

Het BW als flexibel kader voor goederenrechtelijke continuïteit

Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2025

Mr. dr. R. Bobbink

Mr. dr. V.J.M. van Hoof

Prof. mr. P.J. van der Plank

Zutphen 2025



UITGEVERIJ *Paris*

Inhoud

	Grenzen aan goederenrechtelijke continuïteit bij natrekking en zaaksvorming – Mr. dr. V.J.M. van Hoof en mr. dr. R. Bobbink / 9
1	Inleiding / 10
2	De onderwaardering van roerende zaken / 14
3	De roerende zaak als ‘bijzaak’ in het BW 1838 / 15
3.1	Inleiding / 15
3.2	Verhuur / 17
3.3	Het onderscheid tussen onroerende en roerende zaken / 18
3.4	Natrekking algemeen (eenheidsbeginsel) / 22
3.5	Natrekking onroerende zaken / 25
3.6	Bestanddeelvorming, zaaksvorming en vermenging / 28
3.7	Bezit geldt als volkomen titel / 31
3.8	Tussenconclusie / 32
3.9	Opbrengstmaximalisatie, de onderwaardering van roerende zaken en de voorkeur voor vastgoedfinanciering bij discussies over zekerheid op roerende zaken / 33
4	Roerende zaken en continuïteit bij de totstandkoming van het BW 1992 / 35
4.1	Inleiding / 35
4.2	Natrekking onroerende zaken / 35
4.3	Het verdwijnen van hulpzaken / 39
4.4	Natrekking en het verkeersbelang als open norm / 41
4.5	Doorbreking van de natrekking door openbare registratie eigendomsvoorbehoud / 45
4.6	Bestanddeelvorming, zaaksvorming en vermenging / 49
4.7	Eigendomsoverdracht van roerende zaken / 51
4.8	De Commissie-Houwing en de positie van de onbetaalde verkoper / 53
4.9	Tussenconclusie / 55
5	De discussies over de belangenafwegingen vanaf 1992 in vogelvlucht / 58
5.1	Inleiding / 58
5.2	De duurzame vereniging met de grond / 59
5.3	Bestanddeelvorming bij onroerende zaken / 65

5.4	Tussenconclusie / 67
5.5	Bestanddeelvorming bij roerende zaken / 69
5.6	Zaaksvorming en verlengd eigendomsvoorbehoud / 71
5.7	Vermenging / 77
5.8	Schadevergoeding als voorwaarde voor origineire verkrijging / 79
6	Pleidooien voor wettelijk ingrijpen / 80
6.1	Inleiding / 80
6.2	Doorbreking door inschrijving bij natrekking en bestanddeelvorming (onroerende zaken) / 81
6.3	Het opstalrecht om de natrekking te doorbreken / 83
6.4	Pandrecht met superprioriteit voor leveranciers / 86
6.5	Ongerechtvaardigde verrijking van de afnemer en diens zekerheidsgerechtigde schuldeisers / 87
6.5.1	Verrijking? / 89
6.5.2	Ongerechtvaardigdheid van de verrijking? / 90
6.6	Voorrecht voor leveranciers / 92
6.7	Bezwaren tegen voorrang voor de leverancier via pandrecht of voorrecht / 94
7	Tot slot / 97
7.1	Een geleidelijke toename van meer continuïteit / 97
7.2	Bewuste beperkingen op de continuïteit / 98
7.3	Pleidooien voor méér continuïteit in de literatuur / 99
7.4	Grenzen aan goederenrechtelijke continuïteit / 103
	Literatuurlijst / 106
	Jurisprudentielijst / 115
	Parlementaire documenten / 116
	De onbenutte ruimte van het opstalrecht
	– Prof. mr. P.J. van der Plank / 117
	Inleiding / 118
1	Natrekking (de aanleiding van het preadvies) en de doorbreking ervan middels een opstalrecht / 124
1.1	Inleiding / 124
1.2	Twee wijzen van natrekking / 124
1.2.1	Bestanddeelvorming / 124
1.2.2	Natrekking door de grond / 127
1.3	‘Natrekking staat in de weg aan verduurzaming’ / 132
1.4	‘Een circulaire economie vraagt een andere kijk op eigendom’ / 135
2	Waarvoor kan een opstalrecht gevestigd worden? / 139
2.1	De maatschappelijke behoefte om natrekking te doorbreken / 139

2.2	Het opstalrecht kan wél gevestigd worden voor artikel 3:4 BW-bestanddelen / 141
2.3	Voldoende zelfstandigheid of voldoende bepaaldheid? / 145
2.4	Hoe ruim mag het opstalrecht geformuleerd worden ten aanzien van toekomstig aan te brengen zaken? / 147
2.5	Is het mogelijk een opstalrecht te vestigen onder de opschortende voorwaarde van overdracht? / 150
3	De twee gezichten van het opstalrecht / 153
3.1	Een eigendom-opstalrecht versus een bevoegdheden-opstalrecht / 153
3.2	Opstalrechten ten behoeve van kabels en leidingen / 155
3.3	Opstalrechten voor grensoverschrijdende opstallen / 158
3.4	Eén opstalrecht op meerdere grondstukken / 161
3.5	Een grensoverschrijdende parkeergarage, met meerdere ingangen / 164
4	Afhankelijke en aanvullende opstalrechten / 167
4.1	Het afhankelijke eigendomsrecht van de opstaller / 167
4.2	Afhankelijke opstalrechten / 169
4.2.1	De huidige beperkte toegevoegde waarde van afhankelijke opstalrechten / 169
4.2.2	Een ruimere toepassingsmogelijkheid voor afhankelijke opstalrechten / 171
4.2.3	Een van een ander zakelijk recht afhankelijk opstalrecht / 174
4.3	Huuraanvullende opstalrechten / 178
4.3.1	Het verschil tussen een huuraanvullend en een huurafhankelijk opstalrecht / 178
4.3.2	Het opzeggen van een huuraanvullend opstalrecht / 179
4.3.3	Het wettelijke regime van opzegbevoegdheden / 180
4.3.4	Een alternatieve constructie / 185
4.4	Hoe wordt bepaald of een opstalrecht afhankelijk of zelfstandig is? / 187
5	Opstal- en onderopstalrechten / 188
5.1	De mogelijkheid tot het vestigen van onderopstalrechten / 188
5.2	Is het mogelijk een onderopstalrecht te vestigen ten behoeve van de grondeigenaar? / 191
5.3	Toestemming voor overdracht van het onderopstalrecht / 193
	Conclusie / 198

Grenzen aan goederenrechtelijke continuïteit bij natrekking en zaaksvorming

Mr. dr. V.J.M. van Hoof en mr. dr. R. Bobbink*

Inhoud

- 1 Inleiding
- 2 De onderwaardering van roerende zaken
- 3 De roerende zaak als 'bijzaak' in het BW 1838
 - 3.1 Inleiding
 - 3.2 Verhuur
 - 3.3 Het onderscheid tussen onroerende en roerende zaken
 - 3.4 Natrekking algemeen (eenheidsbeginsel)
 - 3.5 Natrekking onroerende zaken
 - 3.6 Bestanddeelvorming, zaaksvorming en vermenging
 - 3.7 Bezit geldt als volkomen titel
 - 3.8 Tussenconclusie
 - 3.9 Opbrengstmaximalisatie, de onderwaardering van roerende zaken en de voorkeur voor vastgoedfinanciering bij discussies over zekerheid op roerende zaken
- 4 Roerende zaken en continuïteit bij de totstandkoming van het BW 1992
 - 4.1 Inleiding
 - 4.2 Natrekking onroerende zaken
 - 4.3 Het verdwijnen van hulpzaken
 - 4.4 Natrekking en het verkeersbelang als open norm
 - 4.5 Doorbreking van de natrekking door openbare registratie eigendomsvoorbehoud
 - 4.6 Bestanddeelvorming, zaaksvorming en vermenging
 - 4.7 Eigendomsoverdracht van roerende zaken
 - 4.8 De Commissie-Houwing en de positie van de onbetaalde verkoper
 - 4.9 Tussenconclusie

* Mr. dr. V.J.M. (Vincent) van Hoof is Universitair Hoofddocent Rechtsgeschiedenis aan de Radboud Universiteit (Nijmegen) en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R).

Mr. dr. R. (Rian) Bobbink is Universitair Docent Rechtsgeschiedenis aan de Radboud Universiteit (Nijmegen) en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R).

-
- 5 De discussies over de belangenafwegingen vanaf 1992 in vogelvlucht
 - 5.1 Inleiding
 - 5.2 De duurzame vereniging met de grond
 - 5.3 Bestanddeelvorming bij onroerende zaken
 - 5.4 Tussenconclusie
 - 5.5 Bestanddeelvorming bij roerende zaken
 - 5.6 Zaaksvorming en verlengd eigendomsvoorbehoud
 - 5.7 Vermenging
 - 5.8 Schadevergoeding als voorwaarde voor origineire verkrijging
 - 6 Pleidooien voor wettelijk ingrijpen
 - 6.1 Inleiding
 - 6.2 Doorbreking door inschrijving bij natrekking en bestanddeelvorming (onroerende zaken)
 - 6.3 Het opstalrecht om de natrekking te doorbreken
 - 6.4 Pandrecht met superprioriteit voor leveranciers
 - 6.5 Ongerechtvaardigde verrijking van de afnemer en diens zekerheidsgerechtigde schuldeisers
 - 6.5.1 Verrijking?
 - 6.5.2 Ongerechtvaardigdheid van de verrijking?
 - 6.6 Voorrecht voor leveranciers
 - 6.7 Bezwaren tegen voorrang voor de leverancier via pandrecht of voorrecht
 - 7 Tot slot
 - 7.1 Een geleidelijke toename van meer continuïteit
 - 7.2 Bewuste beperkingen op de continuïteit
 - 7.3 Pleidooien voor méér continuïteit in de literatuur
 - 7.4 Grenzen aan goederenrechtelijke continuïteit
- Literatuurlijst
Jurisprudentielijst
Parlementaire documenten

1 Inleiding

De verduurzaming in de bouw en productie test de rek en wendbaarheid van het goederenrecht. Leveranciers van kapitaalintensieve, verplaatsbare en modulair te koppelen zaken, zoals warmtekrachtkoppelingen, energieopslagsystemen, (elektro)motoren en complete gevelconstructies kunnen de eigendom daarvan voorbehouden totdat de koopprijs is voldaan. Na de levering en installatie of verwerking van deze zaken loopt de leverancier echter het risico dat hij zijn voorbehouden eigendom verliest door natrekking of zaaksvorming. Indien de leverancier dan geen vervangende goederenrechtelijke aanspraak heeft, loopt hij een insolventierisico op de

afnemer. Om dit risico te verkleinen, kan hij onder meer directe betaling bedingen of het risico verdisconteren in de prijs, maar in de praktijk ontbreekt die onderhandelingsruimte geregeld.

De afgelopen jaren is hierover veel geschreven. Zo bestaat er discussie over de goederenrechtelijke gevolgen van de installatie van dergelijke zaken in of op *onroerende* zaken van de afnemer.¹ Ook bestaat discussie over de gevolgen van montage of plaatsing van waardevolle roerende zaken in andermans *roerende* zaken, zoals (elektro)motoren en batterij(pakket)- en in voertuigen.² Het Nederlandse goederenrecht biedt een zekere continuïteit van goederenrechtelijke aanspraken. Lokin onderscheidt in dit verband formele continuïteit waarbij het oorspronkelijke zakelijke recht voortleeft en materiële continuïteit waarbij het oorspronkelijke zakelijke recht teniet is gegaan en in plaats daarvan een ander zakelijk recht is gekomen.³ Die continuïteit is evenwel niet onbeperkt. Het goederenrecht bepaalt – kort gezegd – dat de goederenrechtelijke aanspraken onveranderd voortbestaan, vervangende goederenrechtelijke aanspraken ontstaan of goederenrechtelijke aanspraken tenietgaan. In het laatste geval heeft de voormalig goederenrechtelijk gerechtigde, waaronder de voormalig eigenaar, doorgaans een verbintenisrechtelijke aanspraak op (schade)vergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking.⁴

Met name deze laatste uitkomst oogst kritiek, omdat zij ertoe leidt dat eigenaren (en beperkt gerechtigden) van roerende zaken in het faillissement van de ander mét een goederenrechtelijk recht achter het net vissen. In de recente literatuur is er veel aandacht voor de leveranciers wier roerende zaken in of op andermans onroerende zaak worden bevestigd (natrekking) of dienen als grondstoffen of onderdelen voor de productie van nieuwe zaken (natrekking of zaaksvorming). Wij stippen hier slechts enkele discussies aan. Zo klinkt veel kritiek op de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin de duurzame verbinding van een roerende zaak met een onroerende zaak – volgens velen te snel – leidt tot eigendomsverlies voor een leverancier. De huidige toepassing van de natrekkingsregels lijkt een rem te vormen op de verduurzaming van gebouwen in het licht van de circulaire economie.⁵ Onder anderen Heyman en Wichers bepleiten een restrictievere interpretatie van de norm duurzame verbinding.⁶ Daarnaast menen verschillende auteurs dat de wetgever moet toestaan dat een leverancier de

1. Zie par. 5.1-5.3 en par. 6.1-6.3.

2. Zie par. 5.5-5.8 en par. 6.4-6.7.

3. Zie: Lokin 2022, p. 4.

4. HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:322, r.o. 3.1.1-3.1.2.

5. Onder vele anderen: Lokin 2022, p. 386; Bartels & Maathuis 2022, p. 457; Hoops & Akkermans 2023, p. 333.

6. Heyman 2000, p. 100; Wichers 2002, p. 109-115; Hoops & Akkermans 2023, p. 333.

natrekking kan voorkomen door inschrijving van een eigendomsvoorbehoud in de openbare registers.⁷ Bij roerende zaken bepleiten Verstijlen en Verheul de versterking van de positie van leveranciers door de (wettelijke) toekenning van een vervangingspandrecht dat komt te rusten op de zaak die de geleverde zaak heeft nagetrokken of de nieuwe zaak waarin de geleverde zaak is opgegaan.⁸

Goederenrechtelijke continuïteit is voor de eigenaar van een roerende zaak gewenst omdat continuïteit hem een goederenrechtelijke positie geeft in het faillissement van zijn wederpartij. Zij heeft evenwel ook gevolgen voor rechtsverkrijgers en schuldeisers van de partij die eigenaar is van de zaak waarmee de roerende zaak in verbinding is komen te staan. Bescherming van de ene belanghebbende gaat in het goederenrecht al snel ten koste van een andere belanghebbende. De vraag rijst in hoeverre het Nederlandse burgerlijk recht een continuïteitsgedachte of -beginsel kent en wat daarvan de consequenties zouden moeten zijn. In dit preadvies beantwoorden wij de volgende vraag:

Welke ruimte en welke grenzen laat het Nederlandse goederenrecht voor goederenrechtelijke continuïteit bij natrekking en zaaksvorming, gezien naar doel en strekking van de regeling, de wettelijke systematiek en de parlementaire geschiedenis?

In dit preadvies geven wij een uitvoerige beschouwing van de historische ontwikkeling van de regels met betrekking tot het verlies van een goederenrechtelijke positie als gevolg van duurzame vereniging met de grond (art. 3:3 en 5:20 BW), bestanddeelvorming (art. 3:4, 5:3 en 5:14 BW) en zaaksvorming (art. 5:16 BW) en staan hierbij stil bij de belangenafwegingen die hierachter schuilgaan.⁹ Hiermee beogen wij de uitgangspunten van deze regelingen bloot te leggen, zonder volledigheid na te streven. Wij leggen de nadruk op leveranciers en verhuurders (lessors) van relatief eenvoudig te individualiseren en waardevolle roerende zaken, omdat wij menen dat de toepassing van de bestaande regels tot onzekerheid voor deze partijen kan leiden en in de weg kan staan aan het realiseren van

7. Onder vele anderen: Mes, Ploeger & Janssen 2016, p. 164; Hoops & Akkermans 2023, p. 334.

8. Verheul & Verstijlen 2016, p. 96-98 en 130-133. Kortmann & Geurts bepleiten een relativisering van het pandrecht van de bank ten opzichte van een pandrecht van de leverancier op een koopprijsvordering uit doorverkoop. Hiervoor baseren zij zich op rechtsvergelijking met Duitsland en België, en op de rechtspraak van de Hoge Raad onder het OBW. Zie: Kortmann & Geurts 2019, par. 7.8.

9. De duurzame vereniging met de grond en bestanddeelvorming bespreken wij geregeld onder de algemene noemer van de natrekking. Zie voor verschillende interpretaties van het begrip 'natrekking': Van der Plank 2016, p. 3. Wij laten bovendien de discussie achterwege in hoeverre de leverancier een (vervangende) aanspraak zou moeten krijgen op vorderingen uit doorverkoop.

ationale en internationale duurzaamheidsambities.¹⁰ Wij laten dan ook vermenging en oneigenlijke vermenging buiten beschouwing, omdat de regels hierover vooral betrekking hebben op minder goed te individualiseren roerende zaken, respectievelijk het de leverancier niet lukt aan te tonen welke zaken hem toebehoren.

Natuurlijk is al veel geschreven over natrekking en zaaksvorming. Zo staan onder anderen Ploeger, Wichers, Hoofs, Van der Plank en Lokin uitgebreid stil bij de parlementaire geschiedenis en literatuur om de onderliggende ratio achter deze bepalingen vast te stellen.¹¹ De invalshoek die wij kiezen, wijkt hier gedeeltelijk van af. Wij plaatsen de parlementaire geschiedenis van het BW van 1838 en van 1992 tegen de achtergrond van een uitgesproken (en soms stilzwijgende) voorkeur voor vastgoedfinanciering en een kritische, soms laatdunkende houding tegenover financiering op basis van roerende zaken en roerende zaken in het algemeen (par. 2). Vanuit die lezing maken wij zichtbaar welke belangen de wetgever heeft gewogen en hoe de daaruit voortgekomen bepalingen moeten worden begrepen (par. 3 en 4). Een deel van de oude opvattingen ebben namelijk nog steeds na. Daarna onderzoeken wij in hoeverre de in de literatuur of praktijk bepleitte verruiming of alternatieve mogelijkheden voor de bescherming van eigenaren van roerende zaken aansluiten bij het doel en de strekking van de wet (par. 5 en 6). Tot slot richten wij ons op de vraag hoe vormen van materiële continuïteit, zoals een vervangende aanspraak (bijv. substitutiepandrecht) of het verlenen van voorrang, zich verhouden tot het doel en de strekking van de wet. Wij besluiten met een gemotiveerd antwoord wie nu aan zet is – deelnemers aan het rechtsverkeer (contractspraktijk), de rechter en/of wetgever – om de grenzen van goederenrechtelijke continuïteit verder te verkennen, te bepalen of te verleggen (par. 7).

Voordat wij toekomen aan een analyse van de discussies over het voortbestaan van goederenrechtelijke aanspraken bij originele wijze van eigendomsverkrijging, schetsen wij kort enkele vroegmoderne opvattingen over roerende zaken. Zij getuigen namelijk van een onderwaardering van roerende zaken in vergelijking met onroerende zaken. Die onderwaardering werkt door in de wijze waarop vanaf het begin van de negentiende eeuw (bij de totstandkoming van het BW 1838) tot op de dag van vandaag is omgegaan met de aanspraken van een eigenaar van een roerende zaak

10. Omwille van de leesbaarheid schrijven wij in het vervolg alleen over de leverancier en afnemer, maar de analyse is evenwel ook van toepassing op lessors en lessees. Voor nationale duurzaamheidsambities, zie: 'Nationaal Programma Circulaire Economie 2023-2030', rijksoverheid.nl.

11. Zie hierover uitgebreid: Ploeger 1997, p. 30-36; Wichers 2002, p. 6-10; Hoofs 2013, p. 73-126; Van der Plank 2016, p. 130-138; Lokin 2022, p. 233-433.

in verhouding tot grondeigenaren, hypotheekhouders, zaaksvormers, vermengers en verkrijgers.

2 De onderwaardering van roerende zaken¹²

De wijze waarop het hedendaagse Nederlandse recht omgaat met roerende zaken bij originele wijzen van eigendomsverkrijging is nauw verbonden met een traditionele onderwaardering van roerende zaken. Roerende zaken worden van oudsher als minderwaardig gezien ten opzichte van onroerende zaken. Dit illustreren wij hierna. Deze onderwaardering verklaart onder meer waarom een eigenaar van een roerende zaak doorgaans het onderspit delft als zijn zaak wordt verbonden in of aan de grond van een ander. De wetbepalingen over originele wijzen van eigendomsverkrijging bij roerende zaken vinden namelijk hun oorsprong in een tijd waarin deze onderwaardering van roerende zaken expliciet tot uiting kwam. Hoewel de hedendaagse opvattingen over roerende zaken aanzienlijk zijn veranderd, zijn de kernregels van eigendomsverkrijging nauwelijks mee ontwikkeld.

Het bezit van roerende zaken is waardeloos (*vilis*) en onbeduidend (*abieecta*), aldus de Franse juristen Nicolas Bohier (1469-1539) en Pierre Rebuffi (1487-1557).¹³ Zij verwezen allebei naar Digestentekst 41.2.47 (Papinianus 26 quaestionum) waarin de Romeinse jurist Papinianus (circa 150-212) uitlegde dat het bezit van roerende zaken eenvoudig werd verloren in vergelijking met het bezit van onroerende zaken. Rebuffi voegde daaraan toe dat het opsporen en opeisen van roerende zaken duurder was dan de waarde van roerende zaken.¹⁴ Deze Franse juristen maakten deze opmerkingen ter verklaring van de regel *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*.¹⁵ Deze regel, die gold in het vroegmoderne Frankrijk, hield onder meer in dat een zekerheidsgerechtigde schuldeiser de tot zekerheid strekkende roerende zaken niet bij een derde kon opeisen. Volgens juristen uit die tijd strekte de regel *mobilia non habent sequelam* onder meer tot bescherming van de handelspraktijk.¹⁶ Zij voorkwam immers dat schuldeisers verpande zaken onder eenieder konden opeisen. Charles Loyseau merkte bijvoorbeeld op dat zonder een dergelijke beperking de zekerheidsgerechtigde bij wijze van spreken een graankorrel bij een derde kon opeisen.¹⁷ Dezelfde motivering

12. Deze paragraaf is ontleend aan: Van Hoof 2023, p. 261-264.

13. De Bohier 1543, Des coutumes concernans hypothèque, a de suite d'hypothèque, fol. LVI ro; Rebuffus 1550, Tract.de literis obligata, art. 4, glossa 2, nr. 38, p. 122.

14. Rebuffus 1550, Tract.de literis obligata, art. 4, glossa 2, nr. 38, p. 122.

15. De Bohier 1543, Des coutumes concernans hypothèque, a de suite d'hypothèque, fol. LVI ro; Rebuffus 1550, Tract.de literis obligata, art. 4, glossa 2, nr. 38, p. 122.

16. Zie hierover: Van Hoof 2023, p. 261-269.

17. Loyseau 1610, § 3.5, 335.

treffen we aan bij juristen uit de Noordelijke Nederlanden.¹⁸ De Nederlandstalige rechtsspreuk was *roerend goed heeft geen gevolg*. Daarnaast zien we dat in de vroegmoderne tijd niet alleen het bezit van roerende zaken snel werd verloren, maar ook de eigendom. Een eigenaar die het bezit van zijn roerende zaken was verloren, kon die zaken slechts in uitzonderlijke gevallen bij een derde opeisen.

Volgens het inheemse recht had een persoon die de macht over een zaak had de 'Gewere' of 'seisin'.¹⁹ Een persoon met Gewere, zoals een vuistpandhouder, werd beschermd tegen onvrijwillig machtsverlies. Een persoon die de Gewere vrijwillig (en tijdelijk) aan een ander verschafte, verloor zelf de Gewere en had slechts een contractuele aanspraak op teruggave. Er was met andere woorden geen zaaksgevolg in zo'n geval. Deze uitkomst wordt vaak aangeduid met de rechtsspreuk: 'Hand muss Hand wahren'. Na de receptie van het Romeinse recht werd de rechtsspreuk *mobilia non habent sequelam* gebruikt om de inheemse afwezigheid van zaaksgevolg (en daarmee afwijking van het Romeinse recht) te omschrijven.²⁰ Vanuit deze benadering van roerende zaken is het onbestaanbaar dat een schuldeiser een goederenrechtelijke aanspraak had op een zaak waarvan hij of zij de Gewere vrijwillig aan een ander had toegestaan. Het inheemse recht erkende oorspronkelijk dus bijvoorbeeld alleen vuistpandrechten als zekerheidsrechten op roerende zaken. Het vereiste van machtsverschaffing leidde tot publiciteit of openbaarheid van zekerheid. Zolang roerende zaken zich bij een schuldenaar bevonden, wisten andere schuldeisers dat de zaken niet waren bezwaard met een pandrecht.

Deze Nederlandse en Franse benaderingen van roerende zaken hebben invloed gehad op de behandeling van roerende zaken in de eerste nationale codificaties van het begin van de negentiende eeuw.

3 De roerende zaak als 'bijzaak' in het BW 1838

3.1 Inleiding

Na zijn machtsovername in 1799 stelde Napoleon Bonaparte in 1800 een commissie in om een alomvattende burgerlijke codificatie voor Frankrijk te ontwerpen. Dat werk mondde in 1804 uit in de Code civil. Een eigenaar of beperkt gerechtigde van een roerende zaak verloor – in vergelijking met

18. Naeranus, *Hollandsche Consultatien*, IV 319, 578 (6 juli 1656, advies van N. van Assendelft).

19. Zie uitgebreid over de Gewere: Runia 2016, p. 92-122.

20. Salomons 1997, p. 17-44; Zwolve & Sirks 2012, p. 427.

het hedendaagse recht – relatief snel eigendom of het beperkte recht.²¹ Door Napoleons geopolitieke veroveringen kreeg deze wetgeving in grote delen van Europa gelding. In 1810 annexeerde Napoleon de (Noordelijke) Nederlanden en bepaalde hij dat de Code civil vanaf 1811 ook daar zou gelden. De Franse benadering van roerende zaken heeft diepe sporen nagelaten in het Nederlandse recht. De Franse Code civil, die in Nederland heeft gegolden van 1811 tot 1838, vormde het vertrekpunt voor de Nederlandse wetgever van 1838 bij de totstandkoming van het BW 1838. De vraag rijst in hoeverre de wetgever van 1838 heeft stilgestaan bij de afweging van belangen tussen een eigenaar of beperkt gerechtigde van een roerende zaak en de eigenaar van een andere zaak die bij origineire wijze van eigendomsverkrijging is betrokken.

Een belangrijke constatering vooraf is dat onder het OBW er relatief minder goederenrechtelijke aanspraken op roerende zaken in een commerciële setting voorkwamen – die teniet konden gaan – dan onder het huidige recht. Kredietverschaffers hadden doorgaans geen goederenrechtelijke aanspraak op de roerende zaken van hun kredietnemer, waardoor de regels over origineire eigendomsverkrijging voor hen geen risico hoefden in te houden. Een onbetaalde leverancier had op grond van het OBW vooral een verkopersprivilege (voorrecht) en geen revindicatie. Het eigendomsvoorbehoud kwam pas aan het eind van de negentiende eeuw in zwang en werd toen door de Hoge Raad gesanctioneerd. Er bestond geen stil (of vuistloos) pandrecht op roerende zaken, maar alleen een vuistpandrecht. De eigendomsoverdracht tot zekerheid kwam pas in de twintigste eeuw tot ontwikkeling en werd door de Hoge Raad erkend in het befaamde *Bierbrouwerij*-arrest uit 1929. Aan het begin van de negentiende eeuw waren de voornaamste eigenaren van roerende zaken – in een commerciële setting – die hun rechten door de origineire wijzen van eigendomsverkrijging konden verliezen de bruikleengever en verhuurder.

Uit de wetssystematiek van het BW 1838 en de parlementaire geschiedenis blijkt steeds dat de belangen van de vastgoedfinancier en vastgoedeigenaar prevaleerden boven de belangen van de financier en eigenaar van roerende zaken. Wij zetten dit achtereenvolgens uiteen voor huur (par. 3.2), het onderscheid tussen onroerende en roerende zaken (par. 3.3) en de origineire wijzen van eigendomsverkrijging. Hierbij bespreken wij tevens hoe verschillende rechtswetenschappers in de negentiende en twintigste eeuw over deze bepalingen (en hun uitwerkingen) dachten.

21. Zie onder vele anderen: Salomons 1997, p. 48-57; Zwalve 2006, p. 290-299.

3.2 Verhuur

Nader onderzoek naar regeling van huur en verhuur, levert op dat de wetgever van 1838 niet heeft nagedacht over de risico's van eigendomsverlies door een verhuurder van een roerende zaak. Uit de formulering van de bepalingen over de huurovereenkomst (art. 1583 e.v. BW 1838) blijkt dat de wetgever vooral heeft gedacht aan de verhuur van *onroerende* zaken. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis waarin de verhuur van roerende zaken geen aandacht kreeg.²² Diephuis merkte hierover weliswaar op dat de wetbepalingen analoog op andere zaken konden worden toegepast 'voor zoo ver de aard der zaken zulks toelaat',²³ maar de wet bepaalde uiteraard niets over het verlies van eigendom van een *onroerende* zaak door natrekking, zaaksvorming of een andere originele wijze van eigendomsverkrijging. De wetgever heeft met andere woorden geen aandacht besteed aan de risico's voor (noch de bescherming van) verhuurders van roerende zaken.

Sterker nog, in het kader van de verhuur van onroerende zaken heeft de wetgever de belangen van de verhurende eigenaar van de onroerende zaak laten prevaleren boven de belangen van de eigenaar van de roerende zaken die op de grond zijn gebracht. Onder het BW 1838 had de onbetaalde vastgoedverhuurder een bodemrecht, zoals de Nederlandse fiscus dat vandaag de dag heeft. Dit betekent dat de verhuurder voor onbetaalde huurpenningen een voorrecht had op onder meer 'ingeoogste en nog niet ingeoogste vruchten die zich op den bodem bevinden, en op al hetgeen op den bodem is, zoo tot stoffering van het gehuurde huis of der landhoeve, als tot bebouwing of gebruik van het land, zoo als het vee, de bouwgereedschappen en dergelijken; *onverschillig of de hierboven gemelde voorwerpen al dan niet aan den huurder toebehooren* [cursief VvH en RB].'²⁴ Het ging dus om bodemzaken, oftewel zaken die zich op of in het gehuurde bevonden en die bestemd waren om duurzaam ter plaatse te blijven. Deze aanspraak van een verhuurder had oude wortels en ging terug op het Romeinse (verhuurders)pandrecht op de *invecta et illata* van de huurder, waardoor het bij de totstandkoming van de bepaling nauwelijks een discussiepunt was.²⁵ De wetgever motiveerde de slotzin als volgt:

'Deze, met onze vroegere wetgeving overeenstemmende verordening, strekt daartoe, om te voorkomen, dat door zamenspanning en bedrog, de verhuurder niet van zijn voorregt worde verstoken, onder voorwendsel, dat de goederen, die zich op den bodem be-

22. Voorduin, *Geschiedenis V*, p. 198-251.

23. Diephuis-VI 1886, p. 282.

24. Art. 1186 BW 1838.

25. Voorduin, *Geschiedenis IV*, p. 372-376. Vgl. art. 2102 Cc 1804.

vinden, aan derden toebehooren; het spreekt overigens van zelf, dat te dezen alleen worden bedoeld zoodanige voorwerpen, die tot stoffering der woning, of tot gebruik, of tot nut van het land dienen, en alzoo in geen deele, de zoodanige die ter leen, bij bewaargeving of anderzins, op den bodem zijn gebragt.'

Het resultaat hiervan was dat een eigenaar van de roerende (bodem)zaken het onderspit delfde ter bescherming van de belangen van de verhuurende eigenaar en ter voorkoming van misbruik. In artikel 1187 BW 1838 maakte de wetgever echter een uitzondering voor de onbetaalde verkopers van zaden en gereedschappen. Hun voorrecht op de oogst, respectievelijk gereedschappen ging voor op het voorrecht van de onbetaalde verhuurder op diezelfde zaken.²⁶ Deze uitzondering was volgens Suijling gerechtvaardigd, omdat de zaden ervoor hadden gezorgd dat er vruchten op de grond groeiden waarop de verhuurder zich kon verhalen. Andere onbetaalde verkopers van roerende zaken hadden een lagere rang dan de verhuurder en konden hun recht van reclame niet uitoefenen.²⁷

Kortom, de wetgever heeft steeds gedacht aan de bescherming van de verhuurder van *onroerende* zaken. De verhuurder van *roerende* zaken werd stiefmoederlijk behandeld (en kwam er bekaaid vanaf).

3.3 Het onderscheid tussen onroerende en roerende zaken

Het fundamentele onderscheid tussen onroerende zaken en roerende zaken in het BW 1838 is gedeeltelijk ingevuld door de wens van de wetgever om vastgoedfinanciers te beschermen. Roerende zaken konden dienstbaar worden gemaakt aan een onroerende zaak om daardoor een completer hypotheekobject te creëren. Als uitgangspunt gold weliswaar dat onroerende zaken uit hun aard niet konden worden verplaatst en roerende zaken wél (art. 565 BW 1838), maar artikel 563 BW 1838 maakte hierop een belangrijke uitzondering.

Artikel 563 BW 1838

Door bestemming worden onder onroerende zaken begrepen:

1°. Bij fabrieken, trafieken, molens, smederijen en dergelijke onroerende zaken, de persen, distilleerketels, ovens, kuipen, vaten, en verdere gereedschappen, bepaaldelijk tot derzelver wezen behorende, al waren die voorwerpen niet aard- of nagelvast;

26. Voorduin, *Geschiedenis IV*, p. 377-380. De onbetaalde verkoper van mest werd – ondanks de uitvoerige discussie bij de totstandkoming – niet beschermd.

27. Suijling 1940, nr. 450-3, p. 458-461.