Zie ook Nieuwenhuis, ‘De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad’, in: *Vragen rond de faillissementspauliana*. (V.H. e.a.), Deventer: Kluwer 1998, p. 56+57.

194 Zie de conclusie van A.-G. Bakels vóór HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.). Vgl. ook HR 2 februari 2007, RvdW 2007, 173 (Van Emden q.q./Rabo).

195 Vgl. (onder meer) Beekhuis, *Preadvies betreffende de regeling van de z.g. “actio Pauliana” in het Belgisch en het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 11; HR 16 februari 1996, NJ 1996, 367 (Divij/Berkel); HR 26 augustus 2003, JOR 2003, 211 (UPC/ICH); Cordewer, ‘Debt-for-equity swap’ via surséance van betaling’, *Bb* 2004 (2), p. 9-13 en Van Galen, ‘Homologatie UPC-akkoord’, *Ondernemingsrecht* 2004 (03), p. 95-99.

196 Vgl. in dit verband Van Dijk, *De faillissementspauliana, revisie van een relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 109-118, die terecht opmerkt dat moeilijk is te voorspellen of van de pauliana ook daadwerkelijk een preventieve werking *uitgaat* – wat moet worden onderscheiden van de vraag of de pauliana (mede) de strekking *heeft* het voorkomen van rechtshandelingen die schuldeisers benadelen.

echter meer aan een specifiek op deze categorie toegespitste wettelijke bepaling te hanteren, juist om dergelijk ongewenst gedrag langs civielrechtelijke weg tegen te gaan en het voor schuldeisers (door middel van heldere criteria en in bepaalde gevallen met behulp van bewijsvermoedens) relatief eenvoudig te maken tegen dit gedrag op te treden. Daarbij moet ook worden bedacht dat het voor schuldeisers in hogere mate lonend is de rechtshandeling te vernietigen op grond van de pauliana dan een schadevordering in te stellen jegens C, om de eerder genoemde reden dat zij in dat geval een “exclusief” verhaalsrecht hebben en niet hoeven concurreren met schuldeisers van C. Dat zou – in ieder geval in theorie – voor schuldeisers reden kunnen zijn eerder op te treden tegen deze ongewenste rechtshandelingen, hetgeen de preventieve functie van de actio pauliana versterkt.

Samenvattend ben ik van mening dat de wet de actio pauliana terecht ook openstelt voor jongere schuldeisers.

3.4a Van een beroep op de faillissementspauliana profiteren in beginsel alle schuldeisers

In faillissement kan alleen de curator de pauliana invoeren, ten behoeve van de boedel (artikel 49 Fw).¹⁹⁷ Onder de oude regeling van de faillissementspauliana (in het WvK) ontbrak een met artikel 49 Fw vergelijkbare bepaling. De wetgever vond de regeling gewenst:

“De curator is de aangewezen, maar ook de eenige persoon, om namens de schuldeisers op te treden; hij is hun wettelijke vertegenwoordiger tot uitoefening hunner rechten en tot behartiging der boedelbelangen. De individuele schuldeisers missen de kwaliteit om naast hem voor de boedel op te treden. Evenmin als zij gelden kunnen innen, behooren zij de bevoegdheid te bezitten om eene Pauliana in te stellen. Blijft de curator nalatig, het ontwerp geeft den schuldeisers middelen genoeg om hem door tusschenkomst van den Rechter-Commissaris tot ageeren te noodzaken.”¹⁹⁸

¹⁹⁷ Vgl. HR 23 maart 2001, JOR 2001, 116 (Ofasec); HR 21 december 2001, NJ 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok) en HR 16 september 2005, NJ 2006, 311 (De Bont/Bannenberq q.q.).

¹⁹⁸ Van der Feltz I (MvT), p. 454+455. Vgl. ook HR 12 april 1985, NJ 1986, 808 (Ontvanger/NMB), waar de Hoge Raad overweegt: “Met het stelsel van de Faillissementswet, zoals dit tot uiting komt in art. 49 van die Wet en in de bepalingen betreffende de bevoegdheden van de curator ten aanzien van de boedel en van de goederen van derden die hij in de boedel aantreft, strookt niet dat de individuele schuldeisers van de gefailleerde die regeling zouden kunnen doorkruisen door de handelingen van de curator met een beroep op art. 1377 BW aan te tasten op de grond dat de curator voor de toepassing van dat artikel met de schuldenaar gelijk zou moeten worden gesteld.” Aansluitend op deze overweging oordeelt de Hoge Raad in HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450 (Kuipers q.q./Ontvanger): “Het aldus [in 1985, FD] gegeven oordeel berust op de gedachte dat de curator de voormelde bevoegdheden uitoefent voor de gezamenlijke schuldeisers en dat een

Aan een geslaagd beroep op artikel 42 Fw worden de volgende vijf voorwaarden gesteld:¹⁹⁹

1. de schuldenaar heeft vóór de faillietverklaring een rechtshandeling verricht;
2. de rechtshandeling is onverplicht verricht;
3. door de rechtshandeling zijn schuldeisers benadeeld;
4. de schuldenaar had (objectieve) wetenschap van de benadeling van schuldeisers;
5. (bij rechtshandeling anders dan om niet:) de wederpartij had (objectieve) wetenschap van de benadeling van schuldeisers.

In het kader van dit onderzoek is met name voorwaarde drie relevant. De vraag moet immers worden beantwoord ten opzichte van wie de rechtshandeling wordt gerelativeerd, met andere woorden ten opzichte van welke schuldeisers de vernietiging werkt.²⁰⁰ Een geslaagd beroep op de pauliana heeft tot gevolg dat de paulianeuze rechtshandeling ten opzichte van de boedel nietig is: de betreffende zaak wordt teruggebracht in de boedel, of, indien dit niet mogelijk is, er wordt schadevergoeding aan de boedel betaald (zie hierover nader par. 3.7). De zaken, resp. de schadevergoeding worden daarmee (alsnog) in de afwikkeling van het faillissement betrokken. Welke crediteuren vervolgens profijt hebben van het geslaagde beroep op de pauliana, hangt af van de rangregeling die ten aanzien van de betreffende bate wordt getroffen. Anders dan bij toepassing van artikel 3:45 BW, is hierbij geen criterium of de betreffende schuldeisers al dan niet door de rechtshandeling zijn benadeeld. Vernietiging vindt immers plaats ten behoeve van de boedel, dus ten behoeve van (alleen) de gezamenlijke schuldeisers en niet, zoals bij toepassing van artikel 3:45 BW, ten behoeve van de benadeelde schuldeiser.

Niet alle schuldeisers in het faillissement behoeven te zijn benadeeld wil een beroep op de faillissementspauliana slagen; zelfs als slechts één schuldeiser is benadeeld, is een beroep op artikel 42 Fw mogelijk (zie thans expliciet artikel 3.2.1 van het Voorontwerp Insolventiewet).²⁰¹ In de literatuur is omstreden de

doorkruising van die uitoefening door een individuele schuldeiser zou kunnen leiden tot gevolgen die niet voor alle schuldeisers gelijk zijn, dus tot doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers van de gefailleerde.”

¹⁹⁹ Polak-Wessels, 2003 (III), nr. 3037.

²⁰⁰ Voor het antwoord op de vraag wanneer sprake is van benadeling en op welk moment sprake moet zijn van benadeling zij verwezen naar par. 3.4.1. Hetgeen op dit punt voor het vermogensrecht geldt is ook van toepassing op het faillissementsrecht. Vgl. Polak-Wessels, 2003 (III), nr. 3077-3079.

²⁰¹ Van Koppen stelt dat tenminste de concurrente crediteuren in hun verhaalsmogelijkheden benadeeld moeten zijn. (Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 95). Dat lijkt mij niet juist. Zoals Van Hees mijns inziens terecht

vraag of met succes de faillissementspauliana kan worden ingeroepen als alleen boedelschuldeisers zijn benadeeld. Wessels stelt dat dit niet mogelijk is. Hij beroept zich daarbij op de Memorie van Toelichting, waar wordt opgemerkt:

“Zolang de schuldenaar bevoegd is over zijn vermogen te beschikken, de concursus creditorum nog niet is aangevangen, zal steeds de rechtsgrond voor eene tegen die handelingen te richten Pauliana ontbreken. Zolang toch blijft de schuldenaar niet alleen bevoegd maar is hij ook verplicht elken schuldeischer, die zich aanmeldt, uit zijn vermogen te voldoen. Eerst de concursus creditorum, met andere woorden het faillissement, met het daaraan voor den schuldenaar verbonden verlies van beheer en beschikking over zijn vermogen, roept het verbod van individuele voldoening in het leven.”²⁰²

Uit deze passage leidt Wessels af:

“In de MvT [hierboven geciteerd, FD] komt tot uitdrukking dat de faillissementspauliana ertoe dient de concursus creditorum te herstellen. Het handelt in art. 42 lid 1, anders dan in art. 3:45 BW (‘een of meer schuldeisers’), om benadeling van ‘de schuldeisers’. (...) Uit het geciteerde volgt dat het gaat om schuldeisers ten tijde van het uitspreken van het faillissement. (...) De benadeling kan bij de faillissementspauliana alleen betreffen die schuldeisers die ten tijde van de faillietverklaring schuldeiser van de debiteur waren. (...) Uit het stelsel van de wet, de toelichting [zoals hierboven geciteerd, FD] en de taak van de curator vloeit voort dat bij toepassing van de faillissementspauliana de benadeling van ‘schuldeisers’ alleen betrekking kan hebben op faillissementsschuldeisers. Art. 42 herbergt impliciet een relativiteitsvereiste: zij kan niet betrekking hebben op benadeling van anderen dan faillissementscrediteuren (bijvoorbeeld boedelschuldeisers of schuldeisers die ná datum faillissement op de debiteur een vordering claimen).”²⁰³

Ook Van Hees lijkt er van uit te gaan dat de curator niet de faillissementspauliana kan inroepen als alleen boedelschuldeisers zijn benadeeld:

“Zoals onder meer uit HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 volgt, moet de vraag of er benadeling is beantwoord worden door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers

opmerkt, heeft de curator in faillissement de bevoegdheden die individuele schuldeisers vóór het faillissement hadden, zodat de curator zelfs de pauliana kan inroepen als maar één schuldeiser is benadeeld (Van Hees, ‘Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana’, in: *Vragen rondom de faillissementspauliana*, *Insolad Jaarboek 1998*. (V.H. e.a.), Deventer: Kluwer 1998, p. 7+8). Van Koppen is op deze opvatting teruggekomen, zie Van Koppen, ‘Zekerheidsrechten en faillissementspauliana’, in: *Onzekere zekerheid*, *Insolad Jaarboek 2001*. Deventer: Kluwer 2001, p. 16, voetnoot 6. Vgl. ook Polak-Wessels, 2003 (III), nr. 3081. Zie voorts het Voorontwerp Insolventiewet, artikel 3.2.1, alsmede de Toelichting op p. 55.

²⁰² Van der Feltz I (MvT), p. 435.

²⁰³ Polak-Wessels, 2003 (III), nr. 3081+3082. Vgl. ook Wessels, ‘Benadeling van schuldeisers: een overzicht’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007 (4), p. 72 e.v.

zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft. Dit criterium leidt echter tot problemen wanneer er sprake is van een negatieve boedel en de baten die als gevolg van de vernietiging kunnen worden gerealiseerd volledig opgaan aan de betaling van boedelschulden. Van benadeling van faillissementsschuldeisers is dan immers geen sprake.”²⁰⁴

Ten slotte is ook Van Koppen van mening dat de curator niet een beroep op artikel 42 Fw kan doen als alleen boedelschuldeisers zijn benadeeld. Dit hangt samen met zijn (inmiddels (terecht) ingetrokken) betoog dat een beroep op artikel 42 Fw alleen mogelijk is als ten minste de concurrente crediteuren in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld (zie hierboven, voetnoot 201).²⁰⁵

De aangehaalde passage uit de Memorie van Toelichting waar Wessels naar verwijst, heeft betrekking op artikel 47 Fw, en dus op de vernietiging van verplichte rechtshandelingen. In dat kader moet de betreffende passage ook worden begrepen. Er staat mijns inziens niet meer en niet minder dan dat de voldoening van een opeisbare schuld vóór datum faillissement in beginsel niet aantastbaar is. Ik leid uit deze passage niet af dat bij toepassing van de faillissementspauliana de benadeling van schuldeisers alleen betrekking kan hebben op faillissementsschuldeisers.

Uit het stelsel van de wet en de taak van de curator blijkt mijns inziens evenmin dat de curator geen pauliana kan instellen als alleen de boedelschuldeisers zijn benadeeld. De taak van de curator is de behartiging van de belangen van de schuldeisers. Dat zijn die schuldeisers, die aanspraak kunnen maken op een uitkering uit de boedel. Dat zijn niet alleen de (pre-)faillissementsschuldeisers, maar ook de boedelschuldeisers. Uiteraard niet de (overige) post-faillissementsschuldeisers: zij hebben geen aanspraak op een uitkering uit de boedel en zullen bij een geslaagd beroep op artikel 42 Fw dus ook niets ontvangen.

Evenmin kan mijns inziens, zoals Van Hees stelt, uit Diepstraten/Gilhuis²⁰⁶ worden afgeleid dat van benadeling van schuldeisers in de zin van artikel 42 Fw geen sprake is als alleen de boedelschuldeisers zijn benadeeld. De Hoge Raad herhaalt in dat arrest het criterium voor de vraag of sprake is van benadeling van schuldeisers (vgl. par. 3.4.1):

204 A. Van Hees, Faillissementswet (Losbl.), aant. 4 bij art. 42.

205 Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 98.

206 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.).

“De vraag of benadeling aanwezig is (...) moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast wordt.”

Ik zie niet dat dit criterium een beperking stelt aan de hoedanigheid van de schuldeisers. Ook voor de boedelschuldeisers geldt immers dat een vergelijking kan worden gemaakt tussen de situatie zonder de gewraakte rechtshandeling en met de betreffende rechtshandeling.

Ik meen dan ook, mede vanuit de hiervóór besproken gedachte dat ook jongere schuldeisers beroep kunnen doen op artikel 3:45 BW, dat de curator een beroep op de pauliana kan doen óók als alleen de boedelschuldeisers zijn benadeeld.

Dit heeft ook een praktisch voordeel. Voorstelbaar is, dat pas achteraf (namelijk pas ná een vernietiging op grond van de faillissementspauliana) blijkt dat de curator de faillissementspauliana heeft ingesteld ten behoeve van (alleen) de boedelschuldeisers. Niet in alle gevallen is immers op voorhand duidelijk wat de bate is van een succesvol beroep op de faillissementspauliana en wat de hoogte is van de vorderingen van de boedelschuldeisers.²⁰⁷ Als de curator met succes een beroep doet op artikel 42 Fw, profiteren (ook) de boedelschuldeisers van de gevolgen hiervan.²⁰⁸ Door een geslaagd beroep op de faillissementspauliana, neemt het overeenkomstig de uitdelingslijst te verdelen boedelactief immers toe. De schuldeisers die aanspraak kunnen maken op die verdeling zijn niet alleen de faillissementsschuldeisers, maar ook (en zelfs in de eerste plaats) de boedelschuldeisers.²⁰⁹ Het kan dan zo zijn, dat pas achteraf blijkt dat de bate als gevolg van het succesvolle pauliana-beroep alleen aan de boedelschuldeisers ten goede komt. Moet de gedachte dat – met de wetenschap van dat moment – de rechtshandeling niet vernietigd had mogen worden (omdat alleen de boedelschuldeisers profijt hebben van de vernietiging op grond van de pauliana) dan ertoe leiden dat de vernietiging wordt teruggedraaid? En moet van de curator worden verwacht dat hij op voorhand nauwkeurig onderzoekt of ook andere

207 Vgl. in dit verband HR 16 september 2005, NJ 2006, 311 (De Bont/Bannenberq q.q.).

208 Uit empirisch onderzoek is zelfs gebleken dat in de meeste gevallen alleen de boedelschuldeisers (en preferente schuldeisers) van een geslaagd beroep op de pauliana profiteren. Zie Luttikhuis, *Corporate recovery: de weg naar effectief insolventierecht* (diss. Tilburg), 2007, p. 86+87.

209 Dat is naar mijn mening ook niet bezwaarlijk. In faillissement kan de pauliana alleen worden ingeroepen door de curator, en de curator treedt op ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, waaronder de boedelschuldeisers. Vgl. Vriesendorp, ‘Eenheid in verscheidenheid’, in: *Erudita Ignorantia*. (S.D. Borsboom), Arnhem: Gouda Quint 1992, voetnoot 3. Zie ook HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.) en Wessels, ‘Benadeling van schuldeisers: een overzicht’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007 (4), p. 70.

schuldeisers dan de boedelschuldeisers een bijdrage zullen ontvangen? Dat lijkt mij zeer ongewenst, terwijl de pauliana daarmee in vele gevallen een onpraktisch en onwerkbaar instrument zou worden.

3.5 Gevolgen van de relativering voor (rechtsoptvolgers en schuldeisers van) de vervreemder (B)²¹⁰

3.5.1 Inleiding

In deze paragraaf is uitgangspunt, dat A met succes de rechtshandeling B-C heeft vernietigd althans deze met succes zal vernietigen op grond van de actio pauliana, maar nog niet tot daadwerkelijke uitwinning is overgegaan.

In deze paragraaf zal ik onderzoeken wat de rechtspositie is van de betrokken partijen als B ná de rechtshandeling B-C (onbevoegd) over de zaak beschikt ten behoeve van een derde (X), resp. als schuldeisers van B ná die rechtshandeling B-C verhaal willen nemen op de zaak. Daarbij moeten steeds drie alternatieven besproken worden. De rechtspositie van partijen is immers afhankelijk van de inhoud van de rechtshandeling B-C die A benadeelde: heeft B de zaak aan C overgedragen, heeft hij een beperkt recht op de zaak gevestigd ten behoeve van C, of heeft hij aan C een persoonlijk recht verleend dat ook aan A kan worden tegengeworpen. In het hiernavolgende zullen deze drie opties worden besproken aan de hand van verschillende scenario's: een overdracht van de zaak door B aan X, de vestiging van een beperkt recht op de zaak door B ten behoeve van X, de verlening van een persoonlijk recht met betrekking tot de zaak door B aan X, verhaal op de zaak door schuldeisers van B en een faillissement van B.

3.5.2 Overdracht door B aan X nadat B (ten opzichte van A: paulianeus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C

In het hiernavolgende zal ik onderzoeken wat de gevolgen zijn voor A, C en X als B de zaak – als gezegd nádat de rechtshandeling B-C heeft plaatsgevonden – overdraagt aan een derde (X). De drie mogelijke rechtshandelingen B-C (die dus aan de overdracht B-X zijn voorafgegaan) zullen daarbij achtereenvolgens aan de orde komen.

²¹⁰ Ik breng in herinnering dat ik met A aanduid degene ten behoeve van wie de eigendom van C wordt gerelativeerd na een overdracht van die eigendom door B. Met X wordt een vierde aangeduid, ten behoeve van wie door B of C wordt beschikt.

3.5.2.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Na de overdracht aan C, is B zijn rechten op de zaak kwijt en dus niet beschikkingsbevoegd in de zin van artikel 3:84 BW. Toch zou hij in beginsel een derde (X) rechthebbende van de zaak kunnen maken. De zaak zal zich veelal in de macht van C bevinden. Als leveringswijze komt in dat geval slechts in aanmerking de levering *longa manu*.²¹¹ De levering *longa manu* zal wel kunnen slagen, maar daarmee wordt X nog geen eigenaar. Daarvoor is immers vereist dat X te goeder trouw is ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid van B (artikel 3:86 BW²¹²). Nu voor de levering *longa manu* mededeling aan C of erkenning van de levering door C noodzakelijk is, zal X meestal op de hoogte zijn van het recht van C en dus veelal niet te goeder trouw zijn. Dan wordt X niet beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van B, zodat de overdracht niet slaagt. In dat geval zal noch C, noch A nadelen ondervinden van de transactie B-X.

Is X wel te goeder trouw, dan vist niet alleen C achter het net (hij raakt dan immers zijn eigendomsrecht kwijt – voor zover dit overigens nog iets waard was als gevolg van de vernietiging op grond van de *actio pauliana* door A), maar ook A. A zal zijn vordering op B dan immers niet op de zaak kunnen verhalen. Weliswaar was de rechtshandeling B-C *paulianus* (en dus vernietigbaar)²¹³, maar een vernietiging van die rechtshandeling baat A niet, althans onvoldoende. Hij zal daartoe (ook) de rechtshandeling B-X moeten vernietigen. Vereist is dus, dat ook deze rechtshandeling A benadeelde, en B van deze benadeling op de hoogte was, althans daarvan op de hoogte behoorde te zijn. Bovendien moet ook X op de hoogte (behoren te) zijn geweest van die benadeling. Aangenomen moet immers worden, dat de rechtshandeling B-X anders dan om niet was (was deze om niet, dan had X ten opzichte van C immers geen geslaagd beroep op artikel 3:86 BW kunnen doen, in welk geval, zo is hierboven besproken, A geen nadelen ondervindt van de transactie B-X). Daarbij hoeft het enkele feit dat X te goeder trouw was in de zin van artikel 3:86 BW (op grond waarvan X wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van B, welke onbevoegdheid is veroorzaakt door de eerdere overdracht aan C), niet te betekenen dat X niet op de hoogte was (of hoefde te zijn) van benadeling van A (in de zin van artikel 3:45 BW). De goede trouw van X moet immers zien op de beschikkingsbevoegdheid van B, terwijl de wetenschap van benadeling betrekking heeft op benadeling van schuldeisers van B.

211 Een levering c.p. is niet mogelijk, nu B hooguit houder van de zaak is, zodat artikel 3:111 BW aan die levering in de weg staat. Zie par. 2.1.

212 Vgl. ook HR 1 mei 1987, NJ 1988, 852 (LPN/IBM).

213 Dat is immers het uitgangspunt in deze paragraaf, zie par. 3.5.1.

3.5.2.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Als de zaak nog in de macht van B is, kan B de zaak, ondanks zijn “beperkte” beschikkingsbevoegdheid – zijn beschikkingsbevoegdheid (in de zin van artikel 3:84 BW) wordt beperkt omdat hij een beperkt recht op de zaak heeft gevestigd ten behoeve van C – leveren aan X op de wijze van artikel (3:90 BW jo. artikel) 3:114 BW. X wordt, als hij te goeder trouw is, beschermd tegen de “beperkte” beschikkingsbevoegdheid van B door artikel 3:86 lid 2 BW. Dan vervalt het beperkte recht van C en wordt X volledig eigenaar. A heeft in dit geval geen baat bij (alleen) vernietiging van de vestiging van het beperkte recht op de zaak door B ten behoeve van C. A zal zijn vordering alleen op de zaak kunnen verhalen door vernietiging van (ook) de rechtshandeling B-X. Vereist daarvoor is, dat ook déze rechtshandeling A benadeelde, en dat zowel B als X op de hoogte waren van die benadeling.

Zo X niet te goeder trouw is in de zin van artikel 3:86 lid 2 BW, wordt hij eigenaar van de zaak, bezwaard met het beperkte recht van C. Voordat de rechtshandeling B-X had plaatsgevonden, kon A verhaal nemen op de volle eigendom van de zaak, omdat de vestiging van het beperkte recht door B ten behoeve van C door A was (of kon worden) vernietigd op grond van de actio pauliana. Ná overdracht van de zaak aan X heeft A echter alleen verhaal op de zaak als ook de rechtshandeling B-X voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:45 BW. Is dat niet het geval, dan is verhaal op de zaak door A derhalve niet mogelijk.

3.5.2.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verlening van een persoonlijk recht dat ook tegen A kan worden ingeroepen*²¹⁴

Indien B aan C een persoonlijk (gebruiks-)recht heeft verleend dat ook tegen A kan worden ingeroepen, heeft dit geen gevolgen voor de beschikkingsbevoegdheid van B. B blijft dus bevoegd de zaak aan een derde (X) over te dragen. Daarbij is X in beginsel niet gebonden aan het persoonlijke recht van C, nu dit recht, als persoonlijk recht, immers alleen werking heeft tussen partijen. Onder omstandigheden moet echter worden aangenomen dat X jegens C onrechtmatig handelt door het recht van C niet te respecteren, in welk geval X gebonden zal zijn aan het persoonlijk recht van C, althans schadevergoeding verschuldigd zal zijn aan C. Dit is bijvoorbeeld het geval als sprake zou zijn van onrechtmatig uitlokken of profiteren van wanprestatie door B jegens C.²¹⁵

214 Zie voor de gevallen waarin persoonlijke rechten tegen schuldeisers kunnen worden ingeroepen par. 3.6.2.4.

215 Zie (onder meer) HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch); HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé); HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (Van Oosterom/Baas-Van Oosterom) en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (Van de Ven Neunen BV/Erven Slegers c.s.).

Wil A zijn vordering (op B) op de zaak kunnen verhalen, dan zal hij (ook) de rechtshandeling B-X moeten (kunnen) vernietigen op grond van de actio pauliana. Ook bij de rechtshandeling B-X moet dus sprake zijn van benadeling van A, van (objectieve) wetenschap van benadeling aan de zijde van B, alsmede van (objectieve) wetenschap van benadeling aan de zijde van X indien de rechtshandeling B-X anders dan om niet was. Is aan die voorwaarden niet voldaan, dan zal A weliswaar het recht van C met betrekking tot de zaak kunnen negeren (omdat de verlening van dit recht – zo is uitgangspunt in deze paragraaf – wél voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:45 BW) maar dat helpt A niet, nu verhaal op de zaak niet langer mogelijk blijkt vanwege de vervreemding door B aan X.

3.5.3 Vestiging van een beperkt recht door B ten behoeve van X nadat B (ten opzichte van A: paulianus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C

Thans zal besproken worden in hoeverre de positie van A, C en X wordt aangetast indien B (ná de rechtshandeling B-C, welke rechtshandeling zoals reeds vooropgezet in par. 3.5.1 door schuldeiser A is of zal worden vernietigd op grond van de actio pauliana) een beperkt recht vestigt op de zaak. Wederom moet worden onderscheiden tussen drie mogelijke rechtshandelingen B-C, die zijn voorafgegaan aan de vestiging van het beperkte recht door B ten behoeve van X, welke rechtshandelingen ik hieronder achtereenvolgens zal bespreken.

3.5.3.1 De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak

Als B de zaak eerder aan C heeft (vervreemd en) overgedragen, is hij niet langer (in de zin van artikel 3:84 BW) bevoegd een beperkt recht op de zaak te vestigen ten behoeve van X. Zou hij dit toch (en dus onbevoegd) doen, dan bepaalt artikel 3:98 jo. artikel 3:86 BW resp. artikel 3:238 BW of X in dat geval beperkt gerechtigde wordt.

Mocht X aldus inderdaad een beperkt recht op de zaak verkrijgen, dan betekent dit voor de positie van A, dat hij weliswaar nog wel de rechtshandeling B-C kan vernietigen, maar dat hij zijn vordering slechts op een zaak kan verhalen waarop een beperkt recht rust ten behoeve van X. Dit is alleen anders, als ook de vestiging van het beperkte recht door B ten behoeve van X door A (als paulianus) kan worden vernietigd. Daarvoor is (in ieder geval²¹⁶) noodzakelijk dat zowel B, als X bij de vestiging van het beperkte recht op de hoogte waren (of behoorden te zijn) van benadeling van A.

216 Uiteraard moet ook aan de andere vereisten van artikel 3:45 BW zijn voldaan.

3.5.3.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Door de vestiging van een beperkt recht op de zaak ten behoeve van C, is B beperkt in zijn beschikkingsbevoegdheid (in de zin van artikel 3:84 BW). Hij kan nog wel (onbevoegd – tenzij de rechten van C en X naast elkaar zouden kunnen bestaan) een beperkt recht op de zaak vestigen ten behoeve van X, maar voor de vraag of dit recht ook kan worden tegengeworpen aan C, is bepalend of X voldoet aan de eisen van artikel 3:98 jo. artikel 3:86 lid 2 BW, resp. artikel 3:238 lid 2 BW.

Voor de positie van A betekent dit wederom, dat A weliswaar nog wel de rechtshandeling B-C kan vernietigen, maar dat hij zijn vordering dan slechts op een zaak kan verhalen waarop een beperkt recht rust ten behoeve van X. Dit is alleen anders als ook de vestiging van het beperkte recht door B ten behoeve van X door A (als paulianeus) kan worden vernietigd. Daarvoor is noodzakelijk dat ook de rechtshandeling B-X voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:45 BW.

3.5.3.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verlening van een persoonlijk recht op de zaak dat ook tegen A kan worden ingeroepen²¹⁷*

Indien B aan C alleen een persoonlijk recht op de zaak had verleend (dat ook aan A kan worden tegengeworpen (zie par. 3.6.2.4)), dan is B – goederenrechtelijk gezien – vrij een beperkt recht op de zaak te vestigen ten behoeve van X. X zal in dat geval slechts in uitzonderingsgevallen zijn gebonden aan het recht van C (vgl. par. 3.5.2.3).

A zal zijn vordering in een dergelijk geval nog wel op de zaak kunnen verhalen, maar hij is daarbij gebonden aan het beperkte recht van X. Hij kan (ook) dit recht van X slechts negeren als de rechtshandeling B-X voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:45 BW.

3.5.4 *Verlening van een persoonlijk recht door B ten behoeve van X nadat B (ten opzichte van A: paulianeus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C*

Hierna wordt ingegaan op de vraag hoe de posities van A, C en X moeten worden geduid in het geval B, ná de rechtshandeling B-C (onbevoegd) een persoonlijk recht verleent ten behoeve van een derde (X). Wederom zal onderscheid worden gemaakt tussen de drie rechtshandelingen die voorafgegaan kunnen zijn aan de verlening van het persoonlijk recht door B aan X.

²¹⁷ Zie voor de gevallen waarin persoonlijke rechten tegen schuldeisers kunnen worden ingeroepen par. 3.6.2.4.

3.5.4.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

B kan na overdracht van de zaak aan C een persoonlijk recht verlenen aan een derde (X). Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan het geval dat B de zaak aan C heeft vervreemd, B de zaak leest van C en B vervolgens de zaak onderverhuurt aan X.

In beginsel is C, als eigenaar van de zaak, niet aan dat persoonlijke recht van X gebonden, uitgezonderd gevallen waarin moet worden aangenomen dat C onrechtmatig handelt jegens X door het recht van X niet te respecteren²¹⁸, of waarin X (jegens C) een beroep op artikel 3:36 BW zou kunnen doen.

Ten opzichte van A geldt een en ander niet onverkort. Zoals in par. 3.6.2.4 zal worden besproken, kunnen bepaalde persoonlijke rechten die door B aan een derde zijn verleend, ook aan schuldeisers van B, en dus aan A, worden tegengeworpen. In dat geval kan A (nu de vervreemding van de zaak door B aan C ten opzichte van A paulianeus en dus nietig is) zijn vordering (op B) weliswaar op de zaak verhalen, maar is hij gebonden aan het persoonlijke recht van X. A kan het recht van X alleen negeren, als ook de rechtshandeling B-X voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:45 lid 5 BW.

3.5.4.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

B kan, nadat hij een beperkt recht op de zaak had gevestigd ten behoeve van C, een persoonlijk recht verlenen aan X. Voor de vaststelling van de gevolgen daarvan voor C, moet onderscheid gemaakt worden naar gelang de aard van het beperkte recht van C. Heeft C een beperkt gebruiksrecht (recht van vruchtgebruik)²¹⁹, dan geldt hetzelfde als hierboven (par. 3.5.4.1) is gesteld voor het geval de zaak eerder aan C was overgedragen, en kan het persoonlijke recht (in beginsel) niet aan C worden tegengeworpen. Heeft C daarentegen een beperkt zekerheidsrecht (pandrecht), dan kunnen bepaalde persoonlijke rechten ook aan C (als schuldeiser) worden tegengeworpen (zie nog hierna, par. 3.6.2.4). Zou B bijvoorbeeld de zaak verhuren nadat hij deze heeft verpand aan C, dan kan deze huur ook tegen C worden ingeroepen (artikel 7:226 lid 2 BW) en kan C de zaak dus alleen executeren in verhuurde staat (aldus heeft de (latere) huurder (met slechts een persoon-

218 Vgl. (onder meer) HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch); HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé); HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (Van Oosterom/Baas-Van Oosterom) en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (Van de Ven Neunen BV/Erven Slegers c.s.).

219 Zoals in hoofdstuk 1 is besproken, is dit onderzoek (in beginsel) beperkt tot roerende zaken, zodat hier (als beperkt gebruiksrecht) alleen een recht van vruchtgebruik in aanmerking komt.

lijk recht) een sterkere positie dan bijvoorbeeld een (latere) vruchtgebruiker (met een zakelijk recht). Voor C als pandhouder bestaat zelfs niet de mogelijkheid een huurbeding op te nemen (artikel 3:264 BW)).

Voor A geldt (zowel in het geval C een recht van vruchtgebruik heeft, als in het geval C een pandrecht heeft), dat bepaalde persoonlijke rechten ook aan hem (als schuldeiser) kunnen worden tegengeworpen (zie par. 3.6.2.4). A zal bij verhaal op de zaak in een dergelijk geval dus weliswaar het beperkte recht van C kunnen negeren, maar hij is wél gebonden aan het persoonlijke recht van X. Als A zijn vordering op de zaak wil verhalen, vrij van zowel het beperkte recht van C, als het persoonlijke recht van X, zal ook de rechtshandeling B-X moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 3:45 BW.

3.5.4.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verlening van een persoonlijk recht op de zaak dat ook tegen A kan worden ingeroepen*²²⁰

Als B eerder een persoonlijk recht had verleend aan C, kan B in beginsel natuurlijk wederom een persoonlijk recht verlenen aan een derde (X). Voor zover de persoonlijke rechten van C en X niet naast elkaar zouden kunnen bestaan, meen ik dat C niet alleen een vordering heeft (op B) uit hoofde van toerekenbare tekortkoming, maar in bepaalde gevallen ook een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad jegens X.²²¹

Betreft zowel het aan C als het aan X verleende recht een recht dat ook tegen schuldeisers van B kan worden ingeroepen (zie hierna, par. 3.6.2.4), dan is A aan dit recht in beginsel gebonden. In dat geval zal A wederom niet alleen de rechtshandeling B-C, maar ook de rechtshandeling B-X moeten vernietigen, wil hij zijn vordering (op B) op de zaak kunnen verhalen, vrij van het recht van C én vrij van het recht van X.

3.5.5 *Schuldeisers van B verhalen hun vordering op de zaak nadat B (ten opzichte van A: paulianeus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C*

Hierna zal worden bekeken in hoeverre schuldeisers van B nog verhaal kunnen nemen op de zaak nadat door B over de zaak is beschikt ten behoeve van C, en voorts vaststaat dat de rechtshandeling B-C is of zal worden vernietigd door A op grond van de actio pauliana. Wederom zal onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende mogelijke rechtshandelingen B-C.

220 Zie voor de gevallen waarin persoonlijke rechten tegen schuldeisers kunnen worden ingeroepen par. 3.6.2.4.

221 Vgl. bijvoorbeeld HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch) en HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (Van Oosterom/Baas-Van Oosterom).

3.5.5.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Als B de zaak eerder aan C had overgedragen, kunnen schuldeisers van B hun vorderingen in beginsel niet meer op de zaak verhalen, zodat A geen concursus met deze schuldeisers heeft te vrezen. De zaak behoort ten opzichte van hen immers niet meer tot het vermogen van B. Dit is alleen anders als (ook) zij met succes een beroep op de pauliana doen en de rechtshandeling B-C vernietigen.

3.5.5.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Als B ten behoeve van C een beperkt recht op de zaak zou hebben gevestigd, kunnen schuldeisers van B (anders dan in het hiérvóór besproken geval dat B de zaak aan C zou hebben overgedragen) hun vorderingen nog wel verhalen op de zaak. De zaak is immers eigendom gebleven van B, zodat daarop verhaal mogelijk is door zijn schuldeisers (artikel 3:276 BW). Deze schuldeisers van B hebben echter, in tegenstelling tot A, slechts verhaal op de blote eigendom. Anders dan A, zijn zij immers gebonden aan het beperkte recht van C. A is de enige schuldeiser die zijn vordering op de volle eigendom kan verhalen. Ten aanzien van de vraag wat dit betekent voor hun onderlinge rangorde (waarbij bedacht dient te worden dat A door het beroep op de pauliana alleen een “feitelijke” voorrang verkrijgt, namelijk in die zin, dat alleen hij het recht van C kan negeren), zij verwezen naar par. 4.5.5.2.

Ook hier geldt weer een uitzondering indien die andere schuldeisers een geslaagd beroep kunnen doen op de pauliana. Dan kunnen ook zij het beperkte recht van C negeren en hun vordering (in concursus met A) verhalen op de volle eigendom.

3.5.5.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verlening van een persoonlijk recht op de zaak dat ook tegen A kan worden ingeroepen²²²*

Als B aan C een persoonlijk recht op de zaak had verleend, kunnen schuldeisers van B bij verhaal op de zaak dit recht in beginsel negeren. Dat geldt (dus) ook voor A, die in dat geval derhalve niet de rechtshandeling B-C op basis van de actio pauliana zal hoeven te vernietigen. Dit is slechts anders als sprake is van een persoonlijk recht dat ook aan schuldeisers kan worden tegengeworpen (vgl. par. 3.6.2.4). In dat geval zijn schuldeisers van B gebonden aan dit persoonlijke recht van C. Alleen A kan het recht negeren, nu de rechtshandeling B-C (zo is uitgangspunt in deze paragraaf, zie par. 3.5.1) ten opzichte van A paulianeus en dus nietig is. De andere schuldeisers van B kunnen het recht van C slechts nege-

222 Zie voor de gevallen waar persoonlijke rechten tegen schuldeisers kunnen worden ingeroepen par. 3.6.2.4.

ren, als zij er in slagen de rechtshandeling B-C te vernietigen met een beroep op de pauliana. In dat geval kunnen zij, net als A, verhaal nemen op de zaak, vrij van het persoonlijk recht van C – maar zij zullen daarbij natuurlijk wel moeten concurreren met A.

3.5.6 *B gaat failliet nadat B (ten opzichte van A: paulianus) over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C*

In faillissement kan, als aan de voorwaarden van artikel 42 Fw is voldaan, niet alleen de benadeelde schuldeiser (A), maar kunnen alle schuldeisers hun vordering op de zaak²²³ “verhalen”; de zaak wordt door een vernietiging van de rechtshandeling B-C door de curator (artikel 49 Fw) alsnog in de afwikkeling van het faillissement betrokken, en daarvan profiteren, afhankelijk van de getroffen rangregeling, alle crediteuren van B.

In het geval de rechtshandeling B-C al wel (vóór het faillissement van B)²²⁴ is vernietigd door A, maar A nog niet is overgegaan tot daadwerkelijke executie, althans de executie nog niet is afgerond²²⁵, kan A mijns inziens ondanks het faillissement van B de executie aanvangen, danwel voortzetten. Die executie wordt naar mijn mening niet geblokkeerd door artikel 33 Fw. Immers, de vernietiging heeft relatieve werking, zodat (bijvoorbeeld) de overdracht van de zaak door B aan C wel degelijk geldig is ten opzichte van de curator. Ten opzichte van de curator behoort de zaak dus tot het vermogen van C en kan de boedel geen aanspraak maken op de waarde van de zaak. Slechts A heeft recht op voldoening van zijn vordering uit de opbrengst van de zaak. Ten opzichte van de andere schuldeisers en de curator is derhalve geen sprake van een afzonderlijk beslag (van A) op een vermogensbestanddeel van de B; het vermogensbestanddeel is ten opzichte van hèn van C. A kan overigens wel op grond van zijn bevoegdheid de zaak te gelde te

223 Ik ga er in deze paragraaf vanuit dat B de zaak aan C (paulianus) heeft vervreemd, maar het gestelde is evenzeer van toepassing als de rechtshandeling B-C heeft bestaan uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak, of de verlening van een persoonlijk recht, waarbij het gestelde aldus moet worden begrepen, dat verhaal mogelijk is op de zaak vrij van dit beperkte of persoonlijke recht van C.

224 Daarna staat voor A de actio pauliana immers niet langer open, zie artikel 49 Fw.

225 In dit verband zij verwezen naar HR 25 januari 2008, NJ 2008, 66 (Ontvanger/Brink q.q.), een voorbeeld van een geval waarin het zelfs ná de executieverkoop nog mis kan gaan, omdat de zaak nog niet was geleverd op het moment dat de geëxecuteerde faillieerde. De zaak viel (in dat geval, en dus, zoals nog zal worden besproken, anders dan bij een executie na vernietiging op grond van de pauliana) door de werking van artikel 33 Fw alsnog in de boedel. De zaak was hier eigendom van B, maar deze was in het kader van een executoriale verkoop door een schuldeiser van B verkocht aan een derde. Nu de levering aan die derde niet was voltooid vóór het faillissement van B, was de zaak eigendom gebleven van B en viel deze dus in de boedel, waarbij het door de schuldeiser gelegde beslag verviel door de werking van artikel 33 lid 2 Fw.

maken, de curator (van B) toestemming geven de zaak te executeren, ten behoeve van (alleen) A. Verwezen zij naar par. 2.5.6.

Net als in par. 2.5.6 is besproken, moet ook hier worden aangenomen dat de curator hooguit de bevoegdheid kan hebben de zaak te gelde te maken, waarbij de opbrengst alleen aan A ten goede komt, en een eventueel restant voor C is.

Van de vraag wie de zaak te gelde mag maken, moet worden onderscheiden de vraag of A zijn vordering ter verificatie moet indienen. Ik meen dat dat inderdaad het geval is; A is immers een schuldeiser van B. Verwezen zij naar par. 2.5.6.

Het is overigens maar de vraag of het A vaak zal baten de executie voort te zetten. De curator kan immers trachten de zaak (alsnog) voor de boedel te behouden door de rechtshandeling B-C (eventueel buitengerechtelijk) te vernietigen krachtens artikel 42 Fw.

Artikel 34 Fw bepaalt dat de curator de executie kan laten voortgaan als deze reeds in een vergaand stadium is geraakt. In dat geval geschiedt de verkoop voor rekening van de boedel, aldus artikel 34 Fw. Zoals uit het voorgaande volgt, is dit artikel naar mijn mening niet van toepassing in een geval als het onderhavige. Omdat de rechtshandeling B-C alleen ten opzichte van A is vernietigd, behoort de zaak ook alleen ten opzichte van A tot het vermogen van B. Ten aanzien van de curator is er dus geen sprake van uitwinning van “goederen van de failliet” als bedoeld in artikel 34 Fw.

3.6 Gevolgen van de relativering voor (rechtsoptvolgers en schuldeisers van) de verkrijger (C)

3.6.1 Inleiding

Door de rechtshandeling B-C – ten aanzien waarvan in deze paragraaf wordt aangenomen dat deze is of zal worden vernietigd door A op grond van artikel 3:45 BW – heeft C een recht op de zaak verkregen dat hij (vóór de vernietiging door A) tegen een ieder kan inroepen, althans (na de vernietiging door A) tegen een ieder, met uitzondering van A. Over dit recht kan C beschikken ten gunste van een derde (X). In deze paragraaf zullen de gevolgen daarvan voor de betrokken partijen worden besproken aan de hand van diverse scenario's. Daarbij zal steeds onderscheid worden gemaakt tussen de diverse (voorafgaande) mogelijke rechtshandelingen B-C: het geval dat B de zaak aan C had vervreemd, het geval dat B een beperkt recht op de zaak had gevestigd ten behoeve van C, en het geval

dat B aan C een persoonlijk recht had verleend dat (zonder vernietiging krachtens artikel 3:45 BW) ook tegen A kan worden ingeroepen (waarover ook par. 3.6.2.4).

3.6.2 Overdracht van (het beperkte of persoonlijke recht van C op) de zaak door C aan X

3.6.2.1 Inleiding: bescherming van de derde te goeder trouw krachtens artikel 3:45 lid 5 BW

C kan, als eigenaar van de zaak, deze aan een derde (X) hebben overgedragen voordat een beroep op de pauliana is gedaan. Ook kan hij, als beperkt gerechtigde, dit beperkte recht overdragen aan X. Ten slotte is het (in beginsel)²²⁶ mogelijk dat hij (het vorderingsrecht voortvloeiend uit) een door B verleend persoonlijk recht overdraagt aan X.

C is in beginsel bevoegd (in de zin van artikel 3:84 BW) de betreffende rechten over te dragen, óók ten opzichte van A; zoals hiervóór is beschreven, komt het recht (van C) ondanks het paulianeuze karakter van de rechtshandeling B-C, op de normale wijze tot stand. Pas nadát A een beroep op de pauliana heeft gedaan, blijkt dat C onbevoegd was tot overdracht van de betreffende rechten.

Dit laatste is mijns inziens niet het gevolg van een simpele toepassing van het causale stelsel (namelijk dat de overdracht C-X, als gevolg van de vernietiging van de transactie B-C door A, door een beschikkingsonbevoegde vervreemder blijkt te zijn geschied (de vernietiging heeft immers terugwerkende kracht, artikel 3:53 BW), waardoor X nooit eigenaar althans rechthebbende is geworden).²²⁷ Weliswaar wordt door het beroep op de pauliana (door A) de rechtshandeling B-C vernietigd

²²⁶ Zie voor de beperkingen (afhankelijk van de vorm waarin partijen de overgang gieten) artikel 6:159 BW (voor de overgang is de medewerking van B nodig), alsmede artikel 3:83 lid 1 en lid 2 BW (de aard van het recht kan zich tegen overdracht verzetten, terwijl voorts tussen B en C (met goederenrechtelijke werking) kan zijn overeengekomen dat het recht niet overdraagbaar is). Zie nader Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003. Juister is dan ook in dit verband niet te spreken van overdracht, maar overgang. Omwille van de overzichtelijkheid zal ik echter steeds uitgaan van overdracht, waarbij derhalve ten aanzien van de persoonlijke rechten ook gedacht moet worden aan overgang.

²²⁷ Dit wordt (bij de actio pauliana) wel aangenomen door Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 196 en Van Hees, 'Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana', in: *Vragen rondom de faillissementspauliana, Insolad Jaarboek 1998*. (V.H. e.a.), Deventer: Kluwer 1998, p. 2+3. Vgl. ook de parlementaire geschiedenis van artikel 453a Rv, waar wordt opgemerkt dat de derde (X) die zich ter zake van een door hem verkregen zaak op de bescherming van artikel 3:45 lid 5 BW beroept, van een onbevoegde heeft verkregen, nu de vernietiging van de rechtshandeling B-C tot gevolg heeft dat de vervreemding (door C) aan X onbevoegd is verricht (Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 119). Zoals zal worden besproken is dit mijns inziens niet (geheel) juist, althans niet als dit standpunt gebaseerd zou zijn op het causale stelsel.

– en wel met terugwerkende kracht (artikel 3:53 BW) –, maar dit geldt slechts ten opzichte van A. De vernietiging heeft immers (slechts) relatieve werking, waardoor de zaak ten opzichte van A weliswaar wederom (onbezwaard, althans zonder het persoonlijke recht van C) tot het vermogen van B behoort, maar ten opzichte van ieder ander (waaronder X, aan wie door C de zaak is overgedragen, resp. aan wie een recht op de zaak is verleend) is dat in beginsel niet het geval. Gesteld zou dan ook kunnen worden, dat X met de vernietiging van de rechtshandeling B-C door A niets van doen heeft, dat C ten opzichte van X nog steeds eigenaar althans rechthebbende is en dat X dus van een beschikkingsbevoegde heeft verkregen.

Daarmee zou het voordeel van een vernietigungsactie (ten opzichte van bijvoorbeeld een schadevergoedingsactie van A jegens C), namelijk de goederenrechtelijke werking (waarover nader par. 5.3.1), maar een relatief voordeel zijn, omdat dit voordeel alleen zou werken in de verhouding tot A. Toch is dat niet het geval. Dit heeft te maken met het kennelijk (en logisch) aan artikel 3:45 lid 5 BW ten grondslag liggende²²⁸ stilzwijgend uitgangspunt van de wetgever, dat, ook al is sprake van een relatieve werking van de vernietiging, A de (gevolgen van de) vernietiging ten *opzichte van een ieder* kan invoeren, zodat ook ten opzichte van een ieder de terugwerkende kracht van de vernietiging kan worden ingeroepen en van toepassing is.²²⁹ Dit uitgangspunt is naar mijn mening geen vanzelfsprekendheid. Sterker nog: uit het systeem van de relatieve werking van de vernietiging volgt, dat C ten opzichte van ieder ander dan A eigenaar is van de zaak, respectievelijk rechthebbende van een beperkt of persoonlijk recht op de zaak – en dus in beginsel over (het recht op) de zaak kan beschikken.

Met de vernietiging van de overdracht B-C, kan A zijn recht dus ook onder X vervolgen.

Juist omdat sprake is van vernietiging van de rechtshandeling en A de gevolgen daarvan ten opzichte van een ieder kan invoeren, kan, in het geval C aan een derde rechten met betrekking tot de zaak verleent, die derde in beginsel een beroep doen op de artikelen 3:86 en 3:88 BW. Die derde heeft immers verkregen van een beschikkingsonbevoegde C (in de zin van artikel 3:84 BW).²³⁰ Toch

228 Artikel 3:45 lid 5 BW betreft de regeling van derdenbescherming na een beroep op de pauliana. Zou van “doorwerking” van de vernietiging geen sprake zijn, dan zou ook geen behoefte bestaan aan een regeling van derdenbescherming.

229 Vgl. Van Koppen, ‘De rechtsgevolgen van het invoeren van de (faillissements)pauliana’, in: *Vragen rondom de faillissementspauliana*, *Insolad Jaarboek 1998*. Deventer: Kluwer 1998, p. 16.

230 Dit ligt bijvoorbeeld anders voor het recht van reclame, waar de derde heeft verkregen van een beschikkingsbevoegde koper, maar de wet bepaalt dat door het invoeren van het recht van reclame het recht van de koper en zijn rechtsverkrijger eindigt (artikel 7:39 BW). In dat geval kan de derde dus geen bescherming ontleenen aan de artikelen 3:86 en 3:88 BW, omdat niet aan het

kent de pauliana in artikel 3:45 lid 5 BW een eigen, aan de artikelen 3:86 en 88 derogerende²³¹ regeling van derdenbescherming. Het artikel beschermt rechten door derden anders dan om niet verkregen, en in uitzonderingsgevallen ook de derde die om niet heeft verkregen, namelijk in het geval die derde kan aantonen dat hij niet is gebaat ten gevolge van de rechtshandeling. De bescherming die artikel 3:45 lid 5 BW geeft is een generieke, namelijk gelijk voor roerende zaken, registergoederen en vorderingen.

In het hiernavolgende zal de achtergrond van het artikel worden besproken. Daarbij zal worden ingegaan op de geschiedenis van het artikel, waarbij zal blijken dat het artikel geen juiste basis heeft in de parlementaire geschiedenis, terwijl voorts geen behoefte lijkt te bestaan aan een eigen regeling van derdenbescherming bij de pauliana.

3.6.2.2 *Voorgeschiedenis van artikel 3:45 lid 5 BW*

Sinds de codificatie in Nederland kent de actio pauliana een nietigheidskarakter (zie par. 3.3.1) en worden de rechten van alle derde-verkrijgers (te goeder trouw én te kwader trouw) – als gevolg van de (hiervóór besproken) gedachte dat die nietigheid door A tegen een ieder kan worden ingeroepen – aangetast door een beroep op de pauliana. In het BW van 1838 ontbrak een regeling die de belangen van deze derden beschermde. Wel bestond de bescherming van artikel 2014 (oud) BW, maar dit artikel beschermde alleen verkrijgers van roerende zaken. In 1884 oordeelde de Hoge Raad dan ook, dat de hypotheek die inmiddels door de koper ten behoeve van een derde op de zaak was gevestigd “even nietig was als de door hem met den schuldenaar aangegane koop en verkoop”, ongeacht de goede trouw van degene ten behoeve van wie de hypotheek was gevestigd.²³²

Dit leidde uiteraard tot veel onzekerheid in het handelsverkeer. Van tevoren kon immers niet worden gegarandeerd dat jegens de directe verkrijger (C) geen beroep op de pauliana zou worden gedaan. Deze onzekerheid is in de nieuwe Faillis-

vereiste is voldaan dat hij van een onbevoegde heeft verkregen, zodat de wet dáár terecht een separaat beschermingsartikel kent (artikel 7:42 BW). Zie ook de Toelichting op het Voorontwerp insolventiewet, p. 226.

231 Mon. Nieuw BW A-22 (Nieskens-Isphording-Van der Putt-Lauwers), *Derdenbescherming*, Deventer: Kluwer 2002, p. 46 en Wammes, ‘De pauliana in het Nieuw BW: veel oud recht’, in: *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*. (W.C.L.e.a. Van der Grinten), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 103-105. Anders (kennelijk): het Voorontwerp, dat er vanuit gaat dat (ook) de artikelen 3:86 en 3:88 BW van toepassing zijn op de bescherming van de derde na een vernietiging op grond van de actio pauliana. Zie hierover nader par. 3.6.2a.

232 HR 28 maart 1884, W. 1884, 5019 (Nationale Hypotheekbank/Knol c.s.). Zie voor kritiek op het arrest Modderman, *Werking der actio pauliana ten opzichte van een door derden verkregen hypotheekrecht* (diss. Groningen), Groningen: J.B. Huber 1886, p. 29 e.v.

sementswet opgeheven met het opnemen van een separaat beschermingsartikel, dat de belangen van derden te goeder trouw beschermt tegen een vernietiging met een beroep op de pauliana.

Zoals bekend (par. 3.3.1), werd de regeling van de pauliana in het BW in 1896 aangepast teneinde haar in overeenstemming te brengen met die in de nieuwe Faillissementswet. Vanaf 1896 beschermt het – inmiddels oud – BW (in artikel 1377 lid 2) dan ook expliciet de belangen van derde-verkrijgers te goeder trouw:

“Regten, door derden te goeder trouw verkregen op de goederen, die het voorwerp waren van de nietige handeling, worden geëerbiedigd.”

Beide artikelen zijn gewijzigd bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht. Als gezegd en zoals hierna zal worden besproken, ontbreekt in de parlementaire geschiedenis een voldoende basis voor de toen ingevoerde regeling.

3.6.2.3 *Eerste onjuiste basis voor artikel 3:45 lid 5 BW: het terugkooprecht is ongewenst bij de regeling van de derdenbescherming bij de actio pauliana*
Meijers schrapte in zijn ontwerp artikel 1377 lid 2 (oud) BW, omdat

“artikel 3.4.2.3 lid 2 hetzelfde reeds meer in het algemeen bepaalt”.²³³

Meijers had in artikel 3.4.2.3 de huidige artikelen 3:86 en 3:88 BW gecombineerd. Lid 2 was vergelijkbaar met het huidige artikel 3:88 BW.²³⁴

Inderdaad leek een separaat beschermingsartikel in de regeling van de pauliana niet nodig; het voorgestelde artikel 3.4.2.3 beschermde immers ook de derde (X), indien de vervreemding B-C door A werd vernietigd met een beroep op de pauliana. Daarmee was immers sprake van een titelgebrek in een eerdere overdracht.

Anders dan in het huidige artikel 3:88 lid 1 BW het geval is, voorzagt lid 5 van artikel 3.4.2.3 in een terugkooprecht voor de gedeposedeerde. De derde (X) werd dus wel rechthebbende, maar de gedeposedeerde kon retro-overdracht vorderen, tegen schadeloosstelling van X.²³⁵ Nu is natuurlijk maar de vraag, of A X zou kunnen verplichten het goed aan hem over te dragen, tegen vergoeding van de schade van X. A had immers niet een “recht op het goed”, anders dan een verhaalsrecht. Bovendien is maar de vraag, in welke gevallen A bereid zou

²³³ Zie Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 215.

²³⁴ Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 322 e.v.

²³⁵ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 323.

zijn geweest tot een dergelijke schadeloosstelling; waarschijnlijk alleen als de verwachte opbrengst van de zaak (waarop A zijn vordering kan verhalen) hoger is dan de schade van X en de vordering van A.

Wat hier ook van zij, in een gewijzigd ontwerp wordt in de regeling van de pauliana alsnog een separaat beschermingsartikel opgenomen:

“Rechten, door derden te goeder trouw anders dan om niet verkregen op goederen die het voorwerp waren van de vernietigde rechtshandeling, worden geëerbiedigd. Ten aanzien van de derde te goeder trouw heeft de vernietiging geen werking voor zover hij aantoonde dat hij op het ogenblik dat het goed van hem wordt opgeëist, niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat is.”

Een en ander hield verband met de wijziging van artikel 3.4.2.3. De daarbij voorgestelde regeling van de artikelen 3.4.2.3a en 3b werkte toen – voor zover in dit kader relevant²³⁶ – als volgt. Ingevolge artikel 3.4.2.3a lid 1 werd de derde-verkrijger te goeder trouw van een roerende zaak, niet-registergoed en van een recht aan toonder of order beschermd tegen onbevoegdheid van zijn vervreemder, mits hij te goeder trouw was. Daarbij was niet van belang of de derde al dan niet om baat had verkregen. Krachtens de leden 2 en 3 had de gedeposeerde de bevoegdheid overdracht te vorderen van het goed. Bij deze teruggaveverplichting was wél van belang of de derde al dan niet om baat had verkregen. De derde was namelijk slechts verplicht tot overdracht van het goed als de gedeposeerde de waarde van de door hem tegenover zijn verkrijging verrichte of verschuldigde tegenprestatie vergoedde, of daarvoor zekerheid stelde. Nu bij een verkrijging om niet geen sprake is van een tegenprestatie van de derde, kon de derde in een dergelijk geval op geen enkele schadevergoeding aanspraak maken.²³⁷ Artikel 3.4.2.3b bevatte een soortgelijke regeling voor de derde-verkrijger te goeder trouw van andere goederen. Bij de terugkoopregeling was hier echter, anders dan bij het voorgestelde artikel 3a, evenmin van belang of de overdracht om baat had plaatsgevonden.²³⁸

Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, heeft de wetgever met het oog op de hier besproken wijzigingen op de artikelen 3.4.2.3a en b een separaat beschermingsartikel voor de pauliana opgenomen. Reden daarvoor was, dat de wetgever het ongewenst vond dat de derde-verkrijger – die dankzij de bescherming tegen de beschikkingsonbevoegdheid van zijn vervreemder rechthebbende van het goed

²³⁶ Vgl. overigens Langemeijer, ‘De toekomst van artikel 2014 B.W. Het kan nog eenvoudiger!’ *NJB* 1958 (2), p. 21-29; Streefkerk, ‘Artikel 2014-nieuw: zo goed als oud’, *Kwartalbericht Nieuw BW* 1984 (o), p. 6-8 en Brahn, ‘Ons allernieuwste 2014’, *WPNR* 5739 (1985).

²³⁷ Zie Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 333.

²³⁸ Zie Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 347+348.

was geworden – verplicht kon worden tot teruggave van het goed zónder schade-loosstelling:

“In de toelichting van Meijers wordt opgemerkt dat deze laatste bepaling kan worden weggelaten in verband met artikel 3.4.2.3 lid 2 van het ontwerp-Meijers, welk lid in het onderhavige geval de derde die anders dan om niet te goeder trouw had verkregen, praktisch een gelijke bescherming gaf. Deze derde kon immers ingevolge het vijfde lid van het artikel ten hoogste tot overdracht verplicht worden tegen volledige vergoeding van de schade die hij door teruggave zou lijden. In artikel 3.4.2.3a van het gewijzigd ontwerp, welk artikel tezamen met artikel 3.4.2.3b in het regeringsontwerp in plaats van genoemd artikel 3.4.2.3 is gekomen, is deze situatie evenwel gewijzigd. Men zie het nieuwe lid van genoemd artikel 3.4.2.3a. Daarom is het gewenst voorgekomen buiten twijfel te stellen dat de bevoegdheid overdracht te verlangen, die de gedeposedeerde ingevolge de artikelen 3.4.2.3a en 3b jegens elke verkrijger te goeder trouw (rechthebbende) heeft, niet tegen de derde te goeder trouw kan worden uitgeoefend door de schuldeiser die erin slaagde met de pauliana de overdracht door de schuldenaar aan degeen van wie de derde verkreeg, aan te tasten.”²³⁹

De artikelen 3.4.2.3a en 3.4.2.3b zijn vervolgens wederom ingrijpend gewijzigd. De wetgever verwachtte dat het “terugkooprecht” van de gedeposedeerde complicaties mee zou brengen en vereenvoudigde de regeling tot de vorm zoals wij die nu kennen in de artikelen 3:86 en 3:88 BW.²⁴⁰ Met het vervallen van het terugkooprecht verviel een deel van de in de parlementaire geschiedenis gegeven basis voor een separaat beschermingsartikel bij de pauliana.

3.6.2.4 *Tweede onjuiste basis: artikel 3:45 lid 5 BW biedt (anders dan de artikelen 3:86 en 3:88 BW) ook bescherming aan de derde die een persoonlijk recht verkrijgt*

Elders in de parlementaire geschiedenis geeft de wetgever (mogelijk) – (maar) zonder nadere toelichting – een tweede reden voor het bestaansrecht van het artikel: het artikel zou, anders dan de artikelen 3:86 en 3:88 BW, ook persoonlijk gerechtigden beschermen:

“Vooropgesteld moet worden dat het tweede lid [van artikel 453a Rv] niet alleen verkrijgers van een zakelijk recht op de zaak beschermt, maar ook andere derden, zoals bijvoorbeeld een huurder, evenals artikel [3:45 lid 5 BW] dit doet.”²⁴¹

²³⁹ Parl. Gesch. Boek 3 (MvA), p. 218.

²⁴⁰ Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Nota II Voortgang en NvW Inv.), p. 1208 e.v.

²⁴¹ Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 119. Zie ook p. 118. Zie voorts Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 452 en Van Koppen, ‘De rechtsgevolgen van het inroepen van de (faillissements)pauliana’, in: *Vragen rondom de faillissementspauliana*, *Insolad Jaarboek* 1998. Deventer: Kluwer 1998, p. 25.

Niet duidelijk is, op wie de wetgever hier nu precies het oog heeft: degene aan wie (door C) een dergelijk persoonlijk recht is *overgedragen*²⁴², of degene ten behoeve van wie (door C) een persoonlijk recht is *gevestigd*. Vermoedelijk deze laatste. De eerste kan immers (juist wel) bescherming ontleen aan artikel 3:88 BW (er is dan immers sprake van overdracht van een vordering op naam, terwijl de onbevoegdheid van C wordt veroorzaakt door een titelgebrek in een eerdere overdracht), en de wetgever wil hier nu juist toelichten waarom de regeling van artikel 3:45 lid 5 BW (én die van artikel 453a lid 2 Rv) v erder gaat dan de “normale” derdenbeschermende regelingen van de artikelen 3:86 en 3:88 BW. Bovendien wordt door artikel 453a lid 2 Rv inderdaad degene beschermd aan wie in weerwil van een beslag een (bepaald) persoonlijk recht is verleend (zie nader par. 4.3.2.7), zodat ook dit een aanwijzing is dat de wetgever d eze derde op het oog heeft.

Als de wetgever in de hierboven geciteerde passage inderdaad deze derde bedoelt, zou dat een breuk betekenen met hetgeen hij eerder (in het ontwerp Meijers) heeft aangenomen. Toen immers werden de rechten van derden na een vernietiging op grond van de pauliana beschermd door toepasselijkheid van artikel 3:88 BW. D at artikel beschermt nu juist niet een derde aan wie (onbevoegd) een persoonlijk recht is verleend – maar slechts de derde aan wie onbevoegd een persoonlijk recht is overgedragen.

Mijns inziens behoren de derden aan wie C een persoonlijk recht heeft verleend, niet te worden beschermd krachtens artikel 3:45 lid 5 BW.

In normale gevallen (dat wil in dit verband zeggen: niet-pauliana-gevallen) waarin een schuldeiser zijn vordering verhaalt op het vermogen van zijn schuldenaar, hoeft de schuldeiser in beginsel geen rekening te houden met persoonlijke rechten die door de schuldenaar aan een derde zijn verleend met betrekking tot het goed waarop de schuldeiser zijn vordering verhaalt. Weliswaar zijn hun rechten in die zin gelijk, dat zij beiden slechts een persoonlijk recht hebben in de relatie tot hun schuldenaar, maar zodra het tot executie komt – en daarmee tot een botsing van de beide persoonlijke rechten – , moet het persoonlijke recht van de derde wijken voor het verhaalsrecht van de schuldeiser. De overeenkomst waarbij aan de derde een persoonlijk recht is gegeven geldt slechts tussen partijen, en doet geen verbintenissen ontstaan ten behoeve van, of ten laste van derden, waaronder schuldeisers.²⁴³ Daarbij moet worden bedacht, dat de schuldeiser op

242 Waarmee hier wordt bedoeld: het vorderingsrecht dat voortvloeit uit dit persoonlijke recht, vgl. voetnoot 226.

243 Vgl. in dit verband bijvoorbeeld Holtman, ‘Samenloop van executie, kettingbeding en zorgplicht’, *JBN* 2000 (5), p. 9-11 en Heuff, ‘Gebondenheid van veilende hypotheekhouder aan kettingbeding?’ *WPNR* 5649 (1983), p. 260-262. Vgl. voorts HR 3 november 2006, NJ 2007, 155 (Nebula).

het moment dat hij tot executie overgaat, de uit zijn hoedanigheid van executant voortvloeiende beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van het goed uitoefent²⁴⁴, en die beschikkingsbevoegdheid wordt niet ingeperkt door ten aanzien van het goed door de schuldenaar verleende persoonlijke rechten.

Op dit beginsel – de schuldeiser is bij de uitoefening van zijn verhaalsbevoegdheid niet gebonden aan door de schuldenaar aan derden verleende persoonlijke rechten met betrekking tot het goed – zijn enkele uitzonderingen, zoals huur (artikel 7:226 lid 2 BW)²⁴⁵ en pacht (artikel 7:361 lid 2 BW). Een andere uitzondering komt aan de orde in een arrest uit 1983, waar de Hoge Raad overweegt dat behalve de zojuist genoemde uitzonderingen – die er op neer komen dat de persoonlijk gerechtigde een eigen recht jegens de executant kan doen gelden – ook een uitzondering moet worden aangenomen voor het geval de persoonlijk gerechtigde door de executie zodanig in zijn belang wordt geschaad, dat gebruikmaking van de bevoegdheid tot executie in de gegeven omstandigheden misbruik daarvan zou opleveren.²⁴⁶

Uitgangspunt is dus, dat een derde die een persoonlijk recht heeft in de relatie tot de geëxecuteerde, dit recht niet kan inroepen tegen de executant, tenzij die derde een eigen recht (zoals een recht van huur en pacht) jegens de executant kan doen gelden.

Niet voor niets ook worden in de meeste blokkeringsregelingen bij beslag wat de persoonlijke rechten betreft alleen een verhuring en verpachting genoemd – allebei gevallen waarin een schuldeiser op grond van de wet wél aan de betreffende persoonlijke rechten is gebonden, met als gevolg (mogelijk) een prijsdrukkend effect. Juist omdat bij het beslag het ontstaan van deze rechten wordt geblokkeerd, is de schuldeiser-beslaglegger niet aan deze rechten gebonden (tenzij de huurder of pachter beroep op bescherming kan doen, waarover nog hierna, par. 4.5.4). Aan blokkering van het ontstaan van andere persoonlijke rechten na de beslaglegging is geen behoefte, omdat de beslaglegger bij de executie (in beginsel) toch al niet aan die rechten is gebonden.

244 Vgl. HR 25 januari 2008, NJ 2008, 66 (Ontvanger/Brink q.q.).

245 Zie ten aanzien van de vraag of deze bescherming van huurders – die thans expliciet is opgenomen in lid 2 van artikel 7:226 BW – terecht is Westrik, *'Koop breekt geen huur' en het huurbeding* (diss. EUR), Den Haag: Koninklijke Vermande 2001 en Westrik, 'Het spook in de veilingzaal', in: *De executieveiling*. (V.H. e.a.), Zutphen: Paris 2005. Ik laat deze vraag hier verder buiten beschouwing en zal uitgaan van het (in artikel 7:226 lid 2 BW neergelegde) gegeven dat huurders ook worden beschermd tegen een executorialer verkoop van het gehuurde door een schuldeiser van de verhuurder.

246 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 267 (Schuring/Sweelinck Conservatorium). Zie in dit verband ook Mijnsen-De Liagre Böhl-Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie, preadvies KNB*, Deventer: Kluwer 1983, p. 70-78.

Deze regel (een schuldeiser hoeft in beginsel geen rekening te houden met persoonlijke rechten waaraan zijn schuldenaar is gebonden) kan niet één op één worden toegepast op de casus dat B aan C een goed vervreemdt, C aan X een persoonlijk recht met betrekking tot dat goed verleent en een schuldeiser van B vervolgens de vervreemding B-C vernietigt op grond van de pauliana. Immers, de schuldeiser wordt in die casus niet geconfronteerd met een persoonlijk recht dat is verleend door zijn schuldenaar (B), maar door diens wederpartij (C). Er zit dus nog een schakel tussen. Toch maakt dit de situatie niet werkelijk anders. Er moet wel een extra stap worden gezet. Vastgesteld moet namelijk (eerst) worden of B wel is gebonden aan dit door C verleende persoonlijke recht. Indien dat niet het geval is, zal een schuldeiser van B a fortiori niet aan dat recht gebonden zijn, althans slechts gebonden zijn onder zeer uitzonderlijke omstandigheden.

Voor de vraag of B is gebonden aan door C verleende persoonlijke rechten, kan een vergelijking worden gemaakt met een ander geval van vernietiging – bijvoorbeeld op grond van dwaling – waarin, anders dan bij de pauliana, niet een derde, maar een partij bij de rechtshandeling B-C die rechtshandeling vernietigt en waarin C inmiddels ten behoeve van een derde een persoonlijk recht heeft verleend. Duidelijk zal zijn, dat de derde in een dergelijk geval jegens B geen beroep kan doen op de artikelen 3:86 en 3:88 BW, nu deze artikelen, zoals hiervóór reeds opgemerkt, geen bescherming bieden aan een derde die een persoonlijk recht heeft verkregen. Eventueel zou de derde wel een beroep op artikel 3:36 BW kunnen doen. Als aan de voorwaarden van dat artikel is voldaan, is B gebonden aan door C aan een derde verleende persoonlijke rechten.

Dit moet worden gezien als een uitzondering op het beginsel, dat persoonlijke rechten alleen werking hebben tussen partijen en dus, dat niet té snel mag worden aangenomen dat deze uitzondering zich in een concreet geval voordoet.

