

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/91428>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

*Jubileumbundel van de
Stichting Fundatie Bachiene*

Vastgoedfinanciering *in woelige tijden*

*Hoofdredactie:
prof. dr. T.M. Berkhout
prof. mr. A.A. van Velten*

*Jubileumbundel van de
Stichting Fundatie Bachiene*

Vastgoedfinanciering *in woelige tijden*

Hoofdredactie:
prof. dr. T.M. Berkhout
prof. mr. A.A. van Velten

Fiduciaire verhoudingen in het vastgoedrecht

Prof. mr. N.C. van Oostrom-Streep, Universiteit Utrecht, vakgroep Notarieel recht

Prof. mr. S.E. Bartels, Radboud Universiteit Nijmegen, vakgroep Burgerlijk recht¹

1. *Sale-and-lease-back* in Eindhoven

PSV zit, of beter gezegd: zat, financieel zwaar in de problemen. De gemeente Eindhoven schoot te hulp. De voetbalclub moest worden gered door een financiële injectie. Hoe is die injectie toegediend? Door een onvervalste *sale-and-lease-back*-constructie op te tuigen. We citeren uit de Volkskrant van 28 mei 2011:

'PSV is op dit moment eigenaar van de grond rond het voetbalstadion in Eindhoven. Volgens een onafhankelijke taxateur is deze 48,4 miljoen euro waard. De grond wordt voor dit bedrag verkocht aan de gemeente, die de grond weer in erfpacht uitgeeft aan de voetbalclub. In die erfpacht zit de rente op het aankoopbedrag versleuteld.'

Het fijne weten we er (nog) niet van, maar het patroon is onmiskenbaar. Het eigendomsrecht en het erfpachtsrecht tezamen zorgen ervoor dat de kredietverlener

¹ Steven Bartels is hoogleraar Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en lid van het dagelijks bestuur van het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht (OO&R). Nora van Oostrom-Streep is hoogleraar Notarieel recht aan de Universiteit Utrecht en als adviseur verbonden aan een advocaten- en notariskantoor te Amsterdam/Rotterdam.

zijn centjes terugkrijgt en dat er geen insolventierisico bestaat, omdat er ‘dekking’ door een goederenrechtelijke aanspraak is. Zo haalt het goederenrecht zelfs de sportpagina’s van de landelijke dagbladen.²

2. Inleiding

De door PSV gebruikte constructie wijkt af van de klassieke manier om de aankoop van vastgoed te financieren, zijnde natuurlijk het afsluiten van een geldlening die wordt ‘verzekerd’ door een hypotheekrecht. Ook het ‘pimpen’ (hedendaags voor opknappen) van vastgoed wordt veelal aldus gefinancierd. Maar er worden ook andere financieringsconstructies gebruikt. Enkele daarvan zullen we in dit opstel bespreken. Het gaat ons daarbij niet zozeer om de financiering zelf, maar vooral om de vorm van zekerheid die de kredietverschaffer bedingt. In dit opstel wordt antwoord gegeven op twee vragen:

1. Welke fiduciaire verhoudingen komen we in de vastgoedpraktijk tegen?
2. Zijn de besproken ‘constructies’ verenigbaar met het zogenoemde fiduciaerverbod van art. 3:84 lid 3 BW?

Hierna wordt eerst kort de klassieke indeling van goederenrechtelijke rechten in enerzijds genotsrechten en anderzijds zekerheidsrechten besproken (par. 3). Daarna wordt, eveneens kort, uiteengezet wat de betekenis van art. 3:84 lid 3 BW naar de huidige juridische stand van zaken is (par. 4). Dan is het tijd om de blik te richten op het gebruik van genotsrechten ‘als zekerheidsrecht’ in de praktijk. Zowel het eigendomsrecht als het erfpachtsrecht en het opstalrecht worden, zo zal blijken, veelvuldig ingezet als onderdeel van een financieringsconstructie (par. 5). Telkens worden de besproken constructies geconfronteerd met art. 3:84 lid 3 BW. Het zal blijken dat ze zo goed als geen gevaar lopen.

Overigens beperken wij ons in dit schrijven tot het bespreken van deze figuren in het licht van het bestaande verbod. Een pleidooi voor of tegen afschaffing ervan zult u dus niet aantreffen.³

2 En lijkt het een meer gebruikelijke vorm van financiering in de voetbalwereld te worden, getuige onder meer de plannen in Venlo voor stadion De Koel.

3 Zie bijvoorbeeld wel in deze zin D.F. Kopalit, ‘De Franse fiducie en de overdracht tot zekerheid’, *WPNR 2009/6809* (en met name diens openingszin).

3. Genot of zekerheid? Een klassiek onderscheid

Het onderscheid tussen enerzijds genotsrechten en anderzijds zekerheidsrechten vinden we niet slechts in het zakenrecht, maar in het hele goederenrecht. De titel dekt hier behoorlijk de lading: in het eerste geval is er sprake van rechten die het genot van een goed aan de gerechtigde toekennen, terwijl in het tweede geval het doel van het vestigen van het recht het verschaffen van zekerheid voor een (terug) te betalen geldsom is.

