

Tvl 2021/16

Directe verkrijging, doorlevering en insolventie

Enkele bijzondere toepassingen van artikel 3:110 BW

Prof. mr. N.E.D. Faber, datum 25-05-2021

Datum	25-05-2021
Auteur	Prof. mr. N.E.D. Faber ^[1]
Folio weergave	
JCDI	JCDI:ADS269900:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

1. Inleiding

Wanneer de vervreemder (A) roerende zaken, niet registergoederen, levert aan een in eigen naam handelende tussenpersoon (B) die tot zijn principaal (C) staat in een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW,^[2] verkrijgt C het bezit en de eigendom van die zaken rechtstreeks van A. De desbetreffende zaken passeren in dit geval niet het vermogen van B.^[3] Zaken die aldus vóór of na datum faillissement aan de tussenpersoon zijn of worden geleverd, maken derhalve geen deel uit van diens failliete boedel. Bevinden de zaken zich feitelijk bij de failliete tussenpersoon (of bij een derde die de zaken voor hem houdt), dan kan de principaal die zaken als zijn eigendom opeisen. De rechtstreekse verkrijging van bezit en eigendom door de principaal ingevolge de werking van art. 3:110 BW staat bekend als de directe verkrijgingsleer.

In de literatuur blijft de bespreking van de directe verkrijgingsleer veelal beperkt tot het hiervóór beschreven klassieke geval.^[4] Het artikel biedt echter veel meer mogelijkheden. In deze bijdrage bespreek ik een aantal bijzondere toepassingen van art. 3:110 BW die (onder meer) in de financieringspraktijk uitkomst kunnen bieden. In § 2 schets ik in meer algemene zin het kader waarbinnen art. 3:110 BW voor toepassing in aanmerking komt. In § 3 staat de overdracht onder opschortende voorwaarde centraal, met als belangrijke toepassingsvorm het eigendomsvoorbehoud. In § 4 besteed ik aandacht aan de overdracht onder voorbehoud van een pandrecht. In § 5 bespreek ik de levering bij voorbaat van toekomstige goederen. Elk van de hier

genoemde rechtsfiguren kan samengaan met de toepassing van art. 3:110 BW. Ook kunnen deze rechtsfiguren zelf onderling weer met elkaar worden gecombineerd. Daarop ga ik in § 6 nader in. In § 7 bespreek ik een dubbele of meervoudige directe verkrijging, waarbij art. 3:110 BW achtereenvolgens (of gelijktijdig) meerdere malen wordt toegepast. § 8 is gewijd aan de directe verkrijging van de bezwaarde eigendom van een zaak, waarbij de principaal slechts de blote eigendom van de zaak verkrijgt en bij de tussenpersoon een beperkt recht (een pandrecht of een recht van vruchtgebruik) op de zaak achterblijft. In § 9 wordt daarvan het spiegelbeeld besproken: de directe verkrijging van een beperkt recht op de zaak, waarbij de principaal een pandrecht of een recht van vruchtgebruik op de zaak verkrijgt en de tussenpersoon de blote eigendom van de zaak verwerft. In § 10 volgen nog enkele opmerkingen tot besluit.

2. Verkenning van de grenzen van de directe verkrijging van bezit en eigendom

Art. 3:110 BW staat in de titel over bezit en houderschap (titel 3.5 BW). Het artikel lijkt van toepassing te zijn op alle soorten goederen, maar dat is slechts schijn. De leer van de directe verkrijging van bezit en eigendom, zoals deze tot uitdrukking komt in art. 3:110 BW, heeft alleen betrekking op roerende zaken, niet-registergoederen, die zich in de macht van de vervreemder bevinden, alsmede op vorderingen aan toonder, aandelen aan toonder, celen en cognossementen aan toonder, waarvan het toonderpapier in de macht van de vervreemder is.^[5] Deze goederen worden geleverd door middel van bezitsverschaffing,^[6] zodat de in art. 3:110 BW voorziene directe *bezits*verkrijging tevens leidt tot directe *eigendoms*verkrijging.^[7] Art. 3:110 BW kan geen toepassing vinden op registergoederen en andere rechten op naam, waaronder vorderingen op naam, aandelen op naam in het kapitaal van een NV of BV en aandelen in een verzameldepot of girodepot in de zin van de Wet giraal effectenverkeer, noch op rechten aan order. De voor deze goederen geldende leveringsvoorschriften verzetten zich daartegen. Wel is het mogelijk dat de vervreemder (A) krachtens een tussen de betrokken partijen gemaakte afspraak het goed dat hij aan de verkrijger (B) dient te leveren, rechtstreeks levert aan de derde (C), jegens wie B zich tot doorlevering had verplicht.^[8]

Bij de toepassing van art. 3:110 BW verkrijgt de principaal (C) de door de vervreemder (A) aan de (in eigen naam handelende) tussenpersoon (B) geleverde zaak of het recht aan toonder door middel van overdracht, derhalve langs de weg van art. 3:84 lid 1 BW.^[9] De titel voor de directe eigendomsverkrijging door C wordt gevormd door de tot overdracht strekkende verbintenis tussen A en B tezamen met de in art. 3:110 BW bedoelde rechtsverhouding tussen B en C (een samengestelde titel).^[10] De levering geschiedt tussen A en B; C is geen partij bij de voor de levering benodigde goederenrechtelijke (of zakelijke) overeenkomst.^[11] Wat de in art. 3:84 lid 1 BW bedoelde beschikkingsbevoegdheid betreft, geldt dat de bevoegdheid van A om over de desbetreffende zaak of het recht aan toonder te beschikken, in beginsel voldoende is.^[12] Was A ten tijde van de levering van het desbetreffende goed aan B beschikkingsonbevoegd, dan kan C

zich in voorkomend geval tegenover de rechthebbende van het goed beroepen op de bescherming van art. 3:86 BW.^[13] Daartoe is in ieder geval vereist dat C te goeder trouw is. Wetenschap van B wordt (volgens de parlementaire geschiedenis) niet aan C toegerekend.^[14] Art. 3:66 lid 2 BW, dat voor volmacht is geschreven, mist hier toepassing, een vergelijkbare wettelijke bepaling ontbreekt en er bestaat (volgens de parlementaire geschiedenis) geen grond art. 3:66 lid 2 BW op het voorliggende geval analoog toe te passen.^[15]

Bestaat tussen de tussenpersoon (B) en de principaal (C) een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW, en verkrijgt B de desbetreffende zaak of het toonderpapier ter uitvoering van die rechtsverhouding, dan is de subjectieve wil van B bij die verkrijging niet meer relevant.^[16] B houdt hetgeen hij verkrijgt, *noodzakelijkerwijs* voor C.^[17] Van de aanvang af ontbreekt iedere rechtsgrond voor een verkrijging door B zelf.^[18] B, aan wie de zaken en/of de rechten aan toonder worden geleverd, wordt slechts houder van die zaken of het toonderpapier voor C. Dit laatste betekent overigens niet dat de desbetreffende zaak of het toonderpapier steeds feitelijk dient te worden overhandigd of afgeleverd aan B. Diens houderschap kan onmiddellijk zijn dan wel middellijk.^[19] Het houderschap van B behoeft bovendien niet voort te duren. Het kan in tijd en omvang beperkt blijven. Het kan zelfs bestaan in de enkele aanwijzing aan de vervreemder (A) dat de aflevering niet aan hem (B) dient te geschieden, maar aan C of aan een door C aangewezen derde. Noch de tekst, noch de strekking van art. 3:110 BW verzet zich daartegen.

Ter vermijding van misverstanden merk ik op dat art. 3:110 BW op zichzelf geen belemmering vormt voor de verkrijging van goederen (c.q. de verkrijging van roerende zaken, niet-registergoederen, en rechten aan toonder) door de in eigen naam handelende tussenpersoon zelf. Zo kan de rechtsverhouding tussen de tussenpersoon (B) en de principaal (C) met zich brengen dat B rechthebbende ten titel van beheer wordt van de aan hem geleverde goederen en dat hij deze goederen als “agent” of “trustee” voor C gaat beheren. ^[20] Het al dan niet bestaan van een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW, is steeds beslissend. Of tussen partijen (B en C) een dergelijke rechtsverhouding bestaat, moet – bij gebreke van een daartoe strekkende overeenkomst – aan de hand van de wet en de verkeersopvatting worden beoordeeld.^[21] Voor de toepassing van art. 3:110 BW is niet vereist dat de vervreemder (A) van het bestaan van de rechtsverhouding tussen B en C op de hoogte is.

