

University of Groningen

Als tweede komen maar als eerste malen

Bos, T.J.

Published in:
 Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Bos, T. J. (2020). Als tweede komen maar als eerste malen. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2020(9), 282-293. [NTBR 2020/39].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Als tweede komen maar als eerste malen

NTBR 2020/39

Over een goed kan slechts eenmaal worden beschikt en een goed kan – ten laste van één schuldenaar – slechts eenmaal worden uitgewonnen. Dit brengt met zich dat een verkrijger of schuldeiser die zich te laat aandient, mogelijk met lege handen achterblijft. Ons vermogensrecht kent vele uitzonderingen hierop, die bijvoorbeeld het recht van de tweede verkrijger kunnen doen prevaleren boven dat van de eerste verkrijger. Dit artikel analyseert deze afwijkingen, concludeert dat het huidige Nederlandse stelsel van afwijkingen inconsistent is en onwenselijke resultaten produceert, en doet suggesties tot verbetering aan de hand van een vergelijking met de Engelse *Vendor Purchaser Constructive Trust*.

1. Inleiding

Meerdere (verbintenisrechtelijke) aanspraken op een goed kennen vaak een rivaliserend karakter.² Niet alleen tussen twee kopers bestaat rivaliteit, maar ook tussen een koper en een schuldeiser die – vanwege een tekortkoming door de schuldenaar – beslag wenst te leggen op het verkochte goed. De hamvraag is in wezen steeds dezelfde; wie krijgt/verhaalt zich op het goed, en wie moet het doen met een schadevergoeding of alternatief verhaalsobject? In faillissement is evident dat slechts de aanspraak op het goed de moeite waard is, omdat een schadevergoedingsvordering op de failliet naar alle waarschijnlijkheid niet (volledig) wordt voldaan.³ Echter, ook buiten de context van faillissement is de vraag wie het goed krijgt en wie het moet doen met de schadevergoedingsvordering uiterst relevant. Ten eerste kan een schadevergoedingsvordering ook een vergoeding van het negatieve contractsbelang inhouden, hetgeen betekent dat de koper de winst die hij met het goed hoopte te maken, misloopt.⁴ Maar zelfs indien schadevergoeding het positieve contractsbelang compenseert,⁵ is het lang niet altijd zo bevredigend als het goed

zelf. Men denke aan de koper van een woning die eindelijk een passende woning heeft gevonden op een krappe woningmarkt; ook een vergoeding van het positieve contractsbelang compenseert niet het missen van een basisschool en supermarkt op een steenworp afstand, en/of een achtertuin op het westen.

Het antwoord op de hamvraag luidt dat wie het eerst komt, het eerst maalt; degene die zijn recht als eerste formaliseert⁶ krijgt het goed⁷ of kan zich op het goed verhalen.⁸ Over een goed kan men immers slechts eenmaal beschikken, en een goed kan – ten laste van één geëxecuteerde – slechts eenmaal worden uitgewonnen.⁹ Het Nederlandse vermogensrecht kent echter vele afwijkingen op dit uitgangspunt. Soms is een afwijking wenselijk, omdat een *vlot lopend rechtsverkeer* dit verlangt. Een voorbeeld hiervan vormt art. 505 lid 3 Rv; ondanks dat een beslaglegger het proces-verbaal eerder inschrijft (en dus zijn aanspraak eerder formaliseert), kan een verkrijger van datzelfde goed die zijn aanspraak later inschrijft alsnog aan het langste eind trekken (zie paragraaf 2.1). Soms is een afwijking wenselijk omdat het *billijk* is om het gedrag van degene die als eerste formaliseert niet te belonen met een goederenrechtelijke aanspraak. Men denke aan de koper die, door levering te verlangen, onrechtmatig handelt jegens een andere koper, waarbij de schadevergoeding bestaat uit veroordeeld worden tot overdracht van het goed in kwestie (zie paragraaf 2.2). Bovendien is het mogelijk om bij de overdracht van goederen een afwijking te *creëren* in het belang van de

1 Citeerwijze: T.J. Bos, 'Als tweede komen maar als eerste malen', *NTBR* 2020/39, afl. 9. Mr. T.J. (Tiddo) Bos is promovendus en docent aan de Rijksuniversiteit Groningen.

2 Dit stuk behandelt slechts overeenkomsten waarbij de verbintenissen bestaan uit het beschikken over goederen, schulden en/of rechtsverhoudingen, waaronder ook het beschikken over chartaal of giraal geld moet worden verstaan in het kader van een koopovereenkomst. Andere verbintenissen, bijvoorbeeld het verrichten van arbeid, vallen buiten het bestek van deze bijdrage.

3 Zie D.A. van Elswijk e.a., *Faillissementen: oorzaken en schulden*, Den Haag: CBS 2016.

4 Hiervan kan sprake zijn indien de toerekenbaarheid van de tekortkoming van de schuldenaar niet aanwezig is (of niet kan worden aangetoond), een bepaald geen ondenkbaar scenario, zie C.H. Sieburgh, in: *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/710 (*Schadevergoeding naast ontbinding*).

5 De vergoeding van het positieve contractsbelang bij wanprestatie en ontbinding vloeit voort uit het causaliteitsvereiste van *condicio sine qua non* (het 'daardoor' in art. 6:74 BW). *Asser/Hijma 7-I* 2019/633 en 646 (*Positief contractsbelang resp. Schadebegroting*).

6 Het formaliseren houdt, in de context van dit stuk, in dat een verkrijger geleverd krijgt, dat de blokkerende werking van een beslag aanvangt (zie hierover A. Steneker, in: *Asser Procesrecht/Steneker 5* 2019/446 (*Aanvang blokkerende werking*)) of dat het algemene faillissementsbeslag vanwege de faillietverklaring van de schuldenaar intreedt (art. 23 en 35 Fw). Een verkrijger kan dus zijn recht formaliseren, maar ook bij het uitoefenen van verhaal 'formaliseert' de beslagleggende schuldeiser of de faillissementscurator.

7 Weliswaar geeft art. 3:298 BW het eerst ontstane recht op levering voorrang, hetgeen de indruk geeft dat het niet gaat om aan wie het eerst geleverd wordt, maar om de eerst ontstane verbintenisrechtelijke aanspraak op het goed. Echter, dit artikel is uitgewerkt zodra levering aan de tweede koper heeft plaatsgehad (dus zodra de tweede koper zijn recht heeft geformaliseerd), tenzij de eerste koper leveringsbeslag heeft gelegd (hetgeen ook een wijze van formaliseren is). Zie H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties: overdracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 401. Zie, meer in het algemeen, L. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht* (diss. Leiden) (*Ars Notariatus* 167), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

8 Een beslag maakt niet beschikkingsonbevoegd, zie HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9351, NJ 2009/154, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Forward/Huber*) en HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, NJ 2009, 376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong*). Het beslag 'kleeft' echter wel aan het goed, met als gevolg dat het door B verkregen goed door de beslagleggende schuldeiser van A kan worden uitgewonnen, zie H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties: overdracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 384 e.v. Zelfs een eerder door B gelegd leveringsbeslag biedt geen soelaas; beide beslagen zijn gelijk in rang en het leveringsbeslag geldt dan van rechtswege als een tweede verhaalsbeslag voor de vordering tot vervangende schadevergoeding wegens het uitblijven van de afgifte of levering (art. 736 lid 2 en 3 en 497 lid 2 en 3 Rv). A. Steneker, in: *Asser Procesrecht/Steneker 5* 2019/674 (*Samenloop met verhaalsbeslag*).

9 Zolang overigens de opbrengst niet is verdeeld onder de executerende schuldeiser(s), kunnen ook latere beslagleggers nog aanspraak maken op voldoening van hun vordering uit de gerealiseerde opbrengst.

bij de transactie betrokken partijen. Partijen kunnen een Vormerkung gebruiken ten gunste van de eerste koper, en daarmee de tweede koper, die als eerste geleverd krijgt,¹⁰ buitenspel zetten (zie paragraaf 2.4).

Deze afwijkingen vormen een interessant gedeelte van ons vermogensrecht. Ten eerste geven deze afwijkingen een antwoord op de belangrijke vraag wie een goederenrechtelijke aanspraak vergaart en daarmee ook wie genoeg moet nemen met een 'slechts' verbintenisrechtelijke actie. Paragraaf 2 inventariseert welke afwijkingen het Nederlandse vermogensrecht kent en beantwoordt daarmee de vraag onder welke omstandigheden billijkheids- of rechtseconomische argumenten aanleiding geven om af te wijken van 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt'. Naast het beschrijven van huidig recht, beantwoordt deze paragraaf bovendien de vraag of rechtseconomische- of billijkheidsargumenten *daadwerkelijk* een afwijking rechtvaardigen. Paragraaf 3 gaat verder in op afwijkingen die door partijen worden gecreëerd om hun geplande transactie veilig te stellen; in het vervolg zal ik aan deze categorie afwijkingen refereren als transactie-zekerheden. Naar Nederlands recht zijn dit de Vormerkung en de voorwaardelijke overdracht. Transactie-zekerheden vormen een elegante oplossing voor het probleem dat beide partijen niet als eerste willen presteren teneinde niet het risico te lopen dat de ander vervreemdt/faillieert voordat de ander heeft gepresteerd; dankzij het bestaan van een transactie-zekerheid vormt bijvoorbeeld het faillissement geen beletsel meer voor het voltooiën van de transactie. Deze oplossingsrichting is relevant voor de notariële praktijk; de notaris heeft bij registergoederen- en aandelentransacties een verstrekkende zorgplicht om het insolventierisico voor beide partijen te mitigeren, dus transactie-zekerheden hebben de potentie om deze taak te vergemakkelijken. Paragraaf 3 bespreekt het functioneren van afwijkingen en transactie-zekerheden in de context van de notariële praktijk, vergelijkt het functioneren van transactie-zekerheden met het principe van 'gelijk oversteken' en analyseert en in hoeverre het functioneren van afwijkingen en transactie-zekerheden in de notariële praktijk valt te rijmen met de bevindingen van paragraaf 2. Paragraaf 4 vergelijkt het Nederlandse geheel van afwijkingen en transactie-zekerheden met de Engelse *Vendor Purchaser Constructive Trust*. Aan de hand van de analyse verricht in paragrafen 2 en 3 en de vergelijking in paragraaf 4.1, betoogt paragraaf 4.2 a) dat de derdenwerking van transactie-zekerheden makkelijker te rechtvaardigen valt bij werking jegens schuldeisers dan bij werking jegens verkrijgers, b) dat de Vormerkung mogelijk een te beperkt toepassingsbereik heeft voor zover zij derdenwerking heeft jegens verhaalzoekende schuldeisers; ook bij andere unieke goederen is goederenrechtelijke bescherming voor de koper jegens schuldeisers wenselijk en c) dat bij het toekennen

van goederenrechtelijke aanspraken jegens verhaalzoekende schuldeisers een gebrek aan publiciteit niet tot onwerkzame situaties hoeft te leiden. Paragraaf 5 bevat de conclusie.

