

Mr. dr. P.S. Bakker* en mr. M. Bergervoet**

Het fiduciaverbod beschouwd vanuit de West¹

1. INLEIDING

1.1. Introductie

Art. 3:84 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat ‘een rechtshandeling 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, geen geldige titel [is] van overdracht van dat goed’. De eerste categorie wordt gewoonlijk als *fiducia cum creditore* aangeduid; de tweede categorie wordt *fiducia cum amico* genoemd. Het aldus in art. 3:84 BW verankerde fiduciaverbod heeft sinds zijn introductie in 1992 al veel pennen in beweging gebracht.² Regelmatig klinkt kritiek op deze door het gedachtegoed van E.M. Meijers geïnspireerde bepaling of wordt zelfs afschaffing ervan bepleit.³ In deze bijdrage wordt na ruim 25 jaar fiduciaverbod teruggekeken op de ontwikkelingen sinds 1992 en wordt de situatie in Nederland vergeleken met die in de West,⁴ alwaar geen fiduciaverbod van kracht is en stille verpanding en fiduciaire eigendom (broederlijk) naast elkaar bestaan.⁵

1.2. Leeswijzer/plan van aanpak

In deze bijdrage wordt allereerst kort ingegaan op de achtergrond en ontstaansgeschiedenis van art. 3:84 lid 3 BW (par. 2), gevolgd door een bespreking van de uitleg en toepassing van dit artikel door de Hoge Raad sinds 1992 (par. 3). Vervolgens zal in par. 4 uiteen worden gezet hoe in de West met de figuren van *fiducia cum creditore* (overdracht tot zekerheid) en *fiducia cum amico* (overdracht ten titel van beheer) wordt omgegaan en welke toepassingen daaraan in de praktijk worden gegeven. In de daaropvolgende par. 5 zullen wij ingaan op de vraag

of c.q. in hoeverre het in Nederland geldende fiduciaverbod in de weg staat aan introductie van de (in Curaçao en Sint Maarten al ingevoerde) figuur van de trust. In par. 6 worden de figuren van stil pand en fiduciaire eigendom voor wat betreft een aantal aspecten in samenhang bezien. In par. 7 wordt vervolgens stilgestaan bij de vraag in hoeverre het ontbreken van een fiduciaverbod in de West aldaar mogelijkheden en kansen voor de financieringspraktijk heeft opgeleverd, die in Nederland als gevolg van het fiduciaverbod niet (kunnen) worden benut. De bijdrage wordt in par. 8 afgesloten met een slotwoord, waarin enige conclusies worden geformuleerd.

2. ACHTERGROND EN ONTSTAANS- GESCHIEDENIS VAN HET FIDUCIA- VERBOD

Zowel de *fiducia cum amico* als de *fiducia cum creditore* heeft oude papieren; (varianten van) beide figuren waren al bij de Romeinen bekend.⁶ Onder het oud BW werd de fiduciaire eigendom als rechtsfiguur erkend in een drietal in 1929 gewezen arresten. In het arrest *De Haan/Heineken*⁷ en het *Hakkers/Van Tilburg*-arrest⁸ werd de *fiducia cum creditore* rechtsgeldig geoordeeld; in het *De Boer/BUMA*-arrest viel eenzelfde oordeel de *fiducia cum amico* ten deel.⁹ Leidende gedachte achter het aanvaarden van de zekerheidseigendom was dat in de jaren na de Eerste Wereldoorlog een grotere behoefte ontstond aan

* Mr. dr. P.S. Bakker is advocaat bij Spigt Dutch Caribbean en verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

** Mr. M. Bergervoet is advocaat bij Spigt Dutch Caribbean.

1. Dit artikel bevat enkele passages uit eerdere publicaties van de auteurs.

2. Zie onder meer de literatuur, genoemd bij S. de Groot & A.F. Salomons, ‘Zekerheidsoverdracht in het Nederlandse BW, de Franse Code civil en de Europese DCFR’, *AA* 2011, afl. 5, p. 383 e.v.

3. Zie bijv. H.W. Heyman, ‘De reikwijdte van het fiducia-verbod’, *WPNR* 1994, afl. 6119, p. 14 en S.C.J.J. Kortmann, ‘“Werkelijke” overdracht ... met een fiduciair karakter’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XXVII (2010), p. 63. Zie ook C.J.H. Jansen, ‘Fiduciaire rechtshandelingen in historisch perspectief’, in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen: libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 114 e.v.

4. De West wordt ook wel aangeduid als de *Dutch Caribbean* en omvat de koninkrijkslanden Curaçao, Aruba en Sint Maarten alsmede de BES-eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba), die de status van openbaar lichaam hebben en tot Nederland behoren.

5. Zie over de beweegredenen om in de West het fiduciaverbod niet in te voeren J.F. Jansen, ‘Revival van de zekerheidsoverdracht?’, *WPNR* 2005, afl. 6610, p. 133.

6. Aldus Jansen 2007, p. 105. Zie voorts Asser/Mijnssen & De Haan 1992/538 en, meer recent, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/564, met verwijzing naar veel verdere literatuur.

7. HR 25 januari 1929, *NJ* 1929/616. Zie over dit arrest ook R.M. Wibier, ‘Twintig jaar stil pandrecht op vorderingen in Nederland’, *WPNR* 2012, afl. 6931, p. 381.

8. HR 21 juni 1929, *NJ* 1929/1096.

9. HR 14 juni 1929, *NJ* 1929/1434.

krediet tegen zekerheidstelling van roerende zaken.¹⁰ Het vuistpand, dat nu eenmaal voorziet in het uit de macht van de pandgever brengen van de verpande roerende zaak, werd door de Hoge Raad als onpraktisch ervaren, omdat de bedrijfsmatig opererende pandgever in de regel belang heeft bij het voortgezet gebruik van de in pand gegeven zaak. Bij gebreke van de mogelijkheid van stille verpanding (stille verpanding werd pas mogelijk na de invoering van het nieuw BW in 1992) en teneinde aan de ontstane noden van het handelsverkeer tegemoet te komen omarmde de Hoge Raad in 1929 de mogelijkheid van overdracht tot zekerheid, die gepaard ging met een levering *per constitutum possessorium* (c.p.).¹¹ Deze figuur leverde de gewenste zekerheid op voor de crediteur, terwijl de debiteur de aldus overgedragen za(a)k(en) gewoon in het kader van zijn bedrijfsvoering kon blijven gebruiken.

Deze ontwikkeling riep de toorn van E.M. Meijers op.¹² Fiduciare eigendomsoverdracht hield volgens Meijers wetsontduiking in (namelijk van dwingende wettelijke bepalingen inzake pand)¹³ alsmede een inbreuk op de *paritas creditorum* en resulteerde volgens hem in de schijn van kredietwaardigheid van de debiteur.¹⁴ Zijn conclusie was dan ook dat voor fiduciaire eigendom geen plaats in het wettelijk stelsel diende te bestaan:

‘Wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen; wie hem toekomstige goederen door een ander wenst te laten beheren, moet deze goederen onder bewind stellen.’¹⁵

Zijn voorstel voor een fiduciaverbod – waarin zowel de mogelijkheid tot zekerheidseigendom als de (blijkens het zojuist weergegeven citaat eveneens door Meijers onwenselijk geachte)¹⁶ mogelijkheid om een trust in het leven te roepen de pas wordt afgesneden – vinden wij in art. 3.4.2.2 lid 3 van het Ontwerp Meijers:

‘Een rechtshandeling, die de overdracht van een recht tot zekerheid van een schuld of tot uitoefening van het over te dragen recht in het belang van de vervreemder of van een derde ten doel heeft, is geen geldige titel van overdracht van dat recht.’¹⁷

Meijers heeft in zoverre zijn zin gekregen dat het fiduciaverbod met de invoering van het nieuw BW in 1992 inder-

daad zijn intrede heeft gedaan. Het in art. 3:84 lid 3 BW neergelegde fiduciaverbod kan niet los worden gezien van het eveneens met de invoering van het nieuw BW in Nederland geïntroduceerde stille pandrecht, dat diende tot vervanging van de weggefallen figuur van de zekerheidseigendom.¹⁸

De uiteindelijke redactie van art. 3:84 lid 3 BW was echter een andere dan destijds door Meijers zelf werd voorgestaan. De keuze voor de uiteindelijke redactie van art. 3:84 lid 3 BW was blijkens de parlementaire geschiedenis ingegeven door de vrees dat de door Meijers geopperde formulering aanleiding zou kunnen geven tot het misverstand ‘dat ook een titel tot overdracht wordt getroffen, wanneer tegelijkertijd wordt overeengekomen dat de verkrijger (obligatoir) verplicht zal zijn het genot, de vruchten enz. van het goed aan de vervreemder of een derde te doen toekomen, terwijl de vervreemder (eveneens obligatoir) de lasten voor zijn rekening neemt’. De bedoeling van de wetgever met de nieuwe formulering van de bepaling was ervoor te zorgen dat dergelijke rechtshandelingen niet door het fiduciaverbod zouden worden getroffen.

Zwalve merkt over deze latere redactie van het artikel op dat zij de ‘nagenoeg volledige mislukking van Meijers’ initiële bedoelingen inluidde’.¹⁹ Zijn kritiek is dat de wijze waarop de fiducia cum amico in de uiteindelijke wetstekst (‘Een rechtshandeling (...) die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen.’) in de ban is gedaan, miskent dat in het begrip ‘overdracht’, zoals dit in het nieuw BW wordt gebruikt, al besloten ligt dat het overgedragen goed (steeds) in het vermogen van de verkrijger valt:

‘Er bestaán daarom geen titels van overdracht die de strekking missen een goed in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, want als een titel die strekking mist, vindt er eenvoudigweg geen overdracht plaats. De Hoge Raad is zich daarvan bewust geweest toen hij in zijn inmiddels befaamde arrest van 19 mei 1995 (Mr H.H. Keereweert q.q./Sogelease) vaststelde dat slechts de niet als “werkelijk” bedoelde overdracht door het verbod van art. 3:84 lid 3 BW werd getroffen. Door deze uitleg staat, zo stel ik vast, niets meer in de weg aan de introductie van de trustfiguur in het Nederlandse recht, want óók de overdracht ten titel van beheer is een als “werkelijk” be-

10. W.H.M. Reehuis, ‘Roerende zaken als zekerheid: leven in de brouwerij!’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XIV (1997), p. 31. Zie van dezelfde *Overdracht* (Monografieën BW, deel B6a), 2010/72 alsmede Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/119.

