

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Grenzen aan de bescherming
van de bevoorrechte schuldeiser***

*Mw. mr. F. Damsteegt**

*Published in
WPNR 2006 6664*

* Docent privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inleiding

Een schuldeiser met een bevoorrechte vordering kan zich met voorrang verhalen op goederen van zijn schuldenaar en heeft zo een bepaalde mate van zekerheid dat zijn vordering zal worden voldaan. Die zekerheid is echter om verschillende redenen een beperkte zekerheid. Zo is de schuldeiser zijn voorrecht kwijt als het goed waarop hij bevoorrecht is, wordt overgedragen aan een derde. Een voorrecht heeft, anders dan bijvoorbeeld een recht van pand of hypotheek, geen “zakelijke werking”. Volgens de parlementaire geschiedenis van het BW geldt voor de categorie roerende zaken, niet-registergoederen echter één uitzondering. Als de zaak na het ontstaan van de bevoorrechte vordering door de schuldenaar wordt overgedragen door middel van levering constitutum possessorium (zie art. 3:90 jo. art. 3:115, aanhef en onder a, BW)¹ moet de nieuwe eigenaar het voorrecht tegen zich laten gelden zolang de zaak niet in zijn handen is gekomen. Volgens de wetgever is de “derde die een ouder recht op de zaak heeft” in de zin van art. 3:90 lid 2 BW ook de bevoorrechte schuldeiser.

In de praktijk betekent dit dat een (bevoorrechte) schuldeiser van de vervreemder zich op de zaak kan verhalen, terwijl deze zaak inmiddels eigendom is van de verkrijger c.p. Ik illustreer dit aan de hand van een voorbeeld. Stel, A acht het lucratief mee te werken aan een sale and lease back-transactie met betrekking tot een aantal kostbare machines. De machines zullen worden aangeschaft en gebruikt door B; A financiert de machines. De machines kosten EUR 2.500.000. B schaft de machines aan en draagt ze vervolgens in eigendom aan A over.² De levering van de machines vindt plaats op de voet van art. 3:90 jo. art. 3:115, aanhef en onder a, BW, ofwel constituto possessorio; krachtens een lease-overeenkomst tussen A en B worden de machines op hetzelfde moment door A in lease gegeven aan B. A is door deze overdracht eigenaar van de machines geworden. B had al enige tijd een aanslag omzetbelasting van EUR 1.000.000 open staan. De fiscus beroept zich op zijn voorrecht van art. 21 Invorderingswet en stelt dat hij zich voor deze belastingschuld op de machines wenst te verhalen. Hij betoogt dat hij een oudere gerechtigde is in de zin van art. 3:90 lid 2 BW, en dat de levering c.p. ten opzichte van hem dus “niet werkt”. Is het betoog van de fiscus juist, en kan hij zich dus voor een schuld van B verhalen op de machines van A?

Uit het hierboven kort besproken standpunt in de parlementaire geschiedenis zou kunnen worden afgeleid dat dit inderdaad het geval is. Zoals in het hiernavolgende zal worden besproken, valt mijns inziens op het standpunt in de parlementaire geschiedenis het nodige af te dingen en dient de onderhavige vraag veeleer ontkennend te worden beantwoord.

Oud recht: onder omstandigheden bescherming van de bevoorrechte schuldeiser tegen een zekerheidsoverdracht van de zaak met levering c.p.

Ook onder het oude recht hadden voorrechten in beginsel geen zakelijke werking; na overdracht van de zaak kon de bevoorrechte schuldeiser zijn recht niet onder de derde-verkrijger vervolgen.³ In een aantal gevallen heeft de Hoge Raad op deze regel een uitzondering aangenomen. Daarbij was steeds sprake van een overdracht tot zekerheid gecombineerd met een levering c.p. De Hoge Raad zag aanleiding de bevoorrechte schuldeiser te beschermen, als de zekerheidseigenaar de zaak had verkregen dankzij een prestatie van de bevoorrechte schuldeiser.⁴ Want, zo luidde dan de redenering, in een dergelijk geval had de zekerheidseigenaar geen recht op de zaak kunnen doen gelden als de betrokken schuldeiser niet de prestatie had geleverd waarop zijn voorrecht was gebaseerd. Om die reden was naar het oordeel van de Hoge Raad dus alleszins

redelijk dat de bevoorrechte schuldeiser zijn recht ook jegens de zekerheidseigenaar kon doen gelden. Mijnsen merkt in dit verband 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.”⁵