De termen 'formalisering', 'afwijking' en 'transactie-zekerheid' zijn functionele begrippen. Dat wil zeggen dat het geen vastomlijnde begrippen in ons goederenrecht vormen, maar dat deze begrippen ons slechts in staat stellen om verschillende juridische instrumenten onder dezelfde noemer te vergelijken en – belangrijker – hun functioneren met dezelfde maatstaven te beoordelen. In het vervolg duid ik de vervreemder van een goed aan als A, de persoon die zonder afwijking of transactie-zekerheid aan het langste eind trekt als C (of als schuldeiser(s)), en de persoon die vanwege de afwijking toch een goederenrechtelijke aanspraak op het goed vergaart als B (of als schuldeiser(s)). De laatste kanttekening luidt dat dit artikel de koopovereenkomst (zowel tussen A en B als tussen A en C) zal blijven gebruiken als illustratie van een verbintenisrechtelijke aanspraak. Deze keuze is ten eerste ingegeven door praktische motieven; het voorbeeld van de koopovereenkomst is gemakkelijker te volgen en stelt mij in staat om terminologie te hanteren waarbij ik de juiste formuleringen voor vestiging, overdracht en afstand van beperkte rechten en andere mogelijke titels van overdracht, links laat liggen. Ten tweede kent deze keuze ook een inhoudelijke motivering; overwegingen over het al dan niet gerechtvaardigd zijn van het bestaan van afwijkingen of transactie-zekerheden gelden mogelijk anderszins niet in een andere context dan de koopovereenkomst; zie hierover paragraaf 4.2. Bovendien komen koopovereenkomsten nu eenmaal vaak voor in het rechtsverkeer.

2. Nederlandse afwijkingen

Zoals vermeld in de inleiding vallen de afwijkingen van de 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt'-regel onder te verdelen in afwijkingen die ingegeven zijn vanuit de wens tot een vlot lopend rechtsverkeer ('rechtseconomische afwijkingen'), afwijkingen met een billijkheidsachtergrond ('billijkheidsafwijkingen') en afwijkingen vooraf gecreëerd in het belang van partijen bij de transactie ('transactie-zekerheden'). Hierbij moet worden opgemerkt dat het gaat om een eigen onderverdeling die niet absoluut is, in die zin dat sommige afwijkingen in meerdere categorieën te plaatsen zijn. Het gaat om het illustreren van een *tendens*. De volgende paragrafen inventariseren de Nederlandse afwijkingen in bovengenoemde volgorde.

2.1 Afwijkingen met het oog op een vlot lopend rechtsverkeer

Het eerste voorbeeld is de regel die art. 505 lid 3 Rv geeft voor onroerende zaken. Normaal gesproken 'kleeft' het beslag zodra het proces-verbaal daarvan is ingeschreven;¹¹ als de notariële akte waarbij een onroerende zaak wordt overgedragen aan B later wordt ingeschreven dan het proces-verbaal (art. 3:21 lid 1 BW), kan de beslaglegger zijn recht tegen B invoeren (art. 505 lid 2 Rv). In afwijking

¹⁰ In de praktijk zal (een poging tot succesvolle) levering aan koper 2 niet plaatsvinden indien ten gunste van koper 1 een Vormerkung is gevestigd. Levering is wel mogelijk; deze kan alleen niet worden ingeroepen jegens de (eerste) koper ten gunste van wie de koopovereenkomst is ingeschreven, zie J. Hijma, in: *Asser/Hijma 7-1* 2019/238 (*Inschrijfbaarheid koop (Vormerkung)*).

¹¹ Zie voetnoot 7.

hiervan kan het recht van B toch prevaleren, indien de leveringsakte waarbij B geleverd krijgt eerder is verleden dan de inschrijving van het (proces-verbaal van het) beslag en de leveringsakte uiterlijk één dag na het inschrijven van het beslag wordt ingeschreven. Het idee achter deze bepaling is dat aan het belang van een vlot verlopend rechtsverkeer in onroerende zaken (dus het belang van de koper dat deze krijgt wat hem is beloofd) meer waarde wordt toegekend dan aan het belang van schuldeisers.¹² Deze afwijking werkt slechts tegen schuldeisers die verhaalsbeslag leggen.¹³

Een ander voorbeeld van een afwijking met het oog op een vlot lopend rechtsverkeer, vormt art. 3:24 BW. Indien de leveringsakte tussen A en B wordt ingeschreven en A op dezelfde dag failliet, zou het verkochte (register)goed normaal gesproken onderdeel uitmaken van de failliete boedel (art. 23 Fw) en is levering niet langer mogelijk (art. 35 Fw). Het is echter goed mogelijk dat B niet op de hoogte was van dat faillissement ten tijde van de levering, omdat faillissementen niet onmiddellijk worden ingeschreven.¹⁴ Bovendien kán B niet eens op de hoogte zijn, indien het faillissement later dan de levering wordt uitgesproken (maar nog wel op dezelfde dag, waardoor het verlies van beschikkingsbevoegdheid van A ingevolge art. 23 Fw terugwerkt tot vóór de ten gunste van B verrichte beschikkingshandeling). Art. 3:24 BW beschermt B mogelijk in deze situaties door te bepalen dat het wel inschrijfbaar maar nog niet ingeschreven faillissement, niet aan B kan worden tegengeworpen.¹⁵ Ook hier is sprake van een afwijking van 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt'; ondanks dat het verlies van beschikkingsbevoegdheid van A eerder intreedt dan de levering aan B, wordt B's verkrijging veiliggesteld ten koste van de verhaalsuitoefening door de curator ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren in het faillissement van A.

Bij bovengenoemde voorbeelden van afwijkingen wordt, dankzij het bestaan van de afwijking, voorkomen dat een schuldeiser succesvol beslag legt of dat het goed in een failliete boedel valt. Er zijn echter ook afwijkingen die een meer curatief dan preventief effect hebben, in die zin dat wel tijdelijk sprake is van een succesvol gelegd beslag. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland,¹⁶ waarin de voorzieningenrechter het beslag van een schuldeiser op een onroerende zaak opheft, op voorwaarde dat de notaris de koopprijs onder zich houdt tot één week na de levering zodat de schuldeiser gedurende deze week onder de notaris beslag kan leggen op de koopsom. De reden hiervoor is dat het in het belang van alle betrokkenen is om de levering te laten doorgaan. Bovendien stelt de kwaliteitsrekening van de notaris de schuldeiser in staat om snel en effectief vervangende zekerheid te krijgen. Het effect van deze uitspraak komt neer op een Vormerkung ten gunste van B. Gelijk art. 507b Rv bepaalt bij de Vormerkung, wordt het beslag op de onroerende zaak in deze casus geconverteerd naar een beslag op het surplus van de koopsom (het deel van de koopsom dat, na de betaling van bijvoorbeeld hypothecaire financiers, voor de verkoper overblijft), waardoor het recht van de koper – ook zonder Vormerkung – goederenrechtelijke trekken krijgt.

2.2 Afwijkingen met het oog op billijkheid

Het eerste voorbeeld van billijkheidsafwijkingen is de doctrine ontwikkeld in het arrest Pos/Van den Bosch,¹⁷ onder omstandigheden pleegt C, door levering te verlangen, een onrechtmatige daad jegens B. De schadevergoeding kan – blijkens bovengenoemd arrest – ook een schadevergoeding in natura vormen, oftewel: B hoeft niet genoeg te nemen met geldelijke compensatie, maar C is gehouden de zaak aan B over te dragen. Een ander voorbeeld is de situatie waarin een schuldeiser de 'actio pauliana' (art. 3:45 e.v. BW) kan gebruiken om de titel tussen A en C te vernietigen en zo het goed te laten terugvallen in het vermogen van A, ten einde verhaal te zoeken. Deze voorbeelden verschillen dogmatisch in die zin, dat bij de actio pauliana de overdracht (met terugwerkende kracht) wordt vernietigd, terwijl in het eerste voorbeeld de initiële overdracht in stand blijft en een verbintenis tot teruglevering ontstaat. Toch meen ik dat beide situaties kunnen worden vergeleken; zij kennen beide de eigenschap dat vanwege billijkheidsargumenten, een ten gunste van C verrichte beschikkingshandeling wordt teruggedraaid. Of deze alternatieve verdeling nu *ex tunc* of *ex nunc* plaatsvindt, vind ik niet dermate cruciaal dat deze situaties niet kunnen worden vergeleken; aan het einde van de rit behoort het goed weer toe aan B/schuldeisers jegens wie onbillijk gehandeld is. Deze redenering vormt een illustratie van de meer functionele aanpak die ook in het vervolg van dit artikel wordt gehanteerd. Overigens kan ook een schuldeiser soms het leerstuk van de onrechtmatige daad

12 Hetgeen ook wordt opgemerkt in de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw 1992, p. 230). Overigens wordt de verkrijger niet beschermd tegen het faillissementsbeslag; in dat geval dienen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voor te gaan.

13 Deze afwijking beschermt B niet tegen schuldeisers die leveringsbeslag leggen (art. 734 lid 1 Rv). Zie hierover uitgebreid paragraaf 2.3.

14 De Wet modernisering faillissementsprocedure zou aanvankelijk een wijziging van art. 14 lid 3 Fw met zich brengen waardoor essentiële gegevens van een faillissement terstond – en in ieder geval op de dag van de uitspraak – zouden worden ingeschreven in het Centraal Insolventieregister. Echter, vanwege de vertragingen in het KEI-programma heeft de rechtspraak aangegeven dat meer tijd nodig is om de systemen en werkprocessen op deze wijziging voor te bereiden.

15 Er is veelvuldig gediscussieerd over de vraag of en in hoeverre art. 3:24 BW daadwerkelijk beschermt in deze situaties, zie H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties: overdracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 468 e.v. Ik volg bovengenoemde auteurs (en daarmee ook Van Hees en Steneker, zie J.J. van Hees, 'Levering van registergoederen en aandelen tijdens faillissement: curator en notaris in een lastig parket', in: N.E.D. Faber e.a., *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 127-129 resp. A. Steneker, 'Koper failliet? Geen probleem', *WPNR* 2016/7107, p. 379-381) in hun opvatting dat bescherming op grond van art. 3:24 BW in ieder geval de meest wenselijke uitkomst is, vanwege de terugwerkende kracht van faillissement en het potentiële gevaar dat daardoor ontstaat, te weten dat een verkrijger van een onroerende zaak geconfronteerd kan worden met een faillissement waarmee de verkrijger niet mee bekend kon zijn.

16 Rb. Noord-Nederland 14 juni 2018, nr. C/17/161453 / KG ZA 18-121 (ECLI:NL:RBNNE:2018:2240), besproken in *Notamail* 2018/143.

