

University of Groningen

Vruchtgebruik en het fiduciaverbod

Jansen, J. E.

Published in:
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

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

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

Publication date:
2020

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

Citation for published version (APA):
Jansen, J. E. (2020). Vruchtgebruik en het fiduciaverbod. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2020(7280), 324-327.

Copyright

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

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

Take-down policy

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

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

II. Vruchtgebruik en het fiduciaverbod

1. Inleiding

Onlangs betoogde Nieuwesteeg in het *WPNR* dat de vestiging van vruchtgebruik goede diensten kan bewijzen in de financieringspraktijk, in het bijzonder wanneer het gaat om financiering van goederen die waardevolle vruchten voortbrengen.¹ Hij verkent in zijn opstel de mogelijkheden om door middel van het vestigen van vruchtgebruik op verhuurde registergoederen ten behoeve van een bank te verzekeren dat zij als vruchtgebruiker de huurvorderingen (burgerlijke vruchten) verkrijgt. Nieuwesteeg besteedt daarbij aandacht aan twee bezwaren tegen het vruchtgebruik als financieringsinstrument. Een bank zal ten eerste niet het traditionele vruchtgebruik voor ogen staan. Zij zal het recht van vruchtgebruik zo in willen richten dat het tegemoet komt aan haar zekerheidsbelang. Nieuwesteeg ziet voldoende ruimte voor zo'n 'Funktionswandel'. De tweede klip die men moet omzeilen om het vruchtgebruik als financieringsinstrument in te zetten is die van het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW. Nieuwesteeg ziet ook hier voldoende mogelijkheden. Aan het slot van zijn bijdrage wijst hij erop dat over deze kwestie maar weinig literatuur bestaat en evenmin veel rechtspraak. Hij roept op tot aanvulling en weerwoord.

Ik neem de handschoen graag op en richt mij hierbij op het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW. Anders dan bij Nieuwesteeg ligt de nadruk in mijn reactie niet op de verkrijging van burgerlijke vruchten, maar op de verkrijging van natuurlijke vruchten. Nieuwesteeg leidt uit het Sogelease-arrest² af dat de vestigingstitel geldig is wanneer partijen nalaten af te spreken dat de bank-vruchtgebruiker bij wanprestatie van de debiteur verplicht is haar vruchtgebruik te executeren en de overwaarde uit te keren. Nieuwesteeg stelt –als ik hem goed begrijp– dat de bevoegdheden die de financier-vruchtgebruiker heeft als eigenaar van de vruchten los staan van de beoordeling van de titel verplicht tot vestiging van het vruchtgebruik:

“Tenminste, niet als partijen nalaten overeen te komen dat, wanneer terugbetaling van het krediet uitblijft, de vruchtgebruiker zijn recht zal executeren en de overwaarde zal uitkeren. Dat is ook niet de bedoeling. De vruchten zullen slechts aangewend worden ter voldoening van het krediet. Deze vruchten zelf zijn daarmee overigens niet tot zekerheid overgedragen. Zij zijn vruchten die *in het vermogen van de vruchtgebruiker* ontstaan. Dat de financier de figuur van vruchtgebruik hier *kan* hanteren om

zijn verleend krediet terug te krijgen is een gevolg van de mogelijkheden die de *inhoud* van de figuur van vruchtgebruik nu eenmaal biedt. *Of* de figuur van vruchtgebruik inhoudelijk op die manier kan worden vormgegeven is een vraag die aan de hand van hetgeen in de vorige paragraaf behandeld is moet worden beantwoord.³