Als B in een dergelijk geval al gebonden zou zijn aan dit door C aan een derde verleend persoonlijk recht, betekent dat nog niet dat ook een *schuldeiser* van B aan dat persoonlijke recht is gebonden. Dát is mijns inziens alleen het geval als sprake is van één van de hiervóór besproken uitzonderingen, namelijk als de persoonlijk gerechtigde een eigen recht jegens die schuldeiser kan invoeren, of als gezegd moet worden dat de persoonlijk gerechtigde door de executie zodanig in zijn belang wordt geschaad, dat gebruikmaking van de bevoegdheid tot executie in de gegeven omstandigheden misbruik daarvan zou opleveren.

Bij de pauliana wordt de rechtshandeling niet vernietigd door een partij bij de rechtshandeling, maar – ik stipte het al aan – door een schuldeiser van één van die partijen, althans, in diens faillissement, de curator, terwijl die vernietiging ook

alleen ten opzicht van hém werking heeft. Dat laatste brengt mee, dat in de relatie B-C, B wel degelijk gebonden zal zijn aan het door C inmiddels aan X verleende persoonlijke recht. In de relatie B-C is immers de rechtshandeling B-C, ondanks de vernietiging op grond van de pauliana, volkomen geldig; de vernietiging werkt alleen ten opzichte van A. Dat maakt de situatie mijns inziens echter niet anders. Het gaat er immers niet om hoe de situatie is, bekeken vanuit de positie van B, maar hoe de situatie is, bekeken vanuit de positie van de schuldeiser van B, die de rechtshandeling B-C heeft vernietigd op grond van de pauliana. Ten opzichte van die schuldeiser is de rechtshandeling B-C wel degelijk nietig, en ten opzichte van die schuldeiser moet dus worden beoordeeld of deze vernietiging al dan niet tot gevolg heeft dat (i) B aan door C verleende persoonlijke rechten is gebonden en (ii) indien zulks het geval is, ook een schuldeiser van B daaraan is gebonden.

Het stelsel komt mijns inziens erop neer, dat alleen in de twee genoemde uitzonderingsgevallen de schuldeiser die met een beroep op de pauliana de rechtshandeling B-C vernietigt (althans de boedel) is gebonden aan door C aan derden verleende persoonlijke rechten.

Als artikel 3:45 lid 5 BW gelezen zou moeten worden zoals kennelijk door de wetgever beoogd, en het artikel dus ook de derde beschermt aan wie een (willekeurig) persoonlijk recht is verleend, gaat dit aanmerkelijk vóórder dan het hierboven besproken stelsel, dat in de regel van toepassing is.²⁴⁷ De vóóronderstelling is dan immers, dat de schuldeiser die de rechtshandeling B-C vernietigt krachtens de pauliana, inmiddels door C aan een derde verleende persoonlijke rechten (in het geval de derde beroep op bescherming kan doen) tegen zich moet laten werken in die zin, dat hij het goed alleen kan executeren onder de last van dat persoonlijk recht. Die schuldeiser moet in die opvatting dan dus niet alleen persoonlijke rechten tegen zich laten gelden als de persoonlijk gerechtigde een eigen recht jegens hém kan doen gelden, maar hij zou álle persoonlijke rechten tegen zich moeten laten werken (uiteraard mits de derde voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:45 lid 5 BW).

De vraag is, waarom de schuldeiser in dit geval slechter af zou moeten zijn dan in het geval van een “normale” executie. Ik zie daarvoor geen reden, terwijl deze vergaande bescherming voorts niet in overeenstemming is met het doel van de pauliana. De pauliana strekt immers ertoe, de schuldeisers in de positie te

²⁴⁷ Namelijk: alleen gebondenheid van de schuldeiser aan persoonlijke rechten als de persoonlijk gerechtigde een eigen recht jegens de executant kan invoeren, of als de persoonlijk gerechtigde door de executie zodanig in zijn belang wordt geschaad, dat gebruikmaking van de bevoegdheid tot executie in de gegeven omstandigheden misbruik daarvan zou opleveren.

brengen alsof de rechtshandeling B-C niet heeft plaatsgevonden. Dan moet ook overigens (zoveel mogelijk) voor die schuldeisers gelden wat zonder die rechtshandeling voor hen de situatie zou zijn geweest – en dus, dat zij (in beginsel) geen last hebben van persoonlijke rechten.²⁴⁸

Daarmee fundeert de wetsgeschiedenis de noodzaak van artikel 3:45 lid 5 BW onvoldoende. Het artikel is in de wet opgenomen omdat de wetgever het ongewenst vond dat ten aanzien van de derde-verkrijger bij de pauliana een terugkooprecht bestond, terwijl dit terugkooprecht later over de gehele linie is vervallen. Het andere argument dat de wetgever geeft – het artikel beschermt ook de derde ten behoeve van wie een persoonlijk recht op de zaak is gevestigd – is mijns inziens onjuist en kan dus evenmin een argument zijn voor (handhaving van) artikel 3:45 lid 5 BW.

3.6.2.5 *Andere redenen voor een separaat beschermingsartikel?*

De vraag blijft, of artikel 3:45 lid 5 BW los van het bovenstaande een nuttige functie vervult naast de artikelen 3:86 en 3:88 BW. Immers, zoals reeds opgemerkt: als artikel 3:45 lid 5 BW niet zou bestaan, dan zou X in het geval hij te goeder trouw roerende zaken, niet-registergoederen of rechten aan toonder of order heeft verkregen krachtens de artikelen 3:90, 3:91 of 3:93 BW, een beroep kunnen doen op artikel 3:86 BW, terwijl hij bij de verkrijging van andere goederen is aangewezen op de bescherming van artikel 3:88 BW. Hierbij moet gewezen worden op een belangrijk verschil tussen de regeling van artikel 3:45 lid 5 BW enerzijds en die van de artikelen 3:86 en 3:88 BW anderzijds, namelijk het verschil in bescherming van de derde die om niet heeft verkregen. Artikel 3:86 BW beschermt deze derde niet, artikel 3:88 BW wèl. Artikel 3:45 lid 5 BW beschermt deze derde in beginsel niet, maar wel als hij kan aantonen dat hij – op het moment dat het goed van hem wordt opgeëist – niet is gebaat ten gevolge van de rechtshandeling. Artikel 3:45 lid 5 BW bewandelt op dit punt dus een tussenweg tussen de artikelen 3:86 en 3:88 BW.

De vraag is, waaróm artikel 3:45 lid 5 BW deze tussenweg bewandelt – en of het antwoord op die vraag (mede) rechtvaardigt waarom de pauliana een separaat beschermingsartikel kent.²⁴⁹ Reden voor dit in artikel 3:45 lid 5 BW neergelegde tussenstelsel is, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, dat dit stelsel ook van toepassing is op de vraag of de actio pauliana slaagt als sprake is van een meerzijdige of eenzijdig gerichte rechtshandeling die de schuldeiser(s) benadeelt.

²⁴⁸ Dit lijkt overigens ook in lijn met HR 3 november 2006, NJ 2007, 155 (Nebula).

²⁴⁹ Vgl. Nieskens-Isphording, 'Van Nieuw BW naar BW, X. Overdracht en derdenbescherming (slot)', *Advocatenblad* 1992 (15), p. 433+434.

De actio pauliana slaagt, in geval van een rechtshandeling anders dan om niet, alléén als ook de wederpartij wist of behoorde te weten van de benadeling van de schuldeiser(s). Gaat het om een rechtshandeling om niet, dan is niet van belang of de wederpartij wist of behoorde te weten van de benadeling van de schuldeiser(s), tenzij de wederpartij aantoonst ten tijde van de vernietiging niet door de rechtshandeling te zijn gebaat. De wetgever ziet geen reden van deze regel, die geldt voor de directe verkrijger, af te wijken waar het de derde verkrijger betreft:

“De woorden ‘anders dan om niet’ sluiten aan bij het bepaalde in de leden 2 en 3 van het gewijzigd ontwerp. De verkrijging te goeder trouw door degene die rechtstreeks van de schuldenaar heeft verkregen is slechts aantastbaar, wanneer zij om niet heeft plaatsgevonden. Er is geen reden om anders te oordelen ten aanzien van degene die op zijn beurt van de wederpartij van de schuldenaar verkreeg. (...) Aan het nieuwe lid is voorts een tweede zin toegevoegd waarin voor de derde die om niet verkreeg een soortgelijke regel is opgenomen als die welke in lid 3 is vervat voor het geval iemand rechtstreeks met de schuldenaar een handeling om niet verricht. Ook in dit opzicht is er geen reden tussen beide gevallen verschil te maken. In de onderhavige zin is echter voor de vraag of de derde gebaat is, niet beslissend het moment van de vernietigingsverklaring of het instellen van de vordering tot vernietiging, maar dat waarop het goed van hem wordt opgeëist. Dit ligt ook voor de hand omdat de derde het goed zeer wel eerst na deze verklaring of het instellen van die vordering kan hebben verkregen.”²⁵⁰

Deze, voor de directe verkrijger (C) geldende regel, was in het ontwerp Meijers nog niet opgenomen; toen werd alleen “beschermd” (namelijk in die zin, dat de actio pauliana niet slaagde) de directe verkrijger die om baat had verkregen. Later is daar aan toegevoegd de bescherming van de directe verkrijger die om niet heeft verkregen, maar die aantoonst dat hij niet door de rechtshandeling is gebaat:

“Verder is het wenselijk geoordeeld na het tweede lid een nieuw lid in te voegen, dat voor handelingen om niet een regeling geeft overeenkomstig het bepaalde in artikel 46 F. Reeds thans wordt veelal geleerd dat dit artikel buiten faillissement analogisch moet worden toegepast.”²⁵¹

²⁵⁰ Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 218+219.

²⁵¹ Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 218.

Artikel 46 Fw bepaalde op dat moment:

“ De begiftigde, van wien niet blijkt dat hij met den vermogenstoestand van den schenker bekend was, is niet verplicht het door hem ontvangene terug te geven, voor zooverre hij aantoont, dat hij, ten tijde van der faillietverklaring, ten gevolge der schenking niet was gebaat.”²⁵²

Artikel 46 Fw wordt door de wetgever als volgt toegelicht:

“ (...) Vandaar dan ook, dat reeds in het Romeinsche recht voor de tegen schenkingen gerichte Pauliana de bijzondere bepaling gold, dat zij ingesteld kon worden tegen de begiftigde, onverschillig of hij te goeder of te kwader trouw was, indien slechts de schenker in kwade trouw verkeerde. Evenwel was in dit geval de verbintenis tot teruggave van den begiftigde, die in goede trouw verkeerde, immers onbekend was met den vermogenstoestand van den schenker, beperkt tot hetgeen van de ontvangen gift op het oogenblik, dat de teruggave van hem gevraagd werd, nog in zijn vermogen aanwezig was [voetnoot: verwijzing naar L. 6 par. 11 Dig. 42, 8 quae in fraudem creditorum etc.]. Ook deze bepaling is volkomen rationeel en geheel in overeenstemming met het hier ontwikkelde beginsel. Ging men verder, werd den begiftigde de verplichting opgelegd om in elk geval, ook waar hij te goeder trouw ontving, alles terug te geven, dan zou het beoogde doel voorbij gestreefd worden en hem inderdaad een door niets gerechtvaardigde schade worden toegebracht, telkens wanneer hij niets kwaads vermoedende het hem geschonkene had verbruikt of verteerd.”²⁵³

De wetgever verwijst in zijn hierboven geciteerde toelichting op artikel 3:45 lid 3 BW eveneens naar Ankum, die deze toevoeging bij de regeling van de actio pauliana buiten faillissement inderdaad bepleit:

“Hoe moet nu worden beslist als de zaak zich niet meer in het vermogen van de verkrijger bevindt doordat deze haar op zijn beurt heeft vervreemd, of doordat zij is te niet gegaan. Ook hier moeten wij weer onderscheid maken tussen de verkrijger te kwader trouw en te goeder trouw. De verkrijger te kwader trouw is gehouden de waarde van de zaak aan de crediteur te vergoeden als hij de zaak heeft vervreemd of als zij is te niet gegaan, hetzij door zijn toedoen hetzij door overmacht, tenzij hij bewijst, dat zij ook bij de debiteur zou zijn te niet gegaan. In het geval dat hij de zaak heeft vervreemd doet het niet ter zake of tegen de opvolgende verkrijger al dan niet met de Pauliana kan worden opgetreden. De verkrijger kan niet de tegen hem gerichte actie afwenden door te wijzen op de mogelijkheid van ageren tegen zijn ‘sous-acquéreur’. Bestaat die

²⁵² Artikel 46 Fw is inmiddels vervallen en vervangen door artikel 42 lid 3 Fw.

²⁵³ Van der Feltz I (MvT), p. 446.

mogelijkheid, dan heeft de benadeelde crediteur dus de keus om de waarde van de verkrijger of de zaak van diens rechtsverkrijgende op te vorderen. De verkrijger (om niet) te goeder trouw is gehouden datgene af te geven waarmee hij op het moment van het inroepen der Pauliana tengevolge van de verkrijging is verrijkt. Dit kan de waarde der zaak zijn (indien hij deze bijv. voor een prijs overeenkomstig de waarde heeft verkocht en de koopprijs zich nog in zijn vermogen bevindt), het kan ook een geringer bedrag zijn (indien hij bijv. de geschonken zaak heeft verkocht voor een prijs, lager dan de waarde, en deze zich in zijn vermogen bevindt), het kan zelfs nihil zijn (als hij de zaak of de opbrengst ervan na verkoop geheel heeft verteerd). Deze zachtere behandeling van de verkrijger om niet vindt men bij toepassing van de Pauliana in geval van faillissement neergelegd in art. 46 Fw. Er is alle aanleiding deze bepaling hier analogisch toe te passen (...).”²⁵⁴

Naar mijn mening verklaart en rechtvaardigt dit afdoende waarom de pauliana moet stranden als de directe verkrijger (C) van de schuldenaar (B) om niet heeft verkregen, maar niet is gebaat door de rechtshandeling, vanzelfsprekend indien hij geen wetenschap heeft van de benadeling van schuldeisers. Het gaat om een afweging van de belangen van een schuldeiser die verhaalsmogelijkheden verloren heeft zien gaan (A), en een begiftigde te goeder trouw (C) die, als hij verplicht zou zijn tot waardevergoeding omdat het goed zich niet meer in zijn vermogen bevindt, schade zou lijden. Mijsns inziens is het rechtvaardig de begiftigde alleen tot waardevergoeding te verplichten als hij wist of behoorde te weten van de benadeling van schuldeisers.²⁵⁵

De vraag die hier moet worden beantwoord is echter een andere, namelijk of het BW terecht een separaat beschermingsartikel kent voor de derde-verkrijger na toepassing van de pauliana. Ik zie daarvoor geen reden. Zoals in het hierna nader te bespreken Voorontwerp Insolventiewet terecht wordt opgemerkt, lijkt de andersoortige bescherming van de derde die om niet heeft verkregen gebaseerd te zijn op een onterechte gelijkschakeling van de directe verkrijger en de derde-verkrijger. Het gevolg daarvan is, dat ten aanzien van de mate van bescherming van de derde die om niet heeft verkregen, onderscheid wordt gemaakt naar de *oorzaak* van de beschikkingsonbevoegdheid van zijn rechtsvoorganger. Dat is in tegenstelling tot hetgeen voortvloeit uit de artikelen 3:86 en 3:88 BW. Krachtens die artikelen is immers voor de mate van bescherming van de derde die om niet heeft verkregen bepalend het *soort goed* dat hij heeft verkregen en de *wijze waarop*

²⁵⁴ Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 178+179. Vgl. ook Houwing, 'Positief en negatief belang bij rechts-schijn', *WPNR* 3868 (1944), p. 38.

²⁵⁵ Vgl. Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 448.

dat goed aan hem is *geleverd*. Los van de vraag of het onderscheid dat aldus wordt gemaakt houdbaar is – die vraag gaat het bestek van dit onderzoek te buiten – lijkt het merkwaardig van dit systeem af te wijken waar de beschikkingsonbevoegdheid wordt veroorzaakt door een vernietiging op grond van de pauliana. Ik zie daarvoor in ieder geval geen reden. Artikel 3:45 lid 5 BW moet mijns inziens dan ook vervallen.

3.6.2.6 *Conclusie: gevolgen voor X en A van een overdracht van (het beperkte of persoonlijke recht op) de zaak door C*

Als C de zaak, dan wel het beperkte recht of (de vordering op naam voortvloeiend uit het) persoonlijke recht op die zaak overdraagt aan X, en de rechtshandeling B-C wordt vernietigd (door A, op grond van de pauliana), treft deze vernietiging in haar gevolgen ook X. Dit is alleen anders als X wordt beschermd door (thans: artikel 3:45 lid 5 BW, maar naar mijn mening moet dit zijn) artikel 3:86 BW, of artikel 3:88 BW. In dat geval kan A zijn vordering niet op de zaak verhalen (althans alleen met inachtneming van het beperkte of persoonlijke recht van X), ook al voldoet de rechtshandeling B-C aan de vereisten van artikel 3:45 BW. A zal genoeg moeten nemen met een vordering tot schadevergoeding (zie par. 3.7).

3.6.2a Situatie faillissementspauliana als de verkrijger (C) de zaak overdraagt

De Faillissementswet kent in artikel 51 lid 2 een met artikel 3:45 BW lid 5 vergelijkbare bepaling. Het artikel is met ingang van 1 januari 1992 gewijzigd: de derde te goeder trouw die om niet heeft verkregen wordt minder vergaand beschermd dan onder het oude recht het geval was, namelijk slechts voor zover hij aantoonde niet door de rechtshandeling te zijn gebaat. Dit is gedaan om het artikel aan te passen aan artikel 3:45 lid 5 BW. Er is wel een verschil in het moment waarop de goede trouw wordt gemeten: buiten faillissement is dit het moment waarop het goed van de derde wordt opgeëist, in faillissement het moment van de faillietverklaring.

In het Voorontwerp Insolventiewet vervalt de bescherming van de derde die om niet heeft verkregen (artikel 3.2.7 lid 2). In de Toelichting wordt hieromtrent opgemerkt (p. 58):

“Er is in afwijking van het huidige tweede lid van artikel 51 geen regeling opgenomen voor de derde te goeder trouw die het goed om niet heeft verworven. Als een derde te goeder trouw ten tijde van de faillietverklaring niet gebaat was, mag hij naar huidig recht zijn positie handhaven. Voor deze bescherming bestaat echter geen goede grond. Zij lijkt een gevolg te zijn van een miskening in 1992, toen de huidige regeling in verband met de invoering van het nieuwe vermogensrecht tot stand kwam, van het

verschil tussen de positie van enerzijds de bevoordeelde om niet die wederpartij van de schuldenaar is, en anderzijds de derde-verkrijger aan wie de bevoordeelde het goed om niet had vervreemd. Het lijkt erop dat op onjuiste gronden een gelijkstelling heeft plaatsgevonden van de positie van de bevoordeelde om niet (artikel 3:45 lid 3 BW; vgl. artikel 42 lid 3 Fw) en de derde-verkrijger om niet aan wie de bevoordeelde het goed had vervreemd (artikel 3:45 lid 5 BW en artikel 51 lid 3 Fw). Dit kan te maken hebben gehad met de talloze veranderingen die zich vóór 1992 met betrekking tot de (latere) artikelen 3:86 tot en met 3:88 BW hebben voorgedaan. (...) Voor de derde-verkrijger om niet kan een regeling als in de tweede zin van artikel 51 lid 2 Fw beter achterwege blijven. Als de derde-verkrijger om niet reeds bescherming heeft op grond van artikel 3:88 BW, hoeft de Insolventiewet geen regeling meer te bieden. En als het gaat om een goed waarop artikel 3:86 BW van toepassing is, bestaat geen behoefte aan een van het Burgerlijk Wetboek afwijkende regeling al naargelang de derde-verkrijger al dan niet gebaat is. Als de derde-verkrijger het goed nog onder zich heeft, zal hij het goed altijd aan de bewindvoerder moeten teruggeven in de staat waarin het zich ten tijde van de opeising bevindt. Door de vernietiging van de paulianeuze transactie staat immers vast dat de derde de zaak heeft verkregen van een beschikkingsonbevoegde, terwijl er wegens het ontbreken van een tegenprestatie ('om niet') geen derdenbescherming op de voet van artikel 3:86 BW bestaat. Niet valt in te zien waarom de derde-verkrijger om niet hier een andere (onder omstandigheden betere) positie ten opzichte van de oorspronkelijke rechthebbende zou moeten hebben dan bij andere gronden van vernietiging van de titel in de overdracht tussen de oorspronkelijk rechthebbende en de wederpartij van de derde-verkrijger. Maar datzelfde geldt in de situatie waarin de derde-verkrijger het goed niet meer heeft, omdat hij dat goed heeft overgedragen, verbruikt of anderszins verloren heeft. In die gevallen bestaat er – ook als de derde-verkrijger nog met de opbrengst van het goed is gebaat – geen enkele rechtsverhouding waarop de bewindvoerder een vordering jegens die derde zo kunnen baseren. Wellicht zou dit anders zijn indien de derde het goed niet te goeder trouw had verworven. Maar ook dan is er voor een goederenrechtelijke aanspraak geen plaats als de derde dat goed niet meer heeft, en zal de bewindvoerder zo nodig op basis van artikel 6:162 BW tegen die derde moeten ageren. De voorgestelde verandering in het voorontwerp ten opzichte van het huidige recht heeft – om dezelfde reden – gevolgen voor de tekst van artikel 3:45 lid 5 BW die in dezelfde zin moet worden aangepast; deze tekst is immers op dezelfde onjuiste gronden gebaseerd (zie Parl. Gesch. Boek 3, blz. 218-219 dat bij de verandering van 3:86/88 BW bij de Invoeringswet niet is aangepast).”

Zoals uit par. 3.6.2 is gebleken, ben ik het hiermee volledig eens. Het Voorontwerp gaat wat mij betreft echter nog niet ver genoeg; aan een separaat beschermingsartikel is, zo is hiervóór bepleit, mijns inziens überhaupt geen behoefte, zodat artikel 3.2.7 lid 2 geheel kan vervallen.

3.6.3 Vestiging van een beperkt recht door C ten behoeve van X

C kan een beperkt recht op de zaak vestigen ten behoeve van een derde (X). Bij de bespreking van de gevolgen daarvan, zal weer onderscheid gemaakt worden naar de (aan de vestiging van dat beperkte recht voorafgaande) rechtshandeling B-C. Uitgangspunt is ook hier weer dat de rechtshandeling B-C vernietigd is of zal worden door A op grond van de actio pauliana.

3.6.3.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Als de rechtshandeling B-C de vervreemding en daarmee de overdracht van de zaak tot gevolg had, en C een beperkt recht op de zaak vestigt ten behoeve van X, geldt hetzelfde als hiervoor is besproken ten aanzien van overdracht van de zaak door C. X wordt, mits aan de vereisten van (thans: artikel 3:45 lid 5 BW, maar naar mijn mening moet dit zijn) artikel 3:86 BW of van artikel 3:88 BW is voldaan, beschermd tegen de gevolgen van de vernietiging van de rechtshandeling B-C. A kan de overdracht B-C wel vernietigen, maar hij kan zijn vordering slechts verhalen op een zaak die is bezwaard met een beperkt recht ten behoeve van X; voor het overige zal hij genoeg moeten nemen met (verhaal op) een vordering tot schadevergoeding (zie par. 3.7). Zo X geen bescherming kan ontlenen aan die artikelen, kan A het recht van X uiteraard negeren en verhaal nemen op de volle eigendom van de zaak.

3.6.3.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Als de rechtshandeling B-C de vestiging van een beperkt recht op de zaak tot gevolg had, kan C ten behoeve van X een beperkt recht op dat beperkte recht hebben gevestigd. In beginsel geldt, als aan de vereisten is voldaan, ook in dat geval voor X de bescherming van (thans: artikel 3:45 lid 5 BW, maar naar mijn mening moet dit zijn) artikel 3:86 BW of die van artikel 3:88 BW tegen de onbevoegdheid van C die is veroorzaakt door het geslaagde beroep op de pauliana door A.

Daarmee zijn we er echter nog niet. De vraag is, of A nu ook aan dit beperkte recht is gebonden. Door de vernietiging van de rechtshandeling B-C (bestaande uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak) zijn (ten opzichte van A) moederrecht (het eigendomsrecht van B) en beperkt recht (namelijk het recht van C) in één hand gekomen. Dat heeft tot gevolg dat het beperkte recht van C eindigt (zie artikel 3:81 lid 2 sub e BW). Artikel 3:81 lid 3 BW bepaalt echter, dat vermenging niet werkt ten nadele van degene die een beperkt recht heeft op het verdwijnende recht, X dus. De vraag is, of dit ook geldt ten opzichte van A. Ik meen van wel. Ten opzichte van (alleen) A is de rechtshandeling B-C vernietigd, en die vernietiging

brengt (wederom alleen ten opzichte van A) mee, dat het recht van X in beginsel blijft bestaan, door de werking van artikel 3:86 BW of 3:88 BW enerzijds, en door de werking van artikel 3:81 lid 3 BW anderzijds. A kan derhalve de zaak alleen executeren onder de last van het recht van X, en zal voor het overige genoeg moeten nemen met (verhaal op de vordering tot) schadevergoeding (zie par. 3.7).

3.6.3.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestaat uit de verlening van een persoonlijk recht op de zaak dat ook tegen A kan worden ingeroepen*

Indien C eerder een persoonlijk recht had verkregen op de zaak²⁵⁶, kan hij (het vorderingsrecht voortvloeiend uit) dit persoonlijke recht in beginsel²⁵⁷ bezwaren ten behoeve van X. Is X te goeder trouw, dan wordt hij tegen de beschikkingsonbevoegdheid van C (veroorzaakt door de vernietiging van de rechtshandeling B-C door A) beschermd door (thans artikel 3:45 lid 5 BW, maar naar mijn mening moet dit zijn) artikel 3:88 BW. Ook hier weer blijft daardoor het beperkte recht van X in stand ten opzichte van A, door de combinatie van de artikelen 3:88 BW en 3:81 lid 3 BW (zie par. 3.6.3.2). A zal dus genoeg moeten nemen met verhaal op de zaak onder de last van het recht van X, met de mogelijkheid van (verhaal op de vordering tot) schadevergoeding.

3.6.4 *Verlening van een persoonlijk recht op (het beperkte of persoonlijke recht op) de zaak door C ten behoeve van X*

C kan, nadat hij van B een recht op de zaak had verkregen, een persoonlijk recht op de zaak hebben verleend aan X. De vraag is, of dit persoonlijke recht van X in stand blijft na vernietiging van de rechtshandeling B-C door A, als X te goeder trouw is. Zoals hierboven (par. 3.6.2) is besproken, wordt in de parlementaire geschiedenis (van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) ten onrechte ervan uitgegaan, dat X in dat geval bescherming kan ontfangen aan artikel 3:45 lid 5 BW.²⁵⁸ Het persoonlijk recht van X zal dus in beginsel vervallen, tenzij X een eigen recht kan inroepen tegen A, of gezegd moet worden dat A van zijn bevoegdheid tot executie misbruik maakt jegens X. (Alleen) in dat geval is A bij executie van de zaak aan dat recht gebonden.

256 Dit zal een persoonlijk recht moeten zijn dat ook aan schuldeisers kan worden tegengeworpen (zie par. 3.6.2.4). In het andere geval is A immers bij de executie van de zaak niet aan dat recht gebonden, en hoeft hij dus ook geen beroep op de pauliana te doen ter vernietiging van de rechtshandeling waarbij dat recht is verleend.

257 Zie voetnoot 226.

258 Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 119. Zie ook Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 452. Vgl. ook Studiepockets privaatrecht Nr. 45 (Mellema-Kranenburg), *De actio Pauliana*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, nr. 41 en Van Koppen, 'De rechtsgevolgen van het inroepen van de (faillissements)pauliana', in: *Vragen rondom de faillissementspauliana*, *Insolad Jaarboek 1998*. Deventer: Kluwer 1998, p. 25.

3.6.5 *Schuldeisers van C verhalen hun vordering op (het beperkte of persoonlijke recht op) de zaak*

Vóórdat door A een beroep op de pauliana is gedaan (en dus de rechtshandeling B-C is vernietigd), kunnen schuldeisers van de verkrijger (C) hun vordering op (het beperkte of persoonlijke recht op) de zaak verhalen. C is dan immers eigenaar (althans rechthebbende) van (het beperkte of persoonlijke recht op) de zaak, waarmee (dat recht op) de zaak onderdeel is van zijn verhaalsvermogen (artikel 3:276 BW). Daarmee wordt een derde rechthebbende van de zaak en kan A zijn vordering niet meer op de zaak verhalen.²⁵⁹

Spannender wordt het, als schuldeisers van C hun vorderingen op de zaak zouden willen verhalen nádat A de rechtshandeling B-C heeft vernietigd, maar vóórdat de zaak door A is geëxecuteerd. Nu de vernietiging slechts relatief werkt, zou betoogd kunnen worden, dat de zaak ten opzichte van schuldeisers van C tot het vermogen van C behoort, en dus, dat A bij de verdeling van de opbrengst moet concurreren met schuldeisers van C.

Ankum stelt, dat A een concursus met schuldeisers van C niet hoeft te vrezen. Hij is van mening dat door het beroep op de pauliana de frauduleus verkregen zaak nooit tot het vermogen van C heeft behoord, hetgeen, aldus Ankum, voortvloeit uit de terugwerkende kracht van het beroep op de nietigheid.²⁶⁰

Dat is juist, maar heeft mijns inziens aanvulling. De terugwerkende kracht van de vernietiging kan immers (door de subjectief-relatieve werking ervan) alleen door A worden ingeroepen. Moet dan niet juist gezegd worden dat de zaak ten opzichte van alle anderen dan A – en dus ook ten opzichte van schuldeisers van C – tot het vermogen van C behoort? Dat is niet het geval. Zoals hiervóór (par. 3.6.2) reeds is betoogd, is het stilzwijgend uitgangspunt van de wetgever dat, ondanks het relatieve karakter van de vernietiging op grond van de actio pauliana, A de vernietiging ten opzichte van een ieder kan inroepen, dus ook ten opzichte van schuldeisers van C. Ten opzichte van schuldeisers van C kan A zich derhalve op het standpunt stellen dat de zaak niet tot het vermogen van C behoort, en voor

259 Eventueel heeft A in dat geval wel recht op schadevergoeding uit hoofde van artikel 6:203 e.v. jo. 6:74 e.v. BW. Zie nader par. 2.7.

260 Zie Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 180. Ankum verwijst daarbij naar Beekhuis, *Preadvies betreffende de regeling van de z.g. "actio Pauliana" in het Belgisch en het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 14. Zie ik het goed, dan is dat echter niet de strekking van hetgeen Beekhuis daar betoogt. Beekhuis stelt juist (terecht) dat de overdracht B-C tegenover anderen dan A als rechtsgeldig moet worden beschouwd, zodat de andere schuldeisers (waarmee Beekhuis trouwens de schuldeisers van B bedoelt) niet in de opbrengst kunnen delen.

hen dus geen verhaalsobject is (vgl. artikel 3:276 BW). A heeft geen concursus met schuldeisers van C te vrezen. Overigens is een en ander mijns inziens ook terecht; schuldeisers van C behoren niet een sterkere positie te hebben dan C zelf.

Wat de positie van bevoorrechte schuldeisers van C betreft, stelt Van Koppen dat zij een beroep kunnen doen op artikel 3:45 lid 5 BW – en dus, dat A wél zal moeten concurreren met bevoorrechte schuldeisers van C:

“Wanneer men van mening is dat bepaalde persoonlijk gerechtigden zoals huurders door de laatstgenoemde wettelijke bepalingen beschermd dienen te worden, moet men dit immers óók laten gelden voor preferente schuldeisers die zich op een voorrecht kunnen beroepen.”²⁶¹

Zoals in het voorgaande (par. 3.6.2.4) is betoogd, is het uitgangspunt van Van Koppen (waarop hij de bescherming van de bevoorrechte schuldeiser baseert) mijns inziens onjuist. A heeft in beginsel niets te maken met derden met een persoonlijk recht. Dat is slechts anders als zij hun persoonlijke recht ook tegen A kunnen inroepen. Dat geldt niet voor voorrechten verbonden aan een vordering. De wet bepaalt nergens dat deze voorrechten ook kunnen worden tegengeworpen aan A, zodat preferente schuldeisers van C hun voorrecht niet kunnen tegenwerpen aan A – tenzij gezegd zou moeten worden dat deze schuldeisers door de executie dermate in hun belangen worden geschaad, dat gebruikmaking van de bevoegdheid tot executie door A, in de gegeven omstandigheden misbruik van die bevoegdheid zou opleveren.

Hier geldt een uitzondering voor het voorrecht wegens kosten tot behoud (artikel 3:284 BW). Een schuldeiser van C, die een voorrecht heeft wegens gemaakte kosten tot behoud van de zaak, kan dit voorrecht mijns inziens ook tegenwerpen aan A. Niet omdat hij zich op de bescherming van artikel 3:45 lid 5 BW kan beroepen, maar omdat dit volgt uit (de ratio van) artikel 3:284 BW. A moet hier mijns inziens gelijkgesteld worden met een derde met een ouder recht in de zin van artikel 3:284 lid 2 BW. A is ook degene die er profijt van heeft dat de kosten tot behoud zijn gemaakt. Daardoor is het voor A immers nog mogelijk zijn vordering op de zaak te verhalen; als die kosten niet waren gemaakt, was de zaak verloren gegaan of in waarde verminderd, hetgeen door het maken van die kosten is voorkomen. Hiermee ontstaat overigens een merkwaardige situatie.

²⁶¹ Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 285. Overigens stelt Van Koppen later dat schuldeisers met een persoonlijk recht niet worden beschermd, zie Van Koppen, ‘De restrictieve uitleg van Pauliana-bepalingen door de Hoge Raad’, *NbBW* 2001 (1), p. 4.

Zoals hierboven is betoogd, heeft een schuldeiser van C immers ten opzichte van A in beginsel geen verhaalsrecht ten aanzien van de zaak. Daarmee heeft een schuldeiser van C met een voorrecht ex artikel 3:284 BW niets aan zijn voorrecht, nu dit recht geen bestaansrecht heeft zonder daaraan gekoppeld verhaalsrecht. Naar mijn mening is dit een duidelijk voorbeeld van een situatie waarin de door de Hoge Raad geboden uitweg van toepassing is, en zal A moeten dulden dat C zijn vordering met voorrang op de zaak verhaalt, omdat A anders misbruik zou maken van zijn bevoegdheid tot executie.

3.6.6 *C gaat failliet*

Als C failliet gaat vóórdat de rechtshandeling B-C is vernietigd, zal A een eventuele procedure tot vernietiging van de rechtshandeling B-C tegen de curator moeten voortzetten (artikel 26 Fw). Is de rechtshandeling (reeds) vernietigd, dan heeft B, in zijn verhouding tot A, een vordering op C uit revindicatie althans onverschuldigde betaling (zie nog hierna, par. 3.7). Aldus zal de zaak moeten worden teruggegeven (artikel 5:2 BW), althans een schade- of waardevergoeding moeten worden betaald. Ten aanzien van die laatste vorderingen is van belang dat B hier – normaal gesproken – concurrent schuldeiser is (van C), zodat maar moet worden gezien in hoeverre de vordering van A (door verhaal op die vorderingen van B op C) uiteindelijk wordt voldaan.

3.7 **Gevolgen van de relativering voor de schuldeiser (A)**

A heeft, tot het moment dat de rechtshandeling B-C met betrekking tot de zaak is vernietigd, geen enkel recht ten aanzien van de zaak. Vanaf de vernietiging heeft hij een verhaalsrecht. Dit verhaalsrecht brengt geen beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de zaak mee. A kan de zaak dus niet overdragen, noch op de zaak een beperkt recht vestigen. Evenmin is hij bevoegd aan een derde een persoonlijk recht op de zaak te verlenen. De casusposities die hiervóór, bij de behandeling van de positie van B en C, aan de orde zijn gekomen, spelen hier dus niet. Ten aanzien van de positie van A is wel een andere vraag van belang, namelijk wat het verhaalsrecht van A inhoudt. Deze vraag zal in het hiernavolgende besproken worden.

3.7.1 *Ten opzichte van A is sprake van een vordering uit hoofde van revindicatie, althans onverschuldigde betaling, maar deze vordering bestaat alléén in de verhouding tot B en C*

3.7.1.1 *Inleiding*

De vraag is, waaróp A (na de vernietiging van de rechtshandeling B-C) een verhaalsrecht heeft. Betoogd wordt wel, dat A zijn vordering (op B) kan verhalen op de door de vernietiging (door A) ontstane vordering uit hoofde van (revindicatie, althans) onverschuldigde betaling van B op C. Dit betoog is echter, zoals hierna zal worden besproken, niet onomstreden.²⁶²

Zoals bekend, heeft vernietiging terugwerkende kracht (artikel 3:53 BW), zodat hetgeen vóór de vernietiging is gepresteerd, in beginsel onverschuldigd is betaald en uit dien hoofde voor beide partijen een ongedaanmakingsverbintenis geldt, waarop de artikelen 6:203 e.v. BW van toepassing zijn. Ten aanzien van een vernietiging op grond van de pauliana zou gezegd kunnen worden, dat dit systeem niet zonder meer van toepassing is. Door het relatieve karakter van de vernietiging krachtens de pauliana is de rechtshandeling immers slechts nietig ten opzichte van A, maar ten opzichte van ieder ander, waaronder B en C, is de rechtshandeling geldig. Tussen B en C is dus, óók na de vernietiging door A, wel degelijk sprake van een rechtsgrond op basis waarvan is gepresteerd, zodat het tegenstrijdig lijkt aan te nemen dat B een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling heeft jegens C. In het hiernavolgende zal aan de hand van de toepasselijke wetsgeschiedenis en literatuur worden betoogd, dat weliswaar sprake is van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling, maar dat deze vordering alleen bestaat voor A in zijn relatie tot B en C.

3.7.1.2 *Wetsgeschiedenis en literatuur*

Ten tijde van de totstandkoming van de regeling van de pauliana in 1896 bevatte het ontwerp van artikel 1377 (oud) BW een regeling van de gevolgen van vernietiging in lid 2 (vgl. thans artikel 51 Fw):

²⁶² Gispen betoogt dat A het recht behoudt om zijn vordering op de zaak te verhalen, niettegenstaande het feit dat de zaak inmiddels eigendom van een ander is (Gispen, 'De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana', in: *Vragen rond de faillissementspauliana. Insolad Jaarboek 1998*. (V.H. e.a.), Deventer: Kluwer 1998, p. 36, voetnoot 15). Dat moge juist zijn, maar lost niet op hoe moet worden omgegaan met bijvoorbeeld de situatie dat B aan C een zaak heeft vervreemd, waard EUR 100.000, voor EUR 10.000. Zie ook Brunner, 'Boekbespreking, Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen', *WPNR* 5941 (1989).

“Hetgeen door de nietige handeling uit het vermogen van den schuldenaar is gegaan, moet door hem, tegen wien de nietigheid wordt ingeroepen, teruggegeven worden. Zoo deze daartoe niet in staat is, of zoo hij het ontvangene niet meer kan teruggeven in den toestand, waarin hij het ontving, is hij tot schadevergoeding verplicht.”

De wetgever was van mening dat de bestaande onzekerheid omtrent de gevolgen van de pauliana het nodig maakte dat het toen voorgestelde artikel 51 Fw werd overgenomen in de regeling van de pauliana buiten faillissement.²⁶³

C. Asser had kritiek op deze bepaling:

“Deze uitdrukking [teruggegeven worden, FD] is reeds onzuiver in de faill. wet (art. 51 lid 1). Men denke hier enkel aan eene lichamelijke zaak, die op den medecontractant of den derde is overgegaan. Hem kan echter evengoed een recht zijn verleend, b.v. van hypotheek; hij kan door kwijtschelding van eene schuld ontheven zijn; te zijnen bate kan eene onverplichte betaling door den schuldenaar hebben plaatsgehad. In al deze gevallen is bovenstaande uitdrukking ongepast.

Maar er is meer. In het faillissement is het teruggeven eener lichamelijke zaak goed en practisch. De zaak wordt in den boedel gebracht, en deze wordt beheerd door eenen onpartijdigen curator. Maar hier hebben wij eenen arglistigen schuldenaar, Moet aan dezen de ‘teruggave’ geschieden? Stel dat het eene roerende zaak is, wat zal dan haar verder lot zijn? Of bedoelt men ‘teruggave’ aan den schuldeischer? Zeker niet. Immers dat zou zonderling zijn. De schuldeischer toch is geen beheerder van dat schuldenaarsgoed. Ik geloof dat het doel der actie vooral moet zijn dat de derde de uitwinning der zaak of de uitoefening van zeker recht jegens hem dulde, of zich b.v. getrooste dat eene hem verleende hypotheek als niet bestaande worde aangemerkt. Maar hoe dit in wetgevende taal samen te vatten? Het best is wellicht er over te zwijgen en de gevolgen in dit opzicht aan de praktijk over te laten.”²⁶⁴

Aanvankelijk deelde de wetgever de kritiek van Asser niet:

“De uitdrukking ‘teruggegeven worden’ moge niet voor alle gevallen geheel zuiver zijn, zij is duidelijk genoeg om analogisch te worden toegepast, waar geen eigenlijke teruggave maar herstel in den vorige toestand te pas komt. Trouwens ook de faillissementswet heeft deze uitdrukking. In het besproken artikel van het Weekblad van het Recht wordt evenwel vooral betoogd, dat de rechtsgevolgen bij toewijzing der Pauliana buiten faillissement andere zouden moeten zijn dan indien er een faillissement was. In het eerste geval zouden de aangevallen handelingen slechts in zooverre nietig moeten

²⁶³ Van der Feltz I (MvT Invoeringswet, artt. 3-5), p. 517.

²⁶⁴ Asser, ‘De voorgestelde wijziging der Pauliana in ons Burgerlijk Wetboek’, W. 1894 (6544), p. 3.

*geacht worden, 'dat de derde de uitwinning der zaak of de uitoefening van zeker recht jegens hem dulde, of zich bijv. getrooste, dat eene hem verleende hypotheek als niet bestaande worde aangemerkt'. Intusschen, geheel in het midden latende of eene dergelijke regeling aanbeveling verdient of niet, meenden deze leden toch, dat indien men haar wenschte, met schrapping van het 2e lid niet zou kunnen worden volstaan, aangezien zonder wetswijziging aan het op eene Pauliana gewezen vonnis niet die strekking zou kunnen worden gegeven.'*²⁶⁵

Later wordt het standpunt van Asser toch ter harte genomen:

*"Bij nadere overweging schijnt het beter, het tweede lid te doen vervallen. Het kan worden toegegeven, dat tegen eenvoudige overneming van art. 51, 1ste en 2de lid, der faillissementswet in art 1377 Burgerlijk Wetboek bezwaar bestaat. Buiten faillissement toch is er niet een boedel, waaraan wordt teruggegeven. Wilde men in het Burgerlijk Wetboek het stelsel, dat in de faillissementswet is neergelegd, voor alle gevallen volledig uitwerken, dan zou een reeks bepalingen vereischt worden, omvangrijker en omslachtiger dan met de beperkte strekking dezer wetsvoordracht is overeen te brengen. De oplossing van de vragen, die te dezen opzichte kunnen rijzen, kan aan de jurisprudentie worden overgelaten."*²⁶⁶

De gedachte was dus de bepaling van de rechtsgevolgen aan de praktijk over te laten. Dat is – kennelijk – nog steeds het uitgangspunt van de wetgever; artikel 3:45 BW bepaalt (op dit punt) niets over de rechtsgevolgen van een vernietiging op grond van de pauliana.

De discussie omtrent de rechtsgevolgen van een beroep op de pauliana komt op gang door een arrest van de Hoge Raad van 30 september 1994.²⁶⁷ Voor een goed begrip van het arrest volgt hieronder de tekst van artikel 51 Fw, welk artikel in casu van toepassing was:

"Hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar gegaan is, moet door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator worden teruggegeven met inachtneming van afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek."

265 Van der Feltz I (Invoeringswet, artikel 3, Verslag TK met Regeeringsantwoord), p. 523.

266 Van der Feltz I (Invoeringswet, artikel 3, Verslag TK met Regeeringsantwoord), p. 523.

267 HR 30 september 1994, NJ 1995, 626 (Kuijsters/Gaalman q.q.).

Voor faillissementssituaties zijn de gevolgen van een geslaagd beroep op de pauliana dus wel wettelijk geregeld. De wetgever vermeldt in de toelichting op dit artikel:

“Duidelijkheidshalve is aan het slot van lid 1 een verwijzing naar afdeling 6.4.2 toegevoegd. Men zou anders immers op de gedachte kunnen komen dat de vordering van de curator tot teruggave aan de boedel er een sui generis is.”²⁶⁸

In de zaak die heeft geleid tot bovengenoemd arrest van de Hoge Raad was aan de orde – kort gezegd – de vraag of zekere Kuijsters de vordering van de curator op hem tot terugbetaling van een bedrag dat door de failliet paulianeus aan Kuijsters was betaald, kon verrekenen met een vordering die Kuijsters op de failliet had. De Hoge Raad oordeelt:

“Het zou in strijd zijn met doel en strekking van art. 42 F., in verbinding met art. 51 F., indien Kuijsters zich aan haar uit die bepaling voortvloeiende verplichting om het ontvangen bedrag in de boedel terug te brengen en aldus de ontstane ongelijkheid van crediteuren ongedaan te maken, zou kunnen onttrekken door dat bedrag aan een andere schuldeiser (de bank) te verpanden en zich vervolgens, na uitwinning, te beroepen op verrekening met de door subrogatie verkregen vordering van die schuldeiser op de boedel.”

Was nu sprake van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling jegens Kuijsters en zo ja, wie was de rechthebbende van die vordering: de curator of de failliet? Uit het arrest van de Hoge Raad wordt dit niet duidelijk. A.-G. Vranken is van mening – zo leid ik uit zijn conclusie vóór bovengenoemd arrest af – dat de vordering van de curator tot terugbetaling van het paulianeus betaalde bedrag niet een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling is, maar dat de regeling van onverschuldigde betaling op die vordering van toepassing is omdat de wet het bepaalt:

“(…) Vgl. voor deze verplichting het ingevolge de verwijzing in (thans) artikel 51 lid 1 Fw toepasselijke art. 6:204 BW (…). [cursivering FD]

In hun noot onder het arrest zijn Kortmann en Faber van mening dat die vordering wel degelijk een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling is – en dat de verwijzing in artikel 51 Fw naar Titel 6.4.2 BW dus de bevestiging is van een reeds bestaande situatie:

²⁶⁸ Kortmann-Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1995, p. 152.

“In het nieuwe artikel 51 Fw is duidelijk gemaakt dat de verplichting tot teruggave aan de boedel er een is uit onverschuldigde betaling, derhalve geen verplichting sui generis.”²⁶⁹

Volgens de auteurs is deze vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling een vordering van de failliet (niet van de curator), en heeft het faillissement tot gevolg dat de curator (slechts) inningsbevoegd is:

“Het introyen van de actio Pauliana door de curator brengt slechts met zich dat goederen die paulianeus aan het vermogen van de schuldenaar zijn onttrokken, alsnog in de afwikkeling van het faillissement worden betrokken, c.q. dat de schuldenaar (...) een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling verkrijgt jegens degene met wie hij heeft gehandeld. Het introyen van de actio Pauliana door de curator (of buiten faillissement door één of meer schuldeisers) leidt er niet toe dat de schuldeisers een vordering verkrijgen jegens de wederpartij van de schuldenaar. Een dergelijk betoog miskent dat tot de failliete boedel behorende vorderingen niet aan de curator toekomen, maar aan de gefailleerde – het is zijn failliete boedel – (...).²⁷⁰

Huizink bestrijdt deze opvatting van Kortmann en Faber. Hij is van mening dat de regeling van de onverschuldigde betaling van toepassing is omdat de wet dat bepaalt:

“De actio pauliana en daarmee ook de faillissementspauliana, leidt slechts tot een relatieve nietigheid; namelijk ten behoeve van de boedel. Vernietiging van de rechtshandeling door de curator betekent niet dat er zonder rechtsgrond in de zin van artikel 6:203 BW is gepresteerd. Ware het anders, dan zou artikel 51 Fw een overbodige bepaling zijn.”²⁷¹

269 Kortmann-Faber, ‘Kuijsters/Gaalman q.q.’ AA 1995 (2), p. 131. Zie ook Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 329. In hun reacties op deze noot gaan ook Verschoof en Sevenheck er (impliciet) van uit dat sprake is van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling (Verschoof-Sevenheck, ‘Reacties op de noot naar aanleiding van het arrest Kuijsters/Gaalman q.q.’ AA 1995 (7/8), p. 567-571).

270 Kortmann-Faber, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid en faillissement’, *WPNR* 6249 (1996), p. 906. Vgl. ook Kortmann-Faber, ‘Kuijsters/Gaalman q.q.’ AA 1995 (2), p. 132, Kortmann-Faber, ‘Nawoord op bovenstaande reactie’, AA 1995 (10), p. 774 en Kortmann-Faber, ‘De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?’ in: *De curator, een octopus*. (S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. Van Hees en S.H. De Ranitz), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 151.

271 Huizink, ‘Reactie op reacties en nawoord inzake Kuijsters/Gaalman q.q.’ AA 1995 (10), p. 773.

En:

“In art. 51 Fw [wordt] terecht aan de art. 6:203 e.v. BW gerefereerd. De laatste bepalingen zouden zonder die verwijzing niet rechtstreeks op de vordering van de curator toepasselijk zijn. Het beroep van de curator op art. 42 e.v. Fw leidt immers slechts tot een relatieve nietigheid. Relatief, namelijk ten behoeve van de boedel. Vernietiging van een rechtshandeling door de curator betekent niet dat er zonder rechtsgrond in de zin van art. 6:203 BW zou zijn gepresteerd. De faillissementspauliana kan niet op een lijn worden gesteld met de in art. 3:53 BW geregelde rechtsgevolgen die verbonden zijn aan de vernietiging van een rechtshandeling. In de wettelijke systematiek komt uitsluitend de curator een beroep op art. 42 e.v. Fw toe. Met name is van belang dat de gefailleerde BV zelf niet een dergelijke vordering tegen Kuijsters in had kunnen stellen.”²⁷²

In zijn noot onder het arrest Kuijsters/Gaalman q.q. stelt Van Schilfgaarde:

“Juist lijkt mij daarentegen de opvatting van Huizink dat verrekening niet mogelijk is omdat tegenover elkaar staan een uitsluitend aan de curator, niet aan de failliet, toekomstige vordering en een vordering op de failliet. (...) Kortmann en Faber bestrijden Huizinks opvatting (...). Uit het feit dat de vordering van de curator volgens de wettekst heeft te gelden als een vordering uit onverschuldigde betaling leiden zij af dat de gefailleerde BV onverschuldigd heeft betaald. Dat lijkt mij niet juist. Zij overschatten daarmee de wettelijke kwalificatie van de vordering van de curator. Onjuist is in elk geval dat het ‘derhalve’ gaat om een vordering van de gefailleerde. De gefailleerde heeft geen vordering uit onverschuldigde betaling.”

Brunner lijkt van mening te zijn dat na een vernietiging op grond van de pauliana een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling bestaat van B jegens C – al laat hij het karakter van die vordering in het midden:

“De pauliana (...) bestrijkt ook gevallen waarin de debiteur zijn voor verhaal vatbaar vermogen verkleint door het schenken van geld of het betalen van een exorbitante koopprijs voor een zaak. De benadeelde crediteur kan dan alleen door vernietiging van de schenking of koop bewerkstelligen dat de derde een verbintenis tot terugbetaling van het ontvangen geld jegens de debiteur krijgt waarop hij derdenbeslag kan leggen.”²⁷³

²⁷² Huizink, ‘Pauliana en verrekening’, *Tvl* 1995 (1), p. 18+19.

²⁷³ Brunner, ‘Boekbespreking, Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen’, *WPNR* 5941 (1989), p. 780.

Wessels stelt dat geen sprake is van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling:

“Ik meen daarentegen dat de verbintenis tot teruggave een zelfstandige verbintenis is die ontstaat uit de wet. De bron van deze verbintenis is art. 51 lid 1 Fw (jo. art. 6:1 BW). Haar nakoming geschiedt overeenkomstig de regels aangaande onverschuldigde betaling. De terugbetaling zelf is geen ongedaanmaking van een onverschuldigde betaling, aangezien de oorspronkelijke voldoening door de schuldenaar een verschuldigde betaling was.”²⁷⁴

De meningen lopen dus nogal uiteen, zowel ten aanzien van het karakter van de vordering als ten aanzien van de vraag wie de rechthebbende is van de vordering.²⁷⁵

3.7.1.3 Analyse

Vooropgesteld zij, dat toepasselijkheid van de regeling van onverschuldigde betaling een aantal belangrijke voordelen heeft – daarover lijken bovengenoemde schrijvers het ook wel (impliciet) eens te zijn. Met de toepasselijkheid van die regeling is immers een groot aantal vraagstukken ten aanzien van de afwikkeling van de vernietiging geregeld. Want al is het doel van de pauliana duidelijk (A kan de rechtshandeling B-C vernietigen en zijn vordering op het vermogen van B verhalen alsof de rechtshandeling nooit heeft plaatsgevonden), de verwerkelijking van dat doel is – zoals Asser in de hierboven geciteerde passage al opmerkte – niet in alle gevallen even eenvoudig.

274 Wessels, ‘Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana’, *WPNR* 6535 (2003), p. 417.

275 Vgl. voorts Van Koppen, ‘De rechtsgevolgen van het invoeren van de (faillissements)pauliana’, in: *Vragen rondom de faillissementspauliana, Insolad Jaarboek 1998*. Deventer: Kluwer 1998, p. 17 en Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 196. In dit verband zij nog vermeld dat Schoordijk de vraag opwerpt als vertegenwoordiger van wie de curator handelt als hij paulianus vervreemde goederen executeert. Hij stelt dat de curator alsdan niet de failliet, maar de derde-verkrijger vertegenwoordigt: “Dat spreekt voor zich. De eigendom van de paulianus vervreemde goederen is immers overgegaan op de derde.” (Schoordijk, ‘Als vertegenwoordiger van wie treedt de faillissementscurator op? Een niet altijd ongevaarlijke vraagstelling!’ in: *Goed en trouw (Van der Grinten-bundel)*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 537. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat mij niet duidelijk is wie Schoordijk met de “derde-verkrijger” bedoelt. Als hiermee C wordt aangeduid, begrijp ik de redenering niet, want ten opzichte van de boedel is de eigendom nu juist niet overgegaan op C, zodat de boedel en de curator ook niets met C te maken hebben en dus niet valt in te zien waarom de curator bij de executie als vertegenwoordiger van C zou optreden. Als Schoordijk met de “derde-verkrijger” bedoelt degene aan wie bij de executieverkoop de goederen worden verkocht (X), begrijp ik de redenering evenmin, want hoe kan de curator X vertegenwoordigen als hij aan X goederen verkoopt?

Dat geldt met name voor situaties waarin zogenaamde oneigenlijke vermenging optreedt, zoals in het geval de vernietigde rechtshandeling betrekking heeft op de betaling van een geldsom door B aan C: behalve in het uitzonderlijke geval dat B aan C een specifieke zak met geld zou hebben gegeven, is het geld, dat (als gevolg van de vernietiging door A) ten opzichte van A tot het vermogen van B behoort, niet individualiseerbaar in het vermogen van C. A kan zich dus ook niet op dat geld verhalen alsof de rechtshandeling B-C nooit heeft plaatsgevonden.

Op grond van de regeling van de onverschuldigde betaling is vaak wel een oplossing mogelijk. Zo is met toepasselijkheid van de regeling van de onverschuldigde betaling wettelijk geregeld hoe moet worden omgegaan met gevallen waarin C weliswaar verplicht is tot teruggave, maar (feitelijk)²⁷⁶ niet (volledig) aan deze verplichting kan voldoen, bijvoorbeeld omdat de zaak is verkocht aan een derde die wordt beschermd door artikel 3:45 lid 5 BW, of omdat de zaak is beschadigd of verloren is gegaan.²⁷⁷ In dat geval is sprake van een tekortkoming in de nakoming van de ongedaanmakingsverbintenis uit hoofde van onverschuldigde betaling (artikel 6:74 e.v.) en is C schadevergoeding verschuldigd.²⁷⁸ Hierbij moet worden aangenomen dat C – gezien zijn wetenschap van benadeling van A – in het algemeen te kwader trouw is in de zin van artikel 6:205 BW, zodat hij steeds in verzuim is.²⁷⁹

Mijns inziens moet ook daadwerkelijk worden uitgegaan van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling – naast (in de gevallen waarin sprake is van teruggave van een zaak, zodat A zijn vordering op die zaak kan verhalen) de vordering uit hoofde van artikel 5:2 BW²⁸⁰ –, zolang men maar aanvaardt dat deze vordering (van B op C) alléén bestaat ten opzichte van A.²⁸¹ De vordering bestaat

276 Kan de prestatie *naar haar aard* niet ongedaan gemaakt worden, is – met toepasselijkheid van de regeling van onverschuldigde betaling – artikel 6:210 BW van toepassing en is C (geen schadevergoeding, maar) een waardevergoeding verschuldigd.

277 Vgl. Beekhuis, *Preadvies betreffende de regeling van de z.g. "actio Pauliana" in het Belgisch en het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 15; Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 179.

278 Vgl. Wessels, 'Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana', *WPNR* 6535 (2003), p. 416+417 en Hof Arnhem 5 december 2000, JOR 2001, 99 (Langelaar q.q./Hedephar).

279 Een uitzondering geldt voor de positie van C als begiftigde te goeder trouw die ten gevolge van de rechtshandeling is gebaat.

280 Vgl. ook HR 3 juni 1921, NJ 1921, 968-969 (Janse/Ligtenberg q.q.).

281 Dit meent ook Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 197+200. Zie voorts Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 357. Vgl. ook Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 176: "Voor de derde [C, FD] [ontstaat] niet (...) een verplichting tot terugbetaling jegens de debiteur [B, FD] maar voor de derde [ontstaat] jegens de benadeelde crediteur [A, FD] een verplichting tot terugbetaling aan de debiteur." Vgl. in dit verband óók de hiervoor geciteerde opmerkingen van Huizink en Van Schilfgaarde, die mijns inziens terecht stellen dat B (althans

bijvoorbeeld niet tussen B en C onderling. Ook ná de vernietiging door A is tussen B en C immers, vanwege het relatieve karakter van de vernietiging, sprake van een geldige rechtshandeling,²⁸² zodat het aannemen van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling van B jegens C daarmee in strijd is. Dit betekent dat B zélf deze vordering niet zal kunnen innen. Alleen A kan dat.

Daarmee bestaat voor A, indien de rechtshandeling B-C de vervreemding van een zaak betrof, een aantal mogelijkheden:

1. indien de zaak zich nog in het vermogen van C bevindt, dan wel indien C de zaak aan een derde heeft overgedragen die niet wordt beschermd door artikel 3:45 lid 5 BW (althans, in mijn visie, artikel 3:86 BW of artikel 3:88 BW, zie par. 3.6.2), kan A zijn vordering op de zaak zelf verhalen. C is immers in zijn verhouding tot A verplicht die zaak aan B terug te geven (artikel 5:2 BW resp. artikel 6:203 BW);
2. indien C feitelijk niet in staat is de zaak terug te geven aan B (bijvoorbeeld omdat deze is vergaan, of is verkocht aan een derde die wordt beschermd door artikel 3:45 lid 5 BW), kan A zijn vordering verhalen op de vordering tot schadevergoeding die C aan B in hun relatie tot A (in beginsel) is verschuldigd (artikel 6:203 BW jo. artikel 6:74 e.v. BW)²⁸³;
3. indien C niet in staat is de zaak terug te geven aan B omdat de aard van die zaak dat onmogelijk maakt, kan A zijn vordering verhalen op de vordering tot waardevergoeding die C aan B in hun relatie tot A is verschuldigd (artikel 6:210 BW).

3.7.1a Ook in faillissement een vordering uit onverschuldigde betaling van B jegens C ten opzichte van de boedel

Over de gevolgen van de relativering van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana (waar het de gevolgen voor de positie van schuldeisers betreft) kan ik na het voorgaande kort zijn. Zoals hiervóór is gebleken, is voor de faillissementspauliana (wel) wettelijk geregeld waarop de boedel (de curator) verhaal kan zoeken (artikel 51 Fw). Die wettelijke regel komt – als wij hem lezen zoals deze gelezen moet worden, zie hieronder – neer op het hierboven verdedigde systeem dat buiten faillissement geldt: er is (alleen) ten opzichte van de boedel

de gefailleerde) geen vordering uit onverschuldigde betaling heeft. B heeft deze vordering immers alléén in zijn relatie tot A, althans de boedel.

282 Vgl. (onder meer) HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder); Asser-Hartkamp, 2005 (4-II), nr. 451; Hasselton, 'Boekbespreking: Mr. T.J. Mellema-Kranenburg, De actio Pauliana naar BW en Nieuw BW', *NTBR* 1992 (2), p. 55.

283 Een uitzondering geldt voor het geval B de zaak andermaal heeft verkocht en geleverd (par. 3.5.2). In dat geval is geen sprake van een tekortkoming van C, zodat C evenmin schadevergoeding is verschuldigd.

sprake van een vordering uit onverschuldigde betaling van B op C. Als gevolg van het faillissement van B is het nu de curator, als beheerder van de boedel van B – en niet B zelf –, die deze vordering geldend moet maken. Artikel 51 lid 1 Fw bepaalt dan ook terecht dat de zaak (dan wel de schadevergoeding) aan de curator moet worden teruggegeven.

De vraag is wel, of deze wettelijke regeling noodzakelijk is. Zonder wettelijke regeling wordt de rechtshandeling B-C ook alleen ten opzichte van de boedel vernietigd. B heeft dus ook alleen ten opzichte van de boedel onverschuldigd betaald aan C, terwijl het in faillissement van B de curator is die deze vordering uit onverschuldigde betaling (ten opzichte van de boedel) geldend moet maken (artikel 25 Fw). Daarbij komt dat, zoals Bakkerus mijns inziens terecht opmerkt, de tekst van artikel 51 lid 1 Fw aanleiding kan geven tot een misverstand, omdat hieruit afgeleid zou kunnen worden dat de vordering toekomt (niet aan B maar) aan de curator en daarmee aan de gezamenlijke schuldeisers, met als gevolg dat zij rechthebbenden van een paulianeus vervreemde zaak zouden worden.²⁸⁴ Ook in faillissement gaat het om een vordering van B op C die alleen bestaat ten bate van de curator en daarmee de gezamenlijke schuldeisers. Als gevolg van het faillissement van B is het de curator die deze vordering geldend moet maken (artikel 25 Fw). Beter lijkt het dan ook – zo het artikel al behouden moet blijven – aan artikel 51 lid 1 Fw toe te voegen: “ten behoeve van het verhaal door de curator”.

In dit verband zij nog opgemerkt dat in (artikel 3.2.7 lid 1 van) het Voorontwerp Insolventiewet de bepaling is gehandhaafd, maar dat “teruggegeven” is vervangen door “afdragen”. In de Toelichting wordt opgemerkt:

“De vervanging van ‘teruggegeven’ door ‘afgedragen’ drukt uit dat het hier niet werkelijk gaat om een vordering uit onverschuldigde betaling. Dat neemt niet weg dat er bij deze afdrachtverplichting ruimte kan bestaan voor toepassing van de artikelen 6:204 tot en met 6:208 BW.”

Twee aspecten vallen op. Ten eerste wordt in het ontwerp en de toelichting kennelijk tot uitdrukking gebracht, dat slechts van een verbintenisrechtelijke aanspraak sprake kan zijn. Dat is niet juist; uit het voorgaande is gebleken, dat in het geval de paulianeuze rechtshandeling bestond uit de vervreemding van een

²⁸⁴ Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 199+200. Zie bijvoorbeeld Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 8 februari 2007, Journaal IF&Z 2007, 107 (X/Litjens q.q.), waar er mijns inziens ten onrechte van wordt uitgegaan dat een ongedaanmakingsverbintenis ontstaat tussen de curator en X.

zaak door B aan C, B (c.q. zijn dwangvertegenwoordiger, de bewindvoerder) wel degelijk (ook) een goederenrechtelijke vordering heeft op C tot teruggave van die zaak (revindicatie), een en ander in hun relatie tot de boedel. Ten tweede: naast die goederenrechtelijke aanspraak bestaat inderdaad een verbintenisrechtelijke aanspraak. Zoals zojuist is besproken, is deze verbintenisrechtelijke aanspraak naar mijn mening gegrond op de onverschuldigde betaling. Het gaat hier dus, anders dan de Toelichting vermeldt, juist om een vordering uit onverschuldigde betaling. Daarbij mag, gelet op de hiervóór weergegeven discussie, in ieder geval verbazend worden genoemd dat de Toelichting zonder meer als vanzelfsprekend aanneemt dat het niet werkelijk gaat om een vordering uit onverschuldigde betaling.²⁸⁵

3.7.2 Wijze waarop A zijn verhaalsrecht te gelde kan maken

A kan zijn vordering (op B) verhalen op de hierboven besproken vordering (van B op C) uit hoofde van revindicatie althans onverschuldigde betaling. A moet daarbij mijns inziens, indien hij voorafgaand aan de procedure beslag wil leggen op de paulianeus vervreemde zaak, vooraf een keuze maken voor de gerechtelijke of buitengerechtelijke weg: hij kan (indien hij kiest voor gerechtelijke vernietiging) paulianabeslag leggen én hij kan (bij een keuze voor buitengerechtelijke vernietiging) (conservatoir) derdenbeslag leggen.²⁸⁶ Beide wijzen van executie zullen in het hiernavolgende besproken worden.

3.7.2.1 Paulianabeslag: gerechtelijke vernietiging

De behoefte aan een regeling voor een specifiek paulianabeslag ontstond door het wegvallen van de (onder het oude recht bestaande) mogelijkheid om de rechtshandeling buitengerechtelijk te vernietigen als aan de rechtshandeling al enigerlei

²⁸⁵ Vgl. ook N.E.D. Faber, 'Actio Pauliana en verrekening', in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* (Van de Hel e.a.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 186.

²⁸⁶ Ynzonides en Winters merken terecht op dat deze weg – buiten faillissement (waar artikel 3:50 lid 2 BW door artikel 42 lid 1 Fw buiten toepassing wordt verklaard) – praktisch nooit gevolgd kan worden bij de vernietiging van een rechtshandeling met betrekking tot onroerende zaken, nu bij onroerende zaken de buitengerechtelijke weg alleen gevolgd kan worden als alle partijen in de vernietiging berusten – hetgeen niet snel het geval zal zijn. Zij bieden wel een alternatief: het inschrijven van de rechtsvordering tot vernietiging in de openbare registers (artikel 3:17 lid 1 sub f BW). Deze inschrijving heeft tot gevolg dat eventuele derden-verkrijgers van het registergoed zich niet op goede trouw kunnen beroepen ((Ynzonides-Winters, 'Opmerkingen over paulianabeslag', *WPNR* 6160 (1994), p. 837). Van Mierlo merkt hieromtrent mijns inziens terecht op dat het paulianabeslag ten opzichte van deze weg het voordeel biedt dat A een eventuele latere verkrijging door een derde gewoonweg kan negeren (op grond van artikel 505 lid 2 Rv), terwijl A krachtens artikel 737 lid 2 Rv extra bescherming krijgt doordat het conservatoire beslag tot afgifte na de rechterlijke uitspraak tot vernietiging overgaat in een verhaalsbeslag (A.I.M. Van Mierlo, *Burgerlijke rechtsvordering* (Losbl.), aant. 4 bij artikel 737 Rv).

uitvoering was gegeven. Aanvankelijk was namelijk de bedoeling dat – gelijk de regeling van de pauliana van 1838, maar anders dan de situatie onder de regeling van 1896²⁸⁷ – steeds een rechterlijke uitspraak nodig was voor de vernietiging:

“De handeling (...) is (...) niet nietig maar slechts vernietigbaar verklaard; dit brengt met zich mede, dat afstand van dit beroep kan worden gedaan, dat het aan verjaring onderhevig is en dat, wanneer de rechtshandeling reeds is uitgevoerd, een rechtsvordering tot vernietiging nodig is.”²⁸⁸

Een impliciet beroep op vernietiging, bijvoorbeeld door beslag op de zaak te leggen, was daarmee niet langer mogelijk. In verband met die lacune merkt de Minister op, dat er een regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering moet komen die de schuldeiser de mogelijkheid biedt conservatoire maatregelen te nemen ten aanzien van zich onder derden bevindende goederen, voordat de vernietiging van de rechtshandeling heeft plaatsgevonden:

“Een dergelijke regeling is noodzakelijk, omdat in het ontwerp, anders dan in het huidige recht, de benadeelde schuldeiser zich niet zonder meer op het standpunt kan stellen dat de betreffende rechtshandeling te zijnen opzichte nietig is. Het onderhavige artikel geeft immers uitsluitend de mogelijkheid vernietiging van de rechtshandeling te verkrijgen op de wijze voorgeschreven in de artikelen 14 en 15 van deze titel.”²⁸⁹

Van verschillende zijden is kritiek gekomen op het voorstel dat voor vernietiging steeds een rechterlijke uitspraak nodig is.²⁹⁰ Ook de wetgever is uiteindelijk van mening dat het voorstel gewijzigd dient te worden. Het voorgestelde artikel wordt geschrapt; daarvoor in de plaats komt de bepaling dat een rechtshandeling met betrekking tot een *registergoed* alleen via een buitengerechtelijke verklaring vernietigd kan worden als alle partijen in de vernietiging berusten (artikel 3:50 lid 2 BW). Rechtshandelingen met betrekking tot alle andere goederen kunnen altijd via een buitengerechtelijke verklaring worden vernietigd.

Dat het paulianabeslag met een en ander samenhangt, wordt nog eens bevestigd in de toelichting op het paulianabeslag:

287 Zie bijvoorbeeld HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder).

288 Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 215.

289 Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 219. Artikel 14 lid 2 – waar de Minister naar verwijst – bepaalt op dat moment: “Wanneer op de rechtshandeling reeds enigerlei uitvoering is gevolgd of zij met een feitelijke handeling gepaard is gegaan, heeft een buitengerechtelijke verklaring slechts vernietigende werking, indien degenen tot wie zij was gericht, in de vernietiging berusten.”

290 Zie bijvoorbeeld Bloembergen, ‘Gebrekkige rechtshandelingen in het gewijzigd ontwerp Boek 3 N.B.W. (artikelen 3.2.6-3.2.21)’, *WPNR* 5190 (1972), p. 427+428 en Fokkema, ‘Nietigheden in het privaatrecht’, *RMTh* 1971, p. 271 e.v.

