

Hoge Raad, 28 maart 2008, Dexia aandelenlease**OVEREENKOMSTENRECHT****Aandelenlease kan huurkoop zijn**

- [koop op afbetaling ook mogelijk met betrekking tot vermogensrechten](#)

Weliswaar is juist dat de huurkoop in [art. 7A:1576 lid 1](#) aldus wordt omschreven dat zij betrekking heeft op zaken, doch uit het vijfde lid van deze bepaling volgt dat koop op afbetaling ook mogelijk is met betrekking tot vermogensrechten. Deze uitleg is niet alleen in overeenstemming met de tekst van deze bepaling, maar volgt ook uit de wetsgeschiedenis ervan, zoals weergegeven in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder nr. 12 en 13. Ook al onder art. 1576 (oud) BW was koop op afbetaling van goederen, waaronder destijds zowel stoffelijke objecten als vermogensrechten werden begrepen, mogelijk, zoals reeds uit de tekst van deze bepaling blijkt. Er bestaan geen aanwijzingen dat de wetgever bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 daarin wijziging heeft willen brengen. De aard van het onderhavige vermogensrecht verzet zich niet tegen de opvatting dat koop op afbetaling van dit recht mogelijk is.

- [onder aflevering moet worden verstaan dat de koper het genot van de aandelen verkrijgt](#)

(...) miskent dat art. 7A:1576 lid 1 is toegespitst op stoffelijke zaken, waarbij aflevering in dit verband betekent dat aan de koper de macht over de zaak wordt verschafte. In een geval als het onderhavige waarin het gaat om koop en verkoop van aandelen met levering onder de opschortende voorwaarde dat volledige betaling heeft plaatsgevonden, moet onder aflevering worden verstaan dat de koper het genot van de aandelen verkrijgt. De levering van aandelen geschiedt ingevolge art. 17 Wge door bijschrijving op naam van de verkrijger in de administratie van de aangesloten instelling. Het oordeel van het hof dat de aflevering is geschied door de voorwaardelijke administratie van de aandelen op naam van [verweerder 1] waardoor, zoals blijkt uit art. 3 Bvel, vanaf dat moment aan hem alle baten en waardeveranderingen toekwamen, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, ook niet als in aanmerking wordt genomen dat [verweerder 1] nog niet alle aan de aandelen verbonden rechten mocht uitoefenen. Door de overdracht onder opschortende voorwaarde was [verweerder 1] nog niet de volledig rechthebbende op de aandelen geworden, maar droeg hij wel het volledige risico van de waardeontwikkeling van de aandelen, verkreeg hij krachtens de overeenkomst recht op het uit het aandeel voortvloeiend dividend, en had hij dus in die zin ook het genot ervan.

- [Toestemming als bedoeld in art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, is niet alleen vereist bij koop op afbetaling van stoffelijke zaken, mede vanwege gezinsbeschermende strekking van die bepaling](#)

De hiervoor vermelde argumenten van Dexia laten zien dat de wetgever in [art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d](#), in zoverre niet een materiële wijziging heeft beoogd ten opzichte van het voorheen geldende art. 1:87 dat de toestemming als bedoeld in eerstvermelde bepaling betrekking zou hebben op een ruimer of beperkter object dan in art. 1:87 was bedoeld. Daarbij verdient evenwel opmerking dat de hiervoor in 4.5 aangehaalde passage uit de totstandkomingsgeschiedenis moet worden begrepen op basis van de destijds geldende tekst van art. 1576 lid 1 en lid 2, waarin - onder het voor 1992 geldende recht - werd gesproken van "zaken", welk begrip toen ook vermogensrechten omvatte. Op grond hiervan en op grond van het feit dat uit de tekst van art. 1:87 (oud) volgde dat de toestemming van de echtgenoot betrekking had op de koop op afbetaling van zowel stoffelijke zaken als vermogensrechten, moet het standpunt van Dexia dat toestemming als bedoeld in art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, alleen vereist is bij koop op afbetaling van stoffelijke zaken, worden verworpen. De in deze bepaling vermelde uitzondering lijkt weliswaar, in overeenstemming met de bewoordingen van art. 7A:1576 lid 1, alleen betrekking te hebben op koop op afbetaling van zaken, maar aangenomen moet worden dat ook het vijfde lid van art. 7A:1576, dat het bepaalde omtrent de koop op afbetaling van zaken van overeenkomstige toepassing verklaart op de koop op afbetaling van vermogensrechten, bij het bepalen van de omvang van de uitzondering in aanmerking moet worden genomen, zodat de uitzondering ook betrekking heeft op koop op afbetaling van vermogensrechten. Bovendien zou een uitsluiting van de koop op afbetaling van vermogensrechten in art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, niet verenigbaar zijn met de hiervoor in rov. 4.1 bedoelde gezinsbeschermende strekking van art. 1:88 lid 1. Het gevaar waartegen deze bepaling bescherming biedt, is niet gelegen in het soort goederen dat men koopt, maar in de aard van de koop op afbetaling als zodanig. Slechts koop op afbetaling van goederen welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van beroep of bedrijf van de desbetreffende echtgenoot strekken, wordt door de wetgever van het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, uitgezonderd.

- [Echtgenoot wiens toestemming ontbreekt kan nietigheid inroepen](#)

Nu de klachten van Dexia tegen het oordeel van het hof dat de onderhavige overeenkomsten moeten worden aangemerkt als overeenkomsten van huurkoop, falen, volgt daaruit dat op grond van art. 1:88 lid 3 BW voor het aangaan van deze overeenkomsten de schriftelijke toestemming van de andere echtgenoot is vereist. Deze kan derhalve op grond van art. 1:89 BW de nietigheid ervan wegens het niet voldoen aan dit vereiste inroepen. Dit beroep heeft dan tot gevolg dat de gehele overeenkomst wordt vernietigd. Het ontbreken van de bij huurkoop vereiste akte leidt (tussen partijen) tot het

in art. 7A:1576j geregelde rechtsgevolg maar deze bepaling is niet van toepassing op een beroep op het ontbreken van schriftelijke toestemming van de andere echtgenoot.

Vindplaatsen: LJN: [BC2837](#)

Hoge Raad, 28 maart 2008

(D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, J.C. van Oven, W.D.H. Asser)

LJN: BC2837, Hoge Raad, C07/155HR

Uitspraak

28 maart 2008

Eerste Kamer

Nr. C07/155HR

JMH/AG

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

DEXIA BANK NEDERLAND N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep

advocaat: mr. R.S. Meijer,

t e g e n

1. [Verweerder 1] en

2. [Verweester 2],

beiden wonende te [woonplaats],

VERWEERDERS in cassatie, eisers in het incidenteel cassatieberoep,

advocaten: mrs. D. Rijpma en D.M. de Knijff.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Dexia en [verweerder] c.s., ieder afzonderlijk [verweerder 1] en [verweester 2].

1. Het geding in feitelijke instanties

[Verweerder] c.s. hebben bij exploit van 9 april 2003 Dexia gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en gevorderd, voor zover in cassatie nog van belang, te verklaren voor recht dat [verweerder] c.s. de in het petium van de dagvaarding vermelde aandelenlease-overeenkomsten bij brief van 13 maart 2003 rechtsgeldig buitengerechtelijk hebben vernietigd, althans voornoemde aandelenlease-overeenkomsten te vernietigen, kosten rechtens.

Dexia heeft de vordering bestreden en in voorwaardelijke reconventie gevorderd [verweerder] c.s. te veroordelen om aan Dexia te betalen een bedrag gelijk aan het verschil tussen de aankoopwaarde van de aangekochte effecten onder de overeenkomsten en de waarde van de effecten op de datum van vernietiging van de desbetreffende overeenkomst uit hoofde waarvan de effecten zijn aangekocht, kosten rechtens.