17 HR 17 november 1967, ECLI:NL:PHR:1967:AC4789, NJ 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*).

gebruiken teneinde schadevergoeding van C te vorderen, ook eventueel in natura.¹⁸

Het is bovendien mogelijk dat een notaris gehouden is om dienst te weigeren bij de transactie tussen A en C, omdat zich een van bovengenoemde afwijkingen voordoet en dit kenbaar is voor de notaris. Een voorbeeld hiervan vormt de ‘Novitaris-doctrine’,¹⁹ op grond waarvan een notaris gehouden kan zijn tot het weigeren van ministerie bij een beschikkingshandeling ten gunste van C, indien het recht van B wettelijk gezien het sterkere recht is (bijvoorbeeld door art. 3:298 of art. 7:3 BW) of indien C onrechtmatig handelt jegens B door levering te verlangen.²⁰ Een verbintenrechtelijke afspraak die de notaris *vanwege deze doctrine* respecteert, vergaart daarmee een zekere mate van goederenrechtelijke werking.²¹ Ook bij een beoogde paulianeuze rechtshandeling kan de notaris dienst moeten weigeren.²²

Ten slotte zijn er ook de derdenbeschermingsbepalingen die de verkrijger van een roerende zaak beschermen tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, indien de verkrijger te goeder trouw is, de zaak in handen heeft en om baat heeft verkregen.²³ Ook deze vorm van derdenbescherming levert immers in sommige omstandigheden een afwijking op; bij een overdracht van A aan C waarbij levering constitutum possessorium plaatsvindt (art. 3:115 sub a BW), terwijl A later aan B levert en hem daarbij wel direct bezit verschafft, ‘formaliseert’ C zijn recht als eerste maar trekt B niettemin aan het langste eind.²⁴ Deze afwijking wordt door mij behandeld onder de afwijkingen met het oog op billijkheid, maar dient eveneens een vlot lopend rechtsverkeer.²⁵

2.3 Tussenconclusie

Het is niet moeilijk om een onderscheid te maken tussen afwijkingen met een rechtseconomische bestaansreden en afwijkingen met een billijkheidsachtergrond. Billijkheidsafwijkingen zijn te herkennen aan de meer subjectieve criteria (bijvoorbeeld ‘onrechtmatigheid/toerekenbaarheid’ of ‘weten of behoren te weten dat benadeling het gevolg is’) die vervuld moeten worden voor de toepasselijkheid van de afwijkingen. De Pos/Van den Bosch-doctrine, de actio pauliana, de onrechtmatige daad ingesteld door schuldeisers en de hieruit voortvloeiende zorgplichten voor notarissen zijn voorbeelden hiervan. Van afwijkingen die dergelijke subjectieve criteria ontberen, kan moeilijk worden gezegd dat zij billijkheid nastreven (alhoewel zij in een concreet geval natuurlijk best ‘toevallig’ billijk kunnen uitpakken); dit zijn dan ook de rechtseconomische afwijkingen (of ‘afwijkingen met het oog op een vlot lopend rechtsverkeer’). Voorbeelden hiervan vormen de regel van art. 505 lid 3 Rv, de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland en de regel van art. 3:24 BW. Alhoewel bij dergelijke afwijkingen gezegd kan worden dat sprake is van een zekere gestandaardiseerde billijkheid (bij art. 3:24 BW in het algemeen is bijvoorbeeld sprake van een situatie waarin iemand heeft nagelaten iets in te schrijven wat ingeschreven had kunnen worden, waardoor het – op basis van het toedoenbeginsel – billijk is om de onwetende rechtsopvolger te beschermen), is hiervan aanzienlijk minder sprake bij de specifieke toepassing van art. 3:24 BW die ik behandel, namelijk de situatie waarin art. 3:24 BW beschermt tegen een op dezelfde dag als de levering uitgesproken faillissement van de verkoper. Men kan van een curator niet verwachten dat hij het gebrek aan beschikkingsbevoegdheid altijd onmiddellijk in de openbare registers inschrijft teneinde een op dezelfde dag plaatsvindende vastgoedtransactie te voorkomen, en indien het faillissement ná de levering plaatsvindt, spelen billijkheidsargumenten al helemaal geen rol (er is dan, ten tijde van de levering, nog geen inschrijfbaar feit ex art. 3:24 BW). Ook bij de andere afwijkingen met het oog op een vlot lopend rechtsverkeer is het toedoenargument van weinig betekenis (de beslaglegger valt, bij art. 505 lid 3 Rv en de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland, weinig te verwijten).

Een ander onderscheid dat men kan maken bij deze afwijkingen, betreft het subject tegen wie de derdenwerking zich richt. Bij sommige afwijkingen – bijvoorbeeld de regel uit Pos/Van den Bosch – richt de derdenwerking zich louter tegen andere verkrijgers; het is moeilijk voor te stellen dat een beslaglegger onrechtmatig handelt *omdat* hij bij het leggen van beslag geen rekening houdt met het recht op levering van een derde. Een afwijking kan zich echter ook tegen verhaalzoekende schuldeisers richten; de regel van art. 505 lid 3 Rv werkt bijvoorbeeld niet ten nadele van verkrijgers (c.q. schuldeisers die leveringsbeslag leggen), maar louter tegen schuldeisers die verhaalsbeslag leggen (hetgeen volgt uit art. 734 lid 1 Rv, waarover meer in het vervolg van deze alinea). Deze twee onderverdelingen houden bovendien een zeker verband met elkaar. Billijkheidsafwijkingen *hebben in de regel* derdenwerking *jegens verkrijgers*. Rechtseconomische afwijkingen *hebben in de regel* derdenwerking *jegens verhaalzoekende schuldeisers*.

18 T.J. Mellema-Kranenburg, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:45 BW, aant. 11.3 (*Samenloop onrechtmatige daad en pauliana*). Bovendien kan ook een curator namens de gezamenlijke schuldeisers de faillissementspauliana van art. 42 Fw e.v. instellen. Het is onzeker of samenloop tussen de faillissementspauliana en de vordering uit onrechtmatige daad namens de gezamenlijke schuldeisers mogelijk is (T.J. Mellema-Kranenburg, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:45 BW, aant. 11.5 (*Samenloop onrechtmatige daad en faillissementspauliana*)).

19 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015, 479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*).

20 H.W. Heyman, ‘Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)’, *WPNR* 2015/7067, paragraaf 2.

21 L.C.A. Verstappen, ‘De rol van de notaris in het rechtsverkeer’, *WPNR* 2012/6954, p. 917.

22 R.J. de Weijs & E.J.M. van Rijkevorsel-Teeuwen, ‘Actio pauliana en notariële aansprakelijkheid; de notaris en het rechtsverkeer gezamenlijk in het nauw’, *WPNR* 2012/6922.

23 Zie art. 3:86 BW voor de werking jegens verkrijgers en art. 453a lid 2 Rv en art. 35 lid 3 Fw jo. 3:86 BW voor de werking jegens beslagleggende schuldeisers respectievelijk de faillissementscurator. Ik behandel de bescherming van verkrijgers van roerende zaken op basis van bezit als één afwijking die in ons recht meerdere verschijningsvormen kent (namelijk de verwijzingen naar artikelen eerder in deze voetnoot).

24 Art. 3:88 BW vormt geen afwijking in de zin van dit artikel. Mijn analyse richt zich op twee verkrijgers met rivaliserende aanspraken, hetgeen bij art. 3:86 BW kan voorkomen (vergelijk het gegeven voorbeeld eerder in deze alinea). Bij art. 3:88 BW echter *moet* sprake zijn van een ongeldige eerdere overdracht (bijvoorbeeld van X aan A), waarbij verkrijger B wordt beschermd tegen X, maar X is nu juist degene die (onsuccesvol) aan A heeft vervreemd.

25 J.M.J. Chorus, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:86 BW, aant. 7.6 (*Ratio van de bescherming van de derde-verkrijger in het algemeen*).

De verklaring hiervoor is betrekkelijk eenvoudig; het is weinig zinvol om, in het belang van een vlot lopend rechtsverkeer, de nakoming van een verbintenis ten gunste van B (een verkrijger) te doen prevaleren boven het belang van een andere verkrijger zoals C, omdat C – als verkrijger – zelf ook onderdeel vormt van ‘het rechtsverkeer’. Dit wordt geïllustreerd door het samenspel tussen art. 505 lid 3 Rv en art. 734 lid 1 Rv. Art. 734 lid 1 BW sluit toepasselijkheid van (de rechtseconomische afwijking van) art. 505 lid 3 Rv uit, indien het gaat om een schuldeiser die een beslag tot afgifte of levering heeft gelegd in plaats van verhaalsbeslag. Met andere woorden: een vlot lopend rechtsverkeer is niet gebaat bij een regel als art. 505 lid 3 Rv, indien daarmee een potentieel verkrijger zou worden bevoordeeld ten opzichte van een ander die net als de potentiële verkrijger – dankzij het bestaan van een nog niet uitgevoerde transactie – een recht op levering heeft. Dit principe kan men *mutatis mutandis* toepassen op andere rechtseconomische afwijkingen. Men neme bijvoorbeeld de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland besproken in de laatste alinea van paragraaf 2.1 (conversie beslag op verkochte woning naar beslag op koopsom); de argumenten dat het in het belang van alle betrokkenen is om de levering te laten doorgaan en dat de schuldeiser effectief vervangende zekerheid voor zijn belang inzake voldoening van zijn vordering kan krijgen, zijn niet langer valide indien het zou gaan om een andere koper die belang heeft bij de onroerende zaak zelf en daarom leveringsbeslag legt. Het bevoordelen van een persoon die belang heeft bij *het goed zelf* ten koste van een persoon die slechts belang heeft bij de *waarde die het goed vertegenwoordigt* (zoals een schuldeiser die op het goed verhaalsbeslag heeft gelegd) is een belangrijk argument voor rechtseconomische afwijkingen. De laatst besproken afwijking – de derdenbescherming van verkrijgers van roerende zaken – bestaat vanwege rechtseconomische- én billijkheidsargumenten, en kent dan ook werking jegens verkrijgers (art. 3:86 BW) én schuldeisers (art. 453a lid 2 Rv en art. 35 lid 3 Fw jo. 3:86 BW).²⁶ De reden dat