“In het stelsel van [artikel 3:45 BW] kan een door een rechtshandeling benadeelde schuldeiser die zijn rechten uit dat artikel wil geldend maken, dit slechts doen door in rechte een beroep op de vernietigbaarheid van de rechtshandeling te doen (de zgn. Pauliana). In dit stelsel is er behoefte aan een bijzonder conservatoir beslag dat, vooruitlopend op de vernietiging door de rechter, kan worden gelegd op de goederen die door de rechtshandeling aan het verhaal door de schuldeiser zijn onttrokken. Het onderhavige artikel 737 komt aan deze behoefte tegemoet.”²⁹¹

Zoals bekend, is het inmiddels wél mogelijk de rechtshandeling buitengerechtigd te vernietigen, óók als daaraan reeds enige uitvoering is gegeven – behalve in het hierboven beschreven geval dat het gaat om een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed. Is daarmee het paulianabeslag overbodig? Thans is het immers mogelijk om de rechtshandeling buitengerechtigd te vernietigen, om vervolgens (of: door²⁹²) (conservatoir) derdenbeslag te leggen onder C ten laste van B, waarna alsnog naar de rechter kan worden gegaan teneinde een verklaring voor recht te verkrijgen dat de rechtshandeling is vernietigd. In dat kader stelt Ynzonides:

“Aangezien het inroepen van de pauliana echter bijna altijd tot betwisting zal leiden, waarna de rechter zich over het paulianeuze karakter van de rechtshandeling zal moeten uitspreken, kan een schuldeiser er op goede gronden de voorkeur aan geven om direct voor de weg van het paulianabeslag te kiezen.”²⁹³

Inderdaad kan A er de voorkeur aan geven niet (eerst) buitengerechtigd te vernietigen, maar (direct) de gerechtelijke weg te kiezen. A kiest er dan dus voor de rechter de rechtshandeling te laten vernietigen (constitutieve uitspraak), in plaats van, zoals het geval zou zijn geweest als A buitengerechtigd had vernietigd maar alsnog een gerechtelijke procedure volgt, de rechter een verklaring voor recht te laten uitspreken dat de rechtshandeling is vernietigd (declaratoire uitspraak). Als A in zo’n geval (en dus in het geval hij direct de gerechtelijke weg kiest) ook conservatoir beslag wil leggen, staat voor hem alleen de mogelijkheid van het paulianabeslag open.

Hoogervorst merkt mijns inziens terecht op dat, hoewel artikel 737 Rv de buitengerechtigde weg geheel lijkt uit te sluiten omdat het spreekt over een rechterlijke uitspraak, het artikel wel degelijk voorziet in de mogelijkheid reeds

291 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 338.

292 De buitengerechtigde vernietiging is immers vormvrij.

293 Ynzonides, ‘Executie en beslag’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2000, par. 2.13.

beslag te leggen op een moment dat nog (door middel van een rechterlijke uitspraak) moet worden vernietigd.²⁹⁴ Onjuist is mijns inziens dan ook de stelling van Van Mierlo dat een onmisbare voorwaarde voor het beslag is een door A vernietigde rechtshandeling als bedoeld in artikel 3:45 BW.²⁹⁵ Immers, de rechtshandeling is in dit geval pas vernietigd met de gerechtelijke uitspraak tot vernietiging, hetgeen zou betekenen dat de weg van het conservatoire paulianabeslag – welke weg door artikel 737 Rv nu juist expliciet wél wordt geboden (sterker nog, het artikel is er juist gekomen om vooruitlopend op de vernietiging (door de rechter) beslag te kunnen leggen) – nooit open zou staan.

Een “gewoon” conservatoir beslag ten laste van C is in dat geval niet mogelijk, omdat A zijn vordering niet tracht te verhalen op een zaak van C, maar op een zaak van B. A zal ook alleen een executoriale titel jegens B kunnen verkrijgen – niet jegens C –, in de vorm van een veroordeling van B tot betaling van het bedrag van de vordering van A op B. B is immers de enige tegen wie A een dergelijke vordering kan instellen; A heeft geen vordering op C.²⁹⁶ Vóórdat de rechtshandeling B-C is vernietigd (hetgeen bij een gerechtelijke vernietiging pas op het moment van de rechterlijke uitspraak is) kán A dus helemaal geen beslag leggen ten laste van C, omdat C niet (ook niet ten opzichte van A) een zaak van B onder zich heeft en omdat A niet een vordering heeft op C die op het vermogen van C kan worden tenuitvoergelegd.

Zoals hierna zal worden besproken, kan A ná die vernietiging wél derdenbeslag leggen ten laste van B onder C. Dan heeft C immers een zaak onder zich die – ten opzichte van A – tot het vermogen van B hoort.

Ook een “gewoon” conservatoir beslag op de zaak ten laste van B is bij een gerechtelijke vernietiging niet mogelijk. Vóór de vernietiging van de rechtshandeling B-C heeft B de zaak immers niet onder zich, ook niet ten opzichte van A. Vóór de vernietiging hoort de zaak immers ten opzichte van een ieder tot het vermogen van C.

294 E.M. Hoogervorst, *Vermogensrecht* (Losbl.), aant. 13 bij artikel 3:49 BW. Anders: T.J. Mellema-Kranenburg, *Vermogensrecht* (Losbl.), aant. 67 bij artikel 3:45 BW.

295 A.I.M. Van Mierlo, *Burgerlijke rechtsvordering* (Losbl.), aant. 2 bij artikel 737 Rv.

296 Afgezien van een mogelijke vordering uit hoofde van onrechtmatige daad. Maar het gaat hier om de vordering op B, die A wil verhalen op een paulianeus aan C vervreemde zaak, zodat ik hier zal uitgaan van (alleen) een vordering op B.

Het paulianabeslag is dus niet overbodig geworden door de mogelijkheid om de rechtshandeling buitengerechtigd te vernietigen. Het is het enige beslag dat gelegd kan worden als A niet buitengerechtigd, maar gerechtelijk vernietigt.²⁹⁷

Krachtens artikel 737 lid 1 Rv is het paulianabeslag eerst een (conservatoir) beslag tot afgifte, welk beslag na de uitspraak wordt omgezet in een (conservatoir of executoriaal) verhaalsbeslag.

Het wordt een conservatoir verhaalsbeslag als A nog geen executoriale titel heeft jegens B. In dat kader merkt Van Mierlo terecht op, dat A er verstandig aan doet om, voorzover hij deze executoriale titel nog niet heeft, tezamen met de eis tot vernietiging een vordering in te stellen tot betaling van het bedrag van de vordering door B.²⁹⁸

Het beslag moet – conform artikel 734 Rv – worden gelegd overeenkomstig de voor het betreffende goed geldende voorschriften voor conservatoir verhaalsbeslag. Ynzonides en Winters stellen dat aldus bij bijvoorbeeld vernietiging van een rechtshandeling met betrekking tot roerende zaken beslag in handen van de schuldenaar moet worden gelegd (artikel 711 Rv), waarbij C de schuldenaar is. Pas als C de zaak bijvoorbeeld aan een derde zou hebben vervreemd, zou derdenbeslag noodzakelijk zijn (artikel 718 Rv). Ynzonides en Winters bestrijden daarbij de opvatting van Jansen, die stelt dat ook als de roerende zaak zich onder C bevindt, op de voet van artikel 718 e.v. Rv derdenbeslag (onder C) moet worden gelegd. Daartoe voeren zij aan:

“Niet vol te houden valt dat C een derde is op wie B een vordering tot afgifte of levering heeft of onder wie aan B toebehorende roerende zaken die geen registergoederen zijn berusten (art. 718jo. 475 Rv). Hieraan doet niet af dat de vernietiging van de paulianeuze rechtshandeling ingevolge artikel 3:53 BW terugwerkende kracht heeft. De vernietiging werkt immers slechts ten behoeve van A die de pauliana heeft ingeroepen en niet verder dan nodig is ter opheffing van de door hem ondervonden benadeling.”²⁹⁹

Helemaal duidelijk acht ik de argumentatie van Ynzonides en Winters niet. Juist omdat de vernietiging (wel) ten opzichte van A werkt, behoort de zaak (na de vernietiging) ten opzichte van A tot het vermogen van B, zodat B, ook weer ten opzichte van A, jegens C – die de zaak onder zich heeft – een vordering tot

297 Mijs inziens zijn de voordelen van het paulianabeslag dus ruimer dan Van Mierlo beschrijft (A.I.M. Van Mierlo, Burgerlijke rechtsoverdracht (Losbl.), aant. 4 bij artikel 737 Rv).

298 A.I.M. Van Mierlo, Burgerlijke rechtsoverdracht (Losbl.), aant. 3 bij artikel 737 Rv.

299 Ynzonides-Winters, ‘Opmerkingen over paulianabeslag’, *WPNR* 6160 (1994), p. 838.

afgifte heeft (vgl. hiervóór, par. 3.7.1). Dan is derdenbeslag onder C inderdaad de aangewezen weg. Echter, zoals hiervoor is besproken, kán in feite noch ten laste van B, noch ten laste van C beslag worden gelegd. Daarom is mijns inziens noch de opvatting van Jansen, noch die van Ynzonides en Winters juist. Naar mijn mening moet niet gepoogd worden het paulianabeslag in te passen in de “gewone” vormen van beslag, maar moet het beslag worden gezien zoals het door de wetgever is bedoeld: een *bijzonder* beslag dat vooruitlopend op de vernietiging door de rechter kan worden gelegd op de goederen die door de rechtshandeling B-C aan het verhaal door A zijn onttrokken. Artikel 737 Rv geeft ook aan hoe het beslag moet worden gelegd: als een (conservatoir) beslag tot afgifte. Dit kan, gelet op de strekking van de actio pauliana, niet anders worden gezien dan afgifte door C aan B, ten behoeve van A. C is immers, nádat de rechtshandeling is vernietigd, (in de verhouding tot A) verplicht tot afgifte aan B. Nu het hier gaat om een conservatoir beslag, is het doel van dit beslag die verplichting tot afgifte (ten behoeve van A) veilig te stellen. Mijns inziens moet dan ook worden gekozen voor een conservatoir derdenbeslag ten laste van B onder C. Als gezegd wordt dit beslag na de uitspraak omgezet in een verhaalsbeslag. C is dan verplicht de zaak af te geven aan de deurwaarder voor verhaal ten behoeve van A (artikel 477 Rv). Weigert C dit, dan kan A nakoming verlangen ex artikel 477a Rv en kan hij eventueel zelfs vervangende schadevergoeding vorderen van C.

3.7.2.2 “Gewoon” beslag: buitengerechtelijke vernietiging

Als gezegd is een andere mogelijkheid voor A het volgen van de buitengerechtelijke weg van vernietiging, eventueel gecombineerd met het leggen van een (conservatoir) verhaalsbeslag onder C, ten laste van B en een gerechtelijke procedure leidende tot een declaratoire uitspraak. A heeft in dat geval de keuze de rechtshandeling buitengerechtelijk te vernietigen door middel van de beslaglegging zelf, of de rechtshandeling eerst te vernietigen door middel van een verklaring en vervolgens beslag te leggen.

Ten aanzien van de vraag wat voor soort beslag gelegd moet worden, moeten twee situaties worden onderscheiden:

1. als gevolg van de vernietiging kan A zijn vordering (op B) alsnog verhalen op goederen die – bezien vanuit zijn positie – tot het vermogen van B behoren. In dat geval kan A zijn vordering op die goederen verhalen door verhaalsbeslag te leggen ex artikel 718 jo. artikel 500 jo. artikel 475 e.v. Rv;
2. verhaal op de goederen is niet mogelijk, ofwel (i) omdat de goederen inmiddels aan een derde te goeder trouw zijn vervreemd of op andere wijze teniet zijn gegaan (in welk geval C jegens B in hun verhouding tot A op grond van artikel 6:203 e.v. jo. artikel 6:74 e.v. BW gehouden is tot schadevergoeding) ofwel (ii) omdat ongedaanmaking naar de aard niet mogelijk is (in welk geval C jegens

B in hun verhouding tot A op grond van artikel 6:210 BW gehouden is tot een waardevergoeding). In dat geval kan A die vordering (dus van B op C) benutten als verhaalsobject door beslag te leggen ex artikel 718 e.v. jo. artikel 475 e.v. Rv. Dat geldt ook als de ongedaanmakingsverbintenis uit hoofde van onverschuldigde betaling van C jegens B (in hun verhouding tot A) om een andere dan de twee hierboven genoemde redenen de betaling van een geldsom inhoudt, bijvoorbeeld in het geval de rechtshandeling B-C de verkoop van een zaak door C aan B (tegen een te hoge prijs) betrof.

In beide gevallen moet C de goederen afgeven, althans de verschuldigde geldsommen voldoen aan de deurwaarder voor verhaal ten bate van A (artikel 477 Rv). Weigert C dit, dan kan A nakoming van deze verplichting verlangen ex artikel 477a lid 4 Rv. Eventueel kan A in dat geval van C vervangende schadevergoeding vorderen.

3.7.2a Executie door de curator bij een beroep op de faillissementspauliana

Vreemd genoeg lijkt voor de curator niet het paulianabeslag open te staan. Artikel 737 Rv verwijst immers alleen naar artikel 3:45 BW. Dat zou betekenen dat de curator, wil hij voorafgaand aan de procedure beslag leggen, alleen de buitengerechtelijke weg kan kiezen. Ik zie niet waarom voor de curator in een dergelijk geval niet ook de gerechtelijke weg en dus het paulianabeslag open zou staan, zodat mijns inziens sprake is van een leemte in artikel 737 Rv. Kiest de curator voor de buitengerechtelijke weg, dan kan hij in afwachting van de uitspraak van de rechter conservatoir beslag leggen op de wijze als hiervoor is besproken (artikel 25 Fw jo. artikel 68 Fw).

3.8 Gevolgen van de relativering voor de verhouding tussen de vervreemder (B) en de verkrijger (C)

3.8.1 Inleiding; vraagstelling

Zoals bekend, is de rechtshandeling B-C, ondanks de vernietiging ervan door A, tussen partijen onderling geldig. Dat is het gevolg van het feit dat het hier om een vernietiging met relatieve werking gaat: de rechtshandeling wordt alleen vernietigd ten opzichte van A.³⁰⁰ Echter, niettegenstaande de geldigheid van de rechtshandeling, heeft C een – in zijn verhouding tot B – aan hém toebehorende

³⁰⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 29 mei 2007, LJN BB0063 (Verdeling erfenis).

zaak, dan wel een (schade- of waarde-) vergoeding moeten afstaan voor verhaal ten behoeve van A. Dat brengt de vraag met zich wat daarvan de gevolgen zijn voor de verhouding tussen B en C. Heeft C recht op schadevergoeding? Zo ja, op welke grond? En tot welke hoogte – de door hem betaalde contra-prestatie, of de waarde van de zaak? En kan hij in dat geval voor zijn schade meedelen in de opbrengst van de zaak die onderwerp is van de paulianeuze rechtshandeling? Deze vragen zullen in het hiernavolgende worden besproken. Daarbij zullen eerst de in de literatuur en parlementaire geschiedenis terzake ingenomen standpunten worden besproken.

3.8.2 Standpunten wetgever en literatuur³⁰¹

Het BW bepaalt ten aanzien van de hierboven opgeworpen vragen – naar nog zal blijken: bewust – niets, dit in tegenstelling tot de Faillissementswet, waar (in artikel 51 lid 3) is bepaald:

“Het door de schuldenaar uit hoofde van de vernietigde rechtshandeling ontvangene of de waarde daarvan, wordt door de curator teruggegeven, voorzover de boedel erdoor is gebaat. Voor het tekortkomende kunnen zij jegens wie de vernietiging werkt, als concurrent schuldeiser opkomen.”

Suijling is – zij het voor het oude recht – van mening dat C inderdaad recht heeft op schadevergoeding en dat hij voor de betaling daarvan mag meedelen in de opbrengst van de zaak:

“De schuldenaar [moet] de ontvangen contraprestatie of de waarde daarvan teruggeven. Voor de waarde van dit aequivalent zal de wederpartij derhalve bij de executie van het goed van den schuldenaar mogen mededeelen. Zelfs zullen de crediteuren, indien zij – zooals in het geval van faillissement – het in een of anderen vorm nog aanwezige aequivalent mede in de executie begrijpen, de waarde daarvan aan de wederpartij van den schuldenaar ten volle moeten verantwoorden.”³⁰²

Eggen stelt dat C recht heeft op vergoeding van de waarde van de zaak ten tijde van de vernietiging. Voorts stelt hij dat C zijn recht op schadevergoeding niet ten nadele van A mag uitoefenen. Daarmee bedoelt hij, zo begrijp ik, dat C ten aanzien van zijn recht op (terug-)betaling van de door hem betaalde contra-prestatie

³⁰¹ Ik citeer de opvattingen uit de literatuur hier uitgebreid, nu dit mijns inziens noodzakelijk is voor een goed begrip van de materie.

³⁰² Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk recht*, 2e stuk, 1e gedeelte, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1934, p. 66.

wel met A mag meedelen, maar niet ten aanzien van zijn recht op betaling van – zo dit meer is dan de door hem betaalde contra-prestatie – de waarde van de zaak ten tijde van de vernietiging:

“Stel dat B aan C heeft verkocht en geleverd een onroerend goed, waard destijds f 12.000, voor f 9.000, daar hij dringend om geld verlegen is, en dat dit huis thans f 14.000 waard is. (...) En stel nu voorts dat B’s schuldeiser A strijd met art. 1377 aanwezig acht en – veiligheidshalve – begint met ene actie tegen B en C, strekkende om den rechter te doen verklaren dat bedoelde strijd hier inderdaad aanwezig is en dat bedoelde overeenkomst dus nietig is, en stel tenslotte dat de rechter deze uitspraak doet. (...) Er [is] geen reden, waarom C, in het geval A tot vervolging overgaat en zich op het aan C geleverde huis verhaald heeft, genoeg zou moeten nemen met terugvordering van B van de door hem betaalde koopprijs ad f 9.000. Hiertoe zou C zich moeten beperken indien B hem de nietigheid van de overeenkomst mocht tegenwerpen in zijn (B’s) belang. (...) A mag de rechtsverhouding van B en C en daarmede het door C van B verkregen eigendomsrecht negeren voorzover zijn belang dit vereist, maar daarmede mag B jegens C zijne verplichtingen uit overeenkomst niet negeren. Deze verplichtingen zijn alleen – door het ingrijpen van A – (betrekkelijk) andere geworden. De levering in eigendom door B aan C is door het ingrijpen van A vernietigd (...). Maar daarmede mag B niet zijne verplichting negeren, die door A’s executie actueel is geworden: tot vrijwaring en schadevergoeding bij niet (geldige) levering. C zal dus betaling kunnen vorderen niet slechts van f 9.000, maar van f 14.000 (...). Dit houdt dan verder nog in dat het recht van C tot betaling van f 14.000 niet mag worden uitgeoefend ten nadele van A. Heeft dus A door zijn verhaal op het aan C geleverde huis, nog niet het volle bedrag van zijne vordering op B verhaald gekregen en legt hij beslag op een (andere) zaak van B, dan mag C niet ten nadele van A in dit beslag delen, dus niet voor f 14.000, maar slechts voor f 9.000: het bedrag dat hij in de jegens A geldende nietigheid van koop en levering van B mag vorderen jegens A (d.w.z. wanneer hij deze vordering op B doet gelden in concurrentie met – de te eerbiedigen rechten van – A). Zo verlangt het, naar mij voorkomt, de relativiteit der verhoudingen, der verhouding van A tot B en C enerzijds, en die van B en C onderling, anderzijds. Een zeer ingewikkelde vorm van relativiteit (...).”³⁰³

Schoordijk is het met Eggens niet (op alle punten) eens:

“Deze oplossing is onbillijk. A komt door de ‘paulianeuze’ handeling in een betere positie. Hij kan zich met uitsluiting van c op het onroerend goed verhalen, hetwelk voor hem,

³⁰³ Eggens, *Praeadvies over Vormen van nietigheid en bekrachtiging van rechtshandelingen, te behandelen in de Algemene Vergadering van de Broederschap der candidaat-Notarissen*, Den Haag: Belinfante 1947, p. 22-24.

ware de 'paulianeuze' handeling niet geschied, ook een verhaalsobject geweest zou zijn, maar heeft bovendien verhaal op de f 9.000,-, welke wellicht een onderdeel van de rest van b's vermogen vormen, nog integraal aanwezig zijn of welke wellicht gestrekt hebben ter aflossing van een schuldeiser d die zich, als de handeling niet geschied zou zijn, concurrerende met a op het vervreemde onroerende goed had kunnen verhalen. Schrijver dezes heeft zich de vraag gesteld, waarom Eggens, die in zijn artikelen steeds analogieën aan de faillissementswet ontleent, nu art. 51, lid [3] negeert. Als deze casus aan Eggens' praeadvies ontleend in een faillissement speelt, zou c, aangenomen dat de boedel gebaat is, niet bij a achterstaan, maar zich vóór a en alle andere schuldeisers op het gehele vermogen kunnen verhalen. (...) Waarom genoemde wetsbepaling niet analogisch buiten faillissement uitgebreid? Zulks betekent, aangenomen, dat de boedel gebaat is, dat c uit de boedel zijn f 9.000,- ontvangt en eerst daarna a en alle andere schuldeisers³⁰⁴ zich op het onroerende goed en de rest van het vermogen verhalen kunnen.

In faillissement geldt, dat wanneer de boedel niet gebaat is, de persoon, die met de debiteur d (in strijd met de artt. 42 e.v. Fw.) handelde, voor het door de schuldenaar ontvangene of de waarde daarvan concurrent moet kunnen opkomen. Ook deze regel zou ik buiten faillissement analogisch willen toepassen. Zulks betekent, dat – anders dan Eggens wil – a en c (laatste voor f 9.000,-, wanneer wij van Eggens' voorbeeld uitgaan) evenals ook alle andere schuldeisers zich concurrent op het onroerende goed en de rest van het vermogen verhalen kunnen.

Indien Eggens in het door hem genoemde geval aan c een vrijwaringsvordering groot f 5.000,- na a en alle andere schuldeisers uit te oefenen toekent, dan sluit ik mij hierbij met overtuiging aan. De rechtvaardiging van deze oplossing verdient echter meer argumentatie dan Eggens in zijn praeadvies geeft. Als we c een vorderingsrecht terzake van vrijwaring van f 5.000,- toekennen, dan is in dit bedrag f 3.000,- verdisconteerd terzake het feit, dat een verkoop van een onroerend goed, waard f 12.000,-, tegen betaling van slechts f 9.000,- de schuldeiser a en alle andere schuldeisers met f 3.000,- in strijd met art. 1377 B.W. benadeelt (welk bedrag c in zijn verhouding tot b moet kunnen doen gelden), maar ook een bedrag van f 2.000,-, vanwege de waardevermindering van het onroerende goed tot een bedrag van f 14.000,-, welke waardevermindering vooralsnog aan a en alle andere schuldeisers ten goede komt, wil c zijn rechten ten opzichte van b kunnen doen gelden. Een andere oplossing is echter ook denkbaar. Men zou kunnen verdedigen, dat het billijker is c een vorderingsrecht van f 11.000,- op de boedel van b toe te kennen en hem een vrijwaringsvordering van f 3.000,- op b, nà a en de andere

304 Het is de vraag wie Schoordijk hier bedoelt met "alle andere schuldeisers". Als hij hiermee schuldeisers van B bedoelt (en iets anders kan ik mij niet voorstellen; hij kan niet het oog hebben gehad op schuldeisers van A of C), miskent Schoordijk dat ten opzichte van alle andere schuldeisers van B dan A de onroerende zaak tot het vermogen van C behoort, zodat zij hun vordering er niet op kunnen verhalen – tenzij zij natuurlijk zelf (met succes) een beroep op de pauliana doen. Hetzelfde geldt voor de (hierna te bespreken) mening van Van Koppelen op dit punt.

schuldeisers toe te kennen. In de f 11.000,- zijn dan verdisconteerd f 9.000,-, die door c aan b betaald zijn en de f 2.000,- waarmee het vervreemde onroerende goed in waarde gestegen is. De laatste opvatting heeft wellicht het voordeel, dat nu tenminste a en de andere schuldeisers door het invoeren van de 'pauliana' niet in een betere positie geraken, dan wanneer de handeling niet in strijd met art. 1377 B.W. geweest zou zijn. In het laatste geval immers zou aan de boedel een bedrag van f 12.000,- toegevoegd zijn, terwijl de schuldeisers nu in het onroerend goed waard f 14.000,- een verhaalsobject vinden (de verrijking van de boedel met de f 9.000,-, welke aan c terug betaald werden, gaat te niet). (...) M.i. dient c slechts f 9.000,- te ontvangen en de waardestijging van f 2.000,- ten voordele van a en de schuldeisers te komen. De analogie met art. 54 Fw dwingt hiertoe. In faillissement krijgt de derde c, die met wetenschap heeft gehandeld, immers slechts het door hem geleverde of de waarde daarvan van de curator terug. Dit zedelijk en maatschappelijk verantwoorde waardeoordeel moeten we – gelijk dient gelijk behandeld te worden – ook buiten faillissement aanvaarden.”³⁰⁵

Ankum lijkt³⁰⁶ weer een stap verder te gaan dan Eggens:

“De onder de Pauliana vallende rechtshandeling is subjectief-relatief nietig, d.i. slechts nietig ten opzichte van de agerende schuldeiser. Daaruit vloeit voort, dat de verkrijger niet het recht heeft, om – zich op de nietigheid der vervreemdingshandeling beroepend – zijn schadevergoedingsvordering op de debiteur ten nadele van de schuldeiser op het vervreemde goed te verhalen. Doch ook op het overig vermogen van de debiteur mag hij o.i. die vordering niet ten nadele van de schuldeiser verhalen; deze immers mag in geen enkel opzicht nadeel ondervinden van de te zijnen opzichte niet bestaande rechtshandeling. Dit betekent dat de crediteur, die na zich te hebben verhaald op de zaak, welke het voorwerp was van de nietige rechtshandeling, zijn vordering nog niet volledig verhaald heeft, en die op andere vermogensbestanddelen beslag legt bij dit beslag de regresvordering van de verkrijger op de debiteur kan negeren, zolang hij niet geheel voldaan is. (...) In het geval dat de verkrijger een tegenprestatie heeft verschaft aan de debiteur en deze zich nog in het vermogen van de schuldenaar bevindt [is de oplossing de volgende]. Daar de transactie jegens de crediteur slechts nietig is voorzover deze erdoor wordt benadeeld, dus voorzover des debiteurs vermogen erdoor wordt vermindert maar gezinszins voorzover 's debiteurs vermogen erdoor wordt vermeerderd, is dus jegens de

305 Schoordijk, 'Een en ander over analogische wetstoepassing, meer in het bijzonder het gebruik van de redenering per analogiam in de rechtspraak van de Hoge Raad', WPNR 4701 (1961), p. 567+568.

306 Ik zeg "lijkt", omdat niet geheel duidelijk is wat Ankum bedoelt met de "schadevergoedingsvordering". Bedoelt hij daarmee – uitgaande van het door Eggens gebruikte voorbeeld – NLG 14.000, of NLG 5.000? Gezien het vervolg van zijn betoog – waarin Ankum ingaat op de situatie dat C een tegenprestatie heeft verschaft – neem ik aan dat hij daarmee de vordering van NLG 5.000 op het oog heeft, waarmee de strekking van zijn betoog dezelfde is als het betoog van Eggens.

crediteur de debiteur eigenaar van de tegenpraestatie, die dus als verhaalsobject kan dienen. Voorzover de crediteur zich op de tegenprestatie kan verhalen is er dus geen benadeling. Hij is slechts door de transactie benadeeld in de mate waarin de praestatie van de schuldenaar de – nog voorhanden zijnde – tegenpraestatie overtrof.”³⁰⁷

Ook stelt Ankum:

“[De verkrijger wordt gesubrogeerd in de vordering van de crediteur op de debiteur als] het goed onder hem is uitgewonnen en daarmee de schuld van de debiteur is betaald. Het kan voor de verkrijger in bepaalde gevallen voordeliger zijn de vordering, waarin hij gesubrogeerd wordt, in te stellen, dan die krachtens de overeenkomst, bijv. als de eerste preferent is of versterkt door borgtocht.”³⁰⁸

Van Koppen ten slotte stelt ten aanzien van de door Eggens aangehaalde casus het volgende:

“Ik ben het niet geheel met Eggens’ oplossing van deze casus eens. In ieder geval juist is volgens mij dat, zolang de benadeling in verhaalsmogelijkheden voor de vernietigende crediteur A niet is opgeheven, wederpartij C géén regresvordering jegens debiteur B kan uitoefenen ter zake van de opbrengst van de door A geëxecuteerde onroerende zaak. Dit vloeit immers voort uit het feit dat A, zolang zijn benadeling niet is opgeheven, zich tegenover C op de nietigheid van de koopovereenkomst mag beroepen. Echter: onjuist is m.i. Eggens’ mening dat C, nadat de benadeling van A in zijn verhaalsmogelijkheden is opgeheven, tegenover B zonder meer al zijn rechten uit overeenkomst mag uitoefenen en hem daarom ex art. 1527 (oud) BW kan aanspreken omdat hij een verplichting heeft om hem te vrijwaren tegen uitwinning van de verkochte zaak. Wanneer C eenmaal de onroerende zaak aan A ter beschikking heeft gesteld, dan is de benadeling in verhaalsmogelijkheden voor A (en de overige schuldeisers van B) opgeheven. Hun verhaalsmogelijkheden zijn immers dezelfde als ze geweest zouden zijn wanneer de handeling achterwege was gebleven. (Wanneer de paulianeuze overeenkomst niet had plaatsgevonden, dan zou A immers óók beslag gelegd en geëxecuteerd hebben). Eggens wil hier C de mogelijkheid geven om voor zijn vordering van f 9.000,- zonder meer méé te delen in het beslag dat A op de genoemde andere zaak (bijv. een auto) van B legt. M.i. mag C echter op grond van de redelijkheid en billijkheid zijn rechten uit overeenkomst slechts effectueren wanneer en voorzover het totale bedrag van de activa in het vermogen van B dat van de schulden in zoverre overtreft, dat C door het

³⁰⁷ Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 176+177.

³⁰⁸ Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 182+183.

uitoefenen van deze rechten de overige crediteuren van B niet opnieuw benadeelt in hun verhaalsmogelijkheden. Het is echter niet waarschijnlijk dat zo'n casuspositie zich hier zal voordoen. (...) Het gevolg is dan dat, wanneer men met Eggens aan C zonder meer de mogelijkheid geeft om voor zijn vordering van f 9.000,- mee te delen in het beslag dat A op de genoemde andere zaak van B legt, A (en eventuele andere schuldeisers van B die óók meedelen in dit beslag) wederom benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden. De verhaalsmogelijkheden zijn dan immers voor hen geringer dan zij geweest zouden zijn wanneer de paulianeuze koopovereenkomst niet had plaatsgevonden. A kan dan, evenals andere hierdoor benadeelde concurrente schuldeisers, opnieuw een beroep op de Pauliana doen. (...) Soortgelijke problemen doen zich voor wanneer men C zonder meer het recht toekent om de met B gesloten overeenkomst te ontbinden nadat A de Pauliana heeft ingeroepen en de onroerende zaak van f 14.000,- heeft geëxecuteerd. Ook dan zou C volgens [een aantal] schrijvers vanwege de daardoor ontstane ongedaanmakingsverbintenis van B in ieder geval f 9.000,- van hem kunnen vorderen. Ook dan worden A en eventuele andere concurrente schuldeisers van B benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Zij zouden dan een beroep op de Pauliana kunnen doen. In dat kader kunnen zij dan stellen dat de ontbinding van een overeenkomst die door hen ex art. 3:45 BW is vernietigd, tegenover hen geen werking heeft. (...) Zodoende beperken m.i. gewoonlijk de goede trouw oftewel de redelijkheid en billijkheid voor C de mogelijkheid om, na de vernietiging door A, tegenover B zijn rechten uit overeenkomst geldend te maken. Hij mag, zoals gezegd, deze rechten namelijk niet op een zodanige wijze effectueren dat A of andere schuldeisers van B opnieuw ter zake van deze overeenkomst een beroep op de Pauliana kunnen doen. De functie van de redelijkheid en billijkheid is hier preventief, terwijl die van de Pauliana redresserend is. Zodoende vullen zij elkaar hier aan.”³⁰⁹

De wetgever merkt – in het kader van de totstandkoming van het huidige artikel 3:45 BW – hieromtrent het volgende op:

“Enige leden hebben terecht opgemerkt dat de tekst van het geldende artikel 1377 B.W. geen uitsluitel geeft omtrent de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en degene met wie hij handelde.³¹⁰ Ter beantwoording van hun vraag, of hier moet worden gesproken van een lacune waarin het nieuwe wetboek behoort te voorzien, diene het volgende.

³⁰⁹ Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 258-262. Vgl. ook p. 263-265.

³¹⁰ Asser vindt het terecht dat artikel 1377 (oud) BW hieromtrent niets bepaalt (Asser, ‘De voorgestelde wijziging der Pauliana in ons Burgerlijk Wetboek’, W. 1894 (6544), p. 3): “Men [heeft] zich met takt onthouden van de regeling van de teruggave der contra-praestatie, die wellicht door den schuldenaar ten behoeve van den medeplichtigen medecontractant heeft plaats gehad. In de wet op het faillissement (art. 51, laatste lid) is deze regeling op haar plaats; immers is het juist de eischer qq., die de tegenpraestatie moet teruggeven. Maar elke regeling buiten faillissement zou op zeer groote bezwaren afstuiten.”

Lid 3, thans lid 4, van het voorgestelde artikel bepaalt dat de schuldeiser die op grond van dit artikel tot vernietiging overgaat, deze slechts vernietigt te zijnen behoeve en niet verder dan nodig is ter opheffing van de door hem ondervonden benadeling. Voor het overige behoudt dus de rechtshandeling in beginsel haar gevolgen tussen de schuldenaar en degene met wie deze heeft gehandeld. Met de andere (...) leden meent de ondergetekende dat de uitwerking van deze regel in een casuïstiek zou voeren, welke regeling niet in dit artikel op zijn plaats zou zijn. Naar gelang van de aard van de rechtshandeling, de omstandigheden waaronder zij is verricht en die waaronder zij wordt vernietigd, zal de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de derde haar nadere bepaling vinden in onderscheidene regels die het wetboek elders stelt. Met name kan hier worden gedacht aan de regeling in het ontwerp van Boek 6 betreffende de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis, en aan de artikelen [6:2 en 6:248 BW].”³¹¹

Opvallend genoeg gaat de wetgever in de toelichting op de faillissementspauliana wat de verhouding tussen B en C betreft niet – zoals in de toelichting op de pauliana in het BW – uit van toepasselijkheid van de regeling betreffende de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis, maar van de regeling van de onverschuldigde betaling:

“Het huidige vierde lid [van artikel 51, Fw] is derde lid geworden. Ook hier is in beginsel afdeling 6.4.2 van toepassing, maar is met het oog op het faillissement een lex specialis nodig. Afdeling 6.4.2 blijft daarnaast met name van belang voor de vraag wat de betreffende schuldeiser ‘tekort komt’.”³¹²

Deze opmerking is, zoals wij hierna nog zullen zien, terecht.

3.8.3 C heeft een vordering tot schadevergoeding jegens B

Duidelijk zal zijn, dat C door de vernietiging van de rechtshandeling B-C en de daaropvolgende executie door A, niet heeft gekregen waar hij recht op had in zijn verhouding tot B. Dat geeft hem in beginsel – afhankelijk van de contractuele relatie tussen partijen³¹³ en ervan uitgaande dat B niet opnieuw zal kunnen presenteren ten opzichte van C – aanspraak op een vergoeding van B (vgl. artikel 7:15 BW). De vraag rijst wat de grondslag van die vordering is. Eggens, Schoordijk, Ankum én de wetgever van het BW gaan (impliciet) uit van een vordering uit

³¹¹ Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 216.

³¹² Parl. Gesch. Wijziging Rv (MvT Inv.), p. 399.

³¹³ Van deze contractuele relatie abstraheer ik hier, nu mijn betoog alleen relevant is als deze contractuele relatie meebrengt dat B schadevergoeding is verschuldigd. Daar zal ik in het vervolg dus van uit gaan.

hoofde van (toerekenbare) tekortkoming; de wetgever van de faillissementswet gaat uit van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling. Ankum gaat daarnaast uit van een vordering uit hoofde van subrogatie. In het hiernavolgende zal ik bespreken wat de grondslag van de vordering van C op B is, waarbij ik de door Eggens besproken casus (B verkoopt aan C een huis waard NLG 12.000 voor NLG 9.000, welk huis ten tijde van de vernietiging van de koop door A NLG 14.000 waard is) tot uitgangspunt neem.

3.8.3.1 *Geen vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling, maar wél in de verhouding tot A*

Mijns inziens kan de vordering van C op B niet zijn gebaseerd op de onverschuldigde betaling. Nu een succesvol beroep op de pauliana een vernietiging met relatieve werking tot gevolg heeft – de rechtshandeling B-C wordt alleen vernietigd ten opzichte van A –, is de rechtshandeling B-C in hun onderlinge verhouding geldig. In die onderlinge verhouding kan dan ook geen sprake zijn van een vordering van C op B uit hoofde van onverschuldigde betaling; daarmee zou ook in de relatie B-C de rechtshandeling immers zonder gevolg zijn.³¹⁴

Een en ander is evenwel anders in de verhouding ten opzichte van A. A heeft de rechtshandeling B-C vernietigd. Ten opzichte van A “bestaat” de overeenkomst waarbij B aan C een huis heeft verkocht tegen betaling door C, dus niet. Dat betekent naar mijn mening dat C in zijn verhouding tot A wél een vordering heeft op B uit hoofde van onverschuldigde betaling (wat dit betekent voor hun onderlinge rangorde wordt hierna, in par. 3.8.4 besproken).³¹⁵

3.8.3.2 *Vordering uit hoofde van (toerekenbare) tekortkoming, maar níet in de verhouding tot A*

Naar mijn mening heeft C in beginsel – als gezegd afhankelijk van de contractuele relatie tussen partijen – een vordering uit hoofde van (toerekenbare) tekortkoming op B. B is immers, als gevolg van de vernietiging en daaropvolgende executie van de zaak door A, zijn verplichtingen jegens C niet nagekomen. Op B rust een ongedaanmakingsverbintenis en/of een verplichting tot schadevergoeding (artikelen 6:74 e.v. en 6:265 e.v. BW). Zoals uit hetgeen hierboven is betoogd volgt, ben ik echter van mening dat C deze vordering níet heeft in zijn verhouding tot A. Zoals daar is besproken “bestaat” (als gevolg van de vernietiging) de overeenkomst B-C ten opzichte van A niet, zodat A ook niets te maken heeft met vorderingen uit hoofde van een tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst.

314 Vgl. Hasselton, ‘Boekbespreking: Mr. T.J. Mellema-Kranenburg, De actio Pauliana naar BW en Nieuw BW’, *NTBR* 1992 (2), p. 55.

315 Vgl. ook Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 358.

C is dus ten opzichte van een ieder, met uitzondering van A, rechthebbende van een vordering uit hoofde van (toerekenbare) tekortkoming op B. Dat betekent, dat C deze vordering niet ten nadele van A te gelde kan maken, en dus, dat C daarmee zal moeten wachten tot de vordering van A (volledig) is voldaan (zie nog hierna, par. 3.8.4).

3.8.3.3 *Vordering uit hoofde van subrogatie, maar níet in de verhouding tot A*

De vraag is of C daarnaast – zoals Ankum betoogt – is gesubrogeerd in de rechten van A.³¹⁶ Als – zoals in het door Eggens gebruikte voorbeeld – het huis door A wordt uitgewonnen, gaat de vordering van A op B mijns inziens inderdaad bij wijze van subrogatie over op C. Een – ten opzichte van ieder ander dan A – aan C toebehorende zaak wordt immers uitgewonnen voor de vordering die A op B heeft (zie artikel 6:150 sub a BW).

Als het huis verloren zou zijn gegaan, of zou zijn verkocht aan een derde die beschermd wordt door artikel 3:45 lid 5 BW, dan wel sprake zou zijn van een prestatie die naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden, is C verplicht tot schade- resp. waardevergoeding (vgl. par. 3.7). Ook in dit geval treedt mijns inziens subrogatie op. Weliswaar is niet in strikte zin voldaan aan de voorwaarde van artikel 6:150 sub a BW, maar nu deze schade- of waardevergoeding wordt betaald *omdat* het goed niet uitgewonnen kán worden, moet deze situatie naar mijn mening gelijkgesteld worden met de situatie die artikel 6:150 sub a BW op het oog heeft. Zo dat al niet mogelijk zou zijn, moet mijns inziens aangenomen worden dat C daarmee – zij het via een omweg – de vordering van A op B voldoet omdat een hem toebehorend goed voor de vordering is verbonden (artikel 6:150 sub b BW). Ook in dat geval is C dus gesubrogeerd in de rechten van A.

Ditzelfde geldt mijns inziens als de (ten opzichte van A bestaande) ongedaanmakingsverbintenis van C (uit hoofde van onverschuldigde betaling) om een andere dan de hierboven besproken reden bestaat uit de betaling van een geldsom, bijvoorbeeld indien C een goed aan B heeft verkocht voor een prijs hoger dan de waarde van het goed. Ook dan is weliswaar naar de letter van de wet niet aan de voorwaarden van artikel 6:150 BW voldaan, maar wel aan de bedoeling van het artikel. Een derde voldoet immers de vordering van een schuldeiser.³¹⁷

316 Deze situatie moet worden onderscheiden van de situatie dat C aan A de schuld van B (gedeeltelijk) heeft betaald, om te voorkómen dat A de rechtshandeling B-C vernietigt. Zie daarover het slot van deze paragraaf.

317 Vgl. in dit verband Verbintenissenrecht (Losbl.), aant. 7 bij artikel 150.

Deze vordering bestaat evenwel niet ten opzichte van A. De door A uitgewonnen zaak, althans de betaalde waarde- of schadevergoeding, behoort *in de verhouding tot A* (niet tot het vermogen van C, maar) tot het vermogen van B. Bezien vanuit A is dus niet voldaan aan de eisen voor subrogatie (namelijk dat een aan C toebehorende zaak wordt uitgewonnen voor de vordering die A op B heeft; ten opzichte van A wordt immers een aan B toebehorende zaak uitgewonnen voor de vordering die A op B heeft). De vordering van C uit hoofde van subrogatie bestaat dan ook niet ten opzichte van A.

C is dus ten opzichte van een ieder, maar met uitzondering van A, rechthebbende van een vordering uit hoofde van subrogatie. Dat betekent, dat C deze vordering niet ten nadele van A te gelde kan maken, en dus, dat C daarmee zal moeten wachten tot de vordering van A volledig is voldaan.

C kan de vernietiging eventueel voorkomen door afkoop, en door de rechter te vragen de gevolgen van de rechtshandeling B-C te wijzigen. De vraag is, of C daarmee wordt gesubrogeerd in de rechten van A en zo ja, in hoeverre hij deze vordering ook in zijn verhouding tot A geldend kan maken op het vermogen van B.

Ankum, Mellema-Kranenburg en Van Koppen zijn van mening dat C inderdaad wordt gesubrogeerd in de vordering van A op B.³¹⁸ Dat lijkt mij juist. C voldoet immers de vordering van A op B om te voorkomen dat een hem toebehorende zaak voor die vordering wordt uitgewonnen (artikel 6:150 sub b BW).³¹⁹ Van Koppen wil de op basis van subrogatie verkregen vordering van C op B echter wel beperken in die zin, dat C deze vordering niet op het vermogen van B mag verhalen in concurrentie met A:³²⁰

“C mag m.i. op grond van de redelijkheid en billijkheid de rechten waarin hij is gesubrogeerd slechts uitoefenen wanneer en voorzover het totaalbedrag van de

318 Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 182; Studiepockets privaatrecht Nr. 45 (Mellema-Kranenburg), *De actio Pauliana*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 47+48; Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 265+266. Zie voor kritiek op de visie van Mellema-Kranenburg Hasselton, ‘Boekbespreking: Mr. T.J. Mellema-Kranenburg, De actio Pauliana naar BW en Nieuw BW’, *NTBR* 1992 (2), p. 56.

319 Zie in dit verband Parl. Gesch. Boek 6 (TM), p. 558: “De onder a en b vermelde gevallen van subrogatie hangen ten nauwste samen, en zijn grotendeels ook in het geldende recht bekend. Tezamen regelen zij het geval dat een aan de derde toebehorend goed voor de vordering verbonden is, en dat de derde de vordering hetzij onvrijwillig voldoet doordat de uitwinning inderdaad plaatsvindt (sub a), hetzij vrijwillig voldoet juist om een eventuele latere uitwinning te voorkomen (sub b).”

320 En zelfs niet in concurrentie met andere crediteuren van B. Deze groep schuldeisers laat ik hier buiten beschouwing, nu zij, zolang ze zich niet (met succes) op de pauliana beroepen hebben, in ieder geval C zullen moeten accepteren als schuldeiser van B.

activa in het vermogen van B dat van de schulden in zoverre overtreft dat C door het uitoefenen van deze rechten de overige crediteuren niet opnieuw benadeelt in hun verhaalsmogelijkheden. Het is duidelijk dat dit niet vaak het geval zal zijn.”

Voor deze opvatting bestaat mijns inziens geen steun in het recht. In het hierboven besproken geval dat een zaak die (ten opzichte van ieder ander dan A) toebehoort aan C, door A wordt uitgewonnen voor de vordering van A op B, is de uit hoofde van subrogatie verkregen vordering van C niet geldend te maken ten opzichte van A, omdat deze vordering ten opzichte van A niet bestaat. Ten opzichte van A is in die situatie immers een zaak van B uitgewonnen voor de vordering die A op B heeft, zodat niet is voldaan aan de vereisten van subrogatie. Dat ligt in de onderhavige situatie anders. Hier bestaat de uit hoofde van subrogatie verkregen vordering wel degelijk ook ten opzichte van A. Deze situatie voldoet aan de eisen van artikel 6:150 sub b BW en dat geldt óók in de verhouding van C ten opzichte van A. Ook ten opzichte van A betaalt C hier immers een vordering van A op B, dit om uitwinning van een – zolang geen vernietiging heeft plaatsgevonden op grond van de pauliana – ook ten opzichte van A aan hem (C) toebehorende zaak te voorkómen. Nu met de “afkoop” dan wel de wijziging de vernietiging is voorkomen, wordt aan relativering van de eigendom van C (ten opzichte van A) immers niet toegekomen. C kan deze vordering dus op het vermogen van B verhalen, eventueel óók in concurrentie met A. Dit betekent, dat de positie van C aanmerkelijk sterker kan zijn als hij de pauliana “afkoopt” in plaats van het tot een vernietiging laat komen. In het laatste geval zal hij, zoals we hierna nog zullen zien, alleen wat het verhaal van de door hem betaalde tegenprestatie betreft mogen concurreren met A, en is zijn vordering ten aanzien van de overige schade achtergesteld bij A. A én C doen er mijns inziens verstandig aan een en ander mee te nemen in de onderhandelingen over de afkoop van de benadeling. Juist omdat partijen dit onderdeel kunnen maken van de afkoopregeling, is het mijns inziens niet juist aan te nemen dat C op grond van de redelijkheid en billijkheid niet zou mogen concurreren met A.

3.8.3a Ook bij toepassing van de faillissementspauliana heeft C een vordering tot schadevergoeding jegens B

Hetgeen hierboven is besproken is ook van toepassing voor de faillissementspauliana. Ook daar is de rechtshandeling B-C tussen deze partijen onderling geldig, maar vernietigd ten opzichte van (bij de faillissementspauliana:) de boedel. Het gevolg daarvan is dat C ten opzichte van ieder ander dan de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van B (in beginsel) een vordering heeft op B uit hoofde van toerekenbare tekortkoming, dan wel uit hoofde van subrogatie, maar ten opzichte van de boedel (alleen) een vordering uit hoofde van onverschuldigde

betaling.³²¹ De hierboven geciteerde toelichting op artikel 51 Fw (waarin wordt opgemerkt dat op de vordering van C op B de regeling van de onverschuldigde betaling van toepassing is) is dan ook in zoverre juist. Maar óók de opmerking van de wetgever van het BW (dat op deze vordering (onder meer) de regeling van de toerekenbare tekortkoming van toepassing is) is juist. Dit komt door het – als gevolg van de relatieve werking van de vernietiging – diffuse karakter van de vordering van C op B: het is een vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming dan wel subrogatie én het is een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling. Het karakter van de vordering is uiteindelijk afhankelijk van de vraag aan wie C de vordering wil tegenwerpen – en op basis daarvan voor welk anker C gaat liggen: de subrogatie of de toerekenbare tekortkoming (zie ook nog hierna).

3.8.4 *C kan deze vordering op het vermogen van B verhalen, maar niet steeds in concurrentie met A*

Een volgende vraag die beantwoord moet worden, is hoe C voldoening van zijn vordering op B kan krijgen. Deze vraag is natuurlijk alleen interessant als B niet vrijwillig de vordering van C betaalt. In het hiernavolgende zal ik dan ook van die situatie uitgaan. Daarbij neem ik wederom als uitgangspunt de door Eggens beschreven casus van verkoop van een onroerende zaak met een waarde van NLG 12.000 (ten tijde van het invoeren van de vernietiging NLG 14.000) voor NLG 9.000 en zal ik onderscheid maken tussen de situatie dat de door C betaalde tegenprestatie (NLG 9.000) beschikbaar is voor verhaal door A en de situatie dat deze niet meer beschikbaar is voor verhaal door A.

3.8.4.1 *Situatie indien A zijn vordering nog kan verhalen op de door C betaalde tegenprestatie: objectief relatieve werking*³²²

Als de door C betaalde tegenprestatie (NLG 9.000) zich op één of andere wijze nog in het vermogen van B bevindt (omdat het geld bijvoorbeeld op de bankrekening staat, of er goederen mee zijn aangekocht die hun waarde hebben behouden, vgl. hierna, voetnoot 324), zodat A zijn vordering (op B) op deze tegenprestatie kan verhalen, is A slechts benadeeld tot een bedrag van NLG 5.000.³²³ De omvang van de benadeling van A moet mijns inziens worden vastgesteld door uit

³²¹ Vgl. ook Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 358.

³²² In dat geval is, zoals nog zal blijken, wat de door C betaalde tegenprestatie betreft, van *verhaal* door C geen sprake. De titel van deze paragraaf is voor deze situatie dan ook strikt genomen onjuist.

³²³ Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.). Het arrest geeft aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag of van benadeling in de zin van de paulianaregeling sprake is (en dus, of aan de voorwaarden voor een geslaagd beroep op de pauliana is voldaan). De daar gegeven regel is m.i. evenzeer van toepassing op de vraag, wat de hoogte van de benadeling is.

te gaan van de hypothetische situatie waarin A zou hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling. Zonder de gewraakte rechtshandeling zou A verhaal hebben gehad op een huis waard NLG 14.000. Nu echter kan A zijn vordering op de door C betaalde NLG 9.000 verhalen, zodat de benadeling van A per saldo NLG 5.000 is. De koop wordt dan ook slechts in zoverre vernietigd. Dit is het gevolg van de objectief-relatieve werking van de vernietiging: de vernietiging gaat niet verder dan nodig is ter opheffing van de benadeling van A (artikel 3:45 lid 4 BW). In dat geval heeft C op B dus slechts een vordering van NLG 5.000. In hoeverre C deze vordering ook geldend kan maken ten opzichte van A wordt hierna besproken.

Een en ander is overigens in overeenstemming met hetgeen Schoordijk bepleit. Schoordijk stelt echter dat C zich – wat de “gewone” pauliana betreft – voor die NLG 9.000 concurrent op de onroerende zaak mag verhalen. Van “verhaal” door C is evenwel geen sprake; C is, als gevolg van de (objectief-)relatieve werking van de vernietiging, rechthebbende van de onroerende zaak voor zover de waarde van die zaak de benadeling van A overstijgt. Er is dus geen sprake van een vordering van C op B die C kan verhalen op het vermogen van B. Toegegeven zij wel, dat de cirkel niet mooi rond is. Er is in de meeste gevallen immers niet een restant van een zaak dat kan worden teruggegeven aan C. In de meeste gevallen zal de zaak geëxecuteerd zijn en moet het eigendomsrecht van C zich vertalen in een geldelijke vergoeding. Een deugdelijke grondslag voor een recht van C op deze vergoeding is er echter niet. Deze zou gevonden kunnen worden in een extensieve interpretatie van artikel 480 Rv; dit artikel zou zó gelezen moeten worden, dat A verplicht is het executie-overschot uit te keren niet aan B (die ten opzichte van A immers in strikte zin de geëxecuteerde is), maar aan C. C is immers degene die, als gevolg van de objectief-relatieve werking van de vernietiging, recht heeft op dit executie-overschot.

Dit volgt uit het karakter van de actio pauliana. Door een geslaagd beroep op de pauliana is de koop B-C vernietigd ten opzichte van A, waardoor in het vermogen van B (ten opzichte van A) alsnog een huis blijkt te vallen, waard NLG 14.000. Dit betekent overigens wel, dat het moment waarop de omvang van de benadeling wordt vastgesteld, mogelijk later ligt dan het moment waarop vast moet staan dát sprake is van benadeling in de zin van de paulianaregeling. Dit laatste moet worden beoordeeld op het moment waarop de rechter beslist op de vordering op grond van de pauliana (zie HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (Ravast c.s./Ontvanger) en HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.)). Bij het vaststellen van de omvang van de benadeling is het ijkpunt mijns inziens het moment dat A zijn recht te gelde maakt. In tegengestelde zin lijkt te worden geoordeeld in Hof Den Bosch 20 december 2005, LJN AV 2131 (Faillissement Mamon Sorteer BV).

3.8.4.1a Objectief-relatieve werking faillissementspauliana?

Mijns inziens geldt (wat de uitkomst betreft) voor de faillissementspauliana op dit punt hetzelfde als voor de “gewone” pauliana, maar wordt het daar praktisch anders uitgewerkt. Buiten faillissement kan A zijn vordering slechts op het huis verhalen tot een bedrag van NLG 5.000, omdat de vernietiging niet verder gaat dan de benadeling van A. In faillissement kunnen de schuldeisers hun vorderingen op de gehele waarde van het huis verhalen, en is van een objectief-relatieve werking van de vernietiging dus geen sprake (de vernietiging werkt in dat opzicht “vol”) – maar daar staat tegenover dat de door C betaalde NLG 9.000 door de curator (krachtens artikel 51 lid 3 Fw) als boedelschuld aan C betaald moet worden.³²⁴ Deze oplossing is buiten faillissement niet mogelijk; A is in dat geval (anders dan de curator) niet in staat de door C betaalde tegenprestatie terug te geven. A heeft immers ten aanzien van die door C betaalde koopprijs, die (óók ten opzichte van A) tot het vermogen van B behoort, geen ander recht dan een verhaalsrecht. Het omgekeerde is echter niet het geval: de buiten faillissement gehanteerde constructie (waarbij expliciet wordt gewerkt met een objectief-relatieve werking van de vernietiging) is in faillissement wel degelijk ook (althans in plaats van de huidige regeling) werkbaar. Mijns inziens is dan ook juist de opmerking in de parlementaire geschiedenis dat artikel 3:45 lid 4 BW niet behoefde te worden overgenomen in verband met het bepaalde in artikel 51 lid 3 Fw.³²⁵

In het Voorontwerp Insolventiewet wordt de objectief-relatieve werking van de vernietiging vastgelegd. Voor zover de ontwerpers daarmee een voorkeur hebben uitgesproken voor de objectief-relatieve werking boven de boedelschuld van artikel 51 lid 3 Fw, zou hier wél tegenover moeten staan dat de huidige regeling van artikel 51 lid 3, eerste volzin Fw (zie artikel 3.2.7 lid 3 van het Voorontwerp), vervalt. Die laatste regeling is dan immers overbodig. Sterker nog, nu zou men

³²⁴ De boedel is gebaat (in de zin van artikel 51 lid 3 Fw) als die NLG 9.000 in handen van de curator is gekomen, of het boedelactief op andere wijze heeft vermeerderd. Zie Kortmann-Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 153 en Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 200, voetnoot 108, plus de aldaar genoemde literatuur.

³²⁵ Parl. Gesch. Wijziging Rv (MvT Inv.), p. 392. Vgl. voorts Van Koppen, ‘De rechtsgevolgen van het inroepen van de (faillissements)pauliana’, in: *Vragen rondom de faillissementspauliana, Insolad Jaarboek 1998*. Deventer: Kluwer 1998, p. 20. Overigens meent ook Van Dijck dat sprake is van een objectief-relatieve nietigheid. Hij gaat daarbij echter uit van een andere (mijns inziens onjuiste) invulling van dat begrip dan hierboven is besproken. Hij stelt: “De objectief-relatieve nietigheid speelt vooral buiten faillissement; in faillissement speelt zij in zoverre, dat dit tot een opheffing van het faillissement zou leiden wegens volledige betaling van schuldeisers. Een opheffing van de benadeling van schuldeisers in faillissement betekent immers een volledige betaling van de vorderingen van alle schuldeisers.” (zie Van Dijck, *De faillissementspauliana, revisie van een relic* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 88).

er vanuit kunnen gaan dat bij de faillissementspauliana zowel sprake is van een objectief-relatieve werking van de vernietiging, als van de boedelschuld van (het huidige) artikel 51 lid 3 Fw, waardoor C twee maal gecompenseerd zou worden voor het feit dat een tegenprestatie is geleverd. Uiteraard kunnen de twee niet naast elkaar bestaan. Het Voorontwerp moet dan ook een keuze maken voor het één of het ander. Bij die keuze zou onder meer in aanmerking genomen moeten worden dat, zoals Faber heeft betoogd, bij de beantwoording van de vraag of de boedel is gebaat in de zin van artikel 51 lid 3 Fw, alleen het actief van de boedel in aanmerking komt, terwijl bij de beoordeling van de omvang van de benadeling ook een eventuele vermindering van het passief in aanmerking wordt genomen.³²⁶ Ook moet worden bedacht dat het voor de curator lucratief kan zijn de rechtshandeling volledig te vernietigen en de restitutie van de door C betaalde tegenprestatie via de boedel te laten lopen, namelijk in een boedelfaillissement.

3.8.4.2 *Situatie indien A zijn vordering niet kan verhalen op de door C betaalde tegenprestatie*

Als de door C betaalde tegenprestatie zich niet meer in het vermogen van B bevindt, staat vast dat A voor een bedrag van NLG 14.000 is benadeeld. A mag zijn vordering met uitsluiting van C en andere schuldeisers van B – ten opzichte van wie het huis immers tot het vermogen van C behoort³²⁷ – verhalen op het huis. C krijgt uit die opbrengst niets.

Daarmee ontstaat, zoals Schoordijk terecht signaleert, een merkwaardig verschil tussen de situatie in en buiten faillissement. In faillissement heeft C, zoals hierna nog zal worden besproken, krachtens artikel 51 lid 3 (tweede volzin) Fw een concurrente vordering, die hij ter verificatie kan indienen – met als gevolg dat hij deelt in de opbrengst van de onroerende zaak.³²⁸ Buiten faillissement kan C zijn vordering, zoals hiervoor is gesteld, echter niet op die onroerende zaak verhalen. Anders dan Schoordijk ben ik van mening dat dit verschil niet meebrengt dat C zijn vordering ook op de (opbrengst van de) onroerende zaak mag verhalen. Als gezegd (voetnoot 327) brengt dat immers de merkwaardige situatie met zich dat C verhaal zoekt op een zaak die van hemzelf is. Dat dit in faillissement gebeurt, is mijns inziens een onvermijdbaar gevolg van het faillissement, waarin nu eenmaal

³²⁶ Zie Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 331.

³²⁷ Dit geldt ook ten opzichte van C. Als C, zoals Suyling en Schoordijk betogen, zijn vordering op de opbrengst van die zaak zou mogen verhalen, zou dit dan ook betekenen dat hij verhaal zou zoeken op zijn eigen zaak. Dat is niet mogelijk.

³²⁸ Vgl. Van Koppen, 'De rechtsgevolgen van het invoeren van de (faillissements)pauliana', in: *Vragen rondom de faillissementspauliana*, *Insolad Jaarboek 1998*. Deventer: Kluwer 1998, p. 23 + 24 en Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 200+201.

de goederen uit de boedel te gelde worden gemaakt en de opbrengst wordt verdeeld over de gezamenlijke schuldeisers.

Daarmee heeft C een vordering op B van NLG 14.000. Aan die vordering kan C ten opzichte van ieder ander dan A ten grondslag leggen ofwel de toerekenbare tekortkoming, ofwel de subrogatie. Ten opzichte van A kan C deze vorderingen gronden op onverschuldigde betaling.

Deze vordering mag C verhalen op het vermogen van B. Dan is de volgende vraag of hij daarbij mag concurreren met A, dan wel of A moet zijn voldaan voordat C aan bod kan komen. Naar mijn mening mag C tot een bedrag van NLG 9.000 (de door hem betaalde tegenprestatie) wél in concurrentie met A treden, maar níet voor het restant van zijn schadevordering. Immers, zoals hierboven is besproken, bestaat de vordering van C op B uit hoofde van toerekenbare tekortkoming resp. subrogatie niet ten opzichte van A. Ten opzichte van A bestaat wél een vordering van C op B uit hoofde van onverschuldigde betaling. Die vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling bedraagt in de door Eggens beschreven casus NLG 9.000. Dit bedrag kan C dus in concurrentie met A op het vermogen van B verhalen.³²⁹ Het restant van zijn vordering kan C naar mijn mening pas verhalen op het vermogen van B als A volledig is voldaan, omdat die vordering ten opzichte van A nu eenmaal niet bestáát. Ten opzichte van alle andere schuldeisers van B neemt C echter niet een dergelijke achtergestelde positie in, omdat de overeenkomst ten aanzien van deze schuldeisers (zolang zij niet (ook) een beroep op de pauliana hebben gedaan) wel degelijk bestaat, althans ten opzichte van hen wel degelijk aan de vereisten van subrogatie is voldaan. C kan zijn vordering dus in concurrentie met die andere schuldeisers verhalen op het vermogen van B.

329 De hierboven geciteerde stelling van Van Koppen dat A hiermee (wederom) wordt benadeeld en dat A aldus een beroep op de pauliana kan doen, is mijns inziens onjuist. Wil een beroep op de pauliana slagen is immers naast benadeling nodig dat zowel C als B wetenschap heeft van benadeling, en dat sprake is van het verrichten van een rechtshandeling door B. Bij verhaal op het vermogen van B kan niet gezegd worden dat B een rechtshandeling verricht, noch dat B daarbij wetenschap van benadeling had. Daarmee is mijns inziens ook onjuist het betoog van Van Koppen dat C op grond van de redelijkheid en billijkheid zijn recht pas kan effectueren als A volledig is voldaan, nu dit betoog is gebaseerd op zijn (zojuist weerlegde) stelling dat A (redressief) een actio pauliana heeft. Daarenboven is mijns inziens ook niet onredelijk dat C de onderhavige vordering ook ten opzichte van A geldend kan maken. Immers, als, zoals de bedoeling van de pauliana is, de rechtshandeling B-C volledig wordt weggedacht, dan was het huis nog steeds aanwezig geweest in het vermogen van A, maar dan had C ook niet een bedrag van NLG 9.000 aan B betaald. A kan zich mijns inziens niet met juistheid op het standpunt stellen dat de overeenkomst B-C ten opzichte van hem is vernietigd, zonder de voor hem negatieve consequenties daarvan (namelijk het bestaan van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling van C op B) te aanvaarden.

De verschillen tussen beide grondslagen (toerekenbare tekortkoming en subrogatie) zijn (voor C) dus niet zo groot. Zowel in het geval C voor het anker van subrogatie gaat liggen als in het geval hij toerekenbare tekortkoming ten grondslag legt aan zijn vordering, kan C – mits hij zich ten opzichte van A op de onverschuldigde betaling beroept – voor NLG 9.000 verhaal zoeken op het vermogen van B in concurrentie met A en voor NLG 5.000 nadat A is voldaan. C zal ten opzichte van de andere schuldeisers van B kiezen voor subrogatie indien de vordering van A op B is versterkt met voor- of zekerheidsrechten.

Met het bovenstaande ontstaat een interessante casus voor de rechter in een renvooiprocedure (artikel 438 e.v. Rv) (zie voor een voorbeeld par. 3.8.5). Hij heeft immers te maken met een en dezelfde vordering van C, die ten opzichte van schuldeisers van B een vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming althans subrogatie is, behalve ten opzichte van A. Ten opzichte van A is immers sprake van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling. Op zichzelf maakt dit voor de te treffen rangregeling geen verschil. Van belang is mijns inziens wel, dat C in een dergelijke procedure (ook) de onverschuldigde betaling aan zijn vordering ten grondslag legt. Doet hij dat niet, dan meen ik dat de rechter verplicht zal zijn de vordering van C volledig ten achter te stellen bij de vordering van A. Ten opzichte van A bestaat die vordering immers niet, nu deze is gebaseerd op een overeenkomst die ten opzichte van A is vernietigd.

3.8.4a Gevolgen van de relativering voor de verhouding tussen B en C bij toepassing van de faillissementspauliana

In faillissement zal C ten opzichte van de boedel noch gebruik kunnen maken van zijn vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming, noch van zijn vordering uit hoofde van subrogatie. Zoals hierboven is betoogd, bestaan beide vorderingen immers niet ten opzichte van de vernietigende schuldeiser; in faillissement zijn dat de gezamenlijke schuldeisers. Ten opzichte van de boedel bestaat wél een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling. Dit is in de casus van Eggen een bedrag van NLG 9.000. Artikel 51 lid 3 Fw bepaalt dan ook terecht dat – voor zover de boedel niet is gebaat door de door C betaalde tegenprestatie (zie hiervóór) – sprake is van een concurrente vordering. De grondslag van die vordering is mijns inziens, zoals uit het voorgaande is gebleken, de onverschuldigde betaling. Dit betekent dat C slechts een bedrag van NLG 9.000 geldend kan maken ten opzichte van de boedel. Dit is immers het bedrag dat in de verhouding tot de boedel door C aan B onverschuldigd is betaald.

3.8.5 *Samenvatting aan de hand van enkele rekenvoorbeelden*

Hetgeen hiervoor is betoogd, zal hieronder worden samengevat aan de hand van enkele rekenvoorbeelden. Deze rekenvoorbeelden illustreren de problematiek die aan de orde is na een geslaagd beroep op de pauliana.

3.8.5.1 *Rekenvoorbeeld 1: naast C en A één andere schuldeiser van B*

Stel B verkoopt aan C een drietal auto's voor EUR 200.000. De auto's zijn op het moment van verkoop ook ongeveer dat bedrag waard. Op grond van bijkomende omstandigheden worden schuldeisers benadeeld door de verkoop. De verkoop wordt vernietigd door schuldeiser A. A heeft een vordering op B van EUR 400.000. Naast A heeft B nog een schuldeiser X, met een vordering van EUR 300.000. Op het moment van vernietiging en de daadwerkelijke (executie-)verkoop van de auto's door A zijn de auto's EUR 300.000 waard. Voor dat bedrag worden de auto's (in de executieverkoop) ook daadwerkelijk verkocht.

Vooropgesteld zij, dat in een dergelijke casus de door C betaalde koopprijs kennelijk niet (volledig) beschikbaar is voor verhaal door A. Anders was er immers geen benadeling geweest en had A niet kunnen vernietigen. A zal zijn vordering dus volledig op de auto mogen verhalen.

Na de vernietiging en (executie-)verkoop heeft A nog een vordering op B van EUR 100.000. A heeft zijn vordering immers met uitsluiting van C en X op de opbrengst van de auto's kunnen verhalen. C heeft (ten opzichte van ieder ander dan A) een vordering op B van EUR 300.000. A, C en X willen hun vorderingen verhalen op het huis van B, waard EUR 350.000.

Mijns inziens moet met de verdeling van de opbrengst als eerste berekend worden waarop de schuldeisers recht hebben die met de pauliana niets van doen hebben – in dit geval X. Wordt begonnen met de berekening van het bedrag waarop A recht heeft, dan ontstaat er een tekort voor die schuldeisers, dat niet te rechtvaardigen is. Voor hen moet het immers geen verschil uitmaken dat (door A) (met succes) een beroep is gedaan op de actio pauliana.

Als C zijn vordering baseert op (in zijn verhouding tot A) onverschuldigde betaling althans (in zijn verhouding tot X) toerekenbare tekortkoming, zou de te treffen rangregeling mijns inziens het volgende moeten inhouden. Ten opzichte van X heeft A een vordering van EUR 100.000, C een vordering van EUR 300.000 en hijzelf een vordering van EUR 300.000. X heeft dan recht op $((300.000/700.000)*350.000 = \text{ong.})$ EUR 150.000. Daarmee blijft voor A en C nog over te verdelen een bedrag van EUR 200.000. In de verhouding tot A heeft C

slechts een vordering van EUR 200.000 (ten opzichte van A kan C immers alleen een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling geldend maken), en hijzelf een vordering van EUR 100.000. A krijgt dan $((100.000/300.000)*200.000 = \text{ong.})$ EUR 66.667; C krijgt $((200.000/300.000)*200.000 = \text{ong.})$ EUR 133.333.

Als C zijn vordering baseert op subrogatie is de te treffen rangregeling mijns inziens dezelfde – uiteraard alleen indien hij zich ten opzichte van A op het standpunt stelt dat sprake is van onverschuldigde betaling.

Met deze rekenmethode krijgt X inderdaad hetzelfde als hij gekregen zou hebben indien A geen beroep zou hebben gedaan op de actio pauliana. Immers, in dat geval had A een vordering van EUR 400.000 gehad, maar had C geen vordering gehad op B. In dat geval zouden er dus twee schuldeisers zijn geweest met een vordering van EUR 300.000 resp. EUR 400.000, en had A ong. EUR 200.000 gekregen en X EUR 150.000. Als echter een andere rekenmethode zou zijn gebruikt, waarbij niet eerst zou zijn berekend waarop X recht heeft, maar juist waarop A recht heeft, zou X per saldo minder hebben gekregen dan EUR 150.000. Immers, dan zouden er, bezien vanuit de positie van A, drie schuldeisers zijn: A met een vordering van EUR 100.000, X met een vordering van EUR 300.000 en C met een vordering van EUR 200.000. A heeft daarmee recht op een bedrag van $((100.000/600.000)*350.000 = \text{ong.})$ EUR 58.333. Dan zou er voor C en X nog te verdelen zijn een bedrag van EUR 291.667. Ten aanzien van X heeft C een vordering van EUR 300.000 en hijzelf een vordering van EUR 300.000, zodat X in dat geval zou krijgen $((300.000/600.000)*291.667 =)$ EUR 145.833,50. Als gezegd bestaat voor dit verschil mijns inziens geen rechtvaardiging, zodat van bovenstaande rekenmethode moet worden uitgegaan.

3.8.5.2 *Variatie 1: de vordering van A is versterkt met een algemeen voorrecht, naast C en A twee andere schuldeisers van B*

In dit rekenvoorbeeld ga ik uit van de hierboven beschreven feitenconstellatie, met als aanvulling dat de vordering van A is versterkt met een voorrecht en dat er naast C en A twee andere schuldeisers zijn van B, X en Y. X heeft een vordering van EUR 300.000, Y heeft een vordering van EUR 50.000.