[Verweerder] c.s. hebben de vordering in voorwaardelijke reconventie bestreden.

De rechtbank heeft bij rolbeschikking van 11 augustus 2004 de zaak ter verdere behandeling verwezen naar de kantonrechter te Amsterdam.

Bij vonnis van 9 december 2004 heeft de kantonrechter voor recht verklaard dat de echtgenote van [verweerder 1] (verweester in cassatie sub 2) de ten processe bedoelde aandelenlease-overeenkomsten conform het

bepaalde in art. 1:89 BW rechtsgeldig buitengerechtelijk heeft vernietigd en [verweerder 1] niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering tot verkrijging van een soortgelijke verklaring voor recht op grond van dwaling.

Tegen het vonnis van de kantonrechter heeft Dexia hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 1 maart 2007 heeft het hof het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Dexia beroep in cassatie ingesteld. [Verweerder] c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding, het herstelexploot en de conclusie van antwoord tevens houdende het voorwaardelijk incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping.

De zaak is voor Dexia toegelicht door haar advocaat en voor [verweerder] c.s. door mrs. D.M. de Knijff en E.A.L. van Emden, beiden advocaat bij de Hoge Raad.

De [conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal](#) strekt tot verwerping van het principale beroep.

De advocaat van Dexia heeft bij brief van 8 februari 2008 op de conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [Verweerder 1] en [verweester 2] zijn echtelieden.

(ii) [Verweerder 1] heeft op 5 juli 2000 met een rechtsvoorganger van Dexia zes schriftelijke overeenkomsten gesloten met betrekking tot de koop van aandelen. Deze overeenkomsten zijn onder de naam "Korting Kado" aangegaan voor de duur van 120 maanden.

(iii) De koopsom bedroeg per overeenkomst € 22.057,20. Over de looptijd van de overeenkomst was rente verschuldigd tot (ten hoogste) een bedrag van € 27.350,40. Beide bedragen vormden de "leasesom" van € 49.407,60. Deze diende als volgt te worden voldaan: een bedrag van € 7.384,68 aan vooruitbetaalde rente op de eerste van de maand na de aankoopdatum, 84 maandelijkse rentetermijnen van maximaal 12,4% per jaar over het aankoopbedrag, waarvan de eerste te voldoen 36 maanden na de aankoopdatum, een bedrag van € 45,38 te betalen 119 maanden na de aankoopdatum en een bedrag van € 22.011,82 als slottermijn.

(iv) De aandelen zijn ten behoeve van [verweerder 1] en ingevolge de op de overeenkomsten toepasselijke Bijzondere Voorwaarden Effecten Lease (hierna: Bvel) voorwaardelijk op zijn naam bijgeschreven op de voet van art. 17 Wet giraal effectenverkeer (hierna: Wge). Ingevolge art. 5 van de overeenkomst wordt [verweerder 1] van rechtswege eigenaar van de gekochte aandelen zodra hij alles wat hij uit hoofde van die overeenkomst verschuldigd is, heeft voldaan.

(v) [Verweester 2] heeft bij brief van 21 februari 2003, gericht aan Dexia, de overeenkomsten buitengerechtelijk vernietigd op grond van het bepaalde in art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, in verbinding met art. 1:89 BW.

(vi) [Verweerder 1] heeft een bedrag van €44.308,08 aan rentetermijnen voldaan. Dit bedrag is op 27 januari 2005 - na het vonnis van de kantonrechter - aan hem terugbetaald.

3.2 De kantonrechter heeft in conventie geoordeeld dat de onderhavige overeenkomsten moeten worden aangemerkt als huurkoop, heeft voor recht verklaard dat [verweester 2] de door [verweerder 1] gesloten "aandelenlease-overeenkomsten" overeenkomstig het bepaalde in art. 1:89 BW rechtsgeldig buitengerechtelijk heeft vernietigd, en heeft in reconventie de vordering van Dexia afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

3.3 Voorzover in cassatie van belang heeft het hof daartoe - samengevat - het volgende overwogen.

(a) De opvatting van Dexia dat geen sprake kan zijn van huurkoop omdat de overeenkomsten geen betrekking hebben op zaken, is gelet op het bepaalde in art. 7A:1576 lid 5 BW onjuist. Daaraan kan niet afdoen dat de wetgever in deze bepaling een andere formulering heeft gekozen dan in art. 7:47 BW. Dit geeft juist steun aan de uitleg van deze bepaling dat indien een overeenkomst welke betrekking heeft op een vermogensrecht alle kenmerken heeft van huurkoop, deze overeenkomst ook moet worden aangemerkt als huurkoop. (rov. 2.7)

(b) Het betoog van Dexia dat het hier overeenkomsten betreft tot afrekening van koers- of prijsverschil als bedoeld in art. 7A:1811 lid 2 BW, gaat niet op. Uit de overeenkomsten blijkt dat [verweerder 1] het aankoopbedrag en de rentetermijnen als leasesom aan Dexia verschuldigd was en uit art. 10 Bvel vloeit voort dat hij, als hij na volledige betaling eigenaar was geworden van de aandelen, de keus had deze te behouden of voor hem te laten verkopen, waaruit volgt dat hij ten volle bevoegd zou zijn over de aandelen te beschikken. Ook de inhoud van de desbetreffende brochure geeft steun aan de uitleg dat het overeenkomsten van koop en verkoop betreft. (rov. 2.8)

(c) Aan het wettelijke vereiste van betaling van de koopprijs in ten minste twee termijnen is, gelet op de bewoordingen van de overeenkomst gelezen in het licht van de gehele inhoud ervan, voldaan, ook al zou bij de uitvoering van de overeenkomst feitelijk van gelijktijdige betaling sprake zijn. (rov. 2.9)

(d) Dexia kan niet worden gevolgd in haar uitleg dat afleveren in de zin van art. 7:9 en art. 7A:1576 lid 1 BW betekent dat in geval van koop van een vermogensrecht de verkoper alles in het werk dient te stellen teneinde de koper in staat te stellen het vermogensrecht ten volle uit te oefenen. Voor huurkoop brengt de aflevering, die in dit geval is geschied door de voorwaardelijke administratie van de aandelen op naam van [verweerder 1], mee dat de huurkoper dadelijk bij het aangaan van de overeenkomst het genot van de aandelen verwerft. Dit genot heeft [verweerder 1] verworven nu hem ingevolge art. 3 Bvel alle baten en alle waardeveranderingen van de aandelen toekwamen, ook al kon hij door het voorwaardelijk karakter van de registratie deze rechten (nog) niet uitoefenen tegenover de aandelenuitgevende instelling. Dat [verweerder 1] (nog) geen aandeelhoudersrechten kon uitoefenen is

niet voldoende om aan te nemen dat hij niet het genot van de aandelen had. Hij werd pas eigenaar van de aandelen nadat hij aan al zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst had voldaan. Niet relevant is of hij na afloop van de overeenkomst deze aandelen te gelde zou laten maken. (rov. 2.10)

(e) Het gaat dus om huurkoop, een vorm van koop op afbetaling, waarvoor [verweerder 1] volgens art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, BW toestemming behoeft van [verweester 2]. (rov. 2.11-12)

(f) Uit de wetsgeschiedenis noch uit het systeem van de wet volgt dat de wetgever heeft beoogd het toestemingsvereiste van voormelde bepaling te beperken tot overeenkomsten met betrekking tot lichamelijke zaken. [Verweerder 1] heeft niet gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De toestemming diende schriftelijk te worden gegeven. Het beroep op het ontbreken van deze toestemming levert geen misbruik van recht op aan de zijde van [verweester 2]. (rov. 2.12)

(g) Het beroep van Dexia op art. 6:278 BW gaat niet op. Voor de door Dexia voorgestane ruime uitleg van deze bepaling biedt de wetsgeschiedenis geen steun, en deze zou de door art. 1:88 geboden bescherming illusoir maken. (rov. 2.14)

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Bij de beoordeling van het middel, dat in het bijzonder de uitleg van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, BW tot onderwerp heeft, moet worden vooropgesteld dat de ratio van deze bepaling is echtgenoten in hun onderlinge verhouding, dus ten opzichte van elkaar, te beschermen (Parl. Gesch. Aanpassing BW, Inv. 3, 5 en 6, blz. 19 en 22).