11. Zie W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 36-37 en Kortmann 2010, p. 63 e.v.

12. Meijers is in dit kader wel aangeduid als ‘fiduciavijand nr. 1’ (Heyman) en ‘kampioen der concurrent crediteuren’ (Salomons). Zie ook Jansen 2007, p. 108.

13. Zie onder meer *Parl. Gesch. BW Boek 3*, 1981, p. 316, nr. 4.

14. Aldus O. Salah, ‘Het fiduciaverbod nieuw leven ingeblazen?’, *MvV* 2013, afl. 5, p. 139. Zie voorts S.C.J.J. Kortmann, ‘Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?’, *WPNR* 1994, afl. 6119, p. 18 e.v. alsmede J.H.A. Lokin, ‘De spagaat van de Hoge Raad’, in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciare verhoudingen: libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 147 e.v., Kortmann 2010, p. 64-65 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/567.

15. *Parl. Gesch. BW Boek 3*, 1981, p. 316, nr. 4. Zie ook E.M. Meijers, *De trustee in het burgerlijk recht* (1927) (VPO III), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 186-187 en Reehuis 1997, p. 38.

16. Zie ook Meijers 1927, p. 185-187.

17. Zie nader T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 3.1.5.

18. Zie Reehuis 1987, p. 40. Zie ook Jansen 2007, p. 115 en Wibier 2012, p. 381.

19. W.J. Zwalve, “‘You can’t have your cake and eat it’”. Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht’, *RMThemis* 2015, afl. 4, p. 139. Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/567.

doelde overdracht in de zin die de Hoge Raad daaraan heeft gegeven.’

Ergo: de formulering van art. 3:84 lid 3 BW strookt niet met de systematiek en het begrippenkader van het nieuw BW en heeft in de uitleg van de Hoge Raad niet het door Meijers gewenste resultaat dat de figuur van de trust ermee onmogelijk wordt gemaakt. Verderop in deze bijdrage zullen wij nader ingaan op de vraag in hoeverre wij Zwolve’s visie delen dat de figuur van de trust thans reeds in het Nederlandse recht kan worden ingepast.

3. UITLEG EN TOEPASSING VAN ART. 3:84 LID 3 BW SINDS 1992

Na invoering van art. 3:84 lid 3 BW heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen, die beide van groot belang zijn gebleken voor het kunnen bepalen van strekking en reikwijdte van dit artikellid. Het eerste arrest van 19 mei 1995 (*Keereweer/Sogelease*)²⁰ werd in de vorige paragraaf al kort genoemd. De casus is eenvoudig. De Zaaiers kocht van Mahez en kreeg van deze in eigendom een tweetal drukpersen. Teneinde het ertoe te leiden dat de koopprijs aan Mahez zou worden voldaan, sloot De Zaaiers een zogeheten *sale-and-lease-back*-overeenkomst met Sogelease, ter uitvoering waarvan De Zaaiers de drukpersen in eigendom overdroeg aan Sogelease, die op haar beurt namens De Zaaiers de door deze verschuldigde koopprijs aan Mahez voldeed. De lease hield in dat De Zaaiers gedurende 7 jaar maandelijks haar schuld zou aflossen, terwijl alle risico’s van onderhoud, beschadiging en waardevermindering bij De Zaaiers zouden verblijven. De Zaaiers had de drukpersen ook op haar balans gezet. Na 2 jaar ging De Zaaiers failliet. De vraag die de Hoge Raad kreeg voorgeschied was of deze *sale-and-lease-back*-constructie als overdracht tot zekerheid kon worden aangemerkt en getroffen werd door het fiduciaverbod. De Hoge Raad oordeelde van niet. Na voorop te hebben gesteld dat

‘(...) 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 teneinde 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 oplevert (“partijen dienen dan gebruik te maken van (stil) pandrecht, onderscheidenlijk van hypotheek”)

vervolgt de Hoge Raad:

‘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. Met name doet het dat niet, indien de overeenkomst ertoe strekt, enerzijds dat een zaak door de overdrager aan de verkrijger wordt verkocht en overgedragen, anderzijds dat de zaak door de verkrijger tegen betaling aan de overdrager in gebruik wordt gegeven onder zodanige voorwaarden dat de verkrijger in geval van wanprestatie van zijn wederpartij de overeenkomst slechts – voor wat betreft het gebruik – behoeft te ontbinden ten einde weer vrijelijk en volledig over zijn zaak te kunnen beschikken.’

Uit deze passage kan worden afgeleid dat fiduciaire eigendom wel degelijk onder het regime van art. 3:84 lid 3 BW mogelijk is, tenzij van een ‘werkelijke overdracht’ niet kan worden gesproken.²¹ Daarmee is door de Hoge Raad zeker gesteld dat *financial sale and lease back* – een in de praktijk belangrijke financieringsconstructie – niet in strijd komt met het in art. 3:84 lid 3 BW vervatte fiduciaverbod en is het toepassingsbereik van dit verbod in belangrijke mate teruggedrongen.²² Wel ongeldig is een overdracht *uitsluitend* ten titel van verhaal, die er enkel toe strekt de verkrijger in zijn schuldeisersbelangen te beschermen. In de woorden van Rank-Berenschot:

‘Ongeldige titel van overdracht is derhalve een overeenkomst die de bevoegdheden van de verkrijger, in geval van wanprestatie van de vervreemder, beperkt tot het recht om het hem overgedragen goed te gelde te maken teneinde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen.’²³

Op de kop af tien jaar na het wijzen van *Keereweer/Sogelease* heeft de Hoge Raad een tweede belangrijk arrest over het fiduciaverbod gewezen, eveneens in het kader van een *financial sale and lease back*. In het arrest *BTL/Van Summeren* (HR 18 november 2005, *NJ* 2006/151) kwam, naar aanleiding van het feit dat de lessee de in de lease betrokken zaken aan de lessor had verkocht en geleverd tegen een prijs die aanmerkelijk lager lag dan de marktwaarde, de vraag aan de orde of door de partijen bij de financieringsconstructie wel een ‘werkelijke overdracht’ was beoogd. De Hoge Raad leidde zijn overwegingen in dit kader in met de bemerking dat naast de overeenkomst die strekt tot ‘werkelijke overdracht’ de overeenkomst moet worden geplaatst die slechts een verhaalsrecht geeft. Over de wijze waarop moet worden vastgesteld of een ‘werkelijke overdracht’ door partijen beoogd is, oordeelde de Raad vervolgens:

‘Anders dan het onderdeel betoogt, heeft de Hoge Raad niet beslist – en is ook niet juist – dat een “werkelijke overdracht” beoogd is indien niet expliciet uit de (tekst van de) overeenkomst het tegendeel blijkt. Het onderdeel is derhalve tevergeefs voorgesteld.’

20. HR 19 mei 1995, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn.

21. Aldus ook Kortmann 2010, p. 68.

22. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/568 en T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 3.3.4.1.

23. Rank-Berenschot, in: *T&C BW*, art. 3:84 BW, aant. 4 onder a.

Na te hebben geoordeeld dat op de obligatoire overeenkomst, die ten grondslag ligt aan de overdracht van de in de lease betrokken zaken, de Haviltex-maatstaf²⁴ moet worden toegepast, ging de Hoge Raad in op de vraag hoe bij de uitleg van die obligatoire overeenkomst de waarde van de in de lease betrokken zaken een rol kan spelen:

‘Ten aanzien van de tweede klacht van het onderdeel geldt het volgende. Indien sprake is van een “werkelijke overdracht” in de zin van het Sogelease-arrest, is het gevolg dat BTL eigenaar is van de aan haar overgedragen trekkers en opleggers. Of die trekkers en opleggers meer waard zijn dan de vordering van BTL op de Van Summerenvennootschappen en of BTL door die overdracht bevoordeeld wordt, doet – in zoverre is het uitgangspunt van het onderdeel juist – voor de eigendomsvraag dan niet meer ter zake. Dit betekent echter niet dat het hof in het kader van het onderzoek of sprake is van een “werkelijke overdracht” geen betekenis zou mogen toekennen aan de waarde van de beweerdelijk overgedragen zaken. Een wanverhouding tussen de hoogte van de vordering en de waarde van het overgedragen object kan bijdragen tot het oordeel dat partijen niet een “werkelijke overdracht” hebben beoogd. Ook de tweede klacht faalt dus.’

Met andere woorden: of een werkelijke overdracht door partijen is beoogd, moet door uitleg van de obligatoire overeenkomst, die de titel voor overdracht oplevert, worden vastgesteld. Uit de uitspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat daarbij geen ruimte is voor een ‘harde subregel’²⁵ (in de trant van: een werkelijke overdracht is beoogd, tenzij partijen expliciet anders zijn overeengekomen), maar dat de uitleg contextueel, oftewel aan de hand van de omstandigheden van het geval, dient plaats te vinden, waarbij een eventuele disproportionele verhouding tussen de hoogte van de schuld van de lessee en de waarde van de door deze over te dragen zaken een gezichtspunt is bij de beantwoording van de vraag of een ‘werkelijke overdracht’ door partijen is beoogd.²⁶

De vraag laat zich overigens stellen of het – met het oog op de noodzaak van rechtszekerheid in het handelsverkeer en de belangen van (potentieel) betrokken derden – wenselijk is bij de uitlegexercitie die nodig is om te achterhalen of een ‘werkelijke overdracht’ door partijen is beoogd, enkel aan te haken bij de bedoelingen van de partijen bij de betreffende obligatoire overeenkomst. Het

is bepleit(baar) dat in dergelijke gevallen niet (enkel) het (redelijk)²⁷ perspectief van de oorspronkelijke partijen zelf voor de vaststelling van het ‘beoogd zijn’ van een ‘werkelijke overdracht’ van belang zou behoren te zijn, maar dat dit ‘beoogd zijn’ aan de hand van objectieve maatstaven²⁸ zou moeten worden vastgesteld, althans dat daarbij mede het (redelijk) perspectief van (potentieel) betrokken derden zou moeten worden betrokken.²⁹ Omwille van de beknoptheid laten wij dit (interessante) onderwerp hier verder rusten.

