

MR. N.W.M. VAN DEN HEUVEL

Eigendom tot zekerheid 10 jaar na Sogelease

O & F
2
Nr. 67 / oktober 2005

In de memorie van antwoord I bij het wetsvoorstel ter implementatie van de EG-richtlijn van 6 juni 2002 (2002/47/EG) – de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten – stelt de minister dat in het geldende Nederlandse recht zekerheid kan worden verschaft door de overdracht van goederen.¹ Deze overweging lijkt op het eerste gezicht in strijd te zijn met het fiduciaverbod zoals dat is neergelegd in artikel 3:84 lid 3 BW en doet de vraag rijzen naar de reikwijdte van dit verbod. Een nadere beschouwing van het fiduciaverbod, in het bijzonder in verband met de uitleg die daaraan door de Hoge Raad in het Sogelease-arrest (HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119) is gegeven, laat zien dat de overweging van de wetgever zo gek niet is. In dit artikel staat dit gegeven centraal. Blijken zal dat de wijze waarop in ons recht met de eigendom tot zekerheid wordt omgegaan (zie hierna) tot gevolg heeft dat de (internationale) financieringspraktijk in het Nederlandse recht een belemmering vindt en bovendien een stop op de ontwikkeling van ons goederenrecht betekent. Het alternatief is schrapping van het fiduciaverbod, hetgeen aanleiding geeft tot de toepassing van de zogenoemde functionele benadering op het Nederlandse zekerhedenrecht.

Het fiduciaverbod en het gesloten goederenrechtelijke systeem

Het fiduciaverbod – artikel 3:84 lid 3 BW – staat in de weg aan een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid.² Met deze bepaling beoogde de wetgever de eigendom tot

zekerheid uit ons systeem te schrappen. Van de eigendom tot zekerheid werd in de financieringspraktijk op grote schaal gebruikgemaakt als alternatief voor het pandrecht.

Onder het oude BW was slechts een pandrecht mogelijk waarbij het verpande goed uit de macht van de pandgever werd gebracht, dan wel mededeling van de verpanding aan de debiteur van de verpande vordering werd gedaan. De roep van de praktijk om bezitloze zekerheid resulteerde in de introductie van de eigendom tot zekerheid in ons recht.³ Bij de eigendomsoverdracht tot zekerheid wordt aan de schuldeiser de eigendom van de betreffende goederen overgedragen, waarbij partijen afspreken dat de schuldeiser zijn eigenaarsbevoegdheden slechts zal aanwenden in het kader van verhaal van zijn vordering(en) op de schuldenaar. Deze afspraak maakt dat het recht van de schuldeiser wel wordt aangeduid als fiduciaire eigendom. De schuldenaar moet er immers op vertrouwen dat de schuldeiser zich aan deze afspraak houdt. De goederen blijven in de macht van de schuldenaar die de goederen doorgaans in de normale uitoefening van zijn bedrijf mag aanwenden. Het eigendomsrecht van de schuldeiser dient slechts tot zekerheid van zijn vorderingen op de schuldenaar. Belangrijk kenmerk van de eigendom tot zekerheid is dat de eigendom van de betreffende goederen formeel berust bij de schuldeiser, maar in materiële zin – of, zo men wil, economische zin – toebehoort aan de schuldenaar. De eigendom berust dus niet bij de partij die tevens economisch belanghebbende is.

In het nieuwe BW is de eigendom tot zekerheid

1 Kamerstukken I 2003/04, 28 874, C, p. 8.

2 Het fiduciaverbod staat ook in de weg aan rechtshandelingen die de strekking missen het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Dit ziet op de overdracht ten titel van beheer en zal in dit artikel buiten beschouwing worden gelaten.

3 In de arresten HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616 (De Haan/Heineken) en HR 21 juni 1929, NJ 1929, 1096 (Hakkers/Van Tilburg) accepteerde de Hoge Raad de eigendom tot zekerheid. Zie over de ontwikkeling van deze figuur onder andere A.I.M. van Mierlo, 'Eigendomsoverdracht tot zekerheid in Nederland; opkomst en ondergang van een zekerheidsrecht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2001, p. 298–305.

vervangen door het stille of bezitloze pandrecht. Bij het ontwerpen van het nieuwe BW ging Meijers ervan uit dat fiduciaire verhoudingen vermeden moesten worden.⁴ Zijn voornaamste bezwaar tegen de eigendom tot zekerheid was de dogmatische onzuiverheid ervan. De figuur leidde in zijn ogen tot een onduidelijke verdeling van goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden over partijen. Door de volledige eigendom over te dragen aan de zekerheid wensende crediteur, krijgt hij meer rechten en bevoegdheden dan voor het zekerheidsdoel noodzakelijk is. Deze crediteur zou slechts behoefte hebben aan een bijzonder verhaalsrecht ten aanzien van de betreffende goederen waaraan bovendien voorrang verbonden is. Het stille pandrecht geeft de rechthebbende crediteur die bijzondere verhaalsbevoegdheden en voorrang.

Andere bezwaren die Meijers en anderen zagen, waren het feit dat de eigendom tot zekerheid het mogelijk maakte het gehele vermogen van de debiteur te belasten met zekerheidsrechten ten behoeve van één crediteur, het gebrek aan openbaarheid en het gevaar van schijnakten. Deze bezwaren zijn, behalve het gevaar van schijnakten, niet ondervangen door de invoering van het stille pandrecht. Het is immers ook met het stille pandrecht mogelijk hele (bestaande en toekomstige) vermogens te bezwaren met zekerheidsrechten zonder dat dat voor derden zichtbaar is.⁵