De toepassing van art. 3:110 BW blijft niet beperkt tot gevallen waarin tussen de partijen die ik hiervóór als “tussenpersoon” en “principaal” heb aangeduid, sprake is van een overeenkomst van lastgeving of van een overeenkomst die daarmee op de voet van art. 7:424 BW op één lijn kan worden gesteld. Anders is dit met betrekking tot de toepassing van de art. 7:420 en 7:421 BW, waarvoor in beginsel wel is vereist dat van een zodanige overeenkomst sprake is. Op grond van laatstgenoemde bepalingen kan de principaal onder omstandigheden (bijvoorbeeld wanneer de tussenpersoon in staat van faillissement geraakt) de voor overgang vatbare rechten van de

tussenpersoon jegens de vervreemder door een schriftelijke verklaring op zich doen overgaan (art. 7:420 BW) en/of kan de vervreemder na een schriftelijke mededeling zijn rechten uit de met de tussenpersoon gesloten overeenkomst uitoefenen jegens de principaal (art. 7:421 BW). Tot de in art. 7:420 BW bedoelde rechten van de tussenpersoon (B) jegens de vervreemder (A) behoort ook het aan hem (B) toekomende recht op levering van de desbetreffende voor de principaal (C) bestemde zaken. Art. 3:110 BW kent – zoals gezegd – een ruimer toepassingsgebied en ontstijgt het klassieke geval waarin tussen B en C sprake is van een overeenkomst van lastgeving (of van een overeenkomst die daarmee op de voet van art. 7:424 BW op één lijn kan worden gesteld). Van een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW, kan bijvoorbeeld ook sprake zijn tussen een huurder en een verhuurder, een bewaarnemer (of een *warehouse*) en een bewaargever, een bruikleennemer en een bruikleengever, een vervoerder en diens cliënt, een vruchtgebruiker en de hoofdgerechtigde of een pandhouder en de schuldenaar/pandgever. Waar ik in het navolgende spreek over “tussenpersoon” en “principaal”, moeten deze begrippen dan ook in ruime zin worden verstaan.

Art. 3:110 BW kan alleen toepassing vinden, indien de te leveren zaken in voldoende mate zijn geïdentificeerd. Alleen in dat geval wordt het bezit (en daarmee de eigendom) van die zaken rechtstreeks verkregen door de principaal. Dit brengt onder meer met zich dat art. 3:110 BW in de regel geen rol speelt bij de verkrijging van *chartaal* geld door een in eigen naam handelende tussenpersoon die het geld ten behoeve van zijn principaal in ontvangst neemt. Weliswaar gaat een chartale betaling gepaard met de levering van roerende zaken, niet-registergoederen, te weten munten en/of bankbiljetten, maar deze zaken zijn doorgaans slechts naar de soort en hoeveelheid bepaald. Ook al is van een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW sprake, dan nog zal de tussenpersoon in de regel zelf rechthebbende worden van de door hem ontvangen gelden. Hij zal vervolgens op grond van de met de principaal bestaande rechtsverhouding zijn gehouden een gelijk bedrag aan hem te voldoen. Mede afhankelijk van hetgeen partijen daaromtrent zijn overeengekomen, kan die voldoening plaatsvinden in de vorm van een chartale of girale betaling.^[22] De principaal heeft ter zake slechts een obligatoire aanspraak (een persoonlijke vordering) jegens de tussenpersoon. In bijzondere gevallen kan het voorafgaande anders zijn en is ook bij een chartale betaling ruimte voor de toepassing van art. 3:110 BW. Voorwaarde daarvoor is wel dat de door de tussenpersoon ontvangen gelden in voldoende mate zijn geïndividualiseerd en afgescheiden blijven van de rest van diens vermogen. Voorkomen moet worden dat de gelden als gevolg van vermenging met andere gelden van de tussenpersoon tot diens vermogen moeten worden gerekend.^[23] In dit verband is het bijvoorbeeld denkbaar dat de gelden door de tussenpersoon afgezonderd in een kluis of in een specifiek voor die gelden bestemde kluis worden bewaard, of dat de principaal een hem toebehorende (en alleen voor hem toegankelijke) kluis ter beschikking stelt aan de tussenpersoon voor de ontvangst van de voor de principaal bestemde gelden. Allerlei variaties zijn hierbij mogelijk. Ook in diverse andere gevallen kan art. 3:110 BW een

rol spelen ter zake van chartaal geld dat (in de hiervóór bedoelde zin) afgescheiden is (gebleven) van de rest van het vermogen van “de tussenpersoon”. Zo zal de inning van een geldvordering door de pandhouder/tussenpersoon ertoe leiden dat hij op de voet van art. 3:246 lid 5 BW een pandrecht verkrijgt op de geïnde munten en bankbiljetten (mits voldoende geïndividualiseerd), waarvan de pandgever/principaal ingevolge art. 3:110 BW rechtstreeks het bezit en de eigendom verwerft. Op dit punt bestaat er geen verschil met de inning door de pandhouder van een aan hem verpande vordering tot levering van een goed (een roerende zaak of een recht aan toonder) dat aan de werking van art. 3:110 BW is onderworpen.^[24]

In de literatuur is ook ter zake van de verkrijging van *giraal* geld (en ter verklaring van de door een tussenpersoon aangehouden kwaliteitsrekening) wel aangeknoopt bij art. 3:110 BW. Dat is evenwel onjuist.^[25] Bij de verkrijging van giraal geld door een in eigen naam handelende tussenpersoon ten behoeve van zijn principaal verkrijgt de tussenpersoon steeds zelf een vordering op de bankinstelling. Deze vordering komt niet toe aan de principaal, laat staan dat deze rechtstreeks door hem op de voet van art. 3:110 BW zou worden verkregen. Een en ander volgt reeds uit het feit dat art. 3:110 BW niet van toepassing is op vorderingen op naam. In geval van een (in de wet geregelde of daarmee op één lijn te stellen) kwaliteitsrekening geldt dat het vorderingsrecht (hoewel de rekening op naam van de tussenpersoon staat en deze bij uitsluiting bevoegd is tot het beheer en de beschikking over de rekening) toekomt aan de (gezamenlijke) belanghebbenden bij de op de rekening gestorte gelden. Dit is echter niet het gevolg van de werking van art. 3:110 BW, maar vloeit voort uit de desbetreffende voor de kwaliteitsrekening geldende wettelijke bepaling. Ik verwijs in dit verband naar art. 25 van de Wet op het notarisambt en art. 19 van de Gerechtsdeurwaarderswet. Met betrekking tot een aandeel in een verzameldepot of een girodepot, als bedoeld in de Wet giraal effectenverkeer, geldt iets soortgelijks. Het aandeel staat op naam van de intermediair respectievelijk de aangesloten instelling. De aangesloten instelling is belast met het beheer van een verzameldepot, het centraal instituut is belast met het beheer van een girodepot. De tot het verzameldepot of girodepot behorende effecten komen echter – kort gezegd – toe aan de (gezamenlijke) belanghebbenden/deelgenoten in het verzameldepot waartoe die effecten behoren.^[26] Ik verwijs hiervoor verder naar de in Hoofdstuk 2 (Verzameldepot) en Hoofdstuk 3 (Girodepot) van de Wet giraal effectenverkeer neergelegde regeling. Deze regeling heeft met art. 3:110 BW niets van doen.^[27]

3. Overdracht onder opschortende voorwaarde / Eigendomsvoorbehoud

In de inleiding gaf ik aan dat de directe verkrijgingsleer, zoals deze tot uitdrukking komt in art. 3:110 BW, niet beperkt blijft tot het daar genoemde klassieke geval van middellijke vertegenwoordiging bij de verkrijging van een goed door een in eigen naam handelende tussenpersoon ten behoeve van zijn principaal. Art. 3:110 BW kan ook in diverse andere gevallen een rol spelen. Zo komt het artikel ook voor toepassing in aanmerking in het kader van een

overdracht onder opschortende voorwaarde door de vervreemder (A) aan een in eigen naam handelende tussenpersoon (B) die tot zijn principaal (C) staat in een rechtsverhouding als in het artikel bedoeld.

In geval van een overdracht onder opschortende voorwaarde wordt terstond aan alle vereisten van art. 3:84 lid 1 BW voldaan, maar wordt de te bewerkstelligen rechtsovergang (de overdracht) krachtens partijbedoeling van de vervulling van een opschortende voorwaarde (een toekomstige onzekere gebeurtenis) afhankelijk gesteld.^[28] Een belangrijke toepassingsvorm van de overdracht onder opschortende voorwaarde is het eigendomsvoorbehoud. Heeft een overeenkomst de strekking dat de een (X) zich de eigendom van een zaak die in de macht van de ander (Y) wordt gebracht, voorbehoudt totdat een door Y verschuldigde prestatie is voldaan, dan wordt X op grond van art. 3:92 lid 1 BW vermoed zich te verbinden tot overdracht van de zaak aan Y onder de opschortende voorwaarde van voldoening van die prestatie. De levering vindt in dit geval onvoorwaardelijk plaats door middel van de in art. 3:91 BW bedoelde machtsverschaffing^[29] en verkrijgt onmiddellijk haar (volledige) werking, met als gevolg dat Y niet alleen houder van de zaak wordt, maar tevens een “terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde” c.q. een “voorwaardelijk eigendomsrecht” verkrijgt. ^[30] Dit laatste is onder meer van belang voor de positie van Y, wanneer X in staat van faillissement komt te verkeren voordat de verschuldigde prestatie volledig is voldaan. Ten tijde van de vervulling van de opschortende voorwaarde, waarbij het voorwaardelijke eigendomsrecht uitgroeit tot volledig eigendomsrecht, behoeft niet (meer) aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BW te zijn voldaan.^[31] Tussentijds intredende beschikkingsonbevoegdheid van X is niet relevant. Voldoet Y (het restant van) de door hem verschuldigde prestatie nadat X failliet is verklaard, dan verhindert dit niet dat Y alsnog volledig eigenaar wordt van de desbetreffende zaak. Art. 35 Fw mist in dit verband toepassing. Voorts kan een ten laste van X op de voorwaardelijk overgedragen zaak gelegd beslag bij de vervulling van de voorwaarde niet aan Y worden tegengeworpen. Het beslag treft immers slechts het voorwaardelijke eigendomsrecht van X (een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde), dat bij de vervulling van de voorwaarde komt te vervallen.