4.2 Het middel strekt in de eerste plaats ten betoog dat koop op afbetaling, en dus ook huurkoop, volgens de wettelijke definitie van art. 7A:1576 BW slechts een zaak als object kan hebben. De onderhavige overeenkomsten hebben aandelen als object, dus geen zaken, maar vermogensrechten in de zin van art. 3:6 BW. Nu op grond daarvan in dit geval geen sprake is van koop op afbetaling, behoeft [verweerder 1] voor het aangaan van de overeenkomsten ook geen toestemming als bedoeld in art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, BW van [verweester 2].

Dit standpunt van Dexia is onjuist. Weliswaar is juist dat de huurkoop in [art. 7A:1576 lid 1](#) aldus wordt omschreven dat zij betrekking heeft op zaken, doch uit het vijfde lid van deze bepaling volgt dat koop op afbetaling ook mogelijk is met betrekking tot vermogensrechten. Deze uitleg is niet alleen in overeenstemming met de tekst van deze bepaling, maar volgt ook uit de wetsgeschiedenis ervan, zoals weergegeven in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder nr. 12 en 13. Ook al onder art. 1576 (oud) BW was koop op afbetaling van goederen, waaronder destijds zowel stoffelijke objecten als vermogensrechten werden begrepen, mogelijk, zoals reeds uit de tekst van deze bepaling blijkt. Er bestaan geen aanwijzingen dat de wetgever bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 daarin wijziging heeft willen brengen. De aard van het onderhavige

vermogensrecht verzet zich niet tegen de opvatting dat koop op afbetaling van dit recht mogelijk is.

4.3 Dexia heeft voorts doen aanvoeren dat de overeenkomsten geen koop op afbetaling, en dus geen huurkoop, zijn omdat daarin een verplichting tot aflevering van de gekochte aandelen ontbreekt. Een dergelijke verplichting maakt volgens haar een essentieel onderdeel uit van de wettelijke definitie. Dexia heeft haar standpunt toegelicht door erop te wijzen dat [verweerder 1] vóór de laatste termijnbetaling (i) blijkens art. 3 Bvel zijn aan de aandelen verbonden stem- en wilsrechten niet mocht uitoefenen, (ii) blijkens art. 2 en 3 Bvel jegens de uitgevende instellingen geen aanspraak kon maken op dividenduitkeringen en (iii) blijkens art. 2, 10 en 12 Bvel geen recht had op uitlevering dan wel aflevering van de aandelen en zou moeten dulden dat Dexia deze aandelen zou bezwaren of aan een derde zou overdragen. De geanticipeerde leveringshandeling geschiedde immers onder de opschortende voorwaarde van de laatste betaling.

4.4 Ook dit standpunt kan niet worden aanvaard. Het miskent dat art. 7A:1576 lid 1 is toegespitst op stoffelijke zaken, waarbij aflevering in dit verband betekent dat aan de koper de macht over de zaak wordt verschafft. In een geval als het onderhavige waarin het gaat om koop en verkoop van aandelen met levering onder de opschortende voorwaarde dat volledige betaling heeft plaatsgevonden, moet onder aflevering worden verstaan dat de koper het genot van de aandelen verkrijgt. De levering van aandelen geschiedt ingevolge art. 17 Wge door bijschrijving op naam van de verkrijger in de administratie van de aangesloten instelling. Het oordeel van het hof dat de aflevering is geschied door de voorwaardelijke administratie van de aandelen op naam van [verweerder 1] waardoor, zoals blijkt uit art. 3 Bvel, vanaf dat moment aan hem alle baten en waardeveranderingen toekwamen, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, ook niet als in aanmerking wordt genomen dat [verweerder 1] nog niet alle aan de aandelen verbonden rechten mocht uitoefenen. Door de overdracht onder opschortende voorwaarde was [verweerder 1] nog niet de volledig rechthebbende op de aandelen geworden, maar droeg hij wel het volledige risico van de waardeontwikkeling van de aandelen, verkreeg hij krachtens de overeenkomst recht op het uit het aandeel voortvloeiend dividend, en had hij dus in die zin ook het genot ervan.

4.5 Als laatste grond voor haar stelling dat in dit geval het vereiste van toestemming als bedoeld in art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, niet geldt, heeft Dexia aangevoerd dat deze bepaling alleen betrekking heeft op afbetalingstransacties met een stoffelijke zaak als object. De woorden "koop op afbetaling" verwijzen volgens haar naar de wettelijke omschrijving in het eerste lid van art. 7A:1576 BW en hebben dus alleen betrekking op dergelijke overeenkomsten met een zaak als object. Voorzover de beperking van koop op afbetaling tot stoffelijke zaken die vatbaar zijn voor aflevering, niet zou gelden voor art. 7A:1576, is deze wel van toepassing op art. 1:88 lid 1, onder d, omdat deze bepaling

restrictief moet worden uitgelegd en toegepast. Dexia heeft in dit verband met name aangevoerd dat de wetgever, anders dan het hof heeft geoordeeld, juist wel heeft bedoeld het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, te beperken tot overeenkomsten met betrekking tot lichamelijke zaken. Daarbij verwijst zij naar de tekst van de bepaling, meer in het bijzonder naar de zinsnede: "*behalve van zaken welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken*", waaruit blijkt dat deze uitzondering alleen betrekking heeft op zaken, en niet, zoals anders voor de hand had gelegen, op goederen. Zou dit anders zijn, dan zou dit tot de ongerijmde conclusie leiden dat wel toestemming nodig is voor beroeps- of bedrijfsmatige koop op afbetaling van vermogensrechten. Dexia heeft zich daarbij beroepen op de wetsgeschiedenis. In art. 1:87 lid 1 (oud) BW was bepaald dat indien echtgenoten een gemeenschappelijke huishouding hebben de ene echtgenoot slechts met medewerking van de andere echtgenoot zaken die kennelijk ten behoeve van de huishouding strekken op afbetaling kan kopen. Volgens Dexia was niet onbetwist dat in deze bepaling het begrip "zaken" in de ruime betekenis van (destijds) goederen én rechten werd gebruikt. In het Ontwerp Meijers voor Boek 7, dat in 1972 is gepubliceerd, werd nog ervan uitgegaan dat koop op afbetaling alleen betrekking kan hebben op koop van een roerende zaak die niet een registergoed is. In de daarbij behorende toelichting werd gewezen op "onoverkomelijke moeilijkheden" die ontstaan bij huurkoop ten aanzien van vermogensrechten. In het ontwerp voor art. 1:88, is aanvankelijk het begrip "afbetalingstransacties" gebruikt. Dexia meent in het bijzonder steun voor haar opvatting te vinden in de volgende passage in de parlementaire stukken (MvA II, Parl. Gesch. Aanpassing BW, Inv. 3, 5 en 6, blz. 24):

"Terecht signaleert de commissie een oneffenheid in de tekst van het wetsontwerp, waardoor onbedoeld de handelingen van art. 88 lid 1 onder d, niet - althans voor roerende zaken - zouden samenvallen met die waarop de Wet op het afbetalingsstelsel 1961 in feite van toepassing is. In de tweede nota van wijziging is teruggekeerd tot de eenvoudiger, zij het wellicht iets minder precieze, terminologie van art. 87: de koop op afbetaling. Nauwkeurige aanpassing aan de Wet op het afbetalingsstelsel 1961 zou immers tot een ingewikkelde omschrijving leiden. Wat koop op afbetaling is, is gedefinieerd in artikel 7A:1576 lid 1 en 2; de beperking van artikel 1576 lid 3 is echter niet van toepassing, zodat ook bij voorbeeld huurkoop van onroerende zaken en schepen onder artikel 88 valt."