Het fiduciaerverbod is het sluitstuk van ons gesloten goederenrechtelijke systeem.⁶ Dit systeem wordt gekenmerkt door het feit dat slechts die rechten goederenrechtelijk effect hebben die door de wet als zodanig zijn erkend. Het voornaamste argument voor een gesloten goederenrechtelijk systeem is gelegen in de absolute werking van goederenrechtelijke rechten en de gevolgen daarvan voor derden.⁷ De uitputtende catalogus van goederenrechtelijke rechten zoals die in een gesloten systeem bestaat, zou tot gevolg hebben dat derden met rechten ten aanzien van een bepaald goed als gevolg hiervan weten met welke goederenrechtelijke aanspraken van anderen zij geconfronteerd kunnen worden. Van de door de wet erkende goederenrechtelijke rechten is eigendom het meestomvattend. Uitgangspunt van ons gesloten sys-

teem is dat eigendom slechts over meerdere personen verdeeld kan worden door gebruik te maken van een beperkt recht. Artikel 3:81 lid 1 BW bepaalt dat op een recht 'alleen de in de wet genoemde beperkte rechten' kunnen worden gevestigd. Voor zekerheidsrechten wordt deze regel verder uitgewerkt in artikel 3:84 lid 3 BW. Dit maakt dat ons systeem sceptisch staat tegen constructies waarbij een crediteur een eigendomsrecht heeft dat dient ter securering van zijn vordering op de debiteur en dat in materiële zin toekomt aan zijn debiteur. De wet erkent slechts het eigendomsvoorbehoud (artikel 3:92 BW) en de huurkoop (artikel 7A:1576h e.v. BW). De wens om de eigendom tot zekerheid uit ons recht te bannen is er de reden voor dat het eigendomsvoorbehoud slechts beperkt mogelijk is. Dit maakt dat, hoewel het fiduciaerverbod naar de letter niet ziet op varianten van zekerheidseigendom die zijn gegrond op het voorbehouden van eigendom, het karakter van dat verbod in samenhang met de uitgangspunten van ons gesloten goederenrechtelijke systeem wel voor twijfels kan zorgen omtrent de houdbaarheid van bepaalde constructies. Ik denk bijvoorbeeld aan financial lease in een driepartijenverhouding. De leasener heeft de leasemaatschappij in de arm genomen om een machine die hij bij de leverancier wil aanschaffen te financieren. De leverancier levert de machine aan de leasemaatschappij die de machine vervolgens direct op grond van financial lease doorlevert aan de leasener en zich daarbij de eigendom van de machine voorbehoudt. De bedoeling van dit alles is het verschaffen van zekerheidseigendom aan de leasemaatschappij, hetgeen in theorie ook zou kunnen worden bereikt door het vestigen van een pandrecht op de machine ten behoeve van de leasemaatschappij. Vlak na de invoering van het nieuwe BW is in de literatuur vrij veel aandacht besteed aan de vraag of dit soort constructies geraakt zou worden door het fiduciaerverbod.⁸

Met het fiduciaerverbod, al dan niet in combinatie met het beginsel van het gesloten goederenrechtelijke systeem, dwingt de wetgever schuldeisers die behoefte hebben aan zekerheid tot het gebruik maken van de in de wet geregelde constructies. De wetgever gaat er kennelijk van uit dat alle legitieme

5 Zie over het feit dat het mogelijk is hele bestaande en toekomstige vermogens te belasten met zekerheidsrechten mijn proefschrift *Zekerheid en Voorrang*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004 en over de wenselijkheid van het verbinden van publiciteit aan zekerheidsrechten hoofdstuk 4 daarvan.

6 Zie over het niet-absolute karakter van deze geslotenheid recent W. Snijders in *WPNR* 2005 (6607 en 6608) en minder recent Rank-Berenschot in haar dissertatie *De scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*.

7 Zie bijvoorbeeld Asser-Mijnssen-De Haan 2001, nr. 31.

8 Zie over deze constructie en de mogelijke strijd met het fiduciaerverbod de bijdragen van H.W. Heyman en S.C.J.J. Kortmann aan de aan leasing gewijde aflevering van *WPNR* 1994 (6119).

doelen die met zekerheidstelling bereikt moeten worden ook met de wettelijke varianten gerealiseerd kunnen worden en dat de bij die doelen behorende rechten en bevoegdheden op een bevredigende wijze zijn geregeld in de wettelijke regeling. In dit verband is vooral de bescherming van de schuldenaar die spreekt uit de wettelijke regeling van het pandrecht, van belang. De wetgever heeft gemeend de schuldenaar te moeten beschermen tegen het risico dat de schuldeiser meer krijgt dan hem, gezien de omvang van zijn vordering(en) op de schuldenaar, toekomt en bepalingen opgenomen als het toe-eigeningsverbod en de regeling omtrent uitwinning door de zekerheidsnemer van zijn recht.

Leasing en het fiduciaverbod: het Sogelease-arrest

Vlak na de invoering van artikel 3:84 lid 3 BW is in de literatuur uitgebreid gedebatteerd over de vraag welke vormen van leasing geraakt zouden worden door het fiduciaverbod. De discussie spitste zich toe op de financial lease.⁹ Financial lease is, in tegenstelling tot operational lease, niet vergelijkbaar met huur. De leasemaatschappij financiert het leaseobject en is er in juridische zin eigenaar van, terwijl het gebruik en het economisch risico aan de zijde van de leasener liggen. De leasener is gehouden het door de leasemaatschappij geïnvesteerde bedrag, vermeerderd met rente, te betalen door middel van periodieke aflossingen. Het beoogde resultaat is dat de leasener aan zijn verplichtingen voldoet en de (juridische) eigendom uiteindelijk definitief bij hem komt te rusten. Het is duidelijk dat bij financial lease de eigendom van de leasemaatschappij slechts dient ter securering van de betalingsverplichtingen van de leasener. Dit maakt dat sprake is van zekerheidseigendom.¹⁰

Het gevaar van strijd met het fiduciaverbod werd niet erg groot geacht bij directe leasing en indirecte leasing.¹¹ De reden daarvoor is dat bij die leasevormen er geen sprake is van een overdracht maar eerder van een variant op eigendomsvoorbehoud. De leasemaatschappij is eigenaar van de betreffende goederen (directe lease) of betreft deze van de leverancier

(indirecte lease) en geeft de goederen vervolgens in gebruik aan de leasener. Bij de sale-and-lease-back is er wel sprake van een overdracht. De lessee draagt een goed over en least dit vervolgens weer terug van de lessor. Wanneer dan sprake is van financial lease en het economisch risico dus volledig ligt bij de lessee, is de gelijkenis met eigendomsoverdracht tot zekerheid wel erg groot. Dit maakte dat met name ten aanzien van deze figuur werd gevreesd voor strijd met het fiduciaverbod.