Als C zijn vordering zou baseren op (in zijn verhouding tot A) onverschuldigde betaling resp. (in zijn verhouding tot X) toerekenbare tekortkoming, is de uitkomst de volgende. Ten opzichte van X en Y heeft A (na de executieverkoop van de auto's) een (restant) vordering op B van EUR 100.000, versterkt met een voorrecht, C heeft een vordering van EUR 300.000, X van EUR 300.000 en Y van EUR 50.000. X en Y hebben hier recht op resp. $((300.000/650.000)*250.000 = \text{ong.})$ EUR 115,385 en $((50.000/650.000)*250.000 = \text{ong.})$ EUR 19.231. Daarmee

blijft voor C en A over een bedrag van EUR 215.384. Ten opzichte van A heeft C een vordering van EUR 200.000 en hijzelf een vordering van EUR 100.000, versterkt met een voorrecht. A krijgt in dat geval EUR 100.000; C krijgt EUR 115.384.

Maakt C daarentegen in zijn verhouding tot X en Y gebruik van een vordering uit hoofde van subrogatie, is de oplossing de volgende. Ten opzichte van X en Y heeft A een vordering van EUR 100.000, C heeft een vordering van EUR 300.000, X van EUR 300.000 en Y van EUR 50.000. Ten opzichte van X en Y is nu de vordering van zowel A als van C versterkt met een algemeen voorrecht. Daarmee krijgen Y en X niets en blijft voor A en C over een bedrag van EUR 350.000. Ten opzichte van A heeft C een vordering van EUR 100.000, die niet is versterkt met een voorrecht (ten opzichte van A bestaat de vordering uit hoofde van subrogatie immers niet, maar slechts een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling) en hijzelf een vordering van EUR 100.000. A krijgt nu een bedrag van EUR 100.000; C krijgt het restant. Al heeft C hier in de verhouding tot A geen recht op, in de verhouding tot Y en X heeft C hier wel degelijk recht op.

3.8.5.3 *Variatie 2: zowel A als een andere schuldeiser van B beroept zich met succes op de pauliana*

Het voorgaande toont aan dat het voor andere schuldeisers van B lonend kan zijn een beroep op de pauliana doen, zelfs al levert hen dat niet direct een geldsbedrag op. Dit zal worden verduidelijkt aan de hand van het volgende en laatste rekenvoorbeeld. Dezelfde feiten zijn van toepassing, met als enige aanvulling dat nu niet alleen A, maar ook X (met succes) een beroep doet op de pauliana. Op zichzelf brengt dat X niet veel verder; A heeft immers een recht van voorrang (namelijk op grond van zijn voorrecht, zie par. 3.8.5.2), zodat A de enige is die een uitkering krijgt uit de opbrengst van de auto's. Het voordeel van X zit uiteindelijk in de verdeling van de opbrengst van het huis van B.

In dit geval kan C alleen ten opzichte van Y een beroep doen op zijn vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming jegens B; ten opzichte van A en X bestaat deze vordering immers niet. Ten opzichte van Y heeft daarmee C een vordering van EUR 300.000, A een vordering van EUR 100.000 versterkt met een voorrecht en X een vordering van EUR 300.000. Hijzelf heeft een vordering van EUR 50.000. Y krijgt dan $((50.000/650.000) \cdot 250.000 = \text{ong.})$ EUR 19.231. Daarmee blijft voor A, C en X te verdelen over EUR 330.769. Ten opzichte van A en X heeft A een vordering van EUR 100.000, versterkt met een voorrecht, X een vordering van EUR 300.000 en C een vordering van EUR 200.000. Daarmee krijgt A EUR 100.000, X $((300.000/500.000) \cdot 230.769 = \text{ong.})$ EUR 138.461 en C $((200.000/500.000) \cdot 230.769 = \text{ong.})$ EUR 92.308.

De vordering uit hoofde van subrogatie, welke is versterkt met het voorrecht van A, bestaat in dit geval alleen ten opzichte van Y. Zou C zich ten opzichte van Y op het standpunt stellen dat sprake is van een vordering uit hoofde van subrogatie, dan is de situatie ten opzichte van Y de volgende. A heeft in dat geval een vordering van EUR 100.000, versterkt met een voorrecht, X een vordering van EUR 300.000, C een vordering van EUR 300.000 versterkt met een voorrecht en Y een vordering van EUR 50.000. Daarmee krijgt Y per saldo niets, en blijft er voor C, A en X over een bedrag van EUR 350.000. Ten opzichte van A en X heeft C slechts een vordering van EUR 200.000, die niet is versterkt met een voorrecht, A heeft een vordering van EUR 100.000, versterkt met een voorrecht en X heeft een vordering van EUR 300.000. Nu krijgt A EUR 100.000, C krijgt $((200.000/500.000)*250.000 =)$ EUR 100.000 en X krijgt $((300.000/500.000)*250.000 =)$ EUR 150.000.

Voor A en Y is er geen verschil tussen variatie 1 en variatie 2; in beide gevallen krijgt A (steeds) EUR 100.000 en krijgt Y, indien C gebruik maakt van de vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming, EUR 19.231 en in het geval C gebruik maakt van zijn vordering uit hoofde van subrogatie niets. Voor C en X is er wel degelijk verschil tussen de beide variaties. X krijgt in variatie 1 immers EUR 115.385 in het geval C zijn vordering stoelt op toerekenbare tekortkoming en niets als C de subrogatie aan zijn vordering ten grondslag legt, terwijl hij in variatie 2 EUR 138.461 resp. EUR 150.000 krijgt. Daar staat tegenover dat C in variatie 1 EUR 115.384 resp. EUR 250.000 krijgt, en in variatie 2 EUR 92.308 resp. EUR 100.000. Het kan voor X in een dergelijk geval dus zeker de moeite lonen een beroep te doen op de pauliana – al moet worden toegegeven dat een situatie als de onderhavige – waarin B over (andere) vermogensbestanddelen beschikt die een relatief hoge waarde vertegenwoordigen – zich niet snel zal voordoen.

4 Beslag op roerende zaken, niet-registergoederen³³⁰

4.1 Inleiding

Schuldeisers kunnen, ter voorbereiding op de executie, verhaalsbeslag leggen op vermogensbestanddelen van hun schuldenaar. Dit beslag heeft in hoofdzaak een tweeledig doel: het aanwijzen van de voor verhaal gekozen vermogensbestanddelen van de schuldenaar, alsmede het blokkeren van de beschikkingsmacht van de schuldenaar over de betreffende vermogensobjecten.³³¹ Het tweede doel dient het eerste doel: door de blokkering wordt het gekozen vermogensobject veiliggesteld voor verhaal. Dit hoofdstuk zal zich concentreren op laatstgenoemd doel. Door de blokkeringsregeling bij beslag wordt namelijk onder meer bewerkstelligd – zo zal hierna aan de orde komen – dat een vervreemding in weerwil van het beslag weliswaar tot eigendomsovergang leidt, maar dat de beslaglegger de beslagene als eigenaar mag blijven aanmerken.³³²

Artikel 453a Rv brengt dit tot uitdrukking door te bepalen dat

“een vervreemding, bezwaring, onderbewindstelling of verhuring van de zaak, tot stand gekomen nadat deze in beslag genomen is”³³³

niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen.

Het beslag kent, gelijk de pauliana, niet alleen de bovengenoemde subjectief-relatieve werking, maar ook een objectief-relatieve werking: de genoemde handelingen worden alleen geblokkeerd voor zover de beslaglegger hierdoor

³³⁰ Voor dit beslag wordt gekozen omwille van de vergelijkbaarheid van de diverse vormen van relativering die in dit onderzoek aan de orde zijn. Verwezen zij naar hoofdstuk 1.

³³¹ Vgl. Stein, *Goed beslagen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 4 en A.I.M. Van Mierlo, Burgerlijke rechtsvordering (Losbl.), Inleiding executie- en beslagrecht, aant. 8.

³³² Net als bij de actio pauliana, worden bij beslag niet alleen eigendomsverhoudingen gerelativeerd (ook (onder meer) een bezwaring en verhuring worden geblokkeerd), terwijl het werkingsterrein van de blokkeringsregeling niet is beperkt tot roerende zaken. Omwille van de vergelijkbaarheid van de diverse vormen van relativering die in dit onderzoek aan de orde zijn, zal ik mij in dit hoofdstuk echter (zo veel mogelijk) beperken tot het (verhaals-)beslag op roerende zaken.

³³³ Zie voor een historische beschrijving van het beslagrecht Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 25-38 en Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

wordt benadeeld. De meeste schrijvers zijn het hierover eens³³⁴, en genoemde relativering stond ook expliciet in artikel 505 lid 4 (oud) Rv – maar is geschrapt vanwege vermeende bewijsproblemen.³³⁵

Mijns inziens ontbreekt ten onrechte een wettelijke regeling, zoals deze bij de pauliana – en ook in artikel 474e Rv – wel is opgenomen. Dat de huidige blokkeringsregelingen alle ruimte voor deze relativering laten, zoals Van der Kwaak betoogt³³⁶, zie ik niet. De blokkeringsregelingen zijn immers zeer algemeen geformuleerd en daaruit blijkt niet, dat de blokkerende werking niet verder gaat dan nodig is ter opheffing van het nadeel dat de schuldeiser lijdt. Maar zelfs als deze ruimte er wél is, lijkt het, om onduidelijkheden te voorkomen, beter de objectief-relatieve werking expliciet in de wet op te nemen.

Overigens kan een objectief-relatieve werking meebrengen dat de beslaglegger zich in het geheel niet op de blokkerende werking kan beroepen – bijvoorbeeld in het geval de beslagen zaak in verhuurde toestand meer opbrengt dan in onverhuurde staat, of in ieder geval voldoende voor de voldoening van zijn vordering –, of dat hij zich slechts op de blokkerende werking kan beroepen voor zover hij is benadeeld – bijvoorbeeld in het geval de beslaglegger zijn vordering gedeeltelijk kan verhalen op de betaalde tegenprestatie. Zie voor deze laatste toepassing nader par. 4.8.4.

4.2 Ratio relatieve werking blokkeringsregel

De blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken is in 1992 in de wet vastgelegd.³³⁷ Daarvóór gold de regel echter al wel:

*“Het eerste lid [van artikel 453a Rv] bevat een regel die ook thans reeds uit de aard van het rechtsfiguur van beslag voortvloeit, maar in het huidige recht slechts bij enkele beslagen uitdrukking heeft gevonden (...).”*³³⁸

334 Zie onder meer Mijnsen-De Liagre Böhl-Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie, preadvies KNB*, Deventer: Kluwer 1983, p. 36; Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 191. Zie ook HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder).

335 Zie De wet van 7 juli 1896 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, toegelicht door Hartogh en Cosman, p. 157+158.

336 Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 183+192.

337 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de historie van de blokkerende werking van het beslag Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 89 e.v.

338 Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 118. Er wordt in deze passage met name bedoeld op de blokkeringsregel bij het beslag op onroerende zaken, artikel 505 (oud) Rv.

In 1992 heeft de wetgever de blokkerende werking voor alle beslagen afzonderlijk in de wet opgenomen:

“In het ontwerp is het niet alleen duidelijker geacht deze regel bij alle beslagen uitdrukkelijk op te nemen, maar was het ook noodzakelijk deze regel voor iedere beslagvorm nader uit te werken.”³³⁹

De aard van het beslag, waaruit als gezegd vóór 1992 ten aanzien van de niet in de wet geregelde gevallen de blokkerende werking werd afgeleid, wordt door Van der Kwaak aldus geformuleerd:

“Het recht om beslag te leggen strekt tot zekerheid van reële executie; dat doel vindt zijn concretisering en effectuering in het aan uitoefening van die bevoegdheid verbonden rechtsgevolg. Het rechtsgevolg van het beslag beoogt derhalve te waarborgen, dat het beslagene als object van reële executie voor de beslaglegger zeker wordt gesteld en dus niet – ook niet ten dele – verloren gaat, doch in volle omvang bewaard blijft.”³⁴⁰

Kort gezegd heeft de blokkerende werking van het beslag als doel het veiligstellen van (de waarde van) het beslagen object voor de beslaglegger.

Dat het effect van de blokkerende werking van het beslag moet worden beperkt tot de positie van de beslaglegger (met andere woorden: dat de blokkeringsregeling relatieve werking heeft) kwam in eerste instantie in de wél in de wet geregelde gevallen nog niet duidelijk uit de verf. Artikel 505 (oud) Rv (het huidige artikel 505 lid 2 Rv) bepaalde in 1838:

“Te rekenen van den dag dier overschrijving, zal de partij, tegen welke het beslag gedaan is, de in beslag genomen onroerende goederen niet mogen vervreemden, hypothekeeren of verhuren, ten nadeele van den inbeslagnemer. (...).”

De Lex Hartogh³⁴¹ wijzigt op dit punt het artikel. Vanaf dat moment (tot 1992) luidt de regeling:

“Te rekenen van den dag dier overschrijving, zal de partij, tegen welke het beslag gedaan is, de in beslag genomen onroerende goederen niet mogen vervreemden, hypothekeeren

³³⁹ Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 118.

³⁴⁰ Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 167.

³⁴¹ Wet van 7 juli 1896, Stb. 103.

of verhuren; overeenkomsten, in strijd met dat verbod aangegaan, kunnen tegen den inbeslagnemer niet worden ingeroepen. (...) [cursivering FD]

De toelichting vermeldt op dit punt:

“Voor den beslaglegger is het voldoende, dat aan de handeling, voor zooverre die aan zijne rechten in den weg staat, rechtskracht ontzegd worde. (...) In de Wet wordt daarom in overeenstemming met het Voorstel tegen de beschikking over het goed door den beslagene geen volstrekte nietigheid bedreigd; zij werkt alléén niet tegen den beslaglegger – een betrekkelijke nietigheid dus. Het verbod in de eerste zinsnede van het vierde lid is, wel is waar, gehandhaafd, maar het verband met de ingelaschte zinsnede brengt mede, dat het alléén geldt ten opzichte van den executant; handelt dus de beslagene in strijd met het verbod, dan zal alléén tegenover den executant de aangepane overeenkomst niet in te roepen zijn. (...) Uit de opbrengst van het onroerend goed zal de executant, indien er geene vóór het beslag ingeschreven hypothecaire schuldeischers zijn, vóór alles moeten worden voldaan, maar de eventueele overwaarde van het goed komt aan hem, die door de vervreemding of de gevestigde hypotheek daartoe gerechtigd is, omdat het verbod van vervreemding alléén tegenover den executant geldt en mitsdien die overwaarde niet treft.”³⁴²

In een arrest van de Hoge Raad van 15 maart 1940³⁴³ wordt het doel van de relatieve werking van de blokkeringsregeling nog eens uiteengezet:

“Zoo dikwijls de wet – gelijk hier in den slotzin [van artikel 505 lid 4 (oud) Rv] eene nietigheid bepaalt ter bescherming van de belangen van schuldeischers, zoude zij het beoogde doel ver voorbijschieten, door die nietigheid absoluut, dus ook tusschen partijen zelf – te doen werken.”

De ratio van de relativering van de blokkerende werking van het beslag is derhalve dat deze blokkerende werking (alleen) het belang van de beslaglegger dient, zodat de blokkering niet verder moet gaan dan het belang van de beslaglegger eist. Daarmee komt de ratio op hoofdlijnen overeen met de ratio van de relatieve werking van de vernietiging op grond van de actio pauliana.

³⁴² De wet van 7 juli 1896 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke regtsvordering, toegelicht door Hartogh en Cosman, p. 158-160. Vgl. ook p. 163.

³⁴³ HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder).

4.3 Werking van de relativering

4.3.1 Wijze waarop de relativering is vormgegeven

Artikel 453a Rv bepaalt dat bepaalde handelingen niet tegen de beslaglegger kunnen worden *ingeroepen*. Deze niet-inroepbaarheid werkt van rechtswege; er behoeft geen beroep op te worden gedaan:

“De werking van het artikel is veeleer dat de beslaglegger de executie kan voortzetten, zonder dat eventuele derden aan wie vervreemding of bezwaring plaatsvond dat kunnen beletten. Daartoe behoeft de beslaglegger niet de betreffende derden zelf op te sporen ten einde jegens hen een verklaring af te leggen, strekkende tot inroeping van de ongeldigheid van de betreffende handeling.”³⁴⁴

Van der Kwaak merkt mijns inziens terecht op, dat wel steeds impliciet een beroep op de niet-inroepbaarheid³⁴⁵ wordt gedaan.³⁴⁶ A zal immers, indien B de zaak in weerwil van het beslag aan C heeft vervreemd, tot executie van de zaak overgaan, en daarbij de rechten van C negeren. Het belangrijke verschil tussen vernietiging en de van rechtswege werkende niet-inroepbaarheid is, dat in het eerste geval door een beroep op de nietigheid die nietigheid wordt bewerkstelligd, terwijl in het tweede geval met een beroep op de niet-inroepbaarheid gebruik wordt gemaakt van de situatie die (van rechtswege) ontstaat als gevolg van die niet-inroepbaarheid.

In de vorige paragraaf bleek reeds, dat de wet sinds 1896 (in artikel 505 lid 4 (oud) Rv) van “niet kunnen inroepen” spreekt. Waarom de wetgever voor deze terminologie heeft gekozen, lijkt volstrekt willekeurig. In hun toelichting schrijven Hartogh en Cosman:

“Het beginsel, waarvan de wet uitgaat, is dus dat zij aan het executoriaal beslag het karakter toekent van een zakelijke last, welke op het goed drukt. Wordt dit vervreemd, dan zal dienovereenkomstig de executant, alhoewel de tegenwoordige eigenaar zijn schuldenaar niet is, zijne vordering er op kunnen verhalen (...) De

³⁴⁴ Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 121.

³⁴⁵ Van der Kwaak noemt dit uiteraard – gezien zijn hierna te bespreken betoog ten aanzien van het karakter van de blokkeringsregel – geen niet-inroepbaarheid, maar nietigheid. Zie par. 4.3.2.

³⁴⁶ Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 185.

*gesloten overeenkomsten zullen immers naar de bewoordingen der wet niet tegen den beslaglegger kunnen worden ingeroepen, hetgeen ze kenschetst als tegenover dezen, voor zooverre zij op diens rechten inbreuk maken, niet bestaande.*³⁴⁷

Uit deze passage blijkt mijns inziens niet alleen dat de wetgever geen specifieke reden had te kiezen voor de term “niet-inroepbaarheid”, maar ook dat hij zich geen rekenschap heeft gegeven van de *betekenis* van het begrip niet-inroepbaarheid. Enerzijds lijkt immers te worden uitgegaan van zaaksgevolg – er wordt gesproken over een “zakelijke last die op het goed drukt” – terwijl anderzijds ook een opening lijkt te worden geboden voor een nietigheid van de rechtshandeling (ook hier weer ten opzichte van de beslaglegger) – namelijk waar wordt opgemerkt dat de “overeenkomsten tegenover de beslaglegger niet bestaan” (zie hieromtrent nader par. 4.3.2.3).

Bij de totstandkoming van de beslag- en blokkeringsregeling in 1992 zijn (op dit punt) de bewoordingen van artikel 505 (oud) Rv overgenomen. Aan het karakter van de term “niet-inroepbaarheid” is toen verder geen aandacht besteed, terwijl evenmin wordt uitgelegd waarom voor deze bewoordingen wordt gekozen. Ook toen heeft de wetgever dus niet te kennen gegeven problemen te zien in de gekozen bewoordingen, althans niet aangegeven wat wordt bedoeld met bedoelde term. Zoals hierna nog aan de orde zal komen, heeft dit aanleiding gegeven tot een uitgebreide discussie in de literatuur.

4.3.2 *Als gevolg van de relativering komt wel eigendomsovergang tot stand, maar niet ten opzichte van de beslaglegger*

4.3.2.1 *Inleiding*

Een inmiddels veelbesproken vraag is of al dan niet sprake is van eigendomsovergang indien de beslagene (B) de zaak in weerwil van het beslag van A vervreemdt aan C en zo ja, of deze eigendomsovergang ook geldt ten opzichte van A. Broekveldt merkt op dat het niet heel zinvol is zich verder in de discussie te mengen.³⁴⁸ Ik kan mij die opmerking indenken – er is inderdaad al veel over gezegd – maar ben van mening dat het wel degelijk nuttig is die discussie verder te voeren. Weliswaar is er veel over de juridische merites van de blokkeringsregeling gezegd, maar er is naar mijn mening niet een grote mate van eenstemmigheid over de reikwijdte en de gevolgen van de blokkeringsregeling, zoals Broekveldt opmerkt.³⁴⁹ Daarbij

347 De wet van 7 juli 1896 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke regtsvordering, toegelicht door Hartogh en Cosman, p. 159.

348 Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 257.

349 Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 257.

maakt het voor de vraag of sprake is van eigendomsovergang – een vraag die van groot belang is bijvoorbeeld in geval van een faillissement van de verkrijger en/of de vervreemder – nogal wat uit of aangenomen wordt dat het gaat om bijvoorbeeld zaaksgevolg of relatieve beschikkingsonbevoegdheid.

In de literatuur worden, als één en ander naar de kern wordt teruggebracht, naar mijn mening vier constructies onderscheiden:

1. de relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie: deze constructie houdt in dat B ten opzichte van A niet bevoegd is (onder meer) de zaak te vervreemden. In deze constructie wordt C ten opzichte van een ieder met uitzondering van A eigenaar van de zaak.
2. de relatieve nietigheidsconstructie: deze constructie houdt in dat een vervreemding van de zaak door B aan C nietig is ten opzichte van A. Deze constructie komt in twee varianten voor. In de ene variant is de titel van overdracht nietig ten opzichte van A; in de tweede variant is de gehele overdracht nietig ten opzichte van A. In beide varianten is de conclusie dat C ten opzichte van een ieder met uitzondering van A eigenaar wordt van de zaak.
3. de zaaksgevolgconstructie: deze constructie houdt in dat B wel bevoegd is de zaak aan C over te dragen, maar dat het beslag van A als het ware op de zaak blijft rusten. In deze theorie wordt C ten opzichte van een ieder, dus óók ten opzichte van A, eigenaar van de zaak.
4. de constructie van de niet-inroepbaarheid: in deze constructie kan de vervreemding door B aan C niet tegen A worden ingeroepen. C wordt ten opzichte van een ieder, met uitzondering van A, eigenaar van de zaak.

De eerste drie constructies kunnen uiteindelijk worden teruggebracht op de drie vereisten die artikel 3:84 BW stelt aan een overdracht: de relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie én de zaaksgevolgconstructie grijpen in het vereiste van beschikkingsbevoegdheid in (in de eerste constructie wordt B ten opzichte van A als volledig beschikkingsonbevoegd beschouwd; in de tweede constructie “beperkt” beschikkingsbevoegd: B kan ten opzichte van A alleen over de zaak beschikken onder de “last” van het beslag, waarbij het beslag dus vergelijkbaar is met een beperkt (zakelijk) recht); de relatieve nietigheidsconstructie – althans de eerste variant daarvan – heeft gevolgen voor het vereiste van een geldige titel (al gaan sommige aanhangers van deze constructie als gezegd vérdér en achten zij de gehele overdracht nietig ten opzichte van de beslaglegger, zie hierna). De laatste constructie abstraheert als het ware van het vermogensrecht en gaat uit van een geheel “eigen” figuur voor het beslagrecht.

Hoewel mijn voorkeur uitgaat naar een constructie die in het vermogensrecht ingepast kan worden – om de simpele reden dat daarmee (wellicht) een aantal

vraagpunten is opgelost dat bij een geheel “eigen” figuur (wel) kan spelen³⁵⁰ –, lijkt mij dat bij de blokkeringsregel bij beslag de constructie van niet-inroepbaarheid van toepassing is. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat ik tot deze conclusie kom, omdat geen van de andere constructies tot een bevredigend resultaat leidt. Een en ander zal in het hiernavolgende besproken worden. Daarbij zal worden ingegaan op de parlementaire geschiedenis, rechtspraak en literatuur. Opgemerkt zij, dat het met name bij de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van het karakter van de blokkeringsregel niet steeds eenvoudig is vast te stellen welke van de hierboven genoemde vier constructies (ter duiding van het karakter van de blokkeringsregel) wordt gebruikt.

Zo lijkt in (de toelichting op) artikel 505 lid 4 (oud) Rv zowel voor de nietigheidsconstructie als de zaaksgevolgconstructie te worden gekozen³⁵¹, terwijl in 1992 de wetgever slechts opmerkt:

*“Ten slotte verdient opmerking dat betwijfeld kan worden of in het geval van artikel 453a sprake is van een onbevoegde vervreemding. De eigenaar blijft immers tot vervreemding bevoegd. De vervreemding kan evenwel tegen de beslaglegger niet worden ‘ingeroepen’.”*³⁵²

Daarmee wordt echter niet een nadere uitleg gegeven aan het karakter van het blokkeringsrecht, maar worden de bewoordingen van de wet slechts herhaald, en blijft dus ruimte bestaan voor alle vier genoemde constructies.³⁵³ Veelzeggend in dit kader is het feit dat de wetgever “ingeroepen” tussen dubbele aanhalingstekens plaatst.

Ook het arrest Ede/Ontvanger³⁵⁴ lijkt ruimte te laten voor alle vier genoemde constructies. In de casus die heeft geleid tot dit arrest was tot tweemaal toe derdenbeslag gelegd onder de gemeente Ede op een vordering die de beslagene op de

350 Vgl. in dit verband Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (afscheidsrede EUR)*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

351 Zie het citaat in par. 4.3.1.

352 Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 119.

353 Broekveldt meent mijns inziens ten onrechte dat de wetgever blijkens deze passage bepaald niet lijkt uit te gaan van enigerlei vorm van beschikkingsonbevoegdheid van de beslagene (Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 258). Óók als uitgegaan wordt van (relatieve) beschikkingsonbevoegdheid, is de eigenaar tot vervreemding bevoegd, echter niet ten opzichte van de beslaglegger. Daarover stelt de wetgever dat deze vervreemding niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen; dit kan zowel betekenen dat de wetgever de zaaksgevolgconstructie of de nietigheidsconstructie toepast, als dat hij de beschikkingsonbevoegdheidsconstructie of de niet-inroepbaarheidsconstructie toepast.

354 HR 10 april 1953, NJ 1953, 587 (Ede/Ontvanger).

gemeente had. Tussen het eerste en het tweede beslag werd de vordering gecedeerd aan een derde. De Hoge Raad overweegt, voor zover hier van belang, dat:

“in het algemeen een beslag de beschikkingsbevoegdheid van den rechthebbende slechts in zoverre aantast, dat een beschikking over het in beslag genomen goed geen werking heeft tegenover den arrestant (...)”

Het is lastig in de overweging van de Hoge Raad aanknopingspunten te vinden voor beantwoording van de vraag welke constructie door de Hoge Raad wordt toegepast. In feite kunnen allevier bovenbesproken constructies hier zijn toegepast.

Datzelfde geldt voor het arrest van de Hoge Raad van 25 oktober 1985.³⁵⁵ De Hoge Raad bezigt hier de letterlijke bewoordingen van het toenmalige artikel 505 lid 4 Rv. Als gezegd geven die bewoordingen geen uitsluitel ten aanzien van de juridische karakterisering van de blokkeringsregeling. Er was in deze zaak beslag gelegd op een onroerende zaak. Vervolgens werd door de beslagene een hypotheek gevestigd op de betreffende zaak, waarna voor de tweede maal beslag werd gelegd. Voor zover thans van belang oordeelt de Hoge Raad, dat aangenomen moet worden dat:

“dit opvolgend beslag slechts doel treft voor zover het goed op het tijdstip van dit laatste beslag nog eventueel in bezwaarde toestand tot het vermogen van de schuldenaar behoort. Dit brengt mee dat een na het eerste beslag, doch voor het opvolgende beslag op het goed gevestigde hypotheek jegens de opvolgende beslaglegger ingeroepen kan worden.”

Bij de bespreking van de literatuur zal ik abstraheren van de definitie die schrijvers zélf aan de door hen voorgestane constructie hebben gegeven. Zoals zal blijken, is mijns inziens in een aantal gevallen slechts sprake van een semantische discussie en blijken schrijvers het inhoudelijk (wél) met elkaar eens te zijn.

4.3.2.2 *Relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie*

In de parlementaire geschiedenis zijn geen aanknopingspunten te vinden voor een keuze voor de relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie.³⁵⁶

In de rechtspraak van de Hoge Raad is één uitspraak te vinden waarin de Hoge Raad mogelijk de relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie heeft toege-

³⁵⁵ HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18 (Ontvanger/AMRO).

³⁵⁶ Dit is voor Van der Kwaak en Harreman (één van de) reden(en) deze constructie af te wijzen (Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 172 en Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 81). Dat gaat mij wat ver; zoals reeds is gebleken lijkt de wetgever niet te hebben stilgestaan bij het karakter van de blokkeringsregeling.

past. In het arrest Koot/Takken q.q.³⁵⁷ ging het om een beslag op roerende zaken, welk beslag was gevolgd door een vervreemding en vervolgens een faillissement van de beslagene. De curator stelde zich op het standpunt dat de betreffende zaken nu onder het faillissementsbeslag vallen. De Hoge Raad oordeelt dat de vervreemding

“ten aanzien van de beslaglegger geacht moet worden geen rechtsgevolg te hebben en evenmin bij een later faillissement van den schuldenaar ten aanzien van den curator, waar ingevolge artikel 33 Fw. het afzonderlijk beslag in het algemeen faillissementsbeslag wordt opgelost.”

De Hoge Raad gaat in dit arrest derhalve ervan uit dat de roerende zaken ten opzichte van de beslaglegger niet in eigendom zijn overgedragen. Op welke constructie de Hoge Raad dit baseert is niet geheel duidelijk. De zaaksgevolgconstructie kan het niet zijn, nu daarbij immers de eigendom wel degelijk ook ten opzichte van de beslaglegger overgaat. Daarmee blijft over de nietigheidsconstructie, de beschikkingsonbevoegdheidsconstructie en de niet-inroepbaarheidsconstructie. Nu de Hoge Raad overweegt dat de beslagene door het beslag in zijn vrije beschikking over het goed wordt beperkt, lijkt het meest voor de hand te liggen dat de Hoge Raad hier aansluiting kiest bij de relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie. Opmerking verdient wel, dat de Hoge Raad zijn oordeel baseert op het feit dat onder het oude recht bij een beslag op roerende zaken steeds een bewaarder moest worden aangesteld, en dat de beslagene daardoor in de vrije beschikking over het goed is beperkt. De taak van de bewaarder was immers voor het behoud van de goederen te zorgen (artikel 1776 (oud) BW).

In de literatuur wordt door een aantal schrijvers – meer of minder expliciet – gekozen voor de relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie. Zo stelt Suijling over het karakter van de blokkeringsregeling:

“Als de debiteur zijn eenmaal gearresteerd goed vervreemdt of bezwaart of als hij nog schulden aangaat, ontbeert die handeling t.o.v. den beslaglegenden crediteur of de faillissementscrediteuren verbindende kracht: zijginguitvaneenbeschikkingsonbevoegde. Beslagen goederen kunnen dus ondanks de beschikkingen, door den schuldenaar daarover ná de beslaglegging of ná de faillietverklaring getroffen, nog altijd als diens onbezwaard eigendom door den executant of den curator verkocht worden.”³⁵⁸

357 HR 8 december 1922, NJ 1923, 152 (Koot/Takken q.q.).

358 Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk recht, 5e stuk, Zakenrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1940, p. 423.

Ook Mijnsen gaat uit van de relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie – zij het dat ook mogelijk is dat hij de relatieve nietigheidsconstructie of de constructie van niet-inroepbaarheid van toepassing acht:

“Beslag heeft tot gevolg dat de beschikkingsbevoegdheid van de beslaglegger wordt beperkt. Beschikkingshandelingen van de beslagene zijn jegens de beslaglegger ongeldig.”³⁵⁹

Snijders gaat van deze zelfde constructie uit (waarbij hij overigens de relativering als gevolg van de blokkerende werking van het beslag (mijns inziens ten onrechte) ook bij vervreemding doortrekt naar de curator (zie hierover nader par. 4.5.6)):

“(...) de beslagene [valt] ten opzichte van de beslaglegger niet als beschikkingsbevoegd aan te merken. De beslaglegger kan daarom (behoudens derdenbescherming) zijn rechten jegens beslagene verwezenlijken alsof de derde geen rechthebbende is geworden. Dit laatste lijkt ook van belang in het geval dat de beslagene vervreemdt of bezwaart en vervolgens in staat van faillissement geraakt. (...) Gaat beslagene failliet, dan neemt de curator de rechtspositie van beslaglegger in en kan hij dus in zoverre een vervreemding na beslag negeren en zich ten behoeve van gezamenlijke crediteuren op het goed verhalen, alsof het niet inmiddels aan een derde toebehoort.”³⁶⁰

Van Oven betoogt (in het kader van de blokkeringsregel bij derdenbeslag):

“De beslagdebiteur is niet geheel en al onbevoegd om de beslagen vordering te vervreemden, te bezwaren of daar afstand van te doen, doch tegen de beslaglegger kunnen die handelingen niet worden ingeroepen. (...) De relativiteit van de blokkerende werking impliceert dat het derdenbeslag niet op de voet van art. 33 lid 2 Fw vervalt, indien (resp. voor zover) de beslagen vordering is gecedeerd of voldaan tussen het tijdstip van beslaglegging en de faillietverklaring van de beslagdebiteur. Aan de curator kan die cessie of voldoening immers wél worden tegengeworpen, zodat het beslag niet rust op een tot de boedel behorend vermogensbestanddeel.”³⁶¹

Van Oven kiest duidelijk niet voor de zaaksgevolgconstructie, nu hij er van uitgaat dat na een vervreemding de vordering ten opzichte van de beslaglegger niet, maar ten opzichte van alle anderen (waaronder de curator van de gefailleerde) wél is over-

359 Mijnsen, *Algemene aspecten van beslagrecht*, Preadvies KNB, Deventer: Kluwer 1983, p. 9.

360 Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (afscheidsrede EUR)*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 11+12.

361 Van Oven, ‘Verhaal door middel van derdenbeslag’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en Beslag*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 210. Vgl. ook Van Oven, ‘Verhaal op goederen die geen registergoederen zijn onder de schuldenaar’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en beslag*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 163 en Fikkers, ‘Verhaal op onroerende zaken’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en Beslag*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 372.

gegaan. Van Oven lijkt uit te gaan van de beschikkingsonbevoegdheidsconstructie, mede gezien zijn eigen verwijzing naar deze constructie in voetnoot 1 op p. 210.

Ook Nieskens-Isphording ten slotte³⁶² gaat uit van de beschikkingsonbevoegdheidsconstructie:

“Voor [de verkrijger] betekent dit, dat aan hem weliswaar is geleverd krachtens een geldige titel, maar dat dit is gebeurd dooreen eigenaar die beschikkingsonbevoegd was ten opzichte van eenieder met uitzondering van [de beslaglegger]. [De verkrijger] is dientengevolge geen eigenaar geworden ten opzichte van [de beslaglegger]; [de vervreemder] was niet in staat de zaak ten nadele van de koper-beslaglegger te vervreemden.”³⁶³

Mijn belangrijkste bezwaar tegen deze constructie is, dat het alleen een oplossing biedt voor een vervreemding of bezwaring in weerwil van het beslag, maar niet voor (bijvoorbeeld) een verhuring, terwijl óók een latere verhuring wordt geblokkeerd door het beslag. Bovendien impliceert de constructie dat beslag een goederenrechtelijk recht is, hetgeen in strijd is met ons gesloten stelsel.³⁶⁴

4.3.2.3 *Relatieve nietigheidsconstructie*

De relatieve nietigheidsconstructie kent als gezegd twee vormen:

1. de titel (in de zin van artikel 3:84 BW) is nietig ten opzichte van de beslaglegger;³⁶⁵
2. de overdracht als zodanig is nietig ten opzichte van de beslaglegger.

362 Hemmen bepleit een tussenweg: voorwaardelijke beschikkingsonbevoegdheid gedurende de conservatoire fase en absolute beschikkingsonbevoegdheid gedurende de executoriale fase. Hiermee wil Hemmen tegemoet komen aan bezwaren tegen relativering van eigendom (Hemmen, ‘Beslag en rechtsgevolg’, in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsonbevoegdheid*. (B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen en T.H.D. Struycken), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 34+35). Deze bezwaren lost zij hiermee echter niet op, tenzij wij die beschikkingsonbevoegdheid zo moeten begrijpen, dat dit ten opzichte van een ieder het geval is. Dat nu gaat weer verder dan nodig is met het oog op de belangen van A, vgl. par. 5.3.2.

363 Nieskens-Isphording, ‘Recente rechtspraak: HR 11 februari 1994, RvdW 50’, *WPNR* 6160 (1994), p. 846.

364 Zie ook Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 81.

365 Stein stelt dat in navolging van de pauliana niet de titel maar de levering door de vernietiging wordt getroffen. Hij verwijst daarbij naar een passage uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3:45 BW en leidt daaruit af dat de vernietiging bij de pauliana niet de overeenkomst treft, doch slechts de uitvoeringshandeling (de levering) (Stein, *Goed beslagen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 75). De door Stein geciteerde passage heeft evenwel betrekking op de rechtsverhouding tussen B en C. Zoals in hoofdstuk 3 is besproken, is de overeenkomst B-C (weliswaar ten opzichte van A vernietigd maar) – als gevolg van de relatieve werking van de vernietiging – inderdaad tussen B en C onderling geldig. Daaruit kan natuurlijk niet worden afgeleid dat de vernietiging bij de pauliana niet de overeenkomst treft. Dat deze vernietiging wel degelijk (juist) die overeenkomst treft is overtuigend betoogd door Hijma (Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 229).

Gezegd zou kunnen worden dat de wetgever gekozen heeft voor de (eerste vorm van de) relatieve nietigheidsconstructie. Vanaf 1896 is de blokkeringsregeling aldus geformuleerd, dat bepaalde handelingen niet tegen de beslaglegger kunnen worden “ingeroepen”. In 1896 stond in de wet dat

“overeenkomsten, in strijd met dat verbod aangegaan, tegen den inbeslagnemer niet [kunnen] worden ingeroepen.” [cursivering FD]

Weliswaar gold deze blokkeringsregeling alleen voor het beslag op onroerende zaken, maar zoals hiervóór is besproken, is deze regeling de basis geweest voor het beslag op andere goederen, zodat gezegd zou kunnen worden dat hetgeen hier is opgemerkt ook van toepassing is op (onder meer) het beslag op roerende zaken.

Toch is de vraag of uit genoemde passage kan worden afgeleid dat de wetgever daadwerkelijk heeft willen kiezen voor de relatieve nietigheidsconstructie. Hiervóór (par. 4.3.1) is reeds opgemerkt dat de wetgever zich nu eenmaal niet veel rekenschap heeft gegeven van de problemen die de gekozen bewoordingen van de blokkeringsregeling hebben opgeworpen. Ik herhaal in dit verband het citaat uit de toelichting van Hartogh en Cosman:

“Het beginsel, waarvan de wet uitgaat, is dus dat zij aan het executoriaal beslag het karakter toekent van een zakelijke last, welke op het goed drukt (1). Wordt dit vervreemd, dan zal dienovereenkomstig de executant, alhoewel de tegenwoordige eigenaar zijn schuldenaar niet is, zijne vordering er op kunnen verhalen, evenals de hypothecaire schuldeischer dit doet tegen derde bezitters (2) (...) De gesloten overeenkomsten zullen immers naar de bewoordingen der wet niet tegen den beslaglegger kunnen worden ingeroepen, hetgeen ze kenschetst als tegenover dezen, voor zooverre zij op diens rechten inbreuk maken, niet bestaande (3).”³⁶⁶ [toevoeging cijfers FD]

De passages die zijn aangeduid met cijfers (1) en (2) kunnen duiden op een keuze van de wetgever voor de zaaksgevolgconstructie, zoals deze ruim een eeuw later ook wordt verdedigd door Heyman en Bartels.³⁶⁷ De passage die is aangeduid met het cijfer (3) duidt echter op een keuze voor de nietigheidsconstructie. In de tekst van de oude wet is ook een aanknopingspunt te vinden voor deze constructie, nu daarin is bepaald dat zekere *overeenkomsten* niet tegen de inbeslagnemer kunnen worden ingeroepen. Al met al kan niet met zekerheid gezegd worden

³⁶⁶ De wet van 7 juli 1896 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, toegelicht door Hartogh en Cosman, p. 159.

³⁶⁷ Bartels-Heyman, ‘Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed’, *WPNR* 6306 en 6307 (1998).

dat de wetgever het oog had op met name één van de vier constructies, zoals de nietigheidsconstructie.

In het arrest De Boer/Haskerveenpolder³⁶⁸ had de Hoge Raad te beslissen over het oordeel van het Hof dat artikel 505 lid 4 (oud) Rv uitging van een absolute nietigheid. Hieromtrent oordeelt de Hoge Raad:

“(...) dat het dan ook duidelijk is, dat de wetgever in den slotzin niet anders dan een herhaling heeft gegeven van de in artikel [3:45 BW] aan schuldeischers algemeen gegeven bevoegdheid (...); dat hieruit volgt, dat alleen de schuldeischers, wier belangen zijn verkort door het aangaan van overeenkomsten betreffende aan den eigenaar toekomende huurvorderingen, de nietigheid daarvan kunnen invoeren.”

De Hoge Raad lijkt hier dus aansluiting te zoeken bij de (eerste vorm van de) relatieve nietigheidsconstructie. Dat is ook wel begrijpelijk. Als gezegd kon immers uit de destijds toepasselijke regeling (in artikel 505 lid 4 Rv (oud)) worden afgeleid dat de wetgever had gekozen voor toepasselijkheid van die constructie.³⁶⁹

In een casus die heeft geleid tot het vonnis van de Rechtbank Almelo van 1 maart 2000 en 1 november 2000³⁷⁰ was door de Ontvanger beslag gelegd op inventaris. De beslagene had de inventaris overgedragen aan een derde, waarna die derde failliet was gegaan. De Rechtbank oordeelt dat de beslagene door de beslaglegging:

“niet, ook niet ten dele, beschikkingsonbevoegd is geworden.”

De Rechtbank was van oordeel dat de eigendomsoverdracht rechtsgeldig was geschied, maar dat:

“de beslagen, ondanks die eigendomsoverdracht, op de beslagen bedrijfsinventaris [zijn] blijven rusten.”

Gevolg van deze redenering was naar het oordeel van de Rechtbank, dat het beslag van de Ontvanger als gevolg van het faillissement van de derde krachtens artikel 33 lid 2 Fw was vervallen. Loesberg bekritiseert dit oordeel in een noot onder het vonnis:

³⁶⁸ HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder).

³⁶⁹ Vgl. in dit verband ook de conclusie van A.-G. Berger vóór het arrest: “dat [in artikel 505 lid 4 (oud) Rv] geen rechten of bevoegdheden worden gegeven aan den schuldeischer, doch eenvoudigweg aan in strijd met die bepaling gemaakte overeenkomsten rechtsgevolg en rechtskracht wordt ontzegd.”

³⁷⁰ Rechtbank Almelo 1 maart 2000 en 1 november 2000, JOR 2001, 14 (Ontvanger/Breuning q.q.).

“Terecht stelt de rechtbank dat beslag niet tot beschikkingsonbevoegdheid leidt. (...) De leer van de “relatieve nietigheid” doet mijns inziens het meest recht aan het karakter van het beslag en zou moeten worden gevolgd. Deze leer houdt in dat de verkrijger van het beslagen goed daarvan in beginsel eigenaar wordt. Jegens de beslaglegger is de beslagene echter eigenaar gebleven. Hij kan zich voor zijn vordering op de beslagene op het goed verhalen zonder dat hij de executieopbrengst met de schuldeisers van de verkrijger behoeft te delen, terwijl het faillissement van de verkrijger het beslag niet raakt. (...) Wat rechtens is in het geval dat de vervreemder failliet gaat voordat de beslaglegger zich op het beslagen goed heeft verhaald, is niet duidelijk. Ik zou willen verdedigen dat de beslaglegger zich in dat geval niet langer op het beslagen goed kan verhalen. Als gevolg van het faillissement van de beslagene, dat op de relatieve eigendom rust, vervalt het beslag en kan de beslaglegger zich daarop niet beroepen. Dat betekent niet dat alle rechtsgevolgen van het beslag zijn vervallen. In plaats van de beslaglegger kan de curator van de beslagene zich op het beslag beroepen tot het bedrag van de vordering van de beslaglegger.”

Of Loesberg hier de beschikkingsonbevoegdheidsconstructie danwel de (eerste of tweede vorm van de) nietigheidsconstructie toepast is niet helemaal duidelijk. Loesberg stelt immers slechts dat ten aanzien van de beslaglegger geen eigendomsoverdracht tot stand komt, maar of dat een gevolg is van het (ten aanzien van de beslaglegger) ontbreken van een geldige titel, van een volledige nietigheid van de overdracht of van beschikkingsonbevoegdheid is niet duidelijk. Gezien de opmerking dat “de rechtbank terecht stelt dat beslag niet tot beschikkingsonbevoegdheid leidt” en dat “de leer van de relatieve nietigheid moet worden gevolgd”, ga ik er van uit dat Loesberg de nietigheidsconstructie toepast.

Van Mierlo stelt dat een latere vervreemding

“relatief nietig [is], dat wil zeggen nietig tegenover de beslaglegger.”³⁷¹

Het gevolg hiervan is, aldus Van Mierlo, dat na een vervreemding de beslagene voor de beslaglegger nog altijd als rechthebbende geldt. Van Mierlo lijkt dus te kiezen voor de (tweede vorm van de) nietigheidsconstructie.

Ook Harreman kiest voor de nietigheidsconstructie. Hij baseert deze keuze ten eerste op de (hierboven besproken) toelichting van de wetgever, waar wordt gesproken over (relatieve) nietigheid, en nergens over zaaksgevolg of inperking

³⁷¹ Van Mierlo, ‘De Jong/Carnifour’, AA 2002 (51), p. 280. Zie ook Van Mierlo, ‘Reuser q.q./Postbank’, AA 2006 (4), p. 367; Van Mierlo, ‘Vernieuw(en)d beslagrecht’, in: *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk recht*. (S.C.J.J. Kortmann), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 561 en A.I.M. Van Mierlo, Burgerlijke rechtsvordering (Losbl.), Inleiding executie- en beslagrecht, aant. 8.

van de beschikkingsbevoegdheid. Ten tweede wordt volgens Harreman alleen met deze constructie rekening gehouden met alle in de blokkeringsregeling genoemde rechtshandelingen, terwijl deze opvatting ten derde niet leidt tot strijd met artikel 3:276 BW.³⁷²

Tegen de twee genoemde vormen van relatieve nietigheid heb ik bezwaar. De eerste vorm, waarbij uitgegaan wordt van een ten opzichte van de beslaglegger nietige titel, heeft als groot (praktisch) bezwaar dat in het geval een (obligatoire) koopovereenkomst wordt gevolgd door een beslag, de vervreemding niet wordt geblokkeerd. Hier is de titel van de overdracht immers reeds vóór het beslag tot stand gekomen, zodat deze niet als gevolg van het latere beslag nietig is ten opzichte van de beslaglegger. Dit is uiteraard niet de bedoeling, terwijl daarmee het leveringsbeslag in feite de das wordt omgedaan. Ook tegen de tweede vorm heb ik bezwaar, en dit betreft een bezwaar van dogmatische aard. Bij deze tweede vorm wordt de gehele overdracht nietig geacht ten opzichte van de beslaglegger. Er wordt in deze constructie (kennelijk) uitgegaan van een geldige titel en levering, alsmede van beschikkingsonbevoegdheid, maar het samenstel van deze drie, oftewel het gevolg daarvan (de eigendomsoverdracht als zodanig) wordt nietig geacht ten opzichte van de beslaglegger. Maar hoe kan een rechtsgevolg met nietigheid worden bedreigd? Hijma zegt daarover terecht:

“Waar slechts een rechtshandeling ‘geldig’ kan zijn, zal ook slechts een rechtshandeling voor de kwalificatie ‘nietig’ c.q. de meer toegespitste kwalificatie ‘relatief nietig’, in aanmerking kunnen komen. Scheert men levering en overdracht over één kam, dan vertroebelt men het beeld in niet geringe mate: benamingen die tot de wereld der rechtshandelingen behoren worden aldus tevens aan een rechtsgevolg toebedeeld.”³⁷³

372 Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 84-87. Opgemerkt zij dat Harreman in dit kader verwijst naar de opvatting van Van der Kwaak. Zoals nog zal worden besproken is een belangrijk verschil tussen de opvatting van Harreman en Van der Kwaak evenwel dat in geval van een vervreemding in weerwil van het beslag de zaak volgens Harreman ten opzichte van de beslaglegger nog tot het vermogen van de beslagene behoort, terwijl Van der Kwaak van mening is dat de zaak óók ten opzichte van de beslaglegger tot het vermogen van de verkrijger behoort. Reden voor mij Harreman wel te noemen bij de relatieve nietigheidsconstructie en Van der Kwaak niet.

373 Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 221.

4.3.2.4 *Zaaksgevolgconstructie*

Hierboven is reeds opgemerkt, dat in de toelichting van Hartogh en Cosman aanwijzingen te vinden zijn voor de zaaksgevolgconstructie. Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad is in een tweetal gevallen³⁷⁴ de zaaksgevolgconstructie toegepast.

In de casus die heeft geleid tot een arrest van de Hoge Raad uit 1944³⁷⁵ was beslag gelegd op een onroerende zaak, waarna de zaak werd geleverd aan een derde (de Bank in het hierna volgende citaat). De koopovereenkomst was al gesloten vóór het beslag. Vervolgens is de beslagene gefailleerd. In cassatie ging het om de vraag of de onroerende zaak al dan niet tot de failliete boedel behoorde. De Hoge Raad oordeelt:

“dat de bepaling van art. 505 Rv niet meebrengt dat de Bank door de overschrijving van de vroeger opgemaakte koopakte, na den dag der overschrijving van het proces-verbaal der inbeslagneming, geen eigenaar kon zijn geworden van het beslagen goed tegenover den beslaglegger, doch deze bepaling slechts de rechten van den beslaglegger uit het beslag ondanks den eigendomsovergang handhaaft, aldus, dat voor den beslaglegger op het goed ook in handen van den nieuwen verkrijger verhaal mogelijk blijft voor de vordering tot zekerheid waarvan het beslag is gelegd.”

Duidelijk zal zijn, dat de Hoge Raad hier niet (de eerste vorm van) de relatieve nietigheidsconstructie toepast. Toepassing van die constructie zou hier voor de beslaglegger immers hebben betekend, dat hij zijn beslag niet kon vervolgen, nu de koopovereenkomst – welke in deze constructie met nietigheid bedreigd wordt – reeds was gesloten vóór het beslag. Duidelijk is ook, dat de Hoge Raad hier niet kiest voor de relatieve beschikkingsonbevoegdheidsconstructie, en evenmin voor de tweede vorm van de relatieve nietigheidsconstructie. Hij overweegt immers dat de verkrijger (kennelijk) óók ten opzichte van de beslaglegger eigenaar wordt van de zaak.

374 Bartels en Heijman noemen ook HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651 (Van Kooten/Wilmink) (zie Bartels-Heyman, ‘Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed’, *WPNR* 6306 en 6307 (1998)). Uit dit arrest volgt mijns inziens niet dat de Hoge Raad de zaaksgevolgconstructie toepast. Zijn oordeel laat immers open – zoals schrijvers overigens erkennen – dat Van Kooten niet zélf moet overdragen, maar dat hij de overdracht tot stand zal moeten brengen vóór Van Roekel. Uit het arrest moet mijns inziens worden afgeleid dat de Hoge Raad van oordeel is dat ten opzichte van Wilmink, Van Roekel nog steeds eigenaar is van de zaak. Vgl. ook Nieskens-Isphoring, ‘Recente rechtspraak: HR 11 februari 1994, RvdW 50’, *WPNR* 6160 (1994).

375 HR 21 juli 1944, NJ 1944/45, 576 (Coöp. Landbouwersbank/Ringel c.s.).

Er zijn in de overwegingen van de Hoge Raad wel duidelijke aanknopingspunten te vinden voor de zaaksgevolgconstructie. Het oordeel van de Hoge Raad komt er immers op neer, dat het beslag als het ware op de zaak is blijven rusten, ondanks de eigendomsovergang. Houwing merkt naar aanleiding van dit arrest dan ook op dat, zou de beslagene failleren, de zaak niet tot zijn boedel behoort en het beslag niet door het faillissement vervalt, zodat de beslaglegger het beslag buiten het faillissement kan vervolgen en de andere crediteuren (van de beslagene) in de opbrengst niet meedelen – tenzij zij vóór de vervreemding beslag zouden hebben gelegd.³⁷⁶

In Van Berkel/Tribosa³⁷⁷ overweegt de Hoge Raad ten aanzien van de blokkeringsregel (bij derdenbeslag) dat deze meebrengt dat:

“het beslag ook na de vervreemding van de door het beslag getroffen vordering op deze vordering blijft rusten en dat de geëxecuteerde de beslagen vordering niet van het beslag kan bevrijden door haar te vervreemden.”

In deze overweging is de zaaksgevolgconstructie terug te vinden. Er is, zo moet mijns inziens uit de overweging worden afgeleid, wel sprake van overdracht, ook ten opzichte van de beslaglegger, maar ondanks deze overdracht is het beslag op de vordering blijven rusten.

Belangrijkste pleitbezorgers van de zaaksgevolgconstructie in de literatuur zijn Heyman en Bartels en – tegen wil en dank³⁷⁸ – Van der Kwaak.

Al eerder ging ook Tieleman uit van toepasselijkheid van de zaaksgevolgconstructie:

“Het recht van den inbeslagnemer bestaat volgens ons in de bevoegdheid om het in beslag genomen onroerend goed, in den toestand waarin het zich op het tijdstip der inbeslagneming bevindt, op de door de wet voorgeschreven wijze te verkoopen en uit

376 Zie de noot van Houwing onder HR 10 april 1953, NJ 1953, 587 (Ede/Ontvanger).

377 HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 (Van Berkel/Tribosa).

378 Van der Kwaak uit immers grote bezwaren tegen deze constructie (Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 170 e.v.). Zijn voornaamste bezwaar is de miskenning van de procesrechtelijke status van het beslag, waarbij “de benadering van die rechtsfiguur als gevolg daarvan gevangen blijft binnen het denkkader van het burgerlijk recht” (p. 173). Waarom Van der Kwaak dan niet kiest voor een geheel “eigen” gevolg van de blokkeringsregel, maar daarentegen voor een nietigheidsconstructie in oneigenlijke zin (zie nog hierna) – daarmee kiest immers ook Van der Kwaak voor een begrip uit het burgerlijk recht – is mij niet duidelijk.

de opbrengst de schuldvordering ter zake waarvan het beslag gelegd is, met de kosten van het beslag te voldoen. Men zou het recht van den inbeslagnemer een zakelijk verhaalsrecht kunnen noemen. (...) Mag men nu zeggen dat door de overschrijving de eigendom van het onroerend goed wel in het algemeen op den koper is overgegaan, doch niet ten aanzien van den inbeslagnemer? Dat te zijnen aanzien de schuldenaar, die op het tijdstip der inbeslagname eigenaar van het in beslag genomen onroerend goed was, eigenaar daarvan is gebleven? (...) Afgezien daarvan dat een dergelijke constructie ons theoretisch onhoudbaar voorkomt, leidt zij ook tot praktische gevolgen, welke geen mensch als juist zal aanvaarden. (...) Een alleszins bevredigend antwoord vindt men indien men in het oog houdt dat het verhaalsrecht van den inbeslagnemer een zakelijk karakter heeft. Men ziet dan gemakkelijk in, dat door de overschrijving de eigendom van het in beslag genomen onroerend goed overgaat, doch bezwaard met het zakelijk verhaalsrecht van den inbeslagnemer.”³⁷⁹

Van der Kwaak zegt over het karakter van de blokkeringsregel het volgende:

“Het bijzondere beslag heeft tot gevolg dat rechtshandelingen van vermogensrechtelijke aard die na dat beslag door de debiteur- en/of de derde-beslagene worden verricht met betrekking tot het beslagene van rechtswege nietig zijn jegens de beslaglegger, indien en voor zover deze daardoor wordt benadeeld. Dat betekent, dat de betrokken beslaglegger die rechtshandeling mag negeren, niet dat de beslagene beschikkingsonbevoegd wordt, en evenmin dat hij relatief beschikkingsonbevoegd wordt (...). Daaruit volgt dat, hoewel de beslaglegger de daartoe strekkende rechtshandeling mag negeren, de overdracht van het goed ten opzichte van een ieder, ook ten opzichte van de beslaglegger, tot stand komt (...).”³⁸⁰

Ondanks zijn eigen verwijzing naar de nietigheidsconstructie plaats ik Van der Kwaak onder de aanhangers van de zaaksgevolgconstructie³⁸¹, nu Van der Kwaak wat de gevolgen van de volgens hem toepasselijke constructie betreft op hetzelfde uitkomt. Het etiket dat Van der Kwaak zélf op zijn theorie plakt is mijns inziens niet passend, althans bevredigt het rechtsgevoel niet: er is sprake van nietigheid

³⁷⁹ Tieleman, ‘Art. 24 F.w. en art. 505, lid 4 en 5 B.R.’ *WPNR* 3324 (1933), p. 391.

³⁸⁰ Van der Kwaak, ‘Banque de Suez/Mr. Bijkerk q.q.: de Hoge Raad heeft zich niet vergist en is evenmin omgegaan’, in: *CJHB: Brunner-Bundel*. (Hartlief), Deventer: Kluwer 1994, p. 239+240 en Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 169 e.v.

³⁸¹ Dit doen Heyman en Bartels overigens ook, zie Bartels-Heyman, ‘Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed’, *WPNR* 6306 en 6307 (1998).

ten opzichte van de beslaglegger, maar toch is sprake van eigendomsoverdracht, óók ten opzichte van de beslaglegger. Constructie en gevolg zijn aldus tegengesteld.³⁸²

Ook Oudelaar lijkt uit te gaan van toepasselijkheid van de zaaksgevolgconstructie:

“[De blokkeringsregeling] betekent derhalve dat een onroerend goed, ondanks een daarop gelegd beslag, van eigenaar kan verwisselen met als gevolg dat, indien degene ten laste van wie het beslag gelegd was vervolgens faillieert, het beslagen onroerend goed buiten het faillissementsbeslag valt, omdat het op de dag van de faillietverklaring geen eigendom meer is van de gefailleerde. De eerdere beslaglegger blijft echter gerechtigd zich op het door hem beslagen goed te verhalen, zonder de opbrengst te hoeven delen met de overige schuldeisers van de gefailleerde en zonder te hoeven bijdragen in de algemene faillissementskosten: hij heeft dus een buitenkansje.”³⁸³

Tot slot betogen Heyman en Bartels dat de zaaksgevolgconstructie moet worden gevolgd.³⁸⁴ Zij zijn van mening – kort gezegd – dat hiermee het meest recht wordt gedaan aan de bedoeling van de blokkeringsregel.

Mijn grootste bezwaar tegen de zaaksgevolgconstructie is van praktische aard. In deze constructie zal A immers moeten delen met schuldeisers van C. Naar mijn mening is er geen reden schuldeisers van C een sterker recht te geven dan C zelf (vgl. ook par. 5.3).³⁸⁵ Daar komt nog bij, dat bij toepassing van deze constructie de vraag is hoe “zakelijk” het beslagrecht is: kan A, in faillissement van C, nog steeds zijn beslag uitoefenen (net als voor beperkte rechten geldt), of vervalt dan zijn beslag?³⁸⁶ Dat alleen al maakt mijns inziens duidelijk dat het aannemen van zakelijke werking gecompliceerd is, nog afgezien van ons gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten.

³⁸² Vgl. ook Hemmen, ‘Beslag en rechtsgevolg’, in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*. (B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen en T.H.D. Struycken), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 31.

³⁸³ Oudelaar, ‘Gelegde beslagen vervallen, of niet?’ *WPNR* 5887 (1988), p. 533.

³⁸⁴ Bartels-Heyman, ‘Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed’, *WPNR* 6306 en 6307 (1998).

³⁸⁵ Bartels en Heyman zien dit juist als een belangrijk voordeel van de zaaksgevolgconstructie (zie Bartels-Heyman, ‘Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed’, *WPNR* 6306 en 6307 (1998)).

³⁸⁶ Vgl. Hemmen, ‘Beslag en rechtsgevolg’, in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*. (B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen en T.H.D. Struycken), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 33.

4.3.2.5 Constructie van niet-inroepbaarheid

Broekveldt meent dat sprake is van een pauliana-achtige figuur ‘sui generis’³⁸⁷:

“Het is misschien maar het beste – zij het dogmatisch niet erg bevredigend – het juridisch karakter van de blokkeringsregel bij beslag te kenschetsen als een rechtsfiguur ‘sui generis’. De regel vloeit ook naar het oordeel van de wetgever immers voort ‘uit de aard van het beslag.’ Met name zou de neiging verder moeten worden weerstaan te trachten deze beslagrechtelijke figuur te willen plaatsen binnen het keurslijf van bestaande juridische kaders en vertrouwde rechtsbegrippen als ‘beschikkingsonbevoegdheid’ of ‘nietigheid’, al dan niet met de toevoeging ‘relatief’ of ‘voorwaardelijk’. Het is vruchtbaarder om, uitgaande van de algemeen erkende aan de blokkeringsregel verbonden rechtsgevolgen, te aanvaarden dat het een zelfstandige rechtsfiguur is, die – als verhaalscorrectief – de meeste verwantschap vertoont met de Pauliana.”³⁸⁸

Met Broekveldt ben ik van mening dat de blokkeringsregeling moet worden gezien als een constructie ‘sui generis’.³⁸⁹ De constructie kan om de hiervóór besproken redenen niet worden ingepast in ons bekende constructies uit het vermogensrecht.

Dan is wél de vraag hoe deze constructie van niet-inroepbaarheid moet worden ingevuld. De verwijzing naar de pauliana is in dat verband niet constructief. Weliswaar vertoont de blokkeringsregeling verwantschap met de pauliana, maar de

³⁸⁷ Ook Van der Kwaak en Harreman zijn deze mening toegedaan, maar komen dan toch met een (weliswaar, althans wat Van der Kwaak betreft, eigen variant op een) constructie uit het vermogensrecht, namelijk de nietigheidsconstructie (althans de zaaksgevolgconstructie). Zie hieromtrent expliciet Van der Kwaak, ‘Banque de Suez/Mr. Bijkerk q.q.: de Hoge Raad heeft zich niet vergist en is evenmin omgegaan’, in: *CJHB: Brunner-Bundel*. (Hartlief), Deventer: Kluwer 1994, p. 242: “Kennelijk ziet Snijders namelijk over het hoofd dat van strijdigheid met begrippen uit het burgerlijk recht geenszins sprake is als het rechtsgevolg van het beslag als een relatieve nietigheid van rechtshandelingen wordt gedefinieerd, omdat dat begrip bij uitstek ook in ons burgerlijk recht dienst doet.” Zoals hierboven is besproken is deze constructie naar mijn mening ongeschikt, nu het een nietigheid verbindt aan een rechtsgevolg.

³⁸⁸ Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 258+259.

³⁸⁹ Ik sluit niet uit dat aanhangers van wat ik heb aangeduid als de nietigheidsconstructie in feite ook een constructie ‘sui generis’ voorstaan. Als gezegd is de term ‘relatieve nietigheid’ in dit verband naar mijn mening ongewenst, nu hier een nietigheid wordt verbonden aan een rechtsgevolg. Aanwijzingen voor deze constructie zijn overigens ook te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad. In het arrest HR 8 december 1922, NJ 1923, 152 (Koot/Takken q.q.) overweegt de Hoge Raad immers dat de vervreemding ten aanzien van de beslaglegger “geacht moet worden geen rechtsgevolg te hebben”, terwijl in het arrest HR 10 april 1953, NJ 1953, 587 (Ede/Ontvanger) wordt geoordeeld dat een beschikking over het in beslag genomen goed “geen werking heeft tegenover de arrestant”. Dat de Hoge Raad voor deze constructie kiest lijkt expliciet te volgen uit het arrest HR 5 september 2008, nr. Co7/038 (Forward/Lafranca c.s.), waarover nog hierna.

pauliana met haar vernietigingskarakter kan nu juist wél worden ingepast in het vermogensrecht.

Naar mijn mening geeft de wettelijke regeling bij beslag in feite precies aan hoe de “niet-inroepbaarheid” moet worden gezien: een vervreemding, bezwaring, onderbewindstelling of verhuring van de zaak komt ondanks het beslag wel tot stand, maar kan eenvoudigweg niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Dat betekent – bij een vervreemding in weerwil van het beslag – dat ten opzichte van de beslaglegger geen sprake is van eigendomsovergang – maar wél ten opzichte van ieder ander. Dat betekent ook – bij een bezwaring of verhuring in weerwil van het beslag – dat ten opzichte van de beslaglegger de zaak niet is bezwaard of verhuurd. Hiervan gaat de Hoge Raad in het arrest *Forward/Lafranca*³⁹⁰ ook uit:

“Een [conservatoir verhaalsbeslag op een onroerende zaak] leidt niet tot beschikkings-onbevoegdheid van degene ten laste van wie het beslag is gelegd, en staat dus ook niet in de weg aan overdracht van het beslagen goed aan een derde, maar brengt wél mee dat een vervreemding of bezwaring, tot stand gekomen na het beslag, ingevolge art. 505 lid 2 Rv. niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen.”

Van der Kwaak voert als nadeel van deze constructie (bij derdenbeslag) – die hij (in navolging van Hijma³⁹¹) aanduidt als niet-tegenstelbaarheid – aan:

“Een belangrijk gevolg van een na beroep of van rechtswege ingetreden nietigheid is het ontstaan van een verplichting tot teruggave van de krachtens de nietige rechtshandeling ontvangen prestatie. Nergens blijkt dat Hijma een dergelijk gevolg ook verbindt aan de niet-tegenstelbaarheid van een rechtshandeling aan een derde. (...) De afwezigheid van een dergelijk gevolg kan onder omstandigheden echter tot praktische problemen leiden. (...) [Als niettegenstaande een gelegd derdenbeslag de derde-beslagene in opdracht van een debiteur betaalt aan een vierde, lijkt dit probleem] rechtstreeks te worden opgelost door de wet (art. 475h Rv jo. art. 6:33 BW): zowel indien men van niet-tegenstelbaarheid als wanneer men van relatieve nietigheid uitgaat is het resultaat op grond van die wetsbepalingen dat de beslaglegger de derde-beslagene kan dwingen ‘opnieuw’ te betalen, maar nu aan hem. De oplossing zal dikwijls voldoende zijn, vooral indien onder een bank derdenbeslag is gelegd. Die oplossing kent echter zijn beperkingen indien de derde-beslagene bijv. kort na de gewraakte rechtshandeling in financiële problemen raakt. Met niet-tegenstelbaarheid moet dan maar worden afgewacht, en worden gehoopt dat het niet tot een faillissement van de derde-beslagene komt. Gaat

³⁹⁰ HR 5 september 2008, nr. Co7/038 (*Forward/Lafranca c.s.*).

³⁹¹ Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 246 e.v.

men daarentegen van relatieve nietigheid uit dan is, mede gelet op de strekking van de betrokken wetsbepalingen, goed verdedigbaar dat tevens een verplichting ontstaat voor de vierde jegens de beslaglegger tot terugbetaling aan de derde-beslagene.”³⁹²

Het betoog van Van der Kwaak komt hierop neer, althans zo begrijp ik dat, dat bij een relatieve nietigheid gezegd kan worden dat de derde-beslagene (X) ten opzichte van de beslaglegger (A) een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling heeft jegens de vierde (C). Dit als gevolg van het feit dat de betaling aan C ten opzichte van A nietig is. Hiermee komt dus, althans zo lijkt het, een zelfde oplossing tot stand als bij de pauliana (zie par. 3.7.1).

Hierover zij het volgende opgemerkt. Allereerst valt op, dat Van der Kwaak kennelijk niet één systeem van nietigheid toepast. Hier wordt immers de “echte” nietigheid toegepast (de betaling is nietig ten opzichte van A, zodat ten opzichte van A onverschuldigd is betaald), terwijl hij elders uitgaat van een eigen invulling van de nietigheid, namelijk waar hij betoogt dat de relatieve nietigheid niet meebrengt dat C, aan wie B ondanks het beslag zijn zaak vervreemdt, ten opzichte van een ieder eigenaar wordt behalve jegens A.³⁹³ De “echte” nietigheid zou daar immers meebrengen dat de overdracht ten opzichte van A nietig is, zodat, ten opzichte van A, C inderdaad geen eigenaar zou zijn geworden. Ten tweede gaat Van der Kwaak mijns inziens te snel met het aannemen van een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling van X jegens C in hun verhouding tot A. Zoals bij de pauliana is besproken, is deze vordering er alleen als C ofwel wetenschap had van benadeling van A (en dus gezegd moet worden dat de rechtshandeling B-C paulianeus was ten opzichte van A), ofwel de vierde (X) niet te goeder trouw was in de zin van (thans: artikel 3:45 lid 5 BW, maar zoals in par. 3.6.2 betoogd, zou dit moeten zijn) de artikelen 3:86 en 3:88 BW (waarbij dus de aan de rechtshandeling C-X voorafgaande rechtshandeling B-C wordt vernietigd op grond van de actio pauliana). Ten aanzien van de “onwetende” C en X kan mijns inziens bij de pauliana geen vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling bestaan – afgezien dan van de situatie waar artikel 3:45 lid 3 BW op doelt. Die vordering kan mijns inziens ook bij beslag niet bestaan ten opzichte van een onwetende C of X. Dat dit gevolg niet optreedt lijkt dus alleszins gerechtvaardigd.

Hierbij komt, dat het door Van der Kwaak genoemde voordeel niet bestaat. Ook als wordt uitgegaan van niet-inroepbaarheid, kan een vordering van A op C

³⁹² Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 175+176.

³⁹³ Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990 p. 173.

worden aangenomen als C niet te goeder trouw was. In dat geval moet worden aangenomen dat C ten opzichte van A onrechtmatig heeft gehandeld en daarmee schadevergoeding is verschuldigd aan A.

4.3.2.6 *Dus: ten opzichte van de beslaglegger in beginsel geen eigendomsoverdracht...*

In geval van een vervreemding van de zaak door de beslagene (B) in weerwil van het beslag komt ten opzichte van een ieder met uitzondering van de beslaglegger (A) eigendomsoverdracht (aan C) tot stand. Zoals hierna zal worden besproken, lijdt dit uitzondering in het geval C een beroep kan doen op bescherming. In dat geval wordt C óók ten opzichte van A eigenaar van de zaak.