Een uitvloeisel van dit onderscheid is dat zekerheidsrechten slechts één keer uitgeoefend kunnen worden, terwijl genotsrechten in beginsel een voortdurend recht op uitoefening ervan geven. Goederenrechtelijke genotsrechten zijn het eigendomsrecht, het erfpachtsrecht, het opstalrecht, het recht van erfdiensbaarheid en het recht van vruchtgebruik. De rechten van pand en hypotheek worden als zekerheidsrechten aangeduid.⁴

Iemand die een goederenrechtelijk genotsrecht heeft, heeft bepaalde gebruiksbevoegdheden met betrekking tot een goed. Deze bevoegdheden kunnen veelomvattend zijn of beperkt. De eigenaar, de erfpachter en de vruchtgebruiker hebben doorgaans uitgebreide gebruiksbevoegdheden. De genotsrechten opstal en erfdiensbaarheid verlenen de gerechtigde in beginsel beperkter bevoegdheden. Benaadrukt moet echter worden dat dit slechts uitgangswaarden zijn. De bevoegdheden van de erfpachter en de vruchtgebruiker kunnen beperkt worden door afspraken

4 Er bestaan ook rechtsposities/rechtsfiguren die verwantschap vertonen met goederenrechtelijke zekerheidsrechten, maar het niet zijn. Gedacht kan worden aan de in de wet genoemde voorrechten die aan bepaalde vorderingen verbonden zijn, alsook aan bijvoorbeeld het recht van retentie, dat zelfs sterker kan blijken dan een ouder hypotheekrecht. Zie art. 3:291 BW alsook J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentierecht', *WPNR 2011/6882*. Naast de genoemde rechten zijn er nog andere rechten die tot strekking hebben het geven van zekerheid, zoals de borgtocht en het recht van reclame, maar deze rechten vinden hun plaats in Boek 7 en laten wij hier verder buiten beschouwing. Ook besteden wij gezien de aard van de onder te zetten objecten geen aandacht aan de mogelijkheid om contractsoverneming in te zetten als quasi-zekerheidsrecht. Zie F. Haak, 'Contractsoverneming als quasi-zekerheidsrecht', *WPNR 2009/6804*. Een recht dat eveneens buiten beschouwing blijft maar wel interessante toepassingsmogelijkheden biedt, is het Oud-Hollandse recht van grondrente, dat onder het huidige recht niet meer kan worden gevestigd, maar bestaande rechten moeten op grond van art. 150 Overgangswet worden geëerbiedigd. Het recht van grondrente vertoont trekken van enerzijds het huidige recht van vruchtgebruik en anderzijds van het recht van hypotheek.

die daarover gemaakt worden tussen de hoofdgerechtigde en de beperkt gerechtigde. Wat de bevoegdheden van de gerechtigde tot een erfdiensbaarheid zijn, is in abstracto niet te zeggen. Het hangt volledig af van hetgeen daarover is afgesproken en in de vestigingsakte is neergelegd. Wel is het zo dat de bevoegdheden zijn beperkt tot feitelijke handelingen ('op, boven of onder een der beide erven') en tot een dulden of niet-doen (de enkele uitzondering van art. 5:71 lid 1 laatste volzin en lid 2 daargelaten). Het recht van opstal geeft de gerechtigde de bevoegdheid om in, op of boven de onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben. Bij dit recht wringt, zoals onder anderen Heyman al constateerde, de inhoudelijke component (eigendom, het meest omvattende recht dat iemand op een zaak kan hebben) met de aard van het recht zelf (*beperkt zake-lijk genotsrecht*).⁵ Het recht van opstal geeft enerzijds eigenaarsbevoegdheden en anderzijds beperkte gebruiksbevoegdheden met betrekking tot het goed waarop het recht van opstal is gevestigd (zie art. 5:101 BW e.v.). Deze laatste bevoegdheden kunnen echter worden uitgebreid.

De zekerheidsrechten pand en hypotheek hebben als aantrekkelijke kenmerken dat zij een absoluut karakter hebben (inroepbaar tegen derden), voorrang geven bij de verdeling van de executieopbrengst (art. 3:278 BW), het recht van parate executie meebrengen, waardoor geen gang naar de rechter noodzakelijk is om een executorialie titel te verkrijgen en dat ze ex art. 57 lid 1 Fw een separatistenpositie geven in faillissement van de hypotheekgever.

Wanneer het gaat om de invulling van de hierboven genoemde beperkte rechten bestaat een grote mate van vrijheid voor de partijen bij de vestiging van het recht: de inhoud van beperkte rechten is voor een belangrijk deel vrijelijk vorm te geven, met dien verstande dat de kern van het recht erin terug te vinden moet zijn en dat bepaalde afspraken geen goederenrechtelijke werking kunnen hebben of (ver)nietig(baar) zijn op grond van de wet. Of de bepalingen die de vestigende partijen opnemen ook goederenrechtelijke werking hebben in die zin dat ze ook tegenge- worpen kunnen worden aan verkrijgers onder bijzondere titel van het recht, en dat ze stand houden bij executorialie verkoop en faillissement van de gerechtigde,

5 H.W. Heyman, 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: *2000 jaar eigendom en beperkte rechten* (Pleysierbundel), 2005, p. 19–31.

is afhankelijk van de vraag of de bepaling voldoende samenhangt met de aard en het wezen van het recht.⁶

4. De betekenis van 3:84 lid 3 BW

Het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW is pas ingevoerd in 1992. Wetssystematisch moet het worden gezien tegen de achtergrond van het in Nederland geldende causale stelsel van overdracht. Dit stelsel houdt in dat aan elke overdracht een geldige titel ten grondslag moet liggen, dat wil zeggen een rechtsverhouding die de overdracht rechtvaardigt. Normaal gesproken levert een geldige overeenkomst die een der partijen verplicht een goed over te dragen, aan de ander zo'n titel op, maar dat geldt niet voor die titels die ten doel hebben het goed niet werkelijk in het vermogen van de verkrijger te laten vallen, maar slechts om aan deze bepaalde (verhaals)bevoegdheden toe te kennen of die ten doel hebben de verkrijger bepaalde (beheers)bevoegdheden te verlenen. Dergelijke titels worden fiduciaire titels genoemd en die vormen krachtens art. 3:84 lid 3 BW geen geldige overdrachtstitel.