De vraag of een sale-and-lease-back wordt geraakt door het fiduciaverbod is door de Hoge Raad beantwoord in het Sogelease-arrest. Waarschijnlijk mede gezien de onzekerheid die in de praktijk bestond over de reikwijdte van het fiduciaverbod, heeft de Hoge Raad getracht een algemene regel te geven voor de uitleg van het verbod. De Hoge Raad oordeelde dat de uit artikel 3:84 lid 3 BW af te leiden maatstaf moet worden gezocht in het antwoord op de vraag 'of de rechtshandeling ertoe strekt de wederpartij in diervoeg een zekerheidsrecht op het goed te verschaffen dat deze in zijn belangen als schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers wordt beschermd'. Volgens de Hoge Raad ligt de kern van een zodanige bescherming in de bevoegdheid zich met voorrang boven andere schuldeisers op het goed te verhalen. Dit heeft tot gevolg dat een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het verbonden goed wordt overgedragen in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het verbonden goed te gelde te maken, zich uit de opbrengst te voldoen en het overschot uit te keren aan de overdrager, geen geldige titel voor overdracht is. Slechts een 'werkelijke overdracht' waarbij het goed zonder beperking op de derde overgaat en hem meer verschaft dan een recht op het goed dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt is toegestaan. Hieraan doet niet af dat de overdracht plaatsvindt in verband met kredietverlening.

Met het Sogelease-arrest is duidelijk geworden dat de eigendom tot zekerheid weer – of nog steeds – een plek heeft in ons recht. Het fiduciaverbod verhindert geenszins dat partijen (de overdracht van) eigendom een zekerheidsfunctie toebedelen, mits in

9 Men was en is het er goeddeels over eens dat *operational lease* buiten de werkingssfeer van het fiduciaverbod blijft aangezien sprake is van een reële eigendomsoverdracht aan een verkrijger die de zaak op zijn balans activeert, zie bijvoorbeeld Heyman, t.a.p., p. 4.

10 Zie over de zekerheidsfunctie van het eigendomsrecht in geval van *financial lease* J.J. van Hees, *Leasing*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 55, J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële sale-lease back', *WPNR* 1995 (6190 en 6191), p. 555 en T.H.D. Struycken, 'De geschonden fiducia in het goederenrecht: over form en substance', in: *Op Recht* (feestbundel ter ere van A.V.M. Struycken) 1996, p. 341-342.

11 Zie de bijdragen van H.W. Heyman, W.M. Kleijn en S.C.J.J. Kortmann aan de aan leasing gewijde aflevering van het *WPNR* 1994 (6119).

formele zin maar sprake is van een reële (overdracht van) eigendom en de 'eigenaar' in zijn bevoegdheden niet wordt beperkt.

Het fiduciaverbod en de financieringspraktijk

Voor de traditionele financieringspraktijk waarin een debiteur in ruil voor een krediet van bijvoorbeeld de bank zekerheidsrechten vestigt, is de overgang van de eigendomsoverdracht tot zekerheid naar het stille pandrecht vrijwel geruisloos verlopen. De grootste onrust heeft het fiduciaverbod gebracht bij partijen die gebruikmaken van zogeheten nieuwe financieringsvormen. Het fiduciaverbod zou in de weg staan aan het gebruik van moderne financiële transacties als securitisations, repo's en vormen van lease.¹² Van het alternatief van het stille pandrecht wordt in deze praktijk nauwelijks gebruikgemaakt.

Met name bij moderne transacties zoals repo's en leveraged leasing is het stille of bezitloze pandrecht geen volwaardig alternatief. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer fiscale motieven een rol spelen bij de keuze voor een bepaalde transactie. Fiscaal voordeel kan in veel gevallen slechts behaald worden indien de financier eigenaar wordt van de verbonden goederen.¹³ Bij leasing geldt nog dat de leasemaatschappij het betreffende object weer ter vrije beschikking wil hebben wanneer de leasener niet aan zijn verplichtingen voldoet, bijvoorbeeld om het in lease te geven aan een andere leasener.¹⁴ Wanneer vorderingen het te financieren object zijn, is het bij de moderne financieringsconstructies vaak van belang dat de financier 'eigenaar' van de vorderingen wordt om zo deze vorderingen te kunnen aanwenden in het kader van verrekening.¹⁵ Het pandrecht sluit niet aan bij het grondpatroon van dergelijke transacties: de wettelijke regeling van rechten en bevoegdheden strookt niet met het doel en karakter ervan. Dit neemt niet weg dat partijen met zo'n transactie een legitiem doel – bijvoorbeeld het behalen van fiscaal voordeel – (kunnen) dienen.¹⁶ Partijen maken dus gebruik van het voorbehouden of overdragen van eigendom. Het feit dat zo'n overdracht een zeker-

heidsdoel dient doet aan de geldigheid niet af, mits voldaan is aan het Sogelease-criterium en sprake is van een 'werkelijke overdracht'. De praktijk ontwikkelt constructies waarbij de gevaren van het fiduciaverbod zoveel mogelijk ongedaan worden gemaakt en er worden vele euro's besteed aan het verkrijgen van opinies over de houdbaarheid van bepaalde constructies.¹⁷

De uitleg die de Hoge Raad in het Sogelease-arrest aan het fiduciaverbod heeft gegeven, heeft tot gevolg dat het fiduciaverbod feitelijk nauwelijks een beperking vormt. De praktijk vindt zijn weg door gebruik te maken van de 'werkelijke overdracht'. Het risico dat een bepaalde transactie achteraf ongeldig blijkt, is nauwelijks aanwezig. Dit neemt niet weg dat elke transactie het risico – hoe klein ook – loopt ongeldig te zijn wegens strijd met het fiduciaverbod. Dit zogenoemde recharacterisation risk is voor de financieringspraktijk onaanvaardbaar. De onduidelijkheid die bestaat over de reikwijdte van het fiduciaverbod werkt hier belemmerend.¹⁸ Het schrappen van artikel 3:84 lid 3 BW zou het recharacterisation risk wegnemen.¹⁹ Er zijn op dit moment geen aanwijzingen dat de wetgever voornemens zou zijn deze wens in te willigen. Dit betekent overigens niet dat de wetgever geen oog heeft voor de problemen van de praktijk op dit punt. Zo is er in 1998 in de Wet toezicht effectenverkeer (artikel 2a) een bepaling opgenomen waarin repo's werden uitgesloten van de werking van het fiduciaverbod. Een ander voorbeeld zijn de financiëlezekerheidsovereenkomsten. Als gevolg van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten is de Nederlandse wetgever verplicht een regeling over de financiëlezekerheidsovereenkomsten (fzo's) in te voeren. Het doel van de richtlijn is, voorzover hier relevant, het vergroten van de liquiditeit van financiële markten door het wegnemen van belemmeringen in de lidstaten voor de uitvoering van transacties die vallen onder de noemer fzo. Fzo's zijn transacties waarbij geld of effecten als zekerheid worden gebruikt. Het gaat om transacties die in de regel slechts worden gedaan tussen financiële instellingen zoals repo's en swaps. Het wetsvoorstel 30 138