4.3.2.7 *... tenzij C een beroep kan doen op derdenbescherming*

De blokkeringsregeling bij beslag (op roerende zaken) kent een eigen regeling van derdenbescherming. Dat spreekt naar mijn mening voor zich, nu de “gewone” bepalingen van derdenbescherming – met uitzondering van (het zelden toepasselijke) artikel 3:36 BW – hier geen toepassing kunnen vinden. Er is immers geen sprake van beschikkingsonbevoegdheid in de zin van artikel 3:84 BW, óók niet ten opzichte van A. Uit de parlementaire geschiedenis van het artikel kan worden afgeleid, dat dit ook voor de wetgever een argument is voor een separaat beschermingsartikel.

In de parlementaire geschiedenis wordt naar aanleiding van de regeling van derdenbescherming bij beslag op roerende zaken opgemerkt:

“In de eerste plaats vormt dit lid een afwijking van wat anders uit artikel 3.4.2.3a Nieuw B.W.³⁹⁴ zou kunnen worden afgeleid. De derde te goeder trouw aan wie de zaak in weerwil van het beslag wordt overgedragen of die daarop een beperkt recht verkrijgt, wordt immers volledig beschermd en van een terugkooprecht in de trant van dat van artikel 3.4.2.3a leden 2 en 3 is geen sprake. De voormelde afwijking komt overeen met de overeenkomstige afwijking die voortvloeit uit [artikel 3:45 lid 5 BW] voor een geval dat met het onderhavige vergelijkbaar is, nu het ook daar gaat om een derde die wordt beschermd ten koste van de bevoegdheid van een schuldeiser zich op het goed te verhalen. Voorts verdient vermelding dat onder rechten van derden ook persoonlijke rechten begrepen kunnen zijn, met name het recht van de huurder.”³⁹⁵

Over de in deze passage bedoelde vermeende overeenkomst tussen pauliana en beslag maak ik een tweetal opmerkingen.

394 Zie voor de werking van het toen voorgestelde artikel 3.4.2.3a par. 3.6.2.3.

395 Parl. Gesch. Wijziging Rv p. 118.

Ten eerste: er is inderdaad een overeenkomst tussen het beslag en de pauliana, hieruit bestaande, dat bij beide een derde in beeld kan komen die bescherming verdient ten koste van de bevoegdheid van een schuldeiser zich op het goed te verhalen. Van belang is wel op te merken, dat de “derde” bij de pauliana een geheel andere is dan de “derde” bij het beslag. Bij de pauliana wordt de rechtshandeling B-C vernietigd door A. Of die vernietiging slaagt, is afhankelijk van de vraag of voldaan is aan de voorwaarden van de pauliana, waaronder (bij een rechtshandeling B-C anders dan om niet) de vraag of C wetenschap had van benadeling van A. De derde bij de pauliana is niet C, maar X, aan wie C bijvoorbeeld de zaak kan hebben overgedragen. X heeft verkregen van een beschikkingsonbevoegde C (zie par. 3.6.2.1) en het antwoord op de vraag of X beschermd wordt tegen die beschikkingsonbevoegdheid, wordt bepaald door (thans artikel 3:45 lid 5 BW, maar, zoals door mij is betoogd, is deze regeling overbodig vanwege) de artikelen 3:86 en 3:88 BW (zie nader par.3.6.2.1). Bij beslag is juist C de derde, die eventueel een beroep op bescherming kan doen.³⁹⁶

Een ander verschil tussen de beschermingsregeling bij beslag en die bij de actio pauliana is, dat artikel 453a Rv ook persoonlijk gerechtigden beschermt, terwijl de artikelen 3:86 en 3:88 BW dat niet doen (en artikel 3:45 lid 5 BW evenmin). Verwezen zij naar par. 3.6.2.4. Voor het beslag ligt dat anders. Artikel 453a lid 2 Rv beschermt namelijk óók persoonlijk gerechtigden tegen de negatieve gevolgen van de blokkerende werking van het beslag. Dat betekent echter niet, dat álle persoonlijk gerechtigden zouden worden beschermd. Artikel 453a lid 2 Rv neemt mijns inziens alleen die persoonlijk gerechtigden in bescherming, die de totstandkoming van hun persoonlijke recht zagen geblokkeerd door lid 1 van het artikel. Ik zie de leden 1 en 2 van het artikel als communicerende vaten: lid 2 geeft bescherming aan de derden te goeder trouw, die het ontstaan van hun rechten door lid 1 geblokkeerd zagen.

Zo is op grond van artikel 453a lid 1 Rv de verhuur van de zaak door de beslagene aan een derde geblokkeerd, maar de huurder kan eventueel wel een beroep doen op lid 2 – met als gevolg dat de beslaglegger, ondanks het feit dat het beslag de mogelijkheid tot verhuring van de zaak ten opzichte van hém heeft geblokkeerd, bij de executie van de zaak aan het huurrecht is gebonden. De beslagene mag ondanks het beslag de zaak bijvoorbeeld wél gewoon in bruikleen geven; de mogelijkheid tot het verlenen van andere persoonlijke rechten dan huur wordt

³⁹⁶ Opgemerkt zij nu reeds, dat artikel 453a lid 2 Rv ook bescherming biedt aan degene aan wie C (niet te goeder trouw) de zaak andermaal verkoopt (zie nader par. 4.6). Ook bij beslag kán het dus gaan om bescherming van de “derde”. Het verschil met de pauliana is, dat het bij toepassing van artikel 3:45 lid 5 BW steeds de vierde is die in bescherming wordt genomen, hetgeen bij beslag niet het geval is.

door artikel 453a lid 1 Rv niet geblokkeerd. Zoals hiervóór (par. 3.6.2.4) al aan de orde kwam, deert de verlening van een dergelijk persoonlijk recht de beslaglegger ook helemaal niet, nu de beslaglegger (bij executie) niet aan dat persoonlijke recht is gebonden. De betreffende persoonlijk gerechtigde kan geen beroep op de bescherming van artikel 453a lid 2 Rv doen. Een andere opvatting zou tot gevolg hebben, dat voortijdige beslaglegging (namelijk voorafgaand aan de verlening van een persoonlijk recht door de beslagene) de schuldeiser-beslaglegger in een slechtere positie zou brengen dan schuldeisers die pas na de verlening van het persoonlijk recht beslag zouden leggen. In dat geval zijn deze laatste schuldeisers, op grond van het hiervóór besproken stelsel, immers (in beginsel) niet aan dat persoonlijke recht gebonden, terwijl, als artikel 453a lid 2 Rv alle persoonlijk gerechtigden in bescherming zou nemen, de persoonlijk gerechtigde zijn recht wél tegen de beslaglegger-schuldeiser zou kunnen invoeren.

Bij de pauliana is, anders dan bij het beslag – waar de noodzaak van de bescherming van de huurder wordt ingegeven door het feit dat het beslag de verhuring van de zaak ten opzichte van de beslaglegger blokkeert – , geen behoefte aan een artikel dat de rechten van de huurder beschermt. Zo C de zaak verhuurd zou hebben aan D, zal de schuldeiser die de rechtshandeling B-C vernietigt op grond van de pauliana immers aan die verhuring zijn gebonden. Niet op grond van artikel 3:45 lid 5 BW of op grond van artikel 51 lid 2 Fw, maar op grond van artikel 7:226 lid 2 BW.³⁹⁷ Aan bescherming van de huurder is dan geen behoefte.

397 Strikt genomen is artikel 7:227 lid 2 BW niet van toepassing, althans niet rechtstreeks. Artikel 7:226 lid 2 BW is immers alleen van toepassing op de schuldeiser van de verhuurder, en A is een schuldeiser van een schuldeiser van de verhuurder. Gelet op de bedoeling van het artikel is A wat mij betreft wel degelijk aan het huurrecht gebonden. Daartoe zijn drie wegen te bedenken. Ten eerste kan het artikel rechtstreeks van toepassing worden geacht op deze situatie, juist omdat daarmee recht wordt gedaan aan de bedoeling van de wetgever, namelijk dat de huurder zijn recht niet verliest door executorialer verkoop van de zaak. Ten tweede zou gezegd kunnen worden dat B krachtens artikel 3:36 BW gebonden is aan het huurrecht van D. B heeft immers door de overdracht aan C de schijn in het leven geroepen dat C bevoegd is tot verhuring van de zaak. Nu kan bij persoonlijke rechten mijns inziens niet snel binding worden aangenomen van een derde krachtens artikel 3:36 BW, juist omdat het persoonlijke recht in beginsel alleen tussen partijen werkt, maar gelet op het zakelijk tintje dat het huurrecht heeft kan daar bij het huurrecht anders over worden gedacht. In die opvatting is B aan het door C aan D verleende huurrecht gebonden. Nu door de vernietiging van de rechtshandeling B-C (ten opzichte van A) het recht van C is vervallen, moet B als de verhuurder worden beschouwd, zodat artikel 7:226 lid 2 BW rechtstreeks van toepassing is; A is dan immers rechtstreeks schuldeiser van de verhuurder. Een derde mogelijkheid om binding van A aan te nemen is de uitweg door de Hoge Raad geboden in het arrest HR 14 januari 1983, NJ 1983, 267 (Schuring/Sweelinck Conservatorium): D kan zich tegen de executie door A verzetten omdat hij, hoewel hij zich (in deze lezing) strikt genomen niet op enig recht kan beroepen jegens A (namelijk omdat artikel 7:226 lid 2 BW in deze lezing geen werking heeft), zodanig in zijn belang wordt geschaad, dat gebruikmaking van de bevoegdheid tot executie in de gegeven omstandigheden misbruik van recht daarvan zou opleveren.

Na dit uitstapje naar aanleiding van de door de wetgever gekozen aansluiting bij artikel 3:45 lid 5 BW (in plaats van bij artikel 3.4.2.3a), ga ik verder met de parlementaire geschiedenis van artikel 453a lid 2 Rv. Over de gekozen aansluiting bij artikel 3:45 lid 5 BW worden vragen gesteld:

“[De commissie] meende dat aansluiting bij de bepaling van artikel 3.4.2.3a inzake de verkrijging van een onbevoegde, ten minste evenzeer voor de hand lijkt te liggen, gezien het feit dat het in het onderhavige geval ook om een onbevoegdheid gaat.”³⁹⁸

Hierop wordt door de Minister geantwoord:

“Vooropgesteld moet worden dat het tweede lid niet alleen verkrijgers van een zakelijk recht op de zaak beschermt, maar ook andere derden, zoals bijvoorbeeld een huurder, evenals artikel [3:45 lid 5] dit doet. Artikel 3.4.2.3a zou derhalve slechts voor een deel van de hier bedoelde derden in aanmerking kunnen komen. (...) Er is evenwel reden om in dit geval zowel als in het geval van artikel 453a lid 2 van de regel van artikel 4.4.2.3a af te wijken. Het terugkooprecht is gegeven in het belang van degene die de eigendom van de zaak heeft verloren aan een verkrijger te goeder trouw die haar wellicht tegen een naar verhouding geringe tegenprestatie heeft kunnen verkrijgen. Zijn belang dat mede bepaald wordt door de banden die hij geacht kan worden met de zaak te hebben gehad, weegt tegenover een verkrijger te goeder trouw zwaarder dan dat van een schuldeiser die het uitsluitend om verhaal voor een geldvordering is te doen. Er is in elk geval geen reden om, nu aldus is geoordeeld bij artikel [3:45 lid 5 BW], het bij artikel 453a anders te doen. Ten slotte verdient opmerking dat betwijfeld kan worden of in het geval van artikel 453a sprake is van een onbevoegde vervreemding. De eigenaar blijft immers tot vervreemding bevoegd. De vervreemding kan evenwel tegen de beslaglegger niet worden ‘ingeroepen’.”³⁹⁹

Aldus verwoordt de wetgever de bestaansreden van een separate beschermingsregeling bij beslag. Over de daarbij gegeven argumentatie het volgende. Dat bescherming van persoonlijk gerechtigden in dit geval terecht is, is hiervóór reeds besproken. Dat lijkt mij dus een goede reden voor een separaat beschermingsartikel.⁴⁰⁰ Het argument dat artikel 3.4.2.3a een terugkoopregeling kent, welke terugkoopregeling niet zou moeten gelden voor beslag, is inmiddels achterhaald. Verwezen zij naar par. 3.6.2.3. Veel belangrijker in dit verband is de (nog wel wat ontwijkende) opmerking van de wetgever dat de beslagene helemaal

³⁹⁸ Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 119.

³⁹⁹ Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 119.

⁴⁰⁰ Herhaald zij, dat de opmerking dat dit ook voor artikel 3:45 lid 5 BW geldt mijns inziens onjuist is. Zie par. 3.6.2.

niet beschikkingsonbevoegd is in de zin van artikel 3:84 BW, zodat de regeling van artikel 3:86 BW niet van toepassing is. Het gaat bij de blokkeringsregeling immers – zo heb ik hiervoor betoogd – niet om beschikkingsonbevoegdheid, maar om niet-inroepbaarheid. Dát is naar mijn mening een belangrijke bestaansreden van artikel 453a lid 2 Rv.

Als derhalve is voldaan aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, wordt C beschermd tegen de niet-inroepbaarheid van de vervreemding ten opzichte van de beslaglegger en wordt C, óók ten opzichte van A, eigenaar van de zaak.

4.4 Van de relativering profiteert de beslaglegger, en in faillissement van de beslagene profiteren in bepaalde gevallen ook de andere schuldeisers

De relativering geldt alleen ten opzichte van de schuldeiser die beslag heeft gelegd. Wordt een tweede maal beslag gelegd nádat bijvoorbeeld een bezwarende handeling heeft plaatsgevonden, dan profiteert de tweede beslaglegger dus niet van de blokkerende werking van het eerste beslag.⁴⁰¹ Evengoed kunnen andere schuldeisers van de beslagene niet langer beslag leggen op de zaak als de zaak nádat de eerste keer beslag is gelegd, wordt vervreemd aan een derde. Deze behoort immers (ten opzichte van hen) niet tot het vermogen van hun schuldenaar.

In bepaalde gevallen kan ook de curator in het faillissement van de beslagene een beroep doen op de blokkerende werking van het beslag. Daarvan profiteert dan niet alleen de beslaglegger, maar ook andere schuldeisers. Dit zal nader worden uitgewerkt in par. 4.5.6.⁴⁰²

4.5 Gevolgen van de relativering voor (recht)opvolgers en schuldeisers (van) de vervreemder (B)⁴⁰³

4.5.1 Inleiding

In deze paragraaf is uitgangspunt, dat A beslag heeft gelegd onder B op een roerende zaak van B én dat B – in weerwil van dit beslag – over de zaak heeft beschikt

⁴⁰¹ Zie HR 10 april 1964, NJ 1965, 32 (Ontvanger/Smit). Vgl. ook HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 (Banque de Suez/Bijkerk q.q.); Rechtbank Almelo 1 maart 2000 en 1 november 2000, JOR 2001, 14 (Ontvanger/Breuning q.q.) en Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 109+165.

⁴⁰² Zie voor een toepassing HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 (Banque de Suez/Bijkerk q.q.).

⁴⁰³ Artikel 453a lid 1 Rv blokkeert ook de onderbewindstelling. Reden daarvoor is, dat een schuldeiser zich gedurende het bewind niet kan verhalen op de onder bewind gestelde goederen (zie

ten behoeve van C. Thans zal worden onderzocht wat de rechtspositie van alle betrokken partijen is, als B, na over de zaak beschikt te hebben ten behoeve van C, over de zaak beschikt ten behoeve van een vierde (X). Daarbij bespreek ik drie mogelijke handelingen van B: overdracht van de zaak door B aan X, de vestiging van een beperkt recht op de zaak door B ten behoeve van X en de verhuuring van de zaak door B aan X. Voorts zal aan de orde komen of schuldeisers van B verhaal hebben op de zaak, en of de zaak in de boedel van B valt als B zou failleren. Steeds zal daarbij onderscheid worden gemaakt tussen de drie mogelijke voorafgaande rechtshandelingen B-C: vervreemding van de zaak, de vestiging van een beperkt recht op die zaak en de verhuuring van de zaak.⁴⁰⁴

4.5.2 Overdracht van de zaak door B aan X

4.5.2.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Nadat door A beslag is gelegd op de zaak is B, zoals hiervóór (par. 4.3.2) is besproken, vrij de zaak aan een derde (C) over te dragen. Als C op de hoogte is van het beslag van A, kan deze vervreemding echter niet tegen A worden ingeroepen (artikel 453a lid 2 Rv). De zaak hoort ten opzichte van A dan nog tot het vermogen van B. Is C wel te goeder trouw, dan is C – mits de zaak in zijn handen is gekomen⁴⁰⁵ – ten opzichte van een ieder, waaronder A, eigenaar van de zaak geworden en is het beslag van A vervallen. A kan zijn vordering (op B) in dat geval niet langer op de zaak verhalen.

Het is mogelijk dat B, na de overdracht van de zaak aan C, de zaak ten tweeden male overdraagt. De kans dat dit gebeurt is niet erg groot, nu de zaak zich veelal in

hierover onder meer Asser-Perrick, 2005, nr. 569), althans niet indien hij het bewind kende of behoorde te kennen (artikel 1:440 BW, zie hierover onder meer Asser-De Boer, 2006, nr. 1165). Heeft de schuldeiser voorafgaande aan de onderbewindstelling beslag gelegd, dan kan hij zich desondanks op de onder bewind gestelde goederen verhalen. De onderbewindstelling laat ik hier verder buiten beschouwing, nu deze voor de vergelijking van de diverse in dit onderzoek besproken vormen van relativering van eigendomsverhoudingen niet interessant is.

⁴⁰⁴ B mag na de beslaglegging door A alle persoonlijke rechten verlenen die hij wil. A is daaraan immers in beginsel niet gebonden, nu deze rechten alleen tussen partijen onderling werken. Hier is echter een aantal uitzonderingen op. Zoals hierboven (par. 3.6.2.4) is besproken, kunnen in bepaalde gevallen persoonlijke rechten wel tegen een schuldeiser (zoals A) worden ingeroepen. De blokkeringsregel blokkeert de verlening van een dergelijk persoonlijk recht: huur (zie ten aanzien van de ook voor de executerende schuldeiser geldende “zakelijke werking” van dit recht thans expliciet artikel 7:226 lid 2 BW). Als A dus eerst beslag op de zaak heeft gelegd, en daarna wordt de zaak door B aan C verhuurd, dan kan die latere verhuur niet tegen A worden ingeroepen. Een uitzondering geldt hier weer voor het geval C te goeder trouw is in de zin van artikel 453a lid 2 Rv. Om die reden komt in dit kader bij de bespreking van het geval dat een persoonlijk recht wordt verleend alleen het huurrecht aan de orde.

⁴⁰⁵ Artikel 453a lid 2 Rv kent deze beperking mijns inziens ten onrechte. Verwezen zij naar par. 2.2.

de macht van C zal bevinden. Maar als wij ervan uitgaan dat het B lukt de zaak aan een derde (X) te leveren, is de vraag wat dit voor gevolgen heeft voor C, resp. A.

B is, als gevolg van de eerdere overdracht aan C, ten aanzien van een ieder beschikkingsonbevoegd. Die (absolute) beschikkingsonbevoegdheid vloeit voort uit het feit dat B de zaak eerder aan C had overgedragen en heeft niets van doen met het eerdere beslag van A. Als aan de voorwaarden is voldaan, zou X een beroep op bescherming kunnen doen tegen de beschikkingsonbevoegdheid van B (artikel 3:86 BW). Het gevolg daarvan is, dat X eigenaar van de zaak wordt en C zijn rechten verliest.

Naar mijn mening is (ook) op deze tweede vervreemding de regel van artikel 453a Rv rechtstreeks van toepassing. Ook hier gaat het immers om een vervreemding in weerwil van (niet alleen de eerdere vervreemding aan C, maar ook) het beslag van A. X wordt ten opzichte van A derhalve alleen eigenaar van de zaak, als eveneens is voldaan aan de voorwaarde van artikel 453a lid 2 Rv (en X dus geen wetenschap heeft of behoort te hebben van het beslag van A).

4.5.2.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

In het geval C een beperkt recht op de zaak heeft verkregen van B en niet te goeder trouw is ten aanzien van het beslag van A, is C ten opzichte van een ieder beperkt gerechtigde, behalve ten opzichte van A.

Door de vestiging van het beperkte recht ten behoeve van C, kan B nog slechts over de zaak beschikken ten behoeve van een derde onder de last van het beperkte recht van C. Zo B onbevoegd de volle eigendom zou overdragen aan X, kan X tegen de beperkte beschikkingsonbevoegdheid van B wel worden beschermd, mits aan de voorwaarden van artikel 3:86 lid 2 BW is voldaan. In dat geval is X eigenaar van de zaak, en is C zijn recht op de zaak kwijt.

De blokkerende werking van het beslag van A werkt, zo is in par. 4.5.2.1 besproken, dóór in de relatie B-X. Als X op de hoogte is van het beslag van A, wordt hij dus ten opzichte van A geen (bloot) eigenaar van de zaak. Daarbij is van belang dat in het geval X wél wordt beschermd door artikel 453a lid 2 Rv (én door artikel 3:86 lid 2 BW), verhaal op de zaak niet langer mogelijk is voor A. Dat A de vestiging van het beperkte recht door B aan C kan negeren, helpt hem in dat geval dus niet.

4.5.2.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak*

Zo B de zaak aan C zou hebben verhuurd, is B (in de relatie tot C) bevoegd de zaak aan een derde te vervreemden. Het huurrecht van C staat immers niet in de weg aan de beschikkingsbevoegdheid van B. X zal na vervreemding wel aan het huurrecht van C zijn gebonden, óók als hij niet op de hoogte is van dit huurrecht (zie artikel 7:226 BW).

De vervreemding aan X heeft geen werking ten opzichte van A als X op de hoogte is van het beslag van A. In dat geval zal A dus zowel de verhuring als de vervreemding van de zaak kunnen negeren, en zal hij zijn vordering (op B) op de zaak kunnen verhalen. Als X te goeder trouw moet worden geacht in de zin van artikel 453a lid 2 Rv, dan kan de vervreemding óók tegen A worden ingeroepen, en is X dus ook ten opzichte van A eigenaar van de zaak. Verhaal op de zaak door A is in dat geval niet langer mogelijk. Dat A het huurrecht van C kan negeren betekent niet, dat A verhaal zou kunnen nemen op dit huurrecht van C. Het door A gelegde beslag brengt immers niet mee, dat A zijn vordering op B op dit huurrecht kan verhalen. Het brengt slechts mee dat, zo A die vordering nog op de zaak kan verhalen, A niet is gebonden aan het huurrecht van C.

4.5.3 *Vestiging van een beperkt recht door B ten behoeve van X*

4.5.3.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Als B na beslaglegging door A de zaak aan C zou vervreemden, en C op de hoogte is of behoort te zijn van dit beslag, kan de vervreemding niet tegen A worden ingeroepen (artikel 453a lid 1 Rv).

B is na de overdracht niet bevoegd een beperkt recht op de zaak te vestigen ten behoeve van X. De zaak is dan immers eigendom van C. Alleen A hoeft C niet te beschouwen als eigenaar. X kan tegen de onbevoegdheid van B eventueel worden beschermd, namelijk als hij voldoet aan de eisen van artikel 3:98 jo. artikel 3:86 BW. In dat geval is C eigenaar van de zaak bezwaard met een beperkt recht ten behoeve van X.

Als X op de hoogte is of behoort te zijn van het beslag van A, dan kan ook deze bezwaring, net als de vervreemding aan C, niet tegen A worden ingeroepen. Artikel 453a lid 1 Rv is rechtstreeks van toepassing (vgl. par. 4.5.3.1). A kan dan dus nog steeds verhaal op de zaak nemen. Als X wél te goeder trouw is in de zin van artikel 453a lid 2 Rv, maar C niet, dan kan de bezwaring aan X wel tegen A worden ingeroepen. In dat geval kan A slechts verhaal nemen op de zaak onder de last van het beperkte recht van X.

4.5.3.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Als B na beslaglegging door A een beperkt recht op de zaak zou vestigen ten behoeve van C, kan dit beperkte recht niet tegen A worden ingeroepen indien C op de hoogte was van het beslag (artikel 453a lid 1 Rv). A kan zijn vordering (op B) in dat geval verhalen op de volle eigendom van de zaak (en dus het beperkte recht van C negeren). Was C wel te goeder trouw in de zin van artikel 453a lid 2 Rv, dan kan het beperkte recht wel tegen A worden ingeroepen en zal A dus (in geval van een pandrecht) in rang komen ná C, althans (in geval van een recht van vruchtgebruik) de zaak alleen kunnen executeren onder de last van het recht van C.

Het is mogelijk dat B, na de vestiging van een beperkt recht ten behoeve van C, een tweede beperkt recht op de zaak vestigt ten behoeve van een derde (X). Hij is daartoe, als gevolg van de eerdere bezwaring ten behoeve van C, maar ten dele bevoegd. B kan immers slechts onder de last van het beperkte recht van C over de zaak beschikken. Dat betekent, dat het beperkte recht van C vóór het beperkte recht van X zal gaan, tenzij X een beroep zou kunnen doen op de bescherming die artikel 3:98 jo. artikel 3:86 lid 2 BW, resp. artikel 3:238 lid 2 BW hem biedt. In dat geval treedt rangwisseling op, en gaat dus het beperkte recht van X vóór het beperkte recht van C. Indien de rechten van C en X onverenigbaar zouden zijn (dat kan bijvoorbeeld indien B tweemaal een recht van vruchtgebruik heeft verleend), vervalt mijns inziens het recht van C. De derdenbescherming gaat immers zo ver als nodig is met het oog op de belangen van X, en in een dergelijk geval kan X zijn recht alleen gebruiken als het recht van C vervalt.⁴⁰⁶

Naar mijn mening geldt ook hier, gelijk bij een dubbele overdracht van de zaak, dat artikel 453a lid 2 Rv rechtstreeks van toepassing is. De bezwaring ten behoeve van X kan dus niet tegen A worden ingeroepen, tenzij (ook) X voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv. Dit geldt zowel in het geval X geen beroep op bescherming kan doen tegen de (als gevolg van de eerdere bezwaring ten behoeve van C) beperkte beschikkingsbevoegdheid van B (en hij dus als tweede in rang komt (na C)), als in het geval hij wél een beroep op bescherming kan doen (en dus rangwisseling optreedt). Dan kán zich de situatie voordoen dat C wel, maar X niet wordt beschermd tegen de beslaglegging door A. Het kan immers zo zijn dat C niet, maar X wel wetenschap heeft van het beslag van A. In dat geval zal A bij de executie de rechten van C tegen zich moeten laten gelden, maar de rechten van X niet (zie hierover nader par. 4.5.5.2).

⁴⁰⁶ Vgl. Hijma-Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 155.

4.5.3.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak*

Zo B de zaak aan C zou hebben verhuurd, is B bevoegd ten behoeve van X een beperkt recht op de zaak te vestigen. De verhuring aan C beperkt de beschikingsbevoegdheid van B immers niet.

Ook hier is artikel 453a lid 1 Rv rechtstreeks van toepassing op de rechtshandeling B-X. Als X dus op de hoogte is of behoort te zijn van het beslag van A, dan werkt de vestiging van het beperkte recht niet tegen A. Wordt X wel beschermd door artikel 453a lid 2 Rv, maar C niet, dan kan A zijn vordering op B nog slechts verhalen op de zaak onder de last van het beperkte recht van X. Het huurrecht van C kan A daarbij echter negeren.

4.5.4 *Verhuring van de zaak door B aan X*

4.5.4.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Als B de zaak aan C heeft vervreemd, is B (in beginsel) niet bevoegd die zaak te verhuren aan X. Zou B de zaak aan X verhuren, dan kan die verhuring niet worden tegengeworpen aan C – tenzij aangenomen moet worden dat C onrechtmatig handelt door het huurrecht van X niet te respecteren.⁴⁰⁷

De verhuring van de zaak slaagt dus in beginsel niet. Daarmee heeft ook A geen last van het huurrecht, en kan hij de zaak executeren. Zo de verhuring wel zou slagen, is A aan dit huurrecht niet gebonden, tenzij X voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv.

4.5.4.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Als B een beperkt recht heeft gevestigd op de zaak ten behoeve van C, is B in beginsel bevoegd de zaak aan X te verhuren, zolang het recht van X en C maar naast elkaar kunnen bestaan.⁴⁰⁸

407 Vgl. in dit verband onder meer HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch); HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé); HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (Van Oosterom/Baas-Van Oosterom) en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (Van de Ven Neunen BV/Erven Slegers c.s.).

408 Daarbij zij de kanttekening geplaatst dat in het geval C een pandrecht zou hebben verkregen, het huurrecht van X als gevolg van de werking van artikel 7:226 lid 2 BW niet tegen C kan worden ingeroepen.

Als X te goeder trouw is in de zin van artikel 453a lid 2 Rv – maar C niet – kan A de zaak executeren vrij van het beperkte recht van C, maar onder de last van het huurrecht van X.

4.5.4.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak.*

Na de verhuring van de zaak aan C, is B in beginsel vrij de zaak aan X te verhuren, mits de rechten van X en C naast elkaar kunnen bestaan. Die kans is echter niet erg groot. Vaker zal het huurrecht van X onverenigbaar zijn met het huurrecht van C. in dat geval is (in beginsel en afhankelijk van de contractuele relatie tussen partijen) sprake van een tekortkoming van B jegens X en/of C. Onder omstandigheden kan voorts sprake zijn van een onrechtmatige daad van X jegens C.⁴⁰⁹

Voor A heeft dit tweede persoonlijke recht mijns inziens dezelfde gevolgen als het eerste persoonlijke recht. Een latere verhuring wordt immers geblokkeerd door artikel 453a Rv, tenzij X voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv.

4.5.5 *Schuldeisers van B verhalen hun vordering op de zaak*

(Ook) na beslaglegging door A kunnen andere schuldeisers van B hun vordering op de zaak verhalen door daarop beslag te leggen en zo te participeren in de uitdeling van de executieopbrengst. Dit kan tot het moment van verkoop (artikel 457 Rv).⁴¹⁰

Heeft B ná de beslaglegging door A, maar vóór de beslaglegging door andere schuldeisers, in strijd met de blokkeringsregeling rechtshandelingen verricht met betrekking tot de zaak, dan profiteren die andere schuldeisers niet van de blokkerende werking van het beslag (zie par. 4.4).

Voor de vraag in hoeverre het beslag door die andere schuldeisers doel treft indien B ná het beslag van A over de zaak heeft beschikt ten behoeve van C, moet weer worden onderscheiden tussen drie gevallen: het geval dat B de zaak aan C heeft

409 Vgl. (onder meer) HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch); HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé); HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (Van Oosterom/Baas-Van Oosterom) en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (Van de Ven Neunen BV/Erven Slegers c.s.).

410 Daarna is het nog wel (tijdelijk) mogelijk beslag te leggen op het surplus (het bedrag dat overblijft van de executieopbrengst van de zaak nadat de beslagleggende schuldeisers zijn voldaan). Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 197. Zie voorts Ynzonides, 'Cumulatie van beslagen en botsing van executies', in: *Tot persistit!* (Z. e.a.), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 107 en Albers-Dingemans, 'De positie van de beslaglegger op een onroerende zaak na de gunning en voor de inschrijving', *WPNR* 6581 (2004).

vervreemd, het geval dat B ten behoeve van C een beperkt recht op de zaak heeft gevestigd en het geval dat B de zaak aan C heeft verhuurd.⁴¹¹

4.5.5.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

In het geval B de zaak heeft vervreemd nádat door A beslag was gelegd, kunnen andere schuldeisers van B geen beslag leggen op de zaak. Ten opzichte van ieder ander dan A behoort de zaak immers tot het vermogen van C, zodat schuldeisers van B daarop (in beginsel) geen verhaal kunnen nemen.⁴¹²

4.5.5.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Een bezwaring ten behoeve van C, totstandgekomen ná het beslag door A, kan worden tegengeworpen aan andere schuldeisers van B. In dat geval kunnen die schuldeisers nog wel beslag leggen op de zaak. De zaak behoort immers ondanks de bezwaring tot het vermogen van B (artikel 3:276 BW) – zij het in bezwaarde toestand. Dit roept de vraag op hoe de positie van C ten opzichte van die andere schuldeisers gewaarborgd kan worden. Deze vraag wordt, zoals hierna zal worden besproken, verschillend beantwoord naar gelang het beperkte recht dat is gevestigd ten behoeve van C.

Indien C pandhouder is, is de oplossing in die zin eenvoudig, dat sprake is van een rangordekwestie.

Deze rangordekwestie is op zichzelf echter niet zo eenvoudig, althans wordt door schrijvers op verschillende wijzen opgelost. Mede naar aanleiding van het arrest Ontvanger/Amro⁴¹³ is in de literatuur een discussie ontstaan over de te volgen rangorde. Ik licht deze discussie toe aan de hand van een rekenvoorbeeld, ontleend aan de noot van Heemskerk onder het arrest.

411 Indien B aan C een ander persoonlijk recht zou hebben verleend, kan dit recht niet aan A, en evenmin aan andere schuldeisers van B worden tegengeworpen. In het uitzonderlijke geval dat het om een persoonlijk recht zou gaan (anders dan huur) dat ook tegen schuldeisers van B kan worden ingeroepen (zie par. 3.6.2.4), kan dit recht niet alleen tegen andere schuldeisers van B, maar ook tegen A worden ingeroepen. Dit recht wordt immers niet geblokkeerd door de werking van artikel 453a lid 1 Rv. Van relativering is dan geen sprake, zodat ik deze overige persoonlijke rechten hier buiten beschouwing laat.

412 Van Mierlo lijkt (in het kader van verhaalsbeslag op onroerende zaken) te stellen dat die andere schuldeisers eventueel beslag zouden kunnen leggen onder C (A.I.M. Van Mierlo, Burgerlijke rechtsvordering (Losbl.), aant. 5 bij artikel 505 Rv). Dat kunnen zij m.i. echter alleen, indien zij zelf ook een vordering hebben op C, en dat is niet zonder meer het geval.

413 HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18 (Otvanger/AMRO).

A heeft een vordering op B van NLG 150.000. A legt beslag op een roerende zaak van B. De zaak wordt door B vervolgens verpand aan C, die een vordering heeft (eveneens op B) van NLG 100.000. Vervolgens wordt wederom beslag op de zaak gelegd, nu door de bevoorrechte schuldeiser X, die een vordering heeft op B van NLG 400.000. De veilingopbrengst van de zaak is NLG 313.000. De Hoge Raad overweegt hieromtrent (in het arrest Ontvanger/Amro):

“[X] heeft beslag gelegd op het toen met [het pandrecht van C] bezwaarde goed en had derhalve slechts verhaal op het goed in bezwaarde toestand. [A] daarentegen kon op het goed verhaal nemen zonder dat [het pandrecht] tegen haar kon worden ingeroepen. Met een en ander strookt dat [A], zo haar vordering niet reeds tevoren door [C] zou zijn betaald, bij de verdeling van de opbrengst van het verkochte goed had moeten worden voldaan niet alleen met voorrang boven [C], maar, nu de vordering van [C] de hare overtrof, ook voor het volle bedrag van haar vordering met voorrang boven [X].”

Heemskerk stelt, in zijn noot onder het arrest, dat bovengenoemde casus volgens de door de Hoge Raad gehuldigde opvatting als volgt moet worden opgelost:

“[Het pandrecht] kan niet tegen [A] worden ingeroepen. [A] wordt met voorrang boven [C] voldaan en ontvangt als eerste NLG 100.000, omdat [het pandrecht] geen inbreuk op haar rechten maakt en de inbreuk, indien aanvaard, niet meer dan NLG 100.000 zou hebben bedragen. Daarna wordt NLG 100.000 toegewezen aan [C], het volle bedrag van haar vordering. De resterende NLG 113.000 moet worden verdeeld tussen [A], die nog NLG 50.000 te vorderen heeft, en [X], die nog NLG 400.000 te vorderen heeft. Als concurrent crediteur ontvangt [A] niets daarvan; de NLG 113.000 komt toe aan X vanwege zijn voorrecht.”⁴¹⁴

De Groot acht deze oplossing onjuist. Hij stelt:

“In mijn opvatting zal aan [A] [150/250 van NLG 100.000] is NLG[60.000] toekomen. Daarna zal aan [C] NLG [100.000] toekomen. Het restant van de executieopbrengst ad NLG[153.000] is voor de overige crediteuren (waaronder [A]).”⁴¹⁵

Deze oplossing houdt verband met de stelling van De Groot dat C weliswaar zijn voorrangspositie als pandhouder niet tegen A kan inroepen, maar dat hij wel schuldeiser blijft en als zodanig meedeelt in de executieopbrengst, ook ten

⁴¹⁴ In zijn conclusie vóór HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 (Banque de Suez/Bijkerk q.q.) schaaft A.-G. Asser zich achter deze oplossing.

⁴¹⁵ De Groot, ‘Beslag, hypotheek en faillissement’, WPNR 5897 (1988), p. 713.

opzichte van A. Dat lijkt mij juist:⁴¹⁶ zoals De Groot terecht opmerkt, kan de bezwaring niet tegen A worden ingeroepen voor zover hij daardoor wordt benadeeld (zie par. 4.1), en die benadeling zit in de voorrangpositie die C aan zijn pandrecht ontleent. Voor het overige blijft C óók ten opzichte van A schuldeiser van B, en kan hij als zodanig meedelen in de executieopbrengst.⁴¹⁷ Daartoe is mijns inziens niet nodig dat C beslag legt⁴¹⁸ – al strekt tot aanbeveling dat C dit (zekerheidshalve) wél doet. Immers, zoals Heyman en Bartels terecht opmerken, is er thans geen expliciete regeling die C het recht geeft mee te delen – al brengt een redelijke wetstoepassing dit wel mee.⁴¹⁹

Tot op zekere hoogte is de oplossing van De Groot naar mijn mening dus juist. Mijns inziens geeft De Groot A echter ten onrechte voorrang op de overige beslaglegger(s), waaronder X. Weliswaar kan het pandrecht van C wél tegen X worden ingeroepen, maar dat betekent nog niet, dat A ook voorrang behoort te krijgen op X. Het beslag scheidt immers geen prioriteit. Van der Kwaak brengt deze amendering wel aan:

“Voor de verhouding tussen A en [C] geldt dat [het pandrecht] nietig is ten opzichte van A. A heeft beslag gelegd voor een vordering van NLG 150.000. Dat betekent dat [C] pas aan bod komt na aftrek van een bedrag ad NLG 150.000 en niet, zoals bij Heemskerk, na aftrek van een bedrag ad NLG 100.000. Het feit dat [het pandrecht] is gevestigd voor een bedrag ad NLG 100.000 heeft niet zozeer betekenis, zoals Heemskerk lijkt te menen, voor de verhouding tussen A en [C] – A mag dat [pandrecht] immers geheel negeren – als wel voor die tussen A enerzijds en [X] anderzijds. [Zijn] beslag is minder doeltreffend dan dat van A, en wel voor het bedrag van de vordering van [C], omdat voor de verhouding tussen [C] en [X] geldt dat [het pandrecht] ten opzichte van hem wel werking heeft. Voor de concrete uitkomst van déze casus maakt dit alles geen verschil. [voetnoot: A verkrijgt als eerste NLG 100.000 omdat de vordering [van C] als buffer tussen enerzijds A en anderzijds [X] werkt; zijn beslag is voor dat bedrag minder doeltreffend dan dat van A. Vervolgens verdelen A en X een bedrag ad NLG 50.000, dat aan [X] ten goede komt omdat zijn vordering preferent is. Dan krijgt [C] NLG 100.000. Het restant, NLG 63.000, wordt weer tussen A en [X] verdeeld c.q. komt ten goede aan [X]. De feitelijke prioriteit van A's beslag komt hierin tot uitdrukking dat A, door de invloed van het pandrecht op zijn positie ten opzichte van [X], vóór [X] NLG 100.000

416 Vgl. in dit verband voorts Heyman-Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998 (7), p. 223.

417 Vgl. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht*, *Preadvies KNB*. (A.-D. e.a.), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 40.

418 Vgl. Van Straaten, *Kadaster, openbare registers en derdenbescherming*, Deventer: Kluwer 1992, p. 71.

419 Heyman-Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998 (7), p. 223.

*ontvangt terwijl hij, indien geen pandrecht zou zijn gevestigd, NLG 313.000 met X had moeten verdelen en – door de preferentie van de vordering van [X] – niets zou hebben ontvangen.*⁴²⁰

In de oplossing van Van der Kwaak echter heeft A tot de hoogte van het bedrag waarvoor ten behoeve van C zekerheid is gesteld, een feitelijke preferentie op zowel C als X.⁴²¹ En dat, terwijl beslag geen voorrang schept. Terecht merken Heyman en Bartels hierover op, dat deze oplossing de zeer merkwaardige consequentie heeft dat hoe meer C te vorderen heeft, des te beter A af is.⁴²² De oplossing moet echter aldus zijn, dat A enerzijds geen last heeft van het pandrecht, en X wel, maar anderzijds ook, dat tussen A en X onderling geen verschuivingen optreden.

In de oplossing van zowel Albers-Dingemans als Heyman en Bartels wordt aan beide aspecten tegemoet gekomen. Albers-Dingemans stelt voor:

*“[Er moet] een tweetal berekeningen worden uitgevoerd:
De opbrengst wordt verdeeld alsof [het pandrecht] vóór het eerdere beslag was gevestigd.
Met deze berekening wordt het bedrag vastgesteld waarop [X] recht heeft.
De opbrengst wordt verdeeld alsof [C] meedeelt in de opbrengst zonder zijn
[voorrangspositie op grond van zijn pandrecht] uit te oefenen.
Indien de tweede berekening wordt gevolgd, ontvangt [A] een hoger bedrag. Het verschil
tussen de beide berekeningen bepaalt het bedrag waarmee [A] door het later gevestigde
[pandrecht] wordt benadeeld. Dit bedrag dient vervolgens in mindering te worden
gebracht op hetgeen [C] zou hebben ontvangen indien het [pandrecht] vóór het beslag
was gevestigd. (...) Enerzijds mag een latere beschikkingshandeling niet een eerdere
beslaglegger dulden, anderzijds moet ook een eerdere beslaglegger dulden dat andere
crediteuren zich verhalen op de beslagen zaak.”*⁴²³

420 Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 187+188.

421 Dat A die feitelijke preferentie zou hebben kan ook – a contrario – worden afgeleid uit wat Van der Grinten in zijn noot onder HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 (Banque de Suez/Bijkerk q.q.) stelt en ik meen ook uit de conclusie van A.-G. Asser vóór het arrest. Ook Broekveldt lijkt ervan uit te gaan dat A buiten faillissement feitelijk voorrang heeft op X (Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 347+348).

422 Heyman-Bartels, ‘Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van register-goederen’, *NTBR* 1998 (7), p. 220, voetnoot 5.

423 Albers-Dingemans, ‘Hinderpalen bij executie’, in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht*, *Preadvies KNB*. (A.-D. e.a.), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 40+41.

Heyman en Bartels ten slotte stellen:

“De crux van de onderhavige problematiek is dat bij de verdeling van de executieopbrengst in de gegeven situatie in feite met twee maten moet worden gemeten: één waarbij rekening wordt gehouden met de werking van artikel [453a] Rv en een waarbij die bepaling geen rol speelt. Dat is alleen uitvoerbaar door de opbrengst als het ware tweemaal te verdelen. Eerst wordt berekend welk bedrag toekomt aan [A]. Dat geschiedt door de voorrang – niet de vordering – van [C] buiten beschouwing te laten. Met de preferenties van [X] – die niet door artikel [453a] Rv geblokkeerd zijn wordt wel rekening gehouden. Het aldus berekende bedrag trekt men af van de totale opbrengst en wordt gereserveerd voor [A]. Het restant van de opbrengst wordt op de normale wijze, door rekening te houden met ieders preferentie (...) tussen hem en de overige schuldeisers verdeeld. Hoe verloopt de verdeling wanneer [X] de hoog preferente fiscus is? Is [X] preferent dan ontvangt [A] niets. Immers, bij de eerste verdeling, alsofer geen [pandrecht] was, gaat de volledige opbrengst naar [X]. De volledige opbrengst ad [313.000] wordt vervolgens betrokken in de tweede verdeling. Als [C] [100.000] te vorderen heeft krijgt hij die en resteert voor [X] [213.000]. (...) Dat A nu niets krijgt is volkomen terecht. Zonder [het pandrecht] zou dat immers ook zo zijn en door de latere [verpanding] hoeft hij er niet op vooruit te gaan.”⁴²⁴

De oplossingen van Albers-Dingemans enerzijds en Heyman en Bartels anderzijds lijken op hetzelfde neer te komen. In het geval X een preferent schuldeiser is, is dat ook zo. Indien X echter een concurrent schuldeiser is, krijgt C in de oplossing van Albers-Dingemans uiteindelijk minder dan bij Heyman en Bartels, en X méér. Dat komt door het – mijns inziens onjuiste – uitgangspunt van Albers-Dingemans bij de eerste berekening, dat het pandrecht óók tegen A kan worden ingeroepen. En dat is nu juist niet het geval. Ik verduidelijk dit aan de hand van het rekenvoorbeeld dat hierboven is genoemd, alleen ga ik er daarbij nu van uit dat X concurrent schuldeiser is.

In de berekening van Albers-Dingemans wordt de opbrengst van NLG 313.000 als volgt verdeeld:

Allereerst wordt uitgegaan van de fictie dat het pandrecht van C was gevestigd vóór het beslag van A, dit om vast te stellen op welk bedrag X recht heeft. Dan krijgt:

A $150/550 * 213.000 = 58.091$
 X $400/550 * 213.000 = 154.909$
 C 100.000

⁴²⁴ Heyman-Bartels, ‘Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen’, *NTBR* 1998 (7), p. 222.

In de tweede berekening gaan wij er van uit dat C geen pandrecht heeft. Dan krijgt:

$$\begin{aligned} A & 150/650 * 313.000 = 72.231 \\ X & 400/650 * 313.000 = 192.615 \\ C & 100/650 * 313.000 = 48.154 \end{aligned}$$

Vervolgens moet het verschil tussen 72.231 en 58.091 (14.140) worden afgetrokken van wat C krijgt. Daarmee krijgt C 85.860, A 72.231 en X 154.909.

In de berekening van Heyman en Bartels wordt de opbrengst op de volgende manier verdeeld:

Eerst wordt bekeken wat een ieder zou krijgen als zij elk als concurrent schuldeiser worden aangemerkt, dit om vast te stellen wat A krijgt:

$$\begin{aligned} A & 72.231 \\ X & 192.615 \\ C & 48.154 \end{aligned}$$

Vervolgens wordt van de opbrengst afgetrokken hetgeen aan A toekomt, zodat tussen X en C te verdelen overblijft een bedrag van 240.769. Daarvan krijgt C, op basis van zijn pandrecht, NLG 100.000 en X het restant, NLG 140.769.

Deze laatste oplossing doet mijns inziens recht aan de situatie. Er wordt vanuit A bekeken waarop hij recht heeft, de voorrangspositie van C weggedacht, en vervolgens wordt tussen de overige schuldeisers verdeeld op basis van de situatie zoals die voor deze schuldeisers is, namelijk mét de voorrangspositie voor C. Als gezegd voldoet de oplossing van Albers-Dingemans niet, omdat zij, bij de berekening van het bedrag dat aan X toekomt, uitgaat van de fictie dat het pandrecht van C tegen X én A kan worden ingeroepen, en dat is nu juist niet het geval. Ik sluit mij dan ook aan bij de door Heyman en Bartels voorgestelde oplossing. Deze doet recht aan de ontstane situatie. Onjuist is mijns inziens dan ook hetgeen Van Oven hieromtrent stelt:

“Bij de uitdeling heeft [A] voorrang op dit boedelactief boven [C] én boven de overige schuldeisers. [De auteurs die menen dat [A] géén voorrang heeft maar moet delen met de overige schuldeisers] willen dus niet alleen [A] maar ook de overige schuldeisers in zoverre – ten gevolge van het faillissement – boven [het pandrecht] stellen.”⁴²⁵

425 Van Oven, ‘Verhaal door middel van derdenbeslag’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en Beslag*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 211, voetnoot 1. Vgl. voorts Van Oven,

X wordt immers niet boven het pandrecht gesteld. Hij wordt echter evenmin achtergesteld bij A, en dat is nu precies waar X, A én C recht op hebben.

In het geval C niet een pandrecht, maar een recht van vruchtgebruik heeft, is de situatie een andere. Het recht van vruchtgebruik is niet, zoals het pandrecht, een verhaalsrecht met voorrang, maar een gebruiksrecht. Dit gebruiksrecht kan – indien C niet te goeder trouw is in de zin van artikel 453a lid 2 Rv – niet tegen A worden ingeroepen, maar wel tegen de andere schuldeisers. Als het recht niet tegen A kan worden ingeroepen, zal A de zaak executeren vrij van het betreffende gebruiksrecht, met als gevolg dat dit recht voor C onbruikbaar is geworden. Dat geeft C (jegens B) recht op een schadevergoeding, welk recht rang krijgt onmiddellijk na A krachtens artikel 3:282 BW.

Hier bestaat dus een verschil tussen de positie van de pandhouder en die van de vruchtgebruiker: de pandhouder concurreert met A, de vruchtgebruiker niet. Heyman en Bartels merken hieromtrent mijns inziens terecht op, dat dit verschil gerechtvaardigd is, nu de vruchtgebruiker niet een schuldeiser is, maar dit pas wordt door het vervallen van zijn recht ten gevolge van de executie.⁴²⁶ Uiteraard moeten (ook hier) de overige schuldeisers wel concurreren met C én met A. Heyman en Bartels stellen terecht dat voor de aldus te treffen rangregeling dezelfde regeling gebruikt kan worden als hierboven is beschreven:

“[A] heeft een vordering van 100, de waarde van het (na beslag gevestigde) vruchtgebruik [van C] bedraagt 400 (...) en [X heeft] 500 te vorderen. De executie-opbrengst bedraagt 300. Aan [A], die concurreert met [X], komt toe 1/6 van 300=50. Resteert ter verdeling tussen [C] en [X] 250. Dit bedrag komt in zijn geheel toe aan [C]; [X] ontvangt niets. Indien [X] de hoogpreferente fiscus is, ontvangt A in de eerste ronde nihil. In de tweede ronde krijgt [C] 300 en [X] wederom nihil.”⁴²⁷

4.5.5.3 De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak

Na verhuring door B aan C kunnen schuldeisers natuurlijk nog wel beslag leggen op de zaak. Het huurrecht kan in dat geval echter wel tegen hen worden ingeroepen – en niet tegen A (tenzij C te goeder trouw is in de zin van artikel 453a lid 2 Rv). De oplossing moet hier naar mijn mening hetzelfde zijn als in het geval B aan

⁴²⁶ ‘Verhaal op goederen die geen registergoederen zijn onder de schuldenaar’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en beslag*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 163.

⁴²⁶ Heyman-Bartels, ‘Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen’, *NTBR* 1998 (7), p. 224.

⁴²⁷ Heyman-Bartels, ‘Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen’, *NTBR* 1998 (7), p. 224.

C een recht van vruchtgebruik zou hebben gegeven. Hier ontbreekt echter een regeling als die van artikel 3:282 BW. Er is geen reden C niet een zelfde schadevergoeding met dezelfde rang toe te kennen in het geval hij huurder is als in het geval hij een recht van vruchtgebruik heeft. Beide rechten zijn immers in te roepen tegen schuldeisers van B, maar niet in het geval deze schuldeisers beslag hebben gelegd. Mijns inziens moet derhalve ook de huurder die zijn recht op grond van de executie heeft zien vervallen, analoog aan artikel 3:282 BW, een recht op schadevergoeding krijgen, rang te nemen onmiddellijk na de vordering van A.

4.5.6 *B gaat failliet*

Indien B failliet zou gaan, moet wederom worden onderscheiden tussen drie gevallen: B heeft de zaak aan C vervreemd, een beperkt recht op de zaak gevestigd of een persoonlijk recht verleend ten behoeve van C.

4.5.6.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Na vervreemding aan C behoort de zaak (ten opzichte van ieder ander dan A) tot het vermogen van C. De zaak valt dus niet in de boedel van B. Tegen A kan de vervreemding echter niet worden ingeroepen (tenzij C voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv). Ten opzichte van A behoort de zaak dus nog tot het vermogen van B. A heeft aldus een feitelijke voorrangpositie; hij is de enige die zijn vordering (op B) nog op de zaak kan verhalen.

Daarmee is nog niet de vraag beantwoord wie de zaak te gelde moet maken. Gelet op het feit dat B failliet is, en A schuldeiser is van B, is dat ofwel de curator, ofwel A. Daarbij zij vooropgesteld dat ik van mening ben dat A zijn vordering ter verificatie zal moeten indienen. Verwezen zij naar par. 2.5.6.

Ik meen dat A degene is die de zaak mag executeren – uiteraard mits hij een executoriale titel heeft. Weliswaar behoort de zaak ten opzichte van A tot het vermogen van B, zodat het, in verband met het faillissement van B, de curator is die de zaak te gelde moet maken, maar in dit geval heeft de curator daartoe mijn inziens niet de bevoegdheid. Ten opzichte van de curator behoort de zaak immers tot het vermogen van C. Alléén ten opzichte van A behoort de zaak tot het vermogen van B. De curator kan de zaak naar mijn mening dan ook hooguit met toestemming van A executoriaal verkopen (zie par. 2.5.6); in beginsel is het A die de zaak te gelde mag maken. Artikel 33 lid 2 Fw staat daaraan niet in de weg, nu ten opzichte van de boedel geen sprake is van een verhaal op het vermogen van de gefailleerde.⁴²⁸

428 Vgl. Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer

Oók voor zover men, anders dan hiervóór is betoogd, van mening zou zijn dat – in lijn met het hierna te bespreken arrest Banque de Suez-Bijkerk q.q. – het in verband met het faillissement van B de curator is die de zaak te gelde moet maken, is A de enige schuldeiser van B die zijn vordering kan voldoen uit de opbrengst van de zaak. Net zomin als de beslaglegger buiten faillissement hoeft te delen met schuldeisers van C, hoeft hij in faillissement te delen met schuldeisers van C. Onjuist lijkt mij dan ook de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest Koot/Takken q.q.⁴²⁹ dat:

“een vervreemding, als hier heeft plaatsgehad, ten aanzien van den beslaglegger geacht moet worden geen rechtsgevolg te hebben en evenmin bij later faillissement van den schuldenaar ten aanzien van den curator, waar ingevolge artikel 33 Fw. het afzonderlijk beslag in het algemeen faillissementsbeslag wordt opgelost.”

Een rechtvaardiging voor de “oplossing” van het gelegde beslag in het algemeen faillissementsbeslag lijkt te ontbreken. De Hoge Raad miskent hier mijns inziens de relatieve werking van de blokkerende werking. Net zomin als andere schuldeisers van B ná overdracht van de zaak in weerwil van het beslag van A, nog beslag kunnen leggen op de zaak, valt de zaak na het faillissement van B in de boedel van B. Ten opzichte van ieder ander dan A behoort de zaak nu eenmaal niet tot het vermogen van B, en dat verandert niet door het faillissement van B, óók niet door de regel van artikel 33 lid 2 Fw, dat afzonderlijke beslagen oplossen in het algemeen faillissementsbeslag en zélfs niet in het geval de curator de zaak ten behoeve van A te gelde maakt. Er is immers ten opzichte van de andere schuldeisers en de curator geen sprake van een afzonderlijk beslag van A op een vermogensbestanddeel van B; het vermogensbestanddeel is ten opzichte van hén, van C. Het beslag kan dus evenmin opgaan in een algemeen faillissementsbeslag. Van Oven merkt ten aanzien van dit arrest mijns inziens dan ook terecht op dat deze uitspraak achterhaald is.⁴³⁰

1990, p. 186; Kist-Oudelaar, ‘Verhaal op onroerende zaken’, in: *Vademecum Burgerlijk procesrecht, Executie en Beslag*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 372 ; Stein, *Goed beslagen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 81 en A.I.M. Van Mierlo, Burgerlijke rechtsoverdracht (Losbl.), aant. 5 bij artikel 505 Rv. Anders: Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (afscheidsrede EUR)*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 12 en Hof Amsterdam 8 november 2007, rek. 1166, 06 (Ontvanger/De Jong q.q.).

429 HR 8 december 1922, NJ 1923, 152 (Koot/Takken q.q.).

430 Van Oven, ‘Verhaal op goederen die geen registergoederen zijn onder de schuldenaar’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en beslag*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 163. Snijders daarentegen meent dat de curator in een dergelijk geval verhaal op de zaak kan nemen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (afscheidsrede EUR)*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 11+12). Zie ook de noot van Loesberg onder Rechtbank Almelo 1 maart 2000 en 1 november 2000, JOR 2001, 14 (Ontvanger/Breuning q.q.).

Geheel terecht overweegt de Hoge Raad in het arrest Coöp. Landbouwersbank/Ringel c.s.⁴³¹ – waar eveneens een zaak werd overgedragen in weerwil van het beslag en de beslagene vervolgens failliet ging – dan ook dat:

“krachtens de artt. 20 en 33 Fw. het faillissement omvat het geheele vermogen van den schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft, terwijl het vonnis van faillietverklaring ten gevolge heeft, dat alle gerechtelijke tenuitvoerlegging op eenig deel van het vermogen van den schuldenaar vóór het faillissement aangevangen, dadelijk een einde neemt en gelegde beslagen vervallen; dat derhalve een goed, hetwelk ten tijde der faillietverklaring niet meer aan den gefailleerde, doch aan een ander in eigendom toebehoort, buiten het faillissement blijft en een beslag tevoren op zoodanig goed gelegd niet vervalt.”

Toegegeven zij, dat de Hoge Raad hier de bovenbesproken “zaaksgevolgconstructie” toepast (zie par. 4.3.2.4) en derhalve van oordeel is, dat de beslagen zaak ook ten opzichte van de beslaglegger tot het vermogen van de verkrijger behoort. De overweging is evenwel ook passend voor de niet-inroepbaarheidsconstructie, waarvan ik hierboven de toepasselijkheid heb verdedigd. In die constructie geldt voor alle schuldeisers (met uitzondering van de beslaglegger) dat de beslagen zaak níet behoort tot het vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring. Het faillissementsbeslag is een algemeen beslag op het vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, zodat de beslagen zaak niet onder het faillissementsbeslag valt.⁴³²

Overigens kan de curator natuurlijk trachten de vervreemding B-C te vernietigen op grond van artikel 42 Fw. Dat kan, zoals in het voorgaande hoofdstuk is besproken, zelfs zeer eenvoudig – en dus vlot – langs buitengerechtelijke weg. Door de vernietiging wordt de zaak ten opzichte van de boedel geacht tot het vermogen van B te horen. Dan vervalt naar mijn mening het beslag van A alsnog en wel door de werking van artikel 33 lid 2 Fw.⁴³³

⁴³¹ HR 21 juli 1944, NJ 1944/45, 576 (Coöp. Landbouwersbank/Ringel c.s.).

⁴³² Vgl. (de noot van Van Hees onder) Rechtbank Amsterdam 5 juni 1996, JOR 1996, 90 (CLBN/Romantica). Zie ook Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 345. Anders: Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 173.

⁴³³ Vgl. Van Oven, ‘Verhaal op goederen die geen registergoederen zijn onder de schuldenaar’, in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en beslag*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 163.

4.5.6.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Indien B vóór zijn faillissement, maar na het beslag door A, een beperkt recht op de zaak heeft gevestigd ten behoeve van C, vervalt krachtens artikel 33 lid 2 Fw het beslag van A, en lost het zich op in het algemeen faillissementsbeslag. In dat geval behoort de zaak immers ten opzichte van een ieder tot het vermogen van B. Deze situatie is dus wezenlijk anders dan de hiervóór besproken situatie, waarin B failliede nadat (i) beslag was gelegd op de zaak door A en (ii) B de zaak vervolgens aan C had vervreemd, terwijl C op de hoogte was van het beslag van A. In dit geval immers (kan de bezwaring weliswaar niet worden ingeroepen tegen A, maar) behoort de zaak ten opzichte van een ieder (waaronder A) tot het vermogen van B; door een bezwaring (anders dan een overdracht) verlaat de zaak niet het vermogen van B. Andere schuldeisers van B kunnen na de bezwaring dan ook nog steeds beslag op de zaak leggen, zij het alleen op een zaak in bezwaarde toestand (zie par. 4.5.5.2).

De vraag is, welke gevolgen in dit geval een faillissement van B heeft voor de bestaande rechtsverhoudingen, dit in verband met de regeling van artikel 33 lid 2 Fw, welk artikel bepaalt dat in faillissement gelegde beslagen vervallen. Dit voorschrift zou tot gevolg kunnen hebben, dat een faillissement van B in het voordeel is van degene aan wie in strijd met de in artikel 453a lid 1 Rv opgenomen verbodsbepaling een recht op de zaak is verleend na beslaglegging. Zou na beslaglegging de zaak bijvoorbeeld zijn verpand ten behoeve van C, waarna B failliet gaat, dan zou verval van het beslag immers betekenen dat de verpanding alsnog tegen A werkt.

Deze vraag was aan de orde in het arrest *Banque de Suez/Bijkerk q.q.*⁴³⁴ Hier was door A beslag gelegd ten laste van B. Vervolgens was door B een hypotheek gevestigd op de beslagen zaak ten behoeve van C, waarna B failliet ging. De Hoge Raad overweegt⁴³⁵:

“Het bepaalde in art. 33 lid 2 Fw, waarop [C] zich beroept, heeft wel tot gevolg dat [A] het beslagen goed niet meer zelf kan uitwinnen, maar strekt niet ertoe elk rechtsgevolg van de beslaglegging teniet te doen gaan. Met name gaat daardoor de werking van art. 505 [lid 2] Rv niet teniet ten gunste van [C]. Het stelsel van de Faillissementswet brengt mee dat het faillissement, als algemeen beslag, in de plaats treedt van de maatregelen van executie die tevoren de schuldeisers afzonderlijk konden nemen, en dat het tijdens

⁴³⁴ HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 (Banque de Suez/Bijkerk q.q.).

⁴³⁵ Voor het gemak heb ik de namen van partijen vervangen door A (beslaglegger), B (beslagene) en C (hypotheekhouder).

het faillissement de curator is die optreedt ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren in de plaats van de afzonderlijke schuldeisers, wier bevoegdheid tot het nemen van maatregelen van executie op hem is overgegaan. Het strookt met dit stelsel en met de strekking van art. 505 [lid 2] Rv aan te nemen dat na de faillietverklaring van [B] de curator zich ten behoeve van de boedel tegenover [C] kan beroepen op voormeld verbod en dat dit beroep tot gevolg heeft dat [C] de in artikel 1223 lid 2 BW⁴³⁶ bedoelde bevoegdheid niet kan uitoefenen, dat de opbrengst bij verkoop van het goed in de boedel valt voor zover die opbrengst het beloop van de vordering van de beslaglegger niet overtreft, en dat voor de uitdeling van het in de boedel gevallen bedrag de vordering van [C] wordt achtergesteld bij die van [A] zodat [C] met betrekking tot dat bedrag niet batig wordt gerangschikt.”

De Hoge Raad geeft dus een uitleg aan de rechtsgevolgen van artikel 33 lid 2 Fw, die er kort gezegd op neer komt dat het artikel wél tot gevolg heeft dat A niet meer zelf tot uitwinning kan overgaan (die bevoegdheid is overgegaan op de curator), maar dat het artikel niet meebrengt dat ook de aan het beslag verbonden blokkerende werking teniet gaat (vgl. thans artikel 57 lid 3 Fw). Dat artikel 33 lid 2 Fw in déze situatie (en dus anders dan in de situatie waarin het beslag is gevolgd door een vervreemding) van toepassing is ligt voor de hand, nu hier wel degelijk sprake is van een beslag op een vermogensbestanddeel van de beslagene. Dat is, zo kwam hiervóór reeds aan de orde, de reden dat schuldeisers van B na de beslaglegging nog steeds beslag kunnen leggen op de zaak (in bezwaarde toestand) én de reden dat het beslag in faillissement van B vervalt (met de door de Hoge Raad bedoelde “beperkte werking”).

De Hoge Raad overweegt hier mijns inziens dan ook terecht dat A het beslagen goed niet meer zelf kan uitwinnen. Het goed behoort immers óók ten opzichte van A tot het vermogen van B, zodat zijn beslag vervalt ex artikel 33 lid 2 Fw. Ook juist en in overeenstemming met zowel het doel van de blokkeringsregel als de werking van artikel 33 Fw⁴³⁷ lijkt mij, dat de blokkerende werking van het beslag

436 Artikel 1223 lid 2 (oud) BW luidt als volgt: “Het staat echter den eersten hypotheekairen schuldeischer vrij om, bij het vestigen der hypotheek, uitdrukkelijk te bedingen dat, bij gebreke van behoorlijke voldoening der hoofdsom, of van de betaling der verschuldigde renten, hij onherroepelijk zal zijn gemagtigd het verbonden perceel in het openbaar te doen verkoopen, ten einde uit de opbrengst te verhalen zoo wel de hoofdsom als de renten en de kosten. Dat beding zal op de openbare registers moeten worden aangeteekend, en zal de veiling moeten plaats hebben op de wijze als bij artikel 1255 is voorgeschreven.” Het artikel is vervangen door artikel 3:268 BW: een recht van parate executie voor iedere hypotheekhouder (zie Parl. Gesch. Boek 3 (TM), p. 823).

437 Zie in dit verband A.I.M. Van Mierlo, Burgerlijke rechtsvordering (Losbl.), Inleiding executie- en beslagrecht, aant. 20: “Men moet dit voorschrift aldus opvatten, dat de individuele beslagen zonder enige terugwerkende kracht opgaan in – als het ware geabsorbeerd worden door – het algemene faillissementsbeslag. Van enig ‘verval’ is geen sprake. De individuele beslagen kunnen immers herleven en verliezen niet elk rechtsgevolg.” Vgl. ook de noot van Steneker onder Rechtbank Amsterdam 9 januari 2008, JOR 2008, 82 (Van Dijk q.q./ABN Amro).

blijft bestaan. Nu het beslag van A rust op een zaak die ten opzichte van een ieder tot het vermogen van B behoort en daarmee is opgegaan in het algemene faillissementsbeslag, terwijl het beslag als zodanig geen prioriteit schept, profiteren alle faillissementsschuldeisers van deze blokkerende werking.⁴³⁸ Tot die faillissementsschuldeisers behoort ook C, echter niet als schuldeiser met voorrang op basis van zijn hypotheekrecht, maar als concurrent schuldeiser: algemeen is men het er over eens dat de laatste zin van bovengeciteerde overweging onjuist is⁴³⁹, althans begrepen moet worden⁴⁴⁰ in die zin, dat de hypotheekhouder niet “als hypotheekhouder” (dus met voorrang) gerangschikt kan worden, maar wel als concurrent schuldeiser.

De situatie in faillissement wordt daarmee op min of meer dezelfde manier opgelost als buiten faillissement, zij het dat, in het geval C een pandrecht zou hebben verkregen, het pandrecht niet alleen niet kan worden ingeroepen tegen A, maar óók niet tegen de overige schuldeisers. Dat gaat natuurlijk niet verder, zo overweegt de Hoge Raad terecht, dan het bedrag dat A van B te vorderen heeft, c.q. het bedrag waarvoor beslag was gelegd.

Ook indien C een recht van vruchtgebruik heeft, zullen de overige schuldeisers nu profiteren van de blokkerende werking van het beslag van A, althans tot de hoogte van de vordering van A, c.q. het bedrag waarvoor beslag was gelegd. Dit betekent dat het recht van vruchtgebruik van C zal vervallen, en dat de schadevergoeding, waarop C krachtens artikel 3:282 BW recht heeft, pas aan de orde komt nadat de opbrengst tot het bedrag van de vordering van A tussen de overige schuldeisers is verdeeld. C heeft met deze vordering tot schadevergoeding dan echter wel voorrang op de overige schuldeisers. In een rekenvoorbeeld: A heeft een vordering van 100.000 en heeft voor die vordering beslag gelegd op een roerende zaak van

438 Vgl. De Groot, ‘Beslag, hypotheek en faillissement’, *WPNR* 5897 (1988); Oudelaar, ‘Gelegde beslagen vervallen, of niet?’ *WPNR* 5887 (1988); Van der Kwaak, ‘Banque de Suez/Mr. Bijkerk q.q.: de Hoge Raad heeft zich niet vergist en is evenmin omgegaan’, in: *CJHB: Brunner-Bundel*. (Hartlief), Deventer: Kluwer 1994, p. 234+235; Albers-Dingemans, ‘Hinderpalen bij executie’, in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht, Preadvies KNB*. (A.-D. e.a.), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 37; Van Mierlo, ‘Reuser q.q./Postbank’, *AA* 2006 (4), p. 367 en de noot van Faber onder Rechtbank Rotterdam 16 januari 2008, *JOR* 2008, 113 (Technische Unie/Imtech).

439 Zie de noot van Van der Grinten onder het arrest. Zie voorts Oudelaar, ‘Gelegde beslagen vervallen, of niet?’ *WPNR* 5887 (1988); De Groot, ‘Beslag, hypotheek en faillissement’, *WPNR* 5897 (1988); Kist-Oudelaar, ‘Verhaal op onroerende zaken’, in: *Vademecum Burgerlijk procesrecht, Executie en Beslag*. (H. Oudelaar), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 373; Van Mierlo, ‘Reuser q.q./Postbank’, *AA* 2006 (4), p. 367 en Faber in zijn noot onder Rechtbank Rotterdam 16 januari 2008, *JOR* 2008, 113 (Technische Unie/Imtech).

440 Zie Van der Kwaak, ‘Banque de Suez/Mr. Bijkerk q.q.: de Hoge Raad heeft zich niet vergist en is evenmin omgegaan’, in: *CJHB: Brunner-Bundel*. (Hartlief), Deventer: Kluwer 1994, p. 238+239 en Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 347 (noot 425).

B. C krijgt vervolgens een recht van vruchtgebruik op de zaak. De waarde van dit recht is 300.000. B gaat failliet. De overige schuldeisers (X) hebben vorderingen van in totaal 800.000. Zowel A als X zijn concurrent schuldeisers. De executie-opbrengst van de zaak is 150.000. Nu wordt eerst 100.000 pons-ponsgewijs verdeeld tussen A en X, waarna B 50.000 krijgt.

De situatie in en buiten faillissement wordt aldus op dezelfde wijze opgelost, met dit verschil dat A (afhankelijk van zijn rang ten opzichte van de overige schuldeisers) uiteindelijk minder krijgt in faillissement dan daarbuiten, omdat in faillissement alle schuldeisers profiteren van de blokkerende werking van zijn beslag, terwijl buiten faillissement alleen A hiervan profiteert.

4.5.6.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak*

In het geval C een recht van huur heeft, moet mijns inziens hetzelfde gelden als in het geval hij een recht van vruchtgebruik heeft. Ik verwijs naar het bovenstaande.