Draagt de vervreemder (A) een zaak onder eigendomsvoorbehoud over aan een in eigen naam handelende tussenpersoon (B) die tot zijn principaal (C) staat in een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW, dan vindt de voorwaardelijke overdracht rechtstreeks plaats tussen A en C.^[32] C en niet B verkrijgt terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde met betrekking tot de zaak. Art. 3:110 BW is hierop – zowel naar de tekst als naar de strekking – rechtstreeks van toepassing.^[33] Het artikel heeft niet alleen betrekking op de directe verkrijging van het *bezit* van de zaak (ingeval de levering van de zaak plaatsvindt door middel van bezitsoverdracht of bezitsverschaffing), maar ziet tevens op de directe verkrijging van de *macht* over de zaak (ingeval de levering van de zaak plaatsvindt door middel van machtsverschaffing).^[34] Voor de in art. 3:91 BW bedoelde machtsverschaffing geldt dat zij kan geschieden analoog aan de in art. 3:90 lid 1 BW

bedoelde bezitsverschaffing, en wel op alle wijzen die in de art. 3:114 en 3:115 BW met betrekking tot bezitsoverdracht worden genoemd.^[35] Machtsverschaffing kan derhalve niet alleen door middel van feitelijke overgave van de zaak of het toonderpapier plaatsvinden, maar ook door middel van een tweezijdige verklaring (een machtsverschaffing *constituto possessorio*,^[36] *brevi manu* of *longa manu*). Blijft de zaak vooralsnog bij de vervreemder (A) of bij een derde (D) die de zaak voor A houdt, of bevindt de zaak zich bij (of wordt de zaak afgeleverd aan) de tussenpersoon (B) of een derde (D) die de zaak voor B houdt of gaat houden, dan verkrijgt de principaal (C) slechts de *middellijke* macht over de zaak. Hetzelfde geldt indien de derde (D) de zaak gaat houden voor C. Bevindt de zaak zich feitelijk bij (of wordt de zaak afgeleverd aan) C, dan komt hem de *onmiddellijke* macht over de zaak toe. Gaat de opschortende voorwaarde waaronder de overdracht heeft plaatsgevonden, in vervulling, dan komt het eigendomsvoorbehoud te vervallen en verkrijgt C ook het bezit van de zaak. Het bezit gaat op dezelfde voet als de macht over de zaak rechtstreeks over van A op C.

Het voorafgaande blijft niet beperkt tot de overdracht en levering van roerende zaken, niet registergoederen, die zich in de macht van de vervreemder bevinden, maar geldt evenzeer voor de overdracht en levering van een recht aan toonder waarvan het toonderpapier in de macht van de vervreemder is. In art. 3:93 BW worden de voor roerende zaken geschreven art. 3:91 en 3:92 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op rechten aan toonder.

4. Overdracht onder voorbehoud van een pandrecht

De vervreemder van een zaak kan – behalve voor een eigendomsvoorbehoud, zoals hiervóór besproken – ook kiezen voor een overdracht van de zaak aan de verkrijger onder voorbehoud van een pandrecht. Deze rechtsfiguur kent een wettelijke basis in art. 3:81 lid 1, tweede zin, BW.^[37] Voor de overdracht van een goed onder voorbehoud van een pandrecht is vereist dat zowel de voorschriften voor de overdracht van het desbetreffende goed als de voorschriften voor de vestiging van een pandrecht op dat goed in acht worden genomen.^[38] Draagt de vervreemder (X) een zaak onder voorbehoud van een pandrecht over aan de verkrijger (Y), dan gaat de desbetreffende zaak *in bezwaarde staat* over van X op Y. Y verkrijgt slechts de bezwaarde (blote) eigendom van de zaak en er blijft een pandrecht achter bij X. Van de vestiging (in eigenlijke zin) van een pandrecht door Y ten gunste van X is in dit geval geen sprake. De eventuele beschikkingsonbevoegdheid van Y ten tijde van de overdracht is dan ook niet relevant. Aan de toepassing van de art. 23 en 35 Fw komt men niet toe. Het pandrecht van X rust van de aanvang af op de aan Y overgedragen zaak.

Draagt de vervreemder (A) een zaak onder voorbehoud van een pandrecht over aan een in eigen naam handelende tussenpersoon (B) die tot zijn principaal (C) staat in een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW, dan vindt de overdracht van de bezwaarde (blote) eigendom van de zaak

rechtstreeks plaats tussen A en C. De principaal (C) en niet de tussenpersoon (B) verkrijgt de eigendom van de zaak, die echter van de aanvang af is bezwaard met een pandrecht ten gunste van de vervreemder (A). Dit pandrecht kan niet alleen vorderingen secureren van A jegens B, maar kan ook strekken tot zekerheid voor andere vorderingen, met inbegrip van vorderingen van A jegens C. Bevindt de zaak zich bij (of wordt de zaak afgeleverd aan) B, C of een derde (D) die de zaak voor B of C houdt of gaat houden, dan is (na voldoening aan de hierna te noemen vestigingsformaliteiten) sprake van een stil pandrecht (vuistloos pandrecht) van A. Blijft de zaak in de macht van A of van een derde (D) die de zaak voor A houdt, dan is sprake van een openbaar pandrecht (vuistpandrecht).^[39] Voor laatstgenoemd pandrecht gelden geen verdere formaliteiten, voor eerstgenoemd pandrecht geldt het bepaalde in (art. 3:81 lid 1, tweede zin, jo.) art. 3:237 lid 1 BW. Het *voorbehoud* van een stil pandrecht vereist een authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zoals dit ook voor de *vestiging* van het pandrecht is voorgeschreven.

De hier besproken toepassing van art. 3:110 BW blijft niet beperkt tot de overdracht en levering van roerende zaken, niet registergoederen, die zich in de macht van de vervreemder bevinden, maar geldt evenzeer voor de overdracht en levering van een recht aan toonder waarvan het toonderpapier in de macht van de vervreemder is. Bij de overdracht kan A zich een pandrecht voorbehouden op het aan B te leveren recht aan toonder dat door C rechtstreeks (in bezwaarde staat) wordt verkregen.

5. Levering bij voorbaat van toekomstige goederen

Art. 3:110 BW kan ook toepassing vinden bij de levering bij voorbaat van toekomstige roerende zaken of rechten aan toonder door de vervreemder (A) aan een in eigen naam handelende tussenpersoon (B) die tot zijn principaal (C) staat in een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW.^[40] Zodra A de eigendom van de desbetreffende zaak of het toonderpapier verkrijgt, gaat die eigendom rechtstreeks over van A op C, ervan uitgaande dat op dat moment aan alle in art. 3:84 lid 1 BW genoemde vereisten voor overdracht wordt voldaan. De levering bij voorbaat van een toekomstig goed vormt een levering onder de opschortende voorwaarde dat de vervreemder rechthebbende wordt van het desbetreffende goed.^[41] In geval van een levering bij voorbaat wordt door partijen bewust rekening gehouden met het feit dat de vervreemder ten tijde van de levering nog niet beschikkingsbevoegd is, maar dit in de toekomst wel verwacht te worden.^[42]

Een *levering* onder opschortende voorwaarde is een wezenlijk andere rechtsfiguur dan de hiervóór besproken *overdracht* onder opschortende voorwaarde. De vervreemder (X) en de verkrijger (Y) zullen alleen kiezen voor een *levering* onder opschortende voorwaarde, indien een *overdracht* onder opschortende voorwaarde niet mogelijk is omdat ten tijde van de levering nog niet aan alle vereisten voor overdracht kan worden voldaan.^[43] Dat is onder meer het geval bij een levering bij voorbaat van (absoluut of relatief^[44]) toekomstige goederen: de leveringshandeling wordt “nu voor

alsdan” verricht met de bedoeling dat, zodra X het goed verkrijgt (rechthebbende van het goed wordt), dit goed zonder nadere handeling en zonder dat X zich door middel van een tussentijdse wilswijziging nog hiertegen kan verzetten, van het vermogen van X overgaat naar dat van Y. De werking van de levering wordt uitgesteld tot het moment waarop aan alle vereisten van art. 3:84 lid 1 BW kan worden voldaan.^[45] Uit hoofde van een *levering* onder opschortende voorwaarde komt aan Y nog geen door het goederenrecht beschermde positie toe. Hij verkrijgt geen voorwaardelijk eigendomsrecht, noch enige andere goederenrechtelijke aanspraak. Y kan over een zaak waarvan hij in de toekomst rechthebbende hoopt te worden, alleen als (relatief of absoluut) toekomstig goed bij voorbaat beschikken, bijvoorbeeld door de (toekomstige) zaak onder opschortende voorwaarde te leveren aan een derde (Z) of ten behoeve van Z met een pandrecht te bezwaren. Art. 23 en 35 Fw zijn onverkort van toepassing, zowel in de verhouding tussen X en Y als in de verhouding tussen Y en Z. Y verkrijgt bij de vervulling van de opschortende voorwaarde het bezit en de eigendom van X, Z verkrijgt het bezit en de eigendom van Y. Art. 3:110 BW mist in dit geval toepassing.^[46]