Nieuwesteeg wil afspraken c.q. verplichtingen over de bevoegdheden van de vruchtgebruiker met betrekking tot de vruchten slechts een rol laten spelen bij de vraag of het überhaupt mogelijk is zo'n soort vruchtgebruik te vestigen en niet bij de vraag of de vestiging van zo'n vruchtgebruik strijdig is met art. 3:84 lid 3 BW. Ik meen dat – zelfs als het bijvoorbeeld mogelijk zou zijn vruchtgebruik te vestigen zonder dat aan de vruchtgebruiker de vruchten toekomen⁴ – afspraken over de inperking van het vruchttrekkingsrecht c.q. de bevoegdheden ten aanzien van de vruchten wel degelijk bij kunnen dragen aan het oordeel dat de titel die verplicht tot vestiging van vruchtgebruik in strijd is met art. 3:84 lid 3 BW. Er dreigt niet slechts strijd met art. 3:84 lid 3 BW als partijen afspreken dat de vruchtgebruiker bij wanprestatie van de bloot-eigenaar verplicht is zijn vruchtgebruik te executeren (vgl. art. 3:323 BW). Dat zal – zoals Nieuwesteeg schrijft – niet de bedoeling zijn. Mij lijkt het mede gezien de werking van de vestiging van vruchtgebruik als financieringsinstrument onjuist om afspraken over de bevoegdheden van de vruchtgebruiker ten aanzien van de vruchten buiten beschouwing te laten bij de beantwoording van de vraag of de titel tot vestiging van het vruchtgebruik strijdig is met art. 3:84 lid 3 BW of niet (zie nr 2). Als gevolg daarvan ben ik minder optimistisch dan Nieuwesteeg over de mogelijkheden die art. 3:84 lid 3 BW biedt voor de vesti-

1. W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'Vruchtgebruik op verhuurde zaken: grof geschut voor de financieringspraktijk of een brug te ver?', *WPNR* 7285, p. 771-782.
2. HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119.
3. Zie nr 7 van zijn bijdrage, op p. 780 (cursivering in origineel).
4. Zie hieronder bij de laatste noot.

ging van vruchtgebruik als financieringsinstrument. Afspraken over de bevoegdheden van de bank-vruchtgebruiker ten aanzien van de vruchten kunnen tot het oordeel leiden dat partijen geen ‘werkelijke’ vestiging van vruchtgebruik voor ogen stond in de zin van het Sogelease-arrest (zie nr 3.1.). Bovendien sluit de Hoge Raad in dat arrest niet uit dat uit bijkomende omstandigheden blijkt dat de bedoeling voorzat om art. 3:84 lid 3 BW te ontduiken. De vestigingstitel is dan nietig.⁵ Van zulke bijkomende omstandigheden zal allicht sprake zijn wanneer partijen – zoals Nieuwesteeg in zijn artikel aanraadt – het vruchtgebruik zoveel mogelijk als zekerheidsrecht vormgeven, en zo min mogelijk als genotsrecht. Er is daarom een gereede kans dat de vestigingstitel van vruchtgebruik à la Nieuwesteeg strandt op art. 3:84 lid 3 BW (zie nr 3.2.).

2. De werking van vruchtgebruik als financieringsinstrument

Nieuwesteeg wil zoals hierboven opgemerkt bij de beantwoording van de vraag of de titel die verplicht tot vestiging van een vruchtgebruik strijdig is met art. 3:84 lid 3 BW een onderscheid maken tussen de bevoegdheden van de bank als vruchtgebruiker en de mogelijkheden die de bank heeft ten aanzien van de vruchten waarvan zij als vruchtgebruiker eigenaar wordt ‘door haar afscheiding’ (vgl. de art. 3:201 BW en 5:17 BW). Het komt mij onjuist voor om zo’n onderscheid te maken. Natuurlijk verkrijgt de vruchtgebruiker de eigendom van de vruchten niet door overdracht en ontstaan de vruchten in zijn eigen vermogen. Dat laat onverlet dat er een onlosmakelijk verband is tussen de eigendomsverwerving van de vruchten en de vestiging van het vruchtgebruik. De wet geeft aan de vruchtgebruiker het recht de vruchten te genieten (vgl. art. 3:201 BW). Het vruchttrekkingsrecht maakt deel uit van het vruchtgebruik. Het gegeven dat het wellicht mogelijk zou zijn om vruchtgebruik zonder vruchttrekkingsrecht te vestigen (zie hieronder bij de laatste voetnoot), maakt dat niet anders. Wanneer het vruchtgebruik als financieringsinstrument wordt gevestigd zal de vruchtgebruiker de vruchten juist wel verkrijgen. De vestiging van het vruchtgebruik als financieringsinstrument is er specifiek op gericht de financier een zo sterk mogelijke positie toe te kennen *ten aanzien van de vruchten*. Ter illustratie een voorbeeld.