26 Van alleen art. 3:86 BW wordt gezegd dat dit artikel een vlot lopend rechtsverkeer dient (zie voetnoot 24), maar op deze conclusie dient mijns inziens een nuance te worden aangebracht. Men neme de (reeds in paragraaf 2.2 geschetste) casus waarin A een zaak ex art. 3:115 sub a levert aan C en vervolgens levert aan B, waarbij B wordt beschermd door art. 3:86 BW. De bescherming van een vlot lopend rechtsverkeer uit zich in de wens dat verkrijgers niet tot in de lengte der dagen kunnen worden geconfronteerd met een ongeldige overdracht die een kink in de kabel van aankomsttitels oplevert. B en C menen echter beide eigenaar te zijn geworden (hiervan kan al helemaal sprake zijn indien de bescherming van art. 3:86 BW van rechtswege werkt); het is daarom net zo waarschijnlijk dat C het goed nogmaals vervreemdt (bijvoorbeeld aan D) als dat B dit doet (bijvoorbeeld aan E). C kan dit echter niet succesvol doen, hetgeen voor C's 'rechtsoptvolgers' betekent dat er een kink in de kabel van aankomsttitels zit, juist dankzij de werking van art. 3:86 BW. Het is daarom mijns inziens juist om te redeneren dat B 'wint' van C omdat het – gezien de bezitssituatie – nu eenmaal billijker is om de eigendom aan B toe te kennen, en dat het om dezelfde reden billijker is om E te laten winnen van D. Het risico op een 'valse ketting' van rechtsoptvolgers is bijvoorbeeld bij art. 505 lid 3 Rv (maar ook bij andere rechtseconomische afwijkingen) aanzienlijk minder groot, omdat tussen het moment waarop de blokkerende werking van het beslag aanvangt en de executoriale verkoop een lange termijn zit waarin degene die vanwege art. 505 lid 3 Rv *toch* eigenaar is geworden, zich tegen de executie kan verzetten (art. 456 en 538 Rv). Uiteindelijk is het overigens niet bijzonder relevant wat nu precies het doel is van art. 3:86 BW. De conclusie dat de bescherming van verkrijgers van roerende zaken tegen 'beschikkingsonbevoegdheid' in het algemeen door billijkheidsargumenten en rechtseconomische argumenten kan worden verklaard en dat dus één van de componenten van deze bescherming werkt jegens verkrijgers (art. 3:86 BW) en de andere componenten werken jegens schuldeisers (art. 453a lid 2 Rv resp. art. 35 lid 3 Fw jo. 3:86 BW), blijft juist.

de *actio pauliana* – in principe een billijkheidsafwijking – ook tegen schuldeisers kan worden ingeroepen, is dat vanwege de benadeling een situatie dreigt waarin schuldeisers *zelfs* inzake hun belang bij *de waarde die het goed vertegenwoordigt* worden geschaad. Billijkheid ziet dan niet langer op de vraag aan wie het goed toekomt (de vraag die centraal staat in mijn analyse), maar de vraag hoe de waarde die het goed vertegenwoordigt, wordt verdeeld.

2.4 Afwijkingen in het belang van partijen bij een transactie; transactiezekerheden

Het idee achter transactiezekerheden is dat partijen bij een transactie hun verbintenisrechtelijke aanspraak op de prestatie van de ander een meer goederenrechtelijk karakter geven, en zich daardoor beschermd weten tegen derden wiens recht normaal gesproken zou prevaleren omdat deze derden hun recht eerder hebben geformaliseerd. Het meest exemplarische voorbeeld van een transactiezekerheid vormt de Vormerkung. De Vormerkung stelt B in staat om de koopovereenkomst in te schrijven hetgeen zijn recht op levering van het registergoed verzekert, zelfs indien A ná het inschrijven van de koopovereenkomst maar vóór de levering aan B het registergoed vervreemdt aan C, te maken krijgt met een beslag of faillieert.²⁷ Een verkocht registergoed waarbij sprake is van een Vormerkung valt wél in de failliete boedel. Echter, de curator *moet* leveren aan B: de beschikkingsonbevoegdheid van A die voortvloeit uit zijn faillissement kan A (A's curator) niet aan B tegenwerpen.²⁸ Een ander voorbeeld van een transactiezekerheid is de voorwaardelijke overdracht.²⁹ Bij een voorwaardelijke overdracht kan B de onvoorwaardelijke eigendom van het goed verwerven ondanks een eerdere vervreemding, beslag op het betreffende goed of faillissement van A, mits de verkrijging van de voorwaardelijke eigendom door B vóór deze belemmering heeft plaatsgehad.

Uiteraard zijn er belangrijke verschillen tussen de Vormerkung en de voorwaardelijke overdracht. Bij de Vormerkung is het niet geheel zuiver om het recht van de koper te kwalificeren als 'goederenrechtelijk'; de aanspraken van de koper worden slechts versterkt op een wijze die normaliter slechts toekomt aan rechthebbenden van een goederenrechtelijke aanspraak.³⁰ Bij de voorwaardelijke overdracht is dit anders; al bij de levering van de voorwaardelijke eigendom, verwerft de verkrijger een goederenrechtelijk recht waar

27 Uiteraard horen hierbij ook de andere rechtsfeiten en rechtshandelingen waartegen de koper wordt beschermd bij de Vormerkung (art. 7:3 lid 3 BW). Deze noem ik vanwege de leesbaarheid niet in de hoofdstekst.

28 S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'De Vormerkung en de gelijke behandeling van schuldeisers', *WPNR* 2004/6600, p. 938 en meer recentelijk H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties: overdracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 338 e.v.

29 Zie ook (in de context van vastgoedtransacties) L.A.G.M. van der Geld, I. Visser & L.C.A. Verstappen, 'Een alternatieve werkwijze voor de overdracht van onroerende zaken', *WPNR* 2016/7118.

30 H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties: overdracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 300 e.v.

niets ‘persoonlijks’ meer aan is.³¹ Gezegd kan zelfs worden dat bij de levering van de voorwaardelijke eigendom al sprake is van een formalisering. Indien men echter in het achterhoofd houdt dat de verkrijging van de onvoorwaardelijke eigendom het eindstation en daarom het beoogde uitgangspunt is, en men zich concentreert op de praktische uitwerking van de versterkte eigendomsverwachting van de koper, meen ik dat de Vormerkung en de voorwaardelijke overdracht wel degelijk onder dezelfde noemer (van transactie zekerheid) kunnen worden geanalyseerd.³² Gelet op het praktische effect van de zakelijke trekken die de aanspraak van de koper vertoont, maakt het niet uit of verkrijgers (als C) hun vermogensrechten of schuldeisers hun verhaalsobjecten kwijtraken omdat a) een (andere) schuldeiser separatist is, b) een verkrijger (als C) of de curator de latere (poging tot) vervreemding of het faillissement niet kan tegenwerpen aan verkrijger B (zoals bij de Vormerkung het geval is), of c) een goed überhaupt niet in het vermogen van de schuldenaar of de boedel valt (zoals de voorwaardelijke eigendom bij de voorwaardelijke overdracht) – het resultaat is voor de transactie zekerheidsgerechtigde en de derde partijen *de facto* steeds hetzelfde. Het enige praktische verschil is (in faillissement) dat bij een situatie als ad b de levering door de curator ná het faillissement moet plaatsvinden, terwijl bij situaties als ad c al een deel van het eigendomsrecht geleverd is vóór faillissement en nog slechts ‘de rest’ van het eigendomsrecht na het faillissement automatisch aan de verkrijger zal toekomen bij het vervullen van de voorwaarde (wederom zonder dat medewerking van de curator hiervoor vereist is). Ondanks de verschillen in juridisch-dogmatische techniek, functioneren deze transactie zekerheden qua derdenwerking vergelijkbaar.

2.5 *Tussenconclusie, rechtseconomisch- en billijkheidsperspectief*

De besproken afwijkingen en transactie zekerheden functioneren vergelijkbaar voor wat betreft hun goederenrechtelijke rechtsgevolgen; zij geven allen antwoord op de vraag wie, bij rivaliserende aanspraken, het goed krijgt en wie genoeg moet nemen met een schadevergoeding. Naar huidig recht kennen rechtseconomische afwijkingen doorgaans derdenwerking jegens schuldeisers (ten behoeve van verkrijgers) en kennen billijkheidsafwijkingen doorgaans derdenwerking jegens verkrijgers (ten behoeve van andere verkrijgers of schuldeisers) (zie, voor de ontwikkeling van deze hypothese, paragraaf 2.3). De transactie zekerheden (Vormerkung en voorwaardelijke overdracht) echter kennen derdenwerking tegen zowel verkrijgers als schuldeisers, hetgeen de vraag doet rijzen of het bestaan van transactie zekerheden – zoals mijn hypothese impliceert – zowel door

rechtseconomische argumenten als door billijkheidsargumenten kan worden gerechtvaardigd. Deze vraag wordt hieronder in bovengenoemde volgorde beantwoord.

Een van de speerpunten van de rechtseconomie vormt het idee dat het recht zodanig ingericht dient te zijn, dat dit leidt tot een zo hoog mogelijke maatschappelijke welvaart. Daaronder wordt verstaan dat de aanwezige goederen zodanig worden verdeeld, dat de persoon die het meeste nut haalt uit een goed degene moet zijn die het goed onder zich heeft. Dankzij de overdraagbaarheid van goederen, komen goederen uiteindelijk ook terecht bij deze persoon. Men neme het voorbeeld waarin A met een goed 500 euro winst behaalt gedurende de levensduur van het goed, maar B 600 euro. Ook al behoort dit goed initieel toe aan A, dankzij de overdraagbaarheid van het goed zal (mits A en B nutsmaximaliserend handelen) bij beiden de prikkel bestaan om, in ruil voor een koopsom van bijvoorbeeld 550 euro, het goed aan B over te dragen; A heeft dan 50 euro meer dan dat hij zou hebben gehad als hij het goed exploiteerde, en ook B gaat er 50 euro op vooruit (want hij betaalt 550 euro voor een goed waarmee hij 600 euro winst kan maken). Een transactie daadwerkelijk uitvoeren dient derhalve het economisch belang van beide partijen en de maatschappij in het algemeen. Echter, indien na het sluiten van de overeenkomst tussen A en B, C 650 euro biedt omdat C 700 euro winst kan maken met het goed, dan is de maatschappelijke welvaart niet langer het meest gebaat bij levering aan B; met het oog op maatschappelijke welvaart dient aan C geleverd te worden.³³ Levering aan B, die vervolgens doorlevert aan C, is ook een mogelijkheid om een efficiënte verdeling van goederen te bewerkstelligen, maar de verschillende tussenstations die het goed moet passeren en de noodzaak tot tweemaal onderhandelen zorgen voor transactiekosten, hetgeen uiteraard afbreuk doet aan de beoogde efficiëntie. Het rechtsverkeer is in deze context dus niet gebaat bij transactie zekerheden die, in afwijking van de vermoedelijke wil van A om aan C te leveren, de levering aan B secureren ten koste van C; de uitkomst zonder transactie zekerheden is, vanuit rechtseconomisch perspectief, bevredigender. Daarbij moet worden opgemerkt dat, zelfs indien A en B zeker zouden weten dat hun transactie zorgt voor de hoogste maatschappelijke welvaart omdat niemand meer rendement kan behalen met het verkochte goed dan B (hetgeen natuurlijk al discutabel is), ook dan vanuit rechtseconomisch perspectief geen belang bestaat bij transactie zekerheden, omdat B het zich dan kan veroorloven om van alle potentiële kopers de hoogste koopsom voor het goed

31 De verkrijger verkrijgt dan direct een recht dat onderworpen is aan dezelfde voorwaarde als waaronder de overdracht heeft plaatsgehad, art. 3:84 lid 4 BW. Zie E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbewijs* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 281 e.v.