Hieruit blijkt volgens Dexia dat de aansluiting bij art. 1 Wet op het afbetalingsstelsel 1961 bleef beoogd, zodat koop op afbetaling in beginsel geen betrekking kan hebben op roerende onlichamelijke zaken. In elk geval sluit art. 1:88 lid 1, onder d, aan bij de definitie in art. 7A:1576 lid 1 en 2, en wijst niets erop dat de toestemming als in deze bepaling bedoeld ook betrekking zou hebben op koop op afbetaling van vermogensrechten.

4.6 De hiervoor vermelde argumenten van Dexia laten zien dat de wetgever in **art. 1:88 lid 1**, aanhef en onder

d, in zoverre niet een materiële wijziging heeft beoogd ten opzichte van het voorheen geldende art. 1:87 dat de toestemming als bedoeld in eerstvermelde bepaling betrekking zou hebben op een ruimer of beperkter object dan in art. 1:87 was bedoeld. Daarbij verdient evenwel opmerking dat de hiervoor in 4.5 aangehaalde passage uit de totstandkomingsgeschiedenis moet worden begrepen op basis van de destijds geldende tekst van art. 1576 lid 1 en lid 2, waarin - onder het voor 1992 geldende recht - werd gesproken van "zaken", welk begrip toen ook vermogensrechten omvatte. Op grond hiervan en op grond van het feit dat uit de tekst van art. 1:87 (oud) volgde dat de toestemming van de echtgenoot betrekking had op de koop op afbetaling van zowel stoffelijke zaken als vermogensrechten, moet het standpunt van Dexia dat toestemming als bedoeld in art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, alleen vereist is bij koop op afbetaling van stoffelijke zaken, worden verworpen. De in deze bepaling vermelde uitzondering lijkt weliswaar, in overeenstemming met de bewoordingen van art. 7A:1576 lid 1, alleen betrekking te hebben op koop op afbetaling van zaken, maar aangenomen moet worden dat ook het vijfde lid van art. 7A:1576, dat het bepaalde omtrent de koop op afbetaling van zaken van overeenkomstige toepassing verklaart op de koop op afbetaling van vermogensrechten, bij het bepalen van de omvang van de uitzondering in aanmerking moet worden genomen, zodat de uitzondering ook betrekking heeft op koop op afbetaling van vermogensrechten. Bovendien zou een uitsluiting van de koop op afbetaling van vermogensrechten in art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, niet verenigbaar zijn met de hiervoor in rov. 4.1 bedoelde gezinsbeschermende strekking van art. 1:88 lid 1. Het gevaar waartegen deze bepaling bescherming biedt, is niet gelegen in het soort goederen dat men koopt, maar in de aard van de koop op afbetaling als zodanig. Slechts koop op afbetaling van goederen welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van beroep of bedrijf van de desbetreffende echtgenoot strekken, wordt door de wetgever van het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, uitgezonderd.

4.7 Dexia heeft voorts aangevoerd dat het ontbreken van schriftelijke toestemming van [verweerster 2] niet voldoende grond is voor vernietiging met een beroep op het ontbreken van deze toestemming, omdat art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, geen schriftelijke toestemming vereist voor het aangaan van een koop op afbetaling. Ingevolge het derde lid van deze bepaling moet toestemming schriftelijk worden verleend indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling een vorm voorschrijft. Nu het vormvoorschrift van art. 7A:1576i BW alleen ziet op het species "huurkoop" en art. 7A:1576j lid 3 aan het onvolledig zijn of ontbreken van de voorgeschreven akte slechts de sanctie verbindt dat het eigendomsvoorbehoud vervalt, kan het ontbreken van schriftelijk verleende toestemming van de andere echtgenoot niet de nietigheid van de gehele transactie tot gevolg hebben.

4.8 Nu de klachten van Dexia tegen het oordeel van het hof dat de onderhavige overeenkomsten moeten wor-

den aangemerkt als overeenkomsten van huurkoop, falen, volgt daaruit dat op grond van art. 1:88 lid 3 BW voor het aangaan van deze overeenkomsten de schriftelijke toestemming van de andere echtgenoot is vereist. Deze kan derhalve op grond van art. 1:89 BW de nietigheid ervan wegens het niet voldoen aan dit vereiste inroepen. Dit beroep heeft dan tot gevolg dat de gehele overeenkomst wordt vernietigd. Het ontbreken van de bij huurkoop vereiste akte leidt (tussen partijen) tot het in art. 7A:1576j geregelde rechtsgevolg maar deze bepaling is niet van toepassing op een beroep op het ontbreken van schriftelijke toestemming van de andere echtgenoot.

4.9 Ten slotte heeft Dexia een door het hof eveneens verworpen beroep gedaan op (overeenkomstige) toepassing in het onderhavige geval van art. 6:278 BW, subsidiair op art. 3:53 lid 2 BW en meer subsidiair op art. 6:210 lid 2 BW. Daaraan heeft zij ten grondslag gelegd dat het in de gegeven omstandigheden niet redelijk is dat de gevolgen van de vernietiging geheel voor haar rekening komen, en dat deze gevolgen ook bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Het beroep op het ontbreken van schriftelijke toestemming is immers kennelijk uitsluitend ingegeven door het feit dat op de aandelen een koersverlies is geleden dat [verweerder 1] en [verweerster 2] geheel op Dexia proberen af te wentelen. Art. 1:88 lid 1, aanhef en onder d, strekt niet ertoe de contractant en zijn gezin te beschermen tegen dit specifiek aan beleggingen inherente risico. In elk geval kunnen de gevolgen van de overeenkomsten, die ook een kans boden op koersstijgingen, niet meer ongedaan gemaakt worden, althans moet [verweerder 1] de waarde in het economisch verkeer van de door hem genoten prestatie aan Dexia vergoeden.

4.10 Het verweer dat Dexia wil ontlenen aan art. 6:278 BW is door het hof terecht verworpen. Dit verweer faalt omdat het niet valt te rijmen met de strekking van art. 1:88 de andere echtgenoot te beschermen tegen het zonder zijn toestemming aangaan van de daarin bedoelde rechtshandelingen. Het beroep op art. 3:53 lid 2 en op art. 6:210 is, zoals blijkt uit de gedingstukken, gebaseerd op de veronderstelling dat de met [verweerder 1] gesloten overeenkomsten moeten worden aangemerkt als kansovereenkomsten, waarbij [verweerder 1] het genot heeft gehad van de mogelijkheid dat de koersen van de aandelen zouden stijgen. Nu deze veronderstelling onjuist is, kan ook dit beroep niet slagen.

