

Mr. J.W.H. Lemmen*

Vruchtgebruik als instrument voor de financieringspraktijk: een analyse van HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331 en een verkenning van de mogelijkheden

In onderhavige bijdrage wordt het oordeel van de Hoge Raad in HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331 aan een analyse onderworpen. In dit arrest staat het recht van vruchtgebruik centraal in het kader van een financieringsconstructie. Partijen hebben het recht van vruchtgebruik gevestigd op huurvorderingen met als doel hetgeen door inning van die vorderingen wordt ontvangen, toe te eigenen. De auteur oordeelt dat de Hoge Raad terecht tot de conclusie komt dat geen recht van vruchtgebruik tot stand komt, omdat het door partijen geschapen recht niet voldoet aan de wettelijke omschrijving van het recht van vruchtgebruik. Vervolgens bekijkt de auteur welke mogelijkheden het recht van vruchtgebruik dan wel had kunnen bieden aan de partijen. Daaruit blijkt dat ook de alternatieve constructies met het recht van vruchtgebruik verschillende obstakels meebrengen voor de financieringspraktijk. Een ‘klassieke’ cessie van de huurvorderingen lijkt vooralsnog de minst onzekere optie, ondanks dat ook de cessie welbekende beperkingen heeft.

1. INLEIDING

Het onderhavige arrest heeft betrekking op het recht van vruchtgebruik (artikel 3:201 e.v. BW). Dit beperkte recht is door de eigenaren van zogeheten antennelocaties gevestigd op vorderingen tot betaling van huurpenningen in verband met de investering van Telecom Vastgoed in de kasstromen van deze antennelocaties. Daarbij is in de vestigingsakte bepaald dat de huurpenningen als vruchten toekomen aan de investeringsmaatschappij als vruchtgebruiker (vgl. artikel 3:216 BW). In het arrest staat centraal of een dergelijk recht van vruchtgebruik geldig is, met name in het licht van het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten. In deze bijdrage wordt het voornoemde arrest aan een analyse onderworpen, waarbij tevens wordt stilgestaan bij een aantal alternatieven voor de constructie die partijen hebben gehanteerd. Dartoeworden eerst het feitencomplex en het oordeel van het hof en de Hoge Raad uiteengezet (par. 2). Vervolgens volgt een uiteenzetting van het juridisch kader, waarbij zowel het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten als het recht van vruchtgebruik en de bevoegdheden van een vruchtgebruiker worden besproken (par. 3). Aan de hand van dit kader wordt vervolgens het arrest geanalyseerd (par. 4). Daarbij komt een aantal alternatieven voor de door partijen gehanteerde constructie aan de orde. De bijdrage sluit af met een conclusie (par. 5).

2. DE FEITEN EN HET OORDEEL VAN DE HOGE RAAD

2.1. Het feitencomplex

KPN is een leverancier van telecommunicatiediensten. Voor de levering van deze diensten heeft KPN over het gehele land telecommunicatiemasten nodig. Deze telecommunicatiemasten worden geplaatst op antennelocaties. Om te kunnen beschikken over de antennelocaties, sluit KPN telkens huurovereenkomsten of overeenkomsten tot vestiging van een opstalrecht met gebruiksrecht met de grond- of gebouweigenaren (hierna: de eigenaren) van deze locaties. Op grond van deze overeenkomsten is KPN huurpenningen of retributies verschuldigd aan de eigenaren. Telecom Vastgoed investeert in deze kasstromen. Eerst betaalt Telecom Vastgoed een lumpsum aan de eigenaren. Vervolgens spreken Telecom Vastgoed en de eigenaren af dat eerstgenoemde gedurende een bepaalde periode gerechtigd is tot alle kasstromen in verband met de antennelocaties, waaronder tot de huurpenningen of retributies. Volgens het hof en de procureur-generaal komt deze constructie in economisch opzicht neer op

* Jeroen Lemmen is docent en PhD-candidate aan Tilburg University. Met dank aan Reinout Wibier, Nordine Lgarah en Wouter Nieuwestee voor hun commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

een *non-recourse loan*.¹ Dit is een Anglo-Amerikaanse financieringsvorm waarbij wordt afgesproken dat de kredietgever zich uitsluitend kan verhalen op (de waarde van) het onderpand van de lening – in dit geval: de kasstromen. De kredietgever kan zich dus niet verhalen op andere goederen van de kredietnemer.²

Om uitvoering te geven aan de hiervoor bedoelde constructie heeft Telecom Vastgoed met een aantal eigenaren overeenkomsten gesloten op grond waarvan notariële akten zijn verleden, met als kop ‘akte houdende de overeenkomst tot en de vestiging van een kwalitatieve verplichting en de vestiging van vruchtgebruik op huurpenningen’. De considerans van deze akten vermeldt dat Telecom Vastgoed de huurpenningen wenst te verkrijgen die voortvloeien uit de huurovereenkomsten tussen KPN en de eigenaren.³ Daartoe is een recht van vruchtgebruik gevestigd op de huurpenningen. In artikel 3 en artikel 4 van de – steeds vrijwel gelijklopende – akten is onder meer het volgende opgenomen:

‘Artikel 3

Het recht van vruchtgebruik rust op de periodieke huurpenningen, alsmede op alle andere geldelijke verplichtingen welke als vorderingsrechten van de Eigenaar voortvloeien uit de Huurovereenkomst.’

‘Artikel 4

Met betrekking tot het recht van vruchtgebruik gelden de volgende bepalingen:

a. Telecom Vastgoed heeft het recht om de goederen waarop het vruchtgebruik rust, te gebruiken, te verpanden en daarvan de vruchten te genieten. Telecom Vastgoed komen derhalve alle vruchten toe, die tijdens het vruchtgebruik afgescheiden of opeisbaar worden. Als vruchten worden beschouwd de goederen die als zodanig zijn omschreven in artikel 3:9 van het Burgerlijk Wetboek, waaronder in ieder geval begrepen de periodieke huurpenningen, alsmede alle andere geldelijke verplichtingen welke als vorderingsrechten voortvloeien uit de Huurovereenkomsten. (...)’⁴

Op grond van de bovenstaande artikelen is het recht van vruchtgebruik gevestigd op de periodieke huurpenningen. De huurpenningen zijn vervolgens ook aangemerkt als de vrucht, waardoor zij toekomen aan Telecom Vastgoed (vgl. artikel 3:216 BW). Telecom Vastgoed heeft de

huurpenningen vervolgens in rekening gebracht bij KPN. De huurpenningen zijn echter niet voldaan aan Telecom Vastgoed, maar aan de eigenaren. KPN meent namelijk dat geen sprake is van een rechtsgeldig gevestigd vruchtgebruik. Telecom Vastgoed vordert nu – kort gezegd – een verklaring voor recht dat KPN gehouden is al haar schulden in verband met de antennelocaties rechtstreeks te voldoen aan Telecom Vastgoed, alsmede veroordeling van KPN tot voldoening aan Telecom Vastgoed van de bestaande en toekomstige huurvorderingen ter zake van die locaties. De vorderingen zijn in eerste aanleg door de rechtbank toegewezen, met uitzondering van de vordering tot veroordeling van KPN tot voldoening aan Telecom Vastgoed van de toekomstige huurvorderingen.⁵

2.2. Het oordeel van het hof

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen alsnog afgewezen.⁶ Het hof meent dat in de akten geen rechtsgeldig recht van vruchtgebruik is gevestigd, althans dat de wijze waarop Telecom Vastgoed daaraan uitvoering wenst te geven, de toets der kritiek niet kan doorstaan.⁷ Daarbij stelt het hof voorop dat in beginsel niet is uitgesloten dat een recht van vruchtgebruik kan worden toegepast in financieringsconstructies. Er moeten dus bijkomende omstandigheden zijn voor de conclusie dat geen sprake is van een rechtsgeldige constructie.⁸ Die bijkomende omstandigheden zijn in dit geval aanwezig. In de vestigingsakte is bepaald dat het recht van vruchtgebruik rust op de huurpenningen, terwijl die penningen tevens worden aangemerkt als de vrucht. Volgens het hof is het echter onmogelijk dat goederen waarop een recht van vruchtgebruik rust, vruchten zijn van datzelfde goed – of anders gezegd: van zichzelf. Het hof wijst daarbij op artikel 3:213 tweede volzin BW.⁹ Op grond van deze bepaling rust het vruchtgebruik tevens op hetgeen door inning van aan vruchtgebruik onderworpen vorderingen wordt ontvangen. Bovendien wijst het hof op artikel 3:9 lid 2 BW. Dit artikel bepaalt dat burgerlijke vruchten de rechten zijn die volgens verkeersopvatting als vruchten van goederen worden aangemerkt. Het hof stelt dat huurpenningen van een onroerende zaak volgens (eenduidige) verkeersopvatting gelden als vruchten van de onroerende zaak. Dit impliceert volgens het hof dat de huurpenningen niet tevens kunnen worden aangemerkt als vruchten van het vorderingsrecht (lees:

1. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 2.4; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 1.1 onder iv.

2. Zie bijv. de definiëring door de *Internal Revenue Service*: apps.irs.gov/app/vita/content/36/36_02_020.jsp (laatst geraadpleegd op 22 december 2022).

3. Met een aantal eigenaren die met KPN geen huurovereenkomsten, doch overeenkomsten tot het vestigen van een opstalrecht met gebruiksrecht hebben gesloten, heeft Telecom Vastgoed vergelijkbare overeenkomsten gesloten. Deze akten zijn volgens de Hoge Raad – in essentie – gelijklopend aan de hier besproken akten met betrekking tot de huurovereenkomsten, zij het dat o.m. het begrip ‘huurpenningen’ is vervangen door ‘retributies’. Zie HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, r.o. 2.1 onder v. In het vervolg van deze bijdrage spreek ik voor het gemak telkens over ‘huurpenningen’. Ik doel daarmee tevens op de retributies.

4. Ontleend aan HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, r.o. 2.1 onder iv.

5. Rb. Den Haag 6 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1065. Over de toekomstige huurvorderingen overweegt de rechtbank dat deze nog niet bestaan, waardoor artikel 3:296 BW (betreffende de vordering tot nakoming) toepassing mist (r.o. 4.38-4.39).

6. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274.

7. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.1.

8. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.2.

9. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.3.

van zichzelf).¹⁰ De bevoegdheid van artikel 3:216 tweede volzin BW, inhoudende dat bij de vestiging van het vruchtgebruik nader kan worden bepaald wat met betrekking tot het vruchtgebruik als vrucht moet worden beschouwd, maakt dat niet anders. Deze bevoegdheid is ingevoerd met het oog op situaties waarover gelet op de verkeersopvatting onzekerheid kan bestaan. Van die onzekerheid is bij huurpenningen van een onroerende zaak geen sprake.¹¹ Het hof acht de invulling van het begrip ‘vrucht’ dus onverenigbaar met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten.¹²

Voor de akten waarin geen verteringsrecht (vgl. artikel 3:215 BW) is opgenomen,¹³ betekent dit dat de geïnde huurpenningen aan de eigenaren blijven toebehoren. De vruchtgebruiker mag slechts de vruchten van deze huurpenningen genieten, zoals de door KPN verschuldigde rente. Dit is volgens het hof klaarblijkelijk niet de bedoeling van partijen. Telecom Vastgoed wenst betaald te worden op haar eigen rekening, waardoor de huurpenningen door vermenging in haar eigen vermogen vloeien.¹⁴ Het gesloten stelsel van het goederenrecht verzet zich echter tegen een dergelijk vruchtgebruik. Dit impliceert volgens het hof dat Telecom Vastgoed niet met een beroep op artikel 3:210 BW betaling van de huurpenningen kan vorderen, waardoor de rechtsgrond aan die vordering komt te ontvallen.¹⁵ Telecom Vastgoed moet zich tot de eigenaren wenden voor (door)betaling van de huurpenningen.

2.3. Het oordeel van de Hoge Raad

Het cassatiemiddel bevat vier onderdelen. Aangezien de Hoge Raad de meeste klachten verworpt met een beroep op artikel 81 Wet RO,¹⁶ wordt in deze bijdrage uitsluitend stilgestaan bij het eerste onderdeel van het middel. Dit onderdeel richt zich tegen het oordeel van het hof dat geen rechtsgeldig recht van vruchtgebruik is gevestigd. Het onderdeel betoogt dat voor het antwoord op de vraag of een rechtsgeldig recht van vruchtgebruik is gevestigd, beslissend is of hetgeen partijen zijn overeengekomen zich laat kwalificeren als vruchtgebruik en of aan de vestigingseisen is voldaan. Daarbij geldt dat de contractsvrijheid meebrengt dat een vruchtgebruik mag worden ingericht zoals partijen dat wensen, zolang dit niet in strijd komt met het wezen van het vruchtgebruik. Het oordeel van het hof kan, aldus het onderdeel, echter niet de conclusie dragen dat geen sprake is van een rechtsgeldig recht van vruchtgebruik.

De Hoge Raad gaat niet mee in deze redenering:

‘3.2

Art. 3:201 BW bepaalt dat vruchtgebruik het recht geeft om goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken

en daarvan de vruchten te genieten. Hetgeen door inning van aan vruchtgebruik onderworpen vorderingen wordt ontvangen, behoort aan de hoofdgerechtigde toe en is eveneens aan het vruchtgebruik onderworpen (art. 3:213 lid 1 BW). Uit deze bepalingen vloeit voort dat het recht van vruchtgebruik op vorderingen niet kan dienen om zich hetgeen door inning van die vorderingen wordt ontvangen, toe te eigenen. Dat zou immers erop neerkomen dat het geïnde tegelijkertijd het goed is waarop het vruchtgebruik rust en de vrucht. Het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten brengt mee dat geen recht van vruchtgebruik kan worden gevestigd dat niet aan de wettelijke omschrijving voldoet.

3.3

Het hof heeft niet miskend dat beslissend is of hetgeen partijen zijn overeengekomen zich als vruchtgebruik laat kwalificeren. Het hof heeft die vraag onder ogen gezien en ontkennend beantwoord. Gelet op wat hiervoor in 3.2 is overwogen, is juist het oordeel van het hof dat in de Akten geen rechtsgeldig vruchtgebruik is gevestigd omdat daarin is bepaald dat hetgeen wordt geïnd op de aan Telecom Vastgoed in vruchtgebruik gegeven vorderingen, als vrucht aan Telecom Vastgoed toekomt. De hiervoor in 3.1 weergegeven klachten falen derhalve.¹⁷

De Hoge Raad oordeelt dus op vergelijkbare wijze als het hof. Hetgeen door inning van aan vruchtgebruik onderworpen vorderingen wordt ontvangen, is eveneens onderworpen aan het recht van vruchtgebruik (artikel 3:213 lid 1 tweede volzin BW). Een goed waarop het recht van vruchtgebruik rust, kan echter niet (ook) de vrucht zijn. Om die reden konden de eigenaren en Telecom Vastgoed niet in de akten bepalen dat het geïnde wordt beschouwd als de vrucht. Het door deze partijen geschapen recht voldoet hierdoor niet aan de wettelijke omschrijving van het recht van vruchtgebruik, met als gevolg dat het recht niet tot stand komt.

3. JURIDISCH KADER

3.1. Het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten

Het goederenrecht kent een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten. Voor wat betreft beperkte rechten brengt dit stelsel mee dat zowel (1) het aantal beperkte rechten als (2) de inhoud van deze rechten gebonden is aan wettelijke beperkingen. De ratio van het gesloten stelsel moet worden gevonden in de rechtszekerheid en de belangen van derden. Goederenrechtelijke rechten werken namelijk *erga omnes* (jegens eenieder). Juist om die reden moeten derden, die vaak geen kennis hebben van de rechtsverhouding van verschillende partijen ten aanzien van een goed, erop kunnen vertrouwen dat het

10. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.6.

11. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.6.

12. Zie in die zin ook R. Bobbink, annotatie bij Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, *JOR* 2021/159, par. 4.

13. Later in deze bijdrage (par. 4.2) wordt in uitgebreidere zin stilgestaan bij de bevoegdheid tot vervreemding en vertering (artikel 3:215 BW).

14. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.5.

15. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.9.

16. HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, r.o. 3.4.

17. HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, r.o. 3.2-3.3.

desbetreffende goed niet bezwaard is met beperkte rechten van een andere aard of inhoud dan de wet toelaat.¹⁸

Het eerste element van het gesloten stelsel is neergelegd in artikel 3:81 lid 1 BW. In dit artikel is bepaald dat degene aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, binnen de grenzen van dat recht ‘de in de wet genoemde beperkte rechten’ kan vestigen. Dit betekent dat een door partijen geschapen beperkt recht slechts tot stand komt – of anders gezegd: goederenrechtelijke werking heeft – als dat recht onder de definitie van een in de wet genoemd beperkt recht kan worden gebracht.¹⁹ Aan andere dan de in de wet genoemde beperkte rechten kan dus geen goederenrechtelijke werking toekomen.²⁰ Met betrekking tot het tweede element van het gesloten stelsel geldt bovendien dat de wetsbepalingen die invulling geven aan beperkte rechten telkens dwingend recht bevatten, voor zover uit de wet niet het tegendeel blijkt.²¹ Op dit punt is het stelsel dus niet volledig gesloten. Partijen hebben namelijk een bepaalde mate van vrijheid bij de inrichting van een beperkt recht, en wel voor zover de wet een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat of op gebieden waaromtrent de wet geen regeling geeft.²² Waar de wet een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat, maakt de wetgever veelal gebruik van zinsneden als ‘tenzij bij de vestiging anders is bepaald’ of ‘voor zover niet in de akte van vestiging anders is bepaald’.²³

Maar zelfs als de wet uitdrukkelijk een afwijkende regeling toelaat of op gebieden waaromtrent de wet geen regeling geeft, kunnen partijen niet alles deel uit laten maken van het door hen geschapen beperkte recht. In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat bevoegdheden en verplichtingen slechts tot de inhoud van het beperkte recht kunnen worden gemaakt, indien zij een zodanig verband hebben met het beperkte recht dat een gelijke

behandeling gerechtvaardigd is.²⁴ Dit vereiste wordt in de literatuur aangeduid als het ‘voldoendeverbandvereiste’.²⁵ In rechtspraak van (de belastingkamer van) de Hoge Raad vindt men verschillende uitwerkingen van het voldoendeverbandvereiste.²⁶ Zo is wel overwogen dat een tussen partijen overeengekomen beding niet in strijd mag komen met het wezen van het beperkte recht.²⁷ Ook heeft de Hoge Raad overwogen dat toegekende bevoegdheden in zodanig verband moeten staan met de bevoegdheden die de rechthebbende ‘naar de aard van het beperkte recht’ toekomen dat het gerechtvaardigd is die bevoegdheden als onderdeel van dat recht te behandelen.²⁸ Wat verder ook van het abstracte voldoendeverbandvereiste zij,²⁹ duidelijk is dat de wetgever niet wenst dat goederenrechtelijke werking toekomt aan bevoegdheden en verplichtingen die geen verband houden met (de wezenskenmerken van³⁰) het beperkte recht.³¹ Wordt door middel van de aanvullende bevoegdheden en verplichtingen van de beperkt gerechtigde zozeer van de wettelijke begripsomschrijving afgeweken dat het wezen van het beperkte recht ontbreekt, dan komt dat beperkte recht niet tot stand.³²

3.2. Het recht van vruchtgebruik en de bevoegdheden van een vruchtgebruiker

Het recht van vruchtgebruik is een beperkt recht dat zowel op zaken als vermogensrechten kan rusten. Hoewel de wet het recht van vruchtgebruik niet definieert, is in artikel 3:201 BW bepaald welke bevoegdheden uit dit recht voortvloeien. De vruchtgebruiker heeft het recht goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten. Als wezenskenmerken – of anders gezegd: de kernelementen – van een recht van vruchtgebruik worden daarom ook wel aangemerkt (i) het recht andermans goederen te gebruiken (*usus*) en (ii) het

-
18. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/33; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.3. Zie voor een uitgebreidere analyse bovendien T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 287 e.v.
19. T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 3; E.F. Verheul, ‘Vruchtgebruik op verhuurde zaken. Reactie op “Vruchtgebruik op verhuurde zaken: grof geschut voor de financieringspraktijk of een brug te ver?” van mr. W.H.B.K. Nieuwesteeg in WPNR 2019/7258’, *WPNR* 2020, afl. 7280, p. 322; H.J. Sniijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 393. Zie specifiek ten aanzien van het recht van erfpacht bovendien T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 308.
20. Aan deze afspraken komt echter wel verbintenisrechtelijke werking toe, tenzij de wet anders bepaalt. Zie Sniijders & Rank-Berenschot 2022, p. 393; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331.
21. Struycken 2007, p. 383; Verheul 2020, p. 322; Sniijders & Rank-Berenschot 2022, p. 393.
22. T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 3.
23. Sniijders & Rank-Berenschot 2022, p. 393. Zie ter illustratie het nog te bespreken artikel 3:210 BW (par. 3.2).
24. T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 3.
25. Zie hierover o.m. Struycken 2007, par. 6.5; A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 258 e.v.; Sniijders & Rank-Berenschot 2022, p. 393.
26. Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze rechtspraak Struycken 2007, par. 6.5.2.
27. HR 16 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5907, *NJ* 1977/399, m.nt. W.M. Kleijn. Vgl. ook Struycken 2007, p. 396, volgens wie voor ieder type beperkt recht de wezenskenmerken moeten worden vastgesteld.
28. HR 11 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC1886, *NJ* 1982/76, m.nt. W.M. Kleijn.
29. Struycken spreekt van het ‘rijkelijk vage vereiste van voldoende verband’. Zie Struycken 2007, p. 394.
30. Deze term is ontleend aan Struycken 2007, p. 395-396.
31. Zie ook conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.6.
32. Struycken 2007, p. 397-398; Verheul 2020, p. 322; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.6.

recht van die goederen de vruchten te genieten (*fructus*).³³ Beide bevoegdheden zijn in de wet nader uitgewerkt.

Het eerste kernelement, namelijk het gebruiksrecht, is uitgewerkt in artikel 3:207 e.v. BW. In artikel 3:207 lid 1 BW is bepaald dat een vruchtgebruiker de aan vruchtgebruik onderworpen goederen mag gebruiken of verbruiken overeenkomstig de bij de vestiging van het vruchtgebruik gestelde regels of, bij gebreke van zodanige regels, met inachtneming van de aard van de goederen en de ten aanzien van het gebruik of verbruik bestaande plaatselijke gewoonten.³⁴ In artikel 3:207 lid 2 BW is vervolgens bepaald dat een vruchtgebruiker ook bevoegd is tot alle handelingen die tot een goed beheer van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen dienstig kunnen zijn. Tot overige handelingen zijn de hoofdgerechtigde en de vruchtgebruiker slechts tezamen bevoegd. De beheersbevoegdheid bij een vruchtgebruik op vorderingen is nader uitgewerkt in artikel 3:210 BW. De vruchtgebruiker is onder meer exclusief bevoegd tot het in en buiten rechte nakoming eisen van aan vruchtgebruik onderworpen vorderingen en het in ontvangst nemen van betalingen, tenzij bij de vestiging anders is bepaald (artikel 3:210 lid 1 BW). De inningsbevoegdheid rust dus bij de vruchtgebruiker.

Het is voor de nog te bespreken analyse (par. 4) belangrijk te vermelden dat de vruchtgebruiker niet tot het geïnde gerechtigd is. In artikel 3:213 lid 1 BW is onder meer bepaald dat hetgeen door inning van aan vruchtgebruik onderworpen vorderingen wordt ontvangen eveneens is onderworpen aan het vruchtgebruik. Dit wordt substitutie genoemd.³⁵ In het kader van deze substitutieregeling moet bovendien kort worden stilgestaan bij artikel 3:211 lid 2 BW. Indien het geïnde slechts bestaat uit goederen

die naar hun soort zijn aangeduid, zoals geld,³⁶ is de vruchtgebruiker verplicht deze goederen afgescheiden te houden van zijn overige vermogen. Deze verplichting dient om te voorkomen dat de vruchtgebruiker rechthebbende wordt van het geïnde door vermenging.³⁷ Bij girale betaling van een vordering brengt dit mee dat, hoewel van vermenging in de hiervoor bedoelde zin geen sprake is, de vruchtgebruiker de vordering moet innen op een rekening die op naam van de hoofdgerechtigde staat. Indien de vruchtgebruiker de vordering int op een eigen rekening, is de vruchtgebruiker namelijk rechthebbende van de vordering op de bank. Het vruchtgebruik op het geïnde komt dan niet tot stand in verband met artikel 3:81 lid 2 onder e BW.³⁸

Het tweede kernelement van een vruchtgebruik is het recht op vruchttrekking (artikel 3:216 BW). Dit recht houdt in dat de vruchtgebruiker alle vruchten toekomen, die tijdens het vruchtgebruik afgescheiden of opeisbaar worden.³⁹ Hiermee rijst direct de vraag wat 'vruchten' zijn. Dit begrip wordt in de literatuur uitgelegd als de opbrengsten die goederen met behoud van hun substantie (min of meer regelmatig) voortbrengen.⁴⁰ In artikel 3:9 BW is een nader onderscheid gemaakt tussen natuurlijke vruchten en burgerlijke vruchten. Het belangrijkste verschil is dat natuurlijke vruchten afkomstig zijn van andere zaken en dat burgerlijke vruchten afkomstig zijn van goederen. Voor beide soorten vruchten geldt volgens artikel 3:9 BW dat naar verkeersopvatting bepaald dient te worden of iets een vrucht is van een ander(e) zaak of van een goed. Zo worden de in dit arrest aan de orde zijnde huurpenningen volgens (eenduidige) verkeersopvatting beschouwd als burgerlijke vruchten van de verhuurde onroerende zaak.⁴¹ In artikel 3:216 tweede volzin BW is voorts bepaald dat bij de vestiging van het vruchtgebruik

33. Zie over deze bevoegdheden als kernelement van het recht van vruchtgebruik o.m. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 641; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 650; Struycken 2007, p. 396-397; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/262, 282-283 en 289 e.v.; P.C. van Es, *Vruchtgebruik* (Monografieën BW nr. B10), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 1 e.v.; Verheul 2020, p. 322; R. Bobbink, *Antichresis en pandgebruik* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 388; Sniijders & Rank-Berenschot 2022, p. 542-543; L.C.M. Admiraal, 'Vruchtgebruik als complementair financieringsinstrument', *WPNR* 2022, afl. 7372, p. 421. Zie tot slot conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.8.
34. Voor wat betreft verbruikbare goederen moet met name gedacht worden aan brandstoffen of eet- en drinkwaren. Zie T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 639. Door verbruik gaan de goederen teniet, waardoor het vruchtgebruik op deze goederen eindigt (artikel 3:81 lid 2 onder a BW). Er wordt echter nog steeds aangenomen dat in de aard van het vruchtgebruik besloten ligt dat het vruchtgebruikvermogen zoveel mogelijk in stand moet blijven. Zie T.J. Mellema-Kranenburg, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:201 BW, aant. 1; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.9.
35. Zie o.m. M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam 2001, p. 91 e.v.; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/298; Van Es 2020, nr. 45; Sniijders & Rank-Berenschot 2022, p. 544. De term 'zaaksvervanging' wordt ook gebruikt, maar deze term is volgens meerdere auteurs minder zuiver. De vervanging kan immers ook betrekking hebben op vermogensrechten.
36. W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp (red.), *Pitlo 3 – Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 563; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.11.
37. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, p. 563. Bij zaken heeft dit te maken met het feit dat de eigenaar waarschijnlijk niet slaagt in het weerleggen van de bewijsvermoedens van artikel 3:109 BW en artikel 3:119 BW. Zie ter illustratie HR 12 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC2286, NJ 1968/274 (*Teixeira de Mattos*).
38. Als de rekening op naam van de vruchtgebruiker staat, is hij rechthebbende van de vordering op de bank. Vgl. HR 23 september 1994, NJ 1996/461 (*Kas Associatie/Drying*); HR 13 juni 2003, NJ 2004/196 (*Beatrixziekenhuis/ProCall*). Dit leidt ertoe dat de rechthebbende van de vordering op de bank en de vruchtgebruiker dezelfde persoon zijn (artikel 3:81 lid 2 onder e BW). Zie ook A. Steneker, 'Girale substitutie', *NTBR* 2004/66, p. 352; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/298a; Van Es 2020, nr. 46 en 51; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.11.
39. Zie met betrekking tot de natuurlijke vruchten ook artikel 5:17 BW.
40. Zie o.m. T.J. Mellema-Kranenburg, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:216 BW, aant. 1; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/77; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/289; Van Es 2020, nr. 23; Sniijders & Rank-Berenschot 2022, p. 36.
41. Zie o.m. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 95; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/289a; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, p. 561; Van Es 2020, nr. 23 en 26; Assers/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/78; Sniijders & Rank-Berenschot 2022, p. 36. Zie ook conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.13.

nader kan worden bepaald wat met betrekking tot het vruchtgebruik als vrucht moet worden beschouwd. Deze bepaling is door de wetgever ingevoerd, omdat '(...) het vaak onzeker is wanneer een voordeel als vrucht beschouwd moet worden'.⁴² In de literatuur staat ter discussie of partijen met een afspraak in de zin van artikel 3:216 tweede volzin BW kunnen afwijken van een eenduidige verkeersopvatting. Daarbij wordt overwegend aangenomen dat aan een dergelijke partijafpraak geen goederenrechtelijke werking toekomt, indien naar verkeersopvatting volstrekt helder is dat iets niet als vrucht kan worden aangemerkt en dus geen sprake is van de door de wetgever bedoelde onzekerheid.⁴³

Uit de zojuist uiteengezette kernelementen van het recht van vruchtgebruik komt naar voren dat de aan vruchtgebruik onderworpen goederen enerzijds en de vruchten anderzijds verschillende vermogensbestanddelen zijn, die ook aan verschillende rechthebbenden toebehoren.⁴⁴ De bevoegdheid tot gebruik of verbruik van de aan vruchtgebruik onderworpen goederen heeft namelijk betrekking op goederen die *aan een ander dan de vruchtgebruiker* toebehoren (artikel 3:201 BW). De vruchten komen daarentegen toe aan de vruchtgebruiker (artikel 3:216 BW). Vruchten zijn bovendien altijd voortbrengselen van *andere* goederen.⁴⁵ Dit alles betekent – anders gezegd – dat partijen niet kunnen overeenkomen dat de aan vruchtgebruik onderworpen goederen tevens hebben te gelden als de vrucht. Door middel van een dergelijke bepaling probeert de vruchtgebruiker namelijk in essentie de aan vruchtgebruik onderworpen goederen toe te eigenen, hetgeen in strijd is met de wezenskenmerken van het vruchtgebruik.⁴⁶ Het voorgaande komt – al dan niet impliciet – op meerdere plekken tot uitdrukking in de wet, aangezien veel van de bepalingen zijn gericht op het zoveel mogelijk in stand houden van het vruchtgebruikvermogen.⁴⁷ Daarbij kan onder meer worden gewezen op de reeds besproken substitutieregeling van artikel 3:213 BW, op grond waarvan het geïnde ook is onder-

worpen aan een vruchtgebruik en dus niet (als vrucht) kan toekomen aan de vruchtgebruiker.⁴⁸ Daarnaast kan worden gewezen op artikel 3:225 BW. Na het eindigen van het vruchtgebruik rust op de vruchtgebruiker of zijn rechtverkrijgenden de verplichting de aan vruchtgebruik onderworpen goederen ter beschikking van de hoofdgerechtigde te stellen.

Op de omstandigheid dat de vruchtgebruiker de aan vruchtgebruik onderworpen goederen niet kan toe-eigenen bestaat – zij het indirect – één uitzondering. In artikel 3:215 BW is bepaald dat aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid kan worden gegeven tot gehele of gedeeltelijke vervreemding en vertering van de aan vruchtgebruik onderworpen goederen.^{49, 50} De hoofdgerechtigde kan weliswaar bij het einde van het vruchtgebruik afgifte vorderen van de in vruchtgebruik gegeven goederen of hetgeen daarvoor in de plaats is getreden (vgl. artikel 3:225 BW), maar slechts voor zover de vruchtgebruiker of zijn rechtverkrijgenden niet bewijzen dat die goederen verterd of door toeval tenietgegaan zijn. Door middel van de bevoegdheid tot vervreemding en vertering kan een vruchtgebruiker de aan vruchtgebruik onderworpen goederen dus toch (indirect) in zijn vermogen laten vloeien. Daarbij geldt dat de bevoegdheid tot vervreemding en vertering een samenstel van bevoegdheden is. De vruchtgebruiker is slechts bevoegd tot vervreemding gevolgd door vertering.⁵¹ Dit betekent dat de vruchtgebruiker het goed eerst bevoegdlijk moet vervreemden, dan de opbrengst daarvan moet verteren én naderhand moet slagen in het leveren van bewijs daarvan.⁵² De bevoegdheid tot vervreemding en vertering druist in tegen de gedachte dat het vruchtgebruikvermogen zoveel mogelijk in stand moet blijven.⁵³ De wetgever heeft de insteller van een vruchtgebruik echter de mogelijkheid willen geven het belang van de vruchtgebruiker te laten prevaleren boven dat van de hoofdgerechtigde(n). Volgens de wetgever kan de bevoegdheid nuttig werken, indien de insteller de vruchtgebruiker – vaak de langstlevende

42. T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 667.

43. Zie Van Es 2020, nr. 23; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/77; B. van der Wal, *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, art. 3:216 BW, aant. 2; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.14. Zie in andere zin S.E. Bartels, 'De afgesproken vrucht', *NTBR* 2008/52, p. 425; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/289b.

44. Zie conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.15 en R. Bobbink, annotatie bij Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, *JOR* 2021/159, par. 6.

45. Zie artikel 3:9 lid 1 BW. Zie voorts Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/77 en R. Bobbink, annotatie bij Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, *JOR* 2021/159, par. 6.

46. Vgl. HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, r.o. 3.2 en conclusie E.B. Rank-Berenschot, par. 2.15.

47. Zie ook conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.15.

48. Zie over de strekking van de substitutieregeling ook Van Gaalen 2001, p. 145-146.

49. Blijkens artikel 3:215 lid 2 BW kunnen bij de verlening van deze bevoegdheid een of meer personen worden aangewezen, wier toestemming voor de vervreemding en vertering nodig is.

50. Artikel 3:212 BW bevat eveneens een vervreemdingsbevoegdheid, maar deze wordt gevolgd door een verplichting van de vruchtgebruiker tot (her)belegging van de koopsom (artikel 3:214 BW). Bij de bevoegdheid tot vervreemding en vertering (artikel 3:215 BW) is de vruchtgebruiker van deze verplichting ontheven. Deze vruchtgebruiker mag dus hetgeen verkregen is, uitgeven. Zie T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 664; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/288; Van Es 2020, nr. 43.

51. Artikel 3:215 BW spreekt immers over 'vervreemding én vertering'. Zie bovendien E.B. Berenschot, 'Enige aspecten van de plaats van het vruchtgebruik in het vermogensrechtelijk systeem', *WPNR* 1985, afl. 5730, p. 178; T.J. Mellema-Kranenburg, 'Vruchtgebruik algemeen', in: T.J. Mellema-Kranenburg e.a., *Vruchtgebruik* (preadviezen KNB 1999), Lelystad: Vermande 1999, p. 32; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.12. Vgl. ook Van Es 2020, nr. 36, waar hij spreekt over 'vervreemding gevolgd door verteren'.

52. Vgl. conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 3.15. Indien de vruchtgebruiker niet slaagt in het leveren van bewijs van de vertering, kan de hoofdgerechtigde bij het einde van het vruchtgebruik een vergoeding vorderen van de waarde van de vruchtgebruikgoederen die zich niet meer in het vruchtgebruikvermogen bevinden (artikel 3:215 lid 1 BW).

53. Van Es 2020, nr. 43.

echtgenoot⁵⁴ – in staat wil stellen ‘(...) dat hij op een bepaalde voet kan leven’.⁵⁵ In de literatuur wordt de figuur van een vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid als atypisch beschouwd.⁵⁶

4. ANALYSE

Op grond van het zojuist geschetste kader valt eigenlijk geen speld tussen het oordeel van de Hoge Raad te krijgen. De eigenaren en Telecom Vastgoed hebben een recht van vruchtgebruik gevestigd op de periodieke huurpenningen die KPN verschuldigd is aan de eigenaren. Tegelijkertijd hebben partijen de periodieke huurpenningen aangemerkt als vrucht (van zichzelf), waardoor deze huurpenningen aan Telecom Vastgoed zouden toekomen (artikel 3:216 BW). Telecom Vastgoed wenste dan ook betaald te worden op haar eigen rekening. Een dergelijke betaling zou tot gevolg hebben dat het geïnde niet onderworpen is aan het vruchtgebruik, ondanks de substitutieregeling van artikel 3:213 BW.⁵⁷

Deze constructie voldoet echter niet aan de wettelijke omschrijving van het recht van vruchtgebruik. De vruchtgebruiker heeft bij aan vruchtgebruik onderworpen vorderingen weliswaar de exclusieve inningsbevoegdheid (artikel 3:210 BW),⁵⁸ maar hij is niet gerechtigd tot het geïnde. Het geïnde is op grond van de substitutieregeling juist ook onderworpen aan het vruchtgebruik (artikel 3:213 BW). Een wezenskenmerk van het vruchtgebruik is nu juist dat de aan vruchtgebruik onderworpen goederen toebehoren *aan een ander dan de vruchtgebruiker* (artikel 3:201 BW). Na het eindigen van het vruchtgebruik rust op de vruchtgebruiker of zijn rechtverkrijgenden de verplichting deze goederen weer ter beschikking van de hoofdgerechtigde te stellen (artikel 3:225 BW). Daarmee is uitgesloten dat het aan vruchtgebruik onderworpen geïnde (tevens) aan de vruchtgebruiker kan toekomen als vrucht. Het voorgaande blijkt tevens uit het feit dat een vrucht altijd een voortbrengsel is van een *ander* goed.⁵⁹ Het geïnde kan dus niet tegelijkertijd het aan

vruchtgebruik onderworpen goed als de vrucht zijn.⁶⁰ De Hoge Raad overweegt terecht dat uit de hiervoor genoemde bepalingen voortvloeit dat het recht van vruchtgebruik op vorderingen niet kan dienen om zich hetgeen door inning van die vorderingen wordt ontvangen, toe te eigenen.⁶¹ Een dergelijk recht van vruchtgebruik voldoet niet aan de wettelijke omschrijving, waardoor dat recht niet tot stand komt.⁶² De bevoegdheid om bij de vestiging van het vruchtgebruik nader te bepalen wat met betrekking tot het vruchtgebruik als vrucht moet worden beschouwd (artikel 3:216 laatste volzin BW), maakt het voorgaande niet anders. Hoewel de Hoge Raad niet op deze bevoegdheid ingaat, overwoog het hof al terecht dat deze in het leven is geroepen voor situaties waarover gelet op de verkeersopvatting onzekerheid kan bestaan. Het hof overwoog tevens terecht dat van een dergelijke onzekerheid geen sprake is ten aanzien van huurpenningen.⁶³ Artikel 3:216 laatste volzin BW kan Telecom Vastgoed dus niet baten.⁶⁴

Het voorgaande doet de vraag rijzen hoe Telecom Vastgoed en de eigenaren de financieringsconstructie dan wel hadden kunnen vormgeven om het door hun gewenste doel – betaling van de huurvorderingen op de eigen rekening van Telecom Vastgoed – te bereiken. Om de basis te leggen voor een beantwoording van deze vraag, wordt in deze bijdrage stilgestaan bij drie alternatieve constructies. Eerst wordt ingegaan op een cessie van de huurvorderingen (par. 4.1). Daarna wordt ingegaan op een recht van vruchtgebruik op de huurvorderingen met een bevoegdheid tot vervreemding en vertering (artikel 3:215 BW) (par. 4.2). Tot slot wordt ingegaan op een recht van vruchtgebruik op de antennelocaties (par. 4.3).⁶⁵

4.1. Cessie van de huurvorderingen

Het meest voor de hand liggende alternatief is de overdracht van de huurvorderingen door cessie (artikel 3:84 jo. artikel 3:94 BW). Door overdracht van de vorderingen op naam door cessie wordt de cessionaris, Telecom Vastgoed, rechthebbende van de vorderingen. Dit heeft

54. Zie conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.12. De bevoegdheid tot vervreemding en vertering heeft dus een erfrechtelijke achtergrond. Zie ook T.J. Mellema-Kranenburg, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:215 BW, aant. 1.

55. T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 664.

56. Mellema-Kranenburg 1999, p. 33; T.J. Mellema-Kranenburg, ‘Vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid: een contradictio in terminis?’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw* (bundel H.J. Snijders), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 313-321; Van Es 2020, nr. 36 en 43.

57. Vgl. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.5; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 3.15. Telecom Vastgoed is dan immers rechthebbende van de vordering op de bank, waardoor zij niet tegelijkertijd vruchtgebruiker kan zijn (artikel 3:81 lid 2 onder e BW).

58. Deze inningsbevoegdheid kan overigens bij akte worden uitgesloten (artikel 3:210 lid 1 BW).

59. Zie artikel 3:9 lid 1 BW. Zie voorts Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/77 en R. Bobbink, annotatie bij Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, *JOR* 2021/159, par. 6.

60. Vgl. HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, r.o. 3.2.

61. HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, r.o. 3.2.

62. HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, r.o. 3.2.

63. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.6. Dat van die onzekerheid geen sprake is, blijkt o.m. uit het feit dat huurvorderingen in de literatuur altijd worden aangemerkt als vrucht van de onroerende zaak. Zie o.m. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/289a; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, p. 561; Van Es 2020, nr. 23 en 26; Assers/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/78; Snijders & Rank-Berenschot 2022, p. 36.

64. Vgl. ook Van Es 2020, nr. 23; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/77; B. van der Wal, *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, art. 3:216 BW, aant. 2; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.14 en 3.45.

65. Zie voor verbintenisrechtelijke alternatieven bovendien R.M. Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007 en voor het geval waarbij het vruchtgebruik zou worden gevestigd op de huurovereenkomst de annotatie van Struycken (onder 8 en 9) bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, *JOR* 2023/22, m.nt. T.H.D. Struycken.

tot gevolg dat de debiteur slechts bevrijdend kan betalen aan de cessionaris, mits de cessie is medegedeeld aan de debiteur.⁶⁶ Via dit alternatief kan dus bewerkstelligd worden dat Telecom Vastgoed betaling van de huurpenningen op haar eigen rekening kan vorderen.

Aan de cessie van huurvorderingen kleefde echter een welbekend nadeel voor partijen als Telecom Vastgoed. De Hoge Raad heeft overwogen dat huurvorderingen voor nog niet verschenen huurtermijnen toekomstige vorderingen zijn.⁶⁷ Aangezien deze huurvorderingen pas ontstaan als de huurtermijn eenmaal verschenen is, behoren deze vorderingen pas op dat moment tot het vermogen van de verhuurder. Een gevolg hiervan is dat de verhuurder de voor overdracht benodigde leveringshandeling slechts bij voorbaat kan verrichten (artikel 3:97 BW).⁶⁸ De overdracht van deze vorderingen komt dus pas tot stand zodra de vordering ook daadwerkelijk ontstaat. Pas op dat moment wordt de verhuurder immers beschikkingsbevoegd (artikel 3:84 BW). Voor partijen als Telecom Vastgoed ontstaat echter een probleem, indien de huurvorderingen pas ontstaan na het mogelijke faillissement van de verhuurder. Het faillissement leidt namelijk tot beschikkingsonbevoegdheid van de verhuurder (artikel 23 Fw). Dit heeft tot gevolg dat de overdracht van de vorderingen niet tot stand kan komen voor huurtermijnen die op het moment van faillietverklaring nog niet verschenen zijn (artikel 35 lid 2 Fw).⁶⁹ Mede om die reden hebben Telecom Vastgoed en de eigenaren niet voor een cessie gekozen.⁷⁰

4.2. Recht van vruchtgebruik met de bevoegdheid tot vervreemding en vertering

Een tweede, door Telecom Vastgoed ook gebruikt alternatief is de vestiging van een recht van vruchtgebruik op de huurvorderingen, waarbij aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid wordt gegeven tot vervreemding en vertering van de aan vruchtgebruik onderworpen goederen (artikel 3:215 BW).⁷¹ Het hof heeft zijn oordeel namelijk toegespitst op de akten waarin geen verteringsrecht is opgenomen.⁷² Bobbink schrijft in zijn noot dat Telecom Vastgoed dus nog wel belang heeft bij de huurvorderingen die bezwaard zijn met een recht van vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid. Hij stelt daarbij dat Telecom Vastgoed alsnog de waarde van die vorderingen in haar vermogen zou kunnen krijgen door deze huurvorderingen te innen en vervolgens te verteren in de zin van artikel 3:215 BW.⁷³ Hoewel de Hoge Raad deze mogelijkheid niet bespreekt en überhaupt niet differentieert tussen de akten met of zonder vervreemdings- en verteringsbevoegdheid,⁷⁴ is het dus interessant kort stil te staan bij dit alternatief.

De mogelijkheid om een vervreemdings- en verteringsbevoegdheid toe te kennen aan de vruchtgebruiker is in de wet opgenomen om de insteller van een vruchtgebruik de mogelijkheid te geven het belang van de vruchtgebruiker te laten prevaleren boven dat van de hoofdgerechtigde(n). Volgens de wetgever kan deze bevoegdheid nuttig werken, indien de insteller de vruchtgebruiker – vaak de langstlevende echtgenoot⁷⁵ – in staat wil stellen dat hij op een bepaalde voet kan (blijven) leven.⁷⁶ De bevoegdheid heeft dus een erfrechtelijke achtergrond. Deze achtergrond brengt echter niet per definitie mee dat de bevoegdheid niet zou kunnen worden toegekend in het

66. Bij openbare cessie is mededeling een constitutief vereiste (artikel 3:94 lid 1 BW). Bij de stille cessie (artikel 3:94 lid 3 BW) geldt dat de levering niet kan worden tegengeworpen aan de personen tegen wie deze rechten moeten worden uitgeoefend dan na mededeling daarvan aan die personen door de vervreemder of de verkrijger. De betekenis van deze volzin is dat de debiteur vóór de mededeling van de cessie steeds bevrijdend aan de cedent kan betalen, ongeacht zijn eventuele wetenschap omtrent de cessie. Zie o.m. *Kamerstukken II* 2003/04, 28878, nr. 5, p. 10-11; Van Es, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:94 BW, aant. 4.4.1.

67. HR 30 januari 1987, r.o. 3.2, *NJ* 1987/530 (*WUH/Emmerig*).

68. Twee andere nadelen, namelijk dat de leverings- of vestigingshandeling slechts bij voorbaat kan worden verricht voor vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding (artikel 3:94 lid 3 en artikel 3:239 BW) en dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten (artikel 3:82 lid 2 BW), blijven in deze bijdrage buiten beschouwing. Zie hierover in het kader van het vruchtgebruik als financieringsinstrument W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'Vruchtgebruik op verhuurde zaken: grof geschut voor de financieringspraktijk of een brug te ver?', *WPNR* 2019, afl. 7258, p. 772-773; *Admiraal* 2022, p. 421. Zie ook de annotatie van Struycken (onder 5) bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, *JOR* 2023/22, m.nt. T.H.D. Struycken.

69. Zie ook Bobbink 2021, p. 382 en de aldaar vermelde literatuur in voetnoot 325.

70. Zie Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 3.6, waar het hof stelt dat Telecom Vastgoed in feite een faillissementbestendige cessie van toekomstige vorderingen beoogt. Daarnaast speelden fiscale motieven een rol (r.o. 4.2).

71. Blijkbaar was de bevoegdheid tot vervreemding en vertering niet opgenomen in alle akten, maar slechts in de nieuwere. Zie Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 2.6.

72. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.5.

73. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, *JOR* 2021/159, m.nt. R. Bobbink, par. 6.

74. Dat de Hoge Raad deze mogelijkheid niet bespreekt, heeft wellicht te maken met het feit dat voor de Hoge Raad is betoogd dat het verschil tussen de akten met en zonder verteringsbevoegdheid voor de rechtsgeldigheid van de vruchtgebruiken niet relevant is (onderdeel 1.15 van het cassatiemiddel). Zie ook conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 3.15 (in het bijzonder voetnoot 104).

75. Zie T.J. Mellema-Kranenburg, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:215 BW, aant. 1; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.12.

76. T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 664.

kader van een financieringsconstructie.^{77, 78} Wel rijst de vraag wat de vruchtgebruiker-financier precies aan een dergelijke bevoegdheid zou hebben.

De vervreemdings- en verteringsbevoegdheid vormt een samenstel van bevoegdheden. Dit betekent dat de vruchtgebruiker niet ‘zonder meer’ bevoegd kan worden gemaakt tot vertering van de aan vruchtgebruik onderworpen goederen,⁷⁹ maar slechts tot vervreemding gevolgd door vertering.⁸⁰ Voor het geval van dit arrest brengt dit mee dat Telecom Vastgoed eerst de huurvorderingen moet vervreemden, voordat de opbrengst daarvan kan worden verteerd. Indien de huurvorderingen reeds zijn geïnd met als gevolg dat het vruchtgebruik op het geïnde komt te rusten (artikel 3:213 BW),⁸¹ betekent dit bovendien dat Telecom Vastgoed eerst het geïnde moet vervreemden.⁸² Daarnaast dient te worden stilgestaan bij de vraag welke mogelijkheden de verteringsbevoegdheid aan Telecom Vastgoed biedt. Het begrip ‘verteren’ wordt in de literatuur uitgelegd als het door de vruchtgebruiker uit het vruchtgebruikvermogen doen verdwijnen van bepaalde goederen, zonder dat daar een tegenwaarde voor in de plaats komt.⁸³ Hieronder valt bijvoorbeeld het geval waarin de vruchtgebruiker eigen schulden voldoet uit de opbrengst van aan het vruchtgebruik onderworpen goederen.⁸⁴ Een aantal auteurs meent echter dat geen sprake is van vertering als de vruchtgebruiker de opbrengsten simpelweg overhevelt van het vruchtgebruikvermogen naar het eigen vermogen of als hij met de opbrengsten een registergoed op eigen naam verkrijgt.⁸⁵ Voor het geval van dit arrest zou dit betekenen dat Telecom Vastgoed

de opbrengst van de vervreemding niet kan overhevelen naar het eigen vermogen, hetgeen problematisch is omdat zij juist op haar eigen rekening wenste te worden betaald.⁸⁶ Tot slot geldt dat de vruchtgebruiker bij het einde van het vruchtgebruik moet kunnen bewijzen dat vertering heeft plaatsgevonden. Indien hij dit niet kan, kan de hoofdgerechtigde afgifte vorderen van (de waarde van) de in vruchtgebruik gegeven goederen of hetgeen daarvoor in de plaats getreden is (artikel 3:215 BW).

Gezien het voorgaande kleven (ook) een aantal haken en ogen aan de constructie waarbij een recht van vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid wordt gevestigd op de huurvorderingen. Zo is de vruchtgebruiker slechts bevoegd tot vervreemding gevolgd door vertering, waardoor de vordering of het geïnde eerst moet worden vervreemd. Dit maakt de constructie nogal omslachtig. Bovendien is niet duidelijk of de vruchtgebruiker de opbrengst van de vervreemding kan overhevelen naar het eigen vermogen. De constructie is in die zin dus ook risicovol voor een financier. Tot slot rust op de vruchtgebruiker telkens de last om te bewijzen dat vertering heeft plaatsgevonden.⁸⁷

4.3. Recht van vruchtgebruik op de antennelocaties

Een derde alternatief kan worden gevonden in een recht van vruchtgebruik op de antennelocaties. Deze constructie, waarbij het recht van vruchtgebruik wordt gevestigd op de onroerende zaak, is recentelijk aanleiding geweest voor discussie in de literatuur.⁸⁸ In deze constructie – door Bobbink aangeduid als ‘ingeperkt zekerheids-

77. Zie Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.2. Vgl. ook Nieuwesteeg 2019, p. 774-775 over het leerstuk van de zogenaamde *Funktionswandel*.

78. Zie in andere zin Van Es 2020, nr. 42. Van Es wijst op het geval waarin ten behoeve van een schuldeiser een recht van vruchtgebruik met bevoegdheid tot vervreemding en vertering is gevestigd op het vermogen van de schuldenaar. Een dergelijke constructie is in zijn optiek in strijd met het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW. In par. 4.3.2 wordt uitgebreider ingegaan op het fiduciaverbod, maar dan in het kader van een ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ dat wordt gevestigd op de antennelocaties.

79. Volgens Rank-Berenschot zou dit in strijd zijn met het wezen van het recht van vruchtgebruik. Zie conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.12.

80. Artikel 3:215 BW spreekt immers over ‘vervreemding én vertering’. Zie bovendien Berenschot 1985, p. 178; Mellema-Kranenburg 1999, p. 32; conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.12. Vgl. ook Van Es 2020, nr. 36, waar hij spreekt over ‘vervreemding gevolgd door verteren’.

81. Daarbij moet worden opgemerkt dat het vruchtgebruik slechts op het geïnde komt te rusten, indien de huurvorderingen niet zijn geïnd op de rekening van de vruchtgebruiker. Indien dit wel het geval is, komt het vruchtgebruik op het geïnde niet tot stand in verband met artikel 3:81 lid 2 onder e BW (zie par. 3.2).

82. Vgl. conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 3.15.

83. Van Es 2020, nr. 43; R. Bobbink, annotatie bij Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, *JOR* 2021/159, par. 5. Vgl. ook Van Gaalen 2001, p. 137 en de verwijzing aldaar.

84. Zie Van Gaalen 2001, p. 137; Van Es 2020, nr. 43. Van Es en Van Gaalen beschouwen een schenking ook als een geval van vertering. Bij die schenking ligt zowel de vervreemding als de vertering besloten in dezelfde (rechts)handeling. Voor schenking is echter nader bepaald dat de bevoegdheid tot het verrichten van schenkingen is beperkt tot ‘gebruikelijke kleine geschenken’ (artikel 3:215 lid 3 BW).

85. Zie Van Es 2020, nr. 43; E.W.J. Ebben, ‘De ene bevoegdheid is de andere niet (reactie op B.E. Reinhartz, WPNR 2001/6455)’, *WPNR* 2002, afl. 6480, p. 238. Zie in andere zin Van Gaalen 2001, p. 137-138.

86. Zie conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 3.15.

87. Een vraagstuk dat in deze bijdrage verder buiten beschouwing is gelaten, is of de vruchtgebruiker zijn vervreemdings- en verteringsbevoegdheid behoudt in het faillissement van de hoofdgerechtigde. Zie in bevestigende zin *Kamerstukken II* 1981/82, 17141, nr. 3, p. 16; E.I. Kortlang, ‘De betekenis van vruchtgebruik met intering voor de notariële praktijk’, *WPNR* 1993, afl. 6080, p. 118; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/288; Van Es 2020, nr. 42. Zie in ontkennende zin Berenschot 1985, p. 177; Van Gaalen 2001, p. 124-127 en 138-139. Indien dit vraagstuk in ontkennende zin moet worden beantwoord, speelt voor de financier een vergelijkbaar faillissementsrisico als bij de cessie van de huurvorderingen (par. 4.1). De meeste auteurs gaan echter ervan uit dat de vruchtgebruiker de vervreemdings- en verteringsbevoegdheid ook behoudt in het faillissement van de hoofdgerechtigde, omdat hij handelt op grond van een eigen bevoegdheid.

88. Zie R. van Dijken, ‘Het gebruik van vruchtgebruik in financieringsconstructies’, *MvV* 2019, afl. 12, p. 426-431; Nieuwesteeg 2019, p. 771-782; Verheul 2020, p. 321-323; J.E. Jansen, ‘Vruchtgebruik en het fiduciaverbod. Reactie op “Vruchtgebruik op verhuurde zaken: grof geschut voor de financieringspraktijk of een brug te ver?” van mr. W.H.B.K. Nieuwesteeg in WPNR 2019/7258’, *WPNR* 2020, afl. 7280, p. 324-327; W.H.B.K. Nieuwesteeg, ‘Naschrift bij reacties op “Vruchtgebruik op verhuurde zaken: grof geschut voor de financieringspraktijk of een brug te ver?” van mr. W.H.B.K. Nieuwesteeg in WPNR 2019/7258’, *WPNR* 2020, afl. 7280, p. 328-332; Bobbink 2021, p. 382-395;

vruchtgebruik⁸⁹ – verkrijgt de financier niet het recht het vruchtgebruikobject te gebruiken en is hij niet belast met de aan vruchtgebruik verbonden verplichtingen. De financier wordt daarentegen wel het recht toegekend de vruchten te trekken (artikel 3:216 BW). Daarbij wordt dan tevens bepaald dat de financier (de waarde van) de getrokken of geïnde vruchten in mindering dient te brengen op de door het vruchtgebruik gecureerde vordering.⁹⁰ In de constructie tussen Telecom Vastgoed en de eigenaren zou de door Telecom Vastgoed betaalde lumpsum (zie par. 2.1) dan een vordering op de eigenaren moeten opleveren, zodat deze kan dienen als de gecureerde vordering. Het grote voordeel van deze constructie ten opzichte van de ‘klassieke’ cessie van de huurverdringen is diens faillissementsbestendigheid. Huurverdringen worden volgens (eenduidige) verkeersopvatting beschouwd als vrucht van de verhuurde zaak. Deze vorderingen vallen, als vrucht, rechtstreeks in het vermogen van de vruchtgebruiker.⁹¹ Zij passeren niet eerst het vermogen van de mogelijk gefailleerde verhuurder, zodat diens faillissement niet in de weg staat aan de verkrijging van de vruchten door de financier. Er kleven echter ook een aantal nadelen aan de constructie. Zo is in artikel 7:226 BW bepaald dat de vestiging van een recht van vruchtgebruik tot gevolg heeft dat niet alleen de rechten, maar ook de verplichtingen uit de huurovereenkomst overgaan op de vruchtgebruiker.⁹² Daarnaast geldt voor de vestiging dat telkens tussenkomst van een notaris vereist is (artikel 3:98 jo. artikel 3:89 BW) en dat overdrachtsbelasting verschuldigd is (artikel 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer).⁹³ Een veel fundamentele, in de literatuur ter discussie staand vraagstuk is bovendien of een ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ wel geldig is, zeker in het licht van het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten en het verbod op de zekerheidsoverdracht (artikel 3:84 lid 3 BW). Op beide obstakels wordt hierna kort ingegaan.

4.3.1. Het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten

Het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten is reeds beschreven in par. 3.1. Dit stelsel wordt gekenmerkt

door twee elementen. Het eerste element brengt mee dat een door partijen geschapen beperkt recht onder de definitie van een in de wet genoemd beperkt recht moet kunnen worden gebracht. Het tweede element houdt bovendien in dat de inhoud van dat beperkte recht gebonden is aan wettelijke beperkingen. Ik meen dat het zojuist omschreven ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ niet tot stand kan komen in verband met het gesloten stelsel.⁹⁴

In de definitiebepaling van het recht van vruchtgebruik (artikel 3:201 BW) is bepaald dat de vruchtgebruiker het recht heeft om goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken. Dit gebruiksrecht is een wezenskenmerk van het recht van vruchtgebruik.⁹⁵ Rank-Berenschot stelt in haar conclusie voor het onderhavige arrest dan ook dat van een rechtsgeldig recht van vruchtgebruik (met goederenrechtelijke werking jegens derden) geen sprake is, indien de vruchtgebruiker het gebruiksrecht of het recht van vruchttrekking mist.⁹⁶ Bij een ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ is het nu juist niet de bedoeling dat de financier het gebruiksrecht verkrijgt.^{97,98} Het probleem is dat een dergelijke vruchtgebruikconstructie dan niet meer onder de wettelijke definitie van het recht van vruchtgebruik kan worden gebracht. Dit heeft tot gevolg dat geen (goederenrechtelijk) recht van vruchtgebruik tot stand komt in verband met het gesloten stelsel.

Bovendien wordt de vruchtgebruiker bij een ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ zoveel mogelijk ontlast van de aan vruchtgebruik verbonden verplichtingen. Dit is echter slechts in beperkte mate mogelijk. De wettelijke bepalingen die invulling geven aan het recht van vruchtgebruik hebben namelijk in beginsel een dwingend karakter.⁹⁹ Dit heeft tot gevolg dat de aan vruchtgebruik verbonden verplichtingen slechts door de partijen kunnen worden ‘weggeschreven’, voor zover de wet uitdrukkelijk een afwijkende regeling toelaat. Dit is bijvoorbeeld niet het geval voor de verplichting tot het opmaken van een boedelbeschrijving (artikel 3:205 lid 1 BW), het doen van een jaarlijkse opgave (artikel 3:205 lid 4 BW), het verzekeren van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen

Admiraal 2022, p. 420-426. In een aantal van deze bijdrages komt overigens ook het geval van een vruchtgebruik op roerende zaken aan de orde.

89. Bobbink 2021, p. 384.

90. Deze omschrijving van het ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ is ontleend aan Nieuwesteeg 2019, p. 777-779 en Bobbink 2021, p. 383-384. Overigens betoogt Nieuwesteeg 2020, p. 330-331 dat de vruchtgebruiker niet hoeft te worden verplicht tot het in mindering brengen van (de waarde van) de vruchten op de gecureerde vordering. De vruchtgebruiker zal dit, als ik het goed begrijp, al uit zichzelf doen. Zie hierover in kritische zin Bobbink 2021, p. 386 (voetnoot 343).

91. Er is immers sprake van een originele wijze van eigendomsverkrijging, zoals voor natuurlijke vruchten tot uitdrukking komt in artikel 5:17 BW. Zie voorts o.m. Van Gaalen 2001, p. 193-194; Nieuwesteeg 2019, p. 772; Bobbink 2021, p. 383; Admiraal 2022, p. 421.

92. Van deze bepaling kan niet worden afgeweken bij (de verhuur van) onroerende zaken. Zie Verheul 2020, p. 321. Bij roerende zaken kan dit overigens wel (artikel 7:226 lid 4 BW). Zie ook Nieuwesteeg 2020, p. 328.

93. *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Belastingen van rechtsverkeer*, Deventer: Wolters Kluwer (digitaal raadpleegbaar), art. 2 WBR, aant. 5.2.

94. Zie in gelijke zin Verheul 2020, p. 321-322; Bobbink 2021, p. 388-389.

95. Zie o.m. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 641; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 650; Struycken 2007, p. 396-397; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/262, 282-283 en 289 e.v.; Van Es 2020, nr. 1 e.v.; Verheul 2020, p. 322; Bobbink 2021, p. 388; Snijders & Rank-Berenschot 2022, p. 542-543; Admiraal 2022, p. 421. Zie tot slot conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.8.

96. Zie conclusie E.B. Rank-Berenschot voor HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, par. 2.8.

97. De financier is immers niet geïnteresseerd in dat gebruik. Zie hierover nader Nieuwesteeg 2019, p. 777.

98. Verheul 2020, p. 322 betoogt bovendien dat de vruchtgebruiker bij een ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ ook het recht wordt ontnomen de vruchten te genieten. De vruchten komen volgens hem bij deze constructie in essentie toe aan de hoofdgerechtigde, omdat diens schulden hierdoor verminderen.

99. Struycken 2007, p. 383; Verheul 2020, p. 322; Snijders & Rank-Berenschot 2022, p. 393.

(artikel 3:209 BW) en het dragen en verrichten van gewone lasten en herstellingen (artikel 3:220 lid 1 BW). Daarnaast geldt een algemene verplichting om ‘de zorg van een goed vruchtgebruiker in acht te nemen’ (artikel 3:207 lid 3 BW). Deze verplichtingen maken de constructie van het ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ direct minder aantrekkelijk voor financiers. Daarbij moet echter wel worden vermeld dat partijen de kosten van deze verplichtingen naar wens kunnen verdelen in een overeenkomst.¹⁰⁰ Voor de kosten van de boedelbeschrijving en de jaarlijkse opgave kan dat zelfs binnen het recht van vruchtgebruik (artikel 3:205 lid 6 BW).

4.3.2. Het verbod op de zekerheidsoverdracht (artikel 3:84 lid 3 BW)

Volgens een aantal auteurs komt een ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ mogelijk ook in strijd met het verbod op de zekerheidsoverdracht (*fiducia cum creditore*).¹⁰¹ Het verbod op de zekerheidsoverdracht houdt in dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid geen geldige titel van overdracht van dat goed oplevert (artikel 3:84 lid 3 BW).¹⁰² Dit verbod is ingevoerd om te voorkomen dat de schuldeiser in recht wordt overbedeeld ten koste van de schuldenaar en diens overige schuldeisers en de dwingende wetsbepalingen betreffende pand- en hypotheekrecht worden omzeild.¹⁰³ Partijen die een goed in zekerheid willen geven, moeten dus – grof gezegd – een pand- of hypotheekrecht vestigen.¹⁰⁴ In het arrest *Keereweër q.q./Sogelease* heeft de Hoge Raad nadere invulling gegeven aan het verbod van artikel 3:84 lid 3 BW. De Hoge Raad overwoog dat een titel een geldige titel voor eigendomsoverdracht oplevert, mits deze strekt tot een werkelijke overdracht. Een titel

strekt tot werkelijke overdracht als zij de strekking heeft een goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan, en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt.¹⁰⁵ In de literatuur lijkt consensus te bestaan dat van een werkelijke overdracht in ieder geval geen sprake is, indien de overdracht zo is ingekleed dat de bevoegdheden van de verkrijger vrijwel gelijk zijn aan die van een pand- of hypotheekhouder.¹⁰⁶

Het verbod op de zekerheidsoverdracht is via de schakelbepaling van artikel 3:98 BW ook van toepassing op de vestiging van beperkte rechten.¹⁰⁷ Een ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ zal dus getoetst moeten worden aan artikel 3:84 lid 3 BW. De maatstaf lijkt dan te moeten zijn of de titel strekt tot werkelijke vestiging van een recht van vruchtgebruik.¹⁰⁸ Ik betwijfel of een ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ aan deze maatstaf voldoet. Bij een dergelijke vruchtgebruikconstructie is de vruchtgebruiker immers beperkt in de wijze waarop hij zijn recht kan uitoefenen. Zo is het gebruiksrecht – een wezenskenmerk van het recht van vruchtgebruik – uitgesloten. Bovendien is het de vruchtgebruiker niet toegestaan vrijelijk en volledig te beschikken over de hem toekomende vruchten.¹⁰⁹ De waarde van deze vruchten moet namelijk in mindering worden gebracht op de door het vruchtgebruik geseceureerde vordering.^{110,111} Al met al lijkt dus geen sprake te zijn van een ‘werkelijke vestiging’ van het recht van vruchtgebruik. Dit geldt des te meer als het vruchtgebruik (ook) wordt beperkt in zijn bestaan, bijvoorbeeld doordat het slechts bestaat onder de ontbindende voorwaarde van het tenietgaan van de door het vruchtgebruik geseceureerde vordering.¹¹²

100. Zie Admiraal 2022, p. 425. Admiraal verwijst daarbij naar T.M., *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 3-4, punt 10, waaruit blijkt dat het dwingendrechtelijke karakter van wettelijke bepalingen niet meebrengt dat partijen daar niet in de verbintenisrechtelijke sfeer van af kunnen wijken.

101. Verheul 2020, p. 323; Jansen 2020, p. 325-327; Bobbink 2021, p. 384-388. Zie voorts in genuanceerdere zin Admiraal 2022, p. 422-424. Zie in andere zin Nieuwesteeg 2019, p. 779-782 en Nieuwesteeg 2020, p. 328-332.

102. Het verbod van artikel 3:84 lid 3 BW heeft ook betrekking op de *fiducia cum amico*, maar deze blijft in deze bijdrage buiten beschouwing vanwege de geringe relevantie. Zie over de *fiducia cum amico* o.m. T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 3.6.

103. Zie o.m. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 388; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, p. 97; Nieuwesteeg 2019, p. 781; Verheul 2020, p. 323; Admiraal 2022, p. 422.

104. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, p. 97; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/277; Admiraal 2022, p. 422.

105. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.3, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (*Keereweër/Sogelease*).

106. Zie Bobbink 2021, p. 385 en de aldaar vermelde literatuur.

107. T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 3.1.3; Bobbink 2021, p. 384. Vgl. ook M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 1191 (voetnoot 412). Nieuwesteeg acht over deze kwestie overigens discussie mogelijk. Zie Nieuwesteeg 2019, p. 780-781. Zie in vergelijkbare zin als Nieuwesteeg ook de annotatie van Struycken (onder 6) bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, *JOR* 2023/22, m.nt. T.H.D. Struycken.

108. Zie in andere zin Van Es 2020, nr. 42. Van Es komt overigens wel tot de conclusie dat sprake is van strijdigheid met artikel 3:84 lid 3 BW, maar dan ten aanzien van een vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid (artikel 3:215 BW) in een financieringsconstructie (zie ook par. 4.2).

109. De formulering ‘vrijelijk en volledig beschikken’ is ontleend aan HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.3, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (*Keereweër/Sogelease*).

110. Verheul 2020, p. 322 verbindt hieraan zelfs de conclusie dat de vruchten in essentie toekomen aan de hoofdgerechtigde. Deze ‘gebruikt’ de vruchten immers om zijn schuld aan de vruchtgebruiker te voldoen, waardoor de vordering van de vruchtgebruiker minder waard wordt.

111. Daarbij verdient vermelding dat Nieuwesteeg 2020, p. 330-331 betoogt dat de vruchtgebruiker niet hoeft te worden verplicht tot het in mindering brengen van (de waarde van) de vruchten op de geseceureerde vordering. De vruchtgebruiker zal dit, als ik het goed begrijp, al uit zichzelf doen. Indien partijen een dergelijke verplichting achterwege laten, is de kans inderdaad groter dat het zekerheidsvruchtgebruik voldoet aan de maatstaf van artikel 3:84 lid 3 BW. Vgl. ook Bobbink 2021, p. 391-392.

112. Deze ontbindende voorwaarde wordt aanbevolen door Nieuwesteeg 2019, p. 781. Dat een dergelijke ontbindende voorwaarde de kans op strijdigheid met het fiduciaverbod vergroot, wordt ook betoogd door Verheul 2020, p. 323; Bobbink 2021, p. 385-386. Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, p. 107, op grond waarvan een ontbindende voorwaarde niet in conflict mag komen met het goederenrechtelijk systeem.

5. CONCLUSIE

In deze bijdrage is stilgestaan bij het oordeel van de Hoge Raad in HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331. De conclusie luidt dat geen speld tussen het oordeel van de Hoge Raad valt te krijgen. De partijen hebben een recht van vruchtgebruik gevestigd op de huurpenningen, waarbij die penningen tevens zijn aangemerkt als de vrucht. Dit is onmogelijk. De aan het vruchtgebruik onderworpen goederen behoren altijd toe *aan een ander dan de vruchtgebruiker* (artikel 3:201 BW). Zij kunnen dus niet (ook) aan de vruchtgebruiker toekomen als vrucht. Hetzelfde geldt voor het op de huurpenningen geïnde. Het geïnde is op grond van artikel 3:213 lid 1 BW eveneens onderworpen aan het recht van vruchtgebruik, waardoor het niet (ook) aan de vruchtgebruiker kan toekomen. Omdat het door partijen geschapen recht dus niet voldoet aan de wettelijke omschrijving van het recht van vruchtgebruik, komt de Hoge Raad terecht tot de conclusie dat partijen geen rechtsgeldig recht van vruchtgebruik hebben gevestigd.

Vervolgens is stilgestaan bij de vraag hoe partijen de constructie dan wel hadden kunnen vormgeven. Daarbij zijn twee alternatieven met een recht van vruchtgebruik besproken: een vruchtgebruik op de huurpenningen met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid (artikel 3:215 BW) en een vruchtgebruik op de antennelocaties. Beide alternatieven zijn omgeven met de nodige bezwaren en onzekerheid. Bij een vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid is het probleem met name dat de vruchtgebruiker de vordering of het geïnde eerst moet vervreemden en dat niet duidelijk is of de opbrengst kan worden overgeheveld naar het eigen vermogen. Bij een vruchtgebruik op de antennelocaties – een ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’ – spelen niet alleen praktische bezwaren, maar ook de vraag of een dergelijk vruchtgebruik wel geldig is in verband met het gesloten stelsel en het verbod op de zekerheidsoverdracht. Dat wil overigens niet zeggen dat een zekerheidsvruchtgebruik nimmer mogelijk is.¹¹³ Het hof stelde in deze zaak terecht voorop dat de toepassing van een recht van vruchtgebruik in financieringsconstructies in beginsel geoorloofd is.¹¹⁴ Het feest houdt echter op als het door partijen geschapen recht vervolgens niet beantwoordt aan de wettelijke omschrijving van het recht van vruchtgebruik. Gezien de uitkomst van deze zaak lijkt de ‘klassieke’ cessie van de huurpenningen vooralsnog de minst onzekere optie voor de financieringspraktijk.

113. Zie nader Bobbink 2021, p. 391-395. Bobbink noemt een aantal verruimingten ten opzichte van het ‘ingeperkt zekerheidsvruchtgebruik’, die het zijns inziens aannemelijk maken dat een zekerheidsvruchtgebruik geldig zal zijn.

114. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274, r.o. 4.2.