32 Ook Bartels merkt op dat deze instrumenten vergelijkbare effecten hebben (S.E. Bartels, ‘Voorwaardelijke eigendom en relatieve beschikkingsbevoegdheid’, in: B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen & T.H.D. Struycken, *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 81 en 102).

33 Twee varianten zijn hier denkbaar. Ten eerste is het mogelijk dat de welvaartswinst voor A en C hoger is dan het welvaartsverlies van B. In dat geval is er sprake van een Hicks-Kaldor-verbetering, maar is er geen Pareto-verbetering. Echter, een Pareto-verbetering is terwege aanwezig als B volledig wordt gecompenseerd door A voor de niet nakoming waardoor B per saldo geen welvaartsverlies lijdt (mits C dermate méér biedt dat dit voor A nog steeds welvaartswinst oplevert). Naar bestaand Nederlands recht moet, indien A toerekenbaar tekortkomt jegens B, A het positieve contractsbelang vergoeden (zie voetnoot 4), zodat B doorgaans geen welvaartsverlies zal lijden en dus sprake zal zijn van een Pareto-verbetering. Zie B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en Efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 128.

te betalen waardoor A (ook zonder transactie zekerheid) aan B wil leveren. Het argument dat levering aan C zorgt voor geschaad vertrouwen van (in bovengenoemd voorbeeld) B hetgeen leidt tot extra transactiekosten, gaat mijns inziens niet op; de mogelijkheid van geschaad vertrouwen is nu eenmaal inherent aan een niet-consensueel systeem van overdracht (het onderscheid tussen koop en levering), en doet zich daarom bijvoorbeeld óók voor indien wél sprake is van een transactie zekerheid ten gunste van B, met dien verstande dat dan wanprestatie wordt gepleegd jegens C en dus C degene is wiens vertrouwen wordt geschaad. Overigens kan wellicht wel plaats zijn voor een afwijking of transactie zekerheid uit billijkheidsoverwegingen; zie daarover alinea 4 van deze paragraaf.

Ook het belang tot het verhalen van vorderingen op het vermogen van een schuldenaar kent een rechtseconomische insteek. In het bijzonder executoriale verhaalsbeslagleggers hebben in de regel al té lang op hun geld gewacht, dus van hen kan niet worden verwacht dat ze nóg langer wachten omdat A toevallig zijn goed in de toekomst gaat leveren aan B. Het recht dient schuldeisers van instrumenten te voorzien om hun vorderingen te verhalen op het vermogen van de schuldenaar als hij niet vrijwillig betaalt.³⁴ Toch zien we dat, bij rechtseconomische transactie zekerheden, het belang van een vlot lopend rechtsverkeer blijkbaar belangrijker is dan het belang dat schuldeisers succesvol verhaal uitoefenen (zie bijv. art. 505 lid 3 Rv). De rechtvaardiging hiervan zit hem – zoals reeds vermeld – erin dat koper B belang heeft bij dat specifieke goed, terwijl verhaalzoekende schuldeisers slechts belang hebben bij de waarde die het goed vertegenwoordigt. Zolang die waarde aan schuldeisers toekomt, is er geen reden om B's recht op levering niet te honoreren. Deze aanpak brengt – naast de duidelijke voordelen voor de beoogd verkrijger – ook voordelen voor verhaalzoekende schuldeisers met zich: de koopsom is in de regel hoger dan de executiewaarde en vormt bovendien een gemakkelijker verhaalsobject,³⁵ omdat deze zich direct laat verdelen onder crediteuren in plaats van dat deze – zoals een goed – eerst nog openbaar moet worden verkocht met inachtneming van de regels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit resultaat kan, in geval van faillissement, ook worden bereikt doordat de curator beslist de overeenkomst gestand te doen, maar dit vormt een juridische omweg met de bijbehorende onzekerheid en transactiekosten.

Bij afwijkingen met een billijkheidsachtergrond is, zoals vermeld, steeds sprake van subjectieve criteria die zien op de 'kwade wil' van een van de betrokken personen, waardoor een afwijking van de basisregel van beschikkingsbevoegdheid/uitwinbaarheid (wie het eerst komt, wie het eerst maalt) wordt gerechtvaardigd. De afwijking bestaat

eruit dat het goed alsnog toekomt aan B (bijvoorbeeld als eerste koper) of schuldeiser(s), nadat C onrechtmatig of paulianeus heeft gehandeld (of dreigt te handelen, indien de notaris moet dienstweigeren). Bij deze billijkheidsafwijkingen is het bovendien zo, dat de derdenwerking zich doorgaans richt tegen een verkrijger (en niet jegens schuldeisers); hiervan is sprake bij de besproken billijkheidsafwijkingen, te weten de actio pauliana, de Bos/Van den Bosch-doctrine, de vanwege deze leerstukken dienstweigerende notaris en art. 3:86 BW. De Vormerkung en de voorwaardelijke overdracht vormen uitzonderingen hierop. Beide instrumenten kunnen wel degelijk effect sorteren jegens verkrijgers (zie voor de Vormerkung: art. 7:3 lid 3 sub a en b), maar ontberen subjectieve criteria zoals 'toerekenbaarheid' of 'wetenschap van benadeling'. Dit brengt met zich dat de afwijkende verdeling van goederen die de Vormerkung bewerkstelligt niet per se het meest billijk is, hetgeen ik zal illustreren. Het enige vereiste dat de Vormerkung stelt is het (als eerste) inschrijven van de koopovereenkomst. Wie van twee kopers als eerste de koopovereenkomst inschrijft, heeft weinig ethische significantie en is derhalve niet per se een billijke manier om te beslissen wie het goed krijgt en jegens wie wanprestatie wordt gepleegd. In de literatuur is meerdere malen opgemerkt dat de Vormerkung een nuttige functie vervult in de context van een dubbele verkoop,³⁶ en dat de Vormerkung bijvoorbeeld handig is voor een "consument die in een (wellicht krappe) markt erin is geslaagd, een hem passende woning te kopen",³⁷ maar het is net zo waarschijnlijk (sterker nog; wellicht nog waarschijnlijker) dat een grote beleggingsmaatschappij dezelfde woning koopt, de koopovereenkomst (eerder) inschrijft en zodoende de woning 'wegkaapt' voor de consument. Voor de voorwaardelijke overdracht geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. Hier komt bij dat de derdenwerking van een afwijking/transactie zekerheid ten koste van een verkrijger ten gunste van een andere verkrijger (bijvoorbeeld het doen prevaleren van B's recht boven dat van C, terwijl A liever aan C wil leveren omdat C meer betaalt), onwenselijk is vanuit rechtseconomisch perspectief (zie alinea 2 van deze paragraaf). Met andere woorden; transactie zekerheden laten zich moeilijk verklaren vanuit rechtseconomische argumenten of billijkheidsargumenten, voor zover zij werking hebben jegens verkrijgers. Men mag echter niet uit het achterhoofd verliezen dat deze argumenten tegen de Vormerkung en de voorwaardelijke overdracht louter zien op de werking van deze instrumenten jegens verkrijgers; bij een conflict tussen verkrijgers en schuldeisers kunnen transactie zekerheden juist een nuttige functie vervullen.

34 Zie (in de context van overeenkomsten) B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en Efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 111.

35 In het geval dat de koopsom lager is dan de executiewaarde, kunnen schuldeisers (of de curator namens deze schuldeisers) de transactie in voorkomende gevallen aanvechten met een beroep op de (faillissements) pauliana.

36 Huijgen spreekt, in de context van de Vormerkung, over het 'gevaar' van een dubbele verkoop (W.G. Huijgen, 'Aanvulling Boek 7 nieuw BW met koop en huurkoop van onroerende zaken en aanneming van werk', *BR* 2002, p. 1003 e.v.) en ook in S.E. Bartels, 'Over de wenselijkheid van de Nederlandse "Vormerkung" en de werking ervan in meerpartijenverhoudingen (I)', *WPNR* 1996/6212, p. 123 wordt de Vormerkung genoemd als 'oplossing' voor het 'risico' van een dubbele verkoop.

37 H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties: overdracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 301.

3. Transactiezekerheden en het voorkomen van insolventierisico's

3.1 *Gelijk oversteken*

De notaris heeft bij registergoederen- en aandelentransacties een verstrekkende zorgplicht om het insolventierisico voor beide partijen te mitigeren (art. 11 Verordening Beroeps- en gedragsregels notariaat). De notaris dient deze zorgplicht na te komen door ervoor te zorgen dat partijen bij de uitvoering van wederkerige overeenkomsten 'gelijk oversteken', met andere woorden; ervoor zorgen dat prestatie en wederprestatie simultaan plaatsvinden.³⁸ Zoals ik echter heb betoogd, kan gelijk oversteken bij transacties waarbij de notaris betrokken is, moeilijk daadwerkelijk worden verwezenlijkt in het huidige Nederlandse privaatrecht.³⁹ Overigens verdient opmerking dat het beoogde resultaat van gelijk oversteken – een *eerlijke* oversteek waarin beide partijen volledig presteren – in de praktijk doorgaans wel degelijk wordt verwezenlijkt, bijvoorbeeld door het gebruik van een voorwaarde.⁴⁰

Het gegeven dat gelijk oversteken moeilijk daadwerkelijk kan worden verwezenlijkt is niet het enige nadeel van gelijk oversteken ten opzichte van de techniek van transactiezekerheden. Het tweede 'probleem' van gelijk oversteken is dat, zelfs indien het mogelijk is om het te verwezenlijken, het slechts beperkt beschermt tegen het insolventierisico. Mocht een der partijen failleren alvorens de gelijke oversteek heeft plaatsgevonden, dan vindt de transactie niet plaats. Gelijk oversteken is in dit geval nuttig om te verzekeren dat de wederpartij van de failliet niet al heeft gepresteerd. Echter, het ontvangen van de door de failliet beloofde prestatie is na het faillissement onmogelijk. Gelijk oversteken zorgt ervoor dat partijen, in het geval van faillissement, in de vermogensrechtelijke positie blijven die zij hadden voordat de transactie plaats had moeten vinden. Transactiezekerheden beschermen in hogere mate tegen het faillissementsrisico, door te verzekeren dat de transactie juist wél doorgang vindt ondanks het faillissement van de schuldenaar, mits de transactiezekerheid is gevestigd vóór het faillissement. Transactiezekerheden hebben zodoende vooral een meerwaarde voor de koper bij te verwerven goederen die uniek zijn (men denke aan een huis met gunstige ligging, zoals vermeld in de inleiding van dit stuk), waarbij – met andere woorden – instandhouding van de vermogensrechtelijke positie van vóór de transactie, eventueel in combinatie met een schadevergoedingsvordering, aanzienlijk minder bevredigend is voor de koper dan het gekochte goed zelf. Transactiezekerheden moeten daarom ook worden onderscheiden van 'slechts' het hebben van een goederenrechtelijke aanspraak inzake een transactie, bijvoorbeeld door het versterken van een