4.11 Op het vorenstaande stuiten alle klachten van het middel af.

5. Beoordeling van het incidentele beroep

Nu de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld, niet is vervuld, behoeft dit geen behandeling.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Dexia in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] c.s. begroot op € 371,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, J.C. van Oven en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 28 maart 2008.

Conclusie Advocaat-Generaal De Vries Lentsch-Kostense

(...)

Inleiding

1. In deze effectenlease-zaak gaat het om de vraag of thans verweerder sub 1 op grond van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW - dat voorschrijft dat de ene echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot behoeft "voor overeenkomsten van koop op afbetaling, behalve van zaken welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken" - de toestemming van zijn echtgenote, thans verweester in cassatie sub 2, behoefde voor het aangaan van de litigieuze overeenkomsten van effecten/aandelenlease (de zogenaamde 'eega-problematiek'). Het gaat hierbij om de vraag of de onderhavige "lease-overeenkomsten" kunnen worden gekwalificeerd als overeenkomst van koop op afbetaling als bedoeld in art. 1:88 BW. Het hof heeft in zijn in cassatie bestreden arrest de onderhavige overeenkomsten gekwalificeerd als huurkoop, een species van koop op afbetaling, en heeft bedoelde vraag bevestigend beantwoord. Het middel betoogt dat van huurkoop geen sprake kan zijn "bij gebreke van een zaak als stoffelijk object" en "bij gebreke van aflevering", en voorts dat de wetgever heeft beoogd het toestemmingsvereiste van art. 1:88 BW te beperken tot lichamelijke zaken. Het middel komt ook op tegen 's hofs oordeel dat schriftelijke toestemming was vereist gelet op het derde lid van art. 1:88 BW, inhoudende dat de toestemming schriftelijk moet worden verleend indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling een vorm voorschrijft. Verder is nog aan de orde of in geval van een rechtsgeldige vernietiging wegens het ontbreken van toestemming, art. 6:278 BW (het zogenoemde 'biljart-balartikel') van toepassing is en voorts of het teruggeven van wat vóór de vernietiging krachtens de overeenkomst is gegeven respectievelijk ontvangen, in gevallen als de onderhavige als bezwaarlijk in de zin van art. 3:53 lid 2 BW kan worden aangemerkt dan wel of grond is voor toepassing art. 6:212 BW.

De vaststaande feiten

2. Tussen partijen (verder ook: Dexia onderscheidenlijk [verweerder] c.s. dan wel - ieder afzonderlijk - [verweerder 1] en [verweester 2]) staat het volgende vast (zie de feiten zoals weergegeven in het tussen partijen in deze zaak gewezen vonnis van de kantonrechter van 9 december 2004, onder 1.1 tot en met 1.7, van welke feiten ook het hof is uitgegaan blijkens rov. 2.2 van zijn arrest):

- i) [Verweerder 1] en [verweester 2] zijn echtelieden.
- ii) [Verweerder 1] is met Dexia een zestal aandelenlease-overeenkomsten aangegaan, gedateerd 5 juli 2000,

onder de naam 'Korting Kado', elk met een looptijd van 120 maanden.

iii) De leasesom van elke overeenkomst bedroeg € 49.407,60, waarvan € 22.057,20 als aankoopssom aandelen en € 27.350,40 als (maximale) rente over de looptijd.

iv) Dit laatste bedrag diende te worden voldaan in 120 maandelijks termijnen, waarvan de eerste 36 bij vooruitbetaling met een korting van 10%.

v) Na 119 maanden diende een termijn van €45,38 op de aankoopssom te worden afgelost. Het restant van de aankoopssom ad €22.011,82 is de slottermijn.

vi) [Verweester 2], de echtgenote van [verweerder 1], heeft bij schrijven d.d. 21 februari 2003 Dexia bericht de aandelenlease-overeenkomsten buitengerechtelijk te vernietigen op grond van het bepaalde in de artikelen 1:88 en 1:89 BW.

vii) [Verweerder 1] heeft bij schrijven d.d. 13 maart 2003 Dexia bericht de overeenkomsten buitengerechtelijk te vernietigen en zich daarbij beroepen op dwaling als bedoeld in artikel 6:228 BW.

viii) [Verweerder 1] heeft aan Dexia uit hoofde van voornoemde overeenkomsten een bedrag van € 44.308,08 aan rentetermijnen voldaan.

De procedure in eerste aanleg

3. Bij dagvaarding d.d. 9 april 2003 hebben [verweerder] c.s. Dexia voor de rechtbank Amsterdam, sector civiel, gedaagd. Zij hebben gevorderd te verklaren voor recht dat de zes aandelenlease-overeenkomsten d.d. 5 juli 2000 bij brief van 13 maart 2003 rechtsgeldig buitengerechtelijk zijn vernietigd, althans deze overeenkomsten te vernietigen, aan welke vordering zij - voorzover in cassatie nog van belang - ten grondslag hebben gelegd dat de echtgenote van [verweerder 1], [verweester 2], niet de krachtens art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW vereiste toestemming voor het aangaan - door [verweerder 1] - van de litigieuze overeenkomsten heeft gegeven en dat [verweester 2] op die grond de nietigheid van de overeenkomsten heeft ingeroepen. De overige vorderingen (de vordering te verklaren voor recht dat Dexia toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [verweerder] c.s. en/of jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld met veroordeling van Dexia tot vergoeding van de door [verweerder] c.s. geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet) spelen in cassatie geen rol en blijven verder buiten beschouwing evenals het beroep op dwaling dat [verweerder] c.s. subsidiair ten grondslag hebben gelegd aan hun hiervoor genoemde (primaire) vordering te verklaren voor recht dat de overeenkomsten rechtsgeldig zijn vernietigd.

Dexia heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij heeft bestreden dat voor de litigieuze overeenkomsten ingevolge art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW toestemming van de echtgenote van [verweerder 1] was vereist. Zij heeft zich daartoe op het standpunt gesteld dat de met [verweerder 1] gesloten overeenkomsten niet zijn aan te merken als overeenkomsten van koop op afbetaling, omdat

(i) deze overeenkomsten geen stoffelijk objecten, maar vermogensrechten betreffen en koop op afbetaling zo-

als bedoeld in art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW, ziet op de overeenkomst gedefinieerd in art. 7A:1576 lid 1 BW en de daar genoemde overeenkomsten louter zaken betreffen en een zaak volgens art. 3:2 BW een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object is, terwijl ook uit de tekst van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d zelf blijkt dat deze bepaling louter ziet op zaken, gelet op de in deze bepaling gemaakte uitzondering voor "zaken welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk strekken ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf"; en

(ii) krachtens de onderhavige lease-overeenkomsten aflevering noch eigendomsoverdracht plaatsvindt.

Bij wijze van voorwaardelijke reconventionele vordering heeft Dexia gevorderd, onder de voorwaarde dat enig deel van de vordering van [verweerder] c.s. wordt toegewezen, [verweerder] c.s. te veroordelen Dexia te betalen een bedrag gelijk aan het verschil tussen de aankoopwaarde van de onder de overeenkomsten aangekochte effecten en de waarde daarvan op de datum van de vernietiging van de desbetreffende overeenkomsten krachtens welke deze effecten zijn aangekocht. Dexia heeft daartoe aangevoerd dat het beroep op art. 1:88 BW oneigenlijk is nu [verweerder] c.s. de vernietiging van de overeenkomsten niet zouden hebben ingeroepen als deze winstgevend zouden zijn geweest, in welk verband zij heeft verwezen naar het bepaalde in art. 3:13 BW handelend over misbruik van bevoegdheid. Zij heeft voorts een beroep gedaan op art. 6:278 BW, dat beoogt te voorkomen, aldus Dexia, dat bestaande vernietigings- dan wel ontbindingsmogelijkheden verworden tot speculatie-instrumenten.