12 Zie over leasing en het fiduciaverbod de bijdragen in het al meerdere malen genoemde nummer van het *WPNR* 1994 (6119).

13 W.A.K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 10.

14 Van Hees, t.a.p., p. 184.

15 Rank, a.w., p. 10.

16 Zie A-G Hartkamp die in zijn conclusie voor het Sogelease-arrest regelingen inzake fiscaal afschrijvingsbeleid of investerings-subsidies aanmerkt als honorabele redenen voor een *sale-and-lease-back*.

17 Rank, a.w., p. 9-17, 25-30 en 35-39 bespreekt een aantal van deze constructies.

18 Zie bijvoorbeeld M.H.E. Rongen, 'De strekking van het fiduciaverbod, in het bijzonder in verband met de financiering op basis van vorderingen', p. 300-301. Heyman, t.a.p., p. 2, 4.

19 Zie bijvoorbeeld Rank, a.w., p. 42.

ter implementatie van de Richtlijn bevat bepalingen – de voorgestelde artikelen 7:51 e.v. BW – die een zekerheidsoverdracht in verband met een fzo mogelijk maken.²⁰

Feit is dat de financieringspraktijk ondanks de invoering van het stille pandrecht behoefte blijft houden aan vormen van zekerheid die gebaseerd zijn op de overdracht van eigendom en pleit voor de beperkte uitleg of afschaffing van het fiduciaverbod.²¹ De redenen van de praktijk voor beperkte uitleg of afschaffing van het fiduciaverbod kunnen legitiem zijn, of niet. De behoeften van de praktijk vormen niet per definitie een rechtens te respecteren belang en een reden om door de wetgever gemaakte keuzen opzij te zetten. Ook zonder het fiduciaverbod is niet iedere constructie toelaatbaar. Telkens moet getoetst worden aan de belangen van partijen en van derden. Het probleem met het fiduciaverbod is echter dat het deze toetsing onmogelijk maakt en zo zijn doel voorbij schiet.

Het fiduciaverbod: een stop op de ontwikkeling van ons goederenrecht

Behalve het feit dat het fiduciaverbod in de praktijk moeilijk hanteerbaar blijkt, is er nog een andere reden om te pleiten voor afschaffing ervan. Het fiduciaverbod, in samenhang met het uitgangspunt van het gesloten goederenrechtelijk systeem, is zijn doel voorbijgeschoten. De alles-of-niets-benadering die het gevolg is van het fiduciaverbod en de daaraan door de Hoge Raad gegeven uitleg maken een inhoudelijke belangenafweging onmogelijk en verhinderen het om de rechten en bevoegdheden van partijen aan te passen aan doel en karakter van een bepaalde transactie/constructie.

Kortmann en Van Hees stelden reeds in 1995 – vlak na het wijzen van het Sogelease-arrest – dat de door de Hoge Raad in dat arrest gegeven uitleg van het fiduciaverbod, ons ‘terug bij af’ heeft gebracht.²² ‘Af’ is dan in 1929, het jaar waarin diezelfde Hoge

Raad de overdracht tot zekerheid sanctioneerde. Het betrof de overdracht tot zekerheid in zijn meest rudimentaire vorm. Café-eigenaar Bos droeg zijn inventaris over aan Heineken in ruil voor een door Heineken verstrekte financiering waarbij partijen afspreken dat Bos de inventaris onder zich mocht houden en dat na aflossing van het krediet de eigendom weer aan Bos zou worden overgedragen. Aldus werd toegestaan dat een kredietverlener eigendom verkreeg terwijl hij eigenlijk slechts aan zekerheid behoefte had. Het vergde veel tijd en moeite om de figuur van eigendom tot zekerheid aan te passen aan de verhouding tussen partijen en de belangen van derden.²³ In het kader van het onderwerp van deze bijdrage is vooral van belang dat de rechtspraak uiteindelijk tot het oordeel kwam dat bij wanprestatie door de schuldenaar de verhaalsregels van pand en hypotheek voor zoveel mogelijk analoog moeten worden toegepast.²⁴ Dit betekent dat de kredietverlener zich de verboden goederen niet mag toe-eigenen en een eventueel executieoverschot moet uitkeren aan de schuldenaar. Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat de rechtspraak heeft getracht de inhoud van de eigendom tot zekerheid zoveel mogelijk te laten aansluiten bij de belangen van de partijen en het doel van de constructie is dat de eigendomsoverdracht werd geacht te zijn geschied onder de ontbindende voorwaarde dat de schuldenaar aan zijn verplichtingen zou voldoen, tenzij partijen uitdrukkelijk anders overeengekomen waren.²⁵ Door deze jurisprudentie werd een overbedeling van de schuldeiser voorkomen en werd bewerkstelligd dat hij precies kreeg waaraan hij behoefte had, namelijk een bijzonder verhaalsrecht dat hem bovendien voorrang ten opzichte van zijn medeschuldeisers verschafte.