4. FIDUCIAIRE EIGENDOM IN DE WEST

4.1. Fiducia cum creditore

In par. 1 zagen wij reeds dat het fiduciaverbod in de West niet geldt; de landen Curaçao, Aruba en Sint Maarten alsmede de BES-eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba) kennen (elk resp. gedrieën) een eigen BW, waarin art. 3:84 BW slechts drie in plaats van vier leden telt en lid 3 overeenkomt met lid 4 van het Nederlandse art. 3:84 BW. Zekerheidseigendom (van zaken) is daarom in de West zonder meer mogelijk en ook een regelmatig voorkomende figuur, evenals de mogelijkheid van (openbare dan wel stille) cessie tot zekerheid. In par. 6 wordt nader ingegaan op zekerheidseigendom in de West, worden zekerheidseigendom en -cessie enerzijds en stille verpanding anderzijds nader in samenhang gezien en wordt stilgestaan bij de vraag of tussen beide figuren vanuit het perspectief van de schuldeiser (significante) verschillen bestaan.

4.2. Fiducia cum amico

Struycken noemt in zijn proefschrift de fiducia cum amico ‘[d]e meest pregnante vorm van splitsing van recht en belang (...). De rechthebbende van een goed, die dat goed beheert, oefent zijn rechten en bevoegdheden uit in het belang en ten behoeve van een ander’.³⁰ De bekendste vorm van fiducia cum amico wordt zonder twijfel gevormd door de figuur van de *trust*.³¹ De trust is een van oorsprong Anglo-Amerikaanse³² rechtsfiguur, die van oudsher vele gedaanten en toepassingsmogelijkheden kent.³³ Wanneer het trustconcept in *civil-law*-termen moet worden geduid dan vindt men een vermogensrechtelijke figuur die aspecten van goederen- en verbintenissenrecht in zich draagt.³⁴ *Dramatis personae* in een trustverhouding zijn de oprichter van de trust (de insteller of ‘settlor’), de beheerder van de trustgoederen (‘trustee’ genaamd) en een of meer begunstigten (‘beneficiaries’)

24. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635.

25. Zie over dit type regels nader Asser/Korthals Altes & Groen *Procesrecht* 7 2015/150.

26. Zie over de problematiek bij het vaststellen van een dergelijke wanverhouding Lokin 2007, p. 144 e.v.

27. Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*).

28. Zie onder meer M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 819, Reehuis 1997, p. 55 en Kortmann 2010, p. 68.

29. Dit wordt ook wel *Haviltex* met een ‘twist’ genoemd. Zie daarover nader L.C.A. Verstappen, *Uitleg van notariële akten* (Ars Notarius, nr. 160), Deventer: Kluwer 2015/7.4, met verwijzing naar Du Perron’s noot onder HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/503. Zie ook P.S. Bakker, ‘Enige beschouwingen over trustakten naar Curaçaos recht en de uitleg daarvan’, *CJB* 2016 (5) 3, p. 201.

30. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 512.

31. Aldus ook Struycken 2007, p. 512.

32. Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/179 en 567 en Zwolve 2015, p. 140-141. Zie over de ontwikkelingsgang van deze rechtsfiguur nader M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 5 e.v.

33. Zie nader Meijers 1927, p. 183, D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 13 e.v. en Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/56.

34. Zie nader G.T.M.J. Raaijmakers, ‘De externe werking van een trustverhouding tegenover derden naar Engels en Nederlands recht’, *AA* 1994, p. 331. Zie voorts Aertsen 2004, t.a.p. Vgl. Zwolve 2015, t.a.p.

van de trust.³⁵ De settlor beoogt met de instelling van een trust goederen die tot zijn vermogen behoren van zijn privévermogen af te scheiden ten behoeve van een of meer beneficiaries of ten behoeve van een liefdadig doel ('charitable trust').³⁶ Dit doet hij door overdracht hiervan aan de trustee ('transfer in trust').³⁷ De trustee wordt als gevolg hiervan *in hoedanigheid* rechthebbende en beheerder van de door de settlor aangewezen trustgoederen, zulks ten behoeve van de beneficiaries.³⁸

Nederland kent tot nog toe geen eigen trustregeling. Curaçao heeft daarentegen sinds 2012 een eigen trustverordening, die in titel 6 van Boek 3 van het Curaçaos BW (CBW) is opgenomen. Ook Sint Maarten heeft sinds 1 april 2014 een eigen 'Landsverordening trust', die overigens als twee druppels water lijkt op de Curaçaose regeling en om die reden hier niet afzonderlijk wordt behandeld.³⁹

Dat de trust in Curaçao zijn intrede heeft gedaan, heeft veel (zo niet alles) van doen met de belangrijke plaats die dit eiland (nog altijd) inneemt in de zogeheten *offshore*-sector: met de invoering van de Curaçaose trust werd destijds beoogd een belangrijke mogelijkheid te bieden om het productenaanbod van de financiële sector op het eiland uit te breiden.⁴⁰ De Curaçaose regeling omtrent de trust wordt geregeld gebruikt zowel op het gebied van *estate planning* als op het gebied van *asset protection* en vormt een bruikbaar alternatief voor de (voor deze doelen eveneens veel gebruikte) Stichting Particulier Fonds (SPF).

Als de settlor tijdens zijn leven een trust wil instellen en hij een of meer andere personen tot trustee wil benoemen, dient hij de betreffende goederen onder trustverband te plaatsen en deze aan de trustee (ten titel van beheer of 'trust') over te dragen. Beide handelingen zullen dikwijls in de trustakte zelf zijn omschreven en opgenomen, met dien verstande dat de voor overdracht van de betreffende goederen vereiste levering steeds zal dienen plaats te vinden met inachtneming van de daarvoor geldende

wettelijke vereisten.⁴¹ Naar wordt aangenomen kan de overdracht van de goederen aan de trustee echter op verschillende momenten geschieden en behoeft deze niet noodzakelijk bij of met het instellen van de trust plaats te vinden.⁴² Anders dan Burgers zijn wij van mening dat bij de instelling van een trust de overdracht van de trustgoederen aan de trustee als zodanig niet gemist kan worden. Burgers stelt:

'Het trustvermogen wordt weliswaar in de macht van de trustee gebracht, maar deze handeling is geen levering, doch een handeling van eigen aard als bedoeld in art. 3:80 lid 3 slot dat luidt "*Men verkrijgt goederen onder bijzondere titel door overdracht, door verjaring en door onteigening en voorts op de overige bij landsverordening voor iedere soort aangegeven wijzen van rechtsverkrijging.*"'⁴³

Burgers merkt vervolgens op dat het instellen van een trust moet worden gezien als een bijzondere soort van rechtsverkrijging; 'Men schuift niet met het trustvermogen, maar plaatst er als het ware een glazen stolp overheen.' De fraaiheid van die beeldspraak ten spijt, menen wij dat Burgers' visie niet juist kan worden genoemd. Juist is weliswaar dat sprake is van verkrijging onder bijzondere titel (het limitatief bedoelde art. 3:80 lid 2 CBW rept immers enkel van verkrijging van goederen onder algemene titel door een opvolgende of toetredende trustee),⁴⁴ maar de Landsverordening Trust⁴⁵ geeft in het geheel geen alternatieve verkrijgingswijze aan ten opzichte van de wel in art. 3:80 lid 3 CBW genoemde verkrijgingswijzen onder bijzondere titel. Bij gebreke daarvan komt onzes inziens enkel de figuur van overdracht in beeld als de correcte wijze van verkrijging van de trustgoederen door de (oorspronkelijke) trustee.⁴⁶ Wenden wij thans weer de steven naar het Nederlandse recht.

35. Zie ook Asser/Mijnssen & De Haan 1992/540.

36. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/200 en Koppenol-Laforce 1997, p. 1. De figuur van de 'charitable trust' blijft in het navolgende om redenen van beknoptheid buiten beschouwing.

37. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/567. De figuur van de 'declaration of trust', waarbij de settlor zichzelf tot trustee benoemt, blijft in het navolgende om redenen van beknoptheid buiten beschouwing. Zie nader Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/591, D.W. Aertsen, 'De introductie van de trust in het Nederlands-Antilliaanse recht', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XIX 2002, p. 28 e.v. en Zwolve 2015, p. 141.

38. M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012, afl. 6926, p. 293.

39. Landsverordening van de 9de januari 2014 houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts (*AB* 2014, no. 7).

40. Curaçao is het fiscale domicilieoord van vele grotere bedrijven, multinationals en andere vermogende (rechts)personen. Zie nader Bergervoet & Mansur 2012, p. 292.

41. Aldus ook Zwolve 2015, p. 142. Zie ook M.E. Koppenol-Laforce, 'Inbreng van Nederlandse goederen in een trust', *WPNR* 1997, afl. 6281, p. 549.

42. Zie de memorie van toelichting, Staten van de Nederlandse Antillen, zitting 2001/02, Landsverordening houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts, nr. 3, p. 6 alsmede Bergervoet & Mansur 2012, p. 293.

43. H.Th.M. Burgers, *De stichting, stichting particulier fonds en de trust*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 35 (cursivering in origineel).

44. Eerder opperde Burgers overigens dat de trustee onder *algemene titel* de trustgoederen zou verkrijgen. Zie onder meer H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012, afl. 6932, p. 411. Zie voorts, in reactie op de visie van Burgers, M. Bergervoet & K. Frielink, 'Reactie op het artikel van notaris Burgers', *CJB* 2012 (2) 2, p. 106 e.v.

45. Landsverordening Trust van 15 december 2011, *P.B.* 2011, no. 67.

46. Overigens wordt in de Sint Maartense Landsverordening trust eveneens uitgegaan van overdracht van de trustgoederen en is er in Curaçao inmiddels een ontwerp-Landsverordening in omloop die eveneens uitgaat van overdracht als de wijze van verkrijging van de trustgoederen.