4.6 **Gevolgen van de relativering voor (rechtsoptvolgers en schuldeisers van) de verkrijger (C)**

4.6.1 *Inleiding*

Zoals hierboven is besproken, heeft C, ondanks de beslaglegging door A, op de normale wijze een recht op de zaak verkregen dat hij tegen een ieder kan inroepen, met uitzondering van A. Over dit recht kan C beschikken ten gunste van een derde (X). In deze paragraaf zullen de gevolgen daarvan voor de betrokken partijen aan de hand van diverse scenario's worden besproken. Daarbij zal steeds onderscheid worden gemaakt tussen de diverse mogelijke (voorafgaande) rechtshandelingen: het geval dat B de zaak aan C had overgedragen, het geval dat B een beperkt recht op de zaak had gevestigd ten behoeve van C, en het geval dat B aan C de zaak heeft verhuurd⁴⁴¹. Een belangrijke vraag die in alle situaties aan de orde is, is of de blokkerende werking als gevolg van het beslag van A ook doorwerkt ten aanzien van een derde. Deze vraag zal dan ook eerst behandeld worden.

⁴⁴¹ Andere persoonlijke rechten die door B aan C zouden kunnen zijn verleend zijn thans niet relevant, nu deze ofwel tegen geen van de schuldeisers van B kunnen worden tegengeworpen, ofwel tegen alle schuldeisers van B, waaronder (in beide gevallen) A. Bij gebreke van een toepasselijke blokkeringsregel gelden die rechten dan immers ook ten opzichte van A. Dan is van relativering geen sprake, zodat ik deze rechten hier verder buiten beschouwing laat.

4.6.2 Doorwerking van de blokkeringsregel, maar niet onbeperkt

Als gezegd is C in beginsel⁴⁴² vrij over de zaak, of het recht op de zaak, te beschikken ten behoeve van een derde (X). De vraag is, of X daarmee eigenaar van de zaak resp. rechthebbende van een (beperkt of huur-) recht op de zaak wordt ten aanzien van een ieder, of dat (ook) deze beschikkingshandeling niet tegen A kan worden ingeroepen. De vraag is, met andere woorden, of de blokkeringsregel (alsmede de regel die de derde beschermt tegen de werking van de blokkeringsregel, artikel 453a lid 2 Rv) van artikel 453a lid 1 Rv “doorwerkt” ten aanzien van X. Ook speelt de vraag of van een dergelijke doorwerking nog sprake is als X wél te goeder trouw is in de zin van artikel 453a lid 2 Rv, maar een vierde (aan wie X de zaak dus andermaal vervreemdt) niet.

Naar mijn mening werkt de blokkeringsregel en de daaraan gekoppelde derdenbescherming wel door, maar stopt deze doorwerking als ten minste één partij in de schakel voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv. Voor deze beperkte doorwerking zijn aanwijzingen te vinden in de tekst van artikel 453a lid 2 Rv, terwijl deze beperkte doorwerking ook wetsystematisch juist is.

De wet (artikel 453a Rv) stelt mijns inziens geen beperkingen aan een mogelijke doorwerking van de blokkeringsregel. Het artikel spreekt immers (in algemene zin) over:

“een vervreemding (...) van de zaak, tot stand gekomen nadat deze in beslag genomen is (...)”

Uit de tekst van het artikel is dus in ieder geval af te leiden dát de blokkeringsregel doorwerkt, maar er zou zelfs uit afgeleid kunnen worden dat het ook de hierboven genoemde verdergaande doorwerking – dus doorwerking ten aanzien van een vierde die niet aan de eisen van artikel 453a lid 2 Rv voldoet, terwijl de derde daaraan wél voldoet – heeft.

Dat laatste is mijns inziens echter niet het geval. Dat zou immers niet alleen in strijd zijn met de gewenste rechtszekerheid ten aanzien van de vraag wie moet worden aangemerkt als eigenaar van de zaak⁴⁴³, maar voorts is dit wetsystematisch onjuist. Van een dergelijke doorwerking is immers ook geen sprake bij overdracht door een beschikkingsonbevoegde in de zin van artikel 3:84 BW. Indien

⁴⁴² Zie voor de beperkingen (afhankelijk van de door partijen gekozen vorm) artikel 6:159 BW, resp. artikel 3:83 BW.

⁴⁴³ Vgl. in dit verband Asser-Mijnssen-De Haan, 2006 (3-1), nr. 340.

in dat geval de eerste verkrijger (in ons voorbeeld C) niet krachtens bijvoorbeeld artikel 3:86 BW wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van zijn vervreemder (in ons voorbeeld B), is C zelf ook weer beschikkingsonbevoegd in de zin van artikel 3:84 BW, en verkrijgt de tweede verkrijger (in ons voorbeeld X) geen recht, tenzij hij wél wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van C door (in dit geval) artikel 3:86 BW. Is er in de schakel ten minste één partij die voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:86 BW, dan zijn alle volgende rechtsverkrijgers eigenaar, óók als zij zelf niet te goeder trouw zijn.⁴⁴⁴ Men zou de regeling van artikel 3:84 jo. artikel 3:86 BW de “moederregeling” van de bescherming van derden-verkrijgers te goeder trouw kunnen noemen, namelijk de regeling waarop de andere regelingen zijn gebaseerd (vgl. artikel 453a lid 2 en artikel 7:42 BW⁴⁴⁵), zodat hetgeen op basis van die regeling ten aanzien van doorwerking wordt aangenomen, ook moet gelden voor op deze moederregeling gebaseerde regelingen. Daarbij is dan voorts nog van belang dat hetgeen voor een zakelijk gerechtigde geldt (bij toepassing van artikel 3:86 BW is steeds sprake van een zakelijk gerechtigde) juist ook voor een schuldeiser zou moeten gelden. Het kan mijns inziens niet zo zijn dat een schuldeiser een verdergaande bescherming geniet dan een zakelijk gerechtigde.

A kan zijn beslag dus ook onder X vervolgen, tenzij C en/of X beschermd worden door artikel 453a lid 2 Rv. De kans dat A het beslag ook onder X kan vervolgen is dus niet zo groot; slechts in uitzonderlijke omstandigheden mag verwacht worden dat X op de hoogte is, althans behoort te zijn, van het beslag van A.⁴⁴⁶

4.6.3 Overdracht van (het beperkte recht of huurrecht met betrekking tot) de zaak door C aan X

4.6.3.1 Inleiding

In deze paragraaf zal worden besproken, wat de gevolgen voor betrokken partijen zijn als C, nadat hij van B (een recht op) de zaak heeft verkregen (waarop beslag was gelegd door A) over (dat recht op) die zaak beschikt ten behoeve van een derde (X). Dat zal gebeuren aan de hand van drie verschillende scenario's die kunnen zijn voorafgegaan aan de rechtshandeling C-X.

⁴⁴⁴ Vgl. in dit verband Asser-Mijnssen-De Haan, 2006 (3-1), nr. 340. Er bestaat overigens discussie over de vraag of één van de partijen in de schakel een beroep op bescherming moet doen (zoals wordt betoogd in Asser-Mijnssen-De Haan, 2006 (3-1), nr. 340), of dat deze bescherming van rechtswege werkt (zoals wordt betoogd in (onder meer) Mon. Nieuw BW A-22 (Nieskens-Isphoring-Van der Putt-Lauwers), *Derdenbescherming*, Deventer: Kluwer 2002). Vgl. ook Snijders-Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 367. Die discussie is hier niet van belang, zodat ik deze verder buiten beschouwing laat.

⁴⁴⁵ Zie in dat kader Fikkers, *Recht van reclame* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1992, p. 247+248.

⁴⁴⁶ Vgl. Fikkers, *Recht van reclame* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1992, p. 247.

4.6.3.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

C kan, indien B de zaak eerder aan hem had overgedragen maar hij (C) zelf niet voldeed aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, door een vervreemding van de zaak aan X bewerkstelligen dat de zaak ook ten opzichte van A (niet langer tot het vermogen van B, maar) tot het vermogen van X behoort, met als gevolg dat A zijn vordering niet langer op de zaak kan verhalen. Immers, zoals hierboven is betoogd, werkt de blokkeringsregel door, maar ook de daaraan gekoppelde bepaling die de rechten van derden te goeder trouw beschermt.

Indien echter X evenmin voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, kan ook deze tweede vervreemding niet tegen A worden ingeroepen. Dan kan A dus zijn vordering op B ondanks de overdracht door C aan X nog steeds op de zaak verhalen.

Ik meen overigens dat als C de zaak overdraagt aan X met als doel omzeiling van het verhaalsrecht van A, C een onrechtmatige daad pleegt jegens A en aldus schadeplichtig is.

4.6.3.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

De hierboven bepleite (beperkte) doorwerking geldt ook, indien B de zaak niet aan C had overgedragen, maar in weerwil van het beslag ten behoeve van C een beperkt recht op de zaak zou hebben gevestigd, en C dit beperkte recht overdraagt aan X. Nu het hier om een roerende zaak gaat, kan dit beperkte recht alleen een pandrecht of een recht van vruchtgebruik zijn. Als C zelf voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, is A gebonden aan dit beperkte recht van C. Dat geldt ook, als C het beperkte recht zou overdragen aan X en X niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv. Zoals hiervóór is betoogd verkrijgt X in dat geval immers van wat ik – bij gebreke van een beschikbare juridische term⁴⁴⁷ – een zuivere partij zal noemen.

Als C niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, is afhankelijk van de goede trouw van X, of A bij de executie gebonden is aan het beperkte recht van (inmiddels) X.

⁴⁴⁷ Van beschikkings(on-)bevoegdheid is immers geen sprake, nu door het beslag de beschikkingsbevoegdheid niet wordt aangetast, zie par. 4.3.2.

Ten aanzien van een (door B aan C verleend) pandrecht is hierbij nog van belang, dat dit pandrecht (door C) niet afzonderlijk overgedragen kan worden. Het pandrecht is een afhankelijk recht (artikel 3:7 BW), zodat het alleen kan worden “overgedragen” door de vordering waarvoor het pandrecht is gevestigd over te dragen. Die vordering is niet beslagen door A, zodat C in beginsel vrij is (óók ten opzichte van A) die vordering over te dragen en wel zodanig, dat deze overdracht ook tegen A kan worden ingeroepen. Dat zou echter betekenen, dat het beslag van A gemakkelijk omzeild zou kunnen worden door samenspanning door B, C en X: A legt beslag op een roerende zaak (voor een vordering van A op B), vervolgens vestigt B een pandrecht op die zaak ten behoeve van C (voor een vordering van C op B), en draagt C de vordering over aan X. X zou dan, ondanks zijn wetenschap van het beslag van A, de vordering met voorrang op A op de zaak kunnen verhalen. Hier zijn mijns inziens twee oplossingen.

Ten eerste is naar mijn mening goed verdedigbaar dat de overdracht van de vordering versterkt met het pandrecht door C aan X moet worden aangemerkt als (ook) een overdracht van het pandrecht, zodat het pandrecht van X niet tegen A kan worden ingeroepen, indien X niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv. Deze oplossing doet recht aan de bedoeling van het beslagrecht en is ook in lijn met de oplossing van de Hoge Raad in Van Berkel/Tribosa.⁴⁴⁸ In de zaak die tot dat arrest heeft geleid had Van Berkel (schuldeiser van Zuid-Arcade) beslag gelegd onder Tribosa op de vordering van Zuid-Arcade op Tribosa uit hoofde van een tussen hen gesloten huurovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak. De onroerende zaak werd overgedragen aan een derde, die de bestaande huurovereenkomst (in eerste instantie) voortzet. In cassatie was de vraag aan de orde of het door Van Berkel gelegde beslag ook rust op de huurtermijnen die vervallen ná de overdracht van de onroerende zaak. Ook hier werd dus niet het beslagen goed zelf vervreemd, maar werd door de vervreemding van een ander goed een resultaat bereikt alsóf het beslagen goed was vervreemd. De Hoge Raad oordeelt:

“Wanneer de eigenaar-verhuurder het verhuurde onroerend goed aan een ander verkoopt en levert, doet hij daarmee ingevolge art. [7:226 lid 1] BW het vorderingsrecht met betrekking tot de huurpenningen op de verkrijger overgaan. In de vervreemding van het verhuurde goed ligt dan de vervreemding van het bedoelde vorderingsrecht besloten. Ook deze vervreemding kan niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen.”

448 HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 (Van Berkel/Tribosa).

Ook in de vervreemding van een vordering die versterkt is met een pandrecht (op een roerende zaak) ligt de “vervreemding” van het pandrecht besloten, en wel door de werking van artikel 3:7 BW. Goed verdedigbaar is derhalve, dat ook deze vervreemding niet tegen A kan worden ingeroepen, tenzij X voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv.

Een tweede oplossing is een actie uit onrechtmatige daad van A jegens X,⁴⁴⁹ waarbij het onrechtmatig handelen van X is gegrond op het feit dat hij zich het pandrecht laat “overdragen”, wetende dat hij daarmee het beslag van A frustreert. Het gevolg daarvan is een verplichting tot schadevergoeding van X. In deze oplossing is A evenwel gebonden aan het pandrecht van X. In het geval X weinig tot geen verhaal biedt, doet A er verstandig aan direct (conservatoir) beslag te leggen op hetgeen na de executieverkoop aan X toekomt op grond van zijn pandrecht.

4.6.3.4 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuuring van de zaak*

Als C het aan hem (door B) verleende huurrecht zou willen (en kunnen; vergelijk, afhankelijk van de door partijen gekozen constructie, artikel 6:159 BW resp. artikel 3:83 BW) overdragen aan X, geldt hetzelfde als hiervoor is opgemerkt: voldeed C aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, dan is A bij executie van de zaak gebonden aan het huurrecht van (inmiddels) X, óók als X zelf niet aan die voorwaarden voldoet. Was C niet te goeder trouw, dan komt het aan op de goede trouw van X.

4.6.4 *Vestiging van een beperkt recht door C ten behoeve van X*

4.6.4.1 *Inleiding*

C kan op het van B verkregen recht een beperkt recht vestigen. Hier zijn (wederom) drie (aan die bezwaring voorafgaande) situaties mogelijk: de situatie dat B de zaak aan C had overgedragen, en C dus als eigenaar van de zaak een beperkt recht op die zaak vestigt, de situatie dat B ten behoeve van C een beperkt recht op de zaak had gevestigd, en C een beperkt recht op dit beperkte recht vestigt, alsmede de situatie dat B aan C een huurrecht heeft verleend en C dus (voor zover dit mogelijk is, zie artikel 3:83 BW) een beperkt recht op dit huurrecht vestigt.

⁴⁴⁹ Overigens zal in een dergelijk geval vermoedelijk ook sprake zijn van een onrechtmatige daad van C jegens A, wegens het moedwillig verstoren van de verhaalsmogelijkheden van A.

4.6.4.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Indien C (als eigenaar) ten behoeve van X een beperkt recht op de zaak vestigt, geldt in beginsel hetzelfde als hiervóór is opgemerkt ten aanzien van een overdracht van de zaak door C aan X. Voldeed C bij de overdracht door B aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, dan is A dus in beginsel (voorgoed) de mogelijkheid ontgenomen zijn vordering nog langer op de zaak te verhalen. Een latere vestiging van een beperkt recht op de zaak (door C ten behoeve van X) doet daar niet aan af, zelfs niet als X (wel) op de hoogte is van het door A gelegde beslag.

Voldeed C niet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, maar X wél, dan betekent dit, dat A weliswaar de zaak nog zal kunnen executeren (de zaak behoort ten opzichte van A immers tot het vermogen van B, zijn schuldenaar), maar alleen onder de last van het beperkte recht van X. Is dus sprake van een recht van vruchtgebruik, dan zal dit recht van vruchtgebruik (ook) tegen A kunnen worden ingeroepen en kan A alleen de blote eigendom executeren. Zou C ten behoeve van X een pandrecht hebben gevestigd op de zaak, dan gaat X bij de executie van de zaak vóór op A.

Is X niet te goeder trouw in de zin van artikel 453a lid 2 Rv, dan kan A het beperkte recht van X negeren – dit recht kan dan immers niet tegen A worden ingeroepen – en dus zijn vordering verhalen op de volle eigendom van de zaak.

4.6.4.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Als C (als beperkt gerechtigde) een beperkt recht op zijn beperkt recht vestigt (bijvoorbeeld een pandrecht op zijn recht van vruchtgebruik) is wederom het hierboven besproken stelsel van toepassing: indien C zelf voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, kan A zijn vordering alleen nog op de blote eigendom van B verhalen. Als C een beperkt recht op dit beperkte recht vestigt ten behoeve van X, dan is A hieraan dus gebonden, ook als X niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv. X verkrijgt in dit geval immers van een “zuivere” partij (vgl. par. 4.6.2). Daarvan profiteren ook rechtsopvolgers van C die niet te goeder trouw zijn.

Voldeed C niet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, en X evenmin, dan kan noch het beperkte recht van C, noch het beperkte recht van X tegen A worden ingeroepen. Voldeed X daarentegen wél aan de vereisten van artikel 453a lid 2 Rv, dan kan A executeren vrij van het beperkte recht van C, maar is hij gebonden aan het beperkte recht van X.

4.6.4.4 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak*

Als C als huurder van de zaak een beperkt recht op dit huurrecht vestigt (namelijk op het vorderingsrecht voortvloeiend uit de huurovereenkomst) ten behoeve van X (voor zover dit mogelijk is, vgl. artikel 3:83 BW), geldt wederom het hierboven verdedigde stelsel van (beperkte) doorwerking van de blokkerende werking van het beslag van A: werd C beschermd door artikel 453a lid 2 Rv, dan kan (ook) de bezwaring door C ten behoeve van X tegen A worden ingeroepen. Voldeed C niet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, dan kan het beperkte recht van X op het huurrecht van C evenmin tegen A worden ingeroepen, tenzij X voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv.

4.6.5 *Verlening van een persoonlijk recht door C ten behoeve van X*

4.6.5.1 *Inleiding*

C kan ten aanzien van het door hem verkregen recht een persoonlijk recht verlenen aan X. In het hiernavolgende zal bekeken worden in hoeverre dit recht ook kan worden ingeroepen tegen A, waarbij weer onderscheiden wordt tussen drie situaties.

4.6.5.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Als B aan C de zaak zou hebben overgedragen, kan C een persoonlijk recht met betrekking tot de zaak verlenen aan X. Voldeed C ten tijde van de overdracht door B aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, dan zal A zijn vordering niet langer op de zaak kunnen verhalen en doet dus (althans voor mijn betoog) niet ter zake of C inmiddels een persoonlijk recht heeft verleend aan X.

Wordt C daarentegen niet beschermd tegen de blokkerende werking als gevolg van het beslag, dan bestaat voor A nog steeds de mogelijkheid zijn vordering op de zaak te verhalen (ten opzichte van A is de zaak immers nog steeds van B). Mijns inziens is A daarbij nooit gebonden aan persoonlijke rechten verleend door C aan X, en kan hij de zaak dus executeren vrij van het persoonlijke recht van X. De enige uitzondering is de eerder besproken situatie dat X een eigen recht kan inroepen jegens A, of dat A door bij de executie het recht van X niet te erkennen (kort gezegd) misbruik zou maken van zijn (verhaals-)recht.

4.6.5.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Als B aan C een beperkt recht zou hebben verleend, is voorstelbaar dat C ten aanzien van dit beperkte recht een persoonlijk recht verleent aan X.⁴⁵⁰ Als C zelf voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, is A bij executie gebonden aan het beperkte recht van C en kan dus geen strijd ontstaan ten aanzien van de rechten van A en X. Is dat echter niet het geval, dan is wederom het hierboven verdedigde stelsel van toepassing en is A niet gebonden aan dit recht omdat het niet tegen A kan worden ingeroepen, tenzij X een eigen recht kan inroepen jegens A, of A misbruik van recht zou maken als hij de zaak zou executeren zonder instandhouding van het recht van X.

4.6.5.4 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak*

C kan ten aanzien van het van B verkregen huurrecht een persoonlijk recht verlenen aan X. Zoals reeds is besproken, is A hieraan in beginsel niet gebonden, tenzij – anders dan hiervóór bepleit – (i) het betreffende persoonlijke recht (ook) een huurrecht is, en aangenomen zou moeten worden dat ook een verhuring door een derde valt onder de werking van artikel 7:226 lid 2 BW (in welk geval artikel 453a lid 1 Rv, als gevolg van de hiervóór bepleite doorwerking daarvan, de verhuring blokkeert), en X voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, zodat het huurrecht van X tegen A kan worden ingeroepen, en (ii) (bij alle persoonlijke rechten) A (kort gezegd) misbruik van zijn executiebevoegdheid zou maken jegens X.

4.6.6 *Schuldeisers van C verhalen hun vordering op de zaak*

Als C niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, hoeft A bij verhaal op de zaak niet te concurreren met schuldeisers van C. Ten opzichte van A is de zaak, althans het (beperkte of huur-) recht op de zaak, immers helemaal niet van C, zodat A ook niets te maken heeft met schuldeisers van C die hun vorderingen daarop willen verhalen. Zij komen pas aan bod als er een restant is; dit restant komt toe aan C (zie nog hierna, par. 4.8.1), zodat schuldeisers van C hun vorderingen op dit restant kunnen verhalen.

Voldoet C wel aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, dan is verhaal op de zaak door A niet langer mogelijk en kunnen schuldeisers van C hun vorderingen op (het recht op) de zaak verhalen.

⁴⁵⁰ Gewezen zij op artikel 3:217 BW, dat bepaalt dat de vruchtgebruiker de aan het vruchtgebruik onderworpen zaken mag verhuren, voor zover bij de vestiging van het vruchtgebruik niet anders is bepaald.

4.6.7 C gaat failliet

Als C failliet gaat nadat hij (een recht op) de door A beslagen zaak heeft verkregen (van B), dan is de vraag of de zaak al dan niet in het faillissement van C valt en zo ja, in welke omvang. Die vraag wordt verschillend beantwoord naar gelang de positie van C: eigenaar, beperkt gerechtigde of huurder. Deze posities zullen in het hiernavolgende besproken worden.

4.6.7.1 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vervreemding van de zaak*

Indien B aan C de zaak in weerwil van het beslag had vervreemd is C, zoals hiervoor is besproken, ten opzichte van een ieder eigenaar van de zaak geworden, met uitzondering van A – uiteraard behalve in het geval C voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv. Ten opzichte van A behoort de zaak nog steeds tot het vermogen van B. Dit betekent, dat A geen last heeft van het faillissement van C. Het beslag van A vervalt mijns inziens dan ook niet. Ten opzichte van A ligt dit beslag immers niet op een vermogensbestanddeel van C, maar op een vermogensbestanddeel van B. Artikel 33 lid 2 Fw is hier dus niet van toepassing. Al behoort de zaak ten opzichte van de curator tot het vermogen van C, en valt de zaak dus in de boedel, ten opzichte van A blijft de vervreemding niet-intoepbaar, hetgeen A ook aan de curator kan tegenwerpen. Pas als er een restant is, valt dit in de boedel (zie nog hierna, par. 4.8.1).

4.6.7.2 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de vestiging van een beperkt recht op de zaak*

Indien C een beperkt recht op de zaak had verkregen in weerwil van het beslag van A, kan deze bezwaring niet tegen A worden ingeroepen – tenzij C voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv. Dan is dus ten opzichte van A sprake van een onbezwaarde zaak. Voor de gevolgen daarvan in een faillissement van C moet onderscheiden worden naar gelang het gaat om een recht van vruchtgebruik of een pandrecht.

– Pandrecht

Indien C een pandrecht heeft verkregen op de zaak, zal de curator in het faillissement van C dit pandrecht te gelde willen maken. Als gezegd kan het pandrecht echter niet tegen A worden ingeroepen. Aangenomen dat B ten behoeve van C een pandrecht op de zaak heeft gevestigd voor een vordering van C op B, is C echter wél (óók ten opzichte van A) schuldeiser van B. Al geldt zijn recht van voorrang (op grond van het pandrecht) dus niet ten opzichte van A, C (en daarmee de curator) mag wel meedelen in de opbrengst van die zaak (zie ten aanzien van

de vraag of daarvoor nodig is dat C, althans de curator, beslag legt, par. 4.5.5.2). Ten opzichte van andere schuldeisers van B die beslag hebben gelegd op de zaak heeft C wél een voorrangpositie. De executieopbrengst moet dan aldus verdeeld worden, dat die voorrangpositie geldend gemaakt wordt ten opzichte van die schuldeisers, maar niet ten opzichte van A. De sleutel van deze verdeling is gegeven in par. 4.5.5.2.

– Recht van vruchtgebruik

In faillissement van C zal de curator het recht van vruchtgebruik ten behoeve van de boedel willen uitoefenen, althans te gelde willen maken. Tegen A kan dit recht echter niet worden ingeroepen. A kan dus overgaan tot executie van (de volle eigendom van) de zaak. Door de executie (en bijgevolg het verlies van zijn recht) krijgt C, en in diens faillissement de curator, een vordering tot schadevergoeding jegens B ter hoogte van de waarde van dit vruchtgebruik. Deze vordering neemt rang onmiddellijk na A, en vóór andere schuldeisers (van B) tegen wie hij zijn recht van vruchtgebruik wel kan inroepen (schuldeisers dus die beslag hebben gelegd nádat aan C een recht van vruchtgebruik was verleend). Verwezen zij naar par. 4.5.6.2.

4.6.7.3 *De (voorafgaande) rechtshandeling B-C bestond uit de verhuring van de zaak*

Als de zaak aan C was verhuurd nadat deze beslagen was door A, kan, als C niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 453a lid 2 Rv, het huurrecht niet tegen A worden ingeroepen. A kan de zaak dus executeren vrij van het huurrecht van C. Daarmee krijgt C, en in diens faillissement de curator, mijns inziens – gelijk de vruchtgebruiker – recht op een schadevergoeding, met voorrang te verhalen onmiddellijk na A. Verwezen zij naar par. 4.6.4.3.

4.7 Gevolgen van de relativering voor de beslaglegger (A)

De hiervóór, bij de behandeling van de positie van B en C, besproken casusposities spelen niet bij de positie van A. A heeft immers geen bevoegdheden ten aanzien van de zaak; hij heeft alleen een verhaalsrecht. Hij mag zijn vordering (op B) verhalen op de beslagen zaak, mits hij een executoriale titel heeft.

Dit roept de vraag op, welk recht A heeft in het geval C (niet te goeder trouw in de zin van artikel 453a lid 2 Rv) de zaak heeft verkocht aan een derde (X) te goeder trouw (in de zin van artikel 453a lid 2 Rv) of ten behoeve van deze derde

te goeder trouw een beperkt of persoonlijk recht op de zaak heeft gevestigd.⁴⁵¹ In dat geval vervalt het beslag door de werking van artikel 453a lid 2 Rv, althans (bij de verlening van een beperkt recht of een persoonlijk recht dat ook tegen A kan worden ingeroepen) heeft A nog slechts verhaal op een zaak waarop een derde een beperkt of persoonlijk recht heeft. Uiteraard blijft voor A de mogelijkheid bestaan (daarnaast) verhaal te zoeken op andere vermogensbestanddelen van B. In het geval B weinig tot geen verhaal biedt, of in het geval B failliet is, is de vraag of A zich ook tot C kan wenden. Vóórdat C een recht op de zaak had gegeven aan X, kon A zijn vordering immers nog op de (volle eigendom van de) zaak verhalen, nu de vervreemding, bezwaring of verhuring aan C niet tegen A kon worden ingeroepen.

Zoals bij de actio pauliana is besproken, kon A zich in een dergelijk geval (min of meer) rechtstreeks wenden tot C, nu C jegens B in hun verhouding tot A tekort schoot in zijn verbintenis uit hoofde van onverschuldigde betaling, en dus een schadevergoeding verschuldigd was aan B, althans in zijn verhouding tot A (zie par. 3.7). Een dergelijke mogelijkheid bestaat niet bij beslag. Wel moet mijns inziens worden aangenomen dat C in zo'n geval onrechtmatig handelt jegens A door de zaak aan X te vervreemden althans X een recht op die zaak te geven, terwijl hij (C) weet dat A beslag op de zaak heeft gelegd, en dus schade lijdt of kan lijden. Aldus is C aan A schadevergoeding verschuldigd. A kan deze vordering verhalen op het vermogen van C. Verhaal op de (volle eigendom van de) beslagen zaak is echter niet mogelijk, nu deze inmiddels eigendom is van X (althans X een recht op die zaak heeft verkregen) en A niet bij X kan aankloppen. A zal dus vermogensbestanddelen van C moeten vinden waarop hij zijn vordering kan verhalen.

Een en ander geldt mijns inziens ook als de zaak is teniet gegaan, zelfs als dit buiten de schuld van C is gebeurd. Zoals wij hebben gezien bij de actio pauliana, is C ook dan (in beginsel) een schadevergoeding verschuldigd, omdat hij weet dat de betaling door B aan hem (C) zonder rechtsgrond is gedaan. Aldus is hij te kwader trouw in de zin van artikel 6:210 BW en dus direct in verzuim, met alle gevolgen van dien (zie par. 3.7.1.3). Ik meen dat ook bij beslag C in beginsel tot schadevergoeding is verplicht. Bij een tenietgaan van de zaak onder C geldt, net als bij een vervreemding van (of de verlening van een recht op) die zaak door C aan X, dat C willens en wetens (van B) een (recht op een) zaak heeft verkregen

⁴⁵¹ Is C wel te goeder trouw, dan speelt de vraag niet, en evenmin in het geval X niet te goeder trouw is. In het eerste geval is het beslag vervallen, en kan A zich slechts wenden tot B. Dat zal hem niet veel verder helpen, nu hij al schuldeiser was van B. In het laatste geval kan A zijn beslag ook onder X vervolgen. Zie par. 4.6.2.

waarop een beslag van A rust, en dus ervan op de hoogte was dat hij de verhaalsmogelijkheden van A frustreerde. Als A dit beslag vervolgens niet geldend kan maken omdat de zaak is vergaan, behoort dit mijns inziens voor risico van C te komen en is C dus verplicht tot schadevergoeding, óók als de zaak is vergaan buiten zijn schuld.

Hierbij moet apart aandacht worden besteed aan de situatie dat C een verkrijger om niet is. In dat geval wordt hij tegen de blokkerende werking van het beslag nooit beschermd, zelfs niet in het geval hij te goeder trouw is. Artikel 453a lid 2 Rv beschermt immers alleen rechten door derden verkregen anders dan om niet. Als C de zaak te goeder trouw maar om niet heeft verkregen, en vervolgens de zaak vervreemdt aan (of een recht op de zaak verleent ten behoeve van) X, die beschermd wordt door artikel 453a lid 2 Rv, is geen sprake van een onrechtmatige daad van C jegens A. Dat C in dat geval niets aan A hoeft te betalen is om die reden mijns inziens alleszins terecht. Verschil met de regeling van deze situatie bij de pauliana is er daarmee niet, nu C daar alleen iets aan A hoeft te betalen voor zover hij ten tijde van de rechtshandeling B-C nog was gebaat. Verwezen zij naar par. 5.4.3.3.

4.8 Gevolgen van de relativering voor de verhouding tussen de vervreemder (B) en de verkrijger (C)

4.8.1 Inleiding

Als B de door A beslagen zaak aan C heeft vervreemd, en C niet wordt beschermd door artikel 453a lid 2 Rv, kan A zijn vordering, zoals wij hebben gezien, nog steeds op de beslagen zaak verhalen, omdat de zaak ten opzichte van A eigendom is van B. Ten opzichte van ieder ander, waaronder B zelf, is de zaak echter eigendom van C. In de relatie tussen B en C heeft A dus een zaak geëxecuteerd die van C is. C lijdt daardoor schade. Als B een beperkt recht op de zaak heeft gevestigd ten behoeve van C, of de zaak aan C heeft verhuurd, dan is A bij de executie van de zaak niet aan de rechten van C gebonden, zodat deze vervallen. Ook dan lijdt C schade.

Het bedrag dat eventueel resteert uit de executieopbrengst nadat A en andere beslagleggers zijn voldaan is voor C; de blokkering stopt immers waar de benadeling van A ophoudt, zie par. 4.1.⁴⁵² In dit verband zij verwezen naar de toelichting van

⁴⁵² Zie ook Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 186.

Hartogh en Cosman, waar als antwoord op de vraag of de overwaarde van het goed door het vervreemdingsverbod wordt getroffen wordt gesteld:

“Uit de opbrengst van het onroerend goed zal de executant, indien er geene vóór het beslag ingeschreven hypothecaire schuldeischers zijn, vóór alles moeten worden voldaan, maar de eventuele overwaarde van het goed komt aan hem, die door de vervreemding of de gevestigde hypotheek daartoe gerechtigd is, omdat het verbod van vervreemding alléén tegen den executant geldt, mitsdien die overwaarde niet treft.”⁴⁵³

Ook bij beslag geldt dus de objectief-relatieve werking (zie in dat verband ook par. 4.1). Dit betekent dat de schade van C kleiner is naarmate de waarde van de zaak in verhouding tot de vordering van A groter is.

De vraag is of C deze schade kan terugvorderen bij B en zo ja, op welke grondslag(en). Een en ander zal in het navolgende besproken worden. Daarbij zal voorts worden besproken of de eventuele vordering van C op B ook in de verhouding tot A geldend gemaakt kan worden.

4.8.2 C heeft in beginsel een vordering uit toerekenbare tekortkoming

Duidelijk is, dat C door de executie door A niet heeft gekregen waar hij recht op had. Hij is de zaak, althans zijn recht op de zaak, immers kwijt. Indien nakoming blijvend onmogelijk is, zal B derhalve in beginsel, afhankelijk van de contractuele verhouding tussen partijen, schadevergoeding verschuldigd zijn aan C (vgl. artikel 7:15 BW). Anders dan bij de pauliana bestaat deze vordering ook ten opzichte van A. Ook ten opzichte van A is de overeenkomst tussen B en C immers geldig – dit in tegenstelling tot de pauliana, waar die overeenkomst nietig is ten opzichte van A (zie par. 3.8.3.2) – , zodat ook ten opzichte van A, B tekortschiet in de nakoming van de verplichtingen die uit deze overeenkomst voortvloeien.

4.8.3 C heeft een vordering uit subrogatie indien B de zaak aan C had vervreemd, maar niet ten opzichte van A

Mijns inziens heeft C ook een vordering op B uit hoofde van subrogatie, namelijk in het geval B de zaak zou hebben vervreemd aan C. Een ten opzichte van ieder ander dan A aan C toebehorende zaak wordt dan immers uitgewonnen voor de vordering die A heeft op B (artikel 6:150 sub a BW). Juist omdat de zaak ten

⁴⁵³ De wet van 7 juli 1896 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke regtsvordering, toegelicht door Hartogh en Cosman, p. 160.

opzichte van A níet van C is – maar van B – bestaat de vordering uit hoofde van subrogatie mijns inziens echter niet ten opzichte van A.

4.8.4 *C kan zijn recht in beginsel ook in concurrentie met A op het vermogen van B verhalen, maar niet volledig*

Als gezegd bestaat de vordering van C uit hoofde van subrogatie niet ten opzichte van A, zodat deze vordering volledig is achtergesteld bij de vordering van A. C doet er dan ook verstandig aan alleen voor subrogatie te kiezen als de vordering van A dusdanig is versterkt met voor- of zekerheidsrechten, dat hij met die vordering een grotere kans op voldoening heeft dan door gebruikmaking van de vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming.

Als C gebruik zou maken van een vordering uit toerekenbare tekortkoming, kan hij mijns inziens de vordering niet verhalen op de zaak zelf. Ten opzichte van C is de zaak immers van hemzelf, en hij kan zijn vordering niet verhalen op zijn eigen vermogen. Bovendien ontstaat (het grootste gedeelte van)⁴⁵⁴ zijn vordering pas door de executie van de zaak. Dan pas vervalt immers zijn recht. C kan zijn vordering op B dus alleen verhalen op andere vermogensbestanddelen van B.

De vraag is, of hij daarbij mag concurreren met A, indien de vordering van A niet volledig kan worden voldaan door verhaal op de beslagen zaak. Op zichzelf is er geen (wettelijke) reden C achter te stellen bij A – zoals bij de pauliana (vgl. par. 3.8). Als gezegd bestaat de vordering van C op B immers ook ten opzichte van A. Echter, doordat C zich een zaak heeft laten overdragen, terwijl hij weet dat daarop een beslag van A rust, handelt C mijns inziens echter onrechtmatig ten opzichte van A. Op grond van artikel 6:162 BW jo. artikel 6:2 BW behoort de vordering van C (op B) naar mijn mening dan ook achtergesteld te zijn bij die van A.

Dit geldt echter niet voorzover de schade bestaat uit de door C betaalde koopprijs. Daarvoor geldt een zelfde nuancering als bij de pauliana. Ook bij het beslag is immers sprake van een objectief-relatieve werking (zie hierboven en par. 4.1), en gaat de blokkerende werking dus niet verder dan nodig is om het nadeel van A op te heffen. Dit betekent dat, indien A zijn vordering zou kunnen verhalen op de door C betaalde koopprijs, hij niet langer verhaal kan nemen op de aan C vervreemde zaak.⁴⁵⁵ Die zaak behoort dan immers óók ten opzichte van A tot het vermogen van C. Kan A zijn vordering gedeeltelijk op die koopprijs verhalen, dan

454 Schade als gevolg van bijvoorbeeld het niet langer kunnen gebruiken van de zaak ontstaat al op het moment dat de deurwaarder de zaak meeneemt ter executie.

455 Vgl. Van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 186.

kan hij ook nog maar gedeeltelijk verhaal zoeken op de betreffende zaak. A mag immers niet beter worden van het feit dat B de zaak in weerwil van het beslag aan C heeft vervreemd.

Ik geef een cijfervoorbeeld ter verduidelijking. A heeft een vordering van 100. Hij legt beslag op de auto van B, waard 150. B vervreemt de auto vervolgens aan C. De door C betaalde koopprijs bedraagt 150. Kan A zijn vordering verhalen op de volledige koopprijs, dan mag hij geen verhaal zoeken op de auto. Is van de door C betaalde koopprijs nog een bedrag van 100 beschikbaar voor verhaal door A, dan kan hij verhaal nemen op de auto, maar niet voor meer dan 50. Het restant komt toe aan C op basis van de objectief-relatieve werking van de blokkeringsregeling.⁴⁵⁶

Samenvattend kan C wat zijn vordering uit subrogatie betreft niet, maar wat zijn vordering uit toerekenbare tekortkoming betreft wel met A concurreren, echter niet waar het andere schade dan de door C betaalde koopprijs betreft. Verhaal op de zaak zelf is niet mogelijk voor C.

⁴⁵⁶ Ook hier ontbreekt een wettelijke regeling. Men zal bereid moeten zijn artikel 480 Rv welwillend te lezen. Zie par. 3.8.4.1.

5 Relativering van eigendom: een aantal gezichtspunten⁴⁵⁷

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is ten aanzien van drie figuren die (kunnen) leiden tot relativering van eigendom onderzocht, wat de ratio van de relativering is, ten opzichte van wie de eigendom wordt gerelativeerd en wat de praktische consequenties zijn van relativering van eigendom, met name in die gevallen, waarin partijen (A, B en C⁴⁵⁸) over hun “recht” beschikken.

Duidelijk is, dat relativering van eigendom een inbreuk betekent op het absolute eigendomsrecht. Het absolute recht van C op een zaak wordt immers wel erkend, maar niet ten opzichte van A, hetgeen in strijd is met ons idee omtrent de absolute aard van zakelijke rechten.⁴⁵⁹ Daarbij komt, dat de inbreuk op dit absolute recht niet alleen C treft, maar, zoals uit de voorgaande hoofdstukken wel is gebleken, ook diens schuldeisers. Zij moeten immers dulden (bij de levering c.p.) dat de zaak wordt afgestaan aan een derde met wie zij niets te maken hebben, althans (bij de actio pauliana en beslag) dat een derde, en wel een schuldeiser van B, verhaal op de zaak heeft, zonder dat deze schuldeiser met hen, schuldeisers van C, hoeft te concurreren. Bovendien kan relativering van eigendom leiden tot onduidelijkheid over de goederenrechtelijke positie van de betrokken partijen, hetgeen nadelig kan zijn voor mogelijke rechtsopvolgers van die partijen. Het uitgangspunt moet om die reden – en dus bezien vanuit het positieve goederenrechtelijke systeem – zijn, dat relativering in beginsel niet mogelijk zou moeten zijn.

457 Herhaald zij, dat ik in dit onderzoek zo veel mogelijk heb getracht mij te beperken tot relativering van eigendom, maar dat bij de bespreking van (met name) de actio pauliana en het beslag op roerende zaken wel is gebleken, dat relativering niet beperkt blijft tot eigendomsrechten. Ook het recht van bijvoorbeeld de beperkt gerechtigde, of de huurder kan worden gerelativeerd. De hier besproken gezichtspunten zijn ook van toepassing op die situaties, die op voor dit onderzoek relevante punten immers vergelijkbaar zijn met een relativering van een eigendomsrecht, nu een recht dat (in beginsel) tegen een ieder kan worden ingeroepen, wordt gerelativeerd ten opzichte van een specifieke derde.

458 Ik breng in herinnering dat B de vervreemder is en C de verkrijger (die dus een relatief eigendomsrecht heeft verkregen). A is degene ten behoeve van wie (de eigendom van C) wordt gerelativeerd.

459 Vgl. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 220.

Het enkele feit dat relativering van het eigendomsrecht van C in strijd komt met het absolute karakter van diens recht betekent aan de andere kant nog niet, dat relativering van eigendom überhaupt niet mogelijk zou moeten zijn. Zoals in hoofdstuk 1 reeds is opgemerkt, kent ons recht meerdere inbreuken op het absolute eigendomsrecht, waarbij gedacht kan worden aan artikel 3:13 BW, artikel 5:37 BW en de Ontheffingswet. Er zijn (kennelijk) omstandigheden denkbaar, waaronder de behoefte aan inbreuk op dit absolute eigendomsrecht groter is dan handhaving van het absolute karakter van dit recht. In de hoofdstukken 2, 3 en 4 is een aantal omstandigheden naar voren gebracht, waaronder volgens de wetgever inbreuk op het absolute eigendomsrecht, door middel van een relativering van dat eigendomsrecht, is geoorloofd (zie met name par. 2.2, 3.2 en 4.2). Ik zal deze omstandigheden hieronder kort samenvatten.

Vervolgens zal ik onderzoeken of (mede) op basis van de aldus geformuleerde omstandigheden gezichtspunten kunnen worden geformuleerd, aan de hand waarvan kan worden getoetst of relativering van eigendom in een concreet geval een geschikt instrument is om het gestelde doel (van bescherming van A) te bereiken. De te formuleren gezichtspunten zien derhalve niet alleen op bestaande vormen van relativering van eigendom; ook toekomstige rechtsfiguren die (kunnen) leiden tot een relativering van eigendom kunnen aan deze gezichtspunten worden getoetst.

5.2 Samenvatting van de antwoorden op enkele deelvragen: waarom en ten opzichte van wie wordt het eigendomsrecht van C gerelativeerd?

5.2.1 Levering c.p.

De relativering van de levering c.p. blijkt te zijn gebaseerd op het oude recht, waarin de levering c.p. werd gerelativeerd zodra deze plaatsvond in het kader van een zekerheidsoverdracht. De zekerheidsoverdracht in combinatie met de levering c.p. werd gerelativeerd ten opzichte van derden wiens belangen daarbij betrokken waren. In de rechtspraak van de Hoge Raad betrof het hier steeds bevoorrechte schuldeisers, aan wier prestatie het was te danken dat de zaak onder de zekerheidseigendom van de zekerheidsnemer was gekomen. Onder het oude recht was de relativering dus een ordemaatregel om de rangorde vast te stellen tussen de zekerheidseigenaar en andere schuldeisers van de zekerheidsgever.

Onder het huidige recht, waarin de zekerheidsoverdracht geen geldige titel van overdracht meer is, is deze gedachte achter de relativering van de levering c.p. niet langer houdbaar.

Ook anderszins zijn er, zo heb ik betoogd, geen redenen de levering c.p. te relateren ten opzichte van (alle) oudere (zakelijk) gerechtigden. Het “gebrek” van de levering c.p., bestaande uit de niet-waarneembaarheid van die levering, brengt hooguit mee dat C minder snel te goeder trouw mag worden geacht in de zin van artikel 3:86 BW, en niet, dat C (die de zaak te goeder trouw van B heeft verkregen) ten opzichte van een ieder eigenaar wordt, behalve ten opzichte van oudere gerechtigden.

De conclusie is hier, dat de noodzaak voor relativering (in ieder geval voor het huidige recht) niet langer aantoonbaar is.

5.2.2 *Actio pauliana en beslag*

Zowel bij de relatieve werking van de vernietiging op grond van de pauliana, als bij de relatieve werking van de blokkeringsregel bij beslag, blijkt de achterliggende gedachte van die relatieve werking te zijn de bescherming van A tegen benadeling in zijn verhaalsmogelijkheden – en dus effectuering van de verhaalsmogelijkheid die artikel 3:276 BW biedt. Die bescherming moet slechts relatieve werking hebben, zo is de gedachte, aangezien de bescherming proportioneel moet zijn aan het te bereiken doel. Degene ten behoeve van wie de eigendom van C wordt gerelativeerd is in de gegeven gevallen steeds een schuldeiser van B.

5.3 Analyse; gezichtspunten voor relativering van eigendom

5.3.1 *Inleiding: relativering van eigendom effectief instrument voor de bescherming van de belangen van A*

Van de in dit onderzoek onderzochte vormen van relativering van eigendom blijken de omstandigheden die (naar het oordeel van de wetgever) nopen tot een relativering van het eigendomsrecht van C derhalve te zijn (nu de relativering van de levering c.p. wordt verworpen, zie hiervóór) bescherming van A tegen benadeling van de verhaalsmogelijkheden. Aldus blijkt relativering van eigendom een middel te zijn (voor A) om het verhaalsrecht van artikel 3:276 BW te effectueren.

De vraag kan worden gesteld, of onder genoemde omstandigheden relativering van eigendom inderdaad wenselijk is om het gestelde doel te bereiken. Voorts is de vraag aan de orde, of relativering van eigendom beperkt zou moeten blijven tot gevallen waarin sprake is van benadeling van de verhaalsmogelijkheden van A.

Om met die eerste vraag te beginnen: is relativering van eigendom een gewenst instrument ter bescherming van het verhaalsrecht van A? Feit is, dat A met een relativering van het eigendomsrecht van C het beste af is. Het belang van A, bestaande uit het kunnen uitoefenen van zijn verhaalsbevoegdheid (artikel 3:276 BW), wordt immers het meest gediend door A toe te staan zijn vordering (op B) op de zaak te verhalen, die inmiddels (ten opzichte van ieder ander dan A) eigendom is van C.

Er zijn weliswaar andere mogelijkheden om het verhaalsbelang van A te beschermen, maar deze bieden A minder bescherming dan een relativering van het eigendomsrecht van C, of zijn praktisch gezien minder wenselijk dan een relativering van het recht van C. Zo heeft A, in de gevallen waarin C jegens A een onrechtmatige daad pleegt wegens benadeling van diens verhaalsmogelijkheden, een vordering jegens C tot vergoeding van schade, ontstaan door die benadeling. Een dergelijke vordering helpt A echter niet, althans niet voldoende, omdat hij daarmee slechts een (concurrente) vordering krijgt op C. Dat is met name in faillissement van C voor A evident nadelig.⁴⁶⁰ Dit nadeel zou opgevangen kunnen worden door A de positie van bevoorrecht schuldeiser (van C) te geven, nog versterkt met de mogelijkheid van een recht van zaaksvervanging. Het is echter maar de vraag of dit wel een werkbare oplossing is, en in ieder geval is de vraag, of deze oplossing eenvoudiger is dan een relativering van het recht van C. De wet zal dan immers moeten bepalen ten opzichte van welke schuldeisers de vordering van A is bevoorrecht, terwijl dat op voorhand niet gemakkelijk is aan te geven; een en ander blijkt wel uit de bespreking van de gevolgen van de relativering van eigendom in de voorgaande hoofdstukken. Relativering van het recht van C is dan eenvoudiger, omdat het meer ruimte laat om in een concreet geval te bekijken welk recht vóór gaat. Relativering is aldus bezien een praktisch instrument, waarmee, mits consequent wordt doorgeredeneerd vanuit de twee perspectieven

⁴⁶⁰ De Weijs is van mening dat bij de actio pauliana de sanctie onrechtmatige daad minder passend is omdat in zijn optiek de inhoud van de rechtshandeling die de schuldeiser benadeelt als gebrek heeft te gelden (De Weijs, 'Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?' *WPNR* 6686 (2006), p. 767). Op zichzelf acht ik dat geen overtuigend argument voor een keuze voor vernietiging van de rechtshandeling met relatieve werking, en bijgevolg relativering van het recht van C. Het "gebrek" van de rechtshandeling is – bij rechtshandelingen anders dan om niet – immers dat deze schuldeisers benadeelt. Dat is, anders dan bij de wilsgebreken (artikel 3:44 BW en artikel 6:228 BW) een gebrek met externe werking; in de interne verhouding is met deze rechtshandeling niets mis. Doorredenerend op de door De Weijs geponeerde gedachte zou in beginsel ten aanzien van iedere "onbetamelijke" rechtshandeling (die in het Nederlandse recht leidt tot een vergoedingsplicht jegens degene die schade lijdt als gevolg van die handeling) gezegd kunnen worden dat deze (relatief) nietig is, waarmee deze "sanctie" zijn doel voorbij zou schieten. Juist bij de pauliana is vernietigbaarheid met relatieve werking – en daarmee relativering van het eigendomsrecht van C ten opzichte van A – passend, nu daarmee het verhaalsrecht van A in hoge mate wordt veiliggesteld.

(namelijk het perspectief van A en het perspectief van ieder ander dan A), steeds een oplossing voorhanden is.⁴⁶¹

Voorts moet worden bedacht, dat tot nu toe weliswaar (de relativering van de levering c.p. weggedacht) alleen de bescherming van het verhaalsbelang van A naar voren is gekomen als omstandigheid waaronder relativering van eigendom – naar het oordeel van de wetgever: – wenselijk blijkt, maar, ik stipte het zojuist al even aan, er zijn ook andere omstandigheden denkbaar die relativering van eigendom wenselijk zouden kunnen maken als middel om het belang van A te beschermen. Ik zie niet waarom relativering van eigendom beperkt zou moeten blijven tot gevallen waarin behoefte bestaat aan bescherming van het verhaalsrecht van A door middel van relativering van het eigendomsrecht van C. Gedacht kan worden aan het geval dat A een recht op levering heeft, en met relativering van het eigendomsrecht van C jegens A wordt bewerkstelligd dat A dit recht op levering kan effectueren (de Vormerkung, artikel 7:3 BW). A is dan niet zozeer geholpen met vergoeding van zijn schade, als wel met de verkrijging van het goed waarop hij recht had. Eventueel zou hij dat kunnen bewerkstelligen met een beroep op artikel 6:103 BW, maar dit heeft weer het hiervóór genoemde nadeel, dat A daarmee alleen een concurrente vordering heeft jegens C.

Een andere mogelijkheid ter vervanging van de rechtsfiguur relativering van eigendom is – voor het Duitse recht, waar een relativering van eigendom wordt aangenomen bij een overdracht ondanks een vervreemdingsverbod⁴⁶² – bepleit door Beer. Beer heeft voorgesteld C volledig (dus ten opzichte van een ieder) eigenaar te laten worden én blijven, en aan A een ‘Absicherungsrecht’ toe te kennen, op grond waarvan A jegens B recht op levering krijgt, en een actie jegens C om hierin toe te stemmen. Dan is van relatieve eigendom dus geen sprake: C is eigenaar, totdat A zijn recht heeft uitgeoefend, waarna A eigenaar is.⁴⁶³

Deze oplossing moge werken in het door Beer beschreven geval, en bijvoorbeeld ook in de zojuist beschreven situatie dat A een recht op levering heeft; in situaties waarin A een verhaalsrecht heeft werkt déze oplossing nu juist weer niet. A heeft dan immers geen recht op levering, maar slechts een recht om zijn vordering (op B) op de zaak te verhalen. Met deze oplossing is evenmin gegeven, hoe moet worden gehandeld als C andermaal over zijn recht heeft beschikt, of schuldeisers

461 In zoverre onderschrijf ik niet de opvatting van Asser-Beekhuis-Mijnssen-De Haan, 1985 (3-1) (nr. 405) dat “al deze gevallen aanleiding geven tot grote praktische problemen”, althans niet voor zover daarmee zou worden betoogd dat relativering van eigendom een onwenselijke rechtsfiguur is.

462 Zie §135 en §136 BGB.

463 Beer, *Die relative Unwirksamkeit*, Berlin: 1975, kenbaar uit: Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 248+249.

van C verhaal hebben op die eigendom van C en of ook in faillissement van C het recht van A geldend kan worden gemaakt. Deze oplossing biedt – anders dan relativering van eigendom – weinig flexibiliteit om aan diverse conflictsituaties het hoofd te kunnen bieden. Bovendien is ook hier de vraag of de oplossing wel eenvoudiger is dan een relativering van het recht van C ten opzichte van A. Er zou dan immers in de wet moeten worden vastgelegd dat en in welke situaties A een dergelijk Absicherungsrecht heeft jegens zowel B als C. Daarbij speelt het eerder genoemde bezwaar, dat niet steeds is te voorspellen welke conflictsituaties zich in de praktijk zouden kunnen voordoen. Ook praktisch gezien is deze oplossing derhalve minder wenselijk dan een relativering van eigendom.

Kortom, het lijkt niet goed mogelijk een alternatief te bedenken voor relativering van eigendom, waarmee in uiteenlopende gevallen het belang van A even goed wordt gediend als door een relativering van het eigendomsrecht van C, welk alternatief ook nog eens (hoewel, zoals bij relativering van eigendom, soms ingewikkelde, maar toch) flexibele oplossingen kan bieden.

Door C een relatieve eigendom toe te kennen, namelijk gerelativeerd ten opzichte van A, krijgt A (in het geval hij, zoals bij de actio pauliana en het beslag, schuldeiser is van B) een exclusief verhaalsrecht op de zaak, die ten opzichte van ieder ander dan A van C is. Feit is, zo bleek hierboven reeds, dat A hiermee het beste af is. Feit is óók, dat C hiermee allerm minst wordt geholpen. C krijgt immers een schijnbaar volledig eigendomsrecht, maar na verhaal op de zaak door A, blijkt deze eigendom waardeloos te zijn. Schuldeisers van C worden met een relativering van het eigendomsrecht van C ten behoeve van A evenmin geholpen. C lijkt immers een zaak in zijn vermogen te hebben gekregen (en hééft deze ten opzichte van hen ook daadwerkelijk verkregen), maar deze zaak vormt voor schuldeisers van C geen beschikbaar verhaalsobject, althans niet voordat A, een schuldeiser van B – met wie de schuldeisers van C in beginsel dus niets van doen hebben – zijn vordering (op B) op die zaak heeft verhaald. Ten slotte worden ook (andere) schuldeisers van B (in beginsel⁴⁶⁴) niet geholpen met een relativering van het eigendomsrecht van C ten behoeve van A. Het voordeel daarvan voor die schuldeisers is hooguit, dat de vordering van een mede-schuldeiser (A) is afgenomen doordat deze is verhaald op een vermogensbestanddeel van B, dat ten opzichte van die andere schuldeisers evenwel tot het vermogen van C behoort. Maar deze schuldeisers hebben geen verhaal op de zaak zelf, waarmee relativering van eigendom dus leidt tot een *feitelijke* verstoring van de *paritas creditorum*.

464 In uitzonderingsgevallen kunnen die andere schuldeisers wel profiteren van de relativering van het eigendomsrecht van C ten behoeve van A. Zie bijvoorbeeld par. 4.5.6.2.

Samenvattend kan worden gesteld, dat relativering van eigendom onder omstandigheden een geschikt instrument is om het belang van A te beschermen, terwijl deze relativering vanuit het perspectief van (schuldeisers van) C minder gewenst is, en ook andere schuldeisers van B weinig belang hebben bij een relativering van het eigendomsrecht van C ten behoeve van A.

Hieronder zullen, (mede) op basis van hetgeen in de voorgaande hoofdstukken naar voren is gebracht, uitgaande van de wens van de wetgever in een concreet geval de belangen van A te beschermen tegen een eigendomsoverdracht, een aantal gezichtspunten worden besproken die naar mijn mening (mede) van belang kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag of relativering van eigendom in dat geval (en dus uitgaande van de wens van de wetgever (het belang van) A te beschermen tegen een eigendomsoverdracht) een geschikt instrument is ter bescherming van die belangen van A. Het gaat dan om een (niet-limitatief) aantal vragen dat de wetgever zich kan stellen alvorens te besluiten tot relativering van het recht van C. Daarbij zal ook aan de orde komen in hoeverre in die gezichtspunten een rechtvaardiging kan worden gevonden voor de relativering van het eigendomsrecht voor C, diens schuldeisers en de mede-schuldeisers van A. Naar mijn – hierna te bespreken – mening zal steeds een rechtvaardiging aanwezig moeten zijn voor de (feitelijke) achterstelling die relativering van het eigendomsrecht van C ten opzichte van A voor laatstgenoemden tot gevolg heeft.

Vervolgens zal ik (in par. 5.4) de betreffende gezichtspunten nader bespreken aan de hand van de vormen van relativering van eigendom die in dit onderzoek aan de orde zijn gesteld: de levering c.p., de actio pauliana en het beslag.

5.3.2 *Eerste gezichtspunt: het recht van A*

Een eerste gezichtspunt betreft de vraag welk recht A heeft. Zoals hierna zal blijken, ben ik van mening dat relativering niet aan de orde kan zijn als A een goederenrechtelijk recht heeft. In beginsel kan evenmin sprake zijn van relativering als A een persoonlijk recht heeft. Een uitzondering kan naar mijn mening slechts worden aangenomen voor het geval A een persoonlijk recht heeft dat onverenigbaar is met het eigendomsrecht van C. Dit eerste punt is in mijn ogen dan ook niet zozeer een gezichtspunt, als wel een harde voorwaarde waaraan moet zijn voldaan wil de wetgever het recht van A beschermen door een relativering van het recht van C.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ Wedeven juist stelt ten aanzien van relativering van eigendom ten opzichte van een derde met een persoonlijk recht: “Waarom moet C zich hier gelegen laten liggen aan persoonlijke rechten van A? Het persoonlijke recht onderscheidt zich toch juist van het zakelijke doordat het in prin-

Zoals in par. 2.2.5.2 reeds is gebleken, zou de wetgever mijns inziens niet tot een relativering van het eigendomsrecht van C moeten komen in het geval A een goederenrechtelijk recht heeft. In dat geval namelijk hebben zowel A als C een goederenrechtelijk recht, zodat bij een botsing van de rechten van A en C sprake is van een botsing van het goederenrechtelijk recht van A met het goederenrechtelijk recht van C. In die situatie is relativering van het eigendomsrecht van C ten opzichte van A niet gewenst, omdat voor dergelijke botsende gevallen binnen ons goederenrechtelijk systeem reeds een oplossing bestaat, namelijk dat het recht van A, als oudste recht, vóórgaat op het recht van C, tenzij een beroep kan worden gedaan op derdenbescherming.

Aldus wordt voorkomen dat in die gevallen, waarin twee goederenrechtelijke rechten niet naast elkaar kunnen bestaan, deze beide rechten worden erkend. Aan relativering is dan geen behoefte, aangezien het goederenrecht voor die gevallen reeds een oplossing biedt. Afgezien daarvan lijkt relativering, gelet op het zakelijk karakter van beide rechten, niet gewenst. Het goederenrecht moet mijns inziens geen van het systeem afwijkende oplossingen bieden in gevallen, waarin binnen dat systeem een oplossing voorhanden is.

Gezegd zou kunnen worden, dat die oplossing óók steeds binnen het systeem aanwezig is in het geval A een persoonlijk recht heeft, en C een goederenrechtelijk recht. Die gedachte is juist; uit het goederenrechtelijk systeem kan worden afgeleid, dat in dat geval het recht van C, als goederenrechtelijk recht, vóórgaat op het recht van A. Uiteraard zijn op dit beginsel uitzonderingen mogelijk, in welk geval A zijn recht, ondanks de overdracht van de zaak aan C, kan blijven uitoefenen. Aan relativering is dan geen behoefte, nu de rechten van A en van C in beginsel naast elkaar kunnen bestaan. Verval van het recht van C (ten opzichte van A) is dan noch noodzakelijk, noch wenselijk. Van relativering van eigendom kan mijns inziens dus in beginsel evenmin sprake zijn als A een persoonlijk recht heeft, en C een goederenrechtelijk recht.

In bepaalde gevallen echter komt de uitoefening door A van zijn persoonlijk recht zodanig in strijd met het goederenrechtelijk recht van C, dat deze rechten niet naast elkaar kunnen bestaan. In een dergelijk geval kan relativering van het eigendomsrecht van C ten behoeve van A een oplossing bieden. Dat geldt bijvoorbeeld voor een verhaalsrecht van A. Verhaal op de zaak (door A) betekent immers

cipe niet hoeft te worden geëerbiedigd door derden?” Wedeven, ‘Het probleem van de levering door verklaring van houderschap in verband met rechten van derden, beschouwd vanuit het leerstuk der nietigheden’, *RMTh* 1973, p. 253. Waaróm C het recht van A behoort te eerbiedigen komt aan de orde hierna, in par. 5.3.3 en par. 5.3.4.

executie van die zaak, waardoor C de eigendom van die zaak verliest. In die zin is deze situatie dus vergelijkbaar met een botsing van twee goederenrechtelijke rechten. De zwart-wit oplossing zoals wij die kennen bij een botsing tussen twee goederenrechtelijke rechten gaat voor deze situatie echter te ver. Dan immers wordt de oplossing aldus, dat het recht van C helemaal niet (dat wil zeggen: ten opzichte van niemand) wordt erkend, terwijl het belang van A dat niet meebrengt. Het belang van A brengt slechts mee, dat A zijn vordering op de zaak kan verhalen. Aldus bezien, is relativering van eigendom een toepassing bij uitsteking van

*“het aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt”.*⁴⁶⁶

Het toekennen van relatieve eigendom aan C is daarbij ook een erkenning van wat zich in de werkelijkheid afspeelt: het feit dat A een persoonlijk recht heeft in zijn verhouding tot B, maakt B immers niet beschikkingsonbevoegd, zodat C (die de zaak van B verkrijgt) zich ook daadwerkelijk als eigenaar mag beschouwen.

Het is natuurlijk wel zo, dat instandhouding van het recht van C ten opzichte van ieder ander dan A (waaronder B), uiteindelijk vaak waardeloos zal zijn voor C. Zo zal in het geval A een verhaalsrecht heeft, de zaak worden verkocht en geleverd aan een derde. Voordeel van de *relativering* van het eigendomsrecht (in plaats van volledig verval van dit recht) voor C is in een dergelijk geval, dat een eventueel restant van de executie-opbrengst voor C is. De erkenning van het eigendomsrecht van C is ook van belang voor de schadevergoedingsplicht van B jegens C (waarover nader hetgeen naar voren is gekomen in het kader van de in par. 1.1.3 aan de orde gestelde vraag 4d).⁴⁶⁷

466 Zie HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (Royal&Sun Alliance/Universal Pictures). Dit beginsel heeft naar het oordeel van de Hoge Raad een ruime strekking; het wordt in casu door de Hoge Raad toegepast op de vraag of het beroep op een vervalbeding in een verzekeringspolis naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

467 Daarmee kan relativering van eigendom in feite leiden tot een eigendomsrecht dat slechts werkt tegenover de vervreemder en niet tegenover anderen – en dus tot een eigendomsrecht dat niet door de Hoge Raad is geaccepteerd. Zie HR 22 februari 1889, W. 1889, 5684 (Vogel/Schipper+Koijsck). Het verschil tussen de beide gevallen zit hem natuurlijk daarin, dat in het door de Hoge Raad berechte geval van aanvang af een eigendomsrecht zou ontstaan ten opzichte van slechts één partij, terwijl bij de gevallen die in dit onderzoek aan de orde zijn in eerste instantie sprake is van eigendom ten opzichte van een ieder, met uitzondering van één persoon, maar door de afwikkeling van de relatieve eigendom kan blijken dat in feite sprake is van een eigendomsrecht dat slechts werkt ten opzichte van één persoon. Vgl. in dit verband ook Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 223.

Juist vanuit de hier besproken gedachte dat relativering van het eigendomsrecht van C moet zijn ingegeven door het feit dat A een persoonlijk recht heeft, dat onverenigbaar is met het goederenrechtelijk (eigendoms-)recht van C, moet worden bedacht dat relativering van het recht van C ten opzichte van het recht van A, gelet op het absolute karakter van het recht van de één en het persoonlijke karakter van het recht van de ander, een vergaande maatregel is. Dat betreft dan niet alleen de positie van C zelf, maar, het kwam al eerder aan de orde, ook die van zijn schuldeisers. Zij moeten immers dulden dat A, iemand die een persoonlijk recht heeft in zijn relatie tot B en met wie zij in beginsel niets van doen hebben, met uitsluiting van hèn rechten uitoefent met betrekking tot een zaak, die voor hen wel degelijk tot het vermogen van C behoort. A krijgt aldus een zeer bevoorrechte positie. Deze bevoorrechte positie wordt (aan de andere zijde) nog versterkt, omdat A, in het geval de overdracht B-C níet zou hebben plaatsgevonden, zijn vordering (in beginsel) in concurrentie met andere schuldeisers van B op de zaak had moeten verhalen.

Het is om die reden mijns inziens noodzakelijk, dat er (andere) omstandigheden zijn die rechtvaardigen dat het persoonlijke recht van A absolute werking heeft in die zin, dat het ook aan (schuldeisers van) C kan worden tegengeworpen, terwijl ook de feitelijke achterstelling van andere schuldeisers van B kan worden gerechtvaardigd. De twee hierna te bespreken gezichtspunten kunnen die rechtvaardiging bieden.

5.3.3 *Tweede gezichtspunt: norm ten aanzien van het gedrag van C*

Een eerste omstandigheid kan zijn het gedrag van C. In dat verband zijn twee routes te bewandelen. Ten eerste de route waarbij het persoonlijk recht van A wordt beschouwd als een goederenrechtelijk recht. De tweede route kan worden afgeleid uit het verbintenissenrecht. In het hierna volgende zal ik beide routes kort uiteenzetten.

5.3.3.1 *Eerste route: goederenrechtelijk systeem*

Hiervoor kwam reeds aan de orde, dat relativering van het eigendomsrecht van C ten behoeve van A, die een persoonlijk recht heeft in zijn relatie tot B, betekent, dat het persoonlijke recht van A in die zin goederenrechtelijke werking heeft, dat het in de weg kan staan aan een “volledige eigendomsoverdracht”. In dat opzicht is het persoonlijke recht van A – dus wat het effect ervan betreft bij de overdracht van de zaak – vergelijkbaar met een goederenrechtelijk (beperkt) recht. Als het recht van A aldus wordt opgevat, kan antwoord worden gegeven op de vraag in hoeverre het goederenrecht een norm stelt aan het gedrag van C.

In het goederenrechtelijk systeem is uitgangspunt, dat bij een overdracht van de zaak door B aan C, het recht van A “doorwerkt” richting C. Goederenrechtelijke rechten hebben immers absolute werking. Op deze doorwerking wordt slechts (onder omstandigheden) een uitzondering aangenomen, als C te goeder trouw is (vgl. artikel 3:86 BW). C moet er in die opvatting dus in de gegeven omstandigheden op hebben mogen vertrouwen dat B bevoegd was over zijn recht te beschikken.

Naar analogie met het goederenrecht zou dus ten aanzien van het gedrag van C gezegd kunnen worden dat relativering niet aan de orde kan zijn als C er in de gegeven omstandigheden op heeft mogen vertrouwen dat B bevoegd was om (ook ten opzichte van A) over zijn recht te beschikken.⁴⁶⁸

De norm die naar analogie met het goederenrecht kan worden gesteld aan het gedrag van C is dan ook, dat C te goeder trouw is.

Opgemerkt zij, dat in het goederenrechtelijk systeem voor bescherming van C in het algemeen niet de eis wordt gesteld dat C om baat heeft verkregen.⁴⁶⁹ Een uitzondering daarop vormt artikel 3:86 BW, in welk artikel wordt geëist dat de derde om baat heeft verkregen. Ik laat dit hier verder buiten beschouwing en zal hierop in par. 5.3.4 nader ingaan.

5.3.3.2 Tweede route: driepartijenverhoudingen⁴⁷⁰

De aan het gedrag van C te stellen norm kan ook worden afgeleid uit het verbintenissenrecht. Feit is, dat B, door de zaak aan C te vervreemden, wetende (althans

468 Vgl. Houwing (Houwing, ‘Positief negatief belang bij rechtsschijn’, *WPNR* 3868 (1944)), die (bij de actio pauliana) benadeling van schuldeisers inderdaad ziet als een beperking van de beschikingsbevoegdheid, welke dus in beginsel doorwerking heeft, tenzij de wederpartij te goeder trouw is: “Men kan het ook aldus stellen: de schuldenaar is niet bevoegd tot handelingen, welke zijn schuldeisers benadeelen: derden echter, die te goeder trouw zijn, voor wie hij dus bevoegd schijnt en die in vertrouwen op den schijn van bevoegdheid met hem gehandeld hebben, worden beschermd.” Vgl. voorts Wedeven, ‘Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten’, *WPNR* 5018 (1968), p. 497.

469 Zie Mon. Nieuw BW A-22 (Nieskens-Isphording-Van der Putt-Lauwers), *Derdenbescherming*, Deventer: Kluwer 2002, p. 31.

470 Ik sta hier kort stil bij de rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van driepartijenverhoudingen. Van Dijk heeft in zijn proefschrift (Van Dijk, *De faillissementspauliana, revisie van een relicta* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006) deze rechtspraak specifiek betrokken op de actio pauliana en daaraan de conclusie verbonden (onder meer) dat bij de actio pauliana onder omstandigheden sneller wetenschap van benadeling zou moeten worden aangenomen dan thans het geval is. Vgl. ook De Weijs, ‘Naar een flexibele benadering van wetenschap van benadeling onder de pauliana’, *WPNR* 6726 (2007) en Mon. Nieuw BW B4 (Van Dijk), *Pauliana*, Deventer: Kluwer 2008, p. 17-25. De vraag onder welke omstandigheden wetenschap van benadeling moet worden aangenomen, is in dit onderzoek niet aan de orde. Het gaat er thans om vast te stellen, onder welke omstandigheden een rechtvaardiging kan worden gevonden voor relativering van het

behorende te weten) dat hij daarmee het (persoonlijke) recht van A frustreert, tekortschiet⁴⁷¹ jegens A. Misschien dat B dit zelfs wel bewust doet, en het recht van A dus moedwillig frustreert. Door de consequenties daarvan (ook⁴⁷²) bij C te leggen, begeven wij ons richting de rechtspraak van de Hoge Raad waarin onrechtmatig handelen in driepartijenverhoudingen aan de orde komt, en dan met name het geval waarin C profiteert van de wanprestatie van B ten opzichte van A.

