

University of Groningen

## De Duitse verlängerte Eigentumsvoorbehalt in Nederland - wél geldig, maar niet altijd even effectief

Hoops, Björn

*Published in:*  
WPNR 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):*

Hoops, B. (2020). De Duitse verlängerte Eigentumsvoorbehalt in Nederland - wél geldig, maar niet altijd even effectief. *WPNR Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie*, 151(7304), 860-868.

### 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.

# De Duitse *verlängerte Eigentumsvorbehalt* in Nederland – wél geldig, maar niet altijd even effectief

## 1. Inleiding

Duitsland is een van de weinige landen die een *verlängerten Eigentumsvorbehalt* (hierna: verlengd eigendomsvoorbehoud) gebruiken als leverancierszekerheid.<sup>1</sup> Het doel van dit type eigendomsvoorbehoud is om de verkoper onder eigendomsvoorbehoud zekerheid te verschaffen nadat de koper de roerende zaak met de instemming van de verkoper heeft doorverkocht en overgedragen aan een derde of de roerende zaak heeft verwerkt in zijn eigen product waardoor het oorspronkelijke eigendomsvoorbehoud teniet is gegaan.

Zolang een in Duitsland gevestigde verkoper zaken doet met een koper die ook is gevestigd in Duitsland of een ander land met een rechtstelsel waarin het Duitse verlengde eigendomsvoorbehoud wordt gebruikt of tenminste erkend, treedt er geen probleem op. Stel echter dat een in Duitsland gevestigde verkoper een onderdeel van een machine verkoopt aan een koper die in Nederland is gevestigd. Als de koper in Nederland zijn machine vervolgens met het Duitse onderdeel voltooit, welk recht heeft de verkoper dan op de machine van de koper? De heersende mening in Nederland lijkt te zijn dat een recht van de verkoper op de (door natrekking ontstane) gecombineerde zaak dat in de koopovereenkomst tussen verkoper en koper is neergelegd, afstuit op het Nederlandse goederenrecht, in het bijzonder het fiducia-verbod in art. 3:84 lid 3 BW en de regels over natrekking, vermenging en zaaksvorming in art. 5:14 t/m 5:16 BW.<sup>2</sup> Het Hof Leeuwarden kwam in een vergelijkbare zaak eveneens tot de conclusie dat de verkoper geen recht had op de nieuwe zaak.<sup>3</sup> In dit artikel wordt eerst het Duitse verlengde eigendomsvoorbehoud onder de loep genomen (in onderdeel 2). Vervolgens wordt het scenario behandeld waarin een Duitse verkoper een roerende zaak aan een in Nederland gevestigde koper onder verlengd eigendomsvoorbehoud naar Duits recht levert en de koper de roerende zaak vervolgens in Nederland vervaardigt en/of in een eigen product integreert. De gevolgen van deze grensoverschrijdende verkoop en bewerking voor de eigendomsituatie worden belicht (§ 3). Het scenario waarin de koper de zaak eerst in Duitsland bewerkt en vervolgens naar Nederland vervoert, blijft hier buiten beschouwing. Ik betoog dat het verlengde eigendomsvoorbehoud in alle gevallen van natrekking onder het Nederlandse recht, anders dan de heersende leer doet



Prof. mr. dr. B. Hoops\*

vermoeden, wél effect sorteert. De verkoper zal echter het eventuele vuistloze pandrecht van een Nederlandse kredietverlener van de koper in de meeste gevallen moeten eerbiedigen. In gevallen van zaaksvorming, waarin het verlengde eigendomsvoorbehoud naar huidig Nederlands recht geen effect sorteert, vergt mijns inziens het primaire EU-recht, met name het vrije verkeer van goederen, dat het verlengde eigendomsvoorbehoud wél wordt erkend of aan de verkoper een goederenrechtelijk recht naar Nederlands recht wordt toegekend (§ 4).

## 2. De mechanismen achter de Duitse *verlängerten Eigentumsvorbehalt*

Vaak kunnen bedrijven die roerende zaken vervaardigen, pas hun leverancier betalen als zij hun eigen product waarin de geleverde zaken zijn verwerkt, hebben verkocht. Daarom verstrekken leveranciers krediet door de zaken alvast ter beschikking te stellen, maar zich de eigendom voor te behouden. Ook in het Duitse

\* Adjunct-hoogleraar Privaatrecht en duurzaamheid, Vakgroep privaatrecht en notarieel recht, Rijksuniversiteit Groningen.  
(b.hoops@rug.nl)

1. Case 7, in: E.-M. Kieninger (red.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, blz. 365-397.
2. J.G. Knot & F.M.J. Verstijlen, in: F.J.L. Kaptein e.a., *Het internationale eigendomsvoorbehoud*, Deventer: Kluwer, 2015, onder 1.5; M. Veder, *Cross-border Insolvency Proceedings and Security Rights*, Deventer: Kluwer, 2004, blz. 68 e.v. en 282; en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/528.
3. Hof Leeuwarden 3 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009: BH5277, ro. 18 en 19. Vgl. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/528.

recht kan de leverancier-verkoper in een dergelijke situatie een (*einfachen* of eenvoudig) eigendomsvoorbehoud bedingen ten aanzien van de verkochte roerende zaken. Zoals art. 3:92 lid 1 BW voor het Nederlandse recht, bepaalt § 449 lid 1 van het Duitse *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB) dat een dergelijk beding in beginsel ertoe strekt om de zaak onder de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs over te dragen. De verkoper blijft eigenaar van de roerende zaak onder ontbindende voorwaarde van de betaling van de koopprijs. De koper verkrijgt een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde met dezelfde inhoud in de vorm van een faillissementsbestendig overdraagbaar *Anwartschaftsrecht*.<sup>4</sup>