Bij een levering bij voorbaat van een (absoluut of relatief) toekomstig goed geschiedt de leveringshandeling steeds – zonder uitzondering – overeenkomstig de gewone, voor tegenwoordige (bestaande) goederen geschreven leveringsvoorschriften, zij het dat de levering onder een opschortende voorwaarde plaatsvindt. Voor roerende zaken, niet-registergoederen, die zich op het moment waarop de opschortende voorwaarde in vervulling gaat, in de macht van de vervreemder bevinden, is art. 3:90 lid 1 BW het toepasselijke leveringsvoorschrift.^[47] De levering geschiedt door middel van bezitsverschaffing bij voorbaat, in de regel door middel van een geanticipeerd *constitutum possessorium*, waarbij de vervreemder de zaak (wanneer hij daarvan de eigendom verwerft) gaat houden voor de verkrijger. Voor de goede orde merk ik op dat aan de toepasselijkheid van art. 3:90 lid 1 BW niet in de weg staat dat daarin wordt gesproken over zaken “die in de macht van de vervreemder zijn”, ^[48] hetgeen met betrekking tot toekomstige zaken in de regel niet het geval zal zijn.^[49] Voldoende is dat op het beslissende moment – het tijdstip waarop de opschortende voorwaarde wordt vervuld en de levering haar werking dient te verkrijgen – aan de vervreemder de in art. 3:90 lid 1 BW genoemde macht over de zaak toekomt. Aan de toepasselijkheid van art. 3:90 lid 1 BW staat evenmin in de weg dat de levering dient te geschieden “door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen”. Weliswaar kan men niet het bezit verschaffen van iets wat er nog niet is (in geval van een absoluut toekomstige zaak), en wil men nog niet het bezit verschaffen van een zaak die vooralsnog aan een ander toebehoort (in geval van een relatief toekomstige zaak), maar ook in dit verband is het voldoende dat op het beslissende moment aan het voorschrift van art. 3:90 lid 1 BW wordt voldaan. Op het moment waarop de levering haar werking verkrijgt, gaat het bezit van de zaak van de vervreemder over op de verkrijger. De toepasselijkheid van art. 3:90 lid 1 BW sluit de toepassing van het leveringsvoorschrift van art. 3:95 BW uit.^[50] Laatstgenoemd artikel is te beschouwen als een

restbepaling en komt eerst voor toepassing in aanmerking, indien een ander leveringsvoorschrift ontbreekt.^[51] Voorts verdient opmerking dat art. 3:97 BW zelf geen leveringsvoorschrift inhoudt. Art. 3:97 BW geeft slechts aan *dat* binnen bepaalde grenzen een levering bij voorbaat kan geschieden, maar geeft niet aan *hoe* een dergelijke levering (met betrekking tot verschillende soorten van goederen) dient plaats te vinden.^[52]

Levert de vervreemder (A) bij voorbaat een vooralsnog toekomstige zaak aan een in eigen naam handelende tussenpersoon (B) die tot zijn principaal (C) staat in een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW, dan vindt de voorwaardelijke levering weliswaar plaats tussen A en B, maar verkrijgt C uiteindelijk (bij de vervulling van de opschortende voorwaarde) rechtstreeks het bezit en de eigendom van de zaak van A.^[53] De overdracht vindt bij de vervulling van de aan de levering verbonden opschortende voorwaarde automatisch plaats. De wil van A is daarbij niet (meer) van belang. Voor een wilsverandering aan de zijde van A is geen plaats. De voor de goederenrechtelijke overeenkomst als onderdeel van de levering benodigde wilsverklaringen zijn door A en B reeds afgelegd op een eerder tijdstip, te weten bij de levering bij voorbaat, en hierop kan nadien niet eenzijdig door één der partijen worden teruggekomen. Ook voor de toepassing van art. 3:110 BW is de wil van B ten tijde van de vervulling van de opschortende voorwaarde niet (meer) relevant; de verkrijging van de zaak door C (die ingevolge de levering bij voorbaat plaatsvindt) geschiedt immers ter uitvoering van de tussen B en C bestaande rechtsverhouding. De beschikkingsbevoegdheid of -onbevoegdheid van B is in het voorliggende geval evenmin relevant. Voldoende is dat A op het beslissende moment (ten tijde van de vervulling van de opschortende voorwaarde) beschikkingsbevoegd is.

6. Een combinatie van verschillende rechtsfiguren

Het feit dat een overdracht onder opschortende voorwaarde (waaronder een overdracht onder eigendomsvoorbehoud) moet worden onderscheiden van een levering bij voorbaat, betekent niet dat deze beide rechtsfiguren niet met elkaar zouden kunnen worden gecombineerd.^[54] Dat geldt ook in de hiervóór beschreven meerpartijenverhoudingen waarin de vervreemder (A) een zaak levert aan een in eigen naam handelende tussenpersoon (B) die tot zijn principaal (C) staat in een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW.

Indien de zaak die A onder eigendomsvoorbehoud zou willen overdragen, nog toekomstig is, dient die zaak door hem onder opschortende voorwaarde aan B te worden geleverd. Dit kan echter zodanig geschieden, dat bij de vervulling van de aan de *levering* verbonden opschortende voorwaarde een *overdracht* onder opschortende voorwaarde tot stand komt. Het betreft hier twee consecutieve voorwaarden. Zou de (vooralsnog toekomstige) zaak normaal gesproken reeds bij de vervulling van de aan de *levering* verbonden opschortende voorwaarde volledig in eigendom overgaan op C, bij een overdracht onder eigendomsvoorbehoud gebeurt dit eerst wanneer (ook) de

[55]

aan de *overdracht* verbonden opschortende voorwaarde wordt vervuld. De levering (van de vooralsnog toekomstige zaak) aan B geschiedt in dit geval overeenkomstig art. 3:91 BW door middel van *machtsverschaffing bij voorbaat*. De levering sorteert pas effect bij de vervulling van de opschortende voorwaarde waaronder zij (de levering) heeft plaatsgevonden. Dat resulteert in de onvoorwaardelijke machtsverschaffing die voor de beoogde voorwaardelijke overdracht is vereist. De machtsverschaffing bij voorbaat aan B zal veelal *constituto possessorio* plaatsvinden, geheel analoog aan hetgeen zich bij een bezitsverschaffing bij voorbaat voordoet.^[56]

De hiervóór bedoelde overdracht onder eigendomsvoorbehoud met betrekking tot een vooralsnog toekomstige zaak kan op haar beurt weer worden gecombineerd met een overdracht onder voorbehoud van een pandrecht ten gunste van de vervreemder (A).^[57] Het pandrecht van A komt in dit geval tot stand op het moment waarop diens eigendomsvoorbehoud tenietgaat als gevolg van de vervulling van de aan de overdracht verbonden opschortende voorwaarde. Een voorbehouden pandrecht in combinatie met een eigendomsvoorbehoud kan ervoor zorgen dat de vervreemder van de zaak een zekerheidsrecht met betrekking tot die zaak verkrijgt niet alleen voor de in art. 3:92 lid 2 BW bedoelde vorderingen die door middel van een eigendomsvoorbehoud kunnen worden gecureerd, maar ook voor andere vorderingen, of zelfs voor al hetgeen de vervreemder nu of in de toekomst uit welken hoofde dan ook van de verkrijger (en/of van een ander) te vorderen heeft of zal hebben. Het voorbehouden pandrecht van A gaat in rang steeds vóór een door C op dezelfde zaak bij voorbaat gevestigd pandrecht en gaat steeds vóór een door C (al dan niet bij voorbaat) op de voorwaardelijke eigendom van de zaak gevestigd pandrecht.

7. Dubbele of meervoudige directe verkrijging

Art. 3:110 BW kan achtereenvolgens meerdere malen worden toegepast. Levert de vervreemder (A) een zaak aan een in eigen naam handelende tussenpersoon (B) die tot zijn principaal (C) staat in een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW, en staat C tot diens achterman (D) in eenzelfde rechtsverhouding, dan vindt de verkrijging van het bezit en de eigendom van de zaak rechtstreeks plaats tussen A en D. B verkrijgt de zaak voor C, die van die zaak rechtstreeks het bezit en de eigendom zou verwerven, ware het niet dat hetgeen C langs deze weg verkrijgt, door hem weer rechtstreeks wordt gehouden voor D. Dit voorbeeld betreft een dubbele directe verkrijging, maar een meervoudige directe verkrijging waarbij de keten nog langer is, is uiteraard ook denkbaar.