[Verweerder] c.s. hebben de reconventionele vordering bestreden en in dat verband aangevoerd dat art. 6:278 BW toepassing mist.

4. De rechtbank Amsterdam heeft bij rolbeslissing van 11 augustus 2004 de zaak ter verdere behandeling verwezen naar de sector kanton van deze rechtbank, locatie Amsterdam, op grond van de overweging dat de aandelenlease-overeenkomsten die tussen partijen zijn gesloten, naar haar voorlopige oordeel zijn aan te merken als huurkoopovereenkomsten, zodat de kantonrechter de bevoegde rechter is. Zij heeft daartoe overwogen als volgt. Dexia heeft zich verbonden de aandelen in eigendom over te dragen onder de opschortende voorwaarde van algehele betaling van de prijs. Deze voorwaardelijke overdracht geschiedt door beschrijving van de genoemde waarden - na de verkrijging daarvan door Dexia - ten name van [verweerder 1] in de administratie van Dexia overeenkomstig art. 17 Wet giraal effectenverkeer (verder ook: Wge). Dexia heeft zich verder verbonden de aandelen op een zodanig tijdstip aan [verweerder 1] af te leveren dat daarna (nog) twee of meer termijnen zullen verschijnen. Onder aflevering dient te worden verstaan verschaffen van macht over het vermogensrecht, hetgeen voor aandelen betekent verschaffing van het genot daarvan. Dexia heeft zich verbonden aan [verweerder 1] het genot van de aandelen te verschaffen nu krachtens de bijzondere voorwaarden alle baten

van de aandelen aan [verweerder 1] toekomen en Dexia de dividendbaten zo spoedig mogelijk na betaalbaarstelling aan [verweerder 1] zal doen toekomen. Het tijdstip van aflevering is, naar moet worden aangenomen, het tijdstip van de hiervoor bedoelde eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde.

5. Bij vonnis van 9 december 2004 heeft de rechtbank Amsterdam, sector kanton - locatie Amsterdam (verder ook: de kantonrechter) zich verenigd met het standpunt van de rechtbank Amsterdam, dat de door [verweerder 1] met Dexia gesloten aandelenlease-overeenkomsten (hierna de lease-overeenkomsten) voldoen aan de essentialia van de huurkoopovereenkomst, althans dezelfde strekking hebben, zodat zij dienen te worden aangemerkt als huurkoop, een bijzondere vorm van koop op afbetaling nu de eigendomsoverdracht van het geleverde - anders dan bij koop op afbetaling - eerst plaatsvindt nadat alle termijnen zijn betaald. De kantonrechter heeft vervolgens geoordeeld dat op grond van de wetsgeschiedenis van art. 1:88 BW dat handelt over de toestemming van de andere echtgenoot, moet worden aangenomen dat art. 1:88 lid 1 onder d BW ook betrekking heeft op koop op afbetaling van vermogensrechten. Dit betekent, aldus de kantonrechter, dat [verweerder 1] toestemming van zijn echtgenote nodig had en dat deze toestemming schriftelijk gegeven had moeten worden nu huurkoop bij authentieke of onderhandse akte dient te worden aangegaan. De kantonrechter heeft overwogen dat de vordering van [verweerder] c.s. aldus moet worden begrepen dat [verweerder 2] vordert te verklaren voor recht dat zij de lease-overeenkomsten in kwestie rechtsgeldig buitengerechtigd heeft vernietigd, en voorts dat deze vordering gelet op het vooroverwogene moet worden toegewezen. Hoewel in het petitum van de dagvaarding (anders dan in het lichaam) niet de vordering voorkomt dat Dexia wegens buitengerechtigde vernietiging aan [verweerder] c.s. €44.308,08 als reeds betaalde termijnen dient te restitueren, heeft de kantonrechter uit proceseconomische overwegingen reeds overwogen dat de genoemde restitutie een gevolg is van de rechtsgeldig geoordeelde buitengerechtigde vernietiging van de lease-overeenkomsten.

Met betrekking tot de reconventionele vordering heeft de kantonrechter geoordeeld als volgt. De enkele veronderstelling van Dexia dat de echtgenote van [verweerder 1] de vernietigbaarheid van de overeenkomsten niet zou hebben ingeroepen indien de contracten "op winst" hadden gestaan, is ontoereikend om te oordelen dat misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt. Art. 6:278 BW, dat handelt over de 'bijbetaling' door de partij die ontbinding kiest bij wijziging in de waardeverhouding van de over en weer verrichte prestaties, mist toepassing aangezien de echtgenote van [verweerder 1] de stoot tot ongedaanmaking geeft en niet haar echtgenoot die partij was bij de overeenkomst. Een ander oordeel zou bovendien leiden tot gevolgen die zich niet verdragen met de door de wetgever beoogde bescherming van de echtgenoot die geen partij was bij de overeenkomst en daarvoor evenmin toestemming gaf.

Ten slotte heeft de kantonrechter in conventie voor recht verklaard dat de aandelenlease-overeenkomsten conform het bepaalde in art. 1:89 BW rechtsgeldig buitengerechtelijk door [verweerster 2] zijn vernietigd, en heeft hij in reconventie de vordering van Dexia afgewezen.

De procedure in hoger beroep

6. Bij dagvaarding van 2 maart 2005 is Dexia in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank, sector kanton d.d. 9 december 2004. Zij heeft zeven grieven tegen het vonnis geformuleerd en tevens primair terugbetaling van de door haar inmiddels reeds aan [verweerder] c.s. voldane termijnen van € 44.308,08 gevorderd resp. subsidiair 'bijbetaling' conform haar voorwaardelijke reconventionele eis. [Verweerder] c.s. hebben de grieven bij memorie van antwoord bestreden. Partijen hebben de zaak op 20 oktober 2005 doen bepleiten en zij hebben arrest gevraagd.

Door Dexia en anderen is vervolgens op de voet van art. 7:907 lid 1 BW bij het hof een verzoek ingediend tot verbindendverklaring van een door hen gesloten overeenkomst strekkend tot vergoeding van schade zoals onder andere in de thans voorliggende zaak aan de orde. Hierna is de huidige procedure geschorst. Bij beschikking van 25 januari 2007 (gepubliceerd in NJ 2007, 427) heeft het hof de bedoelde overeenkomst verbindend verklaard, waarna [verweerder 1] en [verweerster 2] met inachtneming van het bepaalde in art. 7:908 lid 2 BW schriftelijk hebben medegedeeld niet aan die overeenkomst gebonden te willen zijn. Hierna hebben [verweerder 1] en [verweerster 2] aan Dexia overeenkomstig het bepaalde in art. 227 Rv. een exploitatie doen uitbrengen tot hervatting van het geding.

7. Bij arrest van 1 maart 2007 (gepubliceerd in JOR 2007, 98, m.nt. Lieverse) heeft het hof Amsterdam de door Dexia aangevoerde grieven verworpen en het vonnis waarvan beroep bekrachtigd. Het hof heeft daartoe - kort samengevat - het volgende overwogen.