Brahn spreekt in dit verband van het “samenhang-vereiste”⁶, op grond waarvan de bevoorrechte schuldeiser voorrang boven de zekerheidseigenaar kon hebben. De uitzondering vond in ieder geval toepassing bij het verkopersprivilege⁷ en het voorrecht krachtens art. 58 Algemene wet inzake de douane en de accijnzen (“AWDA”).⁸ 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 gevallen; 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 art. 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. Extra argument voor de Hoge Raad om aan de expediteur voorrang boven de zekerheidseigenaar toe te kennen, was het feit dat het voorrecht van de expediteur krachtens de wet boven de bijzondere voorrechten - waaronder het verkopersprivilege - ging.

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

De overeenkomst tot zekerheidsoverdracht is onder het huidige recht geen geldige titel van overdracht (art. 3:84 lid 3 BW). Voorts heeft de wetgever in art. 3:90 lid 2 BW gekozen voor een relativering van de levering c.p. als zodanig.⁹ Het artikel bepaalt dat een levering c.p. niet werkt tegen een derde die een ouder recht op de zaak heeft. Volgens de parlementaire geschiedenis valt onder deze laatste ook de bevoorrechte schuldeiser.¹⁰ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de wetgever van mening is dat *iedere* schuldeiser met een (algemeen of bijzonder) voorrecht op een roerende zaak, niet-registergoed, zijn voorrecht kan tegenwerpen aan een nieuwe eigenaar van de zaak, mits die zaak c.p. is geleverd. Achtergrond van het standpunt van de wetgever is, zo blijkt uit de Memorie van Antwoord, de hierboven besproken rechtspraak van de Hoge Raad onder het oude recht.¹¹ 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 aanspraak maken op welwillendheid als zij een beroep doen op de *pauliana*, maar mede met het oog op de toepassing van art. 3:9.2.14¹² en art. 490b Rv is het dan eenvoudiger hun rechten gewoon in stand te laten.”¹³

Bevoorrechte schuldeiser wordt ten onrechte beschermd tegen een overdracht met levering c.p.

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.

Standpunt parlementaire geschiedenis onjuist

De wetgever baseert zijn standpunt dat de bevoorrechte schuldeiser behoort tot de oudere gerechtigden in de zin van art. 3:90 lid 2 BW op de hierboven kort besproken rechtspraak van de Hoge Raad. Ten onrechte. Genoemde uitspraken kunnen niet één op één worden vertaald naar het geval waar art. 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 debiteurhouder kon de crediteur-zekerheidseigenaar zich de zaak niet toe-eigenen, maar moest hij deze openbaar verkopen en kon hij zich 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 voorrang te geven op de zekerheidseigenaar.¹⁴ 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.

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.¹⁵ Onder het huidige recht vormt de zekerheidseigendom geen geldige overdrachtstitel (art. 3:84 lid 3 BW). Thans is - krachtens art. 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 art. 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 art. 3:90 lid 2 BW moet worden beschouwd acht ik dan ook niet overtuigend.

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., er is ook overigens geen reden hem onder de groep oudere gerechtigden in de zin van art. 3:90 lid 2 BW te brengen.

De ratio van de relativering van de levering c.p. is (kort gezegd) bescherming van oudere gerechtigden tegen een levering die niet naar buiten toe zichtbaar is.¹⁶ Het bezwaar van een "onzichtbare" levering is een bezwaar voor een grote groep belanghebbenden: niet alleen voor de zakelijk gerechtigden en de bevoorrechte schuldeisers, maar ook voor de concurrente schuldeisers. De zakelijk gerechtigde kan door een levering c.p. ongemerkt zijn eigendoms- of zekerheidsrecht kwijtraken, de bevoorrechte schuldeiser zijn voorrecht en voor alle schuldeisers is een bezwaar dat zij ongemerkt minder verhaalsmogelijkheden hebben dan zij aanvankelijk dachten. Zo belanghebbenden al in bescherming moeten worden genomen tegen een overdracht van de zaak met levering c.p., dan ligt het voor de hand dat dit in ieder geval de zakelijk gerechtigden zijn: zij heb-

ben een absoluut recht op de zaak, dat bij overdracht in beginsel op de zaak blijft rusten en jegens een ieder kan worden ingeroepen.¹⁷ Voor de schuldeisers geldt dit niet: zij hebben slechts een persoonlijk (verhaals-)recht op de zaak, dat zij alleen aan de schuldenaar kunnen tegenwerpen. Dit is niet anders voor de bevoorrechte schuldeiser: preferenties hebben in de regel geen zakelijke werking en geven slechts een recht op voorrang bij verhaal op de zaak. Als de zaak wordt overgedragen, is de schuldeiser zijn voorrecht kwijt. In het licht van de ratio van art. 3:90 lid 2 BW is het dan van tweeën één: óf alle persoonlijk gerechtigden worden beschermd, maar dan ook de concurrente schuldeisers, óf geen de persoonlijk gerechtigden wordt beschermd. Meijers koos voor het eerste en beschermde alle schuldeisers tegen een levering c.p.¹⁸ Terecht werd daar tegenin gebracht dat daarmee de levering c.p. illusoir is en werd het ontwerp op dat punt aangepast.¹⁹

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 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 - net als thans bij het pandrecht het geval is - 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 niet ten opzichte van de bevoorrechte schuldeiser te laten gelden in die zin, dat deze zich 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.

Sniijders 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 Sniijders 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 art. 3:284 BW of art. 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 art. 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 Sniijders ook in een dergelijk geval het voorrecht boven het pandrecht zou willen laten gaan. Daarvan uitgaande impliceert de opvatting van Sniijders in wezen dat aan voorrechten zakelijke werking wordt toegekend.²⁰

Ten tweede stelt Sniijders dat het voor de bevoorrechte schuldeiser eenvoudiger is zijn rechten in stand te laten dan een beroep te doen op de Pauliana. Sniijders verwijst in dat kader naar de artt. 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*, net als 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. Bovendien bestaat voor hen de mogelijkheid om - vóór de overdracht van de zaak - beslag op de zaak te leggen om te voorkomen dat de vervreemding tegen hen kan worden ingeroepen. Zoals de minister in de Memorie van Antwoord al opmerkte, moet bij de levering c.p. een keuze worden gemaakt tussen bescherming van verkrijgers te goeder trouw en bescherming van degene die een recht heeft op een roerende zaak die zich onder een ander bevindt: deze mag dit recht niet te gemakkelijk en voor hem niet waarneembaar aan een derde verliezen.²¹ Dat de balans ten gunste van die laatste doorslaat als deze een zakelijk gerechtigde is valt, zoals hiervoor betoogd, te billijken. Maar waarom zou een verkrijger te goeder trouw geconfronteerd moeten worden 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 art. 3:114 of 3:115 BW) zou zijn vervallen? Gelet op Sniijders' verwijzing naar de Pauliana had hij bij zijn opmerking dat bescherming van de bevoorrechte schuldeisers op 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 Pauliana²² of een actie uit onrechtmatige daad.²³ 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. 3.2.11²⁴ ook door een schuldeiser ter zake van benadeling in zijn voorrecht kan worden ingeroepen.”²⁵

Inderdaad is het voor de bevoorrechte schuldeiser in de bewoordingen van Sniijders eenvoudiger als zijn recht in stand blijft in geval van een levering c.p. van de zaak waarop hij voorrecht 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 benadeeld wordt.

Ten slotte overtuigt ook Sniijders' verwijzing naar art. 3:253 BW en art. 490b Rv mij 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.

Art. 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 tot de oudere gerechtigden in de zin van art. 3:90 lid 2 BW ook de bevoorrechte schuldeiser behoort, is - merkwaardigerwijs²⁶ - voor één voorrecht expliciet in de wet vastgelegd, namelijk voor het voorrecht wegens kosten tot behoud (art. 3:284 lid 2 BW).

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, alle 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 alle belanghebbenden. Dat vormde voor de wetgever evenwel geen aanleiding in art. 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 art. 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 art. 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).”²⁷

Inderdaad kan hetgeen de Hoge Raad onder het oude recht had uitgemaakt voor de verhouding tussen de zekerheidseigenaar en de bevoorrechte schuldeiser worden toegepast op het stil pandrecht. Het stil pandrecht is immers, anders dan een overdracht van de zaak met levering c.p., in relevante opzichten wél vergelijkbaar met de zekerheidsoverdracht met levering c.p. Het zijn beide verhaalsrechten, waarbij de stil pandhouder niet een directe tegenprestatie levert ten opzichte van de prestatie van de bevoorrechte schuldeiser. Dat het voorrecht ook kan worden tegengeworpen aan de jongere stil pandhouder is dus alleszins redelijk.

In de eindtekst wordt hier vervolgens aan toegevoegd dat een ná het maken van de kosten tot behoud overeenkomstig art. 90 verkregen recht alleen aan de schuldeiser kan worden tegengeworpen indien tevens aan de eisen van art. 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 gellet moet worden op de regel van art. [3:90 lid 2 BW].”²⁸

De toevoeging is dus gebaseerd op het hierboven besproken standpunt in de parlementaire geschiedenis dat ook de bevoorrechte schuldeiser als een oudere gerechtigde in de zin van art. 3:90 lid 2 BW moet worden beschouwd. Dit standpunt berust mijns inziens, 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 art. 3:284 BW betreft zowel de toevoeging 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 is dat alleen in het eerste geval terecht; in het tweede geval berust dit op een onjuiste interpretatie van deze uitspraken.

In ieder geval: slechts onder omstandigheden bescherming van de bevoorrechte schuldeiser tegen een overdracht van de zaak met levering c.p.

Zo al aangenomen zou moeten worden dat ook onder het huidige recht de bevoorrechte schuldeiser zijn voorrecht kan tegenwerpen aan de verkrijger c.p., betreft dit slechts een beperkt aantal voorrechten. De Hoge Raad beperkte immers het recht van de zekerheidseigenaar ten opzichte van de schuldeiser met een voorrecht omdat (en alleen voor zover) de zekerheidseigenaar de betreffende zaken heeft verkregen dankzij de prestatie van de bevoorrechte schuldeiser. In het huidige recht kan men een dergelijke strijd tussen aan de ene kant de verkrijger aan wie c.p. is geleverd en aan de andere kant de bevoorrechte schuldeiser van de vervreemder niet goed indenken. In Titel 3.10 BW is immers geen voorrecht aan te wijzen dat is verbonden aan de verkrijging van een zaak door de schuldenaar - zoals onder het oude recht het verkopersprivilege. Buiten Titel 3.10 BW is dit voor zover ik kan overzien alleen het voorrecht van art. 32a Douanewet (de opvolger van art. 58 AWDA). Aan de andere kant is het gerechtvaardigd, zoals Van Mierlo in zijn dissertatie heeft betoogd²⁹, de “verkrijging van de zaak dankzij de prestatie van de bevoorrechte schuldeiser” ruim uit te leggen: het gaat niet alleen om eigendomsverkrijging, maar ook om behoud van de zaak, of waardevermeerdering van die zaak. Daarmee komen slechts de bijzondere voorrechten van art. 3:284 en 3:285 BW in beeld (art. 3:285 BW dan alleen voor zover de bearbeiding van de zaak tot waardevermeerdering heeft geleid)³⁰ en het algemene voorrecht van art. 32a Douanewet, voor zover dit rust op zaken die dankzij de prestatie van de douane-expediteur zijn verkregen.

Conclusie

Het standpunt in de parlementaire geschiedenis dat de bevoorrechte schuldeiser een oudere gerechtigde is in de zin van art. 3:90 lid 2 BW is onjuist. Het op dit standpunt gebaseerde art. 3:284 lid 2, laatste zin, BW moet gewijzigd worden, aldus dat deze zin dient te worden geschrapt.³¹

Zo al aangenomen moet worden dat het standpunt juist is, kan slechts een beperkt aantal voorrechten worden tegengeworpen aan de verkrijger c.p., namelijk alleen die voorrechten waarvan gezegd kan worden dat het aan een prestatie van de schuldeiser is te danken dat de zaak waarop de schuldeiser is bevoorrecht is behouden of in waarde is vermeerderd.

Terug naar de casus uit de inleiding: kan de fiscus zich op de machines van A verhalen voor de belastingschuld van B? Als het aan mij ligt niet. De bevoorrechte schuldeiser is immers geen oudere gerechtigde in de zin van art. 3:90 lid 2 BW. Of, zo men wil: het voorrecht van de fiscus behoort niet tot de voorrechten die aan de verkrijger c.p. kunnen worden tegengeworpen. Het is immers niet aan een prestatie van de fiscus te danken dat A de machines heeft verkregen, dat ze zijn behouden, danwel in waarde zijn vermeerderd.

Voetnoten

1. De levering *constituto possessorio* wordt hierna ook wel aangeduid als levering c.p. Degene aan wie de zaak aldus wordt overgedragen wordt hierna ook wel aangeduid als de verkrijger c.p.
2. Er moet in dit voorbeeld van uitgegaan worden dat art. 3:84 lid 3 BW niet van toepassing is. Vgl. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease) en HR 18 november 2005, JOL 2005, 661.
3. Vgl. Asser-Van Oven, 1978 (3-III), p. 10 e.v.

4. 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).
5. Asser-Beekhuis-Mijnssen-De Haan, 1985 (3-I), nr. 356.
6. Studiepockets privaatrecht Nr. 13 (O.K. Brahn), *Fiduciaire eigendomsoverdracht en eigendomsvoorbehoud*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 70.
7. Zie HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier).
8. Zie HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend en Loos).
9. Het antwoord op de vraag of deze keuze gerechtvaardigd is valt buiten het bestek van dit artikel.
10. Parl. Gesch. Wijziging Rv (MvT Inv.), p. 217-219; Parl. Gesch. Boek 3 (NvV 2 Inv.), p. 1236.
11. Parl. Gesch. Wijziging Rv (MvA II Inv.), p. 219.
12. Zie thans art. 3:253 BW.
13. 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.
14. Vgl. A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 129.
15. 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); J.E. Fesevur, 'Kroniek Boek 3 titels 4 tot en met 10', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990 (1), p. 16.
16. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 384+385.
17. Dit uitgangspunt geldt tenzij de verkrijger zich kan beroepen op bescherming tegen de (beperkte) beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Ten opzichte van de oudere gerechtigde kan de verkrijger c.p. zich door de werking van art. 3:90 lid 2 BW nu echter juist niet op die bescherming beroepen.
18. Parl. Gesch. Boek 3 (OM en TM), p. 381+382.
19. Vgl. onder meer L.F.V. Keyzer, *Beginnelen 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; 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; 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. 242.
20. Vgl. R.D. Vriesendorp, 'Art. 3.4.2.5 lid 2; een misplaatste bepaling', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1986, p. 54.
21. Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 384.
22. 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 verwerkelijken. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (MvA II), p. 216.
23. Vgl. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (Erba I) en HR 20 maart 1959, NJ 1959, 581 (Erba II).
24. Het huidige art. 3:45 BW.
25. Parl. Gesch. Boek 3 (MO I Inv.), p. 1265.
26. 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 art. 3:284 lid 2 BW slechts buiten twijfel stelt hetgeen reeds voortvloeit uit art. 3:90 lid 2 BW, namelijk dat onder een ouder recht in de zin van art. 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 een verwijzing naar art. 3:90 lid 2 BW dan ontbreekt bij de regeling van alle andere (bijzondere én algemene) voorrechten die op een roerende zaak, niet-registergoed kunnen rusten is daarmee echter nog niet verklaard.
27. Parl. Gesch. Boek 3 (NvW), (p. 865+866, die verwijzen naar) p. 868.

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

29. A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 129+130.

30. Dit zijn toch al de enige bijzondere voorrechten uit Titel 3.10 BW die in aanmerking komen, nu dit de enige voorrechten zijn die op een roerende zaak, niet-registergoed (kunnen) rusten.

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