Een andere vorm van een dubbele of meervoudige verkrijging kan zich voordoen, indien de in eigen naam handelende tussenpersoon (B) tot twee of meer principalen (C1, C2, C3 et cetera) staat in een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW. Levert de vervreemder (A) een of meer zaken aan B, dan dient te worden beoordeeld ter uitvoering van welke rechtsverhouding of rechtsverhoudingen B die zaak of zaken heeft verkregen. Zijn dat meerdere rechtsverhoudingen (of

kunnen dat meerdere rechtsverhoudingen zijn), dan zal – wanneer de door B verkregen prestatie ondeelbaar is – tussen de desbetreffende principalen (twee of meer van hen) een gemeenschap ontstaan. Het bezit van de zaak of zaken gaat dan ingevolge art. 3:110 BW rechtstreeks over van A op die principalen, die als gevolg daarvan de mede-eigendom van die zaken verkrijgen. Niet juist is dat B als rechthebbende van de desbetreffende zaken zou moeten worden aangemerkt, omdat niet kan worden vastgesteld dat B de zaken heeft verkregen ter uitvoering van een specifieke rechtsverhouding tussen hem en een van de principalen. Het staat immers vast dat B de zaken in ieder geval niet voor zichzelf heeft verkregen.

8. Directe verkrijging van bezwaarde eigendom

De directe verkrijging door de principaal (C) op de voet van art. 3:110 BW kan ook beperkt blijven tot de bezwaarde (blote) eigendom van de zaak die door de vervreemder (A) aan de in eigen naam handelende tussenpersoon (B) wordt geleverd. Ik gaf daarvan hiervóór reeds een voorbeeld. Hetgeen B ten behoeve van C verkrijgt, kan van de aanvang af met een pandrecht (of een recht van vruchtgebruik) zijn bezwaard ten gunste van A, die zich dat recht bij de levering van de zaak heeft voorbehouden. Meer complexe varianten zijn ook denkbaar. Zo kan de rechtsverhouding tussen B en C met zich brengen dat hetgeen B ten behoeve van C verkrijgt, van de aanvang af is bezwaard met een pandrecht (of een recht van vruchtgebruik) ten gunste van B. Dit geval lijkt op dat van de hiervóór besproken overdracht onder voorbehoud van een pandrecht (of een recht van vruchtgebruik), met dien verstande dat het “voorbehoud” van het beperkte recht zich hier voordoet in de relatie tussen B en C en volledig is gebaseerd op de werking van art. 3:110 BW.^[58]

De toepassing van art. 3:110 BW in een geval als hiervóór bedoeld, heeft tot gevolg dat het ter verkrijging van het beoogde resultaat niet nodig is dat de door A aan B geleverde zaak eerst langs de weg van art. 3:110 BW volledig eigendom wordt van C. C hoeft op de zaak geen beperkt recht te vestigen ten gunste van B, het pandrecht of recht van vruchtgebruik blijft in het kader van de directe verkrijging van de bezwaarde (blote) eigendom van de zaak door C achter bij B. De eventuele beschikkingsonbevoegdheid van C staat dan ook aan de verkrijging van het pandrecht of het recht van vruchtgebruik door B niet in de weg. Voorts staat de eventuele beschikkingsonbevoegdheid van B (gelet op art. 3:110 BW) niet in de weg aan de verkrijging van de bezwaarde (blote) eigendom door C.

Een pandrecht van de tussenpersoon (B) kan in een geval als hiervóór geschetst, een openbaar pandrecht of een stil pandrecht zijn. Ter zake van een openbaar pandrecht zijn geen verdere formaliteiten vereist. Voldoende is dat de zaak (of het toonderpapier), wanneer zulks nog niet het geval was, in de macht van de pandhouder (B) wordt gebracht, of van een derde (D) omtrent wie partijen zijn overeengekomen (waarbij D de zaak gaat houden voor B).^[59] In geval van een recht van vruchtgebruik dient het (onmiddellijke of middellijke) bezit van het recht van vruchtgebruik aan

[60]

B te worden verschaft. Betreft het geen openbaar pandrecht maar een stil pandrecht, dan dient tussen de tussenpersoon (B) en de principaal (C) aan het voorschrift van art. 3:237 lid 1 BW te worden voldaan. Voor de totstandkoming van het pandrecht is een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist. De zaak (of het toonderpapier) kan, wanneer zulks nog niet het geval was, feitelijk in de macht van C worden gebracht, of van een derde (D) omtrent wie partijen zijn overeengekomen (waarbij D de zaak gaat houden voor C). In de verhouding tussen B en C kan reeds op voorhand aan het voorschrift van art. 3:237 lid 1 BW worden voldaan.^[61]

9. Directe verkrijging van een pandrecht of een recht van vruchtgebruik

Als spiegelbeeld van het hiervóór besproken geval waarin de principaal (C) rechtstreeks de bezwaarde (blote) eigendom van een zaak verwerft en de tussenpersoon (B) van de aanvang af een beperkt recht op die zaak verkrijgt, noem ik het geval waarin de bezwaarde (blote) eigendom van de zaak juist wordt verworven door B en C rechtstreeks een beperkt recht (een pandrecht of een recht van vruchtgebruik) op de zaak verkrijgt. Art. 3:110 BW komt mijns inziens ook in dit geval voor toepassing in aanmerking. De rechtsverhouding tussen B en C kan met zich brengen dat de in art. 3:110 BW bedoelde directe verkrijging geen betrekking heeft op de volledige eigendom van de zaak, evenmin betrekking heeft op de bezwaarde (blote) eigendom van de zaak, maar ziet op de (tot het eigendomsrecht van de zaak behorende) bevoegdheden die tezamen een pandrecht of een recht van vruchtgebruik vormen.^[62] Een steekhoudend argument waarom dit geval niet ook onder de werking van art. 3:110 BW zou zijn begrepen, ontbreekt. Weliswaar wordt C hier geen bezitter van de door A aan B geleverde zaak, hij wordt wel bezitter van het pandrecht of het recht van vruchtgebruik dat op de zaak komt te rusten. De overdracht van (de volledige eigendom van) een zaak, de overdracht van de bezwaarde (blote) eigendom van de zaak en de vestiging van een beperkt recht op de zaak zijn zozeer aan elkaar verwant, dat daarop zoveel mogelijk dezelfde rechtsregels van toepassing (dienen te) zijn.

In verband met het voorafgaande kan onder meer worden gewezen op de schakelbepaling van art. 3:98 BW, waarin een aantal voor overdracht geschreven wetsartikelen van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de vestiging van een beperkt recht.^[63] In het bijzonder verdient opmerking dat hiertoe ook het leveringsvoorschrift van art. 3:90 BW (bezitsverschaffing) behoort. Waar bezitsverschaffing het leverings- of vestigingsvoorschrift is, is art. 3:110 BW rechtstreeks van toepassing. De directe verkrijging van een *recht van vruchtgebruik* levert dan ook geen bijzondere problemen op. De vestiging van een recht van vruchtgebruik op een roerende zaak vindt plaats door middel van bezitsverschaffing.^[64] Bij de vestiging van een pandrecht op de zaak ligt het iets ingewikkelder, maar is de analyse mijns inziens niet (wezenlijk) anders. Weliswaar bepaalt art. 3:236 lid 1 BW dat de vestiging van een *openbaar* pandrecht (vuistpandrecht) geschiedt door de zaak (of het toonderpapier) in de macht te brengen van de pandhouder of van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen, en bepaalt art. 3:237 lid 1 BW dat een *stil* pandrecht (vuistloos

pandrecht) kan worden gevestigd zonder dat de zaak (of het toonderpapier) in de macht van de pandhouder of van een derde wordt gebracht, maar met de vestiging van het pandrecht wordt tevens het (onmiddellijke of middellijke) bezit van het pandrecht aan de pandhouder verschafft. Het gaat hier om twee kanten van dezelfde medaille. Nu de wet twee vormen van pandrecht op roerende zaken onderscheidt, waarvoor verschillende vestigingsvoorschriften gelden, kon niet worden volstaan met de algemene wettelijke regeling, zoals neergelegd in art. 3:98 jo. art. 3:90 BW. Het uit die regeling voortvloeiende vereiste dat de vestiging geschiedt door middel van bezitsverschaffing van het pandrecht (op één van de wijzen die in de art. 3:114 en 3:115 BW met betrekking tot bezitsoverdracht worden genoemd), is daarom “nader uitgewerkt” ^[65] (met vermelding van verdere bijzonderheden) in de art. 3:236 lid 1 en 3:237 BW. Zonder laatstgenoemde bepalingen zou de bezitsverschaffing van het pandrecht – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – door middel van feitelijke overgave dan wel *brevi manu*, *longa manu* of *constituto possessorio* kunnen geschieden. De eerste drie genoemde vormen van bezitsverschaffing zouden zien op een openbaar pandrecht, de laatstgenoemde vorm van bezitsverschaffing zou betrekking hebben op een stil pandrecht. Een en ander heeft (met enkele bijzonderheden) thans uitdrukking gevonden in art. 3:236 lid 1 respectievelijk art. 3:237 lid 1 BW. Het verschil met de algemene wettelijke regeling van art. 3:98 jo. art. 3:90 BW is echter bij een openbaar pandrecht miniem en is ook bij een stil pandrecht klein. Het komt wat het laatste betreft in feite neer op het verbinden van een vormvoorschrift (een authentieke of geregistreerde onderhandse akte) aan de bezitsverschaffing *constituto possessorio*. Wat daarvan verder ook zij, de geringe afwijking in de art. 3:236 lid 1 en 3:237 lid 1 BW van de algemene wettelijke regeling van art. 3:98 jo. art. 3:90 BW rechtvaardigt – waar het de toepassing van art. 3:110 BW betreft – geen verschil in behandeling tussen een recht van vruchtgebruik en een pandrecht.