Nederland neemt met zijn fiduciaverbod een bijzondere plaats in. Vrijwel geen ander land in Europa kent een vergelijkbaar verbod om goederen fiduciair over te dragen,⁷ maar ook voor Nederland zelf is het verbod niet steeds een vanzelfsprekendheid geweest; onder het oude recht (tot 1992) was een overdracht ten titel van zekerheid geaccepteerd. Al in het Romeinse recht bestond de overdracht ten titel van zekerheid of beheer⁸ en alhoewel Justinianus overging tot afschaffing van de overdracht ten titel van zekerheid, sanctioneerde de Hoge Raad aan het begin van de twintigste eeuw meerdere malen de toelaatbaarheid van deze overdrachtsvor-

6 Hierover onder meer Asser/Mijnssen-Van Velten-Bartels 5* 2008, nr. 216–217; F.J. Vonck, 'De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden', *WPNR* 2007/6717, die ervoor pleit de in de akte opgenomen bestemming van het goed hiervoor leidend te laten zijn, alsmede A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 3^e druk, Deventer: Kluwer, 2009, p. 476 e.v.

7 Vanwege de nauwe banden met de Amerikaanse rechtscultuur is het niet vreemd dat bij de herziening van het Burgerlijk Wetboek voor Aruba en de Nederlandse Antillen in 2002 art. 3:84 lid 3 uitdrukkelijk niet is overgenomen, terwijl de overdrachtbepalingen overigens identiek zijn aan het Nederlandse BW.

8 De *fiducia cum creditore* en de *fiducia cum amico*. Hierover meer uitgebreid J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen 2008, nr. 23.

men en was het zogeheten ‘oneigenlijk pandrecht’ een voor de praktijk welkome aanvulling op het wel wettelijk geregelde vuistpandrecht.⁹ Het fiduciaverbod is vooral in het BW terechtgekomen omdat BW-ontwerper Meijers een verklaard tegenstander van de fiduciaire overdracht was. Zijn belangrijkste motief was dat door gebruik van de fiduciaire eigendomsoverdracht de dwingende wettelijke bepalingen van het pandrecht werden ondermijnd. Meijers schreef in zijn toelichting op het door hem gemaakte ontwerp-BW:

‘Wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen; wie hem toekomstige goederen door een ander wenst te laten beheren, moet deze goederen onder bewind stellen.’¹⁰

Uit dit citaat blijkt al direct dat het vooral de stille zekerheid met betrekking tot roerende zaken, niet-registergoederen, was die Meijers een doorn in het oog was. Voor het vastgoedrecht lijkt de discussie die is gevoerd over het fiduciaverbod van geringer belang te zijn. Dat neemt niet weg dat de wet op dit punt geen onderscheid maakt tussen registergoederen en niet-registergoederen. Het is dus niet toegestaan een registergoed tot zekerheid of ten titel van beheer over te dragen en het is evenmin toegestaan tot zekerheid een beperkt recht op een registergoed te vestigen.¹¹ Een uitzondering maakt de wet voor de rechten van pand en hypotheek die ex art. 3:227 BW juist de strekking hebben gevestigd te worden ten titel van zekerheid.

-
- 9 Zie hierover meer uitgebreid C.Æ. Uniken Venema & S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zwolle, 1990. Zie ook A.I.M. van Mierlo, ‘Eigendomsoverdracht tot zekerheid in Nederland; opkomst en ondergang van een zekerheidsrecht’, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2001, p. 298–305.
- 10 Parl. Gesch. Boek 3, p. 317. Het bewind waar Meijers op doelde en dat moet worden geregeld in Titel 3.6, is tot op de dag van vandaag niet ingevoerd.
- 11 Vorenstaande houdt overigens niet in dat het niet toegestaan zou zijn om *overeenkomsten* aan te gaan met een dergelijke inhoud; de titels op zich zijn volstrekt geldig, want als overeenkomst niet in strijd met de wet, openbare orde of goede zeden. Zie ook de toelichting van de wetgever in deze zin Parl. Gesch. Boek 3, p. 318. Het is echter niet mogelijk de desbetreffende titel ten grondslag te leggen aan een rechtsgeldige overdracht, zodat de partij die over zou moeten dragen in die zin wanprestatie zal plegen jegens zijn wederpartij. De acties die deze laatste zal hebben, zullen zich beperken tot ontbinding en schadevergoeding, nu nakoming niet mogelijk is. Ook reële executie als bedoeld in art. 3:300 BW is uitgesloten.

De gedachte achter het fiduciaverbod is dat wanneer overdracht ten titel van zekerheid zou worden toegestaan, schuldeisers meer rechten zouden krijgen dan hun realiter zouden moeten toekomen. Het belang van een schuldeiser op voldoening van zijn vordering zou niet rechtvaardigen dat hem al een onderpand in eigendom wordt overgedragen: door de overdracht (tot zekerheid) is het goed immers onttrokken aan verhaal door andere schuldeisers van de zekerheidsgever. Nu in de wet is voorzien in een recht van hypotheek en een stil pandrecht, zou het accepteren van een niet-kenbare eigendomsoverdracht een niet te rechtvaardigen inbreuk op het systeem opleveren.¹²

Regeringscommissaris Snijders formuleerde het als volgt:

‘Artikel 3.4.2.2. lid 3 beoogt zo buiten twijfel te stellen dat het niet mogelijk is om door middel van een fiduciaire splitsing van eigenaarsbevoegdheden allerlei nieuwe, maar niet aan dwingend recht gebonden zekerheidsrechten in de trant van pand en hypotheek af te leiden.’¹³

De betekenis van art. 3:84 BW in de huidige praktijk blijkt minder groot dan werd gevreesd. Niet alleen is met de invoering van het stille pandrecht¹⁴ en de stille cessie¹⁵ toch de mogelijkheid geschapen een niet voor derden kenbaar zekerheidsrecht in het leven te roepen, ook heeft de Hoge Raad met het nader te bespreken Sogelease-arrest aan het fiduciaverbod een zeer beperkte uitleg gegeven. Ook kan worden gewezen op de financiëlezekerheidsovereenkomst (fzo), waarbij een zekerheidsoverdracht mogelijk is.¹⁶

12 Hierover A.F. Salomons, ‘Op de bres voor het fiducia-verbod. Ofwel: Meijers als kampioen der concurrent crediteuren’, *NJB* 1994, p. 1261 e.v. Ook over de status van de zekerheidsoverdracht W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding* (diss. Groningen), Deventer 1987, nr. 12.