5. STAAT ART. 3:84 LID 3 BW IN DE WEG AAN INTRODUCTIE VAN DE TRUST IN NEDERLAND?

Eerdergenoemde Meijers keerde zich al in 1927 tegen invoering van de trust in Nederland. Hij meende dat de figuur van de trust gemist kan worden en dat met vertegenwoordiging en bewind veelal hetzelfde als met de trust kan worden bereikt.⁴⁷ Sindsdien zijn meermaals pleidooien gevoerd voor en tegen invoering van de trust in Nederland.⁴⁸ Over de vraag of (handhaving van) de in art. 3:84 lid 3 BW neergelegde regel invoering van de trust in Nederland onmogelijk maakt, zijn de meningen verdeeld. Zwalve meent in elk geval van niet. Hij meent dat de Hoge Raad met het wijzen van het eerdergenoemde arrest *Keereweër/Sogelease* een uitleg aan het in genoemd artikellid opgenomen begrip ‘werkelijke overdracht’ heeft gegeven, die de weg vrijmaakt voor invoering van de trust in Nederland:

‘Door deze uitleg staat, zo stel ik vast, niets meer in de weg aan de introductie van de trustfiguur in het Nederlandse recht, want óók de overdracht ten titel van beheer is een als “werkelijk” bedoelde overdracht in de zin die de Hoge Raad daaraan heeft gegeven.’

Een andere visie vinden we bij Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/577, die menen dat

‘(...) uit de strekking van art. 3:84 lid 3 BW (absolute vermogensrechten kunnen niet op andere wijze worden gesplitst dan de wet toelaat) volgt, dat de externe werking, die het Anglo-Amerikaanse recht toekent aan zowel het recht van de beneficiaris als aan dat van de trustee, niet bij ons kan gelden.’

Struycken en Heilbron uiten zich in soortgelijke bewoordingen:

‘De trust doorbreekt het gesloten stelsel van zakelijke rechten dat in beginsel ook het uitgangspunt is van het Anglo-Amerikaanse recht. Art. 3:84 lid 3 BW tweede deel beoogt een niet op de wet teruggaande splitsing van bevoegdheden met goederenrechtelijke werking tegen te gaan. De trust doet dit nu juist wel en komt daardoor in strijd met ons goederenrechtelijk systeem. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het met name het verbod op de fiducia cum amico ertoe heeft geleid dat in Nederland nooit de trust is ingevoerd.’⁴⁹

Wij menen dat die laatste twee visies juist zijn. In *Keereweër/Sogelease* overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.6:

‘Deze maatstaf beoogt te voorkomen dat, in strijd met het gesloten stelsel van het zakenrecht, rechten met zakelijke werking in het leven worden geroepen op een niet door de wet voorziene wijze, maar hij verzet zich niet tegen een regeling waarbij een partij (...) de volle eigendom heeft en de andere partij (...) louter persoonlijke rechten en verplichtingen heeft, zoals een persoonlijk gebruiksrecht, een persoonlijke verplichting de lease-termijnen te betalen, alsmede een optie de zaken aan het eind van de leaseperiode in eigendom te verkrijgen. Dat deze optie zo is ingekleed, dat zij in de praktijk wel steeds zal worden uitgeoefend, doet daaraan niet af.’

Uit deze overweging moet onzes inziens worden opgemaakt, dat een zuiver verbintenisrechtelijke beperking van de bevoegdheden van de eigenaar, aan wie wordt overgedragen, geheel en al door art. 3:84 lid 3 BW wordt toegelaten, maar dat dit artikellid zich naar de opvatting van de Hoge Raad (wel degelijk) verzet tegen het (buiten de wet om) creëren van (quasi)beperkte zakelijke rechten. In de woorden van Snijders:

‘Wat de bepaling in wezen wil, heeft alleen te maken met zakenrecht. Het gaat uitsluitend hierom dat de wetgever niet gewild heeft dat je de eigendom op een andere manier opsplijt dan volgens de beperkte zakelijke rechten die de wet kent. Dat is alles. Dat impliceert dat alles wat obligatoir is overeind blijft en dat je alleen moeilijkheden krijgt met figuren waarmee je meer wil dan iets zuiver obligatoirs.’⁵⁰

Kenmerkend aan de trust is nu juist dat de partijen daarbij wel degelijk ‘iets meer willen’ dan het in het leven roepen van zuiver verbintenisrechtelijke rechten.⁵¹ Onmiskenbaar geldt (ook) voor de (Curaçaose) trust dat deze niet alleen zuiver verbintenisrechtelijke rechten in het leven roept, maar tevens een zekere mate van externe, zakelijke werking heeft: zo vormen de trustgoederen die door overdracht het vermogen van de settlor verlaten en in eigendom gaan toebehoren aan de trustee:

‘(...) een afgescheiden vermogen ten behoeve van de begunstigde, dat geen verhaal biedt voor de schuldeisers van de trustee en ook niet in zijn faillissement valt. De begunstigde kan zijn “equitable right” invoeren tegen de privé-schuldeisers van de trustee.’⁵²

Eveneens van goederenrechtelijke snit is de aan de trust inherente gedachte dat een begunstigde in geval van een ‘breach of trust’ door de trustee zijn ‘equitable right’ aan een derde-verkrijger kan tegenwerpen, tenzij deze laatste

47. Meijers 1927, p. 185-187.

48. T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 3.8.1.

49. T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 3.8.1.

50. W. Snijders, in: *Verslag van de vergadering van de Vereniging Handelsrecht 10 maart 1989 over Leasing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 73. Zie ook T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 3.6.2 en S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen & H.L.E. Verhagen, ‘Zekerheidsrechten op naam van een “trustee”’ (II, slot), *WPNR* 2001, afl. 6460, p. 845 alsmede de noot van E.F. Verheul onder Rb. Zeeland-West-Brabant 7 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:739, *JOR* 2018/135.

51. Zie ook Reehuis 1997, p. 61.

52. T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 3.8.1. Voor de Curaçaose trust is dit neergelegd in art. 3:153 lid 3 CBW. Zie ook art. 3:136 lid 3 CBW.

de goederen te goeder trouw en om baat heeft verkregen.⁵³ Die gedachte vindt men bij de Curaçaose trust terug in art. 3:140 CBW, hetwelk de mogelijkheid biedt aan partijen bij een trustakte de beschikkingsbevoegdheid van de trustee aan banden te leggen. Dergelijke (contractueel) tussen settlor en trustee overeengekomen beperkingen hebben goederenrechtelijke werking jegens derden-verkrijgers:

‘Als de trustakte bepaalt dat de trustee bepaalde beschikkingshandelingen niet (of niet zonder toestemming van een bepaalde derde) mag verrichten, dan heeft een dergelijke bevoegdheidsbeperking goederenrechtelijke werking. Als de trustee de trustgoederen in strijd met een dergelijke bepaling vervreemdt, dan is deze overdracht ongeldig, behoudens regels van derdenbescherming.’⁵⁴

Gelet op deze evident goederenrechtelijke implicaties van de trustfiguur, menen wij met de hiervoor genoemde schrijvers dat invoering van (een equivalent van) de (Curaçaose) trust in Nederland niet mogelijk is zonder afschaffing van het in art. 3:84 lid 3 BW neergelegde fiduciaverbod.

6. ENIGE ASPECTEN VAN ZEKERHEIDSEIGENDOM EN STILLE VERPANDING

Hiervoor zagen wij reeds dat zekerheidseigendom (van zaken) in de West zonder meer mogelijk is en ook een regelmatig voorkomende figuur vormt, evenals de mogelijkheid van (openbare dan wel stille) cessie tot zekerheid. Of er (bezien vanuit de positie van de schuldeiser) een materieel te noemen verschil bestaat tussen (stil) pandrecht en zekerheidseigendom of -cessie is denkkelijk niet los te zien van de vraag in hoeverre de bepalingen van pand bij zekerheidseigendom of -cessie analoge toepassing zouden behoren te vinden.⁵⁵ Het antwoord op die vraag lijkt evenwel niet op voorhand gegeven. De onzekerheid te dezen heeft te maken met het feit dat in de West (vrijwel)⁵⁶ geen bepalingen omtrent fiduciaire eigendom in het BW zijn opgenomen⁵⁷ en de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag of hij voor wat betreft de fiduciaire eigendom in de West vast wenst te houden aan de onder het oud BW ontwikkelde opvatting dat de overdracht tot zekerheid in combinatie met levering c.p.

als een ‘tweederangs’, althans ‘niet normale’ overdracht moet worden gezien, waarop de bepalingen van pand en hypotheek zo veel als mogelijk overeenkomstig moeten worden toegepast.⁵⁸ Jansen merkt op dat een dergelijke benadering als onder het oude recht gevolgd moeilijk te verenigen lijkt met de huidige wettelijke erkenning van de fiduciaire eigendom in de West: het huidige BW in de West maakt nu eenmaal geen onderscheid tussen een ‘gewone’ overdracht en een zekerheidsoverdracht, aldus Jansen.⁵⁹ Wij zien evenwel niet (zonder meer) in waarom de onder het oud BW gevormde jurisprudentie over het karakter van de fiduciaire eigendom als zekerheidsrecht (en de daaraan verbonden beperkingen) haar betekenis voor het huidige recht in de West (geheel en al) zou hebben verloren. Betoogd zou immers kunnen worden dat de fiduciaire eigendom onder het oud BW een jurisprudentiële figuur was en – nu deze in het nieuwe BW in de West eveneens (nagenoeg)⁶⁰ ongeregeld is – is gebleven en op dit punt zich dus geen breuk met het verleden heeft voorgedaan.

Hiernavolgend gaan wij nader in op de vraag in hoeverre (sommige) bepalingen van pand bij zekerheidseigendom of -cessie analoge toepassing zouden behoren te vinden en zullen wij ten aanzien van enige aspecten beide figuren nader in samenhang bezien. Gezien de aan de omvang van deze bijdrage gestelde beperkingen is voor een uitputtende vergelijking van beide figuren geen plaats. De geïnteresseerde lezer zij verwezen naar de reeds tamelijk overvloedige literatuur op dit gebied.⁶¹

6.1. Eigendom vs. beperkt recht

Het eerste verschil is direct het meest kenmerkende.⁶² Bij stille verpanding blijft de eigendom van het goed bij de schuldenaar rusten. Bij zekerheidseigendom daarentegen vindt overgang – door overdracht – van het goed uit het vermogen van de schuldenaar naar dat van de schuldeiser plaats.⁶³ Dit kan een bank zijn of een leverancier of andere kredietgever. Door die overdracht is het goed, anders dan bij stille verpanding, in beginsel niet meer onderworpen aan verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers van de oorspronkelijke eigenaar.⁶⁴ Teneinde overbedeling van de fiduciair eigenaar te voorkomen zouden wij (retrociperende)⁶⁵ toepassing willen bepleiten van de onder het

53. T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 3.8.1.

54. Aldus Aertsen 2002, p. 30. Zie voorts M.E. Koppenol-Laforce, ‘De ongehoorzame trustee’, *WPNR* 2009, afl. 6807, p. 639-640 en Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/591: ‘In de trustakte kan de beschikkingsbevoegdheid van de trustee goederenrechtelijk worden beperkt, waarbij derden worden beschermd tegen hen onbekende beperkingen (art. 3:140 CBW).’ Zie voorts P.S. Bakker, ‘Enige beschouwingen over trustakten naar Curaçaos recht en de uitleg daarvan’, *CJB* 2016 (5) 3, p. 199.

55. Zie over deze vraag ook Jansen 2007, p. 117.

56. Zie voor de zekerheidscessie evenwel art. 3:94 lid 3 van het BW van Aruba, Sint Maarten en BES.

57. Zie nader Jansen 2005, p. 133.

58. Zie nader Reehuis 1987, p. 142-143 en Jansen 2005, p. 136.

59. Zie Jansen 2005, p. 143.

60. Zie noot 56.

61. Zie onder meer Reehuis 1987, p. 41 e.v., Jansen 2005, p. 133 e.v. en A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, hoofdstuk 4, met vele verwijzingen naar verdere literatuur.

62. Aldus ook Lokin 2007, p. 148.

63. Zie Reehuis 1987, p. 42 en Lokin 2007, p. 148.

64. Zie W.H.M. Reehuis, ‘Voorrang en zekerheidsrechten in het nieuwe BW’, *Kwartaalbericht nieuw BW* 1991/1, p. 4. Zie ook Reehuis 1997, p. 36, voetnoot 35 en Verdaas 2008, p. 54.

65. Zie nader over dit fenomeen H.J. Snijders, *Retrocipatie* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1995.

oude⁶⁶ recht op dit punt geformuleerde regel dat de schuldeiser aan wie fiduciair een zaak of vordering is overgedragen verplicht is, na het te gelde te maken van het overgedragen goed, een eventueel overschot uit de opbrengst daarvan aan de schuldenaar ten goede te doen komen.⁶⁷

6.2. Bodemrecht fiscus

Waar de fiscus zijn bodemrecht zonder meer kan inroepen ten aanzien van stil verpande zaken die zich op de bodem van de belastingschuldenaar bevinden, kan worden gediscussieerd over de vraag of dat recht ook kan worden ingeroepen ten aanzien van de zich op die bodem bevindende zaken die voordien in fiduciaire eigendom aan een schuldeiser zijn overgedragen. Recent heeft het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao (GiEA Curaçao)⁶⁸ voor wat betreft de reikwijdte van het fiscaal bodemrecht ten opzichte van goederen van derden aangehaakt bij de Nederlandse Leidraad Invordering 2008.⁶⁹ Die beleidsrichtlijn van de Nederlandse belastingdienst bepaalt dat de belastingdienst zijn bodemrecht niet zal uitoefenen in geval sprake is van *reëel* eigendom van een derde. De Leidraad zegt bij art. 22 lid 3 Invorderingswet onder meer:

‘Terughoudend beleid bij reële eigendom

Bij de beslissing van de directeur op een beroepschrift dat is ingediend tegen de inbeslagneming van bodemzaken voor belastingaanslagen als bedoeld in artikel 22, derde lid, van de wet, wordt het eigendomsrecht van een derde ontzien in die gevallen waarin sprake is van reële eigendom van de derde.

Onder reële eigendom van de derde wordt verstaan de situatie waarin de zaken zowel juridisch eigendom zijn van de derde, als in economisch opzicht in overwegende mate aan hem toebehoren.

Dit terughoudend beleid geldt dus niet als de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de zaken aanleiding geeft deze als zijn zaken aan te merken. Verhaal op zaken van een derde is dan gerechtvaardigd.’

In geval van fiduciaire eigendom (hoe reëel in goederenrechtelijke zin ook), valt in de regel niet te ontkennen dat de schuldenaar als economisch gerechtigde tot de fiduciair overgedragen zaken heeft te gelden.⁷⁰ Daarom moet er rekening mee worden gehouden dat door een ‘concorde-rende’⁷¹ toepassing van deze in genoemde Leidraad ver-

vatte beleidsregels in de West de rechter aldaar veelal zal oordelen dat de fiscus zich zal kunnen verhalen op fiduciair overgedragen zaken die zich op de bodem van de belastingschuldenaar bevinden.

6.3. Voorrechten: art. 3:284 en 285 BW

Uit art. 3:279 BW volgt dat pand (ook het bezitloze) ‘boven voorrecht (gaat), tenzij de wet anders bepaalt’. De stille pandhouder legt het evenwel (onder meer) af tegen degene die kosten tot behoud van het stil verpande goed heeft gemaakt (art. 3:284 BW) alsmede tegen de kleine aannemer die de stil verpande zaak heeft bewerkt (art. 3:285 BW).⁷² Omdat in geval van fiduciaire eigendoms-overdracht de eigendom van het goed niet meer bij de schuldenaar berust, is daarop in beginsel de regel van art. 3:284 respectievelijk 285 BW niet van toepassing.⁷³ Die regels impliceren immers dat de schuldenaar ook eigenaar is van het betreffende goed. Dit is in geval van fiduciaire eigendom echter niet het geval, met als gevolg dat deze voorrechten (naar de letter bezien) niet tegen de fiduciair eigenaar kunnen worden ingeroepen. Wij achten echter niet ondenkbaar dat de Hoge Raad op zeker moment zal oordelen dat de thans in art. 3:284 en 285 BW vervatte regels (*per analogiam*) ook toepassing behoren te vinden op zekerheidseigendom in de West. Onder het oude recht konden de kosten van behoud en de vordering van de aannemer wegens bewerking ook op het fiduciair overgedragen goed worden verhaald: art. 1185 aanhef en onder 4 en 5 (oud) BW placht ook toepassing te vinden ten opzichte van de fiduciair eigenaar.⁷⁴

6.4. Recht van reclame

De stille pandhouder staat weerloos tegen de uitoefening door de verkoper van het recht van reclame.⁷⁵ Hoe zit dit bij de fiduciair eigenaar? Wij zouden, gelet op de tekst van art. 7:42 lid 1 BW, menen dat deze het lot van de stille pandhouder moet delen als er aan de fiduciair eigenaar *constituto possessorio* is geleverd en de zaak onder de schuldenaar is gebleven.⁷⁶ Is de zaak wel in de macht van de fiduciair eigenaar gekomen (en is ook overigens voldaan aan de vereisten van art. 7:42 lid 2 BW), dan kan deze zich onzes inziens wel op de bescherming van dit artikel jegens de verkoper beroepen.

66. Zie nader Reehuis 1997, p. 33 en 53.

67. Zie eerder reeds in dezelfde zin Jansen 2005, p. 134.

68. GiEA Curaçao 11 september 2017, nr. AR 76007/15, ECLI:NL:OGEAC:2017:122.

69. Als te vinden op: <http://wetten.overheid.nl/BWBR0024096/2018-07-01>.

70. Aldus ook O.K. Brahn, *Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud* (Studiepockets privaatrecht nr. 13), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 10 en 104 en Asser/Mijnssen & De Haan 1992/538.

71. Zie op dit punt nader r.o. 3.5 van het vonnis van het GiEA Curaçao. Zie over het concordantiebeginsel nader L.J.J. Rogier, ‘Het einde van het concordantiebeginsel?’, *RMThemis* 2016, afl. 3, p. 124 e.v. en P.S. Bakker, ‘De redelijkheid en billijkheid in art. 3:12 BW en het concordantiebeginsel’, *NTBR* 2017/7, afl. 2, p. 49 e.v.

72. Zie nader S.C.J.J. Kortmann, ‘Vuistloze en stille verpanding: het zijn de kleine dingen die het doen’, in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 176.

73. Zie voor het oude recht Brahn 1988, p. 90-91.

74. Zie HR 24 maart 1995, *NJ* 1996/158, m.nt. W.M. Kleijn (*Crediteurenbelangen Hollander's/Rabo Domburg*) alsmede Kortmann 1991, p. 176.

75. Asser/Hijma 7-I* 2013/617.

76. In dezelfde zin F.B.M. Kunneman, ‘De rechtspositie van de fiduciair gerechtigde naar nieuw Nederlands-Antilliaans burgerlijk recht’, *WPNR* 1999, afl. 6356, p. 352.

6.5. Overdracht en derdenbescherming

Wie een zaak of vordering fiduciair overdraagt, verliest daarvan de eigendom c.q. is niet langer rechthebbende. De schuldenaar is na die overdracht niet meer beschikkingsbevoegd en kan de zaak c.q. vordering niet meer rechtsgeldig overdragen aan een derde. Die derde kan echter – mits te goeder trouw – mogelijk wel bescherming ontlenen aan art. 3:86 lid 1 of art. 3:88 lid 1 BW. De stille pandgever daarentegen blijft beschikkingsbevoegd en kan de zaak c.q. vordering ook na verpanding aan een derde overdragen, zij het met inbegrip van het daarop rustende pandrecht. Dat pandrecht vervalt evenwel als die derde te goeder trouw is (art. 3:86 lid 2 BW).⁷⁷

6.6. Zaaksvervangende: art. 3:229 BW

Kortmann heeft er terecht op gewezen dat art. 3:229 BW de stille pandhouder een voordeel biedt, dat de fiduciair eigenaar niet toekomt.⁷⁸ Waar deze laatste het nakijken heeft bij het tenietgaan van het fiduciair overgedragene, geldt volgens art. 3:229 BW dat de stille pandhouder van rechtswege een vervangend pandrecht krijgt op ‘alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed’. Lid 2 van dit artikel bepaalt vervolgens dat dit pandrecht ‘gaat boven ieder op de vordering gevestigd ander pandrecht’. Dit artikel vormt, anders dan de meeste hiervoor genoemde aspecten, een voorbeeld, waarbij de stille pandhouder een duidelijk betere positie heeft dan de fiduciair eigenaar.⁷⁹ Anders dan Kunneman⁸⁰ en met Jansen zien wij geen ruimte voor toepassing van art. 3:229 BW ten opzichte van de zekerheidscessionaris of -eigenaar. Jansen voert in zijn uit 2005⁸¹ daterende vergelijkende bespreking van stil pandrecht en zekerheidseigendom op dit punt onzes inziens sterke afwijzende argumenten,⁸² waarvan onder meer kan worden genoemd (i) het feit dat ook onder het oude recht geen zaaksvervangende placht te worden aangenomen bij de zekerheidsoverdracht;⁸³ het ligt dan, aldus Jansen, niet voor de hand dat ineens wel te doen onder het nieuwe recht, zeker niet in het licht van het (ii) gesloten stelsel van de wijzen van rechtsverkrijging, zoals dit in art. 3:80 BW is neergelegd en het (iii) oordeel van de Hoge Raad in HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*), waaruit kan worden afgeleid dat voor zaaksvervangende een wettelijke grondslag is vereist (en voor analogie dus geen ruimte is). De zekerheidseigenaar of -cessionaris die zich wil indekken tegen het tenietgaan van het fiduciair overgedragene, doet er, gelet op het voorgaande, denkkelijk goed aan te bedingen dat dit goed adequaat wordt (en blijft) verzekerd en hijzelf wordt

aangewezen als *first loss payee* onder de betreffende verzekering in geval van tenietgaan van het verzekerde goed.

6.7. Art. 3:238 BW en rangwisseling

Art. 3:238 lid 1 BW bepaalt dat ‘[o]ndanks onbevoegdheid van de pandgever (...) de vestiging van een pandrecht op een roerende zaak, op een recht aan toonder of order of op het vruchtgebruik van een zodanige zaak of recht geldig [is], indien de pandhouder te goeder trouw is op het tijdstip waarop de zaak of het toonder- of geëndosseerde orderpapier in zijn macht of in die van een derde is gebracht’. Het tweede lid voegt daaraan toe dat, indien op een in lid 1 genoemd goed een beperkt recht rust dat de vuistpandhouder op het in dat lid bedoelde tijdstip kent noch behoort te kennen, het vuistpandrecht in rang gaat boven dit eerder gevestigde beperkte recht. Dit wordt rangwisseling genoemd. Art. 3:238 BW geeft blijkens zijn bewoordingen enkel bescherming aan de vuistpandhouder.

In de literatuur is eveneens discussie gevoerd over de vraag of genoemd artikel zich leent voor analogische toepassing op de zekerheidseigenaar aan wie de zaak feitelijk – dus zonder c.p. – is geleverd.⁸⁴ Kunneman meent van wel, Jansen meent van niet.⁸⁵ Wij volgen ook op dit punt de opvatting van Jansen. Hij wijst erop dat indien anders dan om niet feitelijk is geleverd aan een zekerheidseigenaar te goeder trouw, art. 3:86 lid 1 BW reeds meebrengt dat een eerdere c.p. gevestigde zekerheidseigendom tenietgaat; hetzelfde lot treft ingevolge lid 2 van dit artikel een eerder gevestigd pandrecht. Door dit tenietgaan van de oudere rechten wordt, anders dan het geval is bij art. 3:238 BW, aan een rangwisseling tussen het jongere en oudere recht niet meer toegekomen. De rechtsgevolgen van art. 3:86 BW laten derhalve geen ruimte voor gelijktijdige analogische toepassing van art. 3:238 BW.

6.8. Art. 3:246 BW en verhaalsvoorrang

In het eerdergenoemde arrest *Mulder q.q./CLBN* kwam voorts de vraag aan de orde wat de positie is van de bank, indien na de faillietverklaring van haar cliënt een (vrijwillige) betaling wordt ontvangen op zijn rekening ten aanzien van een vordering die de cliënt stil aan de bank heeft verpand. De Hoge Raad overwoog dat door die betaling aan de pandgever de vordering en daarmee ook het daarop gevestigde pandrecht teniet was gegaan, maar oordeelde niettemin dat de bank een voorrangpositie toekwam ten aanzien van het betaalde. Dit deed de Hoge Raad onder meer onder verwijzing naar de rechtspositie van de zekerheidscessionaris onder het oud BW. De redenering van de Hoge Raad kwam erop neer dat nu

77. Kunneman 1999, p. 354. Zie ook J.M.J. Chorus, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:86 BW, aant. 9, alwaar wordt opgemerkt dat deze regel ‘geldt ongeacht of de zaak waarop het beperkte recht rust, wordt vervreemd door de blote eigenaar, de beperkt gerechtigde of een geheel (dat wil zeggen: zowel ten aanzien van de eigendom als ten aanzien van het beperkte recht) onbevoegde derde; steeds wordt de verkrijger beschermd en wordt hij vol eigenaar van de zaak, mits hij aan de vereisten van lid 2 voldoet’.

78. Kortmann 1991, p. 177.

79. Zie ook Jansen 2005, p. 134.

80. Kunneman 1999, p. 355.

81. Jansen 2005, p. 134-143.

82. Jansen 2005, p. 142-143.

83. Aldus ook Kortmann 1991, p. 177.

84. Dat dit mogelijk is volgt onder meer uit HR 18 september 1992, *NJ* 1993/455 (*Rabo/Sinke*).

85. Vgl. Kunneman 1999, p. 353 en Jansen 2005, p. 139 e.v.

‘(...) van regeringszijde de verzekering [is] gegeven dat met het stil pandrecht (...) “praktisch hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom kan worden bereikt”, waaraan nog is toegevoegd dat de wettelijke regeling nu zo is opgezet “dat bestaande financieringspatronen, ondanks de wetstechnisch andere opzet van de nieuwe regeling, onder het nieuwe recht zonder moeilijkheid kunnen worden gecontinueerd” (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1197)’

het voor de hand lag om, waar onder het oude recht in dit soort gevallen de curator van de failliete cedent de opbrengst van de gecedeerde vordering zou hebben moeten afstaan aan de zekerheidscessionaris, dit niet anders zou moeten zijn voor de stille pandhouder onder het nieuwe recht. Jansen merkt op dat:

‘[u]it de omstandigheid dat het nieuwe recht slechts de juridische techniek, maar niet de bestaande financieringspatronen beoogde te wijzigen, (...) de Hoge Raad afleidt] dat het resultaat dan hetzelfde moet zijn en dus krijgt de bank een voorrang op de betaling. Niet het pandrecht, maar de parallel met de fiduciaire cessie verklaart de verhaalsvoorrang van de bank.’

Gelet op die parallellie met de afgeschafte fiduciaire cessie, vermoedt Jansen dat dit oordeel van de Hoge Raad over de verhaalsvoorrang van de stille pandhouder mogelijk wel eens niet zou kunnen gelden in de West:

‘In Aruba en in de Nederlandse Antillen is de transplantatie van de aan de fiduciaire cessie ontleende situatie op de stille verpanding teneinde de verhaalsvoorrang van de pandhouder buiten het pandrecht om te sauveren, niet logisch omdat de fiduciaire cessie nog steeds als zekerheidsalternatief bestaat. In Aruba en in de Nederlandse Antillen is het financieringspatroon niet veranderd en hiermee ontvalt de basis aan de gelijkschakeling van de rechtsgevolgen van beide rechtsfiguren. Zou deze uitleg juist zijn, dan is de conclusie onontkoombaar dat de fiduciaire cessie de voorkeur verdient boven stille verpanding. De schuldeiser die letterlijk zekerheid wenst, kan dan beter het zekere voor het onzekere nemen!’⁸⁶

Wij zouden menen dat de kans dat gevreesd moet worden dat in de West de stille pandhouder in dit soort situaties geen verhaalsvoorrang toekomt en aan het kortste eind trekt, niet zeer groot is. Nog afgezien van het feit dat ook stille verpanding inmiddels veel voorkomt in de West en veelvuldig in financieringen aldaar wordt gebruikt (en het financieringspatroon in de West dus wel degelijk wijzigingen heeft ondergaan sinds introductie aldaar van de figuur van de stille verpanding) zouden wij menen dat

een dergelijk tweesporenbeleid ten nadele van de stille pandhouder zich moeilijk laat verenigen met het concordantiebeginsel van rechtspraak. Dat beginsel houdt, kort gezegd, in dat wettelijke regelingen in de West die (zoals die omtrent de stille pandhouder) woordelijk overeenstemmen met een Nederlandse regeling, concorderend (op dezelfde wijze) moeten worden uitgelegd en toegepast in de rechtspraak in de West. De eis dat de wet in de West op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast als in het Europese deel van het Koninkrijk mag, zo volgt uit het uit 1997 stammende *Zunoca*-arrest, alleen worden losgelaten in geval van ‘een relevant verschil tussen de maatschappelijke opvattingen in Nederland en het betreffende andere land binnen het Koninkrijk op het betreffende rechtsgebied’.⁸⁷ Wij betwijfelen, of de maatschappelijke opvattingen over de stille pandhouder in de West zodanig verschillen van die in Nederland dat deze hoge⁸⁸ drempel in dit geval gehaald wordt. Bij ontbreken van dergelijke, wezenlijk afwijkende opvattingen op dit punt dient er onzes inziens van uit te worden gegaan dat de hiervoor genoemde jurisprudentiële regel van *Mulder q.q./CLBN* ook in de West gelding heeft.

Hoewel aldus in dit soort gevallen de positie van de stille pandhouder die van de zekerheidscessionaris sterk nadert, is zijn positie in zoverre zwakker dan die van de zekerheidscessionaris dat de laatste direct de curator tot volledige afdracht van het geïnde kan aanspreken, terwijl de stille pandhouder geduld moet betrachten tot de uitdelingslijst verbindend is geworden en bovendien op de voet van art. 182 lid 1 Fw bij moet dragen in de algemene faillissementskosten.⁸⁹

6.9. Voldoening van de schuld

Indien en zodra de vordering ten aanzien waarvan een pandrecht is verstrekt is voldaan, gaat het pandrecht als afhankelijk recht teniet. Zekerheidseigendom is geen afhankelijk recht.⁹⁰ De rechtsgevolgen van voldoening van een schuld aan de zekerheidseigenaar of -cessionaris zijn evenmin als de overige aspecten van fiduciaire eigendom in de burgerlijke wetboeken in de West geregeld.

Onder het oude recht werd door de Hoge Raad (zie HR 3 oktober 1980, *NJ* 1981/60 (*Ontvanger/Schriks q.q.*)) geoordeeld dat de overeenkomst, op grond waarvan een of meer zaken fiduciair waren overgedragen, in beginsel moest worden geacht onder de ontbindende voorwaarde van voldoening van de schuld te zijn aangegaan.⁹¹ De fiduciair eigenaar verkreeg volgens de opvatting van de Hoge Raad in beginsel slechts voorwaardelijke eigendom van de zaak. Gevolg van het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde van voldoening van de schuld was dat de eigendom van de zaak van rechtswege (en wel

86. Jansen 2005, p. 139.

87. HR 14 februari 1997, *NJ* 1999/409, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Zunoca/Aruba*). Zie nader over dit arrest J.P. de Haan, ‘Eendrachtig recht vormen? Het beginsel van concordantie van rechtspraak’, *NJB* 2008/1922 alsmede G.C.C. Lewin, ‘Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba’, *BPP* nr. VII, 2010/6.3.1 e.v. en Bakker 2017, p. 49 e.v.

88. Zie nader Bakker 2017, p. 50 e.v.

89. Zie Kortmann 1991, p. 181 alsmede Kunneman 1999, p. 355.

90. Aldus onder meer A.I.M. Van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 25. Zie ook Verdaas 2008, p. 63 en Reehuis 1987, p. 45-46.

91. Zie uitgebreid over deze uitspraak Van Mierlo 1988, p. 20 e.v.

zonder terugwerkende kracht)⁹² weer ‘terugsprong’ naar de (gewezen) schuldenaar. Het stond partijen echter vrij te dien aanzien anders overeen te komen, zodat na voldoening van de schuld enkel een obligatoire verplichting tot retro-overdracht resteerde.⁹³

Wij zouden, gezien de heldere ratio⁹⁴ van die regel, op dit punt (retrociperende) toepassing van het oude recht willen bepleiten en ook thans uit willen gaan van de gedachte dat de overeenkomst, op grond waarvan een of meer zaken of vorderingsrechten fiduciair worden overgedragen, inderdaad in beginsel moet worden geacht aan te zijn gegaan onder de ontbindende voorwaarde van voldoening van de schuld. Door handhaving in de West van deze onder het oud BW gevormde jurisprudentiële regel wordt de overeenkomst, op grond waarvan een of meer zaken fiduciair worden overgedragen, binnen het bereik van art. 3:84 lid 3 BW⁹⁵ gebracht, welk artikellid het weerlegbare wettelijk vermoeden bevat dat partijen:

‘(...) wanneer zij leveren ter uitvoering van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde, beogen ook slechts een voorwaardelijke overdracht tot stand te brengen. Het staat hen vrij een andere regeling te treffen, waarbij vervulling van de ontbindende voorwaarde geen goederenrechtelijk effect heeft, maar slechts een vordering tot teruglevering van het goed door de verkrijger doet ontstaan in de zin van art. 6:24 BW (...).’⁹⁶

6.10. Resumerend

Hiervoor merken wij al op dat het antwoord op de vraag of er een materieel te noemen verschil bestaat tussen (stil) pandrecht en zekerheidseigendom of -cessie, voor een belangrijk deel afhangt van de vraag in hoeverre de bepalingen van pand en hypotheek bij zekerheidseigendom of -cessie analoge toepassing zouden behoren te vinden. Wij zagen hiervoor reeds dat het antwoord op die vraag niet op voorhand gegeven lijkt. Dat sommige voor pand geldende bepalingen, zoals art. 3:229 en 238 BW, denkkelijk niet gelden voor de fiduciair eigenaar wil nog niet zeggen dat andere bepalingen (zoals bijvoorbeeld betreffende de voorrechten van art. 3:284 en 285 BW) zich evenmin lenen voor analogische toepassing. Ingeval zo veel mogelijk wordt uitgegaan van gecontinueerde toepassing van het oude recht op de fiduciaire eigendom en zekerheidscessie (bijvoorbeeld waar het gaat om de onder het oude recht aangenomen verplichting een eventueel

overschot uit de opbrengst van het goed aan de schuldenaar ten goede te doen komen of om de rechtsgevolgen van voldoening van de schuld, waarvoor zekerheid is verstrekt) resp. analoge toepassing van daarvoor in aanmerking komende regels betreffende pand (bijv. aangaande de verhouding tot schuldeisers met een voorrecht ex art. 3:284 en 285 BW) zijn de verschillen tussen beide figuren onzes inziens wel(iswaar) principieel,⁹⁷ maar niet materieel te noemen.

7. FINANCIERINGSPRAKTIJK MET EN ZONDER FIDUCIAVERBOD

Nu fiduciaire eigendom en zekerheidscessie in de West zonder meer mogelijk zijn, zal het niet verbazen dat financiers aldaar geregeld van deze figuren gebruik maken om zekerheid voor de voldoening van hun vorderingen te verkrijgen. Onder andere bij autoleningen en ander (consumptief) krediet komt zekerheidseigendom bij ons weten zeer geregeld voor. In de algemene voorwaarden van de meeste banken in de West zijn echter veelal verpandingsverplichtingen te vinden en veel minder vaak bepalingen die zien op fiduciaire eigendom en/of zekerheidscessie. In één geval troffen wij in de algemene voorwaarden van een bank overigens een verplichting aan van de cliënt tot verpanding aan de bank van goederen, die op grond van een bepaling elders in diezelfde voorwaarden al fiduciair in eigendom aan de bank zouden (moeten) zijn overgedragen.⁹⁸

Ook bij in de West geïnitieerde syndicaatsleningen⁹⁹ wordt niet zelden naar de figuur van fiduciaire eigendom en/of zekerheidscessie gegrepen, waar in Nederland in dergelijke gevallen het stille pandrecht zou worden benut. Complexe financiële constructies die in de West wel, maar in Nederland niet mogelijk zouden zijn, hebben wij echter noch in de literatuur noch in de financieringspraktijk in de West aangetroffen. Dat zal denkkelijk voor een belangrijk deel te maken hebben met het hiervoor al gememooreerde feit dat door het wijzen van arresten als *Keere-weer/Sogelease*¹⁰⁰ en *BTL/Van Summeren*¹⁰¹ de reikwijdte van het fiduciaverbod sterk is teruggedrongen. Tegen de achtergrond van beide arresten wordt in de literatuur algemeen aangenomen dat bijvoorbeeld het scheiden van de hoedanigheden van schuldeiser en zekerheidsgerechtigde (hetgeen vaak van belang is voor het adequaat kunnen ‘optuigen’ van syndicaatsleningen) niettegenstaande

92. Van Mierlo 1988, p. 28-30.

93. Zie nader Brahn 1988, p. 123.

94. Zie Van Mierlo 1988, p. 169.

95. In de burgerlijke wetboeken van Curaçao, Aruba, Sint Maarten en de BES telt art. 3:84 BW slechts drie in plaats van vier leden en komt lid 3 overeen met lid 4 van het Nederlandse art. 3:84 BW.

96. Aldus J.A.J. Peter, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 4.4.

97. Aldus ook Verdaas 2008, p. 67. Zie ook Lokin 2007, p. 148.

98. Zie art. 23 en 24 van de Algemene Voorwaarden van Orco Bank N.V. en Orco Bank International N.V.

99. Men spreekt ook wel van gesyndiceerde of consortiale leningen. Dit betreffen leningen die worden verstrekt door een speciaal daarvoor samengestelde groep van banken.

100. HR 19 mei 1995, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn.

101. HR 18 november 2005, *NJ* 2006/151.

het fiduciaverbod naar Nederlands recht gewoon mogelijk is.¹⁰² Op basis van genoemde arresten wordt gewoonlijk eveneens naar huidig Nederlands recht ruimte gezien voor een fenomeen als dat van de gedekte obligatielening (*covered bond*). Daarbij schrijft een bank een obligatielening uit en secureert deze door middel van activa die worden overgedragen aan een *special purpose vehicle* (doorgaans aangeduid als de *covered bond company* (oftewel CBC). De CBC geeft op haar beurt een garantie af aan de obligatiehouders voor de verplichtingen van de bank als uitgevende instelling en geeft deze activa vervolgens in zekerheid ter afdekking van haar verplichtingen onder die garantie.¹⁰³ Hoewel in de literatuur herhaaldelijk de vraag is gesteld,¹⁰⁴ of de overdracht van de desbetreffende activa door de uitgevende instelling aan de CBC strijdig moet worden geacht met het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW, gaan zowel de doctrine als de rechtspraktijk er tegenwoordig vrij algemeen van uit dat deze bepaling geen sta-in-de-weg behoeft te vormen voor covered-bond-transacties, mits deze op de juiste wijze zijn gestructureerd.¹⁰⁵ De Serièrè merkt in dit kader op dat de vraag of een specifieke covered-bond-transactie de test van art. 3:84 lid 3 BW kan doorstaan:

‘(...) sterk afhankelijk [is] van de gekozen transactiestructuur en de wijze waarop die structuur in de documentatie onder woorden is gebracht. Dit luistert nauw, en om die reden moet, zoals in het voorgaande reeds opgemerkt, elke transactie steeds afzonderlijk worden beoordeeld. De in deze paragraaf gegeven analyses van de arresten Keerweer q.q./Sogelease en BTC/Van Summeren bieden steun aan de opvatting dat het fiduciaverbod aan deze transactiestructuur niet in de weg staat. Het feit dat de Hoge Raad zich hierover niet heeft uitgesproken en dat enkele schrijvers twijfelen aan de houdbaarheid van de structuur, betekent dat enige (onwenselijke) onzekerheid resteert. De rechtspraktijk neemt deze onzekerheid voor lief en neemt overwegend aan dat de structuur standhoudt. Het valt op dat in de praktijk ter zake van deze structuren afgegeven legal opinions veelal geen caveats dienaangaande bevatten.’¹⁰⁶

Hoewel vanwege het ontbreken van een fiduciaverbod in de West de door De Serièrè gesignaleerde onzekerheid zich aldaar niet voor zal kunnen doen, bedienen banken in de West zich bij ons weten tot dusverre niet van de figuur van covered bonds als financieringsbron; dit in tegenstelling tot Nederland, alwaar het uitstaande bedrag aan covered bonds de afgelopen jaren (ten detrimente van securitisaties)¹⁰⁷ sterk is toegenomen.¹⁰⁸

Een ander fenomeen dat – anders dan in Nederland (zie hiervoor par. 5) – wel in Curaçao en Sint Maarten zou kunnen worden benut, maar bij ons weten aldaar nog niet door de financieringspraktijk is ‘opgepakt’, betreft het vanuit het Engelse recht bekende fenomeen van de *trust* als zekerheidsinstrument bij complexe leningen en andere financiële arrangementen.¹⁰⁹ Vermunt heeft er een aantal jaren geleden al op gewezen dat bij collectieve zekerheidsarrangementen, zoals die bij gesyndiceerde leningen veel voorkomen, de figuur van de *security trustee* goede diensten kan bewijzen.¹¹⁰ Bergervoet en Mansur hebben enige jaren later, ter gelegenheid van de introductie van de Curaçaose trust in 2012, eveneens een lans gebroken voor het gebruik van de (Curaçaose) trust bij collectieve zekerheidsarrangementen.¹¹¹

Genoemde schrijvers wijzen op de voordelen van het gebruik van de figuur van de trust in dit soort situaties: de *security trustee*, die ten behoeve van de syndicaatsleden de rol van *security agent* vervult, kan op relatief eenvoudige wijze worden vervangen (vgl. art. 3:145 e.v. CBW)¹¹² en beheer en uitwinning van de zekerheden zijn in één hand verenigd.¹¹³ De *security trustee* bepaalt wanneer tot uitwinning wordt overgegaan en draagt zorg voor de correcte verdeling van de executie-opbrengst.¹¹⁴ Vermunt wijst er in dit kader op dat de handelingsruimte van de *security trustee* in de trustakte aanzienlijk kan worden ingesnoerd ten gunste van de syndicaatsleden (als beneficiaries) en/of derden. Bergervoet en Mansur noemen voorts het voordeel dat de toetreding van nieuwe schuldeisers in geval van het hanteren van de trustfiguur geen bijzondere problemen oplevert en additionele zekerheden eenvoudig ten name van de *security trustee* als zekerheidsagent kunnen worden gevestigd.¹¹⁵ Een ander

102. Zie onder meer Kortmann, Rongen & Verhagen 2001, p. 844 e.v. en, onder verwijzing naar HR 9 juli 2004, NJ 2004/618 (*Bannenbergh q.q./NMB-Heller*), N.S.G.J. Vermunt, ‘De trust in het zekerhedenrecht’, in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen: libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 260 e.v. Vgl. D.S. Mansur, ‘De parallel debt in Curaçao’, FR 2015, afl. 1/2, p. 22 e.v.

103. Ontleend aan Asser/De Serièrè 2-IV 2017/297 e.v.

104. Zie onder meer A.F. Salomons & M.G. van ’t Westeinde, ‘Covered bonds en het fiduciaverbod’, WPNR 2008, afl. 6758, p. 453 e.v.

105. Asser/De Serièrè 2-IV 2017/300.

106. Asser/De Serièrè 2-IV 2017/305.

107. Nieuwsbericht De Nederlandsche Bank d.d. 17 maart 2016, ‘Verdere afname van securitisaties ten opzichte van gedekte obligaties’, als te vinden op: www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/statistisch-nieuws-2017/dnb353796.jsp.

108. Nieuwsbericht De Nederlandsche Bank d.d. 22 maart 2016, ‘Covered bonds nu omvangrijker dan securitisaties’, als te vinden op: www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/statistisch-nieuws-2016/dnb339233.jsp.

109. Zie daarover Vermunt 2007, p. 247 e.v.

110. Vermunt 2007, p. 260 e.v.

111. Bergervoet & Mansur 2012, p. 299 e.v.

112. Met de invoering van de Landsverordening Trust is voorts aan art. 3:80 lid 2 CBW een zinsnede toegevoegd waardoor een opvolgende of toetredende trustee onder algemene titel de trustgoederen verkrijgt. Zie aldus ook art. 3:145 CBW.

113. Vermunt 2007, p. 262 en Bergervoet & Mansur 2012, p. 299.

114. Bergervoet & Mansur 2012, p. 299.

115. Bergervoet & Mansur 2012, p. 299; deze auteurs wijzen erop dat dit anders ligt wanneer zekerheidsrechten in gemeenschap toebehoren aan een groot aantal deelnoten.

belangrijk voordeel dat Bergervoet en Mansur benoemen is dat het door de security trustee (doorgaans een commerciële bank) beheerde trustvermogen is *afgescheiden* van het niet aan de trust onderworpen overige vermogen van de security trustee. Het trustvermogen strekt niet tot verhaal van de persoonlijke schulden van de security trustee en maakt geen deel uit van het niet aan de trust onderworpen vermogen van laatstgenoemde in geval van diens insolventie of faillissement, zo volgt uit art. 3:155 CBW.¹¹⁶ Met name dit laatste aspect zal denkkelijk voor veel banken die aan dit soort syndicaten deelnemen een geruststellende gedachte kunnen zijn.

Tot slot verdient vermelding dat, ingeval voor het gebruik van de Curaçaose trust bij collectieve zekerheidsarrangementen wordt gekozen, niet naar de figuur van de *parallel debt* hoeft te worden gegrepen: samen met de Landsverordening Trust is destijds in 2012 namelijk ook een nieuw lid 3 aan art. 3:231 CBW toegevoegd. Dit artikellid bepaalt dat '[d]e vordering waarvoor pand of hypotheek wordt gegeven, kan toekomen aan een ander dan de pand- of hypotheekhouder. In dat geval is zonodig het in deze titel bepaalde van overeenkomstige toepassing'. Hiermee is destijds in Curaçao een einde gekomen aan de discussie of een pand- of hypotheekrecht (vanwege zijn afhankelijk karakter) gevestigd kan worden ten behoeve van een zekerheidsagent zonder dat deze zekerheidsagent recht-hebbende is van de vordering(en) waarvoor zekerheid wordt gegeven.¹¹⁷

Gelet op de hiervoor genoemde voordelen en het feit dat ook overigens de trustbepalingen in titel 6 van Boek 3 CBW onzes inziens geen beperkingen stellen aan het gebruik van de Curaçaose¹¹⁸ trust als zekerheidsinstrument in de hiervoor bedoelde zin, zouden wij menen dat bij het optuigen van collectieve zekerheidsarrangementen in de West vaker van de figuur van de trust en de security trustee als zekerheidsagent gebruik zou kunnen worden gemaakt.

8. AFSLUITEND

Wij ronden af. In deze bijdrage werd, na een korte schets van de achtergrond en ontstaansgeschiedenis van art. 3:84 lid 3 BW, stilgestaan bij de uitleg en toepassing van dit controversiële artikel door de Hoge Raad sinds 1992. Geconstateerd werd dat door het wijzen van arresten als *Keereweer/Sogelease* en *BTL/Van Summeren* de reikwijdte van het fiduciaverbod sterk is teruggedrongen.

Vervolgens werd in par. 4 uiteengezet hoe in de West met de figuren van fiducia cum creditore (overdracht tot zekerheid) en fiducia cum amico (overdracht ten titel van beheer) wordt omgegaan en welke toepassingen daaraan in de praktijk worden gegeven. Geconstateerd werd dat zekerheidseigendom (van zaken) in de West een regelmatig voorkomende figuur vormt, evenals de mogelijkheid van (openbare dan wel stille) cessie van vorderingen tot zekerheid. Het ontbreken van het fiduciaverbod heeft

ook mogelijk gemaakt dat zowel in Curaçao als Sint Maarten de figuur van de trust in het BW een vaste plaats heeft gekregen.

In de daaropvolgende par. 5 werd ingegaan op de vraag of c.q. in hoeverre het in Nederland geldende fiduciaverbod in de weg staat aan introductie van de figuur van de trust in Nederland; geconstateerd werd dat de evident goederenrechtelijke implicaties van de trustfiguur meebrengen dat invoering van (een equivalent van) de (Curaçaose of Sint Maartense) trust in Nederland niet mogelijk is zonder afschaffing van het fiduciaverbod.

In par. 6 werden vervolgens de figuren van stil pand en fiduciaire eigendom voor wat betreft een aantal aspecten in samenhang gezien en werd opgemerkt dat, ingeval zo veel mogelijk wordt uitgegaan van gecontinueerde toepassing van het oude recht op de fiduciaire eigendom en zekerheidscessie resp. analoge toepassing van daarvoor in aanmerking komende regels betreffende pand, de verschillen tussen beide figuren wel(iswaar) principieel, maar niet materieel te noemen zijn.

In par. 7 werd vervolgens stilgestaan bij de vraag in hoeverre het ontbreken van een fiduciaverbod in de West aldaar mogelijkheden en kansen voor de financieringspraktijk heeft opgeleverd, die in Nederland als gevolg van het fiduciaverbod niet (kunnen) worden benut. Deze vraag werd door ons ontkennend beantwoord. Door de inperking die dit verbod met het wijzen van arresten als *Keereweer/Sogelease* en *BTL/Van Summeren* heeft ondergaan, ondervindt de Nederlandse financieringspraktijk thans weinig hinder (meer) van dit verbod en vormt dit geen beletsel (meer) voor bijvoorbeeld de (voor de praktijk van gesyndiceerde leningen belangrijke) scheiding van de hoedanigheden van schuldeiser en zekerheidsge-rechtigde of het tot ontwikkeling kunnen komen van een fenomeen als *covered bonds*.

Geconstateerd werd dat het ontbreken van het fiduciaverbod in de West niet heeft geleid tot het aldaar tot ontwikkeling komen van complexe financiële constructies, waarvan Nederland door het fiduciaverbod tot dusverre verstoken moet blijven. Wel werd gewezen op de mogelijkheid van het gebruik van de Curaçaose (of Sint Maartense) trust als zekerheidsinstrument; de trust biedt, mede vanwege het afgescheiden karakter van het door de security trustee ten behoeve van de syndicaatsleden beheerde vermogen, een aantal voordelen die ervoor zouden kunnen pleiten om bij het optuigen van collectieve zekerheidsarrangementen vaker van deze figuur gebruik te gaan maken.

116. Zie ook Bergervoet & Mansur 2012, p. 300.

117. Bergervoet & Mansur 2012, p. 299-300.

118. Voor de Sint Maartense trust geldt, vanwege de grote overeenstemming tussen de trustregelingen van beide landen, onzes inziens hetzelfde.