Het Sogelease-arrest heeft ons weer terug bij af gebracht, of misschien nog wel erger. De eis van een werkelijke overdracht maakt het onmogelijk om de posities van partijen vorm te geven zoals gebeurde ten aanzien van de eigendom tot zekerheid. De Hoge

20 Dit wetsvoorstel is de opvolger van wetsvoorstel 28 874. Dit wetsvoorstel is verworpen door de Eerste Kamer. De reden hiervoor was voornamelijk gelegen in het feit dat de regeling niet was beperkt tot ondernemingen die een band hebben met de financiële markt. Wetsvoorstel 30 138 kent deze beperking wel en heeft voor het overige, behalve enkele aanvullingen naar aanleiding van de behandeling van het oude wetsvoorstel, dezelfde inhoud als wetsvoorstel 28 874. Zie over wetsvoorstel 28 874 bijvoorbeeld T.R.M.P. Keijser, ‘De implementatie van de Europese Richtlijn betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten’, *WPNR* 2004, p. 761–771, R. Westrik, ‘Verwijdering van de Europese rechtscultuur. Het wetsvoorstel uitvoering Richtlijn financiëlezekerheidsvereenkomsten’, *WPNR* 2004, p. 771–776, J.H.M. van Erp, ‘Financiëlezekerheidsvereenkomsten’, *WPNR* 2004, p. 976–971, F.M.J. Verstijlen, ‘Van feo naar fzo (via Brussel)’, *Ondernemingsrecht* 2005/3.

21 Zie bijvoorbeeld de al meerdere malen aangehaalde oratie van Rank uit 1998.

22 S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, ‘Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht’, *NJB* 1995, p. 994.

23 Zie hierover bijvoorbeeld Van Mierlo, t.a.p.

24 Zie HR 3 januari 1941, *NJ* 1941, 470 (Hazerswoude/Los).

25 Zie HR 3 oktober 1980, *NJ* 1981, 60 (Ontvanger/Schriks).

Raad zegt met zoveel woorden dat de verhaalsregels van pand en hypotheek op constructies zoals de sale-and-lease-back niet van toepassing zijn. Hij zegt ook dat het geen verschil maakt of de constructie is aangegaan in verband met enige vorm van krediet. De Hoge Raad heeft met het Sogelease-arrest voor een benadering gekozen, of is daartoe door de wetgever gedwongen, waarmee verder wordt afgedreven van de bedoeling van partijen en de aard van een bepaalde constructie. Blijkbaar was de Hoge Raad van oordeel dat sale-and-lease-back-constructies moesten worden toegelaten en is hij op zoek gegaan naar een wijze waarop het fiduciaverbod omzeild kon worden, zonder het nog zeer recente verbod tot een dode letter te maken. De 'werkelijke overdracht' bleek de oplossing. Dit is ook logisch in die zin dat ons gesloten goederenrechtelijke systeem geen andere mogelijkheid bood dan het onderbrengen van de constructie in het hokje 'eigendom'. Dit etiket maakt echter niet dat het zekerheidskarakter van de constructie plots verdwenen is. In geval van sale-and-lease-back is de positie van de lessor in materieel – of, zo men wil, economisch – opzicht gelijk aan die van de pandhouder. Het feit dat in verband met de verlening van krediet eigendom 'werkelijk' wordt overgedragen aan de kredietverlener betekent niet dat het dan dus ook gerechtvaardigd is dat aan de kredietverlener de volledige eigendom en alle daarbij behorende bevoegdheden en rechten toekomen. Integendeel zelfs. Wat gebeurt er bijvoorbeeld wanneer de lessee al een gedeelte van de financiering van het leaseobject heeft afgelost en vervolgens in gebreke raakt? Is het dan rechtens dat de lessor zijn eigendomsrecht opeist, ongeacht de overwaarde van het leaseobject ten opzichte van de nog openstaande verplichtingen van de lessee? Het lijkt mij van niet, hoewel ik moet constateren dat een verplichting van de lessor tot uitkering van de overwaarde aan de lessee op grond van de leer van de Hoge Raad waarschijnlijk maakt dat van een ongeoorloofde fiduciaire eigendom sprake is.²⁶ De situatie waarvoor W. Snijders al in 1990 waarschuwde, is werkelijkheid geworden.²⁷ Het is nu zo dat het enkele feit dat men bij het met de overdracht beoogde zekerheidsrecht ook nog het toe-eigeningsverbod en andere dwingendrechtelijke regels waarmee de overbedeling van de zeker-

heidsnemer wordt voorkomen, overtreedt, de zekerheidsoverdracht ineens geldig maakt.

Waar dit toe kan leiden, wordt duidelijk aan de hand van de perikelen rondom de implementatie van de Richtlijn financiëlezekerheidsvereenkomsten. Uitgangspunt van de Richtlijn is dat in alle lidstaten zowel door een fzo-pandrecht als een fzo-overdracht een zekerheidsrecht kan worden gecreëerd op effecten en giraal geld dat voldoet aan de eisen die in de Richtlijn zijn gesteld. Deze eisen zien bijvoorbeeld op het gebruiksrecht van de pandhouder en de wijze van executie. Artikelen 7:51 e.v. van het inmiddels door de Eerste Kamer verworpen wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn erkent zoals gezegd uitdrukkelijk de mogelijkheid van een fzo-overdracht. Artikel 7:55 BW bepaalt dat 'een overdracht ter nakoming van een financiëlezekerheidsvereenkomst is geen overdracht tot zekerheid of een overdracht die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen in de zin van art. 3:84 lid 3 BW'. Artikel 7:55 bepaalt voorts dat op de fzo en de daaruit voortvloeiende overdracht de regels van het pandrecht niet, zelfs niet analoog, van toepassing zijn. De reden hiervoor is niet gelegen in de Richtlijn, maar in de eigenaardigheden van het Nederlandse recht.²⁸ De wetgever wilde elke twijfel over de toepasselijkheid van het fiduciaverbod voorkomen en deed er dan ook alles aan om de fzo-overdracht te kunnen kwalificeren als een werkelijke overdracht als gevolg waarvan de overgedragen goederen volledig in het vermogen van de zekerheidsnemer vallen.²⁹ Dit heeft tot gevolg dat de wetgever, in tegenstelling tot de regeling van het fzo-pandrecht, geen voorziening trof voor de situatie waarin sprake is van een overwaarde in het zekerheidsobject ten opzichte van de verplichtingen van de zekerheidsgever jegens de zekerheidsnemer.