13 Verslag vergadering Vereniging handelsrecht 10 maart 1989, Zwolle 1990, p. 92–93.

14 Art. 3:237 en art. 239 BW.

15 Art. 3:94 lid 3 BW. Zie J. Biemans, *De rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer, 2011; A.F. Salomons, ‘Het wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 3:94 BW: Nederland introduceert de ‘stille cessie’’, *WPNR* 2003/6546.

16 Nederland moest de fzo-tot-overdracht erkennen op grond van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssysteem, alsook Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kre-

De reikwijdte van het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW is door de Hoge Raad vooral nader bepaald in het Sogelease-arrest.¹⁷ Het arrest heeft betrekking op de mogelijkheid eigendom ‘tot zekerheid’ over te dragen in het kader van een *sale-and-lease-back*-transactie. Omdat het arrest op talloze plaatsen is becommentarieerd, beperken wij ons tot een heel korte samenvatting van hetgeen de Hoge Raad besliste.¹⁸ In het Sogelease-arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat een ‘werkelijke’ overdracht niet wordt getroffen door het fiduciaverbod. Hij overweegt:

‘Of de rechtshandeling ertoe strekt de wederpartij in diër voege een zekerheidsrecht te verschaffen dat deze in zijn belangen als schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers wordt beschermd. De kern van een zodanige bescherming ligt naar haar aard in de bevoegdheid om zich met voorrang boven andere schuldeisers op het goed te verhalen, hetgeen de bevoegdheid tot toeëigening uitsluit (vgl. art. 3:235). Dienovereenkomstig levert een overeenkomst die de bevoegdheid van degene aan wie het goed wordt overgedragen in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen, ingevolge artikel 3:84 lid 3 niet een geldige titel voor overdracht op: partijen dienen gebruik te maken van (stil) pandrecht, onderscheidenlijk van hypotheek.

Strekt daarentegen de rechtshandeling tot ‘werkelijke overdracht’ (in geval van een zaak: tot eigendomsoverdracht) en heeft zij derhalve de strekking het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan – en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt – dan staat artikel 3:84 lid 3 daaraan niet in de weg. Met name doet het dat niet, indien

dietvorderingen betreft, *PbEU* 10 juni 2009, L 146/37. Art. 7:55 BW bepaalt met het oog daarop dat een dergelijke overdracht geen overdracht in de zin van art. 3:84 lid 3 BW is. Zie hierover onder meer F.E.J. Beekhoven van den Boezem, ‘Richtlijn 2009/44/EG: EG-knuppel in het hoenderhok van het Nederlandse goederenrecht’, *MvV*, 2009, nr. 12, p. 315–317 en S.E. Bartels & C.J.H. Jansen, ‘De herziene regeling van de financiële zekerheidsovereenkomst’, in: *Effecten en vermogensrecht* (red. S.E. Bartels e.a.), Deventer: Kluwer, 2011, p. 33–48.

17 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119.

18 Zie voor uitvoerige beschouwingen over art. 3:84 lid 3 BW, waarin het Sogelease-arrest uiteraard een prominente plaats heeft, onder meer: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer, 2007, p. 489–529; J.J. van Hees, *Leasing*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, p. 55–114.

de overeenkomst ertoe strekt, enerzijds dat een zaak door de overdrager aan de verkrijger tegen betaling aan de overdrager in gebruik wordt gegeven onder zodanige voorwaarden dat de verkrijger het goed in geval van wanprestatie van zijn wederpartij de overeenkomst slechts – voor wat betreft het gebruik – behoeft te ontbinden ten einde weer vrijelijk en volledig over zijn zaak te kunnen beschikken. Dit geldt ook als de overeenkomst is gesloten in verband met de verstrekking van enigerlei vorm van krediet aan de overdrager, zoals bij een sale and lease back-overeenkomst naar haar aard het geval zal zijn. (...)

Dat de wet dergelijke figuren – mits de rechtshandeling strekt tot ‘werkelijke’ overdracht en niet enkel tot overdracht ‘ten titel van verhaal’ – toelaat ondanks het daarbij voorzittende motief degene aan wie wordt overgedragen tevens een vorm van zekerheid te bieden, kan ook blijken uit de regeling betreffende het eigendomsvoorbehoud (art. 3:92) en huurkoop (art. 7A:1576h BW e.v.).’

Met deze uitspraak lijken de scherpe kantjes van het fiduciaverbod af te zijn, alhoewel de Hoge Raad in zijn motivering benadrukt dat er bij *sale-and-lease-back* wel degelijk sprake kan zijn van strijd met het fiduciaverbod, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

In het Sogelease-arrest was sprake van *sale-and-lease-back* van roerende zaken, maar er is geen reden om aan te nemen dat voor onroerende zaken andere eisen zouden gelden. Stille overdracht of vestiging, dat wil zeggen overdracht of vestiging zonder kenbaarheid voor derden, was en is weliswaar vrijwel onmogelijk als gevolg van het feit dat steeds inschrijving van een notariële akte in de openbare registers nodig is om mutaties in de goederenrechtelijke rechtstoestand te realiseren.¹⁹ Toch kan het fiduciaverbod door de vastgoedpraktijk niet genegeerd worden en kan al helemaal niet gezegd worden dat het hypotheekrecht het enige goederenrechtelijke zekerheidsrecht in het vastgoedrecht is. Voor nu beperken wij ons ertoe Van

¹⁹ Bewust zeggen wij ‘vrijwel onmogelijk’, omdat het wel mogelijk is om voorwaardelijk over te dragen, zonder dat dit naar buiten toe kenbaar is. Dat dit feitelijke risico echter betrekkelijk is, komt door de werking van de artikelen 3:17 en 3:24 BW. De vervulling van een voorwaarde is op grond van het bepaalde in art. 3:17 lid 1 sub c BW een inschrijfbaar feit. Tegen een verkrijger van een recht op een registergoed kan indien een dergelijke voorwaarde is ingeschreven, ex art. 3:24 lid 1 de vervulling van de voorwaarde niet worden ingeroepen. Naast de bescherming die art. 3:24 biedt, staat bovendien de bescherming van art. 3:26 BW (inschrijving van een onjuist feit) ten dienste.