Waar het in hoger beroep om gaat is, of de litigieuze overeenkomsten op grond van de inhoud daarvan en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering hebben gegeven, ingevolge art. 7A:1576h lid 2 BW inderdaad moeten worden aangemerkt als huurkoop, zoals de rechtbank en de kantonrechter hebben gedaan. In dat geval immers komt [verweerster 2] krachtens art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW in beginsel de bevoegdheid tot vernietiging van de overeenkomst toe (rov. 2.6). De overeenkomsten hebben tot object aandelen in beursgenoteerde fondsen, dat wil zeggen geen stoffelijke zaken maar onlichamelijke vermogensrechten, immers vorderingen op aandelenuitgevende instanties. Art. 7A:1576h lid 1 BW, dat de definitie van huurkoop bevat, spreekt van een verkochte zaak. Dexia ontleent daaraan de opvatting dat nu de overeenkomsten geen betrekking hebben op zaken, ook geen sprake is van huurkoop. Die opvatting is niet juist. Op grond van art. 7A:1576 lid 5 BW is het bepaalde in de vijfde titel A van boek 7A van het BW - in welke titel koop op afbetaling en huurkoop zijn geregeld - mede van toepassing op vermogensrechten, niet zijnde registergoederen, voor-

zover dat in overeenstemming is met de aard van het recht. Daaruit vloeit voort dat indien een overeenkomst welke betrekking heeft op een vermogensrecht en voorts alle essentiële kenmerken heeft van huurkoop, deze overeenkomst ook moet worden aangemerkt als huurkoop (rov. 2.7).

Het betoog van Dexia dat de lease-overeenkomsten geen overeenkomsten van koop en verkoop zijn als bedoeld in de artt. 7:1 juncto 7:47 BW, maar overeenkomsten tot afrekening van koers- of prijsverschil als bedoeld in art. 7A:1811 lid 2 BW en dus kansovereenkomsten, moet worden verworpen nu uit de tekst van de overeenkomsten blijkt dat Dexia ten behoeve van [verweerder 1] aandelen heeft aangekocht en voorwaardelijk op diens naam heeft geadmineistreerd, [verweerder 1] het aankoopbedrag en de rentetermijnen als 'leasesom' aan Dexia verschuldigd is geworden, [verweerder 1] zodra hij aan zijn verplichtingen heeft voldaan, van rechtswege eigenaar van de aandelen zal worden, hetgeen - anders dan Dexia meent - bezwaarlijk kan worden aangemerkt als een optie tot verwerven van die aandelen, en [verweerder 1] vervolgens de keus heeft de aandelen te behouden of voor hem te laten verkopen, uit welke keuzemogelijkheid volgt dat [verweerder 1] dan ten volle bevoegd zou zijn over de aandelen te beschikken (rov. 2.8).

Ingevolge art. 7A:1576 lid 1 BW is voor koop op afbetaling, en ingevolge art. 7A:1576h BW ook voor huurkoop, vereist dat twee of meer termijnen van de koopprijs verschijnen nadat de zaak aan de koper is afgeleverd (rov. 2.9.1). Als koopprijs dient bij de onderhavige overeenkomsten te worden beschouwd het aankoopbedrag van de aandelen van telkens € 22.057,20. De overige bedragen die tezamen met het aankoopbedrag de leasesom vormen, betreffen steeds rente-termijnen. De koopprijs dient, zo vloeit voort uit de overeenkomsten, te worden betaald met een eerste termijn groot €45,38 welke vervalt op of omstreeks de dag vallende 119 maanden na de aankoop van de aandelen en een tweede termijn groot €22.011,82 welke vervalt op of omstreeks de dag vallende 120 maanden na aankoop van de aandelen, waarmee aan het wettelijk vereiste van ten minste twee termijnen is voldaan (rov. 2.9).

Een vereiste voor huurkoop is dat voorts dat door enkele aflevering de eigendom niet overgaat, maar pas door vervulling van de opschortende voorwaarde van algehele betaling door de koper. Voor huurkoop brengt de aflevering - die in dit geval is geschied door voorwaardelijke administratie van de aandelen op naam van [verweerder 1] gelet ook op art. 7A:1576h BW - mee dat de huurkoper het genot van de aandelen verwerft. Aan [verweerder 1] kwamen dadelijk nadat hij de overeenkomsten was aangegaan, alle baten en alle waardeveranderingen van de aandelen toe. Dat betekent onder meer dat Dexia gehouden was de dividendbaten zo spoedig mogelijk aan [verweerder 1] uit te keren, en dat ingeval van een keuze-dividend [verweerder 1] die keuze mocht maken. Een eventuele waardevermeerdering van de aandelen kwam ook aan [verweerder 1] toe. Aldus heeft [verweerder 1] dadelijk bij het aangaan van

de overeenkomsten het genot van de aandelen verworven; de aandelen zijn bij het aangaan van de overeenkomsten afgeleverd als bedoeld in art. 7A:1576h BW. Uit de aandelenlease-overeenkomsten volgt dat [verweerder 1] pas de eigendom van de aandelen zou verkrijgen nadat hij aan al zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst had voldaan en in zoverre voldoen de overeenkomsten aan het vereiste van art. 7A:1576h lid 1 BW (rov. 2.10).

Uit het onder 2.7 tot en met 2.10 overwogene volgt dat de overeenkomsten betrekking hebben op verkoop door Dexia aan [verweerder 1] van vermogensrechten, te weten aandelen, waarvan de koopprijs wordt betaald in twee termijnen die verschijnen nadat de aandelen aan [verweerder 1] zijn afgeleverd, en dat [verweerder 1] pas eigenaar van de aandelen wordt nadat hij aan al zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomsten heeft voldaan. Ingevolge art. 7A:1576h BW moeten de overeenkomsten derhalve worden aangemerkt als huurkoop (rov. 2.11).

Volgens art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW behoeft een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot voor overeenkomsten van koop op afbetaling. Huurkoop is blijkens art. 7A:1576h lid 1 BW een vorm van koop op afbetaling, zodat [verweerder 1] in beginsel toestemming behoefde van [verweester 2] om de overeenkomsten met Dexia te sluiten. Noch uit de wetsgeschiedenis noch uit het systeem van de wet volgt dat de wetgever heeft beoogd het toestemmingsvereiste te beperken tot overeenkomsten met betrekking tot lichamelijke zaken. Dat bij de beperking die in art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d wordt gegeven - voor in de uitoefening van beroep of bedrijf gesloten overeenkomsten - wordt gesproken van zaken, kan daaraan niet kan afdoen. Die wijze van formuleren is immers in overeenstemming met de terminologie van art. 7A:1576 lid 1 BW, maar lid 5 van dat artikel veruimt het toepassingsgebied daarvan. Art. 1:88 lid 3 BW houdt in dat de (andere) echtgenoot schriftelijk toestemming moet verlenen, indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling een vorm voorschrijft. Nu volgens art. 7A:1576i BW huurkoop bij akte wordt aangegaan, diende [verweester 2] derhalve schriftelijk toestemming te geven voor de overeenkomsten. Die schriftelijke toestemming ontbreekt, zodat [verweester 2] op grond daarvan de overeenkomsten kon vernietigen (rov. 2.12).

Ook de grief gericht tegen het afwijzen van de (voorwaardelijke) vordering in reconventie - het beroep van Dexia dat art. 6:278 BW in dit geval toepassing verdient ook al is het niet één van partijen, Dexia of [verweerder 1], maar een derde, [verweester 2], die 'de stoot tot ongedaanmaking' heeft gegeven - faalt, waarbij allereerst opmerking verdient dat de kantonrechter slechts een verklaring voor recht heeft gegeven en aan Dexia geen verplichting tot ongedaanmaking heeft opgelegd. De wetsgeschiedenis biedt geen steun voor de ruime opvatting die Dexia voorstaat met betrekking tot de toepassing van art. 6:278 BW. Bijzonder zwaarwegende omstandigheden die dit mogelijk anders maken zijn niet gesteld of gebleken. De enkele omstandigheid

dat [verweester 2] de overeenkomsten, naar mag worden aangenomen, niet had vernietigd indien en voorzover deze gunstig voor [verweerder 1] hadden uitgepakt, is daarvoor in ieder geval onvoldoende. Dat is te minder zo omdat art. 1:88 BW een beschermende functie heeft, welk doel illusoir zou worden indien de uitleg van Dexia in dezen gevolgd zou worden (rov. 2.14).