Het verlengde eigendomsvoorbehoud houdt ten eerste in dat de koopprijsvordering van de koper op een derde aan wie de koper de roerende zaak heeft doorverkocht, bij voorbaat *ter zekerheid* wordt gecedeerd aan de verkoper (een zogenaamde *Vorausabtretung* in de zin van § 398 BGB).<sup>5</sup> Omdat de doorverkoop in dit artikel buiten beschouwing blijft, wordt hierop niet verder ingegaan. Het verlengde eigendomsvoorbehoud betreft ten tweede de situatie waarin de roerende zaak niet wordt doorverkocht, maar verwerkt in een product van de koper. Dan kunnen de dwingende regels van het Duitse zakenrecht met zich brengen dat de verkoper zijn voorwaardelijke eigendom verliest omdat de verkochte zaak bestanddeel wordt van een andere roerende (hoofd)zaak of een wordt betrokken in de vorming van een nieuwe zaak. Het verlengde eigendomsvoorbehoud heeft dan het doel om het financiële belang van de verkoper veilig te stellen door een zakenrechtelijk recht op de nieuwe zaak of hoofdzaak. Wat de dogmatische constructies betreft, dient men een onderscheid te maken tussen natrekking (*Verbindung*) en vermenging (*Vermischung*) aan de ene kant en zaakvorming (*Verarbeitung*) aan de andere kant. Door natrekking of vermenging ontstaat naar Duits recht, anders dan onder art. 5:14 lid 2 en 5:15 BW in Nederland, nooit een nieuwe zaak, maar verandert het bestaande eigendomsrecht.<sup>6</sup> Verbindt of vermengt de koper de verkochte zaak met een andere roerende zaak, dan worden, zoals onder art. 5:14 lid 2 (jo. 5:15) BW, de verkoper en de koper mede-eigenaars met aandelen die overeenkomen met de waarde van hun respectieve zaken.<sup>7</sup> Is de roerende zaak van de koper echter de hoofdzaak, welke de identiteit van de zaak bepaalt,<sup>8</sup> dan verliest de verkoper zijn eigendom volgens §§ 947 lid 2, 948 lid 1 BGB. Hetzelfde resultaat zou in Nederland door de toepassing van art. 5:14 lid 1 (jo. 5:15) BW worden bereikt. Voor dit soort gevallen kan de volgende standaard-clausule worden opgenomen in de overeenkomst tussen de verkoper en de koper:

Wird die Vorbehaltsware mit anderen Sachen des Käufers verbunden oder vermischt und ist die Sache des Käufers als Hauptsache anzusehen, übereignet der Käufer dem Verkäufer einen Miteigentumsanteil an der Hauptsache entsprechend dem Wert der Vorbehaltsware unter der auflösenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung.<sup>9</sup>

Op grond van deze clausule wordt een aandeel in de roerende zaak bij voorbaat door *constitutum possessorium* geleverd en overgedragen (§§ 929, 930 BGB).<sup>10</sup> De waarde van het aandeel komt overeen met de waarde van de vordering van de verkoper op de koper; een groter aandeel of de volle eigendom zou een teveel aan zekerheid (*Übersicherung*) voor de verkoper opleveren en daarom in strijd zijn met de goede zeden (§ 138 BGB).<sup>11</sup> Zoals het tenietgegane eigendomsrecht van de verkoper is dit aandeel onderworpen aan de ontbindende voorwaarde van betaling van de koopprijs. In de Duitse heersende leer wordt dit voorwaardelijke recht van de verkoper aange-merkt als eigendom, *niet* als zekerheidseigendom. Nadat de koper in verzuim is geraakt, kan de verkoper de overeenkomst ontbinden en zijn de regels over eigendom, breukdelen en gemeenschap van toepassing.<sup>12</sup>

Het kan voorkomen dat de koper zijn hele bestaande en toekomstige inventaris ter zekerheid wil overdragen aan een bepaalde kredietverlener, meestal een bank. De functie van de Duitse zekerheidsoverdracht wordt in Nederland vervuld door het vuistloze pandrecht. Volgens vaste

4. H.P. Westermann, in: H.P. Westermann (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 4: Schuldrecht - Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG*, 8e druk, München: C.H. Beck, 2019, § 449, nrs. 36 e.v. Vgl. E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer: Wolters Kluwer, 2018, blz. 274 e.v.; en R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud: een onderzoek naar een praktische verkoperszekerheid in het huidige en komende Nederlandse recht met een slotbeschouwing van rechtshistorische aard*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer, 1985.
5. K. Vieweg & A. Werner, *Sachenrecht*, 4e druk, Keulen: Carl Heymanns Verlag, 2010, blz. 328.
6. Füller, in: MüKo-BGB, § 947, nr. 8.
7. §§ 947 lid 1, 948 lid 1 BGB.
8. J.T. Füller, in: R. Gaier (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG*, 8e druk, München: C.H. Beck, 2020, § 947, nr. 5.
9. S. Eberl, in: R. Schulze, H. Grziwotz & R. Lauda (red.), *BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch*, 4e druk, Nomos, 2020, § 449, nr. 16.
10. Westermann, in: MüKo-BGB, § 449, nr. 84; en Oechsler, MüKo-BGB, § 930, nrs. 24 e.v.
11. Westermann, in: MüKo-BGB, § 449, nr. 86.
12. §§ 741 e.v., 903 e.v. en 1008 e.v. BGB.

jurisprudentie heeft de zekerheidsoverdracht van de hoofdzak, anders dan de vuistloze verpanding in Nederland, geen effect op de positie van de verkoper. Zij is in strijd met de goede zeden voor zover een verlengd eigendomsvoorbehoud is bedongen ten opzichte van de betreffende zaak.<sup>13</sup> Dit komt door de benadeling van leveranciers ten opzichte van andere kredietverleners.

Zaaksvorming leidt volgens § 950 BGB in beginsel ertoe dat de producent (*Hersteller*) eigenaar wordt van de nieuwe zaak.<sup>14</sup> Voor zaaksvorming is meer nodig dan het samenvoegen van twee zaken, namelijk dat de nieuwe zaak andere eigenschappen heeft en voor andere doelen wordt gebruikt dan de oude zaken.<sup>15</sup> De producent is de persoon in wiens naam en voor wiens rekening het goed wordt geproduceerd en staat niet gelijk aan de persoon die de roerende zaak daadwerkelijk vervaardigt.<sup>16</sup> Het grote verschil tussen § 950 BGB en het vergelijkbare art. 5:16 lid 2 BW betreft de invulling van het begrip producent. Het *Bundesgerichtshof* heeft geoordeeld dat als de verkoper en de koper afspreken dat de verkoper de producent is, de verkoper in beginsel wordt geacht producent te zijn.<sup>17</sup> Deze ruimte voor keuzes van de partijen is veel groter dan in het kader van art. 5:16 lid 2 BW, hetgeen in onderdeel 3 nog zal blijken. Een typische standaard-clausule die dit resultaat bereikt, luidt als volgt:

Verarbeitet der Käufer die Vorbehaltsware, erfolgt die Verarbeitung im Namen und für Rechnung des Verkäufers als Hersteller. Der Verkäufer erwirbt an der neuen Sache unmittelbar Eigentum. Erfolgt die Verarbeitung aus Stoffen mehrerer Eigentümer, so erwirbt der Verkäufer einen Miteigentumsanteil an der neuen Sache entsprechend dem Wert der Vorbehaltsware. Erwirbt der Verkäufer Eigentum oder einen Miteigentumsanteil an der neuen Sache, übereignet der Verkäufer dem Käufer sein Eigentum oder seinen Miteigentumsanteil an der neuen Sache unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung.<sup>18</sup>

Door een dergelijke clausule kan worden bewerkstelligd dat de verkoper (mede-)eigenaar wordt van de nieuwe zaak. Om een overbedeling van de verkoper te voorkomen dient zijn eigendomsaandeel overeen te komen met de waarde van zijn vordering en dient hij zijn aandeel over te dragen aan de koper onder de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs.<sup>19</sup> Nadat de koper in verzuim is geraakt, kan de verkoper de overeenkomst ontbinden en zijn de regels over eigendom, breukdelen en gemeenschap van toepassing. Hierbij zij nog opgemerkt dat hoewel de

verkoper *geen* zekerheidseigenaar is, § 51 nr. 1 van de *Insolvenzordnung* (InsO) bepaalt dat de verkoper in het faillissement van de koper geen *Aussonderungsrecht* (een soort separatistpositie van volwaardige eigenaars) heeft, maar slechts een *Absonderungsrecht* (een soort separatistpositie van zekerheidseigenaars en pand- en hypotheekhouders). Dit brengt met zich dat niet de verkoper, maar de curator de zaak kan gaan verkopen en de vordering van de verkoper vervolgens na aftrek van de executiekosten dient te voldoen.<sup>20</sup>

### 3. De geleverde zaak wordt in Nederland verwerkt

De Nederlandse rechter past het Nederlandse IPR toe op de grensoverschrijdende situatie. Op de overdracht onder eigendomsvoorbehoud van de verkoper aan de koper in Duitsland is Duits recht van toepassing. Zodra de geleverde, maar nog niet verwerkte roerende zaak van Duitsland naar Nederland is vervoerd, is Nederlands recht van toepassing op de bestaande goederenrechtelijke rechten van de verkoper-leverancier en de koper alsmede de overdracht van bestaande en het ontstaan van nieuwe rechten.<sup>21</sup> Het Duitse eenvoudige eigendomsvoorbehoud en het voorwaardelijke eigendomsrecht van de verkoper worden door het Nederlandse recht erkend.<sup>22</sup> Uiterlijk bij het overschrijden van de grens is het – in lijn met het *Rabobank/Reuser*-arrest – mogelijk dat ten behoeve van een eventuele (geld) kredietverlener van de koper een bij voorbaat

13. Zie ten aanzien van de zekerheidscessie: BGH 14 juli 2004, *NJW* 2005, 1192; BGH 8 december 1998, *NJW* 1999, 940; W.H. Roth & E.M. Kieninger, in: W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II* (§§ 311-432), 8e druk, München: C.H. Beck, 2019, § 398, nr. 143; en R.M. Beckmann, in: M. Martinek (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 433-480 (Kaufrecht)*, 15e druk, Berlin: Sellier/De Gruyter, 2013, BGB, § 449, nr. 167.

14. In dit artikel wordt met name ingegaan op de in het Duitse recht heersende leer. Vgl. over de discussie in de Duitse literatuur en jurisprudentie over deze bepaling: E.F. Verheul, 'Leverancierszekerheid na zaaksvorming', *WPNR* 2014/7022, 521-528, onder 3.

15. Füller, in: MüKo-BGB, § 950, nrs. 5-8.

16. Füller, in: MüKo-BGB, § 950, nrs. 17 e.v.

17. BGH 19 oktober 1966, *BGHZ* 46, 117, 122, *NJW* 1967, 34.

18. Eberl, in: Schulze/Grziwotz/Lauda, § 449, nr. 16.

19. Westermann, in: MüKo-BGB, § 449, nr. 86; en Beckmann, in: Staudinger, BGB, § 449, nr. 147.

20. § 170 lid 1 InsO; I. Lohmann, in: G. Kreft (red.), *Insolvenzordnung*, 6e druk, § 51 InsO, Heidelberg: C.F. Müller, 2011, nrs. 2 en 37; en Westermann, in: MüKo-BGB, § 449, nrs. 87.

21. Art. 10:127 lid 1, 4 en 5 BW.

22. Art. 10:128 lid 1 BW.

gevestigd vuistloos pandrecht komt te rusten op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper.<sup>23</sup> De vraag is nu hoe het Nederlandse recht de verwerking van de roerende zaak goederenrechtelijk beoordeelt en of de clausules uit de overeenkomst tussen de verkoper en de koper effect sorteren. Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen natrekking en vermenging aan de ene kant en zaaksvorming aan de andere kant.

### 3.1. Verbinding of vermenging met een hoofdzaak

Wordt de verkochte zaak met een andere roerende zaak van de koper in Nederland verbonden of vermengd zonder dat een hoofdzaak aan te wijzen valt, dan wordt de eigendomsvoorhouder naar Nederlands recht voorwaardelijke mede-eigenaar van de gecombineerde zaak.<sup>24</sup> De koper heeft één onvoorwaardelijk aandeel in de gecombineerde zaak en één aandeel onder de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs. Omdat de aandelen evenredig zijn aan de waarde van de oorspronkelijke zelfstandige zaken, is het belang van de verkoper-leverancier veiliggesteld.

Deze verkrijging wordt in Nederland aangemerkt als originele wijze van eigendomsverwerving. Dit betekent dat de oude zaken niet meer bestaan en de gecombineerde zaak een nieuwe zaak is.<sup>25</sup> Dit heeft tot gevolg dat de vuistloze pandrechten die de koper op de oude zaken heeft gevestigd ten behoeve van zijn kredietverlener(s), tenietgaan.<sup>26</sup> Uit het *Zalco*-arrest van de Hoge Raad kan echter worden afgeleid dat op grond van de natrekking deze vuistloze pandrechten van rechtswege herleven en komen te rusten op de aandelen van de koper in de gecombineerde zaak.<sup>27</sup>

Het verlengde eigendomsvoorbehoud is pas van belang in de situatie waarin de roerende zaak van de koper wordt aangemerkt als hoofdzaak, zoals de machine waarin het geleverde onderdeel wordt geïntegreerd. Dan blijft de hoofdzaak bestaan en groeit de onvoorwaardelijke eigendom van de koper aan doordat de verkochte zaak bestanddeel wordt van de roerende zaak van de koper.<sup>28</sup> De verkochte zaak bestaat niet meer en de verkoper heeft zijn voorwaardelijke recht verloren. Het vuistloze pandrecht van een eventuele kredietverlener van de koper groeit aan zoals de eigendom van de koper.

Voor deze situatie heeft de koper volgens de standaard-clausule een aandeel in de gecombineerde zaak bij voorbaat overgedragen aan de verkoper onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de koopprijs. De voorwaardelijkheid van de overdracht vormt op zich geen probleem voor een geldige overdracht ex art. 3:84 BW. De verbintenis is onderworpen aan de ontbindende voorwaarde en krachtens art. 3:84 lid 4 BW is het

recht dat de verkoper verkrijgt, onderworpen aan dezelfde voorwaarde. Het voorwaardelijk recht is ook faillissementsbestendig omdat de koper de zaak onvoorwaardelijk levert op een moment waarop hij beschikkingsbevoegd is.<sup>29</sup> De vraag is echter of een overdracht aan de verkoper onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de koopprijs afstuit op art. 3:84 lid 3 BW. Het eerste deel van dit fiducia-verbod leidt tot nietigheid van een titel

“die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, [...]”

In de Nederlandse literatuur is de heersende mening dat het Duitse verlengde eigendomsvoorbehoud tot zekerheid strekt en daarom niet door de beugel van art. 3:84 lid 3 BW kan.<sup>30</sup> Zoals reeds opgemerkt, kan dit niet zijn gebaseerd op de Duitse heersende leer, die het recht van de verkoper aanmerkt als volwaardige eigendom. Dit is weliswaar bij de voorwaardelijke overdracht in Nederland van weinig belang omdat de overeenkomst tussen de verkoper en koper aan het Nederlandse art. 3:84 lid 3 BW moet worden

23. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016, 290, m.nt. F.M.J. Verstijlen. Vgl. echter S.C.J.J. Kortmann & K.W.C. Geurts, in: G.J.L. Bergervoet, T. Hutten, B.A. Schuijling & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Financiering van de productieketen*, Deventer: Wolters Kluwer, 2019, onder 7.3. Aangezien het vuistloze pandrecht niet bestaat in het Duitse recht en het Duitse bepaaldheidsvereiste mogelijkserwijs in de weg staat aan een zekerheidsoverdracht bij voorbaat van een onbepaald aantal zaken, lijkt het onwaarschijnlijk dat de kredietverlener een zekerheidsrecht in Duitsland heeft verkregen. Zie:

C. Wendehorst, in: J. von Hein (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 12: Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-253)*, 7e druk, München: C.H. Beck, 2018, EGBGB, § 43, nr. 77; en Vieweg & Werner, a.w., blz. 363.

24. Art. 5:14 lid 2 en 5:15 BW.

25. J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming. Opmerkingen bij de algemene regeling voor roerende zaken in het Burgerlijk Wetboek*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer, 2002, onder 2.4.3.2 en 3.5.3; en J.B. Spath, ‘Een gesloten systeem van originele verkrijging?’, VRA 2011, 12-41.

26. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/69.

27. HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192, NJ 2016/263, ro. 3.7.1 e.v.; en W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, 14<sup>e</sup> druk, Deventer: Wolters Kluwer, 2019, nrs. 513 en 513a.

28. Wichers, a.w., onder 3.5.2; en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/69.

29. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/238 en 243.

30. Knot & Verstijlen, a.w., onder 1.5; Veder 2004, a.w., blz. 68 e.v. en 282; en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/528. Zie dezelfde heersende leer met betrekking tot het ‘Nederlandse’ verlengde eigendomsvoorbehoud: Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/534; Verheul 2014, a.w., blz. 526 e.v.; en Reehuis & Heisterkamp, a.w., nr. 967.

getoetst, maar laat wél zien dat een nadere analyse nodig is.

De wetsgeschiedenis en het standaard-arrest *Sogelease*<sup>31</sup> moeten uitwijzen of het Duitse verlengde eigendomsvoorbehoud een geldige titel tot overdracht tot stand brengt. Art. 3:84 lid 3 BW diende ertoe de zekerheidsoverdracht te verbieden die in Nederland tot 1992 als vuistloos en niet-accessoir zekerheidsrecht werd gebruikt.<sup>32</sup> Door dit verbod en het gebruik van het vuistloze pandrecht werd beoogd om het omzeilen van de dwingende regels van pand en hypotheek en de overbedeling van de zekerheidsgerechtigde te voorkomen.<sup>33</sup> Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever de *fiducia cum creditore* wilde verbieden, dus een overdracht die *uitsluitend* ertoe strekt om verhaal te bieden op het overgedragen goed. Hieruit kan niet zonder meer worden afgeleid dat de overdracht onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de koopprijs afstuit op art. 3:84 lid 3 BW. Immers, de constructie van het verlengde eigendomsvoorbehoud brengt met zich dat de verkoper een aandeel in de eigendom verkrijgt dat overeenkomt met de waarde van zijn koopprijsvordering. Van een overbedeling is dus geen sprake. Verder zijn de bevoegdheden van de verkoper nadat hij de overeenkomst met de koper heeft ontbonden, niet beperkt tot het verkopen van zijn aandeel, maar bepalen de regels over de gemeenschap welke bevoegdheden hij heeft.

In het *Sogelease*-arrest maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen een ongeldige overdracht die een zekerheidsrecht tot stand brengt, en een 'werkelijke overdracht' die het goed zonder beperking op de verkrijger doet overgaan en de verkrijger niet alleen in zijn positie als schuldeiser beschermt.<sup>34</sup> De kern van een zekerheidsrecht vormen volgens de Hoge Raad het doel om voor de verkrijger een voorrangspositie ten opzichte van andere schuldeisers te scheppen, het toe-eigeningsverbod en de afdrachtsverplichting. In het *BTL*-arrest heeft de Hoge Raad verder duidelijk gemaakt dat een werkelijke overdracht elke overdracht is die de verkrijger meer dan een verhaalsrecht geeft.<sup>35</sup> Anders dan bijvoorbeeld de Duitse zekerheidsoverdracht brengt het verlengde eigendomsvoorbehoud een volwaardig aandeel in het eigendomsrecht teweeg.<sup>36</sup> Er bestaat geen toe-eigeningsverbod en geen afdrachtsverplichting. Dit komt omdat de belangen van de koper reeds veilig zijn gesteld doordat de verkoper slechts een aandeel in de eigendom heeft verkregen.<sup>37</sup> Ook al is de overdracht onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de koopprijs zonder twijfel ingegeven door een zekerheidsmotief,<sup>38</sup> zij stuit niet af op het verbod van de zekerheidsoverdracht.<sup>39</sup>

Het tweede deel van het fiducia-verbod leidt tot nietigheid van een titel die niet ertoe strekt om

het goed in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Dit deel dient ertoe het gesloten systeem van rechten met goederenrechtelijke werking te waarborgen.<sup>40</sup> Omdat art. 3:84 lid 4 BW voorziet in het creëren van voorwaardelijke rechten, maakt een eigendomsverdracht onder ontbindende voorwaarde *prima facie* deel uit van het goederenrechtelijke systeem.<sup>41</sup> Omdat deze overdracht onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de koopprijs eigendomsverhoudingen schept die ook een eenvoudig eigendomsvoorbehoud teweegbrengt, is er mijns inziens geen afwijking van het gesloten stelsel.<sup>42</sup>

Ik zou overigens menen dat de regels over het eigendomsvoorbehoud desnoods analogisch moeten worden toegepast op het verlengde eigendomsvoorbehoud omdat deze constructie hetzelfde resultaat teweegbrengt en ook ertoe dient de nakoming van een koopprijsvordering te verzekeren. De constructie stuit niet af op art. 3:92 lid 2 BW. Een eigendomsvoorbehoud mag worden bedongen ter verzekering van onder andere de tegenprestatie voor de levering van zaken. Dit hoeft niet de tegenprestatie te zijn voor de zaak waarvan de verkoper zich de eigendom voorbehoudt.<sup>43</sup> Het levert dus geen probleem op dat de eigendom van de nieuwe zaak voorwaardelijk wordt overgedragen om de koop-

31. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, *NJ* 1996, 119.

32. Vgl. HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1270, *NJ* 1994, 462, m.nt. W.M. Kleijn.

33. Parl. Gesch. Boek 3, blz. 317 e.v.

34. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, *NJ* 1996, 119, ro. 3.4.3.

35. HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8241, *JOR* 2006/60, ro. 3.4.2.

36. Westermann, in: *MüKo-BGB*, § 449, nr. 84.

37. Vgl. Verheul 2014, a.w., blz. 526, voor wie een wanverhouding tussen de waarde van de nieuwe zaak en de vordering van de verkoper een reden vormt om een vergelijkbare retro-overdracht in het Nederlandse recht niet te omarmen; en S.E. Bartels, 'Eigendomsvoorbehoud en zaaksvorming', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire Verhoudingen*, Deventer: Kluwer, 2007, blz. 3-20, blz. 17.

38. Verheul 2014, a.w., blz. 526.

39. Zie uitgebreider met betrekking tot de Nederlandse context: J.B. Spath, 'Verlengd eigendomsvoorbehoud in strijd met art. 3:84 lid 3 BW?', *NTBR* 2012/45, onder 3.1; en B. Hoops, 'Art. 3:84 lid 3 BW: Geen gevaar voor overdrachten onder voorwaarde van faillissement ter verzekering van het gebruik van een goed', in: F.M.J. Verstijlen, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G.J.L. Bergervoet (red.), *Groninger zekerheid, Liber Amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Kluwer, 2014, blz. 131-141..

40. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, *NJ* 1996, 119, ro. 3.6. Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/567.

41. A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer, 2003, blz. 369, vn. 26.

42. Zie uitgebreider: Hoops, a.w.

43. Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/536; en Reehuis & Heisterkamp, a.w., nr. 966.

prijsvordering met betrekking tot de teniet-gegane zaak te verzekeren. Dit neemt niet weg dat de verkoper het eerder op de hoofdzaak gevestigde vuistloze pandrecht van de kredietverlener dient te respecteren. Zijn positie is dus slechter dan bij een Duits-Duitse transactie het geval zou zijn geweest. Op de voorrang van het recht van de (geld)kredietverlener boven het recht van de leverancier-verkoper in het Nederlandse recht is in de Nederlandse literatuur overigens hevige kritiek geuit. Er zijn ook oplossingen aangedragen.<sup>44</sup> De kritiek en de oplossingen kunnen hier niet uitgebreid worden behandeld, maar het lijkt mij wenselijk, ook in het licht van het hierna nog te behandelen primaire EU-recht, dat de positie van de leverancier-verkoper wordt versterkt.

### 3.2. Zaaksvorming

Gebruikt de koper de geleverde zaak (en andere zaken) om een nieuwe zaak te vormen door de identiteit van de vervaardigde zaken te veranderen, dan ontstaat een nieuwe zaak en de voorwaardelijke eigendomsrechten van de partijen (en het eventuele vuistloze pandrecht van de kredietverlener van de koper) gaan teniet op grond van art. 5:16 lid 2 BW.<sup>45</sup> Dan rijst de vraag of de koper deze zaak voor zichzelf of de verkoper heeft gevormd. Als de koper de zaak voor zichzelf heeft gevormd, dan wordt hij eigenaar van de nieuwe zaak en wordt eventueel een vuistloos pandrecht ten behoeve van zijn (geld) kredietverlener gevestigd. Als de koper de zaak voor de verkoper heeft gevormd, dan wordt de verkoper de eigenaar.

In de overeenkomst tussen de verkoper en de koper wordt de verkoper aangewezen als producent (*Hersteller*). Deze clause zal echter in het Nederlandse recht in de regel geen effect sorteren. Volgens de wetsgeschiedenis zou de koper de zaak voor de verkoper vormen als de koper de zaak vormt in opdracht en voor rekening van de verkoper.<sup>46</sup> De Hoge Raad heeft verder in zijn standaard-arrest *Breda/Antonius* bepaald dat de rechtsverhouding tussen de koper en de verkoper naar verkeersopvatting moet worden uitgelegd om te vast te stellen voor wie de koper het eindproduct heeft gevormd. Bij industriële fabricage hangt dit af van wie beslissende invloed had op de wijze van productie, de definitieve vorm van het product en de risicoverdeling in het geval van verliezen wegens tegenvallende bruikbaarheid, verhandelbaarheid of winstgevendheid.<sup>47</sup> Er is dus ruimte voor de beïnvloeding van het goederenrechtelijke resultaat door partijafspraken.<sup>48</sup> Louter een aanwijzing van de verkoper als producent zal echter niet voldoende zijn. Omdat de koper in de veruit meeste gevallen het eindproduct vormt om het binnen zijn eigen bedrijf te verkopen, het zelf vormgeeft en de

verkoper niet meer te verliezen heeft dan (de waarde van) zijn aandeel in de nieuwe zaak, vormt de koper voor zichzelf.<sup>49</sup>

De Duitse leverancier-verkoper verliest dus zijn zekerheid. Was de partijafpraak wél effectief, dan zou het aandeel van de koper worden overgedragen aan de koper en zou art. 3:92 lid 2 BW niet in de weg staan aan de overdracht onder opschortende voorwaarde van het aandeel van de verkoper in de nieuwe zaak aan de koper.<sup>50</sup> Als alternatief bestaat nog de overdracht van een aandeel onder ontbindende voorwaarde aan de verkoper.<sup>51</sup> In onderdeel 3.1 is al aangetoond dat deze constructie door de beugel kan. De verkoper dient dan echter nog steeds het vuistloze pandrecht van een eventuele kredietverlener te respecteren zodat zijn zekerheid beperkter is dan bij een Duits-Duitse transactie. Een andere mogelijke constructie die de verkoper echter pas na de verkoop van de gevormde zaak helpt, is dat de koper de nieuwe zaak onder eigendomsvoorbehoud verkoopt, dit voorbehoud bedingt met betrekking tot de vordering van de verkoper<sup>52</sup> en (een aandeel van) zijn eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde overdraagt aan de verkoper.<sup>53</sup> Theoretisch is het bovendien mogelijk dat, zoals *Wichers* in haar proefschrift vermeldt,<sup>54</sup> de verkoper-leverancier en de koper de nieuwe zaak samen (doen) vormen. De verkoper zou dan op grond van art. 5:16 lid 1 jo. 5:14 lid 2 BW een evenredig aandeel in de nieuwe zaak verkrijgen, zonder dat hij een vuistloos pandrecht zou moeten respecteren. Hiervoor zou de verkoper echter meer commerciële risico's op zich moeten nemen en meer invloed moeten hebben op de vervaardiging van het eindproduct.

44. Kortmann & Geurts, a.w., onder 7.8; Verheul 2018, a.w., hoofdstuk 8; T.J. Bos, 'De problematiek betreffende het eigendomsvoorbehoud en natrekking; van pandrecht naar voorrecht?', *Ars Aequi* 2016, 915-924; E.F. Verheul & F.M.J. Verstijlen, 'Eigendom vanroerende zaken, met name originaire wijzen van eigendomsverrijking (titels 1 en 2); Een pleidooi voor meer continuïteit in het goederenrecht', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 van de toekomst* (Preadvies KNB), Den Haag: Sdu, 2016, blz. 65-144; Spath 2012, a.w., onder 3.2; en M. Veder, 'Verpanding made easy: verpanding van vorderingen door middel van een verzamelpancake', *Ars Aequi* 2012/455.

45. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/73 e.v.

46. Parl. Gesch. Inv. Boek 5 BW, blz. 1023.

47. HR 5 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9190, NJ 1992, 226, m.nt. W.M. Kleijn, ro. 3.3.

48. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/76a. Vgl. Bartels, a.w., blz. 6 e.v.

49. Zo ook en uitgebreider: Verheul 2014, a.w., blz. 524 e.v.

50. Vgl. onderdeel 3.1 met betrekking tot art. 3:92 lid 2 BW. Anders: Verheul 2014, a.w., blz. 526.

51. Zo ook: Spath 2012, a.w.

52. Vgl. over art. 3:92 lid 2 BW de in onderdeel 3.1 gemaakte opmerkingen.

53. Kortmann & Geurts, a.w., onder 7.4.2.

54. *Wichers*, a.w., onder 5.5.6.

Handeling	Juridische kwalificatie van (vervolg) handeling		Positie Duitse leverancier-verkoper	Verhouding tot kredietverlener met vuistloos pandrecht	Vergelijking met transactie in Duitsland zonder aanraking met het buitenland
Vervaardiging geleverde zaak in Nederland	Verbinding of vermenging	met een zaak die geen hoofdzaak is.	Voorwaardelijke eigenaar van aandeel.	Verkoper geniet in ieder geval voorrang.	Gelijk.
	Verbinding of vermenging	met hoofdzaak.	Voorwaardelijke eigenaar van aandeel.	Kredietverlener geniet in ieder geval voorrang.	Voorrang verloren.
	Zaaksvorming		Geen zakelijk recht.	Kredietverlener geniet in ieder geval voorrang.	Zekerheidsrecht verloren.

Tabel 1

#### 4. De invloed van de Europese fundamentele vrijheden

De Nederlandse discussie over zekerheidsrechten en grensoverschrijdende transacties ontfermt zich vooral over de beoordeling, ontwikkeling en toepassing van normen van het Nederlandse privaatrecht en het Nederlandse of Europese internationale privaatrecht. Behalve de verplichting om een uitdrukkelijk overeengekomen eenvoudig eigendomsvoorbehoud te erkennen,<sup>55</sup> is het recht betreffende het eigendomsvoorbehoud in de EU niet geharmoniseerd. Het Europese primaire recht, neergelegd in onder andere het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), speelt in de Nederlandse discussie geen rol.

Bij een grensoverschrijdende transactie met een in Nederland gevestigde koper oefent de Duitse verkoper echter zijn onder het VWEU gegarandeerde fundamentele vrijheden uit, meer specifiek het in de art. 28 VWEU e.v. neergelegde vrije verkeer van goederen. Zoals onderdeel 3 heeft laten zien, boet de verkoper in de behandelde scenario's veelal aan zekerheid in omdat de verkoper zijn product aan een Nederlandse koper heeft verkocht. In het volgende tabel vat ik de posities van de verkoper naar aanleiding van een verkoop naar Nederland samen en vergelijk ik deze posities met die bij een Duits-Duitse transactie: (zie tabel 1)

De slechtere positie van de Duitse leverancier-verkoper roept in het bijzonder de vraag op of het Nederlandse recht art. 34 VWEU schendt. Hieraan doet niet af dat de EU volgens art. 345 VWEU geen bevoegdheid heeft om het eigendomsrecht te regelen; de regels van de interne markt gelden ook voor het goederenrecht.<sup>56</sup> Art. 34 VWEU luidt als volgt:

Kwantitatieve invoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

De vraag is of het ontnemen van de voorrangpositie of het zakelijke recht een maatregel van gelijke werking vormt en of deze maatregel gerechtvaardigd kan worden.

##### 4.1. Is er sprake van een maatregel van gelijke werking?

Volgens het standaard-arrest *Dassonville* van het Hof van Justitie valt iedere regeling onder art. 34 VWEU die de

“intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, [...]”<sup>57</sup>

De latere jurisprudentie laat zien dat drie categorieën van maatregelen van gelijke werking bestaan.<sup>58</sup> Belemmeringen worden opgelegd door regels die juridisch of feitelijk buitenlandse producten slechter behandelen dan binnenlandse

55. Art. 9 Richtlijn 2011/7/EU; en HvJ 26 oktober 2006, Zaak 302/05, *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Italiaanse Republiek*, ECLI:EU:C:2006:683.

56. B. Akkermans & E. Ramaekers, 'Article 345 TFEU (ex Article 295 EC). Its meaning and interpretations', *European Law Journal* 2010, 292-314.

57. HvJ 11 juli 1974, Zaak 8/74, *Procureur du Roi tegen Benoît en Gustave Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, ro. 5.

58. Zie hierover uitgebreider: B. Akkermans & E. Ramaekers, 'Free Movement of Goods and Property Law', *European Law Journal* 2013, 237-266, 243 e.v.; en C. Barnard, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, 6e druk, Oxford: Oxford University Press, 2019, II.3 en 4.



producten,<sup>59</sup> regels over de eigenschappen van producten (*Cassis de Dijon*)<sup>60</sup> en regels die feitelijk de toegang tot de binnenlandse markt voor buitenlandse producten bemoeilijken.<sup>61</sup> De regulering van verkoopmodaliteiten levert daarentegen geen belemmering op indien de regulering geen onderscheid maakt tussen binnen- en buitenlandse aanbieders en op hen ook dezelfde juridische en feitelijke invloed heeft (*Keck*).<sup>62</sup> Daarnaast vormen maatregelen wier invloed op de interne markt te ‘onzeker en indirect’ is, geen maatregelen van gelijke werking. Hieronder valt bijvoorbeeld het bodemrecht van de Nederlandse Staat, dat in de *Krantz*-zaak was uitgeoefend tegen een Duitse verkoper onder eigendomsvoorbehoud.<sup>63</sup>

Bij de kwalificatie van de inbreuk op de positie van de Duitse verkoper moet een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende scenario's. Als de zaaksvorming (en, volgens menig Nederlandse auteur, de natrekking of vermeniging) plaatsvindt in Nederland, dan wordt aan de voorbehoudsverkoper een bestaand recht ontnomen en, anders dan in zijn land van origine, voor hem geen nieuw recht gecreëerd. Hij moet duur juridisch advies inwinnen om zijn belang ook in Nederland veilig te stellen of van de transactie afzien. Dit belemmert de handel binnen de EU en levert mijns inziens zonder twijfel een maatregel van gelijke werking op. In de Duitstalige literatuur is hieraan veel aandacht besteed omdat een zekerheidsoverdracht naar Duits recht in Oostenrijk tot voor kort niet werd erkend en tot het verlies van de zekerheidseigendom leidde indien de betreffende zaak van Duitsland naar Oostenrijk werd vervoerd.<sup>64</sup> De schrijvers zijn van mening dat de strengere *lex rei sitae* de zekerheidsgerechtigden beperkt tot hun land van origine en het exporteren van goederen aanzienlijk duurder maakt.<sup>65</sup> De in dit artikel behandelde Duitse verkoper zal via andere en duurdere constructies, bijvoorbeeld een vuistloos pandrecht naar Nederlands recht,<sup>66</sup> moeten proberen om zijn belangen veilig te stellen. In een recente uitspraak waarin de hoogste rechter in Oostenrijk (*Oberster Gerichtshof*) oordeelt dat de Duitse zekerheidseigendom wél wordt erkend, lijkt het erop dat het Oostenrijkse Hof zich bij deze auteurs schaaft.<sup>67</sup>

De literatuur ondersteunt dus de conclusie dat sprake is van een maatregel van gelijke werking. Hierbij zij opgemerkt dat het Duits-Oostenrijkse scenario van de hier behandelde scenario's verschilt omdat het verlies van het zakelijke recht het gevolg is van de niet-erkenning van het al bestaande Duitse zakelijke recht in Oostenrijk en niet, zoals in de behandelde scenario's, van de niet-omzetting in goederenrechtelijke rechten in Nederland van in Duitsland veel gebruikte contractuele afspraken. Dit formele verschil veran-

dert echter niet het daadwerkelijke resultaat dat de zekerheidsgerechtigde in beide scenario's aanzienlijke lasten moet dragen die in een puur binnenlandse situatie niet zouden zijn ontstaan. Twijfelachtig is daarentegen of het enkele verlies van de voorrangpositie van de verkoper (zonder het verlies van zijn zakelijke recht) ook een maatregel van gelijke werking oplevert. Deze vraag is nog onbeantwoord.<sup>68</sup> Het is echter geenszins uitgesloten dat dit het geval is omdat het verlies van een voorrangpositie ertoe noopt om extra kosten te maken voor het veiligstellen van het eigen financiële belang. Het zou wél een verstrekkende conclusie zijn omdat zij de in Nederland omarmde voorrangpositie van (geld) kredietverleners ten opzichte van leverancier-verkopers *an sich* en het nut van de verpanding van alle roerende zaken of vorderingen van de schuldenaar in het gedrang brengt.

59. HvJ 10 februari 2009, Zaak 110/05, *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Italiaanse Republiek*, ECLI:EU:C:2009:66, ro. 37.

60. HvJ 20 februari 1979, Zaak 120/78, *Rewe-Zentral tegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42.

61. HvJ 10 februari 2009, Zaak 110/05, *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Italiaanse Republiek*, ECLI:EU:C:2009:66, ro. 37.

62. HvJ 24 november 1993, Zaken 267/91 en 268/91, *Strafzaak tegen Bernard Keck en Daniel Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905, ro. 16.

63. HvJ 7 maart 1990, Zaak 69/88, *H. Krantz GmbH & Co. tegen Ontvanger der Directe Belastingen en Staat der Nederlanden*, ECLI:EU:C:1990:97, ro. 11.

64. Rausch, a.w., blz. 329 e.v. Zie echter Oberster Gerichtshof 23 januari 2019, ECLI:AT:OGH0002:2019:0030OB002 49.18S.0123.000.

65. Zie onder andere B. Lurger & M. Melcher, *Handbuch Internationales Privatrecht*, Wenen: Verlag Österreich, 2017, blz. 393 e.v.; E.-M. Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt. Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten*, Baden-Baden: Nomos, 1996, blz. 122; en J. Basedow, 'Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis', *RabelsZ* 1995, 1-55, 41 e.v. Vgl. Mansel, in: Staudinger, EGBGB, § 43, nrs. 151 e.v.

66. Vgl. Spath 2012, a.w., die het overstappen van een verlengd eigendomsvoorbehoud naar het vuistloze pandrecht in een puur Nederlandse situatie als bezwaarlijk bestempelt.

67. OGH, Judgment of 23 January 2019, ECLI:AT:OGH0002:2019:0030OB00249.18S.0123.000, ro. 6.3.4.

68. *Akkermans en Ramaekers* lijken geneigd om dit te onderschrijven: Akkermans & Ramaekers 2013, a.w., blz. 242 en 265.

#### 4.2. Kan de maatregel van gelijke werking worden gerechtvaardigd?

Op grond van art. 36 VWEU kunnen maatregelen van gelijke werking worden gerechtvaardigd uit hoofde van

de bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom.

Omdat de regels over zekerheidsrechten geen discriminatoir karakter hebben, kunnen ook 'dringende behoeften' in het publiek belang de maatregel van gelijke werking rechtvaardigen.<sup>69</sup> De openbare orde, de integriteit van het juridische stelsel en de nationale bescherming van schuldeisers komen hier het meest als beschermenswaardige publieke belangen in aanmerking.<sup>70</sup>

De nadelen van de toepasselijke regels moeten daarnaast geschikt, noodzakelijk en evenredig zijn in verhouding tot de nagestreefde publieke doelen.<sup>71</sup> Het tenietgaan van het zakelijke recht van de Duitse verkoper in Nederland, zonder enige vorm van compensatie, zal in ieder geval niet noodzakelijk zijn. Voor noodzakelijkheid is vereist dat er geen minder ingrijpend middel bestaat om het publieke doel te bereiken.<sup>72</sup> In de Nederlandse literatuur zelf worden oplossingen aangereikt voor de verbetering van de positie van de voorbehoudsverkoper die zijn eigendomsrecht door zaaksvorming is kwijtgeraakt, zoals een vuistloos pandrecht of een voorrecht dat van rechtswege aan de verkoper wordt toegekend.<sup>73</sup> Er staan dus minder ingrijpende middelen ter beschikking om de integriteit van het goederenrechtelijke stelsel in Nederland te waarborgen. Dit heeft tot gevolg dat tot een wijziging van de wet of de jurisprudentie strikt genomen de regels over zaaksvorming niet meer zouden mogen worden toegepast voor zover een Duitse verkoper die gebruik maakt van een verlengd eigendomsvoorbehoud naar Duits recht, door de toepassing zijn zekerheid zou verliezen.<sup>74</sup>

Wat het verlies van de voorrangspositie betreft, is er geen minder ingrijpend middel aan te wijzen voor een coherent stelsel van crediteurenbescherming. Een andere vraag die hier niet kan worden beantwoord, is of het Nederlandse stelsel wél zo coherent is.<sup>75</sup> Ook lijkt mij het door de maatregel veroorzaakte nadeel niet overduidelijk onevenredig. Het vrije verkeer van goederen eist mijns inziens dus niet dat de Duitse verkoper een voorrangspositie verkrijgt ten opzichte van de vuistloze pandhouders van de koper.

#### 5. Slot

In dit artikel heb ik laten zien dat het verlengde eigendomsvoorbehoud dat door een Duitse verkoper wordt gebruikt, in de meeste gevallen wél effect sorteert in het Nederlandse goederenrecht. Verder heb ik betoogd dat het primaire EU-recht ertoe noopt om de regels over zaaksvorming niet toe te passen of dat een goederenrechtelijk recht wordt toegekend aan de Duitse verkoper die gebruik maakt van een verlengd eigendomsvoorbehoud naar Duits recht, voor zover deze toepassing ertoe leidt dat hij zijn zekerheid verliest. Meestal zal de verkoper echter een eventueel vuistloos pandrecht van een (geld) kredietverlener van de koper moeten respecteren. Het EU-recht staat mijns inziens niet in de weg aan de slechtere positie van de verkoper ten opzichte van een Duits-Duitse transactie. De verschillen tussen de nationale stelsels leiden tot rechtsposities die veranderen in grensoverschrijdende transacties, onzekerheid en hogere kosten. Het is nog steeds het overwegen waard om de zekerheidsrechten voor de handel binnen de EU te harmoniseren.<sup>76</sup>

69. HvJ 20 februari 1979, Zaak 120/78, *Rewe-Zentral tegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42.

70. Akkermans & Ramaekers 2013, a.w., blz. 248 e.v.

71. Barnard, a.w., II.5.

72. Akkermans & Ramaekers 2013, a.w., blz. 249 e.v.

73. Zie bijv. Verheul & Verstijlen, a.w.; en Bos, a.w.

74. Vgl. Akkermans & Ramaekers 2013, blz. 250.

75. Vgl. Spath 2012, a.w., onder 3.2; en Verheul 2014, a.w., blz. 526 e.v.

76. Vgl. B. Akkermans, A.F. Salomons & J.H.M. van Erp (red.), *The Future of European Property Law*, München: Sellier, 2012.