Velten aan te halen, die ingaat op het *recharacterisation risk*. Van Velten vermeldt in dit verband:

‘Wel wordt regelmatig voor de financiering van installaties en andere bijzondere bouwwerken, zoals windmolenparken en tunnels, gebruik gemaakt van de mogelijkheid deze te laten stichten in opdracht van een financier, die daartoe tevoren in het kader van een sale lease back-overeenkomst een (tijdelijk) recht van opstal verkrijgt, waarbij de desbetreffende installatie bij voorkeur in de boeken van de financier dient voor te komen, teneinde niet het gevaar te doen ontstaan van overtreding van het fiduciaverbod.’²⁰

Interessant is hier dat de leasing wordt gecombineerd met de inzet van een genotsrecht (opstalrecht) teneinde de realisering van vastgoed te financieren en de vordering goederenrechtelijk af te dekken. In deze opzet gebruikt men de vestiging van een beperkt genotsrecht als zekerheid, waarover hierna meer.

Dat ook in het kader van vastgoedtransacties de vraag aan de orde kan komen of de aan een levering ten grondslag liggende titel ‘ongeldig’ is in verband met art. 3:84 lid 3 BW, wordt geïllustreerd door de recente Ru-Pro-zaak.²¹ In deze zaak oordeelde het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch dat een bepaald bedrijfspand niet was overgedragen, omdat de overeenkomst die de titel moest opleveren, in strijd was met art. 3:84 lid 3 BW.²²

Het Hof overwoog:

‘[appellant] heeft met juistheid opgemerkt dat artikel 3:84 lid 3 niet bepaalt dat de koopovereenkomst nietig is, maar dat de in die bepaling genoemde rechtshandeling geen geldige titel van overdracht is van het goed waarop die rechtshandeling betrekking heeft. Dat neemt echter niet weg dat bij een nietige titel de verkoper niet aan zijn primaire verplichting kan voldoen de verkochte zaak over te dragen, en dat dan van levering en eigendomsovergang geen sprake kan zijn. Het recht op terugkoop is, wanneer van deze nietigheid sprake is, niet aan de orde, omdat de verkoper steeds

²⁰ A.A. van Velten, a.w., p. 576–577.

²¹ HR 23 september 2011, LJN BQ7064.

²² Zie JOR 2010/33, met kritische noot JJvH (Ru-Pro).

eigenaar is gebleven van het goed. De verkoper heeft dan ook in beginsel recht op de opbrengst van het goed.

7.11. Dat partijen met de verkoop het verschaffen van zekerheid beoogden staat niet ter discussie. Dat blijkt in de eerste plaats uit de duidelijke bewoordingen van de overeenkomst van 6 december 1999. (...)

7.14. Naar het hof in rechtsoverweging 7.11 heeft overwogen, is in dit geval sprake van een rechtshandeling die ten doel heeft het pand (X) tot zekerheid over te dragen. Derhalve is de overeenkomst geen geldige titel van overdracht van het land [lees: pand; red.].

Terwijl bij het recht van wederinkoop de ongeldigheid van het beding de consequentie had dat de levering onvoorwaardelijk was geworden (de ontbindende voorwaarde was immers vervallen), geldt in de in het huidige BW gekozen constructie van artikel 3:84 lid 3 BW dat de levering van het pand ongeldig is geworden, omdat zij een titel ontbeert.

7.15. [appellant] heeft voorts aangevoerd dat artikel 3:84 lid 3 BW in feite voor dit geval zijn waarde heeft verloren, en [appellant] heeft zich daartoe beroepen op het arrest van de Hoge Raad van 19 mei 1995 (NJ 1996, 119 (Sogelease)).

Dat verweer faalt. Het gaat hier immers niet om een sale and lease back-overeenkomst of een daarmee gelijk te stellen overeenkomst. In de eerste plaats is van een 'lease back' geen sprake. Voorts gaat het hier om een overeenkomst waarbij het [appellant] verzekerd is dat de door hem gekochte onderneming zo profijtelijk is als door Ru-Pro voorgesteld, terwijl – voor zover dit niet zo zou zijn – hij zich kan verhalen uit de waarde van het onroerend goed en (althans wanneer Ru-Pro van het terugkooprecht gebruikmaakt) overigens het overschot aan Ru-Pro ten goede moet doen komen. Er is in zoverre geen werkelijke overdracht dat, althans zolang als de voorwaarde kan worden ingeroepen, deze ongedaan gemaakt kan worden op verlangen van Ru-Pro. In zoverre heeft de overeenkomst immers niet de strekking het pand Kranenberg 6 zonder beperking op [appellant] te doen overgaan.'

In cassatie werd het arrest van het hof om procesrechtelijke redenen vernietigd.

Alhoewel de kans niet groot lijkt te zijn dat een titel wordt gekwalificeerd als een verboden fiduciaire overdrachtstitel, bestaat de kans dus wel en bestaat er een *recharacterisation risk*, hetgeen voor de financieringspraktijk zeer onwenselijk is.²³

5. Het gebruik van genotsrechten als zekerheidsrecht

Naast de klassieke zekerheidsrechten pand en hypotheek kent de praktijk nog andere goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Deze rechten worden dogmatisch (doorgaans) ingedeeld bij de genotsrechten, maar dienen praktisch (mede of vooral) tot zekerheid. Met gebruikmaking van rechten uit deze categorie blijkt het mogelijk grip op goederen te krijgen op een wijze die minstens zo veel zekerheid biedt als via de vertrouwde weg van bijvoorbeeld het hypotheekrecht. De ‘constructies’ die in de praktijk zijn ontwikkeld, lijken soms op gespannen voet te staan met het eerder genoemde fiduciaiverbod, waardoor er in de praktijk enige aarzeling kan bestaan ze toe te passen. Achtereenvolgens lopen we enkele bekende constructies na en bezien in hoeverre ze zich verdragen met het in art. 3:84 neergelegde verbod tot overdracht ten titel van zekerheid.

Casus I

Janssen verkoopt een zaak aan Reinders en geeft de zaak aan deze mee, maar de koopprijs is nog niet (volledig) betaald. De vordering tot betaling van de koopprijs van Janssen wordt ‘gezekerd’ doordat het goed wordt overgedragen onder opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs. Janssen blijft met andere woorden eigenaar totdat de volledige koopprijs is voldaan. Het eigendomsrecht functioneert hier als onversneden zekerheidsrecht. Janssen heeft (voorlopig) geen genotsbevoegdheden meer met betrekking tot de zaak; de enige reden dat hij nog eigenaar is (en wil zijn), is dat hij zoveel mogelijk zekerheid wil dat zijn kooprijsvordering wordt voldaan.

Bovengenoemde casus is een schoolvoorbeeld van het zeer frequent gehanteerde eigendomsvoorbehoud. Deze zekerheidsfiguur wordt door de wetgever expliciet

²³ Hierover N.W.M. van den Heuvel, ‘Eigendom tot zekerheid tien jaar na Sogelease’, *O&F*, 2005, 67, p. 5.

erkend (art. 3:92 BW). Hier wordt eigendom niet fiduciair overgedragen, maar fiduciair voorbehouden. Fiduciaire eigendom is aldus een in Nederland veelvoorkomende rechtsfiguur, niet tegenstaande het ‘verbod’ goederen tot zekerheid over te dragen. Voor het eigendomsvoorbehoud geldt dat deze rechtsfiguur vooral praktische relevantie heeft ten aanzien van roerende zaken. Wij onderzoeken hierna het gebruik van genotsrechten als zekerheid in het vastgoedrecht.

Casus II

Simons verkoopt op 13 juli aan Berger een kantoorpand voor 2,5 miljoen euro. Het is van belang dat de levering snel plaatsvindt, omdat Simons op zijn beurt het pand op 1 februari geleverd heeft gekregen van C tegen een koopprijs van 1,8 miljoen euro. Wanneer wordt geleverd binnen de zesmaandstermijn²⁴ als bedoeld in art. 13 WBR, kan Berger de reeds over 1,8 miljoen euro betaalde overdrachtsbelasting in mindering brengen. Het gaat B echter helaas niet lukken vóór de fatale datum een financiering te verkrijgen, maar vlak erna lukt dat wel. Simons en Berger spreken af dat de overdracht desondanks doorgang zal vinden op 30 juli, maar dat indien Berger niet op uiterlijk 1 augustus de koopsom zal hebben voldaan, de eigendom aan Simons terug zal vallen. Vorenstaande afspraak wordt in de leveringsakte opgenomen.

Ook vastgoed kan onder opschortende voorwaarde worden geleverd, maar in de vastgoedpraktijk is de overdracht onder ontbindende voorwaarde populairder. Vooral bekend is de zogenoemde Groninger akte: de overdracht onder ontbindende voorwaarde van niet-betaling van de koopprijs tegen een bepaalde datum. Ingegeven door de wens de overdracht ondanks het ontbreken van financiering door een derde toch plaats te laten vinden,²⁵ wordt in de leveringsakte opgenomen dat de eigendom pas definitief en onvoorwaardelijk zal overgaan na betaling van de koopsom. Deze constructie brengt enige risico's met zich nu bij faillissement van de verkrijger weliswaar van rechtswege de voorwaarde zal intreden en de eigendom zal terugvallen aan de vervreemder, maar eventuele boetes wegens het

24 In een brief van 30 augustus 2010 heeft de minister van Financiën aangegeven dat voor de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting bij doorverkoop de termijn van zes maanden voor woningen tijdelijk wordt verruimd naar twaalf maanden. Brief met kenmerk AFP/2010/364 U.

25 Denk met name aan aflopende termijnen in de overdrachtsbelasting of op handen zijnde wijzigingen van belastingwetgeving of subsidieregelingen.

niet-voldoen van de koopprijs zullen kwalificeren als een concurrente vordering en ter verificatie bij de curator moeten worden ingediend.²⁶ Toch draagt de praktijk deze figuur een warm hart toe.

Het lijkt geen twijfel dat de hier besproken voorwaardelijke overdracht niet botst met het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW. Net als bij het eigendomsvoorbehoud blijft er bij de vervreemder een voorwaardelijk eigendomsrecht achter. Dit gebeurt teneinde de vervreemder een goede positie te geven in het geval de ‘verkrijger’ de koopprijs niet volledig betaalt: voorbehoud van voorwaardelijke eigendom tot zekerheid derhalve.²⁷

Casus III

Draaisma verkoopt en levert aan Vario Vastgoed het door hem gebouwde bedrijfspand. Afsproken wordt dat Draaisma het pand van Vario gaat leasen en bovendien het recht heeft om aan het einde van de leasetermijn het pand te kopen.²⁸

Over bovenstaande figuur is de afgelopen jaren zo veel geschreven dat het haast overbodig lijkt de figuur toe te lichten.²⁹ Toch doen we dit, al was het maar vanwege het voorbeeld met betrekking tot het PSV-stadion waarmee we dit opstel aanvingen.

Lease (of: leasing) is geen juridisch vastomlijnde rechtsfiguur, maar een wijze van financieren van goederen die in diverse varianten voorkomt. De juridische kwalificatie van lease kan huur of huurkoop zijn, of een onbenoemde overeenkomst, afhankelijk van de vraag of de leaseovereenkomst strekt tot eigendomsoverdracht.³⁰ In alle varianten zijn (ten minste) twee partijen te onderscheiden: de leasegever (of

26 Hierover R.A. Bol, ‘De Groninger akte een lust of een last?’, *WPNR* 2011/6895.

27 Zie over de voor- en nadelen van de voorwaardelijke overdracht als alternatief voor hypotheek onder meer L.C.A. Verstappen, *Handboek Registergoederenrecht* 2006, nr. 2.7.12, waar ook uitdrukkelijk wordt aangegeven dat deze constructie niet conflicteert met het fiduciaverbod.

28 Zie ook Rb Arnhem 15 november 2001, *JOR* 2002/72.

29 Zie onder meer H.W. Heyman, *Handboek Leasing*, 1997, alsmede na te noemen literatuur.

30 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting I.S.J. Houben, ‘De civielrechtelijke kwalificatie van een financial leaseovereenkomst met koopoptie’, *MvV*, 2009, nr. 5, p. 109–117.

lessor, zijnde degene die de financiering verstrekt) en de leasener (lessee ofwel degene die de financiering behoeft), waarbij de lessor aan de lessee het te leasen goed voor zekere tijd in gebruik geeft tegen een bepaalde vergoeding. De vergoeding die wordt betaald, hangt dikwijls samen met de economische levensduur van het te leasen goed en wordt vastgesteld door de som te nemen van de investering, de rente over de investering en een bepaalde winstopslag. De twee belangrijkste verschijningsvormen van de lease zijn de operational en de financial lease. Het onderscheid is met name fiscaal geïndiceerd en houdt in de kern in dat bij de operational lease het economisch risico van het goed op de lessor drukt, terwijl dit bij financial lease de lessee is. Het geleasede goed staat in het eerste geval dan ook op de balans van de lessor. Daarnaast zal bij financial lease dikwijls de bedoeling zijn dat het goed aan het einde van de looptijd in eigendom wordt overgedragen aan de lessee.³¹ Een steeds terugkerend element van leasing is dat de lessor goederenrechtelijke zekerheid krijgt op het leaseobject. De vorm waarin dat gegoten wordt, is daarbij voor de kwalificatie als lease niet relevant. De lessor kan eigendom (voor)behouden, maar de zaak ook onder voorbehoud van een stil pandrecht of hypotheekrecht overdragen aan de lessee.³²

De figuur van huurkoop is neergelegd in de artikelen 7A:1576h BW e.v. en houdt in dat de gerechtigde tot een goed dit verkoopt, maar de overdracht uitstelt tot het moment dat de in termijnen opgeknipte koopsom is voldaan. In deze zin is het een bijzondere vorm van de koop op afbetaling (art. 7A:1576 BW), waarbij de eigendom wordt voorbehouden. De regeling is niet van toepassing op registergoederen (art. 7A:1576 lid 4 en 5 BW). Voor huurkoop van vastgoed is de in 1973 ingevoerde *Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken* (TWHOZ) in het leven geroepen, met als doel huurkopers te beschermen door middel van dwingendrechtelijke regels. De wet is in zoverre effectief gebleken dat huurkoop van vastgoed in Nederland nauwelijks nog voorkomt. De bepalingen uit de TWHOZ zijn te ongunstig voor

31 Zie over de diverse varianten onder meer J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer 1997 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2006, nrs. 975–978. Nadrukkelijk gaat het in deze bijdrage niet om de internationale kwalificaties van lease, zoals bijvoorbeeld in het DCFR. De geïnteresseerde lezer zij verwezen naar o.a. E.H. Hondius, ‘Gemeenschappelijk referentiekader (common frame of reference): kiem van een Europees BW?’, *TvC*, 2008, p. 134–143, en de aldaar genoemde vindplaatsen.

32 Zie J.J. van Hees, *Leasing*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 19–20.

huurverkopers.³³ Een poging om in het BW een moderne variant van huurkoop van vastgoed in te voeren strandde in het zicht van de finish.³⁴ Overigens vindt er thans een internetconsultatie plaats inzake afdeling 7.2, in welke afdeling ook de regeling wordt neergelegd die thans wordt bestreken door de TWHOZ. De bedoeling is, aldus het internetdocument, ‘de thans geldende Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken (hierna: TWHOZ) te vervangen door een regime dat de huurkoop van onroerende zaken vergemakkelijkt door veel dwingende regels te schrappen, maar dat toch voor wat betreft huurkoop van woonruimte aan de huurkoper een behoorlijke bescherming geeft’.³⁵

Bij de *sale-and-lease-back*-variant op de financial lease is sprake van twee of drie betrokken partijen.³⁶ In alle varianten van de *sale-and-lease-back* heeft de constructie, zo lijkt het, geen ander doel dan te bewerkstelligen dat aan de financier de eigendom toekomt, als zekerheid voor de nakoming van de terugbetalingsverplichtingen. Als bijvoorbeeld de grond onder een voetbalstadion wordt overgedragen aan een gemeente, waarna aan de vervreemder een erfpachtsrecht op die grond wordt verstrekt,³⁷ dan is de erfpacht de lease, de gemeente verkrijgt het genotsrecht eigendom niet om een gebruiksrecht te hebben met betrekking tot de grond, maar als zekerheid. De exclusieve gebruiksbevoegdheden zullen (doorgaans) bij de erfpachter berusten. In de erfpacht kan de terugbetalingsverplichting worden versleuteld.

Strijd met art. 3:84 lid 3 BW levert deze constructie niet op zolang men binnen de in het Sogelease-arrest uitgezette lijnen blijft.³⁸ De vestiging van het erfpachtsrecht is niet in strijd met het fiduciaverbod, omdat de verkrijger de gefinancierde partij is.

33 Zie A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, p. 217–218 en J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 35 e.v.

34 Zie A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, p. 219–220 en p. 225.

35 www.internetconsultatie.nl/consumentenkrediet/document/434.

36 Hierover meer uitgebreid H.W. Heyman, *Handboek Leasing* (losbl.), Kluwer.

37 Het kan uiteraard ook een overdracht van eigendom onder voorbehoud van het beperkte recht van erfpacht zijn, art. 3:81 lid 1, tweede zin, BW. Dat is wel zo efficiënt en veilig. Zie de behandeling van de volgende casus.

38 Zie ook HR 18 november 2005, NJ 2006, 151 (BTL Lease/Van Summeren).

Anders gezegd: niet het gevestigde erfpachtsrecht is het zekerheidsrecht, maar het bloot-eigendomsrecht van de erfverpachter.³⁹

Casus IV

Bouwondernemer Harthoud bouwt een bedrijfshal op hem toebehorende grond, in opdracht van Mulders. Tussen Harthoud en Mulders is een koop/aannemingsovereenkomst gesloten. Afsproken wordt dat Harthoud de grond aan Mulders overdraagt en zich een opstalrecht voorbehoud. Dat recht zal van rechtswege eindigen als de nieuwe grondeigenaar de aanneemsom van de door de bouwondernemer gestichte bedrijfshal volledig heeft voldaan.⁴⁰

Bij overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht behoudt de overdragende partij zich bijvoorbeeld een recht van erfpacht of opstal voor. Voordeel van het zich voorbehouden van een beperkt recht boven het overdragen van de volle eigendom en het daarna vestigen van een nieuw recht is, dat door de samenvaal van rechtsmomenten geen faillissementsrisico zal optreden en voor de overdrachtsbelasting volstaan kan worden met heffing over de waarde van de blote eigendom.⁴¹ Door het voorbehouden van het opstalrecht blijft de bouwondernemer rechthebbende van de opstal. In wezen is dit een vastgoedvariant van het eigendomsvoorbehoud.

39 Het komt ook voor dat in het kader van vastgoedfinanciering economische eigendom tot zekerheid wordt overgedragen aan een leasemaatschappij. Zie ter illustratie de casus die leidde tot Gerechtshof Arnhem 16 augustus 2000, LJN AA7850, onder meer ook gepubliceerd in *V-N 2001/22.20*. In deze zaak, die draaide om de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting, werd ter financiering van een te bouwen supermarkt de economische eigendom van een onroerende zaak overgedragen aan een leasemaatschappij. Dit kan geen strijd opleveren met art. 3:84 lid 3 BW, omdat een economische eigendomsoverdracht geen overdracht in de zin van art. 3:84 lid 1 BW is. Zie ook J.H.M. van Erp, *NTBR*, 1993, p. 74.

40 Casus ontleend aan J.H.M. van Erp, *NTBR*, 1993, p. 71–74, aangehaald door A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, p. 578. Opmerking verdient echter dat Van Erp naast de mogelijkheid van overdracht onder voorbehoud van een recht van opstal ook de mogelijkheid van overdracht met direct aansluitende vestiging van een recht van opstal noemt.

41 Niet wordt ingegaan (vanwege de aard van de zaak) op levering onder voorbehoud van een pandrecht, een variant die wel wordt bepleit als alternatief voor het eigendomsvoorbehoud; zie A. Steneker, 'Overdracht onder voorbehoud van pandrecht', *WPNR 2008/6766*. Ook laten we buiten beschouwing de (voor 2010) veelvoorkomende overdrachten onder voorbehoud van een gebruiksrecht in het kader van planning van erfbelasting.

De eigendom van de opstal blijft bij de bouwer, tot zekerheid van de betaling van de aanneemsom door de koper/opdrachtgever.

Er is op gewezen dat deze constructie mogelijk het gevaar loopt in strijd te zijn met art. 3:84 lid 3 BW.⁴² Dat gevaar is naar onze mening echter zeer beperkt. Het goed dat wordt overgedragen in de zin van art. 3:84 lid 1 BW, is het bloot-eigendomsrecht. Dat is een overdracht zonder enig zekerheidselement. De zekerheid zit hem in hetgeen *juist niet* wordt overgedragen, maar wordt voorbehouden. Dat betekent niet dat het voorbehouden van een beperkt recht nooit onder het bereik van art. 3:84 lid 3 BW zal vallen. Op grond van art. 3:81 lid 1, tweede zin, BW geldt het fiduciaverbod ook hier (art. 3:81 lid 1 jo. 3:98 jo. 3:84 BW). Zolang er echter voor wordt gezorgd dat het opstalrecht ‘werkelijk’ van de opstalgerechtigde is in de zin van het Sogelease-arrest, is het een geldig voorbehoud.

6. Conclusie

Eigendom, opstal, erfpacht; elk van deze genotsrechten wordt in de praktijk ook ingezet als zekerheidsrecht. De door ons gegeven voorbeelden inzake de Groninger akte, de *sale-and-lease-back* van een voetbalstadion en het door de aannemer voorbehouden opstalrecht geven hiervan blijk. Het is dus bepaald onvolledig om onder het kopje ‘zekerheidsrechten in het vastgoedrecht’ uitsluitend op het hypotheekrecht te wijzen. Fiduciare verhoudingen zijn *alive and kicking*; ook in de vastgoedpraktijk.⁴³ Strijd met het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW echter leveren de in deze bijdrage besproken constructies naar onze mening zelden of nooit op.

42 Zie J.H.M. van Erp, *NTBR*, 1993, p. 73: ‘Na bepaald niet geringe aarzeling meen ik dat de slotsom onafwendbaar is dat zich hier een (...) situatie als bedoeld in art. 3:84 lid 3 voordoet. (...) De overdracht van de bouwgrond is een verboden fiduciaire overdracht en de vestiging van het opstalrecht is een verboden fiduciaire vestiging.’

43 We bespraken tal van fiduciaire verhoudingen in het vastgoedrecht niet. Te denken valt aan de zogenoemde trusthypotheek, de syndicaatszekerheden en de notariële kwaliteitsrekening, waarover (mede in het kader van art. 3:84 lid 3) T.H.D. Struycken, a.w., p. 528 e.v.