Varkensboer A wil geld lenen van bank B, maar kan geen eerste zekerheidsrecht geven omdat hij op een eerder tijdstip alles wat hij heeft en zal verkrijgen al (bij voorbaat) met zekerheidsrechten heeft bezwaard ten behoeve van een andere bank, bank C. Als A de vruchten die de

varkens zullen geven (de biggen) bij voorbaat aan B verpand, verkrijgt B weliswaar tegelijkertijd met bank C een pandrecht op de biggen op het ogenblik dat A beschikkingsbevoegd wordt (dat zal doorgaans het ogenblik zijn dat de biggetjes geboren worden), het pandrecht van bank C is echter sterker omdat de vestigingshandeling eerder plaatsvond: *prior tempore potior iure*.⁶ Wanneer A de vruchten niet bij voorbaat verpand aan B, maar een vruchtgebruik vestigt op de zeugen leidt dat tot een ander resultaat. Bank B wordt dan als vruchtgebruiker van de zeugen eigenaar van de biggen. Varkensboer A wordt niet beschikkingsbevoegd zodat de eerdere verpanding bij voorbaat aan C zonder gevolg blijft.

Nu kan men tegenwerpen dat A en B C buiten spel kunnen zetten – en bovendien verzekeren dat B de vruchten óók verwerft als A inmiddels failliet is – het gevolg is van de keuze van de wetgever dat een vrucht een nieuwe zaak is waarvan de vruchtgebruiker onbezwaard eigenaar wordt.⁷ Dat is ontegenzeggelijk juist, maar daaruit volgt niet dat de bevoegdheden ten aanzien van de vruchten van de vruchtgebruiker-financier geen rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de titel verplichtend tot vestiging van vruchtgebruik in strijd is met het fiducia-verbod of niet. Juist wanneer het gaat om een goed dat regelmatig kostbare vruchten geeft die conform art. 3:201 BW toekomen aan de vruchtgebruiker, zullen afspraken over de bevoegdheden van de vruchtgebruiker ten aanzien van die vruchten licht kunnen werpen op de motieven bij de vestiging van het vruchtgebruik.

5. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119, r.o. 3.4.4.

6. Vgl. de art. 3:97, 3:98, 3:237 BW.

7. De wet maakt op deze regels slechts beperkte uitzonderingen, vgl. bijvoorbeeld art. 3:237 lid 4 BW. Het Ontwerp Meijers bood op dit punt ruimere mogelijkheden, vgl. daarvoor het afgeschafte vijfde lid van het latere art. 3:9 BW, daarover *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 95. Voor nog een andere oplossing zie §1212 BGB.

2.1. *Vruchtgebruik als financieringsinstrument en Sogelease*

Het Sogelease-arrest biedt daarvoor de ruimte. De Hoge Raad oordeelde over een *sale and lease back*-overeenkomst van een drukpers als volgt:

‘Dienovereenkomstig levert een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen, ingevolge art. 3:84 lid 3 niet een geldige titel voor overdracht op: partijen dienen dan gebruik te maken van (stil) pandrecht, onderscheidenlijk van hypotheek. Strekt daarentegen de rechtshandeling van partijen tot “werkelijke overdracht” (in geval van een zaak: tot eigendomsoverdracht) en heeft zij derhalve de strekking het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan - en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt - dan staat art. 3:84 lid 3 daaraan niet in de weg.’⁸

Hij sloot daarbij niet uit ‘dat onder bijkomende omstandigheden waaruit moet worden afgeleid dat de bedoeling tot ontduiking van de in art. 3:84 lid 3 BW vervatte regel voorzat, van ongeldigheid uit hoofde van die bepaling sprake kan zijn.’⁹ Nieuwesteeg leidt uit Sogelease af dat bij de vestiging van vruchtgebruik als financieringsinstrument bekeken moet worden of de financier ‘werkelijk’ vruchtgebruiker is geworden.¹⁰ Dat is, zo betoogt hij, ook het geval als de vruchtgebruiker de vruchten zal aanwenden ter voldoening van het krediet. De vruchtgebruiker verwerft de vruchten immers in zijn eigen vermogen en krijgt ze niet overgedragen.¹¹ Deze benadering is te beperkt. Ook uit afspraken waarin de vruchtgebruiker beperkt wordt in zijn bevoegdheden ten aanzien van de vruchten kan worden afgeleid dat het niet de bedoeling was dat hij ‘werkelijk’ vruchtgebruik werd.¹² Dat is in lijn met het Sogelease-arrest, alhoewel de Hoge Raad daar niets opmerkte over vruchten. De Hoge Raad zei niets over vruchten omdat het in het Sogelease-arrest ging om een drukpers. Het lag niet in de lijn der verwachting dat de financier als eigenaar van die drukpers eigenaar zou worden van vruchten die het goed zou geven (vgl. art. 5:1 lid 3 BW). Het Sogelease-arrest dicteert niet dat afspraken over de bevoegdheden ten aanzien van vruchten geen rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de titel die verplicht tot eigendomsoverdracht of vestiging van vruchtgebruik strijdig is met art. 3:84 lid 3 BW. Afspraken daarover spelen wan-

neer het om een vruchtgevend goed gaat en de bank als vruchtgebruiker de eigendom van die vruchten toekomt wel mee bij de beoordeling in het kader van art. 3:84 lid 3 BW van de titel die verplichtte tot het recht dat de bank de eigendom van die vruchten opleverde. Er lijkt mij bijvoorbeeld alle gevaar dat sprake is van een met art. 3:84 lid 3 BW strijdige titel wanneer een paardenfokker een kostbaar paard in een *sale and lease back*-overeenkomst overdraagt aan de bank en daarbij afsprekt dat 1. de bank als verhuurder eigenaar wordt van de vruchten (zaadmonsters bijvoorbeeld, vgl. art. 7:202 BW), en dat 2. de bank verplicht is bij wanprestatie van de paardenfokker die vruchten te verkopen om de opbrengst in mindering te brengen op schulden van de fokker aan de bank. De bevoegdheden van de bank ten aanzien van de eigendom van het paard mogen dan onbeperkt zijn, het van zijn eigendomsrecht deel uitmakende vruchttrekkingsrecht van art. 5:1 lid 3 BW is hier uitgedoed tot een zekerheidsrecht. De ‘sale’ zou daarom heel goed in strijd kunnen zijn met art. 3:84 lid 3 BW. Wanneer de bloot-eigenaar en de vruchtgebruiker afspreken dat de bank verplicht is over te gaan tot executie van de vruchten bij wanprestatie van A, of in de woorden van Nieuwesteeg, dat de bank de vruchten zal aanwenden ter voldoening van het krediet, betreden partijen de gevarenzone van art. 3:84 lid 3 BW. Uit zo’n afspraak kan zomaar worden afgeleid dat de vestiging van het vruchtgebruik strandt op art. 3:84 lid 3 BW. Hetzelfde geldt wanneer de bank de eigendom van de vruchten die zij als vruchtgebruiker zal verkrijgen bij voorbaat aan de

8. HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119, r.o. 3.4.3.
 9. HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119, r.o. 3.4.4.
 10. J.H.A. Lokin heeft zich er overigens met recht over verbaasd dat de Hoge Raad spreekt van ‘werkelijke’ overdracht en daarbij aanhalingstekens gebruikt, zie zijn ‘De spagaat van de Hoge Raad’, in: *Fiduciaire verhoudingen* (libellus S.C.J.J. Kortmann), Deventer 2007, p. 137-155, op p. 141 in noot 10.
 11. Zie het citaat weergegeven bij noot 3.
 12. Ik proef ook in het opstel van Nieuwesteeg enige twijfel over de houdbaarheid van zijn betoog als hij zijn benadering een ‘wel erg juridisch-technische noemt’ (p. 781).

bloot-eigenaar overdraagt onder het voorbehoud van een pandrecht (vgl. de art. 3:84, 98, 97, 3:81 lid 1 BW).¹³ Daaruit blijkt dan eveneens dat de bank niet zozeer vruchtgebruiker wilde worden, maar slechts geïnteresseerd was in een zekerheidsrecht op de vruchten.

2.2. Bijkomende omstandigheden

Blijven partijen binnen de grenzen van het fiduciaverbod als zij dergelijke afspraken over executie van het vruchtgebruik en/of de vruchten niet maken?¹⁴ Dat vraag ik mij af. De Hoge Raad sloot in Sogelease niet uit 'dat onder bijkomende omstandigheden waaruit moet worden afgeleid dat de bedoeling tot ontduiking van de in art. 3:84 lid 3 BW vervatte regel voorziet, van ongeldigheid uit hoofde van die bepaling sprake kan zijn'.¹⁵ Nieuwesteeg bepreekt deze regel in zijn artikel niet. Wat de Hoge Raad met de regel heeft willen zeggen is niet zeker.¹⁶ Ik zou in aansluiting bij Rongen menen dat een objectieve beoordeling aangewezen is.¹⁷ Wat zijn objectief beschouwd zulke bijkomende omstandigheden? Het enkele gegeven dat de bank de vruchtgevende goederen niet gebruikt en dat de vestiging van het vruchtgebruik c.p. zal geschieden, is daarvoor een aanwijzing. Daarbij zou men verder kunnen denken aan afspraken over de duur waarvoor het vruchtgebruik is gevestigd. Wanneer de duur van het vruchtgebruik door middel van een ontbindende voorwaarde is verbonden aan het voortbestaan van schulden van de bloot-eigenaar aan de financier ligt daarin een aanwijzing aan te nemen dat de bedoeling voorziet om art. 3:84 lid 3 BW te omzeilen.¹⁸ Het vruchtgebruik eindigt dan automatisch wanneer de bloot-eigenaar geen schulden meer heeft. Is het dan de bedoeling dat de bank 'werkelijk' vruchtgebruiker werd?¹⁹ Bovendien zullen A en B zich moeite getroosten om het recht van vruchtgebruik zoveel als mogelijk 'uit te kleden' om de bank te behoeden voor allerlei verplichtingen waaraan zij geen behoefte heeft. Nieuwesteeg verkent in nr 6 van zijn bijdrage de mogelijkheden om van zulke verplichtingen af te komen: de verplichting de in vruchtgebruik gegeven zaken te verzekeren bijvoorbeeld (art. 3:209 BW) en de verplichting een beschrijving van de goederen op te maken (art. 3:205 BW). Het is natuurlijk evenmin de bedoeling dat de vruchtgebruiker de in vruchtgebruik gegeven zaak gaat gebruiken (vgl. art. 3:201 BW). Uit afspraken hierover – waarbij het maar de vraag is of de regeling van het vruchtgebruik daartoe de ruimte biedt en of zij – als dat zo is – het vruchtgebruik niet dusdanig denatureren dat zij het ontstaan verhinderen van vruchtgebruik²⁰ – blijkt ten minste dat zij geen genotsrecht op het oog hadden. Het lijkt mij daarom niet onwaarschijnlijk dat een rechter zou oordelen dat de vestiging van vruchtgebruik

als financieringsinstrument vormgegeven op de wijze zoals door Nieuwesteeg betoogd in strijd is met art. 3:84 lid 3 BW.