Het geding in cassatie

8. Dexia heeft - tijdig - cassatieberoep ingesteld. [Verweerder] c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Dexia heeft geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel ingestelde cassatieberoep. Partijen hebben hun stellingen schriftelijk doen toelichten. Dexia heeft afgezien van repliek. [Verweerder 1] en [verweester 2] hebben geduplicateerd.

Het cassatiemiddel in het principale beroep

Inleiding

9. Het middel bevat zes onderdelen. De middelonderdelen I-III bestrijden 's hofs oordeel dat de onderhavige overeenkomsten op grond van de inhoud daarvan en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering hebben gegeven, ingevolge art. 7A:1576h lid 2 BW moeten worden aangemerkt als huurkoop. Middelonderdeel I betoogt daartoe dat de litigieuze overeenkomsten gelet op de in art. 7A:1576 lid 1 resp. 1576h lid 1 BW gegeven omschrijvingen reeds "bij gebreke van een zaak als stoffelijk object" niet kunnen worden gekwalificeerd als koop op afbetaling resp. huurkoop. Middelonderdeel II betoogt dat de litigieuze overeenkomsten geen koop op afbetaling en derhalve ook geen huurkoop zijn "bij gebreke van aflevering" als bedoeld in art. 7A:1576 lid 1 resp. 1576h lid 1 BW. Middelonderdeel III bevat geen zelfstandige klacht. Middelonderdeel IV richt zich tegen het oordeel van het hof dat [verweerder 1] op grond van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW toestemming behoefde van [verweester 2] om de onderhavige - als huurkoop, een species van de koop op afbetaling aan te merken - overeenkomsten te sluiten. Het middelonderdeel betoogt daartoe dat uit wetsgeschiedenis, wettekst en strekking van art. 1:88 BW blijkt dat afbetalingstransacties met betrekking tot vermogensrechten niet aan het toestemmingsvereiste zijn onderworpen, waarbij het onderdeel nog aantekent dat volgens de jurisprudentie van uw Raad art. 1:88 BW restrictief moet worden uitgelegd. Middelonderdeel V richt zich tegen 's hofs oordeel dat nu volgens art. 7A:1576i BW huurkoop bij akte wordt aangegaan, [verweester 2] schriftelijk toestemming had moeten geven nu art. 1:88 lid 3 inhoudt dat de echtgenoot schriftelijk toestemming moet verlenen indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling een vorm voorschrijft. Middelonderdeel VI richt zich tegen 's hofs verwerping van Dexia's beroep op de artt. 6:278 en 6:210 alsmede art. 3:53 lid 3 BW.

Middelonderdeel I en IV: geen koop op afbetaling en/of geen toestemmingsvereiste bij gebreke van een zaak als object?

Algemeen

10. De middelonderdelen I en IV lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Zij strekken ten betoge dat de omstandigheid dat de onderhavige overeenkomsten aandelen in beursgenoteerde fondsen als object hebben, dat wil zeggen geen stoffelijke zaken maar onlichamelijke vermogensrechten, meebrengt dat geen toestemming van de niet handelende echtgenoot was vereist voor het aangaan van de "lease-overeenkomsten". Middelonderdeel I beroept zich daartoe op de wettekst van de artt. 7:1576 en 7:1576h BW, middelonderdeel IV beroept zich tevens op de tekst, wetsgeschiedenis en "beperkte strekking" van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW. Alvorens de afzonderlijke klachten te bespreken, stel ik het volgende voorop.

11. Art 1:88 BW strekt ertoe met zijn bepaling dat voor de in het eerste lid omschreven rechtshandelingen de toestemming is vereist van de niet-handelende echtgenoot, deze laatste - en daarmee het gezin - te beschermen tegen de handelende echtgenoot. Lid 1 aanhef en onder d BW verlangt toestemming voor overeenkomsten van koop op afbetaling. De bepaling luidt als volgt:

*"1. Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor de volgende rechtshandelingen:
(...)*

d. overeenkomsten van koop op afbetaling, behalve van zaken welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken."

De bepaling onder d van het eerste lid is met ingang van 1 januari 1992 aan de gezinsbeschermende bepaling van art. 1:88 BW toegevoegd. Zij nam de plaats in van het tot dan toe geldende art. 1:87 lid 1 (oud) BW - de opvolger van het zogenoemde 'pantoffelheden-artikel' (art. 162a BW (oud)) - dat voor koop op afbetaling geen toestemming maar medewerking van de andere echtgenoot eiste, zij het dat alleen medewerking was vereist indien echtgenoten een gemeenschappelijke huishouding hadden en het zaken betrof die kennelijk ten behoeve van de huishouding strekten. In deze bepaling van oud recht waren onder zaken - naar luid van art. 555 BW (oud) - begrepen "alle goederen en rechten", dat wil zeggen alle voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten en alle vermogensrechten. Art. 1:87 (oud) BW bevatte geen eigen omschrijving van het begrip koop op afbetaling; voor het antwoord op de vraag wat koop op afbetaling is, was derhalve beslissend de omschrijving van art. 1576 BW (oud) waarin - onder vigeur van art. 555 BW (oud) - koop op afbetaling was omschreven als "de koop en verkoop waarbij partijen overeenkomen, dat de koopprijs wordt betaald in termijnen waarvan twee of meer verschijnen, nadat de verkochte zaak aan den koper is overgedragen, al dan niet in eigendom".

Art. 1:87 (oud) BW is in het kader van de wijziging van de Boeken 1 en 2 die plaats vond ter gelegenheid van de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, vervangen door de bepaling van letter d die werd toegevoegd aan het eerste lid van art. 1:88 BW. Deze wijziging was ingegeven door het voorstel dat Bloembergen in 1966 in het WPNR had

gelanceerd ("De artikelen 1.6.7-1.6.7b Nieuw B.W.", WPNR 4903). Bloembergen bepleitte in zijn bijdrage (i) de bepaling van art. 87 BW (oud) onder te brengen in art. 1:88 BW (nieuw), (ii) de in art. 87 BW (oud) vereiste medewerking van de andere echtgenoot te vervangen door toestemming, (iii) de ingevolge art. 87 BW (oud) geldende beperking gelegen in het vereiste "kennelijk strekkende ten behoeve van de huishouding", te laten vervallen. Het pleidooi van Bloembergen heeft gehoor gevonden. De omschrijving van het begrip afbetalingstransacties waarvoor toestemming werd vereist heeft evenwel enige hoofdbreken gekost. In de op Bloembergens voorstel geïnspireerde ontwerp tekst voor de nieuw in te voeren bepaling onder letter d van art. 1:88 lid 1 werd ter omschrijving van de afbetalings-transacties waarvoor de toestemming van de andere echtgenoot is vereist, aanvankelijk aangesloten bij de Wet op het Afbetalingsstelsel, een aansluiting die later weer is losgelaten. Volledigheidshalve citeer ik de passage uit de MvT waarin dit wijzigingsvoorstel is toegelicht (Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5, en 6), p. 19):

"Onderdeel d vervangt artikel 87, zoals reeds in de toelichting bij dat artikel is opgemerkt. Deze wