

# Actioma

## Het civielrechtelijk bestuursverbod

*Charlotte Deelen*

HR Rabobank/Reuser: het einde van een lange discussie  
*Hanneke Spath*

De afwezigheid van allesomvattende zekerheid op registergoederen  
*Vincent van Hoof*

## Contact

Stichting Nijmeegs  
Juridisch Faculteitsblad  
Montessorilaan 10  
6525 HR NIJMEGEN

## Correspondentieadres

Postbus 9049  
6500 KK NIJMEGEN  
info@actioma.eu  
www.actioma.eu

## Bestuur / Redactie

Ramon Vastmans (voorzitter)  
José Teekman (penningmeester)  
Hilde Cornelese (secretaris)

## Redactieraad

prof. mr. C.J.H. Jansen  
prof. mr. R.J.N. Schlössels

## Raad van Toezicht

Arjen Peters (faculteitsdirecteur)  
prof. mr. Steven Bartels (decaan)  
Jeroen Meijer  
Christiaan van der Meer  
Irene Theunisse

## Ontwerp

Julius van der Vaart

## Druk

GLD Grafimedia, Arnhem

## Oplage

2600

## ISSN

1380-7129

## Abonnement

Gratis op aanvraag  
(excl. verzendkosten).  
Stuur een e-mail naar:  
info@actioma.eu

## Adverteren?

Neem contact op met José  
Teekman via info@actioma.eu

# Woord vooraf

Voor je ligt alweer de eerste Actioma van het collegejaar. Sinds enkele jaren betekent dat voor de redactie dat haar taak is volbracht. Daarom begin ik dit voorwoord met een dankwoord en een aankondiging in plaats van de gebruikelijke bespreking van de inhoud van deze editie. Van mijn collega's Hilde Cornelese (secretaris) en José Teekman (penningmeester) heb ik afgelopen jaar ontzettend veel geleerd. Daarvoor en voor jullie begrip en geduld is mijn waardering groot. De dank van de gezamenlijke redactie gaat uit naar de schrijvers en lezers die dit blad zijn bestaansrecht geven. Zij zullen de volgende vier uitgaven kunnen rekenen op een nieuwe redactie, met Emily van den Brink als voorzitter en hoofdredacteur, Anna Cleuters als secretaris en Melike Yigit als penningmeester.

Professor Hanneke Spath analyseert in haar bijdrage het arrest Rabobank/Reuser. Op 3 juni jl. koos de Hoge Raad ervoor de mogelijkheid van een pandrecht op voorwaardelijke eigendom te erkennen. Op toegankelijke wijze leidt Spath je in tot het desbetreffende academische debat, bespreekt zij de casus, duidt zij het recht van rechtbank tot Raad in deze goederenrechtelijke mijlpaal van een zaak.

Dan een update op ondernemingsrechtelijk gebied. Charlotte Deelen bespreekt de ins en outs van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod die per 1 juli 2016 in werking is getreden. In de uitvoering lijkt het al niet erg fraai: zoals Deelen opmerkt is het bestuursverbodregister nog niet compleet. En wat zijn de consequenties van oplegging van een bestuursverbod? Zijn de maatstaven voor oplegging wel werkbaar?

Een jaar of drie, vier geleden was er veel te doen omtrent generieke zekerheidsverschaffing. Denk aan de verzamel-pandakte-constructie die de Hoge Raad toen gesanctioneerde. Vincent van Hoof dook voor zijn proefschrift de rechtsgeschiedenis in. In zijn stuk voor Actioma bespreekt hij de generieke Romeinsrechtelijke hypotheca en de wijze waarop deze later werd gerecipeerd, beperkt, en in haar hoedanigheid van generiek zekerheidsrecht uiteindelijk verdween. Nu generieke zekerheid via een omweg toch weer de kop is opgestoken, is dit artikel temeer het lezen waard!

Veel focus op burgerlijk recht en ondernemingsrecht dus in deze editie. Dat is niet ieders kopje thee. Gelukkig verschaft Tessa Hubregste wat afwisseling in de vorm van een annotatie bij een zaak over het recht van vrijheid van meningsuiting. In deze Nootendop staat de reikwijdte van het spreekverbod in het kader van de openbare orde ingevolge de Gemeentewet centraal. Hubregste relateert dat verbod aan de beperkingen op de wettelijk en verdragsrechtelijk beschermde vrijheid van meningsuiting en toetst het vonnis aan haar bevindingen. Lezen dus!

Tot slot de column. Opmerking verdient ditmaal de (Nijmeegse?) promotie-obsessie. Als je je achter je oren krabt en je afvraagt wat daarmee bedoeld wordt: bladert en gij zult vinden.

Veel leesplezier!

Ramon Vastmans, *hoofdredacteur*

# In dit nummer

- ONDERZOEK** **Hanneke Spath** 5  
HR Rabobank/Reuser: het einde van een lange discussie
- ONDERZOEK** **Charlotte Deelen** 11  
Het civielrechtelijk bestuursverbod
- ONDERZOEK** **Vincent van Hoof** 17  
De afwezigheid van allesomvattende zekerheid op registergoederen
- NOOTENDOP** **Tessa Hubregtse** 22  
Annotatie bij Rb. Oost-Brabant 23-12-2015,  
ECLI:NL:RBOBR:2015:7607
- COLUMN** **Läfchen van Grunswick-Eijckaert** 27  
de promotie-obsessie





## Hanneke Spath

Prof. Mr. J.B. Spath is hoogleraar Burgerlijk Recht  
aan de Radboud Universiteit Nijmegen

**ONDERZOEK**

# HR Rabobank/Reuser: het einde van een lange discussie

Op sommige arresten wordt door juristen met smart gewacht. Voor mij is de uitspraak van de Hoge Raad van 3 juni 2016 er zo een.<sup>1</sup>In de zaak Rabobank/Reuser verschaft de Hoge Raad helderheid over de mogelijkheid van verpanding van zaken waarop een eigendomsvoorbehoud van toepassing is door de koper. De vraag of dit kan, houdt al ruim een decennium de pennen van wetenschappers, advocaten, curatoren en studenten in beweging.<sup>2</sup> De conclusie van al die stukken is al een tijdje dat we het verlossende woord nodig hebben van de hoogste daartoe bevoegde instantie in Nederland. Van de Hoge Raad wordt daarbij eigenlijk gevraagd of het recht dat de koper onder eigendomsvoorbehoud verkrijgt wel of niet meer dan een zuivere toekomstverwachting is.<sup>3</sup>

1. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046.

2. Zie hierover o.a.: R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud, Deventer: Kluwer 1985, p. 88-90; B.M. Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht, Zwolle: T.E.J. Tjeenk Willink 1985, p. 46 en 61; S.C.J.J. Kortmann, Eigendom onder voorwaarde, in: E.H. Hondius e.a. (red.), Quod licet (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 199-211; A.H. Scheltema, De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, Kluwer 2003, p. 343-353 (met uitvoerige verwijzing in noot 30); H.J. Sniijders, Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, NTBR 2006 (hierna Sniijders 2006); F.M.J. Verstijlen, Het eigendomsrecht in nevelen, WPNR (2007) 6725 (hierna: Verstijlen 2007); N.E.D. Faber, Overdracht van voorwaardelijke eigendom, in: N.E.D. Faber e.a. (red), Fiduciaire verhoudingen, Deventer: Kluwer 2007, p. 33-58 (hierna: Faber 2007); R.M. Wibier & C.H.M.A. Smid, Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken en faillissement, beschikken over voorwaardelijke eigendom: een fictie te ver!, WPNR (2009) 6811 (hierna: Wibier & Smid 2009); A. Steneker, Monografieën BW. Pandrecht, Deventer: Kluwer 2012, nr. 38; A.H. Scheltema, Eigendomsvoorbehoud, overdracht en verpanding van eigendom onder opschortende voorwaarden, MvV 2013, p. 155-164 (hierna: Scheltema 2013) en Reehuis 2013, nr. 77; F.J.L. Kaptein, De onvoorwaardelijk verpandbaarheid van voorwaardelijke eigendom, M.H.E. Rongen, Beschikken over de eigendomsverwachting bij voorbehouden eigendom en J.B. Spath, Waar een wil is, is een weg. Het recht van de koper onder eigendomsvoorbehoud voor vervulling van de voorwaarde, allen in: Groninger zekerheid. Liber amicorum Wim Reehuis, Deventer: Kluwer 2014.

3. De zaak zit vol interessante zijwegen, zoals een curator die in eigen naam procedeert (Zie noot van Van Andel bij Rechtbank 's-Gravenhage 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:BX7231, JOR 2012/377, onder 4) en de vraag of de tweedehands waarde van een zaak van belang is voor beantwoording van de vraag of sprake is van een bestanddeel in de zin van art. 3:4 lid 2 BW, maar daar gaat het in deze bijdrage niet om. Hierna richt ik mij op de centrale discussie over de aard van het recht van de koper onder eigendomsvoorbehoud en de mogelijkheden om hierop een zekerheidsrecht te vestigen.

**"Voorstanders van een verpandingsmogelijkheid voor de koper onder eigendomsvoorbehoud betogen dat de koper een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt op het moment dat de levering onder eigendomsvoorbehoud conform art. 3:91 BW wordt voltooid"**

## Het debat

Voorstanders van een verpandingsmogelijkheid voor de koper onder eigendomsvoorbehoud betogen dat de koper een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt op het moment dat de levering onder eigendomsvoorbehoud conform art. 3:91 BW wordt voltooid. Dat wil zeggen dat de koper op het moment dat hij de macht krijgt over de geleverde zaken van een beschikkingsbevoegde verkoper op grond van een geldige titel direct een bestaande aanspraak in zijn vermogen heeft. Deze aanspraak is er een waar hij naar eigen inzicht over kan beschikken (binnen de grenzen van art. 3:84 lid 4 BW) en waar hij dus ook een pandrecht op kan vestigen. Dat pandrecht op voorwaardelijke eigendom verandert dan in een pandrecht op onvoorwaardelijke eigendom zodra de voorwaarde die aan de eigendomsoverdracht is verbonden, meestal volledige betaling van de koopsom, wordt vervuld. Een nadere beschikkingshandeling of beschikkingsbevoegdheid van de pandgever is daarvoor niet meer nodig.

De tegenstanders van deze mogelijkheid stellen dat de hiervoor weergegeven invulling uitgaat van een splitsing van het eigendomsrecht in een recht onder ontbindende voorwaarde bij de verkoper en een recht onder opschortende voorwaarde van de koper en dat de wet deze scheiding niet toelaat. Wat de koper onder eigendomsvoorbehoud wel heeft is de verwachting in de toekomst, als de voorwaarde wordt vervuld, eigenaar te worden. Als hij een pandrecht wil vestigen, dan moet dat op de uiteindelijke te verkrijgen zaak via art. 3:98 jo 3:97 BW, waarbij voor of na de machtsverschaffing een vestigingshandeling wordt verricht (voor een vuistloos pandrecht op roerende zaken bestaande uit een geregistreerde onderhandse akte of een authentieke akte, zie art. 3:237 BW) die op dat moment geen werking heeft. Het pandrecht kan namelijk pas ontstaan als de pandgever op een later tijdstip ook beschikkingsbevoegd wordt. Als de pandgever dus daadwerkelijk de eigendom verkrijgt en dan niet failliet is, wordt in die seconde aan alle vereisten van art. 3:98 jo 3:228/83 jo 3:84 BW voldaan en dan leidt de eerder bij voorbaat verrichte vestigingshandeling tot de totstandkoming van het pandrecht. Als de pandgever op het moment van de verkrijging echter wel failliet is, ontstaat nog steeds geen pandrecht omdat aan de voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid niet kan worden voldaan (zie art. 23 Fw).

Het verschil tussen beide benaderingen komt naar voren als de koper onder eigendomsvoorbehoud failliet gaat en de koopsom dan nog niet volledig is betaald. Zeker als al wel een groot deel van de koopsom is voldaan, kan het voor een financier aantrekkelijk zijn om als derde de vordering van de verkoper te voldoen (art. 6:30 BW) en zo de voorwaarde voor de eigendomsovergang in vervulling te laten gaan. Een voorbeeld om dit illustreren. Voor € 500.000 levert verkoper A onder eigendomsvoorbehoud een hijskraan aan koper B. B heeft van de koopsom € 400.000 betaald als hij failliet gaat. De bank heeft € 1.000.000 uitgeleend aan B en is bang dat de overige zekerheidsrechten niet genoeg gaan opleveren om deze vordering met voorrang op de opbrengst te verhalen (de verwachte executieopbrengst daarvan bedraagt € 800.000). Voor de bank dreigt een gewone concurrente vordering van € 200.000 over te blijven. De oplossing is een pandrecht op de hijskraan. De bank wil tijdens het faillissement van B wel € 100.000 aan A te betalen, maar alleen als dit ertoe leidt dat de bank dan een pandrecht krijgt op de hijskraan met een (tweedehands)waarde van € 350.000. De rekensom voor de bank is dat door betaling van A de gezeekerde vordering weliswaar met € 100.000 omhoog gaat naar € 1.100.000, maar dat de waarde van



zekerheden ook met € 350.000 stijgt (in totaal € 1.150.000), zodat uiteindelijk de hele gezeekerde vordering hierop kan worden verhaald. Met een ruimschoots vóór het faillissement tot stand gekomen verpanding van het voorwaardelijke eigendomsrecht kan dit resultaat worden bereikt. Dan bestaat immers al voor het faillissement een pandrecht op de voorwaardelijke eigendom van de hijskraan en dit wordt tijdens het faillissement van B alleen maar omgezet in een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van de hijskraan.

Met 'slechts' een verpanding bij voorbaat van alle roerende zaken door B, kan dit resultaat niet worden bereikt. Het faillissement staat dan in de weg aan totstandkoming van het pandrecht op grond van de eerder bij voorbaat verrichte vestigingshandeling. Voor de curator en de overige schuldeisers in het faillissement van B is dit een gunstigere uitkomst. Als de bank geen pandrecht op de hijskraan krijgt, valt de overwaarde van de hijskraan in de boedel. De curator zorgt dan dat de laatste € 100.000 wordt betaald (door een derde die voorrang krijgt bij verhaal op de opbrengst), zodat € 250.000 (namelijk de opbrengst van € 350.000 min de laatste € 100.000) in de boedel komt. Daar zal de bank zich voor de restschuld van € 200.000 als schuldeiser melden, maar dan krijgt iedereen een beetje van de opbrengst van de hijskraan.

Tot zover de belangen en de theoretische mogelijkheden. In de literatuur was een merendeel van de schrijvers voor de mogelijkheid van directe verpanding, maar niemand wist of het naar geldend recht ook kon. Het is tijd voor de ontknoping.

### Casus

De basis hiervoor wordt gelegd in 2008 als kwekerij Revadap BV een systeem aanschaf bij Meteor Systems BV dat ervoor moet zorgen dat water voorzien van voedingsstoffen bij de te kweken paprikaplanten kan komen. Dit zogenoemde teeltsysteem bestaat uit aan staaldraden opgehangen stalen teeltgoten met opvangbakken en een druppelbevoeiingssysteem en het wordt door Meteor ter plaatse op maat gemaakt met behulp van een mobiele walsinstallatie om maximale lengte te behalen en lekkages tot een minimum te beperken. De levering vindt plaats onder eigendomsvoorbehoud met een opschortende voorwaarde<sup>4</sup> en de koopsom wordt voor een groot deel door Revadap voldaan.

Het systeem werkt uitstekend, de paprika's floreren, maar het bedrijf niet. Op 24 november 2009 gaat Revadap failliet met benoeming van Reuser tot curator. Op dat moment heeft Meteor nog een vordering van € 120.000 op Revadap. Een van de andere schuldeiser van Revadap is de Rabobank. Zij heeft in 2008 een lening verstrekt van € 7,8 miljoen en daarvoor diverse zekerheidsrechten bedongen. Onderdeel van de zekerheidsrechten was een pandrecht op roerende zaken, waarvan de bij de akte tot vestiging behorende algemene voorwaarde onder meer bepalen:

*"Ingeval enige zaak of enig vermogensrecht waarop het pandrecht betrekking heeft of dient te hebben onder opschortende voorwaarde aan de pandgever is overgedragen, strekt dat pandrecht zich uit tot de voorwaardelijke eigendom van die zaak, respectievelijk tot het voorwaardelijk recht met betrekking tot dat vermogensrecht."*

In overleg met de curator betaalt Rabobank aan Meteor € 135.000 ter voldoening van haar restantvordering op Revadap met rente en kosten, waardoor het eigendomsvoorbehoud eindigt. Het teeltsysteem wordt samen met de kassen verkocht door de Rabobank. De vraag die de curator en de bank daarna verdeeld houdt, is wie recht heeft op de voor het teeltsysteem gerealiseerde opbrengst. De Rabobank is van mening dat zij een pandrecht had op het recht van de koper onder eigendomsvoorbehoud en dat dit pandrecht zich uitstrekt tot een pandrecht op de zaak op het moment dat het eigendomsvoorbehoud teniet is gegaan. Reuser is van mening dat er geen pandrecht op het teeltsysteem kan ontstaan, omdat het systeem tijdens het faillissement door Revadap is verkregen en zij hierop als beschikkingsonbevoegde geen geldig pandrecht meer kan vestigen. Reuser koopt met toestemming van de rechter-commissaris de vordering uit de boedel voor € 10.000 en vordert betaling van de opbrengst van het zijns inziens onverpande teeltsysteem.

"Het verschil tussen beide benaderingen komt naar voren als de koper onder eigendomsvoorbehoud failliet gaat en de koopsom dan nog niet volledig is betaald"

4. In het navolgende wordt steeds van deze invulling uitgegaan. Een overdracht onder ontbindende voorwaarde, bijvoorbeeld van niet tijdige betaling van de koopsom, kan ook, maar de wet gaat bij gebreke aan een andere aanwijzing uit van een opschortende voorwaarde, zie art. 3:92 lid 1 BW.

5. Rechtbank 's-Gravenhage 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:BX7231.

## Lagere instanties

In 2012 spreekt de Rechtbank 's Gravenhage zich over deze zaak uit.<sup>5</sup> Daarbij ziet zij de verpanding van het teeltsysteem als een verpanding bij voorbaat en geeft een keurig lesje goederenrecht dat niet zou misstaan in Burgerlijk Recht I:

"In de literatuur was een merendeel van de schrijvers voor de mogelijkheid van directe verpanding, maar niemand wist of het naar geldend recht ook kon. Het is tijd voor de ontknoping"

'4.12. De rechtbank overweegt dat het onder eigendomsvoorbehoud geleverde teeltsysteem (vóór datum faillissement en vanuit de boedel gezien) moest worden beschouwd als een toekomstig goed, immers: het bestond wel, maar behoorde nog niet (volledig) in eigendom toe aan Revadap. De schakelbepaling van artikel 3:98 BW maakt het mogelijk dat ook toekomstige goederen op grond van artikel 3:97 BW stil worden verpand. Revadap heeft aldus (en afgezien van het in 2009 uitgesproken faillissement) in 2008 het onder eigendomsvoorbehoud geleverde teeltsysteem als toekomstig goed bij voorbaat stil kunnen verpanden aan Rabobank. Het pandrecht is in die zin slechts bij voorbaat geleverd [JBS: gevestigd], te weten: onder de opschortende voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid van Revadap over het teeltsysteem. In de situatie na faillissement geldt vervolgens dat Revadap als schuldenaar op grond van artikel 23 Fw door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over haar tot het faillissement behorend vermogen verliest. Door het intreden van het faillissement wordt de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk (het fixatiebeginsel). Weliswaar staat het faillissement ingevolge artikel 35 lid 1 Fw niet aan de levering aan Revadap van het teeltsysteem zelf in de weg. Revadap was echter op grond van artikel 23 Fw niet meer beschikkingsbevoegd om het bij voorbaat gevestigde pandrecht op het teeltsysteem (alsnog) te leveren. Op grond van artikel 35 lid 2 Fw geldt dat indien de schuldenaar (in casu: Revadap) vóór de dag van de faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat heeft geleverd (waarbij in dit geval als toekomstig goed geldt: een stil pandrecht op dat teeltsysteem, omdat artikel 35 lid 2 Fw ook geldt voor de vestiging van beperkte rechten op toekomstige goederen), dit goed in de boedel valt, indien het eerst na de aanvang van die dag door hem is verkregen.'

6. Hof 's Gravenhage 2 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4352.

Het Hof komt tot dezelfde slotsom.<sup>6</sup> Het overweegt dat het standpunt van Rabobank dat Revadap als koper onder eigendomsvoorbehoud terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft gekregen erop neerkomt dat de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud een goederenrechtelijke positie wordt toegekend. Dit leidt aldus het hof tot het splitsen van het eigendomsrecht in een door de vervreemder behouden eigendomsrecht onder de ontbindende voorwaarde en een aan de verkrijger toegekend eigendomsrecht onder de opschortende voorwaarde van volledige voldoening van het aan de vervreemder nog verschuldigde en dat kan niet. Een eigendomsrecht kan volgens de wet worden gedeeld in vergelijkbare stukken bij mede-eigendom of in delen met eigen bevoegdheden bij beperkte rechten, maar dat doet art. 3:92 lid 1 BW niet.<sup>7</sup>

7. Zie ro 3.4- 3.6 van het Hof.

'3.6 [...] Die bepaling voorziet wel in een voorwaardelijke overdracht van de zaak en deze geeft de koper onder eigendomsvoorbehoud wel een sterkere positie dan die welke toekomt aan de koper aan wie de zaak nog niet (voorwaardelijk of onvoorwaardelijk) overgedragen is, maar dat betekent nog niet dat de koper ook terstond het (of een) recht van eigendom verwerft en hij verwerft ook niet een beperkt recht op de zaak (wat de bank trouwens ook niet gesteld heeft) of een vorderingsrecht. Het is immers niet duidelijk welk vorderingsrecht dat zou moeten zijn tenzij een vorderingsrecht tot overdracht, maar dat kan het ook niet zijn want wat de vervreemder daartoe diende te verrichten, heeft hij al verricht. Volgens artikel 3:84 BW zijn andere rechten dan eigendom, beperkte rechten of vorderingsrechten slechts vatbaar voor overdracht (en ingevolge artikel 3:98 BW dus ook voor verpanding) als de wet dat bepaalt, maar voor de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud bepaalt de wet dat niet.

3.7. Het hof is daarom met de rechtbank van oordeel dat het onder eigendomsvoorbehoud aan Revadap geleverde teeltsysteem voor haar slechts een toekomstige zaak was. Als men haar positie aanduidt als een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, is dat slechts juist in de zin van een eigendomsrecht dat zij kon verwachten te verwerven na vervulling van de voorwaarde, maar niet eerder.'

Zowel de rechtbank als het hof stellen dus dat de koper onder eigendomsvoorbehoud slechts de verwachting heeft in de toekomst eigenaar te worden en dat de directe verpanding van een voorwaardelijk eigendomsrecht niet kan. De bank geeft zich echter niet gewonnen en zet in het cassatiemiddel nog een keer uiteen waarom de verpanding van voorwaardelijke eigendom volgens haar wel kan. Volgens de Rabobank heeft Revadap in 2008 op het moment dat het teeltsysteem in haar macht werd gebracht de voorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem verkregen. Op dat voorwaardelijke eigendom is door voltooiing van de vestigingsformaliteiten op 30 december 2008 een onvoorwaardelijk pandrecht ontstaan ten behoeve van de bank. Art. 5:1 BW verzet zich daar niet tegen, nu de wetgever de mogelijkheid van de verkrijging van 'voorwaardelijke eigendom' c.q. een 'eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde' in art. 3:84 lid 4 BW en in (de toelichting op) art. 3:92 en 3:91 BW uitdrukkelijk heeft onderkend. Dit recht is ook verpandbaar, omdat eigendom volgens art. 3:83 lid 1 jo 3:98 BW voor verpanding vatbaar is en dit geldt ook voor de 'voorwaardelijke eigendom' van, respectievelijk het 'eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde' op het teeltsysteem. Voor de 'aangroei' van het pandrecht op het voorwaardelijke recht tot een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom is volgens de bank geen nadere beschikkings- of vestigingshandeling van Revadap vereist en daarom is de beschikkingsonbevoegdheid van Revadap als gevolg van het faillissement ook geen probleem voor verkrijging van het pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van het teeltsysteem na voldoening van het laatste gedeelte van de koopprijs van het teeltsysteem.

## Hoge Raad

De vraag is inmiddels helder en de Hoge Raad komt dan ook redelijk snel ter zake. Hij begint zijn beslissing met een uitgebreid citaat uit de parlementaire geschiedenis, om daar vervolgens uit af te leiden:

'4.2.2 [...] dat de wetgever terzake van een overdracht onder eigendomsvoorbehoud een systeem voor ogen heeft gestaan waarin deze overdracht – behoudens afwijkend beding – wordt aangemerkt als een overdracht onder opschortende voorwaarde, waarbij de levering van de desbetreffende roerende zaken is voltooid op het moment dat de zaken in de macht van de verkrijger zijn gebracht, met als gevolg dat de verkrijger een "terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde", respectievelijk "voorwaardelijk eigendomsrecht" verkrijgt.

### 4.2.3

Het aldus door de wetgever beoogde systeem brengt mee dat de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud als bedoeld in art. 3:92 lid 1 BW uit hoofde van de voltooide levering een positie verkrijgt waarin de uitgroei tot een voorwaardelijk eigendomsrecht uitsluitend nog afhankelijk is van de vervulling van de opschortende voorwaarde, welke wordt bewerkstelligd door voldoening van de (restant)prestatie. Zolang de voorwaarde niet is vervuld, zijn zowel de vervreemder als de verkrijger voorwaardelijk eigenaar, de vervreemder onder ontbindende voorwaarde en de verkrijger onder opschortende voorwaarde, en is hun beider beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de desbetreffende zaken dienovereenkomstig beperkt. De verkrijger onder eigendomsvoorbehoud kan zijn voorwaardelijk eigendomsrecht dan ook slechts onder diezelfde voorwaarde vervreemden of bezwaren (art. 3:84 lid 4 BW), op de wijze voorzien voor de levering, respectievelijk bezwaring, van de zaken zelf. Wordt een pandrecht – overeenkomstig het bepaalde in art. 3:236 lid 1 of art. 3:237 lid 1 BW – op het voorwaardelijk eigendomsrecht gevestigd, dan ontstaat met voltooiing van de vestigingshandeling een onvoorwaardelijk pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht.'

Met de laatste zin van rechtsoverweging 4.2.3 is in wezen reeds over het lot van de vordering van Reuser beslist. Volgens de Hoge Raad heeft de koper onder eigendomsvoorbehoud direct een goederenrechtelijke aanspraak en kan een pandrecht worden gevestigd op het voorwaardelijke eigendomsrecht dat de koper onder eigendomsvoorbehoud verkrijgt bij voltooiing van de leveringshandeling op grond van een geldige titel door een beschikkingsbevoegde verkoper. Het gevolg is een onvoorwaardelijk pandrecht dat rust op het voorwaardelijke eigendomsrecht. Het verbaast niet dat art. 35 Fw daarna geen roet meer in het eten gooit:



## "Wie het laatst licht, licht het best. Na te hebben verloren bij de rechtbank en het hof, wint de bank bij de Hoge Raad"

'4.2.5 Naar hiervoor in 4.2.2 en 4.2.3 is overwogen, moet een door de schuldenaar vóór zijn faillissement gevestigd pandrecht op een voorwaardelijk eigendomsrecht als bedoeld in art. 3:92 lid 1 BW, als een onvoorwaardelijk pandrecht op een bestaand goed worden aangemerkt, waarvan de 'levering' (vestiging) reeds is voltooid voordat het faillissement intreedt. Derhalve zijn geen nadere beschikkingshandelingen van de schuldenaar meer nodig. Dit brengt mee dat de art. 35 lid 1 en lid 2 Fw in zodanig geval toepassing missen. Wordt de opschortende voorwaarde waaronder de zaken aan de schuldenaar zijn overgedragen na het intreden van het faillissement vervuld – doordat de resterende prestatie wordt voldaan –, dan groeit het pandrecht van rechtswege uit tot een pandrecht op de volle eigendom van de desbetreffende zaken en daarmee op die zaken zelf.'

Ook de laatste door Reuser opgeworpen horde wordt nog even met een korte overweging van tafel geveegd. Een contractueel verpandingsverbod kan goederenrechtelijk geen spelbreker zijn. Art. 3:83 BW geeft in het tweede lid uitsluitend voor vorderingen op naam de mogelijkheid om een goed daadwerkelijk onoverdraagbaar te maken.<sup>8</sup> De voorwaardelijke eigendom is echter geen verpanding en dit via art. 3:98 BW ook op verpandingen van toepassing zijnde artikel sluit een goederenrechtelijk werkend verpandingsverbod uit.<sup>9</sup>

Samengevat: Wie het laatst licht, licht het best. Na te hebben verloren bij de rechtbank en het hof, wint de bank bij de Hoge Raad.<sup>10</sup> Het voorwaardelijk eigendomsrecht bestaat en van een onwettige splitsing van het eigendomsrecht is geen sprake. Als je op eigendom onder ontbindende voorwaarde een pandrecht vestigt dan leidt dit tot een pandrecht op de zaak zodra die onvoorwaardelijk door de koper onder eigendomsvoorbehoud wordt verkregen.

### Slotbeschouwing

Aangezien ik in het kamp van de voorstanders zat<sup>11</sup>, kan ik met deze uitkomst prima leven. De verkopers onder eigendomsvoorbehoud zijn vermoed ik ook gelukkig: de kans dat zij 'gewoon' worden voldaan is groter geworden nu het voor financiers met een pandrecht aantrekkelijker kan worden om namens de koper het restant van de koopsom te voldoen. Dit betekent dat zij minder vaak met de curator in gesprek moeten en hun zekerheidseigendom ook niet hoeven op te eisen. Dat is waarlijk winst, want het klinkt natuurlijk mooi dat behoud van de eigendom en het is beter dan een concurrente vordering in een faillissement, maar zoals deze zaak al illustreert is het geleverde vaak niet meer wat het is geweest. Het teeltsysteem met een nieuwwaarde van € 600.000 heeft twee jaar na aanleg nog een geschatte waarde van € 212.000 tot € 268.000.<sup>12</sup> Ook de banken (en andere financiers) zijn niet ongelukkig met deze uitspraak. Hun zekerheidsrechtenarsenaal is weer een beetje uitgebreid. Om ABBA te quoten: 'The winner takes it all, the loser standing small'. Tot de verliezers horen Reuser, en met hem alle curatoren en lager gerangschikte schuldeisers van Nederland. Reuser heeft een waardeloze vordering gekocht voor € 10.000, de curatoren hebben de kans verloren om via half afbetaalde eigendomsvoorbehouden nog een beetje opbrengst te genereren voor hun meestal tamelijk karige faillissementsboedels waaruit hun salaris moet worden voldaan en de concurrent schuldeisers weten nu zeker dat ze een vordering op een failliet maar beter meteen volledig kunnen afschrijven.

Voor juristen blijven er kleine kruimels over. Men kan zich afvragen of een pandakte met 'alle huidige en toekomstige zaken' als omschrijving van de verpande zaken leidt tot verpanding van de voorwaardelijke eigendom van de koper. Als je streng redeneert, valt de voorwaardelijke eigendom onder geen van beide categorieën: het is immers niet de onvoorwaardelijke eigendom waarmee huidige zaken plachten te worden vereenzelvigd en ook geen toekomstige zaak die via art. 3:97 BW kan worden verpand. Dit zal waarschijnlijk een vraag zijn die alleen relevant is voor akte van voor 'zomer 2016', want een beetje jurist past daarna de tekst aan zodat hierover geen twijfel meer kan bestaan. Ook over de werking van deze pandrechten in ipr-perspectief kan nog een keer goed worden nagedacht, net als over de wijze waarop een pandrecht op voorwaardelijke eigendom kan worden uitgewonnen anders dan door omzetting in een pandrecht op onvoorwaardelijke eigendom door voldoening van de koopsom. Zo prangend en spannend als het was, zal het rond het eigendomsvoorbehoud echter niet snel meer worden, vermoed ik. ●

8. Zie hierover ook HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682(Coface/Intergamma).

9. Zie overweging 5.2.2 van de Hoge Raad en de conclusie van AG Rank-Berenschot onder 3.5.

10. Overigens had ook AG Rank-Berenschot tot verpandbaarheid van de voorwaardelijke eigendom geconcludeerd. Zie ECLI:NL:PHR:2016:73.

11. Zie voor mijn bijdrage aan het debat: Waar een wil is, is een weg. Het recht van de koper onder eigendomsvoorbehoud voor vervulling van de voorwaarde, in: Groninger zekerheid. Liber amicorum Wim Reehuis, Deventer: Kluwer 2014, p. 377-388.

12. Bedragen van het taxatierapport zoals genoemd in Rb 's-Gravenhage 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:BX7231.



## Charlotte Deelen

Mr. Drs. C.F. Deelen is promovenda aan  
het Van der Heijden Instituut

A photograph of a stack of books on a wooden surface. A heavy metal chain is draped over the books. A black Sony smartphone is lying on top of the books, and a black computer mouse is also visible. The books have handwritten text on their covers, including the name 'Charles'.

**ONDERZOEK**



# Het civielrechtelijk bestuursverbod

De strijd tegen faillissementsfraude heeft er sinds 1 juli 2016 een nieuw krachtmiddel bij: het civielrechtelijk bestuursverbod. De Wet civielrechtelijk bestuursverbod wijzigt de Faillissementswet ('Fw') door invoering van de artt. 106a t/m 106e Fw.<sup>1</sup> Deze wet maakt het mogelijk dat de rechter bestuurders van alle in art. 2:3 BW genoemde rechtspersonen een bestuursverbod oplegt.<sup>2</sup> Het dient als middel in de strijd tegen malafide of slecht functionerende bestuurders en voorkomt dat zij verdere schade aan het handelsverkeer berokkenen. Krijgt de bestuurder een bestuursverbod opgelegd, dan kan hij gedurende maximaal vijf jaar niet meer de functie van bestuurder uitoefenen.<sup>3</sup> Deze bijdrage behandelt in vogelvlucht de belangrijkste onderdelen van de nieuwe wet en maakt waar nodig een kritische kanttekening.

1. *Kamerstukken II*, 2013–2014, 34 011, nr. 2, Voorstel van wet; *Stb.* 2016, 153; *Stb.* 2016, 205.

2. Art. 2:3 BW: verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen.

3. Zie verderop in het artikel een complete omschrijving van de verdere gevolgen van het bestuursverbod.

4. Volgens de Memorie van Toelichting kan de rechter t.a.v. de reikwijdte van het verbod anders bepalen. *Kamerstukken II*, 2013–2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 25.

5. *Kamerstukken II*, 2013–2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 5–6 en 30.

## De gevolgen van het bestuursverbod

Voor een goed begrip van de wet en de verschillende onderdelen is het van belang eerst te bezien wat de gevolgen zijn van een opgelegd bestuursverbod. Art. 106b Fw biedt hiervoor de basis. Indien de rechter besluit tot het opleggen van een bestuursverbod aan een bestuurder, vormt dit een 'beletsel' voor het uitoefenen van zowel zijn bestuursfunctie bij de failliete rechtspersoon, als zijn functie als bestuurder bij eventuele andere rechtspersonen.<sup>4</sup> Dit geldt voor een termijn van maximaal vijf jaar. Is de bestuurder ook nog commissaris bij andere rechtspersonen, dan is het hem tevens verboden deze functie uit te oefenen. Dit voorkomt dat iemand die geen bestuurder meer mag zijn wel nog toezicht mag houden, en eventueel invloed kan uitoefenen, op andere bestuurders.<sup>5</sup> Het begrip 'beletsel' wekt enige onduidelijkheid op. Defungeert de bestuurder, is er sprake

**"Indien de rechter besluit tot het opleggen van een bestuursverbod aan een bestuurder, vormt dit een 'beletsel' voor het uitoefenen van zowel zijn bestuursfunctie bij de failliete rechtspersoon, als zijn functie als bestuurder bij eventuele andere rechtspersonen"**

van een expliciet ontslag van de bestuurder of is er sprake van een tijdelijke belemmering waardoor beter gesproken kan worden van schorsing van de bestuurder? 'Beletsel' lijkt te doelen op een tijdelijke belemmering, maar de vraag is of een vennootschap na afloop van het bestuursverbod zit te wachten op een bestuurder die vijf jaar afwezig is geweest en weer terugkomt. Het is dan ook meer wenselijk dat sprake is van een automatisch defungerende bestuurder.<sup>6</sup>

Het civielrechtelijk bestuursverbod houdt tevens een verbod tot feitelijk besturen in. Van een feitelijk bestuurder kan bijvoorbeeld sprake zijn indien er sprake is van een enig aandeelhouder die een aanzienlijke invloed uitoefent op de bestuurder. Het verbod kan daarmee ook gevolgen hebben voor de posities als enig aandeelhouder die de bestuurder heeft. In haar advies gaat de Raad van State uitvoerig in op de eventuele gevolgen hiervan voor het eigendomsgenot zoals dit is neergelegd in art. 1 Eerste Protocol EVRM. Beperking van de positie van de enig aandeelhouder kan een verstoring van het eigendomsgenot betekenen. Dit is slechts toegestaan indien er een wettelijke basis is, de verstoring een legitiem doel dient van maatschappelijk belang en indien het proportioneel is. Volgens de Minister is aan al deze vereisten voldaan. Er is een wettelijke basis in de Faillissementswet, er wordt voldoende ruimte gehouden voor aandeelhouderschap en op die manier wordt op proportionele wijze een legitiem doel gediend.<sup>7</sup> Desondanks zal het een behoorlijke kluif worden om in de praktijk te controleren of de bestuurder met een bestuursverbod zich niet toch gedraagt als een feitelijk bestuurder.

Een cruciaal onderdeel van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod is het bestuursverbodenregister. In dit register, dat beschikbaar zal zijn bij de Kamer van Koophandel, dienen alle bestuursverboden te worden geregi-

6. Dit is in lijn met het advies van de Commissie Vennootschapsrecht, zie: *Kamerstukken II*, 2013–2014, 34 011, nr. 3, Bijlage, Advies Commissie Vennootschapsrecht, p. 3; F.E. Keijzer, M.L. Lenaerts, Het civielrechtelijk bestuursverbod: geen medicijn maar een placebo, in: D. Busch e.a., *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod. Preadvis van de Vereeniging 'Handelsrecht'*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 123–155 (p. 138–139).

7. *Kamerstukken II*, 2013–14, 34 011, nr. 4, Advies Afdeling Advisering Raad van State en nader rapport, p. 8.



streerd nadat zij onherroepelijk zijn geworden.<sup>8</sup> Dit register is niet alleen bij inschrijving van een nieuwe bestuurder in het register van belang, maar eveneens voor de notaris bij oprichting van een rechtspersoon. Zowel de notaris als de KvK dienen op dat moment te controleren of de beoogde bestuurder geen bestuursverbod heeft. Dit legt dus een zware verantwoordelijkheid bij zowel de notaris als de KvK. Saillant detail is dat, ondanks dat de wet al van kracht is, het bestuursverbodenregister nog niet gereed is. De belofte is dat zodra de eerste bestuursverboden onherroepelijk van kracht zijn geworden, dit register beschikbaar is. Na einde van het bestuursverbod dient het bestuursverbod uit het register te worden gehaald. De vraag is of dit een definitief doorhalen is of dat na tien jaar nog steeds kan worden ingezien of iemand op enig moment een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen.<sup>9</sup> De minister is voornemens het doorhalen te regelen middels een 'ICT-ontwerp'. Voorop staat volgens hem dat na de vervaldatum de opgelegde bestuursverboden niet meer openbaar raadpleegbaar zijn. Wel zullen deze historische gegevens beschikbaar blijven voor 'bepaalde publieke instanties, zoals Justis in het kader van het doorlopend toezicht op rechtspersonen'.<sup>10</sup> Hoe dit precies geregeld gaat worden is, ondanks dat de wet reeds in werking is getreden, nog niet bekend. Bovendien is niet te achterhalen voor welke andere publieke instanties naast Justis, de informatie inzichtelijk is. Dat het een zekere tijd duurt voordat alle ICT-systemen zijn gewijzigd wordt ook duidelijk uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak.<sup>11</sup> Het is dan ook te hopen dat dit binnen afzienbare tijd gereed is.

## "Gaaf er iets mis en wordt een bestuurder die belast is met een bestuursverbod, toch als bestuurder of commissaris benoemd, dan is dit benoemingsbesluit nietig"

Gaat er iets mis en wordt een bestuurder die belast is met een bestuursverbod, toch als bestuurder of commissaris benoemd, dan is dit benoemingsbesluit nietig.<sup>12</sup> Dit betekent dat de bestuurder die eventueel besluiten heeft genomen, dit achteraf gezien niet had mogen doen. Indien hij de enig bestuurder was, heeft dit tot gevolg dat er geen vennootschapsrechtelijke besluiten zijn genomen. Is sprake van een meerkoppig bestuur dan kunnen de besluiten die genomen zijn alsnog geldig zijn, mits, zonder de stem van de nietig benoemde bestuurder, deze besluiten met de vereiste meerderheid zijn genomen.

### De rol van de curator

Bij lezing van art. 106a Fw is in één oogopslag duidelijk dat de Wet civielrechtelijk bestuursverbod de curator een centrale rol toebedeelt. Hij is, naast het Openbaar Ministerie, bevoegd een bestuursverbod te vorderen bij de rechter. Tijdens de consultatie luidde de kritiek dat dit tot een uitbreiding van het takenpakket van de curator zou leiden en tot een verzwaring van zijn verantwoordelijkheid. De minister van Veiligheid en Justitie wijst deze kritiek van de hand. Aangezien de curator reeds verantwoordelijk is voor een goede afwikkeling van het faillissement, is hij het beste in staat om te beoordelen of er gronden zijn voor het vorderen van een bestuursverbod. Bovendien heeft de curator geen rechtsplicht tot het instellen van een 106a Fw-actie.<sup>13</sup> Een ander punt van kritiek was dat een uitbreiding van het takenpakket van de curator leidt tot een kostenverhoging ten laste van de boedel. In de toelichting gaat de minister hier op in. De curator zal een vordering van een bestuursverbod veelal combineren met een art. 2:138/248 BW-vordering. Dit brengt met zich dat de extra kosten gering zijn. Daarnaast dient de rechter-commissaris goedkeuring te geven aan een bestuursverbodvordering. Hierbij neemt hij in ogenschouw of de curator de juiste kostenbelangenbalans hanteert.<sup>14</sup> Is er onder omstandigheden wel sprake van een (geringe) verhoging van de kosten van de curator, dan kunnen deze worden gerechtvaardigd door het maatschappelijk belang dat daarmee gediend is.<sup>15</sup> Het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod voorkomt verdere schade aan het handelsverkeer.

8. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 6-7. Dit sluit aan bij het reeds bestaande bestuursverbod bij de stichting, art. 2:298 BW. Zie *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 24.

9. *Kamerstukken I*, 2015-2016, 34 011, A, Voorlopig verslag van de vaste commissie voor veiligheid en justitie, p. 4; *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 25; *Kamerstukken II*, 2014-15, 34 011, nr. 8, Motie van het lid Oskam.

10. *Kamerstukken I*, 2015-2016, 34 011, B, Memorie van Antwoord, p. 5.

11. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Bijlage, Advies Raad voor de Rechtspraak, p. 3.

12. Art. 106b lid 1 Fw; *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 5.

13. *Kamerstukken II*, 2013-14, 34 011, nr. 4, Advies Afdeling Advisering Raad van State en nader rapport, p. 5; HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472 (Sigmacon II); HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Maclou); *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 3.

14. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 13; *Kamerstukken II*, 2013-14, 34 011, nr. 4, Advies Afdeling Advisering Raad van State en nader rapport, p. 5; Vragen hieromtrent zie *Kamerstukken I*, 2015-2016, 34 011, A, Voorlopig verslag van de vaste commissie voor veiligheid en justitie, p. 3.

15. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 12.

Het risico dat speelt doordat de curator de bevoegdheid heeft een bestuursverbod te vorderen, is dat zowel de bestuurder als de curator dit als onderhandelingsinstrument kan gebruiken. Als de bestuurder akkoord gaat met een schikking voor een bepaald bedrag, kan de curator bijvoorbeeld aanbieden af te zien van het vorderen van een bestuursverbod. Dit levert een belangenconflict op voor de curator. Enerzijds dient hij met een schikking het belang van de boedel, anderzijds dient hij met het bestuursverbod het maatschappelijk belang. Doordat de rechter-commissaris toezicht houdt op de curator en zijn beleid in volle omvang toetst, wordt dit risico volgens de minister vrijwel nihil.<sup>16</sup>

16. HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5014, NJ 1985/793; Kamerstukken II, 2013-14, 34 011, nr. 4, Advies Afdeling Advisering Raad van State en nader rapport, p. 3-5.

## "Het risico dat speelt doordat de curator de bevoegdheid heeft een bestuursverbod te vorderen, is dat zowel de bestuurder als de curator dit als onderhandelingsinstrument kan gebruiken"

Tijdens de consultatie werd geopperd dat ook belanghebbenden de mogelijkheid zouden moeten hebben om een bestuursverbod te vorderen. Toch heeft de minister ervoor gekozen deze bevoegdheid slechts toe te kennen aan de curator en het Openbaar Ministerie. Hij volgt hiermee het model van Frankrijk, België, Luxemburg, Polen, Zweden en het Verenigd Koninkrijk.<sup>17</sup> Aangezien de curator vaak weinig voelt voor acties die vermogen onttrekken aan de boedel, zeker indien er niets op de bestuurder te verhalen valt, is de vraag of de bevoegdheid niet ook aan anderen toegekend had moeten worden.<sup>18</sup>

17. Kamerstukken II, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 11.

18. Kamerstukken II, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Bijlage, Advies Raad voor de Rechtspraak, p. 4. Zo kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de belanghebbenden zelf, hoewel daarbij de vraag zich voordoet of de belanghebbenden, gelet op hun kosten-baten afweging, van deze mogelijkheid gebruik zouden maken.

### Gronden voor oplegging

Nu duidelijk is wie bevoegd is tot het vorderen en toewijzen van een bestuursverbod, is van belang wanneer de rechter een bestuursverbod toewijst. Art. 106a lid 1 Fw omschrijft deze gevallen limitatief. Allereerst bestaat deze mogelijkheid indien de bestuurder aansprakelijk is op grond van art. 2:138/248 BW, de faillissementsaansprakelijkheid. De minister maakt expliciet de keuze om niet ook de meer algemene aansprakelijkheidsgrond van art. 2:9 BW op te nemen. Als reden voert hij aan dat het wetsvoorstel bezien moet worden in het kader van het wetgevingsprogramma 'herijking faillissementsrecht' en er momenteel onvoldoende aanleiding is voor de regeling van een breder bestuursverbod dan slechts in faillissementssituaties.<sup>19</sup> Het is een gemis dat de minister niet heeft gekozen voor een bredere aanpak van malafide bestuurders in boek 2 BW in plaats van slechts een regeling in de Faillissementswet. Niet enkel in faillissementssituaties is sprake van bestuurders die zich, al dan niet opzettelijk, misdragen en aan wie een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

19. De andere twee actiepunten zijn de bevordering van het reorganiserend vermogen van bedrijven en modernisering van de faillissementsprocedure. Zie Kamerstukken II, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 1; Kamerstukken II, 2012-13, 29 911, nr. 74. Zie voorts Kamerstukken II, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 8-9 en meer uitgebreid p. 17-18.

20. Art. 42 en 47 Fw.

Ten tweede bestaat de mogelijkheid van een bestuursverbod indien de bestuurder voorafgaand aan het faillissement crediteuren doelbewust heeft benadeeld en daarmee paulianeus handelde.<sup>20</sup> Hier introduceert de minister twee nieuwe begrippen die de 'normale' pauliana onbekend zijn. Er moet in het geval van het bestuursverbod sprake zijn van een 'doelbewustheid' en van een 'aanmerkelijke' benadeling. Dit lijkt te impliceren dat het hier niet gaat om een gewone pauliana maar een ernstige pauliana. De Memorie van Toelichting maakt duidelijk dat deze onderdelen zijn toegevoegd om aan te geven dat de drempel voor het opleggen van een bestuursverbod hoog ligt en dat er niet 'slechts' sprake mag zijn van een gewone pauliana. Deze nuancering zorgt voor verwarring. De pauliana is op zichzelf al een zware toets en bovendien is de vraag of het gelukkig is dat de rechtspraak nu te maken krijgt met gewone pauliana's en ernstige pauliana's. De minister verschaft geen expliciete criteria voor invulling van het begrip 'aanmerkelijk'. Elementen die een rol kunnen spelen zijn de aard, omvang, de frequentie van de benadeling, de omvang van de boedel en de omvang van de vorderingen. Een gewone pauliana is bijvoorbeeld het weggeven van bedrijfsmiddelen die al bijna zijn afgeschreven aan een familielid. Voor een dergelijke paulianeuze handeling behoort een bestuurder geen bestuursverbod opgelegd te krijgen. Invoering van de begrippen 'doelbewust' en 'aanmerkelijk' voorkomt dit, aldus de minister.<sup>21</sup>

21. Kamerstukken II, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 19.

Ten derde kan de rechter een bestuursverbod opleggen aan de bestuurder die tekort is geschoten in zijn informatie- en medewerkingsplicht. Hierbij weegt de rechter mee wat de regelmaat is waarmee de bestuurder zijn plichten jegens de curator heeft geschonden.<sup>22</sup>

De vierde grond voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod houdt in dat de bestuurder ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft. De omschrijving 'betrokken bij' zal naar verwachting in de praktijk de nodige onduidelijkheid creëren. De bestuurder kan, volgens de lezing van art. 106a Fw sub d, zowel in de hoedanigheid van natuurlijk persoon als in de hoedanigheid van bestuurder betrokken zijn geweest bij een faillissement. Dit roept associaties op met het Spaanse Villa arrest waarin de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen de hoedanigheid als natuurlijk persoon en de hoedanigheid als bestuurder.<sup>23</sup> Voorts spreekt het artikel over een 'persoonlijk verwijt'. Maakt de minister hier opzettelijk een onderscheid met het voor aansprakelijkheid vereiste 'ernstig verwijt'? Duidelijk is wel dat het vereisen van een persoonlijk verwijt de drempel voor het opleggen van een bestuursverbod verhoogt. Dit biedt de bestuurder een disculpatiemogelijkheid. Niet in elke faillissementssituatie is sprake van onbehoorlijk bestuur. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat je als interim-manager wordt geconfronteerd met een faillissement of je slechts als tijdelijk bestuurder bent verbonden aan een vennootschap die faillieert. In dergelijke gevallen zal lang niet altijd sprake zijn van een persoonlijk verwijt.<sup>24</sup>

## "Duidelijk is wel dat het vereisen van een persoonlijk verwijt de drempel voor het opleggen van een bestuursverbod verhoogt"

De laatste grond maakt het mogelijk dat de rechter een bestuursverbod oplegt indien onherroepelijk aan de rechtspersoon of de bestuurder een boete op grond van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd.<sup>25</sup>

### Reikwijdte van het verbod

De rechter kan het bestuursverbod opleggen aan de bestuurder in een two-tier board en eveneens aan de uitvoerend bestuurder in een one-tier board. De bestuurder die aan het verbod denkt te ontkomen door vlak voor faillissement te defungeren komt van een koude kermis thuis: ook de gewezen bestuurder valt onder het toepassingsbereik.<sup>26</sup> Hoewel de Commissie Vennootschapsrecht in haar advies voorstelde om ook de commissaris en de niet-uitvoerend bestuurder onder het verbod te laten vallen, heeft de minister deze suggestie niet overgenomen. De reden hiervoor is onder meer dat er kenmerkende verschillen bestaan tussen de bestuurstaak en de taak van de commissaris. De bestuurder staat dicht op de dagelijkse werkzaamheden en wordt zo geacht meer invloed te hebben op het naderende faillissement en de situatie waarin de vennootschap zich bevindt, dan de commissaris en de niet-uitvoerend bestuurder.<sup>27</sup>

### Tot besluit

Na deze schets is duidelijk dat de Wet civielrechtelijk bestuursverbod niet alleen voor het handelsverkeer indringende gevolgen kan hebben, maar tevens dat nog niet elk aspect is uitgekristalliseerd. Tussen het voorontwerp van de wet op 29 maart 2013 en daadwerkelijke invoering van de definitieve wet op 1 juli 2016 zit nog geen 3,5 jaar. Gelet op de kritische reacties tijdens de consultatie en de behandeling in de kamers, is dit erg rap gegaan.<sup>28</sup> De vraag is of deze vlotte behandeling wel gewenst is. Gelet op de impact van de wet, was een meer heldere uitwerking op zijn plaats geweest. Het is nu aan de praktijk in te spelen op deze lacunes. ●

22. Zie o.m. art. 105 Fw jo. art. 106a sub c Fw; *Kamerstukken II*, 2013-14, 34 011, nr. 4, Advies Afdeling Advisering Raad van State en nader rapport, p. 7.

23. HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *JOR* 2013/40.

24. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 21.

25. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 1; art. 106a Fw.

26. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 13-14.

27. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Bijlage, Advies Commissie Vennootschapsrecht, p. 2; *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 15.

28. F.E. Keijzer, M.L. Lenaerts, *Het civielrechtelijk bestuursverbod: geen medicijn maar een placebo*, in: D. Busch e.a., *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod. Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 123-155; D.R. Doorenbos, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel', *Ars Aequi* 2014, p. 19-23; G.J.A. van Leeuwen, A.D.M. Bras, 'Het conceptwetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, een uitzonderlijke situatie', *TvOB* 2013, p. 204-210.



# Schrijf mee!

Actioma, het grootste juridische faculteitsblad van Nederland, wordt geschreven voor en door studenten, docenten en andere juridische professionals.

**We speuren ieder kwartaal weer naar nieuw talent.**

Heb jij een passie voor het geschreven woord?

Geef ons een seintje op [info@actioma.eu](mailto:info@actioma.eu)  
en wij nemen contact met je op.



Actioma



## Vincent van Hoof

Mr. Dr. V.J.M. van Hoof is universitair docent  
rechtsgeschiedenis aan de Radboud Universiteit



**ONDERZOEK**



# De afwezigheid van allesomvattende zekerheid op registergoederen

## 1. Inleiding

Zekerheidsrechten met een 'generaal' of 'allesomvattend' karakter komen in de praktijk veelvuldig voor. Een schuldenaar kan vrijwel al zijn bestaande en toekomstige roerende zaken en vorderingen in een keer aan zijn kredietverschaffer, veelal de bank, verpanden.<sup>1</sup> Aldus kan de bank zich op nagenoeg alle roerende zaken en vorderingen van de schuldenaar verhalen met voorrang boven andere schuldeisers. Een algemene aanduiding van het zekerheidsobject, inclusief een vestiging bij voorbaat, is niet mogelijk in het kader van de vestiging van hypotheekrechten. Artikel 20 lid 1 van de Kadasterwet vereist namelijk dat partijen het registergoed specifiek aanduiden in de hypotheekakte. Bovendien volgt uit artikel 3:97 lid 1 BW in samenhang met artikel 3:98 BW dat registergoederen niet bij voorbaat kunnen worden geleverd of verhypothekerd.

1. HR 20 september 2002, NIJ 2004/182 (Mulder q.q./Rabobank) m.nt. W.M. Kleijn; HR 3 februari 2012, NJ 2012/261 (Dix q.q./ING) m.nt. F.M.J. Verstijlen; HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 (Van Leuven q.q./ING) m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2013/155 m.nt. B.A. Schuijling en N.E.D. Faber; Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, JOR 2013/355 (Aartsen/G q.q.) m.nt. E. Loesberg.

Dit was in het verleden anders. Tot 1811 kon een schuldenaar in Nederland al zijn bestaande en toekomstige registergoederen (bij voorbaat) verhypothekeren met een zogenaamde generale hypotheek. Waarom kent het huidige BW deze rechtsfiguur niet meer?

**"Tot 1811 kon een schuldenaar in Nederland al zijn bestaande en toekomstige registergoederen (bij voorbaat) verhypothekeren met een zogenaamde generale hypotheek. Waarom kent het huidige BW deze rechtsfiguur niet meer?"**

Voor de beantwoording van deze vraag analyseer ik de rechtshistorische ontwikkeling van de generale hypotheek in Nederland en Frankrijk. Het Franse recht heeft namelijk grote invloed gehad op de hervorming van het Nederlandse hypotheekrecht in de 19<sup>e</sup> eeuw. Ik begin echter met het Romeinse recht, aangezien Romeinse juristen al onderscheid maakten tussen generale en speciale hypotheek (§2) en dit onderscheid doorwerkte in de Middeleeuwse rechtswetenschap (§3). Vervolgens zet ik uiteen op welke wijze en met welk doel de Franse (§4) en Nederlandse wetgevers beperkingen op of aanpassingen van de Romeinse generale hypotheek hebben gemaakt (§5 en §6). Aansluitend ga ik in op de vraag waarom de generale hypotheek is afgeschaft (§7) en niet is behouden en aangepast (§8).

## 2. De generale hypotheek in het Romeinse recht

Romeinse hypotheekrechten omvatten niet alleen onroerende zaken, maar ook roerende zaken en vorderingen.<sup>2</sup> De benaming hypotheek, of *hypotheca*, was niet afhankelijk van het antwoord op de vraag of het zekerheidsobject roerend of onroerend was. Hypotheek had namelijk de betekenis dat het zekerheidsrecht zonder machtsverschaffing tot stand kwam, in tegenstelling tot het eigenlijke *pignus* dat een vuistpandrecht was.

Romeinse juristen maakten onderscheid tussen speciale en generale hypotheekrechten. Zij noemden een hypotheekrecht *speciaal* als partijen het zekerheidsobject ten tijde van de vestiging afzonderlijk hadden aangeduid. Zij noemden een hypotheekrecht *generaal* als partijen het zekerheidsobject ten tijde van de vestiging met algemene bewoordingen hadden aangeduid. Zowel het generale als het speciale hypotheekrecht gaf de zekerheidsgerechtigde schuldeiser het recht om de verhypothekerde goederen te executeren en daarop een vordering op naam bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Beide hypotheekrechten konden zonder publiciteit voor derden tot stand komen. De voornaamste verschillen tussen gene-

2. Zie: D. 20,1,5,1 (Marcianus *ad formulam hypothecariam*).



rale en speciale hypotheekrechten waren de mogelijkheid om toekomstige goederen (bij voorbaat) te bezwaren en het zaaksgevolg. Voor de vestiging van een speciaal hypotheekrecht moest de zekerheidsgever beschikkingsbevoegd zijn. Als een schuldenaar toekomstige goederen bij voorbaat wilde verhypothekeren, kon hij slechts gebruik maken van een generale hypotheek. Deze flexibiliteit had echter een prijs. Het generale hypotheekrecht lijkt in tegenstelling tot het speciale hypotheekrecht geen zaaksgevolg te hebben gehad.<sup>3</sup> De schuldenaar die een generale hypotheek had gevestigd, kon generaal verhypothekerde goederen *onbezwaard* vervreemden. De verschillen tussen het generale en het speciale hypotheekrecht stelden partijen in staat zekerheidsrechten te vestigen die voldeden aan de behoefte van partijen. Om die reden kozen zij soms voor een combinatie van een speciaal met een generaal hypotheekrecht.

## "De verschillen tussen het generale en het speciale hypotheekrecht stelden partijen in staat zekerheidsrechten te vestigen die voldeden aan de behoefte van partijen"

Derde-verkrijgers liepen een nauwelijks in te schatten risico uitgewonnen te worden door schuldeisers met speciale hypotheekrechten, omdat een openbaar register van gevestigde zekerheidsrechten ontbrak. Als zij werden uitgewonnen, konden zij aanvankelijk slechts hun wederpartij wegens wanprestatie aanspreken voor twee keer de waarde van de verkochte en uitgewonnen zaak. Om hen te beschermen heeft keizer Justinianus in Novelle 4,2 bepaald dat zekerheidsgerechtigde schuldeisers eerst de verhypothekerde zaken moesten uitwinnen die zich bij de schuldenaar bevonden, voordat zij de verhypothekerde zaken onder derde-bezitters mochten opeisen. Latere schuldeisers die goederenrechtelijke zekerheid wilden, hadden een relatief zwakke positie ten opzichte van de eerste zekerheidsgerechtigde. Hoewel zij niet konden weten of een hypotheek was gevestigd, werd de onderlinge rang tussen zekerheidsgerechtigden beheerst door de prioriteitsregel.<sup>4</sup>

### 3. De generale hypotheek in het *ius commune*

In de Middeleeuwen kreeg het Justiniaanse recht - na de herontdekking van de Digesten door Irnerius in de tweede helft van de elfde eeuw - in grote delen van Europa subsidiaire gelding. Dit gerecipieerde Romeinse recht werd ook wel het *ius commune* (gemene Romeinse recht) genoemd. Het *ius commune* verschilde van het Justiniaanse recht in die zin dat Middeleeuwse rechtsgeleerden het Justiniaanse recht op een eigen wijze hebben geïnterpreteerd. De voornaamste afwijkende interpretatie was dat de generale hypotheek in het *ius commune* zaaksgevolg had. Dit betekende dat derde-verkrijgers niet alleen hoefden te vrezen voor schuldeisers met speciale hypotheeken, maar ook voor schuldeisers met generale hypotheeken.<sup>5</sup>

De gemeenrechtelijke interpretatie van speciale en generale hypotheeken heeft grote invloed gehad op de zekerheidsrechten van de continentale rechtstelsels, maar heeft bepaalde inheemse bepalingen niet verdrongen. In de eerste plaats maakten bijvoorbeeld de Nederlandse, Duitse en Franse rechtstraditie onderscheid tussen zekerheid op roerende zaken en vorderingen enerzijds en op onroerende zaken anderzijds. In de tweede plaats hebben de verschillende rechtstelsels de positie van derde-verkrijgers en lager gerangschikte zekerheidsgerechtigden in de verhouding tot oudere zekerheidsgerechtigden verbeterd. Soms was het de praktijk die bescherming bood, soms de wetgever. In het vervolg van deze bijdrage ga ik in op de werking van de generale hypotheek op onroerende zaken.<sup>6</sup>

### 4. Geen publiciteit van of wettelijke bescherming tegen gevestigde hypotheeken

Op het eerste gezicht waren derde-verkrijgers en lager gerangschikte hypotheekhouders niet beter af in het Franse recht van de 17<sup>e</sup> en 18<sup>e</sup> eeuw dan in het Romeinse recht. In beginsel riep iedere daartoe bestemde notari-

3. Zie: §2.3.3 van V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (serie Onderneming en Recht, deel 86), Deventer: Wolters Kluwer 2015. In deze bijdrage verwijs ik veelvuldig naar paragraafnummers van mijn proefschrift alwaar de materie uitgebreider aan bod komt met de relevante verwijzen naar literatuur en andere bronnen. Dit boek is toegankelijk via Kluwer Navigator en Rechtsorde.

4. Desalniettemin werden uitzonderingen op de prioriteitsregel gemaakt ten gunste van aankoopfinanciers en de fiscus. Daarnaast konden lager gerangschikte vuistpandhouders verlangen dat de hoger gerangschikte schuldeisers met zowel speciale als generale hypotheeken eerst de speciaal verhypothekerde goederen executeerde, voordat hij de generaal verhypothekerde zaken bij de vuistpandhouder opeiste. Zie: Van Hoof 2015, §2.2.3.

5. Hun voornaamste bescherming was het voorrecht van uitwinning. Zie: Van Hoof 2015, §3.2.3.

6. Voor de hypotheek op roerende zaken en vorderingen, zie o.m.: Van Hoof 2015, 4.2.2, §4.5.2, §5.4.3, §6.4.1.3, §6.5.2.

7. Zie: Van Hoof 2015, §5.3.

ele akte een generaal hypotheekrecht op onroerende zaken ('hypothèque générale') in het leven. In Parijs volgde dit expliciet uit de artikelen 164 en 165 van het Coutume de Paris. Deze generale hypotheek had zowel zaaksgevolg als voorrang, maar was niet kenbaar uit een openbaar register.<sup>7</sup>

8. Zie: Van Hoof 2015, §5.3.3.3 en §5.6.

Hoewel de wetgever naliet om derde-verkrijgers en lager gerangschikte hypotheekhouders te beschermen, heeft de praktijk hierin op twee manieren voorzien. In de eerste plaats boden Parijse notarissen publiciteit van gevestigde hypotheekrechten.<sup>8</sup> Zij hielden een uitgebreide administratie bij met informatie over gevestigde hypotheeken en zij deelden informatie met elkaar. Latere beoogde verkrijgers en beoogde schuldeisers die een hypotheekrecht wilden, moesten zich tot hen wenden om te controleren of hun wederpartij een (generaal of speciaal) hypotheekrecht op een onroerende zaak had gevestigd. In de tweede plaats gebruikte de praktijk de bepalingen over executoriale zuivering ook buiten executie. Hierdoor kon een (beoogd) verkrijger de rechter verzoeken om eventuele hypotheekrechten te zuiveren, na oproeping van de hypotheekhouders die zich op de opbrengst konden verhalen.<sup>9</sup>

9. Zie: Van Hoof 2015, §5.3.4.2.

**"Hierdoor konden en kunnen beoogde verkrijgers en schuldeisers die een hypotheekrecht willen, vaststellen of hun (beoogd) wederpartij eerder hypotheekrechten heeft gevestigd"**

10. Zie: Van Hoof 2015, §4.4.2.2, §5.3.1, §6.5.1, §7.3.4.1, §8.2 en §10.2.

## 5. Bescherming door de publiciteit van gevestigde hypotheeken

Het recht van het gewest Holland van de 17<sup>e</sup> en 18<sup>e</sup> eeuw week af van het Franse recht doordat de openbare inschrijving een constitutief vereiste was voor de totstandkoming van hypotheekrechten op onroerende zaken.<sup>10</sup> Hetzelfde gold en geldt voor het recht van een aantal regio's in Frankrijk (de zogenaamde *pays de nantissement*) van vóór de Franse Revolutie, het Franse recht van na de Revolutie, het Nederlandse burgerlijk recht onder het OBW en het huidige Nederlandse burgerlijk recht.<sup>11</sup> Hierdoor konden en kunnen beoogde verkrijgers en schuldeisers die een hypotheekrecht willen, vaststellen of hun (beoogd) wederpartij eerder hypotheekrechten heeft gevestigd. Bovendien kunnen belanghebbenden – behalve in het Franse recht van na de Revolutie<sup>12</sup> – aan de hand van het register vaststellen wie eigenaar is van een onroerende zaak.<sup>13</sup>

11. Zie: Van Hoof 2015, §4.4.2.2, §5.3.1, §6.5.1, §7.3.4.1, §8.2 en §10.2.

12. Zie: Van Hoof 2015, §6.5.1.

13. Zie: Van Hoof 2015, §4.4.2.2, §5.3.1, §7.3.4.1, §9.2 en §10.2.1.

## 6. Bescherming door de wettelijke beperking van de generale hypotheek

Het Hollandse recht, ook wel het Rooms-Hollandse recht genoemd vanwege de grote beïnvloeding van het Romeinse recht, en het recht van de *pays de nantissement* boden niet alleen bescherming door publiciteit van hypotheekrechten, maar ook de beperking van generale hypotheeken. Derde-verkrijgers werden beschermd door de beperking van het zaaksgevolg. In het Rooms-Hollandse recht kon een schuldenaar generaal verhypotheekte zaken *om baat* onbezwaard vervreemden.<sup>14</sup> De hypotheekhouder kreeg hierdoor de vordering tot betaling van de koopprijs als vervangend zekerheidsobject voor de vervreemde onroerende zaak. Het generale hypotheekrecht omvatte immers ook de roerende zaken en vorderingen van de schuldenaar.

14. Zie: Van Hoof 2015, §4.5.1.1.

In de *pays de nantissement* had het generale hypotheekrecht ook geen zaaksgevolg als de schuldenaar de onroerende zaak *om niet* had vervreemd. De bescherming van de derde-verkrijger stond daar dus voorop en het hypotheekrecht leek meer op een algemeen voorrecht.<sup>15</sup>

15. Zie: Van Hoof 2015, §5.3.4.4..

Schuldeisers met later gevestigde speciale hypotheekrechten kregen een hogere rang dan schuldeisers met eerder gevestigde generale hypotheekrechten. Deze uitzondering op de prioriteitsregel werd ook wel 'bijzonder gaat voor algemeen' genoemd.<sup>16</sup> Hierdoor behield de schuldenaar na de vestiging van een generale hypotheek de mogelijkheid om een eersterangs

16. Zie: Van Hoof 2015, §4.6.1.

hypotheekrecht te vestigen ten behoeve van een andere schuldeiser. In ruil voor deze hoge rang kon hij mogelijk onder gunstigere voorwaarden nieuw krediet krijgen.

## 7. Bescherming door de afschaffing van de generale hypotheek

De Rooms-Hollandse regeling van de generale hypotheek (inclusief de waarborgen voor de verschillende partijen) heeft haar gelding niet verloren met het eindigen van de Republiek, maar is blijven voortbestaan en op hoofdlijnen opgenomen in het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland van 1809. Pas na de annexatie van het Koninkrijk Holland in 1810 schafte Napoleon Bonaparte de generale hypotheek af door de Franse Code civil in 1811 in te voeren. Hierdoor konden partijen alleen nog speciale hypotheekrechten vestigen. Na het vertrek van de Fransen is in 1838 een nieuw Burgerlijk Wetboek ingevoerd. Hierin keerde het generale hypotheekrecht niet terug en ook niet in het BW van 1992.

### "Specialiteit is het vereiste dat de ingeschreven hypotheekakte een specifieke aanduiding van de bezwaarde onroerende zaak bevat"

De wetgevers van de Code civil, het OBW en BW van 1992 hebben gekozen voor de afschaffing van de generale hypotheek in plaats van beperking. Deze wetboeken waren en zijn gebaseerd op de beginselen van publiciteit en specialiteit. Specialiteit is het vereiste dat de ingeschreven hypotheekakte een specifieke aanduiding van de bezwaarde onroerende zaak bevat.<sup>17</sup> Het OBW en BW van 1992 pasten dit beginsel tevens toe op de overdracht en overige bezwaring van onroerende zaken, waardoor de transport- of vestigingsaktes ook een specifieke aanduiding van de onroerende zaak moesten en moeten bevatten. Het motief van de keuze voor publiciteit en specialiteit van hypotheekrechten was de bescherming van derde-verkrijgers en latere hypotheekhouders. Publiciteit en specialiteit stelden hen in staat om uit het register af te leiden welke onroerende zaken waren bezwaard en welke nog niet.

17. Zie: Van Hoof 2015, §6.3.2, §6.4.2.2, §6.5.1, §7.3.4.1, §7.3.5.

Het vereiste van een specifieke aanduiding sluit in theorie de mogelijkheid niet uit dat een schuldenaar een nog te verkrijgen onroerende zaak bij voorbaat bezwaart met een speciaal hypotheekrecht onder voorwaarde van verkrijging. Indien hij de toekomstige zaak specifiek genoeg aanduidt, voldoet hij aan het specialiteitsbeginsel. Derden die een zakelijk recht op een onroerende zaak willen verkrijgen, zouden in het register vele jaren terug moeten kijken om vast te stellen of er ooit een speciaal hypotheekrecht bij voorbaat is gevestigd. De wetgevers van de bovenstaande wetten vonden dit ongewenst. Daarom bepaalden zij dat een schuldenaar slechts zaken kon verhypotheekeren als hij beschikkingsbevoegd was.<sup>18</sup> Op deze manier hoefde een derde die in het register keek, slechts terug te kijken tot het moment waarop de schuldenaar een onroerende zaak had verkregen. Vóór die tijd ingeschreven hypotheekakten brachten immers geen hypotheekrecht op de zaak tot stand.

18. Zie: Van Hoof 2015, §6.4.2.2, §7.3.4.1, §7.3.5.

Hoewel de verschillende wetgevers het begrip specialiteit gebruikten in de zin van een specifieke aanduiding van het hypotheekobject, heeft het begrip door de bovenstaande beperkingen ook een andere, ruimere betekenis gekregen. De mogelijkheid om alle bestaande en alle toekomstige zaken (bij voorbaat) te bezwaren was van oudsher het wezenskenmerk van het generale hypotheekrecht. Door de vestiging bij voorbaat te verhinderen, hebben de Franse en Nederlandse wetgevers er in de genoemde wetboeken bewust voor gekozen om slechts speciale hypotheekrechten op onroerende zaken toe te staan. Hierdoor kan het specialiteitsbeginsel ook worden opgevat als de erkenning van uitsluitend speciale zekerheidsrechten op goederen van de schuldenaar.<sup>19</sup>

19. Verder hebben de wetgevers van het OBW en het BW van 1992 derde-verkrijgers niet alleen beschermd met publiciteit en specialiteit, maar ook door de toekenning van het voorrecht van uitwinning. Zie: Van Hoof 2015, §7.3.5 en §9.2.



### 8. Waarom afschaffing in plaats van beperking?

De keuze om de generale hypotheek af te schaffen is gebaseerd op de bescherming van derde-verkrijgers en latere zekerheidsgerechtigde schuldeisers. De wetgevers van 1838 en 1992 hadden er echter ook voor kunnen kiezen om de generale hypotheek terug te laten keren en daarop beperkingen aan te brengen ter bescherming van die derden zoals in het Rooms-Hollandse recht. Waarom is dit niet gebeurd?

## "De keuze om de generale hypotheek af te schaffen is gebaseerd op de bescherming van derde-verkrijgers en latere zekerheidsgerechtigde schuldeisers"

De wetgever kan een onderscheid maken tussen generale en speciale hypotheek. In theorie dwingt dit een schuldeiser om een weloverwogen keuze te maken tussen beide zekerheidsrechten. Een schuldeiser die echter bereid is om elk afzonderlijk goed aan zich te laten verhypotheekeren met een speciaal zekerheidsrecht, kan de beperkingen die de wetgever aan het generale zekerheidsrecht verbindt, ontgaan. Indien de voordelen van een op die manier gevestigd 'generaal' zekerheidsrecht de nadelen (zoals kosten) overstijgen, zullen bepaalde schuldeisers dergelijke 'generale' zekerheid nastreven. Indien de wetgever voornemens is generale zekerheidsrechten een andere werking toe te kennen dan speciale zekerheidsrechten, dient hij hiermee rekening te houden.<sup>20</sup>

20. Zie: Van Hoof 2015, p. 425-6.

Bovendien lijkt er bij de totstandkoming van het BW van 1992 en in de jaren daarna geen behoefte te zijn (geweest) aan generale zekerheid op onroerende zaken.<sup>21</sup> Een schuldeiser die maximale zekerheid wil, kan er op toezien dat hij betrokken is bij de verkrijging van onroerende zaken door zijn schuldenaar en hij kan de vestiging van het hoogst gerangschikte hypotheekrecht afdwingen. Het hypotheekrecht biedt de zekerheidsgerechtigde voldoende zekerheid, omdat het een zakelijk recht is op een doorgaans waardevol registergoed. De schuldenaar kan het recht niet uithollen door de zaak onbezwaard te vervreemden. Tenzij de hypotheekhouder toestemming geeft tot onbezwaarde vervreemding, blijft het hypotheekrecht op de zaak rusten als de schuldenaar de zaak aan een derde vervreemdt. Latere derde-verkrijgers en latere schuldeisers die ook een hypotheekrecht willen laten vestigen, kunnen het register inzien en eventueel contact opnemen met de eerste zekerheidsgerechtigde over de voorwaarden waaronder deze afstand doet van het hypotheekrecht. Deze gang van zaken lijkt een vlot verloopend handelsverkeer niet te hinderen.

21. Zie: Van Hoof 2015, §9.2 en §10.2.5.

### 9. Conclusie

De afschaffing van de generale hypotheek in de 19<sup>e</sup> eeuw is beargumenteed met een beroep op de bescherming van beoogd derde-verkrijgers en hypotheekhouders. Doordat de hypotheekgever specifieke registergoederen moet aanwijzen, blijven de overige registergoederen onbezwaard en kan hij ze onbezwaard vervreemden of ten behoeve van een andere kredietverschaffer een eesterang hypotheekrecht vestigen. Het Rooms-Hollandse recht bereikte hetzelfde doel door een latere zekerheidsnemer met een speciale hypotheek een hogere rang toe te kennen dan een eerdere zekerheidsnemer met een generale hypotheek, maar hierdoor kon de zekerheidsgever het recht van de eerste zekerheidsnemer compleet uithollen. Om die reden heeft de Nederlandse wetgever in 1838 de generale hypotheek niet opnieuw ingevoerd. Bij de totstandkoming van het BW van 1992 is de herinvoering van een generale hypotheek niet eens ter sprake gekomen, waaruit kan worden afgeleid dat er geen behoefte aan bestaat. ●

# NOOTENDOP

Annotatie bij Rb. Oost-Brabant 23-12-2015,  
ECLI:NL:RBOBR:2015:7607

**Tessa Hubregtse**

T.A. Hubregtse is masterstudent Burgerlijk  
Recht en Staats- en Bestuursrecht aan  
de Radboud Universiteit Nijmegen



## 1. Inleiding

Eind december 2015 organiseerde stichting Waqf een islamitische conferentie in Eindhoven. Uitgenodigd waren meerdere buitenlandse sprekers. Over zeven van hen ontving de burgemeester van Eindhoven e-mailberichten met verontrustende profielen van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) en de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV). De gastsprekers zouden uitlatingen hebben gedaan die discriminerend van aard waren, de jihadstrijd verheerlijkten en terrorisme ontkenden. Daarop heeft de burgemeester een besluit uitgevaardigd waarin hij onder andere de organisatie gebiedt de uitnodigingen in te trekken. Bij geen gehoor zou de gastsprekers een gebiedsverbod worden opgelegd.

De stichting en de organisator van de conferentie startten een voorlopige voorzieningsprocedure.<sup>1</sup> Het verzoek werd afgewezen. Zeer opmerkelijk is dat de voorzieningenrechter hierbij vanwege de tijdsdruk niet in gaat op de grondrechtelijke vraagstukken, waaronder de vrijheid van meningsuiting. Had hij dit wel gedaan, was de rechter dan wellicht tot een ander oordeel gekomen?

1. Rb. Oost-Brabant 23-12-2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7607, AB 2016, 190, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

## 2. Besluit en bevoegdheden

### 2.1. Besluit

Het besluit van de burgemeester bestond uit vier onderdelen en is gebaseerd op artikelen 172 en 172a van de Gemeentewet. Allereerst verbood hij de stichting, de organisator en de moskee de gastsprekers te laten spreken (in de moskee en op een vervangende locatie) en beval hij hen de uitnodigingen in te trekken. Werd hieraan geen gehoor gegeven, dan zouden de sprekers een spreekverbod opgelegd krijgen alsmede een gebiedsverbod voor het gebied in en rond de moskee.<sup>2</sup>

2. Rb. Oost-Brabant 23-12-2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7607, AB 2016, 190, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, r.o. 1.3.

### 2.2. 172 en 172a Gemeentewet

De burgemeester is krachtens 172 lid 1 Gemeentewet belast met de handhaving van de openbare orde. Wat 'openbare orde' precies inhoudt, vermeldt de wet niet. De voorzieningenrechter spreekt van 'het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven ter plaatse'.<sup>3</sup> Deze betekenis is ook terug te vinden in de literatuur.<sup>4</sup>

3. Rb. Oost-Brabant 23-12-2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7607, AB 2016, 190, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, r.o. 14.2.

4. H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare orde-recht (Bestuursrecht in praktijk)*, Deventer: Kluwer 2013., p. 8.

Het tweede lid van 172 Gemeentewet geeft de burgemeester de bevoegdheid overtredingen van wettelijke voorschriften te beletten of te beëindigen, voor zover die overtredingen betrekking hebben op de openbare orde. Het gaat daarbij om de uitoefening van bestuursdwang.<sup>5</sup> In deze zaak wordt deze bevoegdheid aangewend om de organisatie te verbieden de sprekers te laten spreken en om de sprekers een spreekverbod op te leggen.

5. M.A.D.W. de Jong, 'Commentaar op 172 Gemeentewet, in: T.D. Cammelbeeck & R. Nehmelman (red.), *Tekst & Commentaar Gemeentewet Provinciewet*, Deventer: Kluwer 2016 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 04-04-2016) en C.A.J.M. Kortmann/P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutio- neel Recht*, Deventer: Kluwer 2012.



Aan het derde lid van 172 Gemeentewet ontleent de burgemeester de bevoegdheid alle voor openbare-ordehandhaving noodzakelijke bevelen te geven, wanneer die orde wordt verstoord of ernstige vrees bestaat dat deze zal worden verstoord. Omdat die ernstige vrees tot preventief optreden leidt, dient de burgemeester die vrees goed te motiveren.<sup>6</sup> Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat sprake moet zijn van een onaanvaardbare inbreuk op de orde en rust.<sup>7</sup> De Hoge Raad spreekt van 'verstoring van enige betekenis van de normale gang van zaken in of aan de betreffende openbare ruimte'.<sup>8</sup> De betekenis van 'normaal' hangt af van de specifieke omstandigheden van de situatie.<sup>9</sup>

Van overtreding van wettelijke voorschriften hoeft geen sprake te zijn.<sup>10</sup> Wanneer gedragingen inbreuk maken op de maatschappelijke zorgvuldigheid of betamelijkheid, kan ook een bevel gegeven worden. Volgens Munneke gaat het om het effect van een gedraging op de orde en rust in het openbare leven, niet om de gedraging zelf. Dit effect zou voorkomen of beëindigd moeten worden, maar niet per se door het beletten of beëindigen van de gedraging.<sup>11</sup> De burgemeester van Eindhoven voerde aan het negatieve effect van de gedraging te willen aanpakken.<sup>12</sup> De vraag is echter of hij dit mag bewerkstelligen door te bevelen dat de uitnodigingen worden ingetrokken en gebiedsverboden op te leggen. Verderop wordt hierop nader ingegaan.

In de wetsgeschiedenis wordt ook wel van de lichte bevelsbevoegdheid gesproken.<sup>13</sup> De burgemeester mag op basis hiervan geen te ingrijpend bevel uitvaardigen.<sup>14</sup> Dit komt mede door de gebrekkige democratische legitimatie van de burgemeester. Ingrijpende maatregelen kunnen, en indien mogelijk moeten, door de gemeenteraad genomen worden. Daarom mag de burgemeester slechts bevelen geven wanneer snel en concreet gehandeld moet worden (het onmiddellijkheidsvereiste); dan heeft de raad geen tijd een verordening te maken.<sup>15</sup> Omdat de bevoegdheid niet onbeperkt geldt, noemt de wetsgeschiedenis enkele toepassingsvoorwaarden. Naast dat sprake moet zijn van verstoring van de openbare orde of van ernstige vrees daarvoor, moet een dergelijk bevel noodzakelijk zijn voor de handhaving van de openbare orde, proportioneel en subsidiair zijn en mag niet van wettelijke voorschriften afgeweken worden.<sup>16</sup> Nadere uitwerking is te vinden in de literatuur.<sup>17</sup> De huidige relevantie van deze vereisten blijkt onder andere uit een uitspraak van de Afdeling over een bijtende rottweiler.<sup>18</sup> Uit de toepassingsvoorwaarden en het karakter van de bevoegdheid vloeit logischerwijze voort dat de burgemeester met deze bevoegdheid geen grondrechten mag beperken.

6. M.A.D.W. de Jong, 'Commentaar op 172 Gemeentewet, in: T.D. Cammelbeeck & R. Nehmelman (red.), *Tekst & Commentaar Gemeentewet Provinciewet*, Deventer: Kluwer 2016 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 04-04-2016).

7. *Kamerstukken I 1990/91*, 19 403, nr. 64b, p. 16.

8. HR 30 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2104, Gfst. 2007, 117, m.nt. L.J.J. Rogier, r.o. 3.4.1.

9. L.J.J. Rogier & C.J. Roon, 'Taken en bevoegdheden', in: E.R. Muller & J. de Vries (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester* (Handboeken Veiligheid), Deventer: Kluwer 2014, p. 72.

10. C.A.J.M. Kortmann/P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 540 en G. Klompaker, A.M.M. Sluijters & J. Veenstra, *Inleiding Gemeentewet. Van wet naar praktijk* (Bestuursacademie-reeks), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 141-142.

11. S.A.J. Munneke, 'Grondslag en reikwijdte van openbare-ordebevoegdheden', in: A.E.M. van den Berg, J. van der Grinten, A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orde-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 15-17.

12. Rb. Oost-Brabant 23-12-2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7607, AB 2016, 190, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, r.o. 14.4.

13. *Kamerstukken I 1990/91*, 19 403, nr. 64b, p. 16.

14. M.A.D.W. de Jong, 'Commentaar op 172 Gemeentewet, in: T.D. Cammelbeeck & R. Nehmelman (red.), *Tekst & Commentaar Gemeentewet Provinciewet*, Deventer: Kluwer 2016 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 04-04-2016).

15. J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orde-recht', in: E.R. Muller & J. de Vries (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester* (Handboeken Veiligheid), Deventer: Kluwer 2014, p. 170-171.

16. *Kamerstukken I 1990/91*, 19 403, nr. 64b, p. 17.

17. M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare orde-handhaving en de persoonlijke vrijheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 41 en J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orde-recht', in: E.R. Muller & J. de Vries (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester* (Handboeken Veiligheid), Deventer: Kluwer 2014, p. 186-187.

18. ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2441, AB 2014, 248, m.nt. J.G. Brouwer.



In de literatuur is kritiek op de lichte bevelsbevoegdheid ontstaan. Het niet-ingrijpende karakter lijkt soms ver te zoeken.<sup>19</sup> Van Dijk oppert zelfs het idee dat openbare bijeenkomsten waartegen politiek bezwaren bestaan onder het mom van voorkoming van wanordelijkheden verboden worden.<sup>20</sup> De bevoegdheid zou verder te makkelijk aan te wenden zijn, immers ook al bij dreigende ordeverstoring. De Jong meent dat voor een bevel op zijn minst een link met een (dreigend) overtreden wettelijk voorschrift moet bestaan.<sup>21</sup> Ook andere auteurs benadrukken dat scherpe grenzen aan toepassing en inhoud van lichte bevelen gesteld moeten worden. De zwakke democratische legitimatie en de slechte voorzienbaarheid en daarmee de rechtsonzekerheid voor de burger spelen hierbij een rol.<sup>22</sup>

Het besluit van de burgemeester is tot slot ook gebaseerd op artikel 172a van de Gemeentewet. Met deze bevoegdheid kan aan een persoon die individueel of groepsgewijs de openbare orde ernstig heeft verstoord, herhaaldelijk de openbare orde heeft verstoord of bij groepsgewijze verstoring een leidende rol heeft gehad een gebiedsverbod worden opgelegd wanneer ernstige vrees voor verdere verstoring bestaat. Voor herhaaldelijke verstoring is dossieropbouw erg belangrijk.<sup>23</sup> Wat precies onder ernstige verstoring wordt verstaan, wordt uit het artikel en de wetsgeschiedenis niet duidelijk. De burgemeester zal de gedragingen moeten kwalificeren.<sup>24</sup> In deze zaak twijfelt de rechter aan de toepasbaarheid van artikel 172a, omdat de persoon aan wie een gebiedsverbod kan worden opgelegd de openbare orde 'heeft verstoord'. Volgens de burgemeester is dit blijkens de e-mails van de IND en de NCTV in het buitenland gebeurd. Het is echter twijfelachtig of die gedragingen bij de oplegging van dit gebiedsverbod moeten worden betrokken. Opmerkelijk, zeker met het oog op de beperking van de grondrechten die in de volgende paragrafen wordt besproken, is dat de rechter zijn twijfel niet doorslaggevend acht, omdat hij meent dat het gebiedsverbod ook gebaseerd kan worden op de lichte bevelsbevoegdheid.

### 3. Uitingsvrijheid en haar beperkingen

#### 3.1. Grondwet en EVRM

Vrijheid van meningsuiting is een van de belangrijkste klassieke grondrechten. Het wordt beschermd door zowel onze Grondwet als het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en fundamentele vrijheden (EVRM). Dit grondrecht is zo belangrijk vanwege de relatie met democratie; voor het bestaan daarvan zijn openbaarheid, ruimte voor maatschappelijke discussie en politieke uitingsvrijheid namelijk essentieel.<sup>25</sup> Burgers moeten hun politieke opvattingen en kritiek op de overheid kunnen uiten. Vrijheid van meningsuiting is daarom een van de pijlers van de rechtsstaat.<sup>26</sup> Het Europese Hof noemt het 'one of the essential foundations of a democratic society'.<sup>27</sup> Omdat iedereen ook kritiek moet kunnen uiten, vallen niet alleen neutrale uitlatingen onder de uitingsvrijheid. Ook shockerende, beledigende of kwetsende uitingen vallen binnen de reikwijdte. Die eis stellen de pluriformiteit, tolerantie en ruimdenkendheid, die een staat tot een democratie maken.<sup>28</sup>

Toch is de bescherming van 10 EVRM begrensd. Krachtens 17 EVRM kan geen bescherming geboden worden bij misbruik van recht. Dit is onder andere het geval wanneer wordt opgeroepen tot geweld. Het Hof bepaalt aan de hand van een meerdere factoren of sprake is van een dergelijke uitspraak. Daarbij kunnen onder andere de timing en context van de uitlating een rol spelen.<sup>29</sup> Soms wordt toetsing aan 17 EVRM achterwege gelaten en wordt 10 EVRM conform dat artikel geïnterpreteerd. In de jurisprudentie van het Hof valt in ieder geval geen duidelijke lijn te ontdekken.<sup>30</sup>

In deze zaak was nog onduidelijk wat de inhoud van de toespraken van de gastsprekers zou zijn en of deze inhoud onder de bescherming van 10 EVRM zou vallen. Zo mag iemand de sharia propageren, zolang hij niet oproept tot geweld.<sup>31</sup> De ratio achter artikel 17 EVRM is dat een vijand van de democratie geen beroep kan doen op de democratische waarden van het EVRM.<sup>32</sup>

19. J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orde-recht', in: E.R. Muller & J. de Vries (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester* (Handboeken Veiligheid), Deventer: Kluwer 2014, p. 181-182.

20. J. van Dijk, *Dit kan niet en dit mag niet. Belemmering van de uitingsvrijheid in Nederland*, Utrecht: Otto Cramwinckel Uitgever 2007, p. 105.

21. M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare orde-handhaving en de persoonlijke vrijheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 38-39.

22. J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid', *Gst.* 2015/59 (online in Kluwer Navigator, laatst bewerkt op 22-06-2015), par. 5 en C.A.J.M. Kortmann/P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 540.

23. Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare orde-recht (Bestuursrecht in praktijk)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 42.

24. L.J.J. Rogier & A.J. Wierenga, 'Commentaar op 172a Gemeentewet', in: E.R. Muller e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, Deventer: Kluwer 2015 (online in Kluwer Navigator), par. 2 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33882, nr. 6, p.15-16.

25. J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 34.

26. D.E. Bunschoten, 'Commentaar op artikel 7 Grondwet', in: P.P.T. Bovend'Eert (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet*, Deventer: Kluwer 2015 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 01-10-2015).

27. EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *NJ* 1978, 236 (*Handyside*), par. 49 en EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, *NJ* 1980, 146 (*Sunday Times*), par. 65.

28. EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *NJ* 1978, 236 (*Handyside*), par. 49.

29. EHRM 2 oktober 2008, nr. 36109/03, *AB* 2009, 576 (*Leroy c. France*), par. 45.

30. A.C. Buyse, 'Van woorden naar daden? Het EVRM, de vrijheid van meningsuiting en conflictescalatie', in: A. Ellian, G. Molier, T. Zwart (red.), *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p.54.

31. EHRM 4 december 2003, nr. 35071/97 (*Gündüz v. Turkey*), par. 44-46 en L.A. van Noorloos, 'Extreme uitingen in een religieuze context: een rechtstheoretisch en EVRM-perspectief', in: A. Ellian, G. Molier, T. Zwart (red.), *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 291-292.

32. A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting. Theorie, rechtsvergelijking, discriminatie, pornografie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 313.

33. Voor een uitgebreid overzicht van beide artikelen: A.J. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van meningsuiting', in: J.H. Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 69-96, 99-101.

34. J.A. Peters & I.J. de Vré, *Vrijheid van meningsuiting. De betekenis van een grondrecht in tijden van spanning* (Preadvies. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer: Kluwer 2005, p. 26.

35. D.E. Bunschoten, 'Commentaar op artikel 7 Grondwet', in: P.P.T. Bovend'Eert (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet*, Deventer: Kluwer 2015 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 01-10-2015).

36. HR 28 november 1950, NJ 1951, 137 (*APV Tilburg*).

37. D.E. Bunschoten, 'Commentaar op artikel 7 Grondwet', in: P.P.T. Bovend'Eert (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet*, Deventer: Kluwer 2015 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 01-10-2015).

38. EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*), par. 49 en 58.

39. B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving. Actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 37.

40. EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*), par. 49.

41. EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*), par. 58.

42. A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting. Theorie, rechtsvergelijking, discriminatie, pornografie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 219 en D.E. Bunschoten, 'Commentaar op artikel 7 Grondwet', in: P.P.T. Bovend'Eert (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet*, Deventer: Kluwer 2015 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 01-10-2015).

Zowel 10 EVRM als 7 Gw waarborgen de uitingsvrijheid. Tussen de bescherming van beide artikelen bestaan enkele verschillen.<sup>33</sup> Niet alleen de opbouw van het artikel, waarbij de verdeling in leden van 7 Gw ziet op verschillende uitingsmiddelen en die van 10 EVRM in grondrecht en beperkingen, is anders, de inhoud verschilt op bepaalde punten ook. Zo behelst artikel 10 ook de ontvangstvrijheid, terwijl 7 Gw dat niet doet en biedt het op grond van 93 en 94 Gw ruimere toetsingsmogelijkheden. De grondwettelijke uitingsvrijheid is echter sterker op het gebied van censuur, iets wat 10 EVRM niet expliciet vermeldt, en beperkingsmogelijkheden van de inhoud (alleen door de formele wetgever, achteraf).<sup>34</sup> Op grond van artikel 53 EVRM prevaleert de bepaling die het meeste bescherming biedt. In Eindhoven ging het om toespraken van zeven gastsprekers. Toespraken vallen onder de andere uitingsmiddelen van 7 lid 3 Gw. Deze bepaling beschermt vanwege het verbod op censuur en de eis van inhoudsbeperkingen door de formele wetgever beter dan 10 EVRM en gaat dus voor.

## "Zowel 10 EVRM als 7 Gw waarborgen de uitingsvrijheid. Tussen de bescherming van beide artikelen bestaan enkele verschillen"

Het censuurverbod is vervat in de zinsnede 'niemand heeft voorafgaand verlof nodig' en houdt het verbod op voorafgaand toezicht op de inhoud van een uiting door de overheid in. Dit is een absoluut verbod; dit grondrecht mag niet beperkt worden.<sup>35</sup>

Naast het censuurverbod behelst 7 Gw het openbaringsrecht, het recht gedachten en gevoelens te uiten en deze voor anderen kenbaar te maken, en het daaraan connexe verspreidingsrecht. Dit verspreidingsrecht is geschapen door de Hoge Raad in *APV Tilburg* en houdt in het aan het publiek in het openbaar bekend maken van die gedachten en gevoelens.<sup>36</sup> Het houden van een toespraak door een gastspreker valt ook onder het verspreidingsrecht.

### 3.2. Beperkingen

Grondrechten gelden niet onbeperkt. Zoals Bunschoten in zijn commentaar bij 7 Gw noemt, is een toenemende dreiging van terrorisme voelbaar. Onze samenleving wordt steeds pluriformer en daarom moet zorgvuldig overwogen worden wat de grenzen zijn van de uitingsvrijheid.<sup>37</sup> Kan de uitingsvrijheid echter wel beperkt worden?

Het EVRM hanteert een eigen beperkingssysteem. Een grondrecht kan slechts beperkt worden bij wet, indien de beperking het noodzakelijk is in de democratische samenleving en dit gebeurt met het oog op één van de in 10 EVRM genoemde doelstellingen.<sup>38</sup> Of een beperking gerechtvaardigd is, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.<sup>39</sup> 'Bij wet' heeft hier de betekenis van een materiële rechtsregel. Zelfs ongeschreven recht kan een beperking bevatten. De regel moet aan twee vereisten voldoen: deze moet voldoende toegankelijk en voldoende duidelijk geformuleerd zijn, waardoor de consequenties voor de burger (eventueel na professionele hulp) voldoende voorzienbaar zijn.<sup>40</sup> Het zwaartepunt van de toetsing ligt bij de noodzakelijkheid in de democratische samenleving. Sprake moet zijn van een 'pressing social need'.<sup>41</sup> Dit is de proportionaliteitstoets. De verhouding tussen het te bereiken doel en het grondrecht moet in evenwicht zijn.

De grondwettelijke uitingsvrijheid heeft een ander beperkingssysteem. Zoals eerder besproken geldt het censuurverbod absoluut. De inhoud van een uiting kan dus nooit van tevoren door de overheid beperkt worden. Kan een uiting dan wel achteraf beperkt worden? De zinsnede 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' geeft aan dat delegatie niet mogelijk is. Alleen de formele wetgever kan uitingen inhoudelijk beperken.<sup>42</sup>

De lagere wetgever kan wel andere beperkingen stellen, zoals de plaats, tijd en wijze van de uiting.<sup>43</sup> Hij mag ook een verbod of vergunningsstelsel instellen, zolang hij gebruik van enige betekenis overlaat en niet in de inhoud treedt.<sup>44</sup> Een voorbeeld van een verboden beperking door een decentrale overheid op grond van inhoud is de zaak *Rasti Rostelli*.<sup>45</sup>

Voor openbare bijeenkomst is de Wet Openbare Manifestaties (WOM) in het leven geroepen. Op grond van deze wet kan de gemeenteraad verordeningen opstellen en de burgemeester van tevoren maatregelen treffen, zoals het aanwijzen van een bepaalde plaats en tijd. De burgemeester mag echter nooit beperken op de inhoud, zelfs niet wanneer vaststaat dat de inhoud van de uiting strafbaar zal zijn.<sup>46</sup> Dit blijkt ook uit artikel 5 lid 3 WOM, dat een beperking van de inhoud verbiedt, en artikel 4 lid 3 WOM, dat bij een vereiste kennisgeving geen gegevens over de inhoud verlangt. Ook met betrekking tot het beperkingsstelsel beschermt 7 Gw in dit geval beter dan 10 EVRM. Krachtens 53 EVRM prevaleert deze bepaling in deze zaak.

#### 4. Gerechvaardigde beperkingen?

Met zijn besluit heeft de Eindhovense burgemeester de uitingsvrijheid trachten te beperken op basis van zijn openbare-ordebevoegdheden. Dit is in strijd met de grondwet.<sup>47</sup> Een beperking als neveneffect is toegestaan, maar een besluit met als doel het beperken van de uitingsvrijheid is verboden.<sup>48</sup>

De Afdeling heeft in *Sinterklaasoptocht in Amsterdam* bevestigd dat de burgemeester geen besluiten over de toelaatbaarheid van een evenement neemt aan de hand van de inhoud van uitingen. Ze sprak van een constitutioneel uitgangspunt.<sup>49</sup> Groen is het met deze uitspraak eens, omdat het voorkomen van discriminatie niet valt onder de openbare-ordebevoegdheid van de burgemeester.<sup>50</sup> Daar is 172 lid 3 ook niet voor bedoeld.<sup>51</sup>

### "De voorlopige voorziening had nooit afgewezen mogen worden"

De voorlopige voorziening had nooit afgewezen mogen worden. Met De Jong, Brouwer en Schilder acht ik het besluit van de burgemeester in strijd met het censuurverbod of in ieder geval met het verbod op beperkingen vanwege de inhoud door de lagere overheid.<sup>52</sup> Zelfs in de situatie dat ernstige openbare-ordeverstoring verwacht wordt vanwege tegenacties, moet de burgemeester er alles aan doen het evenement door te laten gaan. Alleen bij bestuurlijke overmacht, zoals een tekort aan politieagenten, kan de vrees voor wanordelijkheden een verbod rechtvaardigen.<sup>53</sup> Een verbod vanwege de inhoud van de toespraken is in strijd met het censuurverbod. Tegen strafbare uitingen mag slechts repressief opgetreden worden. De burgemeester had de toespraken niet mogen verbieden, maar had het aan de Officier van Justitie moeten overlaten om op het moment dat dergelijke uitingen werden gedaan, meteen in te grijpen.<sup>54</sup>

De huidige ontwikkelingen baren zorgen. Brouwer en Schilder waarschuwen voor totalitaire tendensen wanneer rechterlijke uitspraken als deze worden gedaan.<sup>55</sup> Zij uitten ook kritiek over een motie die het mogelijk moeten maken organisaties die haatpredikers uitnodigen of een podium geven te sanctioneren, waardoor indirect censuur wordt uitgeoefend.<sup>56</sup> Helaas is deze motie aangenomen.<sup>57</sup> Kennelijk is naast de voorzieningenrechter nu ook onze volksvertegenwoordiging vergeten wat artikel 7 Gw inhoudt. De eerste had deze zaak nog sneller kunnen afhandelen wanneer hij dit artikel had toegepast. ●

43. *Kamerstukken I 1990/91*, 19 403, nr. 64b, p. 16.

44. HR 28 november 1950, *NJ 1951*, 137 (*APV Tilburg*).

45. HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2051, *NJ 1996*, 728 (*Rasti Rostelli*).

46. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Haatpredikers, openbare orde en het censuurverbod', *NJB 2016/556* (online via Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 14-03-2016).

47. M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare orde-handhaving en de persoonlijke vrijheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 113.

48. M.A.D.W. de Jong, 'Commentaar op 172 Gemeentewet, in: T.D. Cammelbeeck & R. Nehmelman (red.), *Tekst & Commentaar Gemeentewet Provinciewet*, Deventer: Kluwer 2016 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 04-04-2016).

49. ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, AB 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder (*Sinterklaasoptocht in Amsterdam*).

50. L.C. Groen, 'Grondrechtelijke kaders voor de uitoefening van openbare-ordebevoegdheden', in: A.E.M. van den Berg, J. van der Grinten, A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orde-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 46.

51. G. Klompaker, A.M.M. Sluijters & J. Veenstra, *Inleiding Gemeentewet. Van wet naar praktijk* (Bestuurs-academie-reeks), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 141.

52. De M.A.D.W. de Jong, 'Commentaar op 172 Gemeentewet, in: T.D. Cammelbeeck & R. Nehmelman (red.), *Tekst & Commentaar Gemeentewet Provinciewet*, Deventer: Kluwer 2016 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 04-04-2016) en J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Haatpredikers, openbare orde en het censuurverbod', *NJB 2016/556* (online via Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 14-03-2016).

53. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Haatpredikers, openbare orde en het censuurverbod', *NJB 2016/556* (online via Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 14-03-2016).

54. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Haatpredikers, openbare orde en het censuurverbod', *NJB 2016/556* (online via Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 14-03-2016).

55. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Haatpredikers, openbare orde en het censuurverbod', *NJB 2016/556* (online via Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 14-03-2016).

56. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Haat zaaien is terecht strafbaar, maar pas als de haat is gezaaid', *NRC Handelsblad* 17 mei 2016 (online).

57. *Handelingen II 2015/16*, nr. 83, 17.



## Opmerking verdient... de promotie-obsessie

Een promotietraject doorlopen, doorloopt hebben of zullen doorlopen is voor het onderwyzend personeel aan de Nijmeegse rechtenfaculteit een vanzelfsprekendheid. Het schrijven van een X aantal pagina's over een belangwekkend onderwerp fungeert, naar de oningewijde maar dient aan te nemen, als een soort ontgroening. Eerst vier jaar verplichte zelfkastijding alvorens men zich gekwalificeerd mag achten om zich onbezwaard op de andere aspecten van het academisch bedrijf te mogen richten.

Dat is wat verdrietig voor het onderwijs. Afgestudeerde juristen die carrière willen maken in het zorg dragen voor een nieuwe generatie topjuristen (want die leveren we natuurlijk af), moeten zich de belangrijke vraag stellen of ze ook bereid zijn om een proefschrift te schrijven. Promo-

artikelbasis te promoveren, tot grote ontsteltenis van enkele oude rotten. Niettemin blijft de eis gehanteerd dat de promovendus zich op gegeven moment expert kan tonen in een uiterst specifiek onderwerp. De bekende one trick pony-problematiek.

Nu sta ik op zich niet negatief tegenover het schrijven van proefschriften. Wel vraag ik me af waarom het nu zo noodzakelijk zou zijn om een promotietraject te (hebben) doorstaan om goed onderwijs te kunnen geven. Puur juridisch-inhoudelijk bezien zijn werkgroepen namelijk zo lastig niet. Voor zover dat al wel het geval is, zet een proefschrift over, zeg, samenhangende overeenkomsten ook geen zoden aan de dijk. Een student uitleggen wat het verschil is tussen bezit en houderschap wordt er ook niet veel gemakkelijker op

### "Kan een docent niet academisch in de weer zijn zónder een proefschrift op zijn conto te (zullen) hebben staan?"

veren is immers nog altijd het uitgangspunt. Hier en daar wordt een docent tijdelijk aangesteld om een verlofleemte te vullen en soms worden onderzoeksmasterstudenten ingezet om werkgroepen te begeleiden, maar ongepromoveerde fulltime of nagenoeg fulltime docenten in vaste dienst zijn, in ieder geval in Nijmegen, dun gezaaid.

Nu kan eenvoudig worden tegengeworpen dat als een docent zijn pupillen wil opleiden tot verdienstelijke academici, de docent in kwestie zelf zijn kennis up-to-date moet houden en ervaring moet hebben met academische werkzaamheden. Natuurlijk is dat zo, maar is het schrijven van een proefschrift nu echt zo'n overtuigende proeve van bekwaamheid? Zou het niet kunnen zijn dat het een verouderd concept is, dat inmiddels best van zijn voetstuk mag worden gestoten? Sinds kort is voorzichtig de stap gezet om op

na het schrijven van 500 pagina's over het generale zekerheidsrecht in rechtshistorisch perspectief. Er zijn zelfs minpunten te noemen: het lijkt niet voor de hand te liggen dat de doctor-superspecialist in staat is om leermeester te worden van de zo begeerde T-shaped lawyer, naar verluid de jurist van de toekomst.

Kan een docent niet academisch in de weer zijn zónder een proefschrift op zijn conto te (zullen) hebben staan? Reeds gepromoveerde staf kan prima vooruit met het bewerken van commentaren, het lid zijn van redacties en commissies en het schrijven van preadviezen, boekbijdragen en/of artikelen. Waar is de ruimte voor de onderwijsenthousiaste onderzoeker die niet direct genegen is om te promoveren? Ja, die docenten lopen wel rond, maar het wervingsbeleid is allerm minst op ze afgestemd. Komt dat onderwijsland nu echt ten goede? ●

*Läfchen van Grunswick-Eijckaert*

**Niet mee eens?  
Aanvullingen of opmerkingen?**

**Mail ons je repliek naar  
info@actioma.eu!**

# Adverteren in Actioma is investeren in kennis.

**Actioma is het grootste juridische faculteitsblad van Nederland.** Alle Nijmeegse rechtenstudenten en faculteitsmedewerkers krijgen het ieder kwartaal toegestuurd. Het blad is gratis voor abonnees en daarom afhankelijk van financiële steun uit de juridische wereld.

**Uw bijdrage aan ons blad maakt onze bijdrage aan uw toekomst mogelijk.**

Neem voor meer informatie contact op met José Teekman via: [info@actioma.eu](mailto:info@actioma.eu)