Prof. mr. J.E. Jansen*

13. De financier zou dan het hoogst gerangschikte pandrecht hebben, vgl. HR 4 december 1998, *NJ* 1999, nr 549 (*Potharst/Serrée*).
14. Dat zou voor de bloot-eigenaar natuurlijk (erg) onaantrekkelijk zijn: het zal partijen er immers juist om gaan dat de financier de vruchten die hij trekt in mindering brengt op de schulden van bloot-eigenaar.
15. HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119, r.o. 3.4.4.
16. Vgl. voor een overzicht M.H.E. Rongen, *Cessie*, Deventer 2012, nr 678.
17. M.H.E. Rongen, *Cessie*, Deventer 2012, nr 691.
18. Nieuwesteeg raadt dat partijen aan, op p. 781. In de literatuur is bijvoorbeeld gesuggereerd dat de koopovereenkomst die deel uitmaakt van een *sale and lease back*-overeenkomst strijdig is met art. 3:84 lid 3 BW op grond van de 'bijkomende omstandigheden regel' wanneer zij is aangegaan onder de ontbindende voorwaarde van voldoening van een reeds bestaande schuld, M.H.E. Rongen, *Cessie*, nr 692 (p. 842). Zie verder W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer 2019, nr 123.
19. Wanneer partijen deze afspraken achterwege laten, zal het vruchtgebruik in elk geval na dertig jaar eindigen (vgl. art. 3:203 lid 3 BW). In zulke gevallen zal de waarde van het vruchtgebruik een stuk hoger liggen dan wanneer het vruchtgebruik voor kortere duur is gevestigd. Een wanverhouding tussen het bedrag dat de financier moet betalen voor het vruchtgebruik en de werkelijke waarde ervan kan er dan aan bijdragen tot het oordeel dat partijen niet een 'werkelijke' vestiging hebben beoogd. Vgl. HR 18 november 2005, *NJ* 2006, 151 (BTL Lease/Erven Van Summeren), daarover bijvoorbeeld M.H.E. Rongen, *Cessie*, Deventer 2012, nr 692, vgl. ook W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer 2019, nr 119a.
20. Nieuwesteeg ziet daarvoor voldoende ruimte (nr 6 van zijn bijdrage). Ik ben daar minder zeker van. Het is maar de vraag of datgene wat partijen afspraken hier meer dan verbintenisrechtelijke werking kan hebben. Partijen beogen immers een niet in de wet genoemd beperkt recht te vestigen. Het gesloten stelsel (art. 3:81 lid 1 BW) staat daaraan mogelijk in de weg. Ik wijs hierbij op het geschrapte vijfde lid van art. 3:9 BW waarin voorzien was in een variant van uitgekleed vruchtgebruik: een vruchttrekkingsrecht. Conversie is hier geen uitweg. Neemt men bijvoorbeeld aan dat de afspraken die de bevoegdheden van de vruchtgebruiker insnoerden nietig zijn, maar sauveert men de vestiging van het vruchtgebruik dan rusten op de financier de verplichtingen die hij nu juist niet wenst. Neemt men aan dat de vestiging van het vruchtgebruik als zekerheidsrecht moet worden geconverteerd in de vestiging van een pandrecht bij voorbaat op de vruchten – vgl. daarbij art. 3:237 BW dat een akte eist –, dan zal bank B in het voorbeeld van de varkensboer als gevolg daarvan een tweede zekerheidsrecht verkrijgen, achter dat van C. Vgl. over dit alles T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer 2007, p. 671-691.

* Als hoogleraar *ius commune* verbonden aan de vakgroep Romeins recht, Rijksuniversiteit Groningen.