In gevallen waarin sprake is van het profiteren van wanprestatie oordeelt de Hoge Raad dat profiteren van wanprestatie op zichzelf niet onrechtmatig is, maar dat sprake moet zijn van bijkomende omstandigheden.⁴⁷³ De wetenschap van de wanprestatie is daarbij geen bijkomende omstandigheid, maar een premisse.⁴⁷⁴ Aangenomen mag worden, dat het uitlokken of bevorderen van de wanprestatie wél voldoende is voor een onrechtmatige daad van de derde, terwijl het voordeel dat juist de wanprestatie de derde oplevert kan bijdragen aan de onrechtmatigheid van het handelen van de derde.⁴⁷⁵

Naar analogie met de betreffende rechtspraak van de Hoge Raad kan dus (eveneens) worden aangenomen dat de (minimum-)norm die aan het gedrag van C wordt gesteld is, dat hij niet op de hoogte is van het recht van A.

5.3.3.3 Conclusie

Uit de beide bewandelde routes kan worden afgeleid, dat een rechtvaardiging voor de relativering van de eigendom van C kan worden gevonden in het gedrag van C. Relativering van eigendom zou aan de orde kunnen zijn als C op de hoogte is of behoort te zijn van het recht van A.

eigendomsrecht van C ten behoeve van A, waarbij één van die omstandigheden het gedrag van C kan zijn, in welk kader hier een analogie wordt gezocht met bedoelde rechtspraak van de Hoge Raad. Zie ten aanzien van onrechtmatig handelen in driepartijenverhoudingen ook Van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

471 Ik bedoel hier niet een tekortkoming in de zin van artikel 6:74 BW. Tekortschieten moet hier ruimer worden begrepen, namelijk niet alleen een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst, maar ook in de nakoming van een zorgplicht jegens A, bestaande uit bijvoorbeeld het instaan voor verhaal door de schuldeisers van B.

472 A zal veelal niet geholpen zijn met een (extra) vordering jegens B, zeker niet in die gevallen, waarin door de vervreemding B-C de verhaalsmogelijkheden van A zijn gefrustreerd.

473 Zie (onder meer) HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch); HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé); HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (Van Oosterom/Baas-Van Oosterom) en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (Van de Ven Neunen BV/Erven Slegers c.s.).

474 Vgl. Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 152+160.

475 Vgl. Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 155+156. Zie ook Pitlo-Cahen, 2002, p. 141.

Daarbij moet wel worden bedacht dat, anders dan (in beginsel⁴⁷⁶) voor het goederenrechtelijke systeem geldt, het enkele gegeven dat C het recht van A (bijvoorbeeld een verhaalsrecht) kent, mijns inziens niet voldoende is voor relativering van het recht van C jegens A. Niet moet uit het oog worden verloren dat A een persoonlijk recht heeft in zijn relatie tot B, en dat A dus zijn recht in beginsel alleen kan tegenwerpen aan B, en niet aan C. Bovendien zal C er al snel mee bekend moeten worden geacht dat B bijvoorbeeld schuldeisers heeft en dus, dat A een verhaalsrecht heeft. Zou dit enkele gegeven reeds voldoende zijn voor relativering van het eigendomsrecht van C jegens A, dan zou de relativering aan alle kanten haar doel voorbij schieten. Aan de zijde van A, omdat hiermee alle schuldeisers van B verhaal zouden hebben op de zaak van C, en aan de zijde van C, omdat in dat geval vrijwel ieder eigendomsrecht bloot zou staan aan relativering, waarmee ook het verkeersbelang zou worden gefrustreerd. Ten slotte zou daarmee uit het oog worden verloren dat A een persoonlijk recht heeft. Waar A een goederenrechtelijk recht heeft, is uitgangspunt dat dit recht dóórwerkt ten opzichte van rechtsopvolgers van B, zodat “bescherming” van C als uitzondering moet worden beschouwd. Het omgekeerde is echter aan de orde waar A een persoonlijk recht heeft. In dat geval wordt C – nu dat persoonlijke recht in beginsel alleen tussen partijen werking heeft – juist in beginsel wél eigenaar, tenzij A “in bescherming” dient te worden genomen.

Ik meen dat voor relativering niet voldoende is dat C het recht van A kende of behoorde te kennen. Een bijkomende vereiste is dat, uitgaande van die wetenschap, van C in redelijkheid kon worden gevergd dat hij rekening hield met het recht van A. Of dat in concreto het geval is, zal ook afhankelijk zijn van het soort recht dat A heeft. Daarbij komt weer de politieke afweging om de hoek kijken. Zo lijkt het verhaalsrecht van A een bijzondere bescherming te genieten.⁴⁷⁷

Zo C het recht van A kende of behoorde te kennen en bovendien in redelijkheid van C kon worden gevergd dat hij rekening hield met het recht van A, kan mijns inziens de hierboven besproken feitelijke achterstelling van zowel andere schuldeisers van B als schuldeisers van C ten opzichte van A gerechtvaardigd zijn. Die rechtvaardiging is wat de schuldeisers van B betreft dan hierin gelegen, dat ten opzichte van hen de zaak door C te goeder trouw is verkregen, althans dat zij, anders dan A, geen “procedure” hebben gevoerd ter opheffing van het door dat handelen van C geleden nadeel. Zowel beslag als de actio pauliana kunnen hier als voorbeeld dienen. Als schuldeisers van B geen beslag op de zaak hebben

476 Uiteraard zijn op dit beginsel uitzonderingen mogelijk. Zie bijvoorbeeld HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 (Hoogovens/Matex).

477 Zie ook Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 162.

gelegd, kan niet gezegd worden dat C de zaak ten opzichte van hen niet te goeder trouw zou hebben verkregen. Het feit dat deze schuldeisers geen beslag hebben gelegd, komt dus voor hun risico. En in het geval de overdracht B-C (ook) ten opzichte van (andere) schuldeisers van B paulianeus zou zijn, is wél vereist dat die schuldeisers van B actie ondernemen en die overdracht vernietigen. Doen zij dat niet, dan komt dit voor hun risico.

De rechtvaardiging voor de achterstelling van schuldeisers van C kan, uitgaande van de gedachte dat C niet te goeder trouw (in de hiervóór besproken zin) heeft gehandeld, daarin worden gevonden dat schuldeisers van C niet behoren te profiteren van het feit dat C een zaak niet te goeder trouw heeft verkregen, nu C daarmee immers ten onrechte een zaak (en dus een verhaalsobject voor de schuldeisers van C) heeft verkregen.⁴⁷⁸

Met het voorgaande is niet gezegd, dat zo C wél te goeder trouw is, relativering van eigendom niet aan de orde zou kunnen zijn. Ook het hierna te bespreken punt kan onder omstandigheden een rechtvaardiging vormen voor relativering van het eigendomsrecht van C, zelfs als C wél te goeder trouw heeft gehandeld. Het omgekeerde is uiteraard ook niet aan de orde: als C niet te goeder trouw heeft gehandeld in de hier bedoelde zin, betekent dat niet dat het recht van C gerelativeerd zou moeten worden ten opzichte van A. Of dat het resultaat zou moeten zijn – of bijvoorbeeld een vordering tot schadevergoeding van A jegens C gegrond op onrechtmatig handelen – is uiteindelijk aan de wetgever.

5.3.4 *Derde gezichtspunt: rechtshandeling B-C om baat of om niet*

Een tweede omstandigheid die de achterstelling van C ten opzichte van A kán rechtvaardigen, is het feit dat C van B om niet heeft verkregen.

Daarbij moet men zich wel afvragen, of het redelijk is om, in het geval een persoonlijk recht van A botst met het goederenrechtelijk (eigendoms-)recht van C, het recht van C op te offeren aan dat van A, enkel en alleen omdat C van B om niet heeft verkregen. Daarmee wordt het recht van C immers óók gerelativeerd in

⁴⁷⁸ Vgl. in dit verband HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q.q.) en HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 (Van der Werff q.q./BLG). Deze arresten, waarin sprake was van een onverschuldigde betaling aan de failliet als gevolg van een onmiskenbare vergissing, gaan uit van het tegengaan van een verrijking van de gezamenlijke schuldeisers ten koste van degene die (in dat geval) bij vergissing aan de failliet heeft betaald. Die gedachte speelt ook hier, en wellicht zelfs nog sterker: voorkomen moet worden dat schuldeisers van C worden verrijkt met jegens A onrechtmatig verkregen zaken, en wel ten koste van A.

de situatie dat C helemaal niet weet of behoeft te weten dat door de vervreemding B-C het recht van A wordt gefrustreerd.

Hierbij moet in het kader van de hiervóór (par. 5.3.3.1) bewandelde route van het goederenrechtelijk systeem worden bedacht, dat in het geval A een goederenrechtelijk recht zou hebben, en het goed door B onbevoegd aan C, te goeder trouw, geschonken zou worden, het recht van A onder omstandigheden wel degelijk kan vervallen, bijvoorbeeld in het geval C beroep kan doen op de werking van artikel 3:88 BW. Voorts moet in het kader van de hiervóór (par. 5.3.3.2) bewandelde route van de driepartijenverhoudingen worden bedacht, dat niet aannemelijk is dat de Hoge Raad in een dergelijk geval een onrechtmatige daad van C jegens A zou aannemen. Zoals reeds opgemerkt, is daarvoor immers een voorwaarde dat C het recht van A kende. Ik meen dat het feit dat C om niet heeft verkregen dan hooguit een omstandigheid kan zijn die meeweegt bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van C⁴⁷⁹; *bepalend* kan deze niet zijn. Natuurlijk: waar B bijvoorbeeld goederen weggeeft om zijn schuldeisers te benadelen, gaat het om een andere situatie dan in de hierboven kort besproken rechtspraak van de Hoge Raad aan de orde was⁴⁸⁰, zodat die rechtspraak daarop niet één op één kan worden toegepast. Maar, het zij herhaald, als B een of meer van zijn vermogensbestanddelen schenkt aan C en daarmee A (bijvoorbeeld) benadeelt in zijn verhaalsmogelijkheden, is dat een “tekortschieten”⁴⁸¹ van B jegens A, waarvoor als uitgangspunt geldt dat dit voor risico komt van A, en niet van C.

De vraag is dus gerechtvaardigd, of het belang van A dusdanig zwaar is, dat de belangen van C én die van zijn schuldeisers moeten worden opgeofferd aan dit belang van A, óók als van “normschending” door C geen sprake is. Of dit het geval is, lijkt een kwestie van belangenafweging, waarbij in ieder geval een rol speelt welk (persoonlijk) recht A heeft (bijvoorbeeld een koopoptie of een verhaalsrecht). Ik benadruk hier dat mijn stelling niet is, dat relativering van eigendom nooit aan de orde kan zijn waar C van B om niet heeft verkregen en volstrekt te goeder trouw is, maar wel dat de wetgever (ook) op dit punt een belangenafweging zal moeten maken. Steeds zal een rechtvaardiging moeten worden gevonden voor de

479 Dat blijkt overigens niet uit HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch). In dat geval werd het goed door B aan C geschonken, terwijl A een koopoptie had op het goed. Het feit dat het hier een schenking betrof, werd door de Hoge Raad niet in het bijzonder in aanmerking genomen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen van C jegens A.

480 De vereiste van bijkomende omstandigheden wordt algemeen teruggebracht op het principe van de vrije concurrentie in het economisch verkeer, welke vrijheid haar grenzen kan vinden in bedoelde bijkomende omstandigheden. Zie de conclusie van A.-G. Wesseling-van Gent vóór HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (Van de Ven Neunen BV/Erven Slegers c.s.), met verwijzingen naar de literatuur (noot 7).

481 Vgl. voetnoot 471.

feitelijke achterstelling van (schuldeisers van) C, die relativering van eigendom nu eenmaal tot gevolg heeft. Deze rechtvaardiging kán worden gevonden in het feit dat de vervreemding om niet heeft plaatsgevonden, maar een vanzelfsprekendheid is dat niet.

Zo de wetgever van mening is dat (ook) onder deze omstandigheden het belang van A zwaarder weegt, is de rechtvaardiging voor de relativering van eigendom voor (schuldeisers van B gelijk aan de rechtvaardiging bij overtreding van de norm die aan het gedrag van C kan worden gesteld, zie par. 5.3.3.3, en voor) schuldeisers van C, dat C geen enkel offer heeft hoeven brengen. Zonder de relativering zouden die schuldeisers ervan profiteren dat er (aan de zijde van C) een vermogensvermeerdering heeft plaatsgevonden zonder dat daar aan de passieve zijde iets tegenover heeft gestaan. Dat gaat ten koste van schuldeisers van B, die juist een verhaalsobject verloren hebben zien gaan zonder dat daarvoor iets aan de actieve zijde in de plaats is gekomen.

5.3.5 *Vierde gezichtspunt: effectiviteit van relativering*

Waar de wetgever voor de vraag staat of in een concreet geval relativering van eigendom moet worden aangenomen, is een volgend punt waarmee hij in mijn ogen rekening zou moeten houden, of relativering van eigendom wel een effectief instrument is. Daarbij zou gekeken kunnen worden naar effectiviteit bezien vanuit de positie van A (in hoeverre voldoet relativering van eigendom aan het beoogde doel van veiligstellen van de positie van A) en naar effectiviteit bezien vanuit C (in hoeverre wordt C met een relativering van zijn eigendomsrecht “gestraft” voor eventueel onwenselijk gedrag jegens A). In dat kader moet worden bedacht dat effectiviteit bezien vanuit C alleen aan de orde kan zijn als de relativering wordt gerechtvaardigd door het gedrag van C (het tweede gezichtspunt). Waar de relativering wordt gerechtvaardigd door het feit dat de rechtshandeling B-C om niet heeft plaatsgevonden, is van onwenselijk gedrag van C jegens A immers (in beginsel) geen sprake.

5.3.6 *Vijfde gezichtspunt: frequentie van de inbreuk op het recht van A*

Een volgende vraag die de wetgever zich zou moeten stellen – een vraag die samenhangt met de vraag naar de effectiviteit van de relativering, maar die toch weer een bijzondere afweging vraagt – is hoe vaak het in de praktijk voorkomt dat inbreuk wordt gemaakt op het recht van A. Ik kan mij voorstellen dat relativering van eigendom een minder gewenste sanctie is op vaak voorkomende inbreuken. Juist omdat relativering van eigendom inbreuk maakt op het absolute eigendomsrecht en kan leiden tot complexe situaties (waarover ook het zesde gezichtspunt),

moet mijns inziens uitgangspunt zijn dat relativering van eigendom alleen aan de orde behoort te zijn in uitzonderingssituaties. Waar frequent inbreuk wordt gemaakt op het recht van A, lijkt relativering van eigendom dan ook een minder gewenst instrument ter bescherming van het recht van A.

5.3.7 Zesde gezichtspunt: soort goed

Bij de beantwoording van de vraag of relativering van eigendom in een concreet geval een wenselijk instrument is om de belangen van A te beschermen, kan ook rekening worden gehouden met het soort goed. Dit houdt met name verband met de “kosten” die moeten worden gemaakt om te verifiëren of B (ten opzichte van A) “bevoegd” is over de zaak te beschikken.

Relativering van eigendom leidt, zo is in de voorgaande hoofdstukken wel gebleken, in bepaalde gevallen tot complexe situaties.⁴⁸² Dat gegeven kan invloed hebben op de omloopsnelheid van goederen; hoe complexer de eigendomssituatie, des te minder makkelijk de goederen verhandeld kunnen worden. Economisch gezien is een rechtsstelsel gebaat bij een toegankelijk verkeer van goederen – en dus bij zo min mogelijk complexiteit ten aanzien van de vraag of iemand bevoegd is over de zaak te beschikken.⁴⁸³ Waar alleen goederenrechtelijke rechten van A “inbreuk” maken op het eigendomsrecht van C (in die zin dat C geen eigenaar wordt, tenzij hij wordt beschermd tegen de door het goederenrechtelijke recht van A veroorzaakte (beperkte) beschikkingsonbevoegdheid van B) is sprake van een behoorlijk overzichtelijke situatie, en wordt het vrije verkeer van goederen dus zo min mogelijk verstoord. Daarmee worden echter, in die gevallen waarin A een persoonlijk recht heeft dat onvereenigbaar is met het recht van C, de belangen van A tekort gedaan. Zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen (par. 5.1), is A in die gevallen immers het meest geholpen met “doorwerking” van zijn recht jegens C. Consequentie daarvan is wél, wederom economisch gezien, dat wij van C verlangen dat hij extra “kosten” maakt, bestaande uit onderzoek naar (niet alleen de goederenrechtelijke positie van B, maar ook naar) eventuele persoonlijk gerechtigden die rechten met betrekking tot het goed zouden kunnen hebben, terwijl C nu juist in de regel (gezien het relatieve karakter van het recht van A) niet verplicht is dergelijk onderzoek te verrichten. Het streven zou om die reden erop gericht kunnen zijn, deze kosten zo laag mogelijk te houden.

⁴⁸² Vgl. De Vries, ‘Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW en de relativiteit van verhoudingen’, *BW-krant/jaarboek* 1986, p. 112 en Asser-Beekhuis-Mijnssen-De Haan, 1985 (3-1), nr. 405.

⁴⁸³ Zie bijvoorbeeld Cooter, *Law and economics*, Boston: Pearson Addison-Wesley 2004, p. 97 en p. 113.

Deze “kosten” zijn bij registergoederen lager dan bij roerende zaken, niet-registergoederen, omdat het onderzoek eenvoudiger is. Bij registergoederen immers kunnen – voor zover (en dus: mits) de wet dit mogelijk maakt (zie artikel 3:17 lid 2 BW) – persoonlijke rechten in de registers worden opgenomen, zodat het bestaan van deze rechten voor C gemakkelijk is na te gaan.

Dit kan bijvoorbeeld verklaren waarom de wetgever relativering van eigendom wel heeft aanvaard voor een recht op levering van een onroerende zaak (zie artikel 7:3 BW), maar niet voor een recht op levering van een roerende zaak (waar A het – hooguit – met een vordering ex artikel 6:103 BW moet doen).

Zoals hierna nog zal blijken, speelt dit laatste gezichtspunt geen rol bij de in dit onderzoek bestudeerde vormen van relativering van eigendom. Maar dat betekent natuurlijk nog niet, dat dit punt voor andere (eventueel toekomstige) vormen van relativering van eigendom niet relevant zou (kunnen) zijn. Zo is het als gezegd wellicht relevant geweest bij de Vormerkung.

Het soort goed, en daaraan gekoppeld de publiciteit van het recht van A, speelt wel een rol bij de invulling van het tweede gezichtspunt, waarin immers aan de orde komt of C het recht van A kende of behoorde te kennen.

5.3.8 *Zevende gezichtspunt: aandachtspunten voor de vormgeving van de relativering van eigendom*

Het zevende hier te bespreken punt is niet een gezichtspunt waarmee de wetgever rekening zou moeten houden als de beslissing wordt genomen al dan niet tot relativering van eigendom over te gaan. Het zevende punt komt eigenlijk pas aan de orde als die beslissing is genomen. In dat geval is er mijns inziens een aantal elementen waarmee de wetgever rekening zou moeten houden bij de vormgeving van de wettelijke regeling. Daarmee bevat het zevende gezichtspunt zelf een aantal gezichtspunten met betrekking tot die vormgeving.

5.3.8.1 *Werking al dan niet van rechtswege*

De wetgever zal ten eerste moeten stilstaan bij de vraag of de relativering al dan niet van rechtswege zou moeten werken. Voor de vraag óf de relativering al dan niet van rechtswege moet werken, is dan relevant of A wel of niet op voorhand identificeerbaar is. Als dat níet het geval is, is een van rechtswege werkende relativering ongewenst. Dan immers “werkt” de rechtshandeling B-C op voorhand niet tegen een onbepaalde groep, en wordt C dus ten opzichte van een onbepaalde (ongedefinieerde) groep geen eigenaar. Dat is ongewenst, mede gelet op de rechtszekerheid. In dergelijke gevallen zal A zich eerst kenbaar moeten maken,

alvorens de eigendom van C wordt gerelativeerd. In die gevallen, waarin A níet op voorhand identificeerbaar is, moet daarom worden uitgegaan van een relativering die pas werkt als A zich kenbaar heeft gemaakt (en dus niet van rechtswege). In alle andere gevallen – waarin A dus wél op voorhand identificeerbaar is – kan met een van rechtswege werkende relativering worden gewerkt.

5.3.8.2 *Doorwerking van de relativering*

Ten tweede zou mijns inziens uit de vormgeving van de relativering moeten blijken, in hoeverre de relativering dóórwerkt ten opzichte van rechtsopvolgers van C (vgl. ook het hierboven besproken vierde gezichtspunt). Op voorhand moet duidelijk zijn of een rechtsopvolger van C óók een relatieve eigendom verkrijgt, of dat hij een “volledige” eigendom verkrijgt. Hierbij is dan van belang dat, bezien vanuit het essentiële kenmerk van relativering van eigendom, C (in beginsel) *ten opzichte van ieder ander dan A* (en dus ook ten opzichte van zijn beoogde rechtsopvolger) volledig beschikkingsbevoegd is, zodat van doorwerking *in beginsel* geen sprake is. Is doorwerking gewenst, dan zal dit dan ook, liefst zo expliciet mogelijk, in de vormgeving van de relativering naar voren moeten komen.

5.3.8.3 *Derdenbescherming*

Het derde element hangt met het tweede samen. Indien namelijk gekozen zou worden voor doorwerking van de relativering, dan zal uit de vormgeving van de relativering ook moeten blijken, onder welke voorwaarden een beoogd rechtsopvolger van C (X) beschermd wordt tegen deze doorwerking. Ook dit punt wordt ingegeven door de gewenste rechtszekerheid.

5.4 **Toetsing van de gezichtspunten aan de onderzochte rechtsfiguren**

Na deze gezichtspunten te hebben benoemd, ligt voor de hand te bezien in hoeverre deze gezichtspunten tot uitdrukking komen in de wettelijke regeling van de drie in dit onderzoek bestudeerde rechtsfiguren die (kunnen) leiden tot een relativering van eigendom: de relativering van de levering c.p., de relatieve werking van de vernietiging op grond van de pauliana en de relatieve werking van de blokkerende werking van het beslag op roerende zaken.

5.4.1 *Relativering van de levering c.p.*

Zoals hiervóór reeds aan de orde kwam, is in dit onderzoek de relativering van de levering c.p. verworpen (zie par. 5.2.1). Reden daarvoor was, dat het “gebrek” van de levering c.p., bestaande uit de niet-waarneembaarheid van die levering, geen relativering van die levering ten opzichte van (alle) oudere zakelijk gerechtigden

tot gevolg zou moeten hebben, maar (hooguit) tot uitdrukking zou moeten komen in de door artikel 3:86 BW geëiste goede trouw.

Thans zal ik, los van het feit dat ik voor relativering van de levering c.p. om de hiervóór kort samengevatte reden geen aanleiding zie, bezien hoe de regeling van artikel 3:90 lid 2 BW de toets aan de hiervóór besproken gezichtspunten doorstaat.

5.4.1.1 *Eerste gezichtspunt: het recht van A*

Bij de regeling van de relativering van de levering c.p. gaat het al mis bij het hierboven als eerste geformuleerde gezichtspunt. A heeft hier immers niet een persoonlijk recht, maar een zakelijk recht. Reeds om die reden – en juist omdat dit gezichtspunt als harde voorwaarde is geformuleerd – zou relativering van de levering c.p. naar mijn mening niet aan de orde moeten zijn.

Dit gaat niet op in het geval A een bevoorrecht schuldeiser is. In dat geval is aan het eerste gezichtspunt wel voldaan. Zoals hierna zal worden besproken is (ook) in dat geval aan het tweede en derde gezichtspunt niet voldaan, zodat ook voor het geval dat A bevoorrecht schuldeiser is relativering van het recht van C ten behoeve van A niet gewenst is. Verwezen zij naar par. 5.4.1.3.

5.4.1.2 *Tweede gezichtspunt: norm ten aanzien van het gedrag van C*

Ook aan het tweede gezichtspunt voldoet de regeling van de relativering van de levering c.p. niet. Voorwaarde voor relativering van de levering c.p. is immers, dat C te goeder trouw was ten aanzien van het recht van A. Was hij dat niet, dan wordt hij niet beschermd door artikel 3:86 BW. In dat geval wordt aan relativering van de levering c.p. niet toegekomen, omdat de eigendom (ten opzichte van een ieder) bij B is verbleven.

5.4.1.3 *Derde gezichtspunt: rechtshandeling B-C om baat of om niet*

Voorwaarde voor relativering van de levering c.p. is óók, dat C anders dan om niet moet hebben verkregen. Als C om niet heeft verkregen, wordt hij immers evenmin beschermd door artikel 3:86 BW. Ook in dat geval wordt C ten opzichte van niemand eigenaar en wordt aan relativering van de levering c.p. dus niet toegekomen.

Nu noch aan het gestelde in het tweede gezichtspunt, noch aan het gestelde in het derde gezichtspunt is voldaan, moet worden geconstateerd dat geen rechtvaardiging kan worden gevonden voor de relativering van de levering c.p. (vgl. par. 5.3.2).

Hetgeen hiervóór is opgemerkt ten aanzien van het tweede en derde gezichtspunt is niet van toepassing waar A een bevoorrecht schuldeiser is. Zoals in par. 2.4.2 is besproken, kan (naar mijn mening ten onrechte) uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid, dat ook de bevoorrechte schuldeiser een oudere gerechtigde is in de zin van artikel 3:90 lid 2 BW. In dat geval is aan het eerste gezichtspunt wel voldaan; A heeft dan immers een persoonlijk recht. Aan het tweede, noch het derde gezichtspunt is voldaan; voor tegenwerping van het recht van A aan C is immers in de regeling van artikel 3:90 lid 2 BW geenszins vereist dat C het recht van A kende, noch dat de overdracht B-C om niet heeft plaatsgevonden. In dat geval kan dus evenmin een rechtvaardiging worden gevonden voor de relativering van het eigendomsrecht van C ten behoeve van A.

5.4.1.4 *Vierde gezichtspunt: effectiviteit van relativering*

Gezegd moet worden, dat relativering van de levering c.p. effectief is waar het de positie van A betreft. Die positie is veiliggesteld. Daarbij zij wel opgemerkt dat, zoals in par. 2.6.2 is betoogd, aan de relativering alsnog een einde komt als C over de zaak beschikt ten behoeve van een derde. De effectiviteit is dus maar relatief. Dit is in mijn ogen overigens terecht, nu naar mijn mening relativering van de levering c.p. überhaupt niet aan de orde zou moeten zijn).

Over effectiviteit van de regeling ten aanzien van het tegengaan van ongewenst gedrag bij C kan ik kort zijn. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, vertoont C immers geen ongewenst gedrag waar hij zich de zaak per c.p. laat leveren – of het moet zijn het feit dát hij zich per c.p. laat leveren (zie par. 2.2.5.2).

5.4.1.5 *Vijfde gezichtspunt: frequentie van de inbreuk op het recht van A*

Hoe vaak inbreuk wordt gemaakt op het recht van A door een levering c.p. is onbekend.

5.4.1.6 *Zesde gezichtspunt: soort goed*

Het zesde gezichtspunt speelt geen rol bij de relativering van de levering c.p.

5.4.1.7 *Zevende gezichtspunt: vormgeving van de relativering*

Uit de regeling van de relativering van de levering c.p. blijkt, dat deze van rechtswege niet werkt ten opzichte van A. Dat is passend, nu A vooraf identificeerbaar (niet: kenbaar⁴⁸⁴) is.

⁴⁸⁴ A is voor C nu immers (in beginsel) juist niet op voorhand kenbaar. Kende C de positie van A, dan zou (door de werking van artikel 3:84 jo. artikel 3:86 BW) aan relativering (in beginsel) niet zijn toegekomen en zou het recht van A ten opzichte van een ieder zijn blijven bestaan (terwijl het recht van C niet zou zijn ontstaan).

Bij de relativering van de levering c.p. is niet geregeld de doorwerking van deze relativering – laat staan de bijbehorende bescherming van de derde te goeder trouw.⁴⁸⁵ Door het ontbreken van een regeling over de doorwerking van de relativering kan C een derde (X) eigenaar maken, ook ten opzichte van A. Verwezen zij naar par. 2.6.2.

5.4.2 *Actio Pauliana*

5.4.2.1 *Eerste gezichtspunt: het recht van A*

Bij de actio pauliana is A schuldeiser met een persoonlijk (verhaals-)recht ten opzichte van B. Dit recht is onverenigbaar met het eigendomsrecht van C, nu uitoefening van dat verhaalsrecht ertoe leidt dat het eigendomsrecht van C eindigt. De actio pauliana doorstaat derhalve de toets zoals verwoord in het hierboven geformuleerde eerste gezichtspunt.

5.4.2.2 *Tweede gezichtspunt: norm ten aanzien van het gedrag van C*

Wat de vraag betreft in hoeverre de norm, zoals besproken in het kader van het tweede hierboven genoemde gezichtspunt, is terug te vinden in de huidige regeling van de actio pauliana, moet onderscheid worden gemaakt tussen twee gevallen. Ten eerste het geval dat C de zaak van B om niet heeft verkregen, en ten tweede het geval dat hij de zaak anders dan om niet heeft verkregen.

In het tweede geval eist de wet dat, wil de actio pauliana slagen, ook C wist of behoorde te weten dat de overdracht tot gevolg zou hebben dat een of meer schuldeisers benadeeld zouden worden. In het eerste geval wordt die eis niet gesteld – behalve in het geval C kan aantonen dat hij ten tijde van de vernietiging niet door de rechtshandeling is gebaat. Het eerste geval komt hierna aan de orde, bij de bespreking van de regeling van de actio pauliana in het licht van het derde gezichtspunt (par. 5.4.2.3). Het tweede geval (en dus de regeling bij rechtshandelingen anders dan om niet, alsmede bij rechtshandelingen om niet in het geval C kan aantonen dat hij niet door de rechtshandeling is gebaat) zal ik hieronder bespreken.

De wet lijkt, door het vereiste dat (ook) aan de zijde van C sprake moet zijn van wetenschap van benadeling van A, inderdaad te eisen dat C de zaak (ten opzichte van A) niet te goeder trouw (als bedoeld hiervóór, in par. 5.3.3, namelijk dat van C kan worden gevergd dat hij rekening houdt met het recht van A) heeft verkre-

⁴⁸⁵ Dat is ook niet zo gek, nu C zelf juist te goeder trouw is ten aanzien van het recht van A. Als de relativering zou doorwerken ten opzichte van een rechtsopvolger van C, zou dus eigenlijk merkwaardig zijn deze rechtsopvolger wel bescherming toe te kennen als hij het recht van A niet kent. Dit wil overigens niet zeggen dat ik van mening ben dat die rechtsopvolger niet beschermd zou moeten worden; het bevestigt juist dat de relativering van de levering c.p. niet op zijn plaats is.

gen. In ieder geval biedt de regeling de ruimte de criteria aldus te interpreteren, namelijk door het (objectieve) criterium “wetenschap van benadeling” maar niet te ruim op te vatten. De wijze waarop de Hoge Raad dit criterium tot nu toe hanteert, laat naar mijn mening zien, dat de Hoge Raad inderdaad een vergaande mate van wetenschap eist alvorens wetenschap van benadeling wordt aangenomen. Naar het oordeel van de Hoge Raad is wetenschap van een kans op benadeling onvoldoende; er moet wetenschap zijn dat de rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling zal leiden.⁴⁸⁶ In dit verband zij verwezen naar de conclusie van A.-G. Huydecoper vóór Van Emden q.q./Rabo⁴⁸⁷, die in het kader van de wetenschap van benadeling benodigd voor een beroep op de faillissementspauliana opmerkt:

“Derden die met de latere gefailleerde rechtshandelingen aangaan, [zullen] maar bij uitzondering (behoren te) weten dat daardoor benadeling van crediteuren teweeg wordt gebracht. Die derden zullen immers veelal niet kunnen beoordelen in hoeverre wat zij met de latere gefailleerde verhandelen per saldo daadwerkelijke benadeling van (andere) crediteuren teweeg brengt (of dat op termijn tengevolge zal hebben). Gewoonlijk moet men daarvoor veel meer van de betrokkene en diens situatie weten, dan derden plegen te kunnen weten.”

Dat lijkt mij een juist uitgangspunt, bezien vanuit het effect van een geslaagde actio pauliana. Dat effect is immers een relativering van het eigendomsrecht van C ten behoeve van A, een schuldeiser van B. Op C, (bijvoorbeeld) koper van een roerende zaak van B, rust nu juist in beginsel niet de rechtsplicht zich volledig op de hoogte te stellen van de vermogenspositie van B. Pas als hij weet dat door zijn handelwijze schuldeisers van B zullen worden benadeeld, behoort hij zich van zijn gedrag te onthouden. Huydecoper merkt daarbij op, dat het gedrag van de betrokkenen (bij een rechtshandeling om baat) per saldo als “onbehoorlijk”, of als strijdig met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet worden aangemerkt.

Schrijvers die bepleiten dat in zeker opzicht aan het handelen van C⁴⁸⁸ onder de pauliana minder strenge eisen (behoren te) worden gesteld dan onder de onrechtmatige daad⁴⁸⁹, verliezen mijns inziens uit het oog dat een geslaagde actio

486 HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257 (Ontvanger/Pellicaan) en HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (Bakker/Katko).

487 HR 2 februari 2007, RvdW 2007, 173 (Van Emden q.q./Rabo).

488 Waar gesproken wordt over het handelen van C, wordt verwezen naar de norm die wordt gesteld ten aanzien van het gedrag van C. Aldus is hier niet aan de orde of in het kader van artikel 6:162 BW een zekere reflexwerking kan uitgaan van de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw, waarover bijvoorbeeld Mon. Nieuw BW A 21 (Boukema), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 46 en De Weijs, ‘Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?’ *WPNR* 6686 (2006), p. 765.

489 Zie bijvoorbeeld Wessels, die van mening is dat voor de met de pauliana te realiseren vermogens-

pauliana tot gevolg heeft dat A zijn vordering op B, met uitsluiting van schuldeisers van C, op het paulianeus verkregen goed mag verhalen. De actie heeft dus vérdergaande gevolgen dan een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van A jegens C. In dat laatste geval immers zal A bij verhaal van die vordering wél moeten concurreren met schuldeisers van C.⁴⁹⁰ Waar een actie uit onrechtmatige daad niet kan slagen, meen ik dat de actio pauliana ook niet zou moeten kunnen slagen.

5.4.2.3 *Derde gezichtspunt: rechtshandeling B-C om baat of om niet*

Zojuist bleek reeds, dat in het geval de rechtshandeling B-C om niet was, de regeling van de actio pauliana (in beginsel) geen norm stelt aan het handelen van C. De wetgever is van mening, dat de rechtvaardiging van de relativering van het recht van C in dat geval kan worden gevonden in het feit dat C de zaak om niet heeft verkregen. In dit verband zij verwezen naar Houwing, die stelt:

“Ook in art. [3:45 BW] vindt men alzoo een toepassing van het beginsel dat degeen, die in het vertrouwen op den schijn gehandeld heeft, beschermd wordt tegen schade, maar niet gevrijwaard wordt tegen de teleurstelling, dat voordeel, hetwelk hij, vertrouwend op den schijn meende verkregen te hebben, hem ontgaat.”⁴⁹¹

reconstructie voldoende basis is “de enkele benadeling voortvloeiend uit een onverplichte rechtshandeling sec (bij toepassing van art. 42 Fw), blijkend uit de enkele verstoring van de onderlinge rangorde in verhaalsrechten van hen die later faillissementscrediteuren blijken te zijn” (Wessels, ‘Benadeling van schuldeisers: een overzicht’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007 (4), p. 71), waaruit lijkt te volgen dat in zijn visie wetenschap van benadeling überhaupt geen vereiste zou behoren te zijn. Zie ook De Weijs, ‘Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?’ *WPNR* 6686 (2006), p. 764 (“Weliswaar is tevens vereist dat de wederpartij ook een verwijt kan worden gemaakt, maar de betrokkenheid van de wederpartij is vergeleken met die van de schuldenaar onder de pauliana secundair. Dit brengt mee dat voor het invoeren van de pauliana onder omstandigheden aan het handelen van de derde minder zware eisen gesteld hoeven te worden dan voor het invoeren van de onrechtmatige daad.”) en De Weijs, ‘Naar een flexibele benadering van wetenschap van benadeling onder de pauliana’, *WPNR* 6726 (2007) (waar hij (p. 851) betoogt dat wanneer partijen zonder risico voor zichzelf handelen, maar wel risico’s voor derden creëren, eerder aangenomen kan worden dat partijen wisten en behoorden te weten dat benadeling het gevolg zou zijn). De Weijs kiest voor een economische benadering van de invulling van het wetenschapsvereiste, hetgeen mijns inziens, gelet op hetgeen is bepleit hierboven, bij het tweede en derde gezichtspunt, ongewenst is. Bovendien lijkt De Weijs uit het oog te verliezen dat bij onrechtmatig handelen als hier aan de orde, het steeds twee partijen zijn die onrechtmatig handelen: B én C.

490 Vgl. in dit verband Van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, die (mijns inziens terecht) van mening is dat de pauliana een bijzondere vorm van de onrechtmatige daadvordering is, waarbij het essentiële verschil tussen de beide acties is gelegen in het rechtsgevolg.

491 Houwing, ‘Positief en negatief belang bij rechtsschijn’, *WPNR* 3868 (1944), p. 38.

Ook Nieskens-Ispording vindt de rechtvaardiging van deze regeling in het feit dat C om niet heeft verkregen:

“Niet de positie van de oorspronkelijke vervreemder is in het geding, maar de positie van een groep wier belangen in het rechtsverkeer eveneens hoog staan aangeschreven: de crediteuren. De vraag wordt nu: hoe verhoudt zich het op de eisen van het verkeer geënte uitgangspunt dat een schuldeiser zijn vorderingen op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen kan (artikel [3:276 BW]) tot de eveneens op grond van het rechtsverkeer hoog te houden belangen van derde-verkrijgers van registergoederen? Het antwoord geeft de regeling op het stuk van de Pauliana in art. [3:45 BW]. Dit artikel houdt in dat C zich de vernietiging door X moet laten aanleunen. (...) Het geringe belang van de goede trouw valt hieruit eens te meer af te lezen. Het zijn de eisen van het verkeer, die nu eens in deze dan weer in gene richting wijzen, die de doorslag geven.”⁴⁹²

De wetgever is daarbij overigens met een genuanceerde oplossing gekomen. Het enkele feit dat C om niet heeft verkregen, is namelijk onvoldoende voor een geslaagd beroep op de actio pauliana. De actie slaagt in een dergelijk geval pas, als C ten tijde van de vernietiging nog daadwerkelijk is gebaat door de rechtshandeling. In dat geval wordt geen norm gesteld aan het handelen van C. Is C niet (langer) gebaat door de rechtshandeling, dan slaagt de actie alleen als C wetenschap had van benadeling – en wordt dus wel een norm gesteld aan het handelen van C (waarover par. 5.4.2.2).

Deze regeling is pas in 1992 ingevoerd voor de pauliana buiten faillissement. Bij de pauliana buiten faillissement werd in eerste instantie, in het ontwerp Meijers, C alleen “beschermd” (in de zin dat de actie niet slaagde als C geen wetenschap had van benadeling) als hij om baat had verkregen. Later is daar aan toegevoegd de “bescherming” van C in het geval hij anders dan om niet heeft verkregen, maar aantoon niet door de rechtshandeling te zijn gebaat:

“Verder is het wenselijk geoordeeld na het tweede lid een nieuw lid in te voegen, dat voor handelingen om niet een regeling geeft overeenkomstig het bepaalde in artikel 46 F. Reeds thans wordt veelal geleerd dat dit artikel buiten faillissement analogisch moet worden toegepast.”⁴⁹³

492 Nieskens-Ispording, ‘Vier beginselen van derdenbescherming’, *Kwartalbericht Nieuw BW* 1989 (3), p. 72.

493 Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 218.

Artikel 46 Fw bepaalde op dat moment:

“De begiftigde, van wien niet blijkt dat hij met den vermogenstoestand van den schenker bekend was, is niet verplicht het door hem ontvangene terug te geven, voor zooverre hij aantoon, dat hij, ten tijde van der faillietverklaring, ten gevolge der schenking niet was gebaat.”⁴⁹⁴

Artikel 46 Fw wordt door de wetgever als volgt toegelicht:

“ (...) Vandaar dan ook, dat reeds in het Romeinsche recht voor de tegen schenkingen gerichte Pauliana de bijzondere bepaling gold, dat zij ingesteld kon worden tegen de begiftigde, onverschillig of hij te goeder of te kwader trouw was, indien slechts de schenker in kwade trouw verkeerde. Evenwel was in dit geval de verbintenis tot teruggave van den begiftigde, die in goede trouw verkeerde, immers onbekend was met den vermogenstoestand van den schenker, beperkt tot hetgeen van de ontvangen gift op het oogenblik, dat de teruggave van hem gevraagd werd, nog in zijn vermogen aanwezig was [voetnoot: verwijzing naar L. 6 par. 11 Dig. 42, 8 quae in fraudem creditorum etc.]. Ook deze bepaling is volkomen rationeel en geheel in overeenstemming met het hier ontwikkelde beginsel. Ging men verder, werd den begiftigde de verplichting opgelegd om in elk geval, ook waar hij te goeder trouw ontving, alles terug te geven, dan zou het beoogde doel voorbij gestreefd worden en hem inderdaad een door niets gerechtvaardigde schade worden toegebracht, telkens wanneer hij niets kwaads vermoedende het hem geschonkene had verbruikt of verteerd.”⁴⁹⁵

De wetgever verwijst in zijn hierboven geciteerde toelichting op artikel 3:45 lid 3 BW eveneens naar Ankum, die deze toevoeging bij de regeling van de actio pauliana buiten faillissement inderdaad bepleit:

“Hoe moet nu worden beslist als de zaak zich niet meer in het vermogen van de verkrijger bevindt doordat deze haar op zijn beurt heeft vervreemd, of doordat zij is te niet gegaan. Ook hier moeten wij weer onderscheid maken tussen de verkrijger te kwader trouw en te goeder trouw. De verkrijger te kwader trouw is gehouden de waarde van de zaak aan de crediteur te vergoeden als hij de zaak heeft vervreemd of als zij is te niet gegaan, hetzij door zijn toedoen hetzij door overmacht, tenzij hij bewijst, dat zij ook bij de debiteur zou zijn te niet gegaan. In het geval dat hij de zaak heeft vervreemd doet het niet ter zake of tegen de opvolgende verkrijger al dan niet met de Pauliana kan worden opgetreden. De verkrijger kan niet de tegen hem gerichte actie afwenden door te wijzen op de mogelijkheid van ageren tegen zijn ‘sous-acquéreur’. Bestaat die

⁴⁹⁴ Artikel 46 Fw is inmiddels vervallen en vervangen door artikel 42 lid 3 Fw.

⁴⁹⁵ Van der Feltz I (MvT), p. 446.

mogelijkheid, dan heeft de benadeelde crediteur dus de keus om de waarde van de verkrijger of de zaak van diens rechtsverkrijgende op te vorderen. De verkrijger (om niet) te goeder trouw is gehouden datgene af te geven waarmee hij op het moment van het intropen der Pauliana tengevolge van de verkrijging is verrijkt. Dit kan de waarde der zaak zijn (indien hij deze bijv. voor een prijs overeenkomstig de waarde heeft verkocht en de koopprijs zich nog in zijn vermogen bevindt), het kan ook een geringer bedrag zijn (indien hij bijv. de geschonken zaak heeft verkocht voor een prijs, lager dan de waarde, en deze zich in zijn vermogen bevindt), het kan zelfs nihil zijn (als hij de zaak of de opbrengst ervan na verkoop geheel heeft verteerd). Deze zachtere behandeling van de verkrijger om niet vindt men bij toepassing van de Pauliana in geval van faillissement neergelegd in art. 46 Fw. Er is alle aanleiding deze bepaling hier analogisch toe te passen (...).⁴⁹⁶

Dit nu is een mooie toepassing van het derde gezichtspunt, waarbij óók rekening wordt gehouden met de goede trouw van C. Het resultaat is een genuanceerde regeling, waarin voldoende rechtvaardiging kan worden gevonden voor de “achterstelling” van C ten opzichte van A. De wetgever heeft een bijzondere (specifieke) belangenafweging gemaakt in het geval C om niet heeft verkregen.⁴⁹⁷

5.4.2.4 Vierde gezichtspunt: effectiviteit van de relativering

In hoeverre de relativering van eigendom als gevolg van een geslaagde actio pauliana een geslaagd middel is om ongewenst gedrag bij C tegen te gaan valt – bij gebreke van empirisch onderzoek op dat punt – niet te zeggen.⁴⁹⁸ Wel kan worden

⁴⁹⁶ Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 178+179. Vgl. ook Houwing, ‘Positief en negatief belang bij rechtsschijn’, *WPNR* 3868 (1944), p. 38.

⁴⁹⁷ Het resultaat doet denken aan wat Nieskens Isphoring heeft omschreven als het ‘fait accompli in het vermogensrecht’, zie Nieskens-Isphoring, *Het fait accompli in het vermogensrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991. Ook zij verwezen naar HR 30 september 2005, NJ 2007, 154 (Koker/Cornelius), waar de Hoge Raad de vraag beoordeelt in hoeverre aanspraak kan worden gemaakt op schadevergoeding in een geval waarin de waarde van een onroerende zaak is vermeerderd als gevolg van investeringen door de verarmde die daarvoor geen vergoeding heeft verkregen, waarna de zaak is verkocht aan een derde tegen een prijs die lager is dan de (door de gedane investeringen) marktwaarde van de zaak. De Hoge Raad oordeelt dat voor zover de koper al ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt ten opzichte van de verarmde, “bij de beantwoording van de vraag wat redelijk is betekenis [toekomst] aan de mate waarin de koper door zijn verrijking daadwerkelijk is gebaat.” Zie voorts Houwing, ‘Positief en negatief belang bij rechtsschijn’, *WPNR* 3868 (1944), die van mening is dat alleen sprake kan zijn van vergoeding van het negatieve belang aan C – zodat er geen grond is voor bescherming bij afwezigheid van schade aan de zijde van C.

⁴⁹⁸ Vgl. ook Van Dijk, *De faillissementspauliana, revisie van een relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 109-118. Uit het onderzoek van Van Dijk blijkt overigens wél, dat de curator meestal de voorkeur geeft aan het ontvangen van een geldsbedrag in plaats van de vreemde goederen terug te ontvangen. Zie hierna, voetnoot 500. Ook kan worden verwezen naar het onderzoek van Luttikhuis-Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisersbenadeling en conclusies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007. Daaruit kan het een en

opgemerkt dat het in ieder geval niet steeds loont om mee te werken aan het wegmaken van verhaalsmogelijkheden, nu dit bestraft kan worden met een relativering van het eigendomsrecht van de verkrijger. Daarbij moet weer wel worden gezegd, dat A steeds tijd, geld en moeite zal moeten steken in de vernietiging van de rechtshandeling B-C. Het spreekt voor zich dat A daartoe niet in alle gevallen bereid zal zijn.

Wat de effectiviteit van relativering van eigendom bezien vanuit de positie van A betreft kan het volgende worden opgemerkt. Het *doel* van de relativering van het eigendomsrecht van C ten behoeve van A in dit geval is, zo is hiervóór gebleken, het veiligstellen van het verhaalsbelang van A, en wel door A een exclusief verhaalsrecht op de zaak te geven, welke zaak ten opzichte van ieder ander dan A van C is. Hierboven heb ik reeds aangestipt, dat het voordeel van een relativering van eigendom ten opzichte van (bijvoorbeeld) een actie tot schadevergoeding jegens C is, dat A niet slechts een concurrente vordering heeft jegens C, maar dat hij zijn vordering exclusief, met uitsluiting van schuldeisers van C, op de zaak mag verhalen.⁴⁹⁹

In hoofdstuk 3 is aan de orde geweest, dat in vele gevallen dit exclusieve verhaal niet mogelijk is, bijvoorbeeld omdat de zaak inmiddels is overgedragen aan een derde te goeder trouw, of omdat de rechtshandeling B-C bestaat uit betaling (door B aan C) van een exorbitante koopprijs voor de zaak. In dat geval, zo heb ik daar betoogd, kan A zijn vordering verhalen op de vordering die B op C heeft uit hoofde van (tekortkoming in de nakoming van de vordering uit hoofde van) onverschuldigde betaling. Dit is echter een concurrente vordering van B op C, zodat A (als schuldeiser van B weliswaar exclusief verhaal heeft op die vordering, maar) wat het verhaal op die vordering betreft zal moeten concurreren met schuldeisers van C. Het voordeel van een relativering van het recht van C ten opzichte van een rechtstreekse actie tot schadevergoeding jegens C is daarmee verdwenen.

De hier gesignaleerde problematiek speelt met name in het geval (ook) C insolva-bel is.⁵⁰⁰ A zal dan immers, ondanks relativering van het recht van C ten behoeve

ander worden afgeleid ten aanzien van de effectiviteit van de actio pauliana als zodanig, maar niet over de effectiviteit van de "sanctie" die staat op paulianeus handelen, namelijk een relativering van het eigendomsrecht van C. Zie ook Van Dijck-Lamers, 'Calculeren en benadelen', in: *Gedrag en privaatrecht*. (W.H. Van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 461 e.v.

499 Het voordeel van de actio pauliana ten opzichte van de actie uit onrechtmatige daad zie ik dus ruimer dan Van Hees, die meent dat dit voordeel erin is gelegen, dat voor die gevallen waarin sprake is van benadeling van schuldeisers, duidelijke criteria zijn gegeven. Zie Van Hees, 'Benadeling in verhaalsmogelijkheden: pauliana of onrechtmatige daad?' *JORplus* 2002, p. 66-71.

500 Ik kan niet beoordelen, hoe vaak het verhaalsrecht van A gefrustreerd wordt omdat verhaal op de

van A, hoogstwaarschijnlijk met een (grotendeels) onverhaalbare vordering blijven zitten. Dan moet dus worden gezegd, dat relativering van eigendom niet voldoet aan het gestelde doel van bescherming van het verhaalsrecht van A. Het kan dan aanlokkelijk zijn A een recht van zaaksvervangende toe te kennen, waardoor A niet alleen het recht krijgt zijn vordering (exclusief) te verhalen op de zaak, maar ook – in de gevallen waarin dat niet (langer) mogelijk is – een exclusief verhaalsrecht op de vordering tot vergoeding die in de plaats is getreden van de betreffende zaak. Dat betreft dan bijvoorbeeld de vordering tot schadevergoeding op de voet van artikel 6:162 BW die C op een derde heeft wegens onrechtmatige beschadiging van de zaak, de vordering die C op zijn verzekeraar heeft wegens tenietgaan van de zaak, of de vordering tot betaling van de koopprijs die C op een derde heeft omdat de zaak aan die derde is verkocht.⁵⁰¹ A zou daarmee een exclusief verhaalsrecht verkrijgen op de betreffende goederen.

De vraag is, of zaaksvervangende (aldus bezien) gewenst is. Dit zou een eenvoudige vraag zijn als alleen de belangen van A behoeven te worden gediend, maar dat is niet het geval. De wetgever heeft niet slechts te maken met de belangen van A, maar ook met bijvoorbeeld de belangen van de schuldeisers van C én de schuldeisers van zijn rechtsopvolgers.⁵⁰² Bovendien moet het systeem werkbaar blijven.

(volle) eigendom van de zaak niet langer mogelijk is. Mijn eerste – niet door de praktijk gevoede – gedachte zou zijn dat juist dit aspect er de reden van is dat (bijvoorbeeld) de actio pauliana door schuldeisers en curatoren minder vaak wordt gebruikt dan mogelijk zou zijn; waarom tijd en geld steken in een procedure, als C geen verhaal biedt? Opvallend genoeg blijkt uit het (empirisch) onderzoek door Van Dijck dat curatoren over het algemeen schadevergoeding prefereren boven relatieve nietigheid (zie Van Dijck, *De faillissementspauliana, revisie van een relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 94+95). Van Dijck heeft curatoren de vraag voorgelegd (onder meer) of de bestaande sanctie van de (faillissements-)pauliana optimaal functioneert. Ruim 72% van de ondervraagden vond dat dit niet het geval was. Daarbij is opvallend dat minder dan 2% tot dit oordeel kwam omdat zij waren geconfronteerd met een onverhaalbare wederpartij. Nu kan dit natuurlijk te maken hebben met de wijze van vraagstelling. De curatoren kregen de vraag voorgelegd met daarbij drie redenen om “nee” te antwoorden: nee, deze sanctie neemt niet altijd het nadeel weg; nee, deze sanctie leidt tot onnodige restitutieplichtingen en nee, om een andere reden. Er waren er vier die voor dit laatste antwoord kozen, waarvan twee wezen op de onverhaalbare wederpartij. Het is dus maar de vraag of uit dit onderzoek zou kunnen worden afgeleid dat niet een gebrek van de actio pauliana is dat schuldeisers en curatoren er uiteindelijk mee worden geconfronteerd dat verhaal op de zaak niet mogelijk blijkt, zodat zij het moeten doen met een concurrente vordering op C.

501 Zoals hierna (par. 5.4.3.4) zal worden besproken, is in het huidige systeem van zaaksvervangende gezinszins vanzelfsprekend dat ook de vordering tot betaling van de koopprijs valt onder de regeling van de zaaksvervangende.

502 Zoals Vriesendorp terecht opmerkt wordt met dit systeem de regel van artikel 3:276 BW opzij gezet (Vriesendorp, *Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag, Preadvieszen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 84). Overigens lijkt Vriesendorp hier thans gemakkelijker over te denken, waar hij betoogt dat ten aanzien van de Ontvanger/Hamm-vordering de anglo-amerikaanse oplossing moet worden gevolgd

In dat verband zij opgemerkt, dat ons recht de zaaksvervanging zoals hier aan de orde gesteld niet kent voor persoonlijke rechten, zoals een verhaalsrecht. Wel kennen wij de zaaksvervanging bij beslag (artikel 455a Rv), maar de zaaksvervanging daar leidt niet tot een exclusief verhaalsrecht voor de beslaglegger op de vordering die in de plaats van de beslagen zaak is getreden; de zaaksvervanging geeft een vereenvoudigde regeling van derdenbeslag, waarbij ook andere schuldeisers van de rechthebbende van die vordering beslag op die vordering kunnen leggen.⁵⁰³

Voorts moet worden bedacht, dat zaaksvervanging niet eenvoudig is in te passen in de wettelijke regeling van de actio pauliana. Het systeem (besproken in par. 3:7) dat A zijn vordering verhaalt op de vordering van B op C, die (alleen) bestaat in de relatie tot A, werkt hier niet. De vernietiging heeft immers niet tot gevolg dat de vordering die in de plaats is getreden van het onderwerp van de paulianeuze rechtshandeling B-C, onverschuldigd is betaald (door B aan C). Dat betekent, dat de wet zal moeten bepalen dat in deze gevallen A een (rechtstreeks) exclusief verhaalsrecht heeft ten aanzien van een specifiek vermogensbestanddeel van C.⁵⁰⁴ Al met al wordt het systeem er daarmee niet eenvoudiger op.

Bovendien wordt zelfs met dit systeem van zaaksvervanging maar in beperkte mate tegemoetgekomen aan de belangen van A. Het systeem werkt immers slechts, zolang de goederen nog traceerbaar, ofwel identificeerbaar zijn, terwijl de vraag in hoeverre goederen traceerbaar zijn, op voorhand niet makkelijk is te beantwoorden. Er wordt wel betoogd, dat (girale) geldstromen tot op zekere hoogte goed traceerbaar zijn.⁵⁰⁵ Maar hoe zit dat als de zaak is verkocht aan een derde te goeder trouw voor EUR 1.000,-, de derde deze koopprijs betaalt door overschrijving op de bankrekening van C, welke bankrekening op dat moment een positief saldo vertoont van EUR 3.000,- en C vervolgens een auto koopt van EUR 2.000,-, welke auto hij betaalt door afboeking van de bankrekening? Moet dan gezegd worden dat A zijn vordering tot een bedrag van EUR 1.000,- mag verhalen op de auto, en dat schuldeisers van C slechts verhaal hebben op het restant van de executie-opbrengst?⁵⁰⁶ Ook dat levert een onwerkbaar systeem op. Bovendien: het

om de onverschuldigde betaler te beschermen (Vriesendorp, 'Ontvanger/Hamm II: vermijd het T-woord', *WPNR* (2007), p. 634+635).

503 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv, p. 122+123.

504 Voor zaaksvervanging is immers altijd een wettelijke regeling noodzakelijk, zie HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN). Vgl. ook Snijders-Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 294.

505 Vgl. Vriesendorp, 'Ontvanger/Hamm II: vermijd het T-woord', *WPNR* (2007), p. 635.

506 Dit wordt onder het Anglo-Amerikaanse recht wel aangenomen. Bij de onder dat recht bestaande rechtsfiguur "trust" wordt ook met een soort zaaksvervanging gewerkt: als sprake is van een breach of trust door de trustee heeft de begunstigde een goederenrechtelijk getinte (proprietary)

enkele feit dat A een “exclusief” verhaalsrecht heeft op de zaak, rechtvaardigt mijns inziens niet dat A (tot in lengte van dagen) verhaal kan zoeken op goederen die (op één of andere wijze) in de plaats van die zaak zijn gekomen. Dat levert immers niet alleen een onwerkbaar systeem op, maar ook rechtsonzekerheid. Daarmee zou met zaaksvervanging hooguit bereikt kunnen worden dat A een exclusief verhaalsrecht heeft tot – wat ik zal noemen – de eerste lijn: de koopprijs bijvoorbeeld in het geval de zaak is doorverkocht aan een derde te goeder trouw. Dat impliceert, dat (alsnog) een einde komt aan de relativering zodra de koopprijs door die derde is voldaan. Dan zijn de voordelen van zaaksvervanging in feite maar zeer beperkt. Bovendien wegen deze voordelen mijns inziens niet op tegen de hiervóór besproken nadelen.

Dan moet worden geconstateerd, dat A door een geslaagd beroep op de actio pauliana weliswaar een exclusief verhaalsrecht krijgt, maar dat zijn sterke positie moet worden genuanceerd, nu exclusief verhaal op de zaak niet steeds mogelijk zal zijn.

5.4.2.5 Vijfde gezichtspunt: frequentie van de inbreuk op het recht van A

Ten aanzien van de invulling van het vijfde gezichtspunt bij de actio pauliana zij verwezen naar Cahen, die opmerkt:

“Als de contractsvrijheid het handelen van C niet sauveert, halen we de dynamiek uit het contractueel verkeer. Anderzijds komt het in datzelfde verkeer aan op nakoming van de contractuele verplichtingen en niet op de schadeclaim bij wanprestatie. Verplichtingen naar een derde toe om A's nakomingsaanspraken te ontzien, kunnen dus renderend zijn als die beveiliging niet te veel gaat kosten. (...) Ook [bij de pauliana] worden derden beperkingen opgelegd ten behoeve van een vordering. Crediteuren mogen optreden tegen derden als dezen betrokken zijn bij transacties van hun debiteur die hun verhaalsuitoefening in gevaar brengen. Welnu, is die betrokkenheid gevolg van een overeenkomst onder bezwarende titel, dan wordt ze de derde toegerekend als hij met het nadelig effect bekend was of hoorde te wezen. Vooral dit laatste biedt nogal wat armslag om tegen derden op te treden. Toch valt kwantitatief gezien dat paulianarisco nog wel mee. Omdat het overgrote deel der wederkerige contracten een verhaalsuitoefening van crediteuren niet in de weg staat, legt de pauliana per

vordering: tracing the property into its product. Dit gaat verder dan zaaksvervanging tot de “eerste lijn”, hoewel ook bij de tracing de voorwaarde wordt gesteld dat het goed, eventueel na vervanging door een ander goed of na vermenging, voldoende identificeerbaar is – waarbij de rechter een zekere mate van vrijheid heeft. Daarbij doet het er dan niet toe hoe lang de keten wordt, zolang die identificatie maar mogelijk blijft. Zie omtrent de trust en de tracing onder meer Koppenol-Laforce, *Het Haagse trustverdrag* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 1997, p. 38 e.v. en Ruschen, ‘Volg het spoor terug’, *WPNR* 6154 (1994).

*saldo slechts een relatief geringe last op de contractsvrijheid. Voor betrokkenheid bij wanprestatie wijst de frequentiefactor echter een heel andere kant op, tenminste als we de bekendheidsmaatstaf van art. 3:45 BW ook genoegzaam vinden om de betrokkenheid van derden bij wanprestatie onrechtmatig te oordelen. Het is nu eenmaal geen hoge uitzondering dat iemand een contract sluit, terwijl zijn handen al gebonden zijn.*⁵⁰⁷

Daarmee lijkt inbreuk op het recht van A door een benadelende rechtshandeling van B en C dus uitzondering, hetgeen in ieder geval geen contra-indicatie is voor relativering van het eigendomsrecht van C.

5.4.2.6 Zesde gezichtspunt: soort goed

Het zesde gezichtspunt speelt geen specifieke rol bij de actio pauliana.

5.4.2.7 Zevende gezichtspunt: vormgeving van de relativering

De beide verschijningsvormen van de actio pauliana (in en buiten faillissement) werken met een vernietiging. De rechtshandeling B-C is niet op voorhand nietig jegens A, maar pas nadat A die rechtshandeling heeft vernietigd. Hoewel deze keuze op toeval lijkt te berusten (zie par. 3.3.1), blijkt deze keuze gelukkig, nu A niet op voorhand identificeerbaar is. Als de actio pauliana tot gevolg zou hebben dat de rechtshandeling van aanvang af nietig zou zijn jegens benadeelde schuldeisers, zou dit betekenen dat deze rechtshandeling geen werking zou hebben ten opzichte van alle schuldeisers die door de betreffende rechtshandeling zijn benadeeld. Dat is ongewenst, zowel voor A als voor C. Het is immers een onzeker element óf de schuldeisers van hun recht gebruik zullen maken, terwijl er voor A weinig reden is tijd en energie in een gerechtelijke procedure te steken, als het resultaat daarvan ten goede zou komen aan alle schuldeisers van B.

Dit laatste argument gaat niet op bij de faillissementspauliana. De gedachte van de faillissementspauliana is nu immers juist, dat alle (faillissements-)schuldeisers van B profiteren van een geslaagd beroep op artikel 42 Fw. Ook hier geldt echter het argument dat ongewenst is dat de rechtshandeling B-C van aanvang af niet werkt ten opzichte van een onbepaalde groep schuldeisers. De rechtshandeling moet alleen gevolg missen ten opzichte van een identificeerbare (groep) schuldeisers, terwijl deze geldig behoort te zijn tussen partijen onderling.

⁵⁰⁷ Mon. Nieuw BW B-57 (Cahen), *Overeenkomst en derden*, Kluwer: Deventer 2004, p. 3+4. Voor de stelling van Cahen dat het paulianarisco kwantitatief bezien meevalt kan steun worden gevonden in Luttikhuis-Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisersbenadeling en conclusies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

In dit kader zij gewezen op de opvatting van Hijma (gevolgd door onder meer Van Dijk⁵⁰⁸) dat

“vernietigbaarheid en relatieve nietigheid uit de toepassing der paulianaregelen kunnen en moeten worden verwijderd. Niet alleen is het fundamenteel onzuiver om ten aanzien van een naar haar aard slechts op geldigheid tussen partijen gerichte rechtshandeling van ‘geldigheid’ of ‘nietigheid’ jegens een derde te spreken, zulk een handelwijze vertroebelt bovendien het beeld in niet geringe mate, nu de relatieve nietigheid geneigd is aan haar doel voorbij te schieten, en de uiteindelijk intredende rechtstoestand toch weer in absolute termen zal moeten worden vervat. Eenvoudiger en dogmatisch juister is de constatering dat de rechtsposities waartoe de paulianeuze handeling leidt jegens de schuldeiser – voor zover hij daardoor wordt benadeeld – niet kunnen worden ingeroepen. Laatstgenoemde kan dan zijn ‘oude’ verhaalsrecht blijven uitoefenen, dus doende aan de geëxecuteerde derde diens eigendom ontnemend. De hantering van de figuur der niet-inroepbaarheid voorkomt bovendien, dat van de schuldeiser meer dan een beroep op zijn eigen rechtspositie zou worden verlangd; er bestaat geen reden waarom – zoals een vernietigbaarheid meebrengt – hij zich speciaal tegen de paulianeuze rechtshandeling zou moeten uitspreken.”⁵⁰⁹

Over deze opvatting zij ten eerste opgemerkt, dat hiermee kennelijk een van rechtswege werkende relativering wordt bepleit. Dat is, zoals zojuist besproken, naar mijn mening ongewenst. Uitgangspunt is en blijft, dat (kenmerk is van) het eigendomsrecht (, dat dit) ten opzichte van iedere willekeurige derde gelding heeft. Voorts heeft Brunner ten aanzien van de opvatting van Hijma terecht opgemerkt, dat in gevallen waarin B zijn voor verhaal vatbare vermogen verkleint door het schenken van geld of het betalen van een exorbitante koopprijs voor een zaak, A alleen door vernietiging van die schenking of koop kan bewerkstelligen dat C een verbintenis tot terugbetaling van het ontvangen geld krijgt jegens B, waarop A beslag kan leggen, en A door het simpelweg negeren van de schenking of koop nog niet een verhaalsobject heeft bij de derde.⁵¹⁰ Daarbij komt dat, zoals in par. 3.7.2 is besproken, de rechtshandeling door A (buitengerechtigd) kan worden vernietigd door beslag te leggen. Het is dus onjuist dat, zoals Hijma stelt, van de schuldeiser méér dan een beroep op zijn eigen rechtspositie wordt verlangd. Hijma stelt in dat verband, dat dan niet meer van een serieuze vernietigbaarheid kan worden gesproken, nu de vernietiging naar haar aard zelf een rechtshandeling

508 Van Dijk, *De faillissementspauliana, revisie van een relic* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 89 e.v.

509 Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 235,

510 Brunner, ‘Boekbespreking, Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen’, *WPNR* 5941 (1989), p. 780.

is die bekendheid met en verwijzing naar het voorwerp daarvan veronderstelt.⁵¹¹ Ik vraag mij af hoe vaak A buitengerechtelijk vernietigt door beslag te leggen op de zaak zónder er mee bekend te zijn dat B de zaak inmiddels (paulianeus) aan C heeft overgedragen (meestal zal vernietiging door beslaglegging juist impliciet een beroep inhouden op de nietigheid van de rechtshandeling). Daarenboven is een belangrijk, hierboven reeds besproken bezwaar tegen de opvatting van Hijma, dat in zijn opvatting de rechtshandeling B-C op voorhand niet werkt tegen een schier oneindige groep schuldeisers van B. Dat is naar mijn mening ongewenst. De argumenten die Hijma aanvoert overtuigen mij dan ook niet.

De vernietiging van de rechtshandeling B-C (en daarmee de relativering van het recht van C) werkt dóór ten opzichte van rechtverkrijgenden van C. Thans blijkt dit echter slechts stilzwijgend. Het strekt tot de aanbeveling dit expliciet in de regeling van de pauliana op te nemen. De actio pauliana kent zowel in, als buiten faillissement een regeling voor de bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw (zie par. 3.6.2). Betoogd is, dat deze regeling kan worden geschrapt, nu de derde-verkrijger in voorkomend geval kan terugvallen op de bescherming die de artikelen 3:86 en 3:88 BW hem biedt.

5.4.3 Beslag roerende zaken

5.4.3.1 Eerste gezichtspunt: het recht van C

Bij de relatieve eigendom die het gevolg is van de blokkerende werking van het beslag, is de derde ten opzichte van wie de eigendom wordt gerelativeerd de schuldeiser die het beslag heeft gelegd (A). Derhalve is sprake van een derde die een persoonlijk recht heeft (namelijk een verhaalsrecht), dat onverenigbaar is met het eigendomsrecht van C (zie par. 5.4.2.1).

5.4.3.2 Tweede gezichtspunt: norm ten aanzien van het gedrag van C

De wetgever heeft bij de blokkeringsregel wat het beslag op roerende zaken betreft, aandacht besteed aan de vraag welke norm moet worden gesteld aan het gedrag van C. Daarbij heeft de wetgever het ongewenst geacht dat het feit dat A beslag heeft gelegd steeds tot gevolg moet hebben dat C een relatieve eigendom verkrijgt. C wordt beschermd tegen de blokkerende werking van het beslag van A, als hij te goeder trouw is. Met andere woorden: C verkrijgt alleen een relatieve eigendom als hij niet te goeder trouw is.⁵¹² In het geval C weet of behoort te weten

⁵¹¹ Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 233.

⁵¹² Een uitzondering geldt voor het geval aan C per c.p. is geleverd. Artikel 453a lid 2 Rv biedt immers alleen bescherming als de zaak in handen van C is gekomen. Zoals bepleit in par. 2.2, behoort de achterstelling van de levering c.p. (ook) in deze bepaling te vervallen.

dat A zijn verhaalspositie ten aanzien van het goed veilig heeft willen stellen door beslag daarop te leggen, mag mijns inziens van C worden verwacht dat hij rekening houdt met het (verhaals-)recht van A. Aldus is aan hetgeen hierboven, in het kader van het tweede gezichtspunt, is gesteld, bij het beslag op roerende zaken voldaan.

Voor de hand ligt stil te staan bij de vraag in hoeverre dit gezichtspunt is terug te vinden bij twee andere regelingen van verhaalsbeslag: het beslag op onroerende zaken en het derdenbeslag. Beide vormen van beslag kennen namelijk niet een met artikel 453a lid 2 Rv vergelijkbare regeling.

Zowel het derdenbeslag (artikel 475h Rv) als het beslag op onroerende zaken (artikel 505 lid 2 Rv) kennen, gelijk het beslag op roerende zaken, een blokkeringsregel met relatieve werking. Een overdracht van de vordering resp. de onroerende zaak leidt ook hier derhalve tot een relativering van het recht van de verkrijger.

Het verschil tussen enerzijds het beslag op roerende zaken en anderzijds zowel het derdenbeslag als het beslag op onroerende zaken is, dat de regeling van beide laatstgenoemde beslagen geen expliciete bepaling kent die de rechten van derden te goeder trouw beschermt. Betekent dit, dat bij beide regelingen niet wordt voldaan aan de hierboven bij het tweede gezichtspunt geformuleerde norm? Die norm komt er op neer dat C zich niet een zaak mag laten overdragen, terwijl hij weet (althans behoort te weten) dat daarop beslag is gelegd door A. Zoals hierna zal worden besproken, is aan deze (tweede) voorwaarde bij het beslag op onroerende zaken wel, en bij het derdenbeslag niet (steeds) voldaan.

Wat het beslag op onroerende zaken betreft, bepaalt artikel 505 lid 1 Rv dat het proces-verbaal van inbeslagneming moet worden ingeschreven in de openbare registers. Dit betekent, dat een ieder die zich de betreffende zaak wil laten overdragen, bezwaren, verhuren of verpachten, weet, althans op eenvoudige wijze kan nagaan dat (of) beslag op de zaak is gelegd. Dat betekent óók, dat als hij zich in weerwil daarvan de zaak laat overdragen, bezwaren, verhuren of verpachten, hij niet te goeder trouw is ten opzichte van de beslaglegger. Goede trouw heeft immers niet slechts betrekking op wat men weet, maar óók op wat men behoort te weten. Omdat het beslag hier (eenvoudig) kenbaar is voor de derde, bestaat geen behoefte aan bescherming van de derde die niet weet dat beslag is gelegd. Die derde heeft in dat geval immers niet aan zijn onderzoeksverplichting voldaan, zodat hij niet te goeder trouw moet worden geacht en geen recht heeft op bescherming (vgl. artikel 3:23 BW).

Ten aanzien van het derdenbeslag ligt dit wat gecompliceerder. Er is immers niet een register waarin het beslag kan worden aangetekend. Maar er is hier wél een derde bij wie kan worden nagevraagd of beslag is gelegd: de derde-beslagene, aan wie een afschrift van het beslagexploit moet worden betekend (zie artikel 475 lid 2 Rv). C kan dus, alvorens hij zich (bijvoorbeeld) de vordering laat vervreemden, navraag doen bij de schuldenaar van die vordering. De complicerende factor ten opzichte van het beslag op onroerende zaken is hier, dat de derde-beslagene onjuiste mededelingen zou kunnen doen aan C – terwijl, voor zover het register onjuistheden bevat, dit in beginsel voor risico van de beslaglegger komt (artikel 3:26 BW).

Indien C navraag heeft gedaan bij de schuldenaar van de vordering, maar deze onjuiste mededelingen heeft gedaan, laat dit de goede trouw van C onverlet. C heeft immers aan zijn onderzoeksverplichting voldaan, en op basis van hetgeen daaruit naar voren kwam behoefde hij niet te verwachten dat beslag was gelegd op de vordering. Thans komt het risico van een onjuiste mededeling van de derde-beslagene echter voor risico van C – met als gevolg dat C het beslag tegen zich moet laten werken. Weliswaar zal C in een dergelijk geval de derde-beslagene in beginsel kunnen aanspreken uit onrechtmatige daad (wegens het geven van onjuiste informatie)⁵¹³, maar er zijn omstandigheden denkbaar waaronder niet kan worden gezegd dat die derde-beslagene onrechtmatig heeft gehandeld (bijvoorbeeld omdat de derde zich gewoonweg heeft vergist), zodat C deze derde niet zal kunnen aanspreken, terwijl, indien bijvoorbeeld aan de vordering van B op die derde voorrang was verbonden, het nadeel voor C evident is.

Dat C in dit geval niet wordt beschermd tegen de blokkerende werking van het beslag, sluit aan bij de beperkte bescherming van degene die een vordering verkrijgt van een beschikkingsonbevoegde (in de zin van artikel 3:84 BW). Deze heeft immers alleen de bescherming van artikel 3:88 BW (en in uitzonderingsgevallen die van artikel 3:36 BW). Naar analogie met deze bepaling zou ten aanzien van het derdenbeslag kunnen worden gezegd, dat bij een cessie in weerwil van het beslag de derde niet behoort te worden beschermd, nu er niet een eerdere overdracht is met een titel- of leveringsgebrek; de “onbevoegdheid” van de beslagene vloeit immers (slechts) voort uit het feit dat eerder beslag is gelegd. De vraag of de beperkte bescherming van de derde die een (goederenrechtelijk) recht verkrijgt van een onbevoegde in de zin van artikel 3:84 BW terecht is, valt buiten het kader

513 Vgl. ook artikel 3:36 BW: de schuldenaar kan jegens C geen beroep doen op de onjuistheid van de veronderstelling van C, dat geen beslag op de vordering was gelegd.

van dit onderzoek.⁵¹⁴ Uitgangspunt in dit onderzoek is dus de beperkte bescherming die in algemene zin wordt geboden aan de verkrijger van een vordering. Dat uitgangspunt brengt mee, dat de wetgever kennelijk ook bij de norm die kan worden gesteld aan het gedrag van C (vgl. par. 5.3.3), rekening houdt met de aard van het goed (vgl. par. 5.3.7).

De vraag is wel, of de gelijkstelling van het geval dat A een goederenrechtelijk recht heeft en het geval dat A een persoonlijk recht heeft is gerechtvaardigd. De vraag is met andere woorden of ook in dit geval, namelijk het geval waarin C van B een vordering verkrijgt waarop een beslag van A blijkt te rusten, van welk beslag C niet op de hoogte is, bescherming van C tegen dit beslag niet aan de orde zou moeten zijn. Waar een goederenrechtelijk recht van A botst met het recht van C, gaat het om een strijd tussen twee goederenrechtelijke rechten. Maar in dit geval gaat het om een strijd tussen een persoonlijk recht (van A) en een goederenrechtelijk recht van C. Uit de aard van het recht van de beslaglegger (namelijk een persoonlijk recht) zou bescherming van C naar mijn mening eerder aan de orde moeten zijn dan in het geval A een goederenrechtelijk recht heeft. In ieder geval is niet vanzelfsprekend dat beide gevallen worden gelijkgetrokken (vgl. ook par. 5.3.3.1).

Naar mijn mening kunnen dan ook vraagtekens worden gezet bij deze regeling. In ieder geval moet worden opgemerkt, dat de wetgever geen (althans niet expliciet) aandacht heeft besteed aan de vraag of het feit dat A slechts een persoonlijk recht heeft, zou moeten leiden tot een regeling die afwijkt van de regeling die van toepassing is als A een goederenrechtelijk recht heeft. Die aandacht had het

514 Al moet worden opgemerkt dat opvallend is dat het ontbreken van een verdergaande bescherming in de parlementaire geschiedenis nauwelijks is onderbouwd. In dat verband zij verwezen naar een opmerking van W. Sniijders, over het door hem geconstateerde feit dat in de parlementaire geschiedenis nauwelijks is gesproken over vermogensrechten, anders dan vorderingsrechten, beperkte rechten en rechten van intellectuele eigendom (Sniijders, 'Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I)', *WPNR* 6607 (2005), p. 79). Het door hem opgemerkte geldt naar mijn mening evenzeer voor de beperkte bescherming van de verkrijger van (een recht op) een vordering: "De onderhavige materie raakt de grondslagen van het privaatrecht en trouwens ook van onze markteconomie. Zoekt men naar wat daarover bij de totstandkoming van het nieuwe vermogensrecht naar voren is gebracht, dan dringt zich onontkoombaar de gedachte op aan één van de bekende wetten van Parkinson. Die wet komt er op neer dat, als in een vergadering een moeilijk, belangrijk en discutabel besluit moet worden genomen, niemand zijn mond open doet, maar dat, wanneer het gaat om zoiets triviaals als de wijze van koffie rondbrengen door de koffiejuffrouw, iedereen ineens het hoogste woord heeft." Zie over de vraag of de bescherming van de verkrijger van een (recht op een) vordering uitgebreid zou moeten worden onder meer Verstijlen, 'Een onzeker zekerheidsrecht', *WPNR* 6124 (1994), p. 111-113; Verstijlen, *Vergissingen in het goederenrecht*, (rede Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; Rongen-Verhagen, 'De cessie naar huidig en komend recht: de cirkel is weer rond', *WPNR* 6564 (2003) en Salomons, 'Stille cessie: de verdere lotgevallen van het wetsvoorstel', *WPNR* 6572 (2004).

wel verdiend. Nu is immers onduidelijk of de wetgever dit punt (namelijk het feit dat A slechts een persoonlijk recht heeft) überhaupt heeft onderkend, en zo ja, waarom de wetgever de beslaglegger voorrang heeft willen geven op C, rechthebbende te goeder trouw.

5.4.3.3 *Derde gezichtspunt: handeling om baat of om niet*

Artikel 453a Rv kent niet de hierboven (par. 5.4.2.3) besproken nuance van artikel 3:45 lid 3 BW voor het geval C om niet heeft verkregen. Kort gezegd houdt deze nuance in dat zelfs als C om niet heeft verkregen, onder omstandigheden een norm wordt gesteld aan het handelen van C, als voorwaarde voor relativering van het eigendomsrecht van C. Die omstandigheid is bij de pauliana dat C kan aantonen dat hij niet door de rechtshandeling is gebaat. Zoals hierboven is besproken, is die nuancering bij de actio pauliana gebaseerd op een afweging van de belangen van C, eigenaar van de zaak te goeder trouw, en A, schuldeiser van B, die is benadeeld omdat B de zaak om niet heeft overgedragen aan C.

Een dergelijke regeling ontbreekt als gezegd bij het beslag. Artikel 453a lid 2 Rv beschermt immers alleen rechten door derden te goeder trouw, anders dan om niet verkregen. De vraag is, of dat redelijk is, óf dat voor het beslag een met artikel 3:45 lid 3 BW vergelijkbare regeling zou moeten gelden.

Mijns inziens is dat niet het geval. Reden daarvoor is niet, dat ik van mening zou zijn dat de belangenafweging bij beslag anders zou moeten uitpakken dan bij de actio pauliana. In beide gevallen gaat het immers om een afweging van het belang van C (die te goeder trouw eigenaar is geworden van de zaak), en het belang van A (wiens verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld als gevolg van het feit dat B de zaak om niet heeft overgedragen aan C). Reden daarvoor is wél het verschil in opzet tussen de actio pauliana en het beslag.

Een geslaagd beroep op de actio pauliana heeft tot gevolg, zo is in par. 3.7 besproken, dat de rechtshandeling B-C wordt vernietigd, waardoor B een vordering heeft op C uit hoofde van revindicatie althans onverschuldigde betaling, een en ander (alleen) in hun relatie tot A. Dat brengt mee, zo hebben wij ook in par. 3.7 gezien, dat zo de zaak bijvoorbeeld inmiddels is overgedragen aan een derde te goeder trouw, of is vergaan, of om een andere reden niet langer in het vermogen van C aanwezig is, C aan B, wederom (alleen) in hun relatie tot A, een waarde- of schadevergoeding verschuldigd is, op welke vordering A zijn vordering (op B) kan verhalen. Waar B de zaak aan C zou hebben geschonken, levert deze verplichting voor C inderdaad een nadeel op dat niet is gerechtvaardigd. Vandaar dat redelijk is dat in een dergelijk geval de actio pauliana niet slaagt als C te goeder trouw is (in de zin, dat hij geen wetenschap had van benadeling).

Bij beslag ligt dat anders. Zou B na beslaglegging door A de zaak aan C vervreemden, dan kan die vervreemding (zoals besproken in par. 4.3.2) niet jegens de beslaglegger (A) worden ingeroepen. A kan verhaal nemen op de zaak alsof deze nog van B is. Zo C de zaak inmiddels aan een derde te goeder trouw zou hebben overgedragen, of de zaak om een andere reden niet langer in zijn vermogen aanwezig is, is geen sprake van een vordering van B op C (wegens tekortkoming in de nakoming van de vordering) uit hoofde van onverschuldigde betaling. Wel kan A in dat geval, zo heb ik betoogd in par. 4.6.3, ageren uit hoofde van onrechtmatige daad jegens C, omdat C bij de verkrijging van de zaak niet te goeder trouw was jegens A. Was C wél te goeder trouw bij de verkrijging van die zaak, dan zal de vordering op grond van onrechtmatige daad daarop stranden. Met andere woorden: het bezwaar dat C, te goeder trouw, gehouden zou zijn aan A een waarde- of schadevergoeding te betalen, terwijl hij ten tijde van de vernietiging door de rechtshandeling B-C niet (langer) is gebaat, speelt bij het beslag niet. Om die reden is bij het beslag geen behoefte aan een met artikel 3:45 lid 3 BW vergelijkbare regeling.

Zo C om niet heeft verkregen, wordt hij dus niet beschermd tegen de blokkerende werking van het door A gelegde beslag. Dat geldt ook in de gevallen waarin C ten tijde van de verkrijging te goeder trouw was. Aangenomen moet worden – uit de parlementaire geschiedenis blijkt dit jammer genoeg niet, waardoor niet kan worden vastgesteld of de wetgever bij dit punt al dan niet heeft stilgestaan – dat de wetgever het belang van A zwaarder heeft laten wegen dan het belang van C. Nu C (mits hij te goeder trouw is) niet gehouden blijkt méér af te staan dan hij van B heeft ontvangen, is dit niet geheel onbillijk.

5.4.3.4 *Vierde gezichtspunt: effectiviteit van de relativering*

Gegevens over de effectiviteit vanuit C zijn niet aanwezig. Vermoedelijk is de effectiviteit groter dan bij de actio pauliana, omdat A bij beslag in de meeste gevallen minder geld, tijd en aandacht hoeft te steken in de effectuering van zijn verhaalsrecht.

Gelijk bij de actio pauliana is ook hier de vraag, of de relativering wel effectief is bij het bereiken van het beoogde doel, namelijk het veiligstellen van de verhaalspositie van A. Ook bij beslag is bijvoorbeeld de mogelijkheid dat B (of C) de zaak inmiddels heeft doorverkocht aan een derde te goeder trouw niet ondenkbeeldig, met als gevolg dat A alleen nog een concurrente vordering heeft op C (zie par. 4.6.3).

Anders dan de pauliana, bevat de wet op dit punt een regeling in artikel 455a Rv. Dit artikel beoogt echter niet A een exclusief verhaalsrecht te geven op de zaak die in de plaats is gekomen van de beslagen zaak. Integendeel, de regeling is

bedoeld als een vereenvoudigd derdenbeslag, hetgeen impliceert dat ook andere schuldeisers (van C) beslag kunnen leggen op die vordering.

Overigens is zeker niet vanzelfsprekend dat onder “vorderingen tot vergoeding” in de zin van artikel 455a Rv ook de vordering tot betaling van de koopprijs valt. De parlementaire geschiedenis geeft hierover geen uitsluitel. Volgens Van Mierlo is dit niet het geval.⁵¹⁵ Uit de parlementaire geschiedenis van het met artikel 455a Rv vergelijkbare artikel 3:229 BW (althans artikel 3:283 BW) kan worden afgeleid dat een vordering tot betaling van de koopprijs geen vordering tot vergoeding is die in de plaats is getreden van het verbonden goed.⁵¹⁶ Een duidelijke reden wordt hiervoor niet gegeven. Ook in de literatuur over dit artikel wordt algemeen aangenomen dat de koopprijs hier niet onder valt⁵¹⁷, maar zoals Spath terecht opmerkt, wordt deze opvatting slechts summier onderbouwd.⁵¹⁸

Gesteld wordt wel, dat in dit geval geen sprake is van het tenietgaan van het goed in eigenlijke zin.⁵¹⁹ Zo schrijft Spath:

“Het aanmerken van de beëindigingsvergoeding [die aan de rechthebbenden van een recht van opstal en een recht van erfpacht is verstrekt in verband met de beëindiging van deze rechten, FD] als vordering tot vergoeding in de zin van artikel 507a Rv⁵²⁰, past ook beter bij het doel dat met deze bepaling wordt nagestreefd, te weten de bescherming van de positie van schuldeisers met een verhaalsrecht op een goed. Deze bescherming kan worden gevonden in hetzij zaaksgevolg (droit de suite) of de relativering van de overdracht op grond van onder andere art. 453a Rv en 475h Rv, hetzij in zaaksvervangning (substitutie). Logischerwijs kan een recht niet door zaaksgevolg op een goed blijven rusten als dit teniet gaat. Dit is een argument om bij bijvoorbeeld een koopsomvordering geen zaaksvervangning aan te nemen, en dit wel te doen bij een schadevergoedingsvordering wegens het tenietgaan van het betreffende goed (...).”⁵²¹

515 A.I.M. Van Mierlo, Burgerlijke rechtsvordering (Losbl.), aant. 2 bij artikel 455a Rv.

516 Parl. Gesch. Boek 3, p. 865.

517 Zie bijvoorbeeld Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, 2006, p. 575 en Snijders-Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 440.

518 Spath, ‘Zaaksvervangning en verzekeringsvorderingen bij vruchtgebruik’, *WPNR* 6669 (2006), p. 428.

519 Zie Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, 2006, p. 575. Zie ook (de door Spath in haar noot onder het vonnis bekritiseerde uitspraak van de) Rechtbank Zutphen 9 mei 2007, JOR 2007, 252 (Vereniging tegen Piramidespelen/Ekeby).

520 Dit is de tegenhanger van artikel 455a Rv voor het beslag op onroerende zaken.

521 Noot onder Rechtbank Zutphen 9 mei 2007, JOR 2007, 252 (Vereniging tegen Piramidespelen/Ekeby).

Als Spath hiermee uitdrukt van mening te zijn dat aan zaaksvervangning in dit geval geen behoefte is, omdat de beslaglegger reeds op andere wijze tegemoetgekomen wordt (namelijk doordat hij zijn beslag kan doorzetten ondanks de verkoop van het goed) overtuigt dit niet. Als een roerende zaak wordt doorverkocht aan een derde te goeder trouw wordt deze derde immers beschermd tegen het beslag dat op die zaak ligt (artikel 453a lid 2 Rv), met als gevolg dat de beslaglegger zijn beslag juist niet kan doorzetten.

Dat de vordering tot betaling van de koopprijs niet valt onder de regeling van zaaksvervangning wordt ook afgeleid uit een arrest van de Hoge Raad.⁵²² In de casus die tot dat arrest heeft geleid was echter sprake van goederen die werden verkocht met toestemming van de pandhouder. Dat in een dergelijk geval niet van rechtswege een pandrecht komt te rusten op de koopprijs valt te billijken; de pandhouder had in dat geval immers bij het geven van toestemming voor de verkoop kunnen bedingen dat hij een pandrecht zou verkrijgen op de vordering tot betaling van de koopprijs.⁵²³ Uit de door de Hoge Raad gehanteerde formulering zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad niet een regel heeft willen geven voor zaaksvervangning in het algemeen, maar juist specifiek voor de situatie die in dat arrest aan de orde was:

“Een pandrecht dat op roerende zaken is gevestigd zonder dat deze in de macht van de pandhouder zijn gebracht, (...) komt niet van rechtswege te rusten op de vordering tot betaling van de koopprijs van die zaken indien deze met toestemming van de pandhouder aan een derde worden verkocht.”[cursivering FD]

Wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie geven dus geen overtuigende argumenten voor het standpunt dat artikel 455a Rv níet ook betrekking zou hebben op de vordering tot betaling van de koopprijs. Mijns inziens is zeker pleitbaar dat ook de vordering tot betaling van de koopprijs onder de bepaling valt. Zoals hierna nog aan de orde zal komen moet echter óók als van die opvatting wordt uitgegaan, aangenomen worden dat het verhaalsrecht van A niet behoort te worden versterkt met een verder gaande vorm van zaaksvervangning.

Mijns inziens moet het exclusieve verhaalsrecht van A niet worden versterkt met een verder gaande vorm van zaaksvervangning. Verwezen zij naar par. 5.4.2.4.

522 HR 23 april 1999, NJ 2000, 158 (Van Gorp q.q./Rabo). Zie ook HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN).

523 Vergelijk de noot van Kleijn onder het arrest.

Ook hier is de conclusie dat A weliswaar een sterke positie heeft, maar deze positie ook wel weer genuanceerd moet worden, nu exclusief verhaal op de zaak niet steeds mogelijk zal zijn.

5.4.3.5 Vijfde gezichtspunt: frequentie van de inbreuk op het recht van A

Mij zijn geen gegevens bekend over de frequentie van inbreuk op het recht van A door overdracht van de door A beslagen zaak aan C. Om die reden weet ik dan ook niet in hoeverre dit gezichtspunt een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van de wettelijke regeling.

5.4.3.6 Zesde gezichtspunt: soort goed

De aard van het goed speelt bij het beslag geen rol waar het de vraag betreft óf de gerechtigdheid van C moet worden gerelativeerd. De aard van het goed speelt (kennelijk) wél een rol bij de regeling van derdenbescherming. Zo blijkt bij het beslag op roerende en onroerende zaken een gelijksoortige bescherming van toepassing te zijn, terwijl de bescherming van de derde die een beslagen vordering verkrijgt minder sterk is (zie par. 5.4.3.2).

5.4.3.7 Zevende gezichtspunt: vormgeving van de relativering

Een overdracht in weerwil van een gelegd beslag werkt van aanvang af niet jegens de beslaglegger. Daartoe is geen nadere actie van A benodigd. Dat is (hoewel ook hier niet blijkt dat de wetgever erbij heeft stilgestaan) terecht, nu A zich juist al op voorhand, door middel van het leggen van beslag, heeft geïdentificeerd.

Uit de wettekst blijkt, dat de blokkeringsregel – en daarmee de relativering van het recht van C – doorwerkt ten opzichte van rechtsopvolgers van C, terwijl de wet ook de bescherming regelt van de derde-verkrijger (X) te goeder trouw. Dit ligt anders bij de twee beslagen die zojuist ook al even aan de orde kwamen, het beslag op onroerende zaken en het derdenbeslag. Dat bij deze beslagen een regeling ontbreekt die de rechten van derde-verkrijgers te goeder trouw beschermt hoeft niet te bevreemden, nu, zoals hiervoor is besproken, beide beslagen ook geen regeling kennen ter bescherming van de directe verkrijger. Hetgeen in dat verband naar voren is gebracht, is eveneens van toepassing op de derde-verkrijger, zodat vastgesteld moet worden dat bij het beslag op onroerende zaken terecht een regeling ontbreekt, terwijl vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het ontbreken van een regeling dienaangaande bij het derdenbeslag.

5.5 Afsluitende conclusie en aanbevelingen

5.5.1 *Relativering van eigendom?*

In het voorgaande is gebleken dat waar de wetgever de belangen van A wil beschermen, relativering van het eigendomsrecht van C daartoe een geschikt instrument kan zijn. In dat kader is een (niet-limitatief) aantal gezichtspunten geformuleerd, waaraan de wetgever zou moeten toetsen als hij voor de vraag staat of in een bepaald geval relativering van eigendom een geschikt instrument is om die belangen van A te beschermen en zo ja, waaraan hij dan moet denken bij het vormgeven van de wettelijke regeling.

Het betreft in totaal zeven gezichtspunten. Daarvan zie ik het eerste gezichtspunt in feite als een dwingende voorwaarde. Als aan die voorwaarde niet is voldaan, kan naar mijn mening relativering van eigendom niet aan de orde zijn. Het tweede en derde gezichtspunt zijn in onderlinge samenhang bezien naar mijn mening ook dwingend omdat ze, zoals hiervóór is beschreven, een rechtvaardiging kunnen bieden voor de achterstelling van (schuldeisers van) C ten opzichte van A, die het gevolg is van de relativering van eigendom.

De bedoelde gezichtspunten zijn de volgende:

1. de aard van het recht van A (zie par. 5.3.2);
2. de norm die wordt gesteld ten aanzien van het gedrag van C (zie par. 5.3.3);
3. de vraag of de overdracht B-C om baat of om niet is (zie par. 5.3.4);
4. de effectiviteit van de relativering (zie par. 5.3.5);
5. frequentie van de inbreuk op het recht van A (zie par. 5.3.6);
6. het soort goed (zie par. 5.3.7);
7. vormgeving van de relativering (zie par. 5.3.8).

In het kader van de beantwoording van de in hoofdstuk 1 gestelde vragen – waaronder de vraag die in dit onderzoek centraal staat (namelijk of relativering van eigendom een geschikt instrument is om de belangen van A te beschermen) – heb ik betoogd dat een aantal regelingen wijzigingen of aanbevelingen behoeft. Hieronder zal ik de betreffende aanbevelingen kort weergeven.

5.5.2 *Voorgestelde wijzigingen en aanvullingen met betrekking tot de in dit onderzoek bestudeerde vormen van relativering van eigendom*

- Artikel 3:90 lid 2 BW dient te vervallen. Datzelfde geldt voor de artikelen 7:42 BW en 453a lid 2 Rv, waar deze artikelen de achterstelling van de levering c.p. betreffen (zie par. 2.2);

- De bescherming van artikel 3:90 lid 2 BW dient zich niet uit te strekken tot de oudere bevoorrecht schuldeiser (deze aanvulling moet subsidiair worden gezien in relatie tot de hierboven geformuleerde wijziging) (zie par. 2.4);
- Artikel 3:284 lid 2 BW, laatste zin, dient te vervallen (zie par. 2.4.3);
- Artikel 3:45 lid 5 BW en artikel 51 lid 2 Fw dienen te worden geschrapt (zie par. 3.6.2);
- Artikel 737 Rv dient ook te verwijzen naar artikel 42 Fw (zie par. 3.7.2);
- In artikel 453a Rv moet worden opgenomen dat de blokkeringsregel (ook) objectief-relatieve werking heeft (zie par. 4.1).

6 Abstract: encumbered movable property rights⁵²⁴ under dutch law

This study focuses on the subject of encumbered movable property rights. As explained in Chapter 1, “encumbered property” in this study refers to the situation in which one acquires the legal ownership of a good, but this right of ownership cannot be invoked against a specific party, with the objective of protecting this party against the right of ownership.

The central question raised is whether this encumbered property right is an appropriate legal concept to protect a specific party against a transfer of ownership. This question is analysed by comparing three legal concepts that may lead to an encumbered property right: delivery *constituto possessorio*, nullification of a legal act by an *actio pauliana* and transfer restrictions as a result of an attachment on movable property. In relation to each of these concepts, the following three issues are considered.

1. What is the rationale of the encumbrance?
2. What party is protected as a result of the encumbrance?
3. How do encumbered property rights affect the rights of the relevant parties?

Four parties are identified in respect of issue 3: the seller (B), the acquirer (C) – who acquires an encumbered property right –, the party that is protected as a result of the encumbrance (A) and a third party (X).

6.1 Chapter 2

Chapter 2 examines delivery *constituto possessorio*⁵²⁵. The effect of this delivery is an encumbered property right for C, since Article 3:90 (2) of the Dutch Civil Code sets out that the delivery cannot be invoked against a third party with prior rights (A).

⁵²⁴ The term “*relativering van eigendom*” is difficult to translate accurately. I chose the term “encumbered property rights”, with the explicit note that this study does not address the issue of property encumbered with a right in *rem*.

⁵²⁵ Referred to here as “delivery c.p.”, whereas C will also be referred to as “acquirer c.p.”.

It is contended that the legal history of Article 3:90 (2) of the Dutch Civil Code does not justify this encumbered property right and that there are no grounds for the subordinated position of the acquirer c.p. This subordinated position is based on the system under the former Dutch Civil Code, and as developed by the Netherlands Supreme Court, in which the delivery c.p. was subordinated when this delivery was combined with a fiduciary transfer, and C's property right was encumbered only with regard to the position of certain privileged creditors, namely creditors that made it possible for C to obtain the property right. Under the present Dutch Civil Code, fiduciary transfer is prohibited (Article 3:84 (3) of the Dutch Civil Code). Moreover, Article 3:90 (2) of the Dutch Civil Code protects not only certain privileged creditors, but all parties with prior rights. It is argued that the "objection" to delivery c.p. – namely the fact that the delivery is not accompanied by a transfer of control over the property that is apparent to third parties – should be addressed by the "good faith" referred to in Article 3:86 (3) of the Dutch Civil Code, and that Article 3:90 (2) of the Dutch Civil Code should be abolished.

Despite the fact that delivery c.p. cannot be invoked against a third party with prior rights, the delivery is valid and ownership transfers from B to C. However, since the delivery cannot be invoked against third parties with prior rights (A), C cannot invoke its right of ownership against A.

The question then arises as to which party is protected as a result of the encumbrance. It is outlined that the party with a right in *rem* is protected and in the legal history, privileged creditors are also protected. It is argued, however, that this assumption is incorrect and not reasonable.

Finally, the positions of B, C, A and X are analysed, when the parties dispose of the good that was subject of the delivery c.p. from B to C.

6.2 Chapter 3

Chapter 3 looks at the nullification of a legal act by an *actio pauliana*, in this case an *actio pauliana* both in and outside a bankruptcy of B.

B's creditors may hold a legal act between B and C as invalid by invoking Article 3:45 of the Dutch Civil Code, or Article 42 of the Bankruptcy Act. This invalidity is only effective against the creditor that invoked invalidity; against all other parties, the legal act is fully valid. In short, the invalidity has restrictive effects.

The rationale of the restrictive effects of invalidity is that an *actio pauliana* protects creditors in their right of recourse. Therefore, the invalidity should not have more effect than is needed for the protection of this right of recourse. Consequently, it is not entirely clear why the legislature chose invalidity of the legal act as a result of a successful *actio pauliana*. It is apparent though that as an effect of this choice, C has a full and unencumbered property right until A invokes invalidity of the legal act between B and C.

The legal act between B and C is invalid against the creditor that was prejudiced in its right of recourse – inasfar as the creditor successfully invalidates this legal act by an *actio pauliana*. Reference is made to the question of whether creditors with a right of recourse established after the legal act between B and C should have an *actio pauliana*. It is contended that there are good reasons for this protection.

As the position of the relevant parties is examined once they dispose of the good that was subject to the legal act between B and C, it is argued that the *actio pauliana* does not need a separate provision that protects third-party rights; third parties can rely on Article 3:86 of the Dutch Civil Code or Article 3:88 of the Dutch Civil Code.

As a result of the invalidity with restrictive effects, A has a right to seek recourse in respect of the revendicatory action or the claim arising from undue payment that B may bring against C in their relation to A. A may effect this right by means of a special “pauliana” attachment or a “standard” attachment. With regard to an *actio pauliana* in a bankruptcy of B, making a “pauliana” attachment appears to be impossible.

6.3 Chapter 4

Chapter 4 discusses transfer restrictions as a result of an attachment on movable property. The legislation with regard to an attachment on movable property restricts the ability to transfer attached movable property. If A attaches B’s movable property, and B transfers this movable property to C despite the clause that restricts this ability, this transfer cannot be invoked against A, so that C has an encumbered property right. However, against all other parties, the transfer is fully valid; the restriction clause thus has restrictive effects.

The rationale of the restrictive effects of this clause is comparable to the rationale of the restrictive effects of an invalidation as an effect of an *actio pauliana*: since

this clause is only in the interest of the person levying an attachment, this clause should only protect that person.

The legislature seems to have inadequately considered the form of this clause. Article 453a of the Code of Civil Procedure states that certain acts “cannot be invoked” against the person that levied an attachment. As a result, the effects of a transfer despite an attachment are unclear. It is argued that this clause constitutes a construction *sui generis*. The effect of this clause is that C does become the legal owner of the goods, but not against the person that levied an attachment on the goods, unless C may invoke a clause that protects certain parties against the clause that limits the ability to transfer ownership with regard to the attached goods (Article 453a (2) of the Code of Civil Procedure).

Only the person that levied the attachment profits from the restriction clause of Article 453a of the Code of Civil Procedure. In a bankruptcy of B, certain other creditors of B may profit from the effects of the attachment.

The positions of B, C, A and X when the parties dispose of the good that was attached are then examined. It is contended that the restriction clause also has effect with regard to C’s legal successors, but that this effect ceases once one of these legal successors invokes the protection of Article 453a (2) of the Code of Civil Procedure. Finally, the position between B and C is analyzed.

6.4 Chapter 5

Chapter 5 is an analysis of an encumbered property right. Since the subordinated position of the acquirer c.p. is rejected, it is contended that the legislature apparently sees justification for encumbering property in the fact that A should be protected in its right of recourse, so that encumbrance of the right of ownership is a way of effecting this right of recourse, as stated in Article 3:276 of the Dutch Civil Code.

But whether encumbered property is indeed an appropriate legal concept to protect A’s right of recourse is called into question. It is argued that encumbrance of ownership may be appropriate to meet A’s interests, but that the interests of C and its creditors and of other of B’s creditors are not served by an encumbered property right of C. Furthermore, encumbrance of ownership may also be appropriate in other cases than the situation where A’s right of recourse should be protected.

The central question under which circumstances encumbrance of property rights is appropriate is examined through the lens of the following viewpoints:

1. A's right: it is argued that there may only be an encumbrance of property rights if A has a right in personam. In fact, this view has a mandatory nature.
2. Standard with regard to C's conduct: this view may justify the subordinated position of (creditors of) C and B's creditors. It is contended that justification for this may be found in C's conduct, namely whether C is or should be aware of A's rights, whereas given the circumstances it could be expected for C to take A's rights into account.
3. Whether the legal act between B and C is for a consideration: the justification for the encumbrance of C's right of ownership may also be found in this third view. If the movable property was transferred to C without a consideration, it might be reasonable that C's position is subordinated against A.
4. Effectiveness of encumbrance of property rights: with regard to the question of whether encumbrance of property rights is appropriate in a certain case, it should also be taken into account whether this is an effective instrument to protect the right of A.
5. Frequency of infringements on A's right
6. The nature of the goods that are subject to the transfer from B to C: especially with regard to the "costs" C has to incur to verify whether B is "authorised" (in its relationship with A) to dispose of the goods, the nature of the goods that are subject to the transfer from B to C may be taken into account when assessing if encumbrance of property rights is appropriate in a certain case.
7. Items for consideration with regard to the (formal) creation of the encumbrance of property rights: the final viewpoint only comes into consideration once the legislature in a certain case has decided that encumbrance of C's property right is appropriate. In that case, there are some items for consideration that the legislature may take into account when formulating legal rules, namely the question of whether: (i) the encumbrance should apply by operation of law, (ii) the encumbrance should also affect C's legal successors and (iii) C's legal successors should be protected against this effect.

Finally, on the basis of these seven viewpoints, the issues of whether delivery c.p., invalidation of a legal act by an *actio pauliana* and transfer restrictions as a result of an attachment on movable property are applied and examined in the context of these viewpoints.

Aangehaalde literatuur

- R.L. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht, Preadvies KNB*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.
- R.L. Albers-Dingemans, 'De positie van de beslaglegger op een onroerende zaak na de gunning en voor de inschrijving', *WPNR* 6581 (2004).
- J.A. Ankum, 'De Pauliana in het nieuwe B.W.' *NJB* 1959 (2), p. 21-31.
- J.A. Ankum, *De geschiedenis der "Actio Pauliana"* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.
- J.A. Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.
- C. Asser, 'De voorgestelde wijziging der Pauliana in ons Burgerlijk Wetboek', *W.* 1894 (6544), p. 3.
- Mr C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Zakenrecht. 3-I*, bewerkt door J.H. Beekhuis-F.H.J. Mijnsen-P. De Haan, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.
- Mr C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Personen- en familierecht*, bewerkt door J. de Boer, Deventer: Kluwer 2006.
- Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht. 4-II*, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005.
- Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht. 3-III*, bewerkt door A.I.M. van Mierlo-F.H.J. Mijnsen-A.A. van Velten, Deventer: Kluwer 2003.
- Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht. 3-I*, bewerkt door F.H.J. Mijnsen-P. de Haan, Deventer: Tjeenk Willink 2006.
- Mr C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Zakenrecht. 3-III*, bewerkt door Van Oven, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.
- Mr C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Erfrecht en schenking*, bewerkt door S. Perrick, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2005.
- Mr C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Derde deel - verbintenissenrecht, tweede stuk*, bewerkt door L.E.H. Rutten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968.
- Mr C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, Zakenrecht II*, bewerkt door P. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945.

- F. Bakels, 'Interferentiefiguren', *WPNR* 5577 en 5578 (1981).
- S.O.H. Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- S.E. Bartels-H.W. Heyman, 'Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed', *WPNR* 6306 en 6307 (1998).
- J.F. Baur -R. Stürner, *Sachenrecht*, München: Beck 1999.
- F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.
- J.H. Beekhuis, Preadvisie betreffende de regeling van de z.g. "actio Pauliana" in het Belgisch en het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.
- H. Beer, *Die relative Unwirksamkeit*, Berlin: 1975
- A.R. Bloembergen, 'Gebrekkige rechtshandelingen in het gewijzigd ontwerp Boek 3 N.B.W. (artikelen 3.2.6-3.2.21)', *WPNR* 5190 (1972).
- A.R. Bloembergen-C.C. Van Dam-Jac. Hijma-W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2001.
- Mon. Nieuw BW A 21 (C.A. Boukema), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992.
- Studiepockets privaatrecht nr. 13 (O.K. Brahn), *Fiduciaire eigendomsoverdracht en eigendomsvoorbehoud*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.
- O.K. Brahn, 'Ons allernieuwste 2014', *WPNR* 5739 (1985).
- L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.
- C.J.H. Brunner, 'Boekbespreking, Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen', *WPNR* 5941 (1989).
- Mon. Nieuw BW B-57 (J.L.P. Cahen), *Overeenkomst en derden*, Kluwer: Deventer 2004.
- J.P.A.N. Caroli, 'De actio pauliana in het Fransche en Nederlandsche recht', in: *Rechtsgeleerde Bijdragen en Bijblad*, Amsterdam: Johannes Müller 1887, p. 3-32.
- M.A.B. Chao-Duivis, 'De positie van de cp-verkrijger ten opzichte van de ouder gerechtigde (art. 3.4.2.5 NBW)', *WPNR* 5882 (1986).
- R.T.U. Cooter, *Law and economics*, Boston: Pearson Addison-Wesley 2004.
- M.H.R.N.Y. Cordewer, "Debt-for-equity swap' via surséance van betaling', *Bb* 2004 (2), p. 9-13.
- A.L. Croes, 'Nogmaals de ruime Pauliana. Een reactie', *WPNR* 5662 (1983).
- G. Van Dijck, *De faillissementspauliana, revisie van een relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- Mon. Nieuw BW B4 (G. van Dijck), *Pauliana*, Deventer: Kluwer 2008.
- G. van Dijck -H. Lamers, 'Calculeren en benadelen', in: *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 461-486.
- H. Drion, 'De betekenis van het bezit voor ons huidige recht', *WPNR* 4941-4943 (1967).

- J. Eggens, 'Eene oude vraag naar aanleiding van eene nieuwe', *WPNR* 3189 (1931).
- J. Eggens, Praeadvies over Vormen van nietigheid en bekrachtiging van rechtshandelingen, te behandelen in de Algemene Vergadering van de Broederschap der candidaat-Notarissen, Den Haag: Belinfante 1947.
- N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.
- N.E.D. Faber, 'Actio Pauliana en verrekening', in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* (Van de Hel e.a.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 186.
- Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling, Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz., door G.W. van der Feltz.
- J.E. Fesevur, 'Kroniek Boek 3 titels 4 tot en met 10', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990 (1), p. 16-18.
- J.E. Fesevur, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.
- H.A.G. Fikkers, *Recht van reclame* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1992.
- H.A.G. Fikkers, 'Verhaal op onroerende zaken', in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en Beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001,
- D.C. Fokkema, 'Nietigheden in het privaatrecht', *RMTh* 1971, p. 271-305.
- R.J. van Galen, 'Homologatie UPC-akkoord', *Ondernemingsrecht* 2004 (03), p. 95-99.
- Faillissementswet: losbladig commentaar onder redactie van R.J. van Galen-A. van Hees, Deventer: Kluwer.
- S. Gerbrandy, 'Ontwikkelingen van het privaatrecht', in: *Vooruitzichten van de rechtswetenschap: een bundel opstellen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 90.
- G.H. Gispen, 'De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana', in: *Vragen rond de faillissementspauliana. Insolad Jaarboek 1998*, Deventer: Kluwer 1998, p. 31-50.
- J.J.A. de Groot, 'Beslag, hypotheek en faillissement', *WPNR* 5897 (1988).
- G. de Grooth, Beschrijving van het vermogensrecht in het algemeen, het erfrecht en de zakelijke rechten in de ontwerpen-meijers, met enige critische kanttekeningen. Eerste gedeelte: Inleiding en het Algemene Deel van het Vermogensrecht, Vlissingen: prae-advies voor de jaarlijkse algemene vergadering van de broederschap der notarissen in Nederland 1955.
- M.M.L. Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
- De wet van 7 juli 1896 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke regtsvordering, toegelicht door Hartogh en Cosman, door A.F.K. Hartogh -C.A. Cosman.
- W.A.M. Hasselton, 'Boekbespreking: Mr. T.J. Mellema-Kranenburg, De actio Pauliana naar BW en Nieuw BW', *NTBR* 1992 (2), p. 53-56.

- P. Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebed) 1930.
- A. van Hees, 'Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana', in: *Vragen rondom de faillissementspauliana*, *Insolad Jaarboek 1998*, Deventer: Kluwer 1998, p. 1-11.
- J.J. van Hees, 'Enkele pauliana-perikelen', in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht* (S.C.J.J. Kortmann), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 567-576.
- J.J. van Hees, 'Benadeling in verhaalsmogelijkheden: pauliana of onrechtmatige daad?' *JORplus* 2002, p. 66-71.
- E.M. Hemmen, 'Beslag en rechtsgevolg', in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 27-35.
- W. Heuff, 'Gebondenheid van veilende hypotheekhouder aan kettingbeding?' *WPNR* 5649 (1983).
- H.W. Heyman - S.E. Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998 (7), p. 219-225.
- Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.
- Jac. Hijma - M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
- R.J. Holtman, 'Samenloop van executie, kettingbeding en zorgplicht', *JBN* 2000 (5), p. 9-11.
- Ph.A.N. Houwing, 'Positief en negatief belang bij rechtsschijn', *WPNR* 3868 (1944).
- J.B. Huizink, 'Pauliana en verrekening', *TvI* 1995 (1), p. 18-19.
- J.B. Huizink, 'Reactie op reacties en nawoord inzake Kuijsters/Gaalman q.q.' *AA* 1995 (10), p. 773.
- G.C. van Kekem, 'Wetenschap van benadeling bij pauliana (HR 1 oktober 1993, RvdW 1993, 190)', *V&O* 1994 (1), p. 5-7.
- L.F.V. Keyzer, *Beginselen van het Nederlandse Zakenrecht, met verwijzing naar het ontworpen burgerlijk wetboek*, Den Haag: Jongbloed 1956.
- J. Kist - bewerkt door H. Oudelaar, 'Verhaal op onroerende zaken', in: *Vademecum Burgerlijk procesrecht, Executie en Beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998.
- F.P. van Koppen, 'De rechtsgevolgen van het inroepen van de (faillissements) pauliana', in: *Vragen rondom de faillissementspauliana*, *Insolad Jaarboek 1998*, Deventer: Kluwer 1998, p. 13-29.
- F.P. van Koppen, 'De restrictieve uitleg van Pauliana-bepalingen door de Hoge Raad', *NbBW* 2001 (1), p. 2-5.

- F.P. van Koppen, 'Zekerheidsrechten en faillissementspauliana', in: *Onzekere zekerheid, Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 13-25.
- Koppenol-Laforce, *Het Haagse trustverdrag* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 1997.
- S.C.J.J. Kortmann-N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- S.C.J.J. Kortmann-N.E.D. Faber, 'Kuijsters/Gaalman q.q.' *AA* 1995 (2), p. 124-133.
- S.C.J.J. Kortmann-N.E.D. Faber, 'Nawoord op bovenstaande reactie', *AA* 1995 (10), p. 773-774.
- S.C.J.J. Kortmann-N.E.D. Faber, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en faillissement', *WPNR* 6249 (1996).
- S.C.J.J. Kortmann-N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?' in: *De curator, een octopus*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 139-172.
- D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990.
- D.J. van der Kwaak, 'Banque de Suez/Mr. Bijkerk q.q.: de Hoge Raad heeft zich niet vergist en is evenmin omgegaan', in: *CJHB: Brunner-Bundel*, Deventer: Kluwer 1994.
- M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- N.A.L. Land, *De actio Pauliana en hare historische ontwikkeling* (diss. Groningen), Groningen: Scholtens en zoon 1896.
- G.E. Langemeijer, 'De toekomst van artikel 2014 B.W. Het kan nog eenvoudiger!' *NJB* 1958 (2), p. 21-29.
- A.F. van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887.
- Vermogensrecht: losbladig commentaar onder redactie van S.A.M. de Loos-Wijker, Deventer: Kluwer.
- A.P.K. Lutikhuis, *Corporate recovery: de weg naar effectief insolventierecht* (diss. Tilburg), 2007.
- A.P.K. Lutikhuis-R.E. Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisersbenadeling en conclusies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
- E.M. Meijers, 'Eigendomsoverdracht tot zekerheid', in: *Eigendomsoverdracht tot zekerheid* (C. J. de Lange en E. M. Meijers), Arnhem: Prae-adviezen voor de Jaarlijksche Algemeene Vergadering van de Broederschap der Notarissen in Nederland 1936, p. 237-284.
- E.M. Meijers, 'Eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken', *WPNR* 1997-1998 (1908).
- Studiepockets privaatrecht Nr. 45 (T.J. Mellema-Kranenburg), *De actio Pauliana*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

- Burgerlijke rechtsvordering: losbladig commentaar onder redactie van A.I.M. van Mierlo, Deventer: Kluwer.
- Verbintenissenrecht: losbladig commentaar onder redactie van A.I.M. van Mierlo m.m.v. F.M. Beijer, Deventer: Kluwer.
- A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988.
- A.I.M. van Mierlo, 'Vernieuw(en)d beslagrecht', in: *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- A.I.M. van Mierlo, 'De Jong/Carnifour', *AA* 2002 (51), p. 276-282.
- A.I.M. van Mierlo, 'Reuser q.q./Postbank', *AA* 2006 (4), p. 363-367.
- F.H.J. Mijnsen, *Algemene aspecten van beslagrecht*, Preadvies KNB, Deventer: Kluwer 1983.
- F.H.J. Mijnsen-E.W.J.H. De Liagre Böhl-J. Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie, preadvies KNB*, Deventer: Kluwer 1983.
- A. Modderman, *Werking der actio pauliana ten opzichte van een door derden verkregen hypotheekrecht* (diss. Groningen), Groningen: J.B. Huber 1886.
- W.L.P.A. Molengraaff, 'Boekbespreking A.F. v. Leijden en J.P.N. Caroli', *R.M.* 1887, p. 619-621.
- G. van Muiden, 'Het interval tussen akte en overschrijving bij de levering van onroerend goed', *WPNR* 4380 (1954).
- P. Neleman, 'Stille levering', in: *Quod Licet: Kleijn Bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 265-282.
- B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Vier beginselen van derdenbescherming', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1989 (3), p. 71-75.
- B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991.
- B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Boekbespreking Serie Monografieën Nieuw BW', *WPNR* 6065 (1992).
- B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Van Nieuw BW naar BW, X. Overdracht en derdenbescherming (slot)', *Advocatenblad* 1992 (15), p. 431-434.
- B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Recente rechtspraak: HR 11 februari 1994, RvdW 50', *WPNR* 6160 (1994).
- B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Na de 'Vormerkung' nu ook de 'Anwartschaftsrechte'?' in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 105-118.
- Mon. Nieuw BW A-22 (B.W.M. Nieskens-Isphording-A.E.M. van der Putt-Lauwers), *Derdenbescherming*, Deventer: Kluwer 2002.
- J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu: ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de overgangsvormen in het privaatrecht* (rede Tilburg), Deventer: Kluwer 1980.

- J.H. Nieuwenhuis, 'De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad', in: *Vragen rond de faillissementspauliana*, Deventer: Kluwer 1998, p. 51-64.
- H.P.J. Ophof, *De Actio Pauliana: Terug van weggeweest of ook: 'wegwezen'?* (rede EUR), Deventer: Kluwer 1992.
- H. Oudelaar, 'Gelegde beslagen vervallen, of niet?' *WPNR* 5887 (1988).
- J.C. van Oven, *De bezitsbescherming en hare functies* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. De Bussy 1905.
- J.C. van Oven, 'Verhaal door middel van derdenbeslag', in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en Beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- J.C. van Oven, 'Verhaal op goederen die geen registergoederen zijn onder de schuldenaar', in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en beslag*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Wijziging van burgerlijke rechtsvordering, de wet op de rechterlijke organisatie en de faillissementswet. aanpassing van de overige wetten, door W.H.M. Reehuis-E.E. Slob, m.m.v. J.B. Rijpkema.
- Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3 én Parlementaire geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek, invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 3, bewerkt door W.H.M. Reehuis-E.E. Slob, door C.J. van Zeben-J.W. Du Pon - m.m.v. M.M. Olthof.
- Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, door C.J. van Zeben-J.W. Du Pon - m.m.v. M.M. Olthof.
- Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet, Aanpassing van de overige wetten, door C.J. van Zeben-W.H.M. Reehuis-E.E. Slob - m.m.v. J.B. Rijpkema.
- J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.
- C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999.
- Pitlo, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, bewerkt door J.L.P. Cahen, Deventer: Kluwer 2002.
- Pitlo, *Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 3. Goederenrecht*. bewerkt door W.H.M. Reehuis -A.H.T. Heisterkamp, Deventer: Kluwer 2006
- K. van Raemdonck, 'De draagwijdte van de anterioriteitsvereiste als een van de toepassingsvoorwaarden van de Pauliaanse vordering (noot onder Cass. 9 maart 1998)', *RW* 1998-1999, p. 1179.
- E.B. Rank-Berenschot, 'Het benadelingsvereiste bij faillissementspauliana - Inaugurele rede H.P.J. Ophof', *Advocatenblad* 1992 (17), p. 499-500.
- E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidlijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

- Mon. Nieuw BW B-6b (W.H.M. Reehuis), *Levering*, Deventer: Kluwer 2004.
- M.H.E. Rongen-H.L.E. Verhagen, 'De cessie naar huidig en komend recht: de cirkel is weer rond', *WPNR* 6564 (2003).
- W. Russchen, 'Volg het spoor terug', *WPNR* 6154 (1994).
- V. Sagaert, 'De gevolgen van de actio pauliana en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking', *TBBR* 2001 (10), p. 569-583.
- A.F. Salomons, 'Brekebeentje gevloerd. Levering door constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde bezitter en art. 3:90 lid 2 BW', *WPNR* 6097 (1993).
- A.F. Salomons, 'Stille cessie: de verdere lotgevallen van het wetsvoorstel', *WPNR* 6572 (2004).
- I. Samoy, 'Over de Pauliaanse vordering en de vraag hoe uitzonderlijk de uitzonderingen zijn op de anterioriteitsvoorwaarde (noot onder Rb Luik 10 september 1999)', *TBH* 2000, p. 383-384.
- F.G. Scheltema, 'Het stelsel van roerend goed in het B.W. van 1838 tot heden', in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* (P. Scholten en E.M. Meijers), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 393-423.
- M. Scheltema, 'De geschiedenis van het constitutum possessorium', *Ars Aequi* 1964-1965, p. 1-12.
- H.C.F. Schoordijk, 'Een en ander over analogische wetstoepassing, meer in het bijzonder het gebruik van de redenering per analogiam in de rechtspraak van de Hoge Raad', *WPNR* 4701 (1961).
- H.C.F. Schoordijk, 'Als vertegenwoordiger van wie treedt de faillissementscurator op? Een niet altijd ongevaarlijke vraagstelling!' in: *Goed en trouw (Van der Grinten-bundel)* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 531-542.
- H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen: naar Boek 3 van het nieuwe BW (titel 1 tot en met 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986.
- H.C.F. Schoordijk, 'Terug naar af. De levering constituto possessorio, een levering van mindere allure', *NJB* 1988 (7), p. 227-229.
- H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (afscheidsrede EUR)*, Arnhem: Gouda Quint 1992.
- H.J. Snijders - E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
- W. Snijders, 'Schoordijks vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 en de vrijheid van de exegeet', *NJB* 1987 (41), p. 1315-1318.
- W. Snijders, 'Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I)', *WPNR* 6607 (2005).
- J.B. Spath, 'Zaaksvervanging en verzekeringsvorderingen bij vruchtgebruik', *WPNR* 6669 (2006).
- H.A. Stein, *Goed beslagen*, Deventer: Kluwer 2002.
- J.C. van Straaten, *Kadaster, openbare registers en derdenbescherming*, Deventer: Kluwer 1992.

- C.A. Streefkerk, 'Artikel 2014-nieuw: zo goed als oud', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1984 (0), p. 6-8.
- J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk recht*, 2e stuk, 1e gedeelte, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1934.
- J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk recht*, 5e stuk, *Zakenrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1940.
- C.C. Tieleman, 'Art. 24 F.w. en art. 505, lid 4 en 5 B.R.' *WPNR* 3324 (1933).
- A. Veenhoven, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955.
- R.J. Verschoof-M.A.A. Sevenheck, 'Reacties op de noot naar aanleiding van het arrest Kuijsters/Gaalman q.q.' *AA* 1995 (7/8), p. 567-571.
- F.M.J. Verstijlen, 'Een onzeker zekerheidsrecht', *WPNR* 6124 (1994).
- F.M.J. Verstijlen, 'Over botsende voorrechten en zekerheidsrechten', *WPNR* 6143 (1994).
- F.M.J. Verstijlen, *Vergissingen in het goederenrecht* (rede Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- F.M.J. Verstijlen, 'Van feo naar fzo (via Brussel), over het wetsvoorstel inzake de financiëlezekerheidsvereenkomst en het spanningsveld tussen Europees en nationaal goederenrecht', *Ondernemingsrecht* 2005 (3), p. 68-75.
- F.M.J. Verstijlen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', *TPR* 2006, p. 1157-1236.
- F.M.J. Verstijlen, 'Een remedie tegen oneigenlijke vermenging?' *WPNR* 6742 (2008).
- I. Vervoort, 'De Pauliana naar Belgisch en Nederlands recht: hoofdzakelijk gelijkend in het gemene recht, fundamenteel verschillend bij faling', in: *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Uitgevers 2005, p. 365-391.
- Geschiedenis en beginselen der Nederlandse Wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Deel X, door J.C. Voorduin.
- F.J. de Vries, 'Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW en de relativiteit van verhoudingen', *BW-krant jaarboek* 1986, p. 95-115.
- R.D. Vriesendorp, 'Art. 3.4.2.5 lid 2; een misplaatste bepaling', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1986, p. 39-69.
- R.D. Vriesendorp, 'Eenheid in verscheidenheid', in: *Erudita Ignorantia*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 187-199.
- R.D. Vriesendorp, *Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag*, Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.
- R.D. Vriesendorp, 'Ontvanger/Hamm II: vermijd het T-woord', *WPNR* (2007).

- H. Wammes, 'De pauliana in het Nieuw BW: veel oud recht', in: *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 93.
- H.L. Wedeven, 'Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten', *WPNR* 5018 (1968).
- H.L. Wedeven, 'Het probleem van de levering door verklaring van houderschap in verband met rechten van derden, beschouwd vanuit het leerstuk der nietigheden', *RMTh* 1973, p. 211-258.
- R.J. de Weijs, 'Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?' *WPNR* 6686 (2006).
- R.J. de Weijs, 'Naar een flexibele benadering van wetenschap van benadeling onder de pauliana', *WPNR* 6726 (2007).
- Insolventierecht, deel III, Gevolgen van faillietverklaring (2), III*, bewerkt door B. Wessels, Deventer: Kluwer 2003.
- B. Wessels, 'Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana', *WPNR* 6535 (2003).
- B. Wessels, 'Benadeling van schuldeisers: een overzicht', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007 (4), p. 70-78.
- H.P. Westermann, *BGB-Sachenrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2005.
- R. Westrik, '*Koop breekt geen huur*' en het huurbeding (diss. EUR), Den Haag: Koninklijke Vermande 2001.
- R. Westrik, 'Het spook in de veilingzaal', in: *De executieveiling*, Zutphen: Paris 2005, p. 27-49.
- J. Wiarda, 'De relativiteit van rechtsverhoudingen in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder', *WPNR* 4701 (1961).
- H.W. Wiersma, 'Niet-feitelijke levering, art. 2014 en fiduciaire eigendom (IV, slot)', *WPNR* 5502 (1979).
- H.W. Wiersma, 'Relatieve titels naar huidig recht en cp-posities in de toekomst', in: *Om wille van de consument: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. mr. P. Clausing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 227-245.
- M. Ynzonides, 'Cumulatie van beslagen en botsing van executies', in: *Tot persistit!*, Arnhem: Gouda Quint 1992.
- M. Ynzonides, 'Executie en beslag', in: *Vademecum Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000.
- M. Ynzonides - B. Winters, 'Opmerkingen over paulianabeslag', *WPNR* 6160 (1994).

Rechtspraakregister

(verwezen wordt naar de paragraafnummers)

Hoge Raad

HR 21 februari 1873, W. 3565	Berkelaar/Ernst c.s.	3.4.1
HR 14 april 1881, W. 4635	Van Horck/Willems c.s.	3.4.1, 3.4.2.2
HR 28 maart 1884, W. 5019	Nationale Hypotheekbank/ Knol c.s.	3.3.1, 3.3.2, 3.6.2.2
HR 12 februari 1885, W. 5146	Peters/Van Herzeele	2.2.1
HR 22 februari 1889, W. 5684	Vogel/Schipper+Koijsck	1.1.1, 2.2.1, 2.2.2, 5.3.2
HR 24 januari 1896, W. 6768	NV De Geldersche Credietvereniging/ Mr Van Embden q.q. c.s.	3.4.2.2
HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793	HIJSM/Van Kampen	3.4.1, 3.4.2.2
HR 3 juni 1921, NJ 1921, 968-969	Janse/Ligtenberg q.q.	3.7.1.3
HR 8 december 1922, NJ 1923, 152	Koot/Takken q.q.	4.3.2.2, 4.3.2.5, 4.5.6.1
HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616	Bierbrouwerij	2.2.1
HR 30 januari 1930, NJ 1930, 529	Van der Straaten/ Telders q.q.	2.4.2.1
HR 22 mei 1931, NJ 1931, 1429	Bel/Bergers	2.4.2.1
HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848	De Boer/Haskerveenpolder	3.2, 3.4.1, 3.7.1.3, 3.7.2.1, 4.1, 4.2, 4.3.2.3, 4.3.2.4, 4.5.6.1
HR 21 juli 1944, NJ 1944/45, 576	Coöp. Landbouwersbank/ Ringel c.s.	4.3.2.4, 4.5.6.1
HR 23 december 1949, NJ 1950, 262	Boendermaker c.s./ Schopman c.s.	3.4.1, 3.4.2.2
HR 29 februari 1952, NJ 1953, 58	Geleedts-Wolff/drukpersarrest	2.2.5.2
HR 10 april 1953, NJ 1953, 587	Ede/Ontvanger	4.3.2.1, 4.3.2.4, 4.3.2.5

HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189	Sio	2.1, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5.1, 2.4.2.1
HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514	Erba I	2.4.2.4
HR 13 maart 1959, NJ 1959, 579	Van Vliet q.q./ Amsterdamsche Bank	2.2.4, 2.4.2.1, 2.4.2.4, 3.4.2.3
HR 20 maart 1959, NJ 1959, 581	Erba II	2.4.2.4
HR 29 september 1961, NJ 1961, 14	Picus	2.1
HR 10 april 1964, NJ 1965, 32	Ontvanger/Smit	4.4
HR 17 november 1967, NJ 1968, 42	Pos/Van den Bosch	2.5.4, 2.7.4. 3.5.2.3, 3.5.4.1, 4.5.4.1, 4.5.4.3, 5.3.3.2
HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433	Pluvier	2.2.1, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5.1, 2.4.2.1
HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91	Van Gend en Loos	2.2.3, 2.2.4, 2.4.2.1, 2.4.2.3, 2.5.6
HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133	Hoogovens/Matex	5.3.3.3
HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643	Imperial/Waanders	3.4.1
HR 7 januari 1983, NJ 1983, 542	Ontvanger/Guensberg q.q.	2.7.5.3
HR 14 januari 1983, NJ 1983, 267	Schuring/ Sweelinck Conservatorium	3.6.2.4, 4.3.2.7
HR 12 april 1985, NJ 1986, 808	Ontvanger/NMB	3.4.2.3
HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760	Curaçao/Boyé	2.5.4, 2.7.4. 3.5.2.3, 3.5.4.1, 4.5.4.1, 4.5.4.3, 5.3.3.2
HR 21 juni 1985, NJ 1986, 306	LDM/Brock	2.2.3, 2.2.4, 2.4.2.1
HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18	Ontvanger/AMRO	4.3.2.1, 4.5.5.2
HR 1 mei 1987, NJ 1988, 852	LPN/IBM	3.5.2.1
HR 18 september 1987, NJ 1988, 983	Berg/De Bary	2.4.3, 2.5.6, 2.6.2, 2.6.4
HR 18 december 1987, NJ 1988, 340	OAR/ABN	2.5.6, 2.6.4
HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748	Banque de Suez/Bijkerk q.q.	4.4, 4.5.5.2, 4.5.6.2

HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450	Kuipers q.q./Ontvanger	3.4.2.3
HR 26 mei 1989, NJ 1990, 131	Drukkerij Verweij/Ontvanger	2.5.6
HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172	Van Berkel/Tribosa	4.3.2.4, 4.6.3.3
HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526	Bosselaar/Interniber I	3.4.1
HR 18 september 1992, NJ 1993, 455	Rabobank/Sinke	2.2.3, 2.2.5.1, 2.6.4
HR 5 november 1993, NJ 1994, 258	Dutch Air/De Bary	2.2.4, 2.5.6
HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651	Van Kooten/Wilmink	4.3.2.4
HR 15 april 1994, NJ 1995, 268	Roham c.s./McGregor	2.6.5
HR 30 september 1994, NJ 1995, 626	Kuijsters/Gaalman q.q.	3.7.1.2
HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471	Mulder q.q./CLBN	5.4.2.4, 5.4.3.4
HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119	Sogelease	2.2.5.2
HR 22 september 1995, NJ 1996, 706	Ravast c.s./Ontvanger	3.4.1, 3.8.4.1
HR 16 februari 1996, NJ 1996, 367	Divi/Berkel	3.4.2.3
HR 5 september 1997, NJ 1998, 437	Ontvanger/Hamm q.q.	5.3.3.3
HR 23 april 1999, NJ 2000, 158	Van Gorp q.q./Rabo	5.4.3.4
HR 23 maart 2001, JOR 2001, 116	Ofasec	3.4.2.3
HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654	Diepstraten/Gilhuis q.q.	3.4.1, 3.4.2.2, 3.4.2.3, 3.8.4.1
HR 21 december 2001, NJ 2005, 95	Lunderstädt/De Kok	3.4.2.3
HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393	Gomez-Brandao/ Joral Management	3.4.1
HR 26 augustus 2003, JOR 2003, 211	UPC/ICH	3.4.2.3
HR 11 maart 2005, NJ 2006, 362	Rabo/Hengstmengel c.s.	2.7.5.3
HR 16 september 2005, NJ 2006, 311	De Bont/Bannenberq q.q.	3.4
HR 30 september 2005, NJ 2007, 154	Koker/Cornelius	5.4.2.3

HR 18 november 2005, NJ 2006, 151	BTL Lease/Van Summeren	2.2.5.2
HR 23 december 2005, NJ 2006, 33	Van Oosterom/ Baas-Van Oosterom	2.5.4, 2.7.4. 3.5.2.3, 3.5.4.1, 4.5.4.1, 4.5.4.3, 5.3.3.2
HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378	Royal&Sun Alliance/ Universal Pictures	5.3.2 3.6.2.4, 3.6.2.5
HR 3 november 2006, NJ 2007, 155	Nebula	
HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78	Van de Ven Neunen BV/ Erven Slegers c.s.	4.5.4.1, 4.5.4.3, 5.3.3.2, 5.3.4
HR 2 februari 2007, RvdW 2007, 173	Van Emden q.q./Rabo	3.4.1, 3.4.2.3, 5.4.2.2
HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419	Van der Werff q.q./BLG	5.3.3.3
HR 25 januari 2008, NJ 2008, 66	Ontvanger/Brink q.q.	3.5.6, 3.6.2.4
HR 5 september 2008, nr. C07/038	Forward/Lafranca c.s.	4.3.2.5

Gerechtshoven

Hof Arnhem 5 december 2000, JOR 2001, 99	Langelaar q.q./Hedephar	3.7.1.3
Hof Den Bosch 20 december 2005, LJN AV 2131	Faillissement Mamon Sorteer BV	3.8.4.1
Hof Den Bosch 29 mei 2007, LJN BB0063	Verdeling erfenis	3.8.1
Hof Amsterdam 8 november 2007, rek. nr. 1166, 06	Ontvanger/De Jong q.q.	4.5.6.1

Rechtbanken

Rechtbank Amsterdam 5 juni 1996, JOR 1996, 90	CLBN/Romantica	4.5.6.1
Rechtbank Almelo 1 maart 2000 en 1 november 2000, JOR 2001, 14	Ontvanger/Breuning q.q.	4.3.2.3, 4.4, 4.5.6.1

Vorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 8 februari 2007, Journaal IF&Z 2007, 107	X/Litjens q.q.	3.7.1.3
Rechtbank Zutphen 9 mei 2007, Vereniging tegen JOR 2007, 252	Piramidespelen/Ekeby	5.4.3.4
Rechtbank Rotterdam 16 januari 2008, JOR 2008, 113	Technische Unie/Imtech	4.5.6.2
Rechtbank Amsterdam 9 januari 2008, JOR 2008, 82	Van Dijk q.q./ABN Amro	4.5.6.2
Overige instanties		
Hof van Cassatie 3 oktober 1985, Edris-Groep Pas. 1986 I, 100		3.4.2.3

Trefwoordenregister

(verwezen wordt naar de paragraafnummers)

- Actio pauliana 2.4.2.4, 2.5.5, 2.6.2,
hoofdstuk 3
 benadeling 3.4.1, 3.4.2.3
 beschikking door verkrijger 3.6
 beschikking door vervreemder 3.5
 beslag 3.7.2.2
 bevoorrechte schuldeiser 3.6.5
 buitengerechtelijke vernietiging 3.7.2
 doorwerking 3.6.2.1, 3.6.5, 5.4.2.7
 eigendomsovergang 3.3.2
 faillissement verkrijger 3.6.6
 faillissement vervreemder 3.5.6
 gerechtelijke vernietiging 3.7.2.2
 jongere schuldeisers 3.4.2
 middellijke benadeling 3.4.1, 3.4.2.2
 objectief-relatieve werking 3.1
 onverschuldigde betaling 3.7.1
 ratio relatieve werking vernietiging 3.2
 revindicatie 3.7.1
 subjectief-relatieve werking 3.1
 verhaal door schuldeisers
 verkrijger 3.6.5
 verhaal door schuldeisers
 vervreemder 3.5.5
 verhouding vervreemder en
 verkrijger 3.8
 verkrijging om niet 5.4.2.3
 verruimde - 3.4.1
 wetenschap van benadeling 5.3.3.2
 zaaksvervanging 5.4.2.4
- Beslag op onroerende zaken 5.4.3.2
Beslag op roerende zaken hoofdstuk 4
- beschikking door de verkrijger 4.6
beschikking door de vervreemder 4.5
constructie van
 niet-inroepbaarheid 4.3.2.5
 doorwerking 4.5.2.1, 4.6.2
 eigendomsovergang 4.3.2
 faillissement verkrijger 4.6.7
 faillissement vervreemder 4.5.6
 objectief-relatieve werking 4.1, 4.8.1,
 4.8.4
 ratio relatieve werking
 blokkeringsregel 4.2
 relatieve beschikkingsonbevoegdheids-
 constructie 4.3.2.2
 relatieve nietigheidsconstructie 4.3.2.3
 subjectief-relatieve werking 4.1
 verhaal op de zaak door schuldeisers
 verkrijger 4.6.6
 verhaal op de zaak door schuldeisers
 vervreemder 4.5.5
 verhouding vervreemder en
 verkrijger 4.8
 verkrijging om niet 5.4.3.3
 zaaksgevolgconstructie 4.3.2.4
 zaaksvervanging 5.4.3.4
- Bezitsverschaffing 2.1, 2.5.2
Bezitsoverdracht 2.1
Bodemzaak 2.5.6
- Derdenbescherming
 actio pauliana 3.6.2, 5.4.2.7
 beslag 4.3.2.7, 5.4.3.2
 verkrijging c.p. 2.7.2.1, 2.7.3.1

- Derdenbeslag 5.4.3.2
Driepartijenverhoudingen 5.3.3.2
- Eigendom tot zekerheid 2.2.1-2.2.4,
2.4.2.3, 2.5.6
algemeen voorrecht 2.2.4
Eigendomsvoorbehoud 2.7.2.1
- Faillissementspauliana
boedelschuldeisers 3.4a
objectief-relatieve werking 3.8.4.1a
ratio 3.2a
Fixatiebeginsel 2.5.6
- Levering c.p. hoofdstuk 2
beschikkingshandeling door oudere
gerechtigde 2.7
beschikkingshandeling door
vervreemder 2.5
beschikkingshandeling door
verkrijger 2.6
bevoorrechte schuldeiser 2.4.2
concurrent schuldeiser 2.4.2.3
doorwerking 2.6.2
Duits recht 2.2.5.2
eigendomsovergang 2.3.2
einde relativering 2.6.4
faillissement verkrijger 2.6.6
faillissement vervreemder 2.5.6
goede trouw 2.2.5.2
door een houder 2.1, 2.2.2
verschil met levering longa manu 2.6.4
misbruik 2.2.5.1, 2.6.2
niet-waarneembaarheid 2.2.5.1, 2.2.5.2
oudere gerechtigde 2.4
rechten aan toonder of order 2.1
stil pandrecht 2.1, 2.2.5.1
verhaal door schuldeisers oudere
gerechtigde 2.7.5
verhaal door schuldeisers
verkrijger 2.6.5
- verhaal door schuldeisers
verveemder 2.5.5
verhouding verkrijger en
vervreemder 2.8
voorrecht wegens kosten
tot behoud 2.4.3
Zwitsers recht 2.2.5.1
- Paritas creditorum 3.4.2.3
Paulianabeslag 3.7.2.1
Publiciteitsvereiste 2.2.5.1
- Recht van reclame 2.6.2, 3.6.2.1
Retentierecht 2.7.2.1, 2.7.4
- Stil pandrecht
voorrecht wegens kosten tot behoud
2.4.3
- Terugkooprecht 3.6.2.3, 3.6.2.4, 4.3.2.7
- Verhaal en persoonlijke rechten 3.6.2.4
Verificatie 2.5.6
Verkrijging om niet 5.3.4

Curriculum Vitae

Femke Damsteegt-Molier werd geboren op 11 juli 1976 te Rotterdam. Na in 1994 haar eindexamen VWO te hebben behaald aan het Montessori Lyceum te Rotterdam, heeft zij van 1994 tot 1999 Nederlands recht gestudeerd aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Na haar studie is zij begin 2000 in dienst getreden bij advocatenkantoor De Brauw Blackstone Westbroek, waar zij zich heeft gespecialiseerd in de (civielrechtelijke) procespraktijk, waaronder de cassatiepraktijk. Vanaf 2003 heeft zij daarnaast aan de Erasmus Universiteit Rotterdam onderwijs gegeven in het vak goederen- en faillissementsrecht. In augustus 2005 is zij volledig overgestapt naar de Erasmus Universiteit, waar zij aan de slag is gegaan als docent privaatrecht en is begonnen aan haar promotieonderzoek. In augustus 2007 is zij vervolgens weer als advocaat gaan werken bij De Brauw Blackstone Westbroek. Ze is daar werkzaam in de civielrechtelijke procespraktijk, waarbij zij zich ook weer (mede) toelegt op de cassatiepraktijk.