schadevergoedingsvordering uit wanprestatie met een zekerheidsrecht. Het gaat bij transactiezekerheden om de uit de oorspronkelijke rechtsverhouding voortvloeiende verbintenis (bij de koop van een goed: de overdracht van dit goed) zelf. Ten derde vergt gelijk oversteken de betrokkenheid van een jurist als de notaris – immers, kennis van het privaatrecht is vereist om het moment van overdracht (en dus wederprestatie) te bepalen. Transactiezekerheden kunnen ook van rechtswege in het leven worden geroepen. Dit is niet het geval bij Nederlandse transactiezekerheden, te weten de Vormerkung en de voorwaardelijke overdracht, maar wel bij de andere in paragraaf 2.1 en 2.2 besproken afwijkingen. Bovendien komt het in andere jurisdicties dan de onze regelmatig voor dat transactiezekerheden worden geacht aanwezig te zijn, zonder dat partijen deze expliciet hebben beoogd. Een voorbeeld hiervan vormt de Engelse *Vendor Purchaser Constructive Trust* (zie paragraaf 4). Dit betekent dat de betrokkenheid van een juridisch dienstverlener niet nodig is om tot een eerlijke oversteek te komen, hetgeen maakt dat de techniek van transactiezekerheden te prefereren valt indien sprake is van transacties waarbij (in de regel) geen juridisch dienstverlener betrokken is. Echter, ook indien de transactie wel degelijk de tussenkomst van een dienstverlener (zoals de notaris) vergt, hebben transactiezekerheden een belangrijk voordeel. Wanneer bij een transactie wordt vertrouwd op gelijk oversteken, dient de Nederlandse notaris vlak voor de overdracht te onderzoeken of de vervreemder nog wel beschikkingsbevoegd is (herrecherche) en wordt een dag na de overdracht bekeken of bij de vervreemder vlak voor de overdracht geen belemmering inzake de beschikkingsbevoegdheid heeft plaatsgevonden (narecherche).⁴¹ Deze reches kosten tijd en vormen derhalve een bron van transactiekosten. Bij transactiezekerheden heeft bijvoorbeeld het faillissement geen invloed meer op de overdracht, zodat tijd en geld zouden kunnen worden bespaard omdat reches in principe niet of minder omvangrijk zouden kunnen worden uitgevoerd.⁴²

3.2 *De notariële kwaliteitsrekening*

Tot dusver zijn afwijkingen en transactiezekerheden geanalyseerd vanuit het perspectief van de koper en zijn recht op levering van een goed. De verkoper kent uiteraard een soortgelijk belang – ook de verkoper wil voorkomen dat hij levert, maar vervolgens nooit de koopprijs ontvangt. Bij transacties waarbij de notaris betrokken is, wordt deze wens verwezenlijkt door middel van betaling via de notariële kwaliteitsrekening. Enkele dagen voordat de levering van een registergoed plaatsvindt,⁴³ stort de koper de

38 HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56, m.nt. W.M. Kleijn (*Baarns beslag*).

39 T.J. Bos, 'Gelijk oversteken in het notariaat', in: *Financiële zorgplicht van de notaris* (Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2018), Den Haag: SDU 2018, p. 44 e.v. Zie ook M.J.G.C. Raaijmakers & L.C.A. Verstappen, *Onderneming en overdracht onder algemene titel* (preadvies Vereniging Handelsrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 2002, p. 114.

40 Zie hierover de publicaties van Van Druenen, met name M.M.G.B. van Druenen, *Faillissement en beslag bij vastgoedtransacties* (Ars Notariatus 170), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

41 Zie het Reglement rechercheren registergoederen en de Beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden van de KNB.

42 Zo ook H.M.I.Th. Breedveld & L.W. Keltman, 'De beleidsregel uitbetaling gelden: praktisch (on)mogelijk', *WPNR* 2007/6729, p. 916. Overigens kent het Reglement rechercheren registergoederen (toelichting) bij plaatsing van een Vormerkung *alsnog* de aanbeveling om een her- en narecherche te verrichten. Dit geschiedt echter om praktische redenen, namelijk het zo spoedig mogelijk op de hoogste stellen van de curator dat deze moet meewerken aan levering.

43 Het komt ook voor dat het storten van de koopsom plaatsvindt op de dag van de overdracht zelf, of juist enkele weken/maanden van tevoren.

koopsom op de kwaliteitsrekening van de notaris (art. 7:26 lid 3 BW). Het geld blijft echter altijd van de koper en/of verkoper (art. 25 lid 3 Wna); de notaris wordt zelf nooit gerechtigd tot de gelden.⁴⁴ Bovendien kunnen de gerechtigden tot de gelden op de kwaliteitsrekening in beginsel op ieder moment uitkering van hun aandeel verlangen, voor zover uit de aard van hun recht niet anders voortvloeit (art. 25 lid 4 Wna). Dit zou met zich brengen dat, tot het moment van overdracht, de koper uitkering van het door hem gestorte bedrag kan verlangen en dat schuldeisers (eventueel in het kader van faillissement) zich tot de overdracht succesvol kunnen verhalen op de koopsom. Deze conclusie is niet zo heel gek; immers, voor de hier tegenoverstaande verbintenis (de overdracht van het goed) geldt (zonder gevestigde Vormerkung of reeds verrichte voorwaardelijke overdracht) hetzelfde. Een beslag op het goed gelegd vóór de overdracht, of een faillissement van de verkoper op de dag van de overdracht, zorgt ervoor dat de verkoper beschikkingsonbevoegd is ten tijde van de overdracht, en dat daarom – mits de reeds besproken uitzonderingen van art. 505 lid 3 Rv en art. 3:24 BW niet van toepassing zijn – geen overdracht plaatsvindt. In de literatuur wordt het echter wenselijker geacht om de verkoper een verstrekkender mate van bescherming te bieden; de verkoper is niet alleen in staat om gerechtigd te blijven tot het verkochte goed indien vlak voor de overdracht verhaal wordt gezocht op de onder de notaris gestorte koopsom (de uitkomst van louter ‘gelijk oversteken’), maar de transactie gaat desondanks *door* en de verkoper ontvangt de koopsom. Teneinde dit te bereiken wordt aangenomen dat ook de kwaliteitsrekening een afwijking of transactie zekerheid behelst. Er zijn uiteenlopende opvattingen over de precieze theoretische constructie en/of het moment waarop de verkoper profiteert van deze transactie zekerheid, maar verreweg de meeste auteurs zijn het erover eens dat vanaf de dag van de overdracht (0.00u) de koper geen (terug)storting van de koopsom kan verlangen en dat het geld vanaf datzelfde moment ook buiten het bereik van schuldeisers van de koper valt, terwijl op dat moment nog geen overdracht heeft plaatsgevonden en dus ook de verkoper niet tot dat geld gerechtigd kan zijn.⁴⁵ In het geval

een deel van de koopsom als waarborgsom is gestort geldt bovendien dat het als waarborgsom bedoelde aandeel van de koopsom, vanaf het moment van storten (dus mogelijk aanzienlijk eerder dan 0.00u van de dag van overdracht), ook functioneert als transactie zekerheid ten gunste van de verkoper.⁴⁶

4. Rechtsvergelijkend perspectief; de VPCT

Bij de analyse van afwijkingen/transactie zekerheden vallen drie zaken op. Ten eerste vormt het Nederlandse stelsel nogal een lappendeken, in die zin dat de ratio achter afwijkingen en transactie zekerheden – omwille van rechtseconomische- of billijkheidsargumenten een alternatieve verdeling van goederen bewerkstelligen – wordt belichaamd door vele instrumenten die op verschillende wijzen functioneren en verschillende maatstaven hanteren. Ten tweede springt de reikwijdte van transactie zekerheden in het oog. De meest exemplarische transactie zekerheid – de Vormerkung – kan bijvoorbeeld slechts worden ingezet bij de *koop* van *registergoederen*. In de memorie van toelichting wordt weliswaar erkend dat kopers in algemene zin bescherming verdienen bij hun belang op nakoming, maar toch wordt deze bescherming beperkt tot (de koop van) registergoederen zonder bij andere typen goederen stil te staan. Ook andere goederenrechtelijke beschikkingshandelingen zoals het vestigen van een hypotheekrecht, kunnen niet worden veiliggesteld met een Vormerkung, terwijl hypothecaire financiering in de praktijk vaak vereist is om de overdracht van het registergoed zelf tot stand te laten komen. Ook biedt de Vormerkung geen soelaas voor degene die een andere wederprestatie dan geld voor het registergoed accepteert (ondanks art. 7:50 BW) en degene die – in plaats van het registergoed zelf – aandelen ontvangt in een kapitaalvennootschap die gerechtigd is tot het registergoed. Zeker bij de laatste situatie, waarbij de verkrijger van de aandelen in economische/praktische zin toch een met eigendom vergelijkbare positie verwerft ten aanzien van de zaak, voelt de beperking tot onroerende zaken merkwaardig. Bovendien is goed denkbaar dat andere goederen, zoals intellectuele eigendomsrechten, tegenwoordig in de bedrijfsvoering een minstens zo belangrijke rol vervullen als registergoederen: waarom kan de koper van dergelijke rechten geen beroep doen op de bescherming van de Vormerkung? Ten derde vormt ook een opmerkelijke eigenschap dat de rechtseconomische rechtvaardiging voor afwijkingen of transactie zekerheden het sterkst is indien het belang van een verkrijger wordt beschermd ten koste van een verhaalzoekende schuldeiser i.p.v. jegens een verkrijger (zie paragraaf 2.3 en 2.5), maar dat de meest exemplarische transactie zekerheid – de Vormerkung – in zijn derdenwerking geen verschil maakt tussen verkrijgers (art. 7:3 lid 3 sub a en b BW) en verhaalzoekende schuldeisers (art. 7:3 lid 3 sub f en g BW), terwijl ook billijkheidsargumenten niet de werking jegens andere verkrijgers bevredigend kunnen verklaren.

44 Zie ook rechtbank Midden-Nederland 10 september 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4705, waarin werd bepaald dat in beginsel slechts koper en verkoper de rechthebbenden zijn in de zin van art. 25 lid 3 Wna. Andere bij de transactie betrokken partijen, zoals de dienst voor het Kadaster, kwalificeren niet als zodanig.

45 Wolfert meent bijvoorbeeld dat van een ‘zwevend vermogen’ (waarvan sprake is indien het geld zowel buiten bereik van schuldeisers van de koper als van de verkoper is), geen sprake zou mogen zijn, zie E. Wolfert, *De kwaliteitsrekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007, p. 42. In deze opvatting behelst de kwaliteitsrekening geen afwijking of transactie zekerheid. Van Drunen neemt daarentegen aan dat, indien de koopprijs enkele dagen vóór de levering wordt gestort, vanaf het moment van storting de koper de koopsom niet kan terugvorderen en schuldeisers van de koper geen beslag kunnen leggen op de koopsom. Zie M.M.G.B. van Drunen, *Faillissement en beslag bij vastgoedtransacties* (Ars Notariatus 170), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 56. Ook Steneker meent dat vanaf het moment van storting door de koper, het terugvorderen van de koopsom (en het uitoefenen van verhaal hierop door schuldeisers van de koper) niet langer mogelijk is, zie A. Steneker ‘Opschorting van uitbetaling’, in: *Financiële zorgplicht van de notaris* (Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2018), Den Haag: SDU 2018, p. 69 e.v. De twee laatstgenoemde opvattingen resulteren wel degelijk in een transactie zekerheid ten gunste van de verkoper.

46 H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties: overdracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 213.

Het probleem dat afwijkingen en transactiezekerheden proberen op te lossen niet uniek is voor Nederlands recht; ook andere jurisdicties hebben geworsteld met de vraag onder welke omstandigheden een transactie doorgang zou moeten vinden vanwege rechtseconomische- of billijkheidsargumenten, ten koste van bijvoorbeeld andere verkrijgers en/of schuldeisers. Deze paragraaf behandelt de oplossing die het Engelse recht voor dit probleem heeft ontwikkeld, te weten de *Vendor Purchaser Constructive Trust* (hierna: VPCT). Paragraaf 4.1 analyseert deze rechtsfiguur en paragraaf 4.2 benadrukt hoe de VPCT een alternatieve oplossingsrichting biedt voor de hierboven gesignaleerde eigenaardigheden.

4.1 Introductie VPCT

De figuur van de VPCT is gegrond op het gegeven dat men in Engeland, naast de *common law*, ook *equity* als rechtsbron kent. *Equity* functioneert door middel van zogenaamde *maxims of equity*. In 1876 werd, aan de hand van de *maxim* ‘*equity considers as done which ought to be done*’, de basis gelegd voor de VPCT-doctrine. In het arrest *Lysaght v Edwards* werd namelijk bepaald dat:⁴⁷

“(...) the moment you have a valid contract for sale the vendor becomes in equity a trustee for the purchaser of the estate sold, and the beneficial ownership passes to the purchaser (...)”

Om de betekenis van deze zinsnede te doorgronden, is het belangrijk om eerst kort stil te staan bij het instrument van de *trust*.⁴⁸ De *trust* komt voort uit het *equity*recht en wordt traditioneel aangeduid als een instrument dat een onderscheid maakt tussen macht en belang. De persoon die de macht over het goed heeft en de eigenaar in formele zin is, heet de *trustee*. De persoon die het belang heeft, heet de *beneficiary*. De *beneficiary* kan zijn aanspraken op een goed geldend maken naar *equity*recht: in die zin vloeit het bestaan van de *trust* dus voort uit deze rechtsbron. Van de *trustee* wordt wel gezegd dat deze de *legal title* tot het goed heeft, terwijl de *equitable title* aan de *beneficiary* toebehoort. *Trusts* kunnen worden ingesteld door partijen, maar kunnen ook ontstaan van rechtswege: laatstgenoemde *trusts* worden aangeduid als *constructive trusts*. Het bijzondere van de *trust*figuur is dat zij goederenrechtelijke trekken kent.⁴⁹ Zo hoeft de *beneficiary* zich niets aan te trekken van schuldeisers van de *trustee*: deze kunnen zich niet verhalen op de goederen die onder het *trust*vermogen van de *trustee*

vallen. Bovendien kent de aanspraak van een *beneficiary* zaaksgevolg: ook al draagt de *trustee* de *trust*goederen over aan een derde, de *beneficiary* kan zijn *equitable interest* ook doen gelden jegens deze derden, tenzij deze derde een *bonafide* verkrijger is die *for valuable consideration* (een redelijke tegenprestatie) het goed overneemt: in dat geval verkrijgt deze derde het goed zonder dat daarop nog de *equitable interest* ten behoeve van de *beneficiary* rust.⁵⁰

Inmiddels beginnen wij de contouren te zien van een afwijking of transactiezekerheid. Omdat A had moeten leveren aan B maar dit niet heeft gedaan, beschermt *equity* B door – gevolg gevend aan het principe dat *equity* doet alsof de levering reeds heeft plaatsgevonden omdat dit eigenlijk al had moeten gebeuren – B een *equitable (trust) interest* toe te kennen in het verkochte goed. Deze *trust* heeft goederenrechtelijke trekken en beschermt B zodoende tegen aanspraken van derden zoals andere verkrijgers en verhaalozoekende schuldeisers.⁵¹ Hiermee zijn we er echter nog niet: alvorens sprake kan zijn van een *equitable interest* ten gunste van B, dient voldaan te zijn aan het vereiste van *specific performance*. Een tweede belangrijke vaststelling is dat de bescherming voor *bonafide* verkrijgers in de praktijk anders werkt bij verschillende typen goederen. Ten derde verdient aandacht dat de VPCT een sterker recht verschaft tegen verhaalozoekende schuldeisers dan tegen andere verkrijgers. De volgende drie subparagrafen staan kort stil bij deze elementen.

4.1.1 *Specific performance*

Specific performance is een voorwaarde voor de VPCT die, naarmate de transactie vordert, in steeds grotere mate wordt vervuld. Het is in wezen een processuele actie die het *equity*recht onder omstandigheden biedt aan een beoogd verkrijger om het beloofde goed daadwerkelijk te verwerven. De *common law* biedt deze verkrijger van oudsher namelijk slechts de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding in geld (*damages for breach of contract*).⁵² De processuele actie uit het *equity*recht brengt echter belangrijke materieelrechtelijke gevolgen met zich. In de eerste fase van de transactie sluiten A en B een koopovereenkomst. *Specific performance* (meer precies: het kunnen afdwingen

47 *Lysaght v Edwards* [1876] 2 Ch D 499, p. 506.

48 De VPCT vormt bepaald geen eenvoudig leerstuk. Anglo-Amerikaanse academici (andere Anglo-Amerikaanse jurisdicties kennen dit leerstuk ook) hebben dikwijls opgemerkt dat de doctrine verwarrend is (D.W.M. Waters, *The Constructive Trust: The Case for a New Approach in English Law*, London: Athlone 1964, p. 7487) en zelfs moet worden afgeschaft (W. Swadling, ‘The Vendor-Purchaser Constructive Trust’, in: S. Degeling & J. Edelman, *Equity in Commercial Law*, Sydney: Lawbook co. 2005, p. 488). De behandeling van het leerstuk in deze paragraaf kent daarom soms een vereenvoudigde weergave van de gecompliceerde dogmatische werkelijkheid. Voor een meer volledige behandeling, zie: P.G. Turner, *Equitable Rights Arising from Specifically Enforceable Contracts* (diss. Cambridge), 2010.

49 Zie ook Uniken Venema-Zwalve, *Common Law & Civil Law*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 298 e.v.

50 Echter, zelfs indien op deze wijze de aanspraak van de *beneficiary* teniet gaat, staat de *beneficiary* nog een ander instrument ten dienste: de (in het geval van een koopovereenkomst) koopprijs die de *trustee* ontvangt in ruil voor het verkopen van het goed, is dankzij het leerstuk genaamd *tracing* mogelijk(erwijs) afhankelijk van de omstandigheden van het geval) onderhevig aan een goederenrechtelijke aanspraak van de *beneficiary*. In hoeverre de aanspraak een goederenrechtelijk karakter heeft is afhankelijk van de vraag in hoeverre het in de plaats getreden goed (de koopprijs) (nog) identificeerbaar is. Zie hierover D. Fox, *Property Rights in Money*, Oxford: Oxford University Press 2008 en S. Worthington, *Equity*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 88.

51 Overigens dient de VPCT veel meer doelen dan het beschermen van B's recht op levering tegen derden. Het leerstuk wordt bijvoorbeeld ook gebruikt om B aanspraak te geven op de opbrengst van huurvorderingen, in het geval deze opbrengst eigenlijk al aan B had moeten toekomen maar dit niet het geval is omdat A verzuimd heeft het verhuurde goed op tijd over te dragen.

52 B. Häcker, ‘Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im Englischen Recht – dargestellt anhand der Übereignung’, *ZEuP* 2011, p. 343.

van *specific performance* naar *equity*) is dan in beginsel nog niet aanwezig, omdat de verkoper doorgaans niet direct hoeft te leveren: in plaats daarvan zal vaak een later tijdstip zijn afgesproken voor levering. Dit volgt bovendien uit '*equity considers as done which ought to be done*': op het moment dat A en B de koopovereenkomst sluiten, kan nog niet worden gezegd dat A al aan B had moeten leveren. Echter, de VPCT zorgt er toch voor dat het verkochte goed goederenrechtelijk wordt 'geconserveerd' voor de latere levering aan B. In deze eerste fase wordt aangenomen dat in latere fasen van de transactie wel degelijk *specific performance* aanwezig zal zijn en wordt hierop geanticipeerd; slechts is, in de eerste fase, vereist dat a) de overeenkomst geldig is, b) een redelijke tegenprestatie is bedongen en c) het verkochte goed 'uniek' is.⁵³ Als aan deze vereisten is voldaan, ontstaat vanaf de eerste fase al een *equitable interest* ten behoeve van B. Deze *equitable interest* groeit, naarmate de transactie in de volgende fase belandt, uit tot een steeds sterker recht en eindigt uiteindelijk – indien A al had moeten leveren aan B, en B kan bewijzen dat hij de koopprijs heeft betaald of kan bewijzen dat hij *ready, willing and able* is om deze te betalen – in *equitable ownership*. Vanaf dit moment rusten op A alle verplichtingen die een *trustee* heeft jegens de *beneficiary* B. Hieronder valt bijvoorbeeld de verplichting om de huurwinst aan B af te dragen (zie voetnoot 50), en de verplichting om het goed te verzekeren tegen tenietgaan. Echter, ook de eerste fase, waarin slechts de (lichtst mogelijke) *equitable interest* ten behoeve van B ontstaat, is voldoende om B goederenrechtelijke bescherming toe te kennen zoals beschreven in de paragraaf hierboven.

Een bijzonder element waar nog bij moet worden stilgestaan, vormt het vereiste dat het verkochte goed 'uniek' moet zijn. De maatstaf voor de vraag of een goed uniek is, luidt of schadevergoeding (in geld) een adequate remedie zou vormen. Dit is het geval indien een goed gemakkelijk te verkrijgen is op de markt. Onroerend goed is van oudsher een goed dat uniek genoeg is, omdat het per definitie onmogelijk is om op de markt dezelfde onroerende zaak te verkrijgen. Ook aandelen in besloten vennootschappen kwalificeren als uniek. Aandelen in beursgenoteerde vennootschappen echter kwalificeren niet als zodanig; voor deze aandelen vormt schadevergoeding een adequate remedie, omdat met het geld andere aandelen in dezelfde vennootschap kunnen worden gekocht. Beargumenteerd zou kunnen worden dat schadevergoeding geen adequate remedie vormt indien de verkoper insolvent is, omdat in een dergelijke situatie de schadevergoeding niet of niet volledig daadwerkelijk zal worden betaald. Dit is echter geen geldend recht.⁵⁴

53 P.G. Turner, 'Understanding the Vendor Purchaser Constructive Trust', *LQR* 2012, p.590.

54 S. Worthington, 'Proprietary remedies and insolvency policy: the need for a new approach', in: J. Lowry & L. Mistelis, *Commercial Law: Perspectives and Practice*, London: LexisNexis Butterworths 2006, p. 200.