In verband met het voorafgaande kan verder nog worden gewezen op het feit dat in het Burgerlijk Wetboek het eigendomsrecht van een zaak omwille van de eenvoud en het spraakgebruik met de zaak zelf wordt vereenzelvigd.^[66] Zo wordt in art. 3:90 lid 1 BW de bezitsverschaffing van het (volledige) eigendomsrecht van een roerende zaak aangeduid als de bezitsverschaffing van de zaak zelf, en wordt noch in art. 3:90 BW noch in art. 3:91 BW gesproken over bezitsverschaffing van het voorwaardelijke eigendomsrecht van de zaak, maar wordt in plaats daarvan (in art. 3:91 BW) gesproken over machtsverschaffing van de zaak zelf. Op soortgelijke wijze spreekt de wet in art. 3:236 lid 1 BW alleen over machtsverschaffing van “de zaak” en niet over bezitsverschaffing van het pandrecht op de zaak, en verwijst art. 3:237 lid 1 BW alleen naar “de zaak” die niet in de macht van de pandhouder of een derde hoeft te worden gebracht, en zwijgt het artikel over het feit dat aan de pandhouder wel het bezit van het stille pandrecht op de zaak wordt verschafft.

De toepassing van art. 3:110 BW in een geval als hiervóór bedoeld, heeft tot gevolg dat het ter verkrijging van het beoogde resultaat niet nodig is dat de door de vervreemder (A) aan de tussenpersoon (B) geleverde zaak eerst langs de weg van art. 3:110 BW volledig eigendom wordt

van de principaal (C). C, die (slechts) een beperkt recht op de zaak wenst te verkrijgen, heeft die zaak, nadat hij haar heeft verkregen, niet onder voorbehoud van een pandrecht of een recht van vruchtgebruik in eigendom over te dragen aan B. De eventuele beschikkingsonbevoegdheid van C staat dan ook aan de verkrijging van de bezwaarde (blote) eigendom door B niet in de weg. Voorts staat de eventuele beschikkingsonbevoegdheid van B niet in de weg aan de verkrijging van het pandrecht of het recht van vruchtgebruik door C. Dit laatste is anders indien (bij gebreke van een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW) de zaak door A aan B in eigendom zou worden overgedragen en B de zaak vervolgens met een pandrecht of een recht van vruchtgebruik zou bezwaren ten gunste van C.

Het pandrecht van de principaal (C) kan een openbaar pandrecht of een stil pandrecht zijn. Ter zake van een openbaar pandrecht zijn – zoals ik eerder aangaf – geen verdere formaliteiten vereist. Voldoende is dat de zaak (of het toonderpapier), wanneer zulks nog niet het geval was, in de macht van de pandhouder (C) wordt gebracht, of van een derde (D) omtrent wie partijen zijn overeengekomen (waarbij D de zaak gaat houden voor C).^[67] In geval van een recht van vruchtgebruik dient het (onmiddellijke of middellijke) bezit van het recht van vruchtgebruik aan C te worden verschaft.^[68] Betreft het geen openbaar pandrecht maar een stil pandrecht, dan dient tussen de tussenpersoon (B) en de principaal (C) aan het voorschrift van art. 3:237 lid 1 BW te worden voldaan. Voor de totstandkoming van het pandrecht is een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist. De zaak (of het toonderpapier) kan, wanneer zulks nog niet het geval was, feitelijk in de macht van B worden gebracht, of van een derde (D) omtrent wie partijen zijn overeengekomen (waarbij D de zaak gaat houden voor B). In de verhouding tussen B en C kan reeds op voorhand aan het voorschrift van art. 3:237 lid 1 BW worden voldaan.

In het verlengde van het voorafgaande moet mijns inziens worden aangenomen dat art. 3:110 BW ook een rol kan spelen bij de vestiging van een pandrecht of een recht van vruchtgebruik op een zaak door de eigenaar (A) ten gunste van een in eigen naam handelende tussenpersoon (B) die het beperkte recht op de zaak verkrijgt voor zijn principaal (C), *zonder* dat er wijziging wordt gebracht in de eigendomsverhouding met betrekking tot de desbetreffende zaak.^[69] Vestigt A een pandrecht of een recht van vruchtgebruik op een hem toebehorende roerende zaak (of een recht aan toonder) ten gunste van B die tot C staat in een rechtsverhouding als bedoeld in art. 3:110 BW, dan wordt het pandrecht respectievelijk het recht van vruchtgebruik rechtstreeks verkregen door C. De eigendom van de zaak blijft in dit geval bij A. C wordt – met inachtneming van hetgeen ik hiervóór heb uiteengezet – (onmiddellijk of middellijk) bezitter van het pandrecht of het recht van vruchtgebruik. Het bezit van de tot het hoofdrecht (de eigendom) behorende bevoegdheden die tezamen een pandrecht of een recht van vruchtgebruik vormen, gaat rechtstreeks over van A op C en passeert niet het vermogen van B. Het pandrecht of het recht van vruchtgebruik ontstaat rechtstreeks in het vermogen van C. Ik laat hier buiten beschouwing welke vorderingen door het

aan C toekomende pandrecht kunnen worden gecureerd. Ik merk slechts op dat naar geldend recht mijns inziens niet is vereist dat het pandrecht, hoewel het toekomt aan C, (ook) vorderingen van C secureert. Het voert te ver daarop in dit verband nader in te gaan.^[70]

10. Tot besluit

In deze bijdrage heb ik een aantal bijzondere toepassingen van de in art. 3:110 BW neergelegde directe verkrijgingsleer besproken. Het artikel biedt de (financierings-)praktijk meer mogelijkheden dan men op het eerste gezicht zou verwachten. Met behulp van art. 3:110 BW kan een partij (C) rechtstreeks de eigendom van door de vervreemder (A) aan diens wederpartij (B) te leveren zaken (of rechten aan toonder) verwerven, ook al handelt B bij de verkrijging van die zaken in eigen naam en niet als gevolmachtigde van C. Ook kan C – in plaats van de eigendom van de desbetreffende zaken – rechtstreeks een pandrecht of een recht van vruchtgebruik op die zaken verwerven. Art. 3:110 BW biedt eveneens mogelijkheden voor B. Zo kan B bij de rechtstreekse verkrijging door C van door A aan B te leveren zaken van de aanvang af een pandrecht of een recht van vruchtgebruik op die zaken verkrijgen. C verwerft in dit geval slechts de bezwaarde (blote) eigendom. Het voordeel van de hier genoemde toepassingen van art. 3:110 BW is gelegen in het feit dat een tussentijds faillissement aan de rechtstreekse verkrijging van de eigendom, de bezwaarde (blote) eigendom of het pandrecht niet in de weg staat. De in dit verband relevante toepassingen van art. 3:110 BW blijven beperkt tot roerende zaken, niet-registergoederen, die zich in de macht bevinden van de vervreemder, en rechten aan toonder waarvan het toonderpapier in de macht van de vervreemder is.

Voetnoten

[1] Gelieve dit artikel aan te halen als: N.E.D. Faber, 'Directe verkrijging, doorlevering en insolventie', *Tvl* 2021/16. Prof. mr. N.E.D. Faber is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht).

[2] Art. 3:110 BW bepaalt: "Bestaat tussen twee personen een rechtsverhouding die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden, dan houdt de ene het ter uitvoering van die rechtsverhouding door hem verkregene voor de ander." Deze formulering blinkt niet uit in helderheid, maar vormt de wettelijke basis voor de directe verkrijgingsleer, die in deze bijdrage centraal staat. Vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 429-430, en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1249-1251. Ook onder het oude recht werd de directe verkrijgingsleer (in de daarvoor in aanmerking komende gevallen) aanvaard. Zie (uit de meer recente jurisprudentie) HR 23 september 1994, *NJ* 1996, 461, m.nt. WMK (*Kas-Associatie/Drying*). Vgl. ook HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 (*Potharst/Serrée*).

[3] Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1250.

[4] Zie bijvoorbeeld Asser-Bartels & Van Mierlo 3-IV (2013), nrs. 162-164, 236-237 en 274, en Rank-Berenschot, *Bezit* (Mon. BW nr. B7) (2012), nrs. 19-25. Ook in de meer summieze werken pleegt alleen het klassieke geval te worden genoemd. Vgl. Rank-Berenschot, *T&C Burgerlijk Wetboek* (2021), ad art. 3:110 BW; Hijma & Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht* (2020), nrs. 147 en 176, en Hartkamps *Compendium van het vermogensrecht* (2017), nrs. 166 en 177.

[5] Bevindt de zaak of het toonderpapier zich niet in de macht van de vervreemder, dan geldt het leveringsvoorschrift van art. 3:95 BW. Art. 3:110 BW mist dan toepassing.

[6] Zie de art. 3:90 en 3:93 BW. Voor een aandeel in de hier bedoelde goederen geldt op grond van art. 3:96 BW hetzelfde.

[7] Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1250. Vgl. ook HR 23 september 1994, NJ 1996, 461, m.nt. WMK (*Kas-Associatie/Drying*) en HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 (*Potharst/Serrée*).

[8] De rechtstreekse overdracht tussen A en C wordt in dit geval gerechtvaardigd door een samengestelde titel (de optelsom van de titels A-B en B-C). Vgl. Asser-Bartels & Van Mierlo 3-IV (2013), nrs. 239, 272 en 274.

[9] Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1250.

[10] Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1250.

[11] Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1250 en 1258-1259.

[12] Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1250.

[13] Ook in geval van een titelgebrek in de verhouding tussen A en B kan C zich in voorkomend geval op de bescherming van art. 3:86 BW beroepen. Het artikel leent zich volgens de toelichting op art. 3:110 BW voor analoge toepassing. Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1258-1259.

[14] Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1250 en 1258.

[15] Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1258.

[16] Vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 429-430, en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 431.

[17] Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 429-430. B kan daarin nadien eenzijdig ook geen wijziging brengen. Zie art. 3:111 BW.

[18] Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1250.

[19] Vgl. art. 3:107 lid 4 BW jo. art. 3:107, leden 2 en 3, BW. Het houderschap van B is middellijk, wanneer hij het goed (de zaak of het toonderpapier) houdt door middel van een ander die het weer voor hem houdt. Die ander kan ook de oorspronkelijke vervreemder (A) zijn (in geval van een levering *constituto possessorio*) dan wel een derde die het goed aanvankelijk voor A hield en het na de levering voor B gaat houden (in geval van een levering *longa manu*). B zelf houdt het goed op zijn beurt weer voor C.

[20] Vgl. N.E.D. Faber, 'Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', in: *Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements* (1996), blz. 237. In dit geval wordt B zelf bezitter en rechthebbende (of eigenaar) van de desbetreffende goederen. Van een "directe verkrijging" van bezit en eigendom door C is geen sprake.

[21] Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 428 en 430. Zie ook art. 3:108 BW.

[22] Zie in verband met de bevoegdheid tot girale betaling art. 6:114 lid 1 BW.

[23] Ik verwijs in dit verband naar de art. 3:109 en 3:119 lid 1 BW. Op grond van deze artikelen wordt degene die een goed houdt, vermoed dit voor zichzelf te houden, en wordt de bezitter van een goed vermoed rechthebbende te zijn. Vgl. in dit verband (onder meer) HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274 (*Teixeira de Mattos*) en HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 (*Potharst/Serrée*). Overigens dient ook te worden voorkomen dat de gelden vermengd raken met gelden die toebehoren aan een ander dan de tussenpersoon.

[24] Zie met betrekking tot een recht van vruchtgebruik art. 3:213 BW. Ook in dit verband kan art. 3:110 BW toepassing vinden.

[25] Zie hierover meer uitvoerig N.E.D. Faber, in: *Vertrouwd met de Trust* (1996), blz. 213-214. In dezelfde zin A. Steneker, 'Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', diss. (2005), blz. 80-86.

[26] Hoewel een aangesloten instelling deelgenoot is in het desbetreffende girodepot, maken de genoemde effecten vanaf het moment van opname in het girodepot deel uit van het door die aangesloten instelling beheerde verzameldepot. Vgl. art. 38 lid 2 en art. 10, aanhef en onder c, Wge.

[27] Vgl. ook HR 23 september 1994, *NJ* 1996, 461, m.nt. WMK (*Kas-Associatie/Drying*).

[28] Zie N.E.D. Faber, 'Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde, Een uitgemaakte zaak?', in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 202-215 en 220-221; N.E.D. Faber, 'Overdracht van voorwaardelijke eigendom', in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 38-41 en 43-45, alsmede N.E.D. Faber en S.C.J.J. Kortmann, noot onder HR 3 juni 2016, *JOR* 2016/287 (*Rabobank/Reuser*), onder 2. In geval van een overdracht onder opschortende voorwaarde geschiedt de levering onvoorwaardelijk ter uitvoering van een onvoorwaardelijke verbintenis die strekt tot overdracht onder opschortende voorwaarde.

[29] Art. 3:91 BW vormt een zelfstandig leveringsvoorschrift en wordt in de art. 3:86 lid 1, 3:86 lid 2, 3:93, 3:95 en 7:42 lid 1 BW uitdrukkelijk naast art. 3:90 BW genoemd.

[30] Zie HR 3 juni 2016, *JOR* 2016/287, m.nt. NEDF en SCJJK (*Rabobank/Reuser*). Zie voorts N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 182-183, 209-215 en 220-221, alsmede N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 51-58.

[31] Zie N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 182-183, 209-215 en 220-221, alsmede N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 38-39, 49 en 58. Zie ook MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1237-1238. Een en ander heeft in de jurisprudentie bevestiging gevonden in HR 3 juni 2016, *JOR* 2016/287, m.nt. NEDF en SCJJK (*Rabobank/Reuser*).

[32] Voor alle duidelijkheid merk ik op dat in dit voorbeeld de koopovereenkomst wordt gesloten tussen A en B en dat ook de levering geschiedt tussen A en B.

[33] Ter verklaring van de toepassing van art. 3:110 BW kan in dit verband overigens ook worden gewezen op het feit dat de principaal als gevolg van de levering overeenkomstig art. 3:91 BW behalve de macht over de zaak ook rechtstreeks het bezit van een voorwaardelijk eigendomsrecht met betrekking tot de zaak verkrijgt. Vgl. ook N.E.D. Faber en S.C.J.J. Kortmann, noot onder HR 3 juni 2016, *JOR* 2016/287 (*Rabobank/Reuser*), nr. 11.

[34] Het onderscheid tussen het leveringsvoorschrift van art. 3:90 BW (bezitsverschaffing) en het leveringsvoorschrift van art. 3:91 BW (machtsverschaffing) houdt verband met het feit dat degene aan wie een zaak onder opschortende voorwaarde wordt overgedragen, vooralsnog slechts houder van de zaak wordt en geen bezitter (althans geen bezitter van de zaak). Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 388-389 en 436; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1237-1238, en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, blz. 766-767. Vgl. voorts de art. 6:180 lid 2 en 7:9 lid 3 BW.

[35] Ook na HR 3 juni 2016, *JOR* 2016/287, m.nt. NEDF en SCJJK (*Rabobank/Reuser*) heeft art. 3:91 BW zijn betekenis behouden. Niet juist is dat de levering thans overeenkomstig art. 3:90 lid 1 BW zou kunnen of moeten plaatsvinden. De levering geschiedt door middel van de in art. 3:91 BW

bedoelde machtsverschaffing van de zaak, niet door middel van bezitsverschaffing van de zaak, noch door middel van bezitsverschaffing van de voorwaardelijke eigendom van de zaak.

[36] Bij een machtsverschaffing *constituto possessorio* door een *bezitter* dient rekening te worden gehouden met analoge toepassing van het bepaalde in art. 3:90 lid 2 BW. Bij een machtsverschaffing *constituto possessorio* door een *houder* dient rekening te worden gehouden met analoge toepassing van het bepaalde in art. 3:111 BW.

[37] Art. 3:81 lid 1, tweede zin, BW heeft een algemene strekking en geldt ook ter zake van de overdracht van andersoortige goederen waarbij door de vervreemder een andersoortig beperkt recht wordt voorbehouden.

[38] Zie aldus uitdrukkelijk art. 3:81 lid 1, tweede zin, BW. Vgl. ook Eindverslag I, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 406-408, en MvT, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1195-1196.

[39] Dit sluit overigens niet uit dat partijen het beoogde pandrecht eerst met toepassing van art. 3:237 BW als stil pandrecht (vuistloos pandrecht) doen ontstaan, zodat het niet tenietgaat wanneer de zaak naderhand in de (onmiddellijke of middellijke) macht van B of C wordt gebracht. Vgl. in verband met dit laatste art. 3:258 lid 1 BW.

[40] Art. 3:97 BW bepaalt dat toekomstige goederen bij voorbaat kunnen worden geleverd, tenzij het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken of het registergoederen betreft. Vanwege de toepassing van art. 3:110 BW beperk ik mij hier tot de eerder genoemde roerende zaken, niet-registergoederen, die zich in de macht van de vervreemder bevinden, en rechten aan toonder waarvan het toonderpapier in de macht van de vervreemder is.

[41] Zie hierover uitvoerig (en met weerlegging van andere in de literatuur bepleite benaderingen) N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 183-202; N.E.D. Faber, 'Beschikken in het heden met het oog op de toekomst, Dogmatiek of gebakken lucht?', in: *Tijd en Onzekerheid, BW-krant Jaarboek* (2000), blz. 175-180, alsmede N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 37 en 41-42.

[42] De levering bij voorbaat van een toekomstig goed onderscheidt zich hierin van de verkrijging van een goed krachtens derdenbescherming (in het bijzonder art. 3:86 BW) en van de verkrijging van een goed door middel van bekrachtiging of convalescentie (art. 3:58 BW).

[43] Het uitgangspunt van art. 3:84 lid 1 BW is dat de vereisten voor overdracht – een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder en een geldige levering – als *zelfstandige* vereisten dienen te worden beschouwd, met dien verstande dat deze vereisten in temporeel opzicht aan elkaar zijn gerelateerd. De overdracht blijft uit, indien de genoemde vereisten niet in de juiste

volgorde worden vervuld. Dit wordt in art. 3:84 lid 1 BW tot uitdrukking gebracht met de woorden “krachtens” en “verricht door”. Zie N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 180-183; N.E.D. Faber, in: *BW-krant Jaarboek* (2000), blz. 174-175, alsmede N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 34-36.

[44] Een “absoluut toekomstig” goed is een goed dat in het geheel nog niet bestaat. De aanduiding “relatief toekomstig” zegt iets over de relatie tussen het goed (dat reeds bestaat) en degene die daarover in anticipatie op de verkrijging van dat goed bij voorbaat wenst te beschikken. Voor de rechthebbende is het goed een tegenwoordig (bestaand) goed, voor degene die er bij voorbaat over beschikt, is het goed nog (relatief) toekomstig.

[45] Zie N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 183-202 (met name blz. 185-196); N.E.D. Faber, in: *BW-krant Jaarboek* (2000), blz. 175-180, alsmede N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 41-42.

[46] Anders (maar onjuist) TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 401, en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1251.

[47] Zie hierover N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 189-196; N.E.D. Faber, in: *BW-krant Jaarboek* (2000), blz. 175-178, alsmede N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 45-47. Voor de levering van een recht aan toonder waarvan het toonderpapier in de macht van de vervreemder is, geldt ingevolge art. 3:93 BW hetzelfde. Zie voor een aandeel in de hier bedoelde goederen art. 3:96 BW.

[48] De term “macht” wordt gebezigd in de betekenis van het rechtstreeks of via een derde ter beschikking hebben van de zaak, zodanig dat het mogelijk is een ander het bezit daarvan te verschaffen, doch onverschillig of van de kant van de vervreemder een eigen recht op de zaak bestaat. Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 384 en 389. Zowel wanneer de vervreemder bezitter is, als wanneer hij houder is, beide zowel middellijk als onmiddellijk, heeft hij de zaak in zijn macht in de hiervóór bedoelde zin, en kan hij leveren door middel van bezitsverschaffing.

[49] Met betrekking tot relatief toekomstige zaken kan dat in voorkomend geval anders zijn.

[50] Zie hierover N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 192-193; N.E.D. Faber, in: *BW-krant Jaarboek* (2000), blz. 177, alsmede N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 47.

[51] Slechts in één geval komt art. 3:95 BW voor toepassing in aanmerking, te weten indien het een toekomstig goed betreft dat ook als tegenwoordig goed overeenkomstig art. 3:95 BW zou moeten worden geleverd. Wat roerende zaken, niet-registergoederen, betreft kan worden gedacht

aan een gestolen auto die door de verzekeringsmaatschappij in anticipatie op de van de rechthebbende te verkrijgen eigendom (als relatief toekomstig goed) wordt geleverd aan een derde. In dit geval vindt de levering overeenkomstig art. 3:95 BW plaats, en wel onder de opschortende voorwaarde dat de verzekeringsmaatschappij de eigendom van de auto verkrijgt.

[52] Zie hierover N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 193; N.E.D. Faber, in: *BW-krant Jaarboek* (2000), blz. 177, alsmede N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 47.

[53] Zie N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 47, voetnoot 38.

[54] Zie hierover N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (1997), blz. 215; N.E.D. Faber, in: *BW-krant Jaarboek* (2000), blz. 183, alsmede N.E.D. Faber, in: *Fiduciaire verhoudingen* (2007), blz. 48.

[55] De zaak wordt geleverd onder de opschortende voorwaarde dat de vervreemder rechthebbende wordt (voorwaarde 1), en zulks geschiedt ter uitvoering van een (onvoorwaardelijke) verbintenis die strekt tot overdracht onder opschortende voorwaarde (voorwaarde 2).

[56] Met machtsverschaffing bij voorbaat wordt niet bedoeld dat de vervreemder de “voorwaardelijke macht” of iets dergelijks aan de verkrijger verschaft, doch slechts dat de zakelijke (of goederenrechtelijke) overeenkomst (die deel uitmaakt van de levering) onder opschortende voorwaarde luidt, zodat de levering bij de vervulling van de aan haar verbonden opschortende voorwaarde effect sorteert en de voor de overdracht onder opschortende voorwaarde benodigde machtsverschaffing tot stand komt.

[57] Vgl. ook N.E.D. Faber, noot onder Rb. Noord-Nederland 12 oktober 2016, *JOR* 2016/321, onder 4.

[58] Van een werkelijke overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht, zoals bedoeld in art. 3:81 lid 1, tweede zin, BW, zal sprake (kunnen) zijn, indien de zaak niet rechtstreeks wordt verkregen door C, maar het voorwerp is van een doorlevering, te weten een levering tussen A en B, gevolgd door een levering tussen B en C.

[59] Zie art. 3:236 lid 1 BW.

[60] Zie art. 3:98 jo. art. 3:90 BW.

[61] Dit is niet (wezenlijk) anders dan bij een overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht, zoals bedoeld in art. 3:81 lid 1, tweede zin, BW.

[62] De vestiging van een beperkt recht kan als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het meeromvattende recht (het hoofdrecht) worden beschouwd. Vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 309 en 404. Men spreekt in dit verband ook wel van een kwalitatieve overdracht.

[63] Art. 3:98 BW laat als schakelbepaling onverlet dat ook andere bepalingen inzake overdracht dan die van afdeling 3.4.2 BW van overeenkomstige toepassing kunnen zijn op de vestiging van een beperkt recht.

[64] Zie art. 3:98 jo. art. 3:90 BW. Het betreft hier de bezitsverschaffing van het recht van vruchtgebruik. Van de zaak die met het recht van vruchtgebruik wordt bezwaard, wordt de vruchtgebruikers slechts houder. De regeling van art. 3:98 jo. art. 3:95 BW laat ik hier buiten beschouwing.

[65] Ik spreek hier in neutrale zin over “nader uitgewerkt”, omdat de bijzondere vestigingsvoorschriften van de art. 3:236 lid 1 en 3:237 lid 1 BW onverlet laten dat tevens wordt voldaan aan hetgeen voortvloeit uit art. 3:98 jo. art. 3:90 BW. Aan de pandhouder wordt bij de vestiging van het pandrecht steeds (en derhalve ook bij een stil pandrecht) het bezit van het pandrecht verschaft. Dat bij een stil pandrecht sprake is (en bij een openbaar pandrecht kan zijn) van middellijk bezit, doet hieraan niet af. Voorts is de pandhouder steeds (en derhalve ook bij een stil pandrecht) aan te merken als houder van de zaak waarop het pandrecht rust. Zulks komt ook tot uitdrukking in het woord *pandhouder*. Dit houderschap kan weer onmiddellijk of middellijk zijn. Aan het middellijk houderschap van de pandhouder met een stil pandrecht op de zaak staat niet in de weg dat de pandgever als bezitter van de bezwaarde (blote) eigendom van die zaak haar mede voor zichzelf houdt (en derhalve niet alleen voor de pandhouder). Vgl. in verband met onmiddellijk en middellijk bezit en houderschap van goederen (zowel zaken als vermogensrechten) art. 3:107 BW. De regeling van art. 3:98 jo. art. 3:95 BW laat ik hier buiten beschouwing.

[66] Het onderscheid tussen Boek 3 BW (Vermogensrecht in het algemeen) en Boek 5 BW (Zakelijke rechten) is daarop gebaseerd. Zou men het eigendomsrecht van een zaak niet met de zaak zelf vereenzelvigen, dan is het begrip zakelijk recht een *contradictio in terminis*. Het rust dan immers niet op een zaak, maar op een vermogensrecht (het eigendomsrecht van de zaak).

[67] Zie art. 3:236 lid 1 BW.

[68] Zie art. 3:98 jo. art. 3:90 BW.

[69] Betreft het een vooralsnog toekomstige zaak, dan kan de vestiging reeds bij voorbaat plaatsvinden, zodanig dat bij de vervulling van de aan de vestigingshandeling verbonden opschortende voorwaarde een directe verkrijging plaatsvindt van het beperkte recht door C.

[70] Zie hierover N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, 'De security trustee in crisistijden, Over de vervanging van de security trustee, de overgang van zekerheden en het afdekken van insolventierisico's', in: *De Kredietcrisis* (2010), blz. 143-144, alsmede N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, 'Zekerheden en partijautonomie', in: *Financiering van de productieketen* (2019), blz. 207-208.