Dit alles zou ertoe kunnen leiden dat de zekerheidsnemer van mening is dat in geval van niet-nakoming door de zekerheidsgever een eventuele overwaarde niet verrekend hoeft te worden, hetgeen zou indruisen tegen de algemene beginselen van ons vermogensrecht (in het bijzonder het verrijktingsrecht).³⁰ Hoewel er situaties denkbaar zijn waarin het ontbreken van een verrekeningsplicht geen probleem is, bijvoorbeeld een repo met een zuiver speculatief

26 Zie de discussie tussen T.H.D. Struycken en A.F. Salomons in *WPNR* 6204, 6215 en 6237.

27 In Verslag van de vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht' op 27 april 1990 over 'Eigendom ten titel van beheer naar komend recht', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 61.

28 L.P.W. van Vliet, 'De financiëlezekerheidsvereenkomst, een tussenbalans', *NTBR* 2005, p. 200 constateert dat het ontbreken van een plicht tot vergoeding van de overwaarde niet in overeenstemming is met de Richtlijn en de algemene praktijk bij de handel in derivaten.

29 Zie Nadere MvA I, Kamerstukken I 2004/05, 28 874, E, p. 2, 5 en 14.

30 Vgl. Van Vliet, t.a.p., p. 198.

karakter³¹, is het niet wenselijk een verrekeningsplicht in alle gevallen onmogelijk te achten.³² Dit zou er immers aan in de weg staan dat partijen, bijvoorbeeld gezien de aard van de transactie die zij wensen aan te gaan, een verplichting tot vergoeding van de overwaarde in hun overeenkomst opnemen. Het verbod van de analoge toepassing van de regels voor pandrecht zou het voorts onduidelijk maken of het de rechter is toegestaan om, bijvoorbeeld gezien de aard van de transactie en de dreigende uitholling van de positie van de zekerheidsgever, een verrekeningsplicht op te leggen. Opgemerkt zij dat de wetgever ten aanzien van het fzo-pandrecht – dat inhoudelijk gelijk zou moeten zijn aan de fzo-overdracht en daarvan slechts verschilt voor wat betreft de goederenrechtelijke constructie – juist tot doel had te voorkomen dat de zekerheidsnemer kan overgaan tot uitwinning van de goederen tegen een niet-marktconforme prijs.³³

Het voorbeeld van de fzo-overdracht maakt duidelijk dat de strikt formele of dogmatische benadering die wetgever en Hoge Raad in verband met het gesloten goederenrechtelijke systeem en het fiduciaverbod hebben gekozen de nuance onmogelijk maakt. Het is alles of niets, eigendom of zekerheid (in de zin van een pandrecht). De verschillen tussen de traditionele zekerheidsrechten en de nieuwe, veelal op eigendom gebaseerde constructies worden benadrukt, in plaats van dat wordt getracht de nieuwe constructies een eigen plaats te gunnen in ons systeem. Het fiduciaverbod biedt geen ruimte voor een belangenafweging door partijen, de rechter of de wetgever en heeft tot gevolg dat de vrijheid van partijen bij de vormgeving onnodig wordt beknot. Ons systeem gaat er immers van uit dat alle legitieme doelen die met zekerheidstelling bereikt moeten worden en de daarbij behorende rechten en bevoegdheden van partijen op een bevredigende wijze zijn geregeld in de wettelijke regeling van het pandrecht.

De conclusie moet zijn dat het fiduciaverbod niet werkt. Het beoogde doel – een strikte scheiding tussen eigendom en zekerheid en bescherming van de belangen van vooral de zekerheidsgever – is niet bereikt. Sinds Sogelease bestaat er geen enkele twijfel meer over dat het mogelijk is eigendom te gebruiken voor zekerheidsdoeleinden, mits de constructie voldoet aan de eisen van ‘werkelijke overdracht’. Het fiduciaverbod heeft slechts negatieve gevolgen. Het

staat een inhoudelijke benadering van zekerheidsrechten door partijen, rechter of wetgever in de weg en kan zelfs de verdrukking van de belangen van de zekerheidsgever tot gevolg hebben. Bovendien zadelt het de financieringspraktijk op met onzekerheid en dus met hogere kosten.

Eigendom tot zekerheid: hoe dan wel?

De vraag rijst hoe ons recht dan wel zou moeten omgaan met de eigendom tot zekerheid. Handhaven van het fiduciaverbod en een einde maken aan de uitleg die daaraan in het Sogelease-arrest is gegeven, of het volledig afschaffen van het fiduciaverbod?

De eerste mogelijkheid impliceert het volledig elimineren van alle op eigendom gebaseerde zekerheidsconstructies. Partijen die behoefte hebben aan zekerheid zouden in zo’n systeem slechts gebruik kunnen maken van het stille pandrecht en zijn dan onderworpen aan de door de wetgever gemaakte belangenafweging. Een dergelijk systeem legt de vrijheid van partijen sterk aan banden. Aangezien de praktijk zich niet laat dwingen, is het nog maar de vraag of dit lukt. Bovendien zou Nederland internationaal uit de pas lopen.³⁴ De internationale financieringspraktijk heeft behoefte aan zekerheidsrechten gebaseerd op eigendom, zo blijkt bijvoorbeeld uit de reeds genoemde Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten en het gebruik dat op ruime schaal wordt gemaakt van leaseconstructies. Ten slotte zij opgemerkt dat met zekerheidsconstructies gebaseerd op eigendom niets mis is mits de zekerheidsgever en zijn overige schuldeisers beschermd worden tegen een economische machtspositie en overbedeling van de zekerheidsnemer. Dit alles maakt dat het handhaven van het fiduciaverbod naar mijn mening geen reële optie is. Zekerheidsconstructies die gebaseerd zijn op eigendom voorzien in een behoefte. De nadelen die de Nederlandse wetgever zag en die grond waren voor invoering van het fiduciaverbod, wegen niet zwaar genoeg om deze behoefte te negeren en kunnen, indien noodzakelijk, op een andere manier worden weggenomen.

Het afschaffen van het fiduciaverbod – de tweede mogelijkheid – betekent dat de praktijk de vrije hand wordt gegeven. Dit zou betekenen dat partijen ook wat betreft de door hen gekozen zekerheidsconstructie, hun onderlinge relatie naar believen kunnen inrichten. De eis van een ‘werkelijke overdracht’ geldt

31 Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 874, nr. 3, p. 17.