4.1.2 *Bonafide verkrijger: type goed*

Net zoals het Nederlandse recht in art. 3:23 en 3:24 BW een speciale regeling kent voor derdenbescherming bij registergoederen (naast de meer algemene regeling van art. 3:86 en 3:88 BW), kent het Engelse recht sinds 1925 voor onroerende zaken een aparte regeling van deze materie in de *Land Registration Act* (de meeste recente versie van deze wet stamt uit 2002), namelijk de artikelen 28 t/m 33. Deze artikelen bevatten kort gezegd de regeling die ook het Nederlandse recht kent: hetgeen is ingeschreven heeft derdenwerking, hetgeen niet is ingeschreven ontbeert dit effect.⁵⁵ Het enige relevante verschil met het Nederlandse recht is dat ook de *equitable interest* een inschrijfbaar feit oplevert: de *equitable interest* van de koper in het geval van koop van onroerend goed lijkt zodoende op de Vormerkung.

Voor andere goederen dan land (bijvoorbeeld intellectuele eigendomsrechten of aandelen in vennootschappen) echter, geldt nog het systeem van vóór 1925: de *equitable interest* heeft derdenwerking, tenzij de derde verkrijger *bonafide* is (en een redelijke tegenprestatie verschaft). Omdat voor bovengenoemde typen goederen geen register bestaat waaruit de rechtstoestand blijkt, is B's goederenrechtelijke aanspraak in het gekochte goed afhankelijk van het gegeven of C toevallig weet heeft van B's aanspraak. In deze context moet worden opgemerkt dat de bewijslast op C rust – deze moet bewijzen dat hij geen weet heeft van B's *equitable* aanspraak en bovendien geen reden heeft om nader onderzoek te doen (vergelijk art. 3:11 BW).⁵⁶ Echter, C mag er in beginsel van uitgaan dat hij met eerlijke mensen handelt (en dus niet met een A die het goed eerder verkocht heeft aan B).⁵⁷ Bovengenoemde doctrine geldt overigens niet voor roerende zaken; daarvoor kent het Engelse recht de *Sale of Goods Act*, waarin een afzonderlijke regeling is opgenomen voor (onder meer) de overdracht van roerende zaken. De heersende opvatting is dat de *Sale of Goods Act* een uitputtende regeling vormt, en dat zodoende in die context geen sprake kan zijn van *equitable interests*.⁵⁸

4.1.3 *Werking jegens derden: onderscheid verkrijgers en crediteuren*

Zoals blijkt uit de voorgaande paragraaf gaat de *equitable interest* van de *beneficiary* teniet, indien de verkochte zaak

55 In het achterhoofd moet worden gehouden dat deze zinsnede een wel erg gesimplificeerde weergave van de vermogensrechtelijke werkelijkheid vormt; niet inschrijfbaar feiten zoals retentierechten hebben onder omstandigheden ook derdenwerking, en ook wetenschap van rechten bij derden kan *de facto* derdenwerking van deze rechten opleveren (de "tenzij hij het kende" in art. 3:24 BW).

56 Zie ook A. Knigge, 'Het Haags Trustverdrag (1985)', *TVVS* 1994, 41, par 4.7.

57 *Macmillan Inc v Bishopsgate Investment Trust plc (no. 3)* [1995] 1 *WLR*, p. 1014.

58 I.J. Hardingham, 'Equitable Liens for the Recovery of Purchase Money', *MULR* (15)1985, p. 74. Dit is overigens ook minder noodzakelijk, omdat de *Sale of Goods Act* een meer consensueel systeem van overdracht kent voor roerende zaken: partijen mogen zelf kiezen wanneer de eigendom van een goed verspringt naar de koper, en in het geval in rechte geen aanknopingspunt valt te vinden voor de vraag wanneer dit zich voordoet, wordt de zaak geacht te zijn overgedragen bij het sluiten van de koopovereenkomst (zie art. 17 van de Act).

wordt verkregen door een *bona fide purchaser for valuable consideration*. In de praktijk brengt dit met zich dat derde verkrijgers – indien zij geen reden tot twijfel hebben – het goed zonder de *equitable interest* verkrijgen, hetgeen de bescherming van de VPCT voor de koper doet inboeten aan kracht. Dit is logisch: derde verkrijgers kunnen het goed binnen een tijdsbestek van enkele dagen nogmaals overdragen of bezwaren, en de mogelijkheid dat een niet-gepubliceerde aanspraak van B tot in de lengte van de dagen rechtsverkrijgers bedreigt is zonder meer onwenselijk. Echter, B's *equitable interest* levert terdege een onaantastbare hindernis op voor verhaalzoekende crediteuren en/of de *bankruptcy trustee*. In tegenstelling tot het Nederlandse recht verkrijgt een Engelse *bankruptcy trustee* de goederen van de failliete boedel. Deze verkrijging is echter niet een die *for valuable consideration* geschiedt. Dit betekent dat – ondanks de onwetendheid van de *bankruptcy trustee* – hij nog steeds gebonden is aan de *equitable interest* van B. In de praktijk komt de *bankruptcy trustee* op de hoogte van B's aanspraak doordat de *trustee* toegang krijgt tot de boeken van de failliet, of doordat de *bankruptcy trustee* door B op de hoogte wordt gesteld van diens recht nadat B het gepubliceerde faillissement van A heeft vernomen of is aangeschreven door de *trustee* zelf.

4.2 VPCT; rechtsvergelijkende perspectieven

Ik meen dat de VPCT enkele aantrekkelijke eigenschappen kent die als inspiratie kunnen dienen bij het nadenken over een alternatieve inrichting van het Nederlandse stelsel van afwijkingen en transactie zekerheden. Het eerste voordeel is dat de VPCT één doctrine behelst die conflicten tussen verkrijgers en andere verkrijgers en/of schuldeisers reguleert, en dat deze doctrine – behoudens de praktische invulling van derdenbescherming – op dezelfde wijze geldt voor ieder type goed. Dit maakt het vermogensrecht op dit punt consistent, makkelijker te begrijpen, en doet meer recht aan de commerciële werkelijkheid te weten dat het economisch belang bij goederen niet altijd toekomt aan de formele eigenaar, maar dat – door middel van bijvoorbeeld aandelen of certificaten – het economisch belang toegedeeld kan worden. Een ander interessant perspectief is dat de VPCT in de mate van derdenwerking een onderscheid maakt tussen verkrijgers en schuldeisers, in die zin dat de VPCT de koper een sterker recht geeft tegen laatstgenoemde categorie. De uitkomst die volgt uit paragraaf 2.5, te weten dat 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt' toereikend is om te verwezenlijken dat een goed terecht komt bij de persoon die daar het meeste belang bij heeft en dat – vanuit rechtseconomisch perspectief – weinig aanleiding bestaat om hiervan af te wijken, wordt door middel van deze eigenschap van de VPCT vertaald naar geldend Engels recht. In het conflict tussen een koper en schuldeisers kan – blijkens paragraaf 2.3 – een afwijking of transactie zekerheid ten gunste van de koper juist makkelijker rechtseconomisch gerechtvaardigd worden, hetgeen ook terugkomt in de VPCT; de VPCT is namelijk van toepassing bij, in beginsel, ieder type goed (niet alleen bij registergoederen) en iedere beschikkingshandeling (niet alleen bij overdracht in kader van (ver)

koop). Bovendien kunnen eventuele nadelige consequenties voor schuldeisers gecompenseerd worden door de mogelijkheden tot het vernietigen van paulianeuze rechtshandelingen te verruimen. Het vereiste van *specific performance* legt bovendien de basis voor de gedachte dat, bij de vraag of de koper goederenrechtelijke bescherming verdient vóórdat de formele levering heeft plaatsgevonden, de aard van het goed van betekenis kan zijn. Unieke goederen (een voor de bedrijfsvoering essentieel intellectueel eigendomsrecht bijvoorbeeld) dienen eerder aan de koper die met het oog op dat specifieke goed een contract heeft gesloten te worden toegewezen. Het is voor de schuldeisers van de verkoper niet heel bezwaarlijk om te wachten totdat de verkoper de koopsom binnen heeft, omdat de koopsom doorgaans hoger is dan de executiewaarde van het verkochte goed en zich bovendien direct laat verdelen (in plaats van dat eerst openbare verkoop moet plaatsvinden). Dit brengt ook mee dat afwijkingen of transactie zekerheden ten gunste van de verkoper (dus ten koste van schuldeisers van de koper) minder makkelijk te rechtvaardigen zijn; schuldeisers van de koper kunnen zich immers vóór de transactie verhalen op een makkelijk te verdelen koopsom, maar moeten ná de transactie verhaal zoeken op het gekochte goed. Ik heb om deze reden mijn twijfels bij de vraag of de heersende leer m.b.t. de notariële kwaliteitsrekening zoals uiteengezet in paragraaf 3.2 ook de meest wenselijke uitkomsten produceert. Bovendien deel ik – in navolging van de VPCT – het idee dat een gebrek aan publiciteit niet fataal is voor het rechtsverkeer bij conflicten tussen een koper en schuldeisers (zie paragraaf 4.1.3). Het zoeken van verhaal is – zeker in faillissement, en net als in Angelsaksische landen – een tijdrovende procedure, waardoor er genoeg gelegenheid bestaat voor de koper om zijn aanspraken uit hoofde van een afwijking of transactie zekerheid aannemelijk te maken.

5. Conclusie

Over een goed kan slechts eenmaal worden beschikt en een goed kan – ten laste van één schuldenaar – slechts eenmaal worden uitgewonnen. Dit brengt met zich dat een verkrijger of schuldeiser die zich te laat aandient, mogelijk met lege handen achterblijft. Ons vermogensrecht kent vele uitzonderingen op dit uitgangspunt die bijvoorbeeld het recht van een verkrijger kunnen doen prevaleren boven dat van schuldeisers, zoals de Vormerkung. Deze uitzonderingen vormen naar huidig Nederlands recht een inconsistent stelsel dat bovendien dikwijls rechtseconomisch onwenselijke resultaten produceert, terwijl ook billijkheidsargumenten deze resultaten niet bevredigend kunnen verklaren. De hoeveelheid wederkerige overeenkomsten die dagelijks worden gesloten en het vergevorderde stadium van rechtsontwikkeling in Nederland rechtvaardigen wellicht een alternatieve inrichting van dit ogenschijnlijk eenvoudige gedeelte van het privaatrecht. Deze bijdrage vormt daartoe een aanzet.