32 Vgl. Van Vliet, t.a.p., p. 199 en ook Verstijlen, t.a.p., p. 73.

33 Kamerstukken I 2003/04, 28 874, C, p. 8-9, Nadere MvA I, Kamerstukken I 2004/05, 28 874, E, p. 16, 18 en 19.

34 Zie bijvoorbeeld J.B. Vegter, ‘Een kleine rechtsvergelijking’, *WPNR* 1993 (6103 en 6104), die zulks reeds ten tijde van de invoering van het nieuwe BW constateerde.

niet meer en staat dus ook niet meer in de weg aan bijvoorbeeld het overeenkomen van een verrekeningsplicht in geval van financial lease. Behalve het voordeel dat kan worden aangesloten bij de bedoeling van partijen en de aard van de transactie, bergt zo'n systeem ook gevaren in zich. Ik denk aan overbedeling of verrijking aan de zijde van de financier en aan de omstandigheid dat derden geconfronteerd worden met rechten waarop zij niet bedacht hoefden te zijn. Het komt mij voor dat deze verschijnselen wel ingedamd zullen worden doordat de rechter die zich moet buigen over dit soort problemen, de vrijheid van partijen in het belang van één van hen of in het belang van derden zal beperken. Dit is immers ook gebeurd ten aanzien van de eigendom tot zekerheid zoals die onder oud recht bestond. Het is evident dat dit, in ieder geval in het begin, tot onzekerheid kan leiden. Dit lijkt mij geen bezwaar nu de praktijk, zo bleek hiervoor, ook nu al met een zekere mate van onzekerheid over de houdbaarheid van bepaalde constructies te kampen heeft.

Om de ontwikkeling van zekerheidsconstructies door de praktijk enigszins gestructureerd te laten verlopen, zou ervoor gekozen kunnen worden de afschaffing van het fiduciaverbod en de vrijheid van partijen bij de inrichting van hun onderlinge zekerheidsverhouding te beperken tot bepaalde typen transacties. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de fzo-overdracht. Een ander domein waar een systeem zonder fiduciaverbod goed zou passen is dat van de objectfinanciering. Iets dergelijks werd door advocaat-generaal Hartkamp in zijn conclusie voor het Sogelease-arrest gepropageerd. Hartkamp is van mening dat de strekking van het fiduciaverbod is het afsluiten van de weg naar zekerheidseigendom daar waar nu zonder problemen van het stille of bezitloze pandrecht gebruik wordt gemaakt, en niet om objectfinanciering door middel van lease onmogelijk te maken. De consequentie die Hartkamp hieraan verbindt is dat een zekerheidsoverdracht die zekerheid biedt voor een schuld die verband houdt met de financiering van de aanschaf van het overgedragen object niet wordt geraakt door het fiduciaverbod.³⁵ Dit systeem zou in zijn ogen bovendien aansluiten bij het gegeven dat de praktijk van de traditionele subjectfinanciering prima uit de voeten kan met het stille of bezitloze

pandrecht als alternatief voor de eigendom tot zekerheid.

Van groot belang voor het succes van het geheel of gedeeltelijk afschaffen van het fiduciaverbod is dat de formele bril waardoor Nederlandse juristen doorgaans kijken naar het goederenrecht wordt afgezet en vervangen door een materiële bril. Er moet door het goederenrechtelijke omhulsel waar een constructie in is gegoten worden heen gekeken. Indien het recht van de financier dient ter securering van zijn vorderingen moet het als zodanig worden beoordeeld. De zogeheten 'functionele benadering' van zekerheidsrechten zoals die in de Verenigde Staten ontwikkeld is en is neergelegd in art. 9 van de Amerikaanse Uniform Commercial Code (UCC), kan hierbij behulpzaam zijn.

De functionele benadering

De functionele benadering is de tegenhanger van onze formele visie. Het gaat niet om het goederenrechtelijke etiket dat op een bepaalde constructie wordt geplakt, maar om de functie van die constructie. Iedere constructie waarvan kan worden vastgesteld dat zij de functie heeft van één van de partijen een recht ten aanzien van een roerende zaak of vordering te geven dat dient tot zekerheid voor het verrichten van de overeengekomen prestatie – doorgaans het betalen van een vordering – valt onder het bereik van artikel 9 UCC en is dus onderworpen aan het daarin neergelegde uniforme regelcomplex.³⁶ Dit heeft tot gevolg dat de wijze waarop het recht van de schuldeiser juridisch-technisch is vormgegeven, irrelevant is voor de kwalificatie als zekerheidsrecht.³⁷ De transactie wordt op inhoud beoordeeld: 'substance generally reigns over form'.³⁸ Artikel 9 UCC biedt vervolgens een complex van regels dat van toepassing is op iedere constructie die als 'security interest' wordt gekwalificeerd. Dit regelcomplex bevat zowel regels ter bescherming van de zekerheidsgever als regels ter bescherming van de belangen van derden en ter vaststelling van de onderlinge rangorde van zekerheidsnemer en derden ten aanzien van een bepaald goed. Deze functionele benadering betekent dat zowel met ons pandrecht vergelijkbare zekerheidsrechten als constructies gebaseerd op eigendom zijn onderworpen aan hetzelfde regelcomplex. Het

35 Zie over het door A-G Hartkamp aangedragen alternatief Kortmann en Van Hees, t.a.p., p. 993 (kritisch) en Struycken, t.a.p., p. 345 (positief).

36 Section 1-201 (35) 'Security interest' means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation'. Section 9-102 '[...] This article applies to any transaction, regardless of its form, that creates a security interest in personal property or fixtures by contract [...]'.
37 Zie bijvoorbeeld Section 9-202 '[...] the provisions of this article with regard to rights and obligations apply whether title to collateral is in the secured party or the debtor'.

38 Aldus James J. White en Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, West Publishing 1995, p. 3.

effect van deze benadering is dat de formele verschillen tussen de afzonderlijke zekerheidsrechten en verwante constructies verdwijnen en een uniform zekerheidsrecht op roerende goederen wordt gecreëerd.³⁹

De functionele benadering van artikel 9 UCC is een belangrijke inspiratiebron in discussies over de hervorming van het recht met betrekking tot zekerheden. Het feit dat een uniform zekerheidsrecht op roerende zaken en vorderingen wordt gecreëerd, maakt dat bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk wordt gepleit voor invoering van deze benadering en dat zij geacht wordt een belangrijke rol te kunnen vervullen bij de harmonisering van het zekerhedenrecht in Europa.⁴⁰ In Nederland is vooral door Struycken aandacht besteed aan de functionele benadering.⁴¹ Ik deel zijn mening dat deze benadering winst zou kunnen betekenen voor het Nederlandse systeem. De functionele benadering zou een belangrijke rol kunnen spelen bij de rechtsontwikkeling indien mijn suggestie om het fiduciaverbod geheel of gedeeltelijk af te schaffen zou worden gevolgd.

Artikel 9 UCC heeft tot gevolg dat alle zekerheidsrechten onder werking van hetzelfde regelcomplex vallen, ongeacht of zij zijn gegoten in de vorm van een beperkt recht op een goed of zijn gebaseerd op de overdracht of het voorbehouden van eigendom. Het toepassen van de functionele benadering in het Nederlandse recht hoeft niet te betekenen dat direct een regelcomplex moet worden ontwikkeld dat van toepassing is op alle constructies die de functie hebben de schuldeiser zekerheid te verschaffen. Het zou al een stap vooruit zijn het fiduciaverbod (gedeeltelijk) af te schaffen en het zekerheidskarakter van bepaalde, op eigendom gebaseerde constructies te onderkennen. De rechtsontwikkeling wordt hiermee de vrije hand gegeven. Het staat partijen, rechter en wetgever dan vrij om aan de hand van dit zekerheidskarakter de rechten en bevoegdheden van de betrokkenen vast te stellen. Dit zou er bijvoorbeeld

toe kunnen leiden dat de wetgever in het nieuwe wetsvoorstel inzake de implementatie van de Richtlijn financiëlezekerheidsvereenkomsten een regeling opneemt met betrekking tot de verrekening van een overwaarde in het zekerheidsobject en dat partijen bij een financial lease onderling zo'n regeling overeenkomen. Een dergelijk systeem geeft de praktijk de vrije hand in het uitdenken van nieuwe constructies en waarborgt tegelijkertijd dat rekening kan worden gehouden met de belangen van zowel zekerheidsgever als zekerheidsnemer. Wanneer de praktijk uitwijst dat de belangen van één van hen in de knel komen – bijvoorbeeld ten gevolge van een economische machtspositie van de zekerheidsnemer –, staat het de rechter en de wetgever vrij in te grijpen zoals destijds ook gebeurde ten aanzien van de overdracht tot zekerheid. Na verloop van tijd zou dan de stap kunnen worden gezet naar een uniform regelcomplex dat gebaseerd is op de in de praktijk ontwikkelde regels en dat van toepassing is op alle constructies die voldoen aan de functionele definitie van zekerheidsrechten.⁴²

Consequentie van de afschaffing van het fiduciaverbod in combinatie met de toepassing van de functionele benadering in het Nederlandse recht is niet alleen dat het gebruik van eigendom tot zekerheid wordt toegestaan en als zekerheidsrecht wordt aangemerkt. Het heeft ook tot gevolg dat eigendomsvoorbehoud en varianten daarop zoals lease als zekerheidsrecht worden gekwalificeerd. Dit maakt dat ook ten aanzien van dit soort constructies de vraag voorligt naar de noodzaak van een verrekeningsplicht of een voorgeschreven wijze van uitwinning door de zekerheidsnemer. Het is zelfs denkbaar dat in dit verband nog een stap verder wordt gegaan en men zich de vraag gaat stellen of de absolute voorrang – zelfs ten opzichte van de bank met een stil pandrecht op alle bestaande en toekomstige goederen van de kredietnemer – die een leverancier ontleent aan zijn eigendomsrecht, wel wenselijk is of dat het zeker-

39 Dit is de reden dat de functionele benadering van zekerheidsrechten zoals in artikel 9 UCC een rol kan vervullen bij de harmonisering van het zekerhedenrecht in Europa, zie hierover E-M Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt: zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten*, Baden-Baden: Nomos 1996, p. 232-233 en T.H.D. Struycken, 'De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de floating charge en Article 9 Uniform Commercial Code: over bepaaldheid en publiciteit', *Ars Aequi* 1998, p. 436, beide met verdere verwijzingen.

40 Zie met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk Goode 1996, p. 202-203 en V. Finch, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, Cambridge: Cambridge University Press 2002, p. 102-105. Zie met betrekking tot de Europese harmonisering van het zekerhedenrecht Kieninger, a.w., p. 232-233 en Struycken 1998, t.a.p., p. 436.

41 Zie Struycken t.a.p. 1996 en 1998. Zwolve heeft zich kritisch getoond over de wenselijkheid van de functionele benadering in het Nederlandse systeem, zie W.J. Zwolve, 'De zekerheidsrechten van het Noord-Amerikaanse recht en hun belang voor het Europese privaatrecht', *WPNR* 1995 (6185), p. 391-394.

42 Ook in de Verenigde Staten is de stap naar een uniform regelcomplex pas gezet nadat de praktijk een heel aantal verschillende zekerheidsconstructies met bijbehorende regels tot ontwikkeling had gebracht. Zwolve 1995.

heidsrecht van de leverancier onder de werking van de rangorderegels en in het bijzonder de prioriteitsregel zou moeten worden gebracht.⁴³

Conclusie

De conclusie is dus dat de in de inleiding van dit artikel aangehaalde opmerking van de minister dat in het geldende Nederlandse recht zekerheid kan worden verschaft door de overdracht van goederen juist is. Eigendom tot zekerheid verdient een plaats in ons recht en wel zodanig dat zekerheidsconstructies

gebaseerd op eigendom op hun merites worden beoordeeld. Op die manier is het mogelijk de wens van de financieringspraktijk om flexibilisering van ons recht op dit punt te verenigen met de zorg om de belangen van de zekerheidsgever en zijn overige schuldeisers en staat niets meer in de weg aan de terugkeer van de eigendom tot zekerheid in ons recht.

Mr. N.W.M. van den Heuvel is advocaat te Rotterdam.

43 In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat de prioriteitsregel inderdaad zou moeten worden toegepast op zekerheid ten gevolge van eigendomsvoorbehoud, zie Van den Heuvel a.w., p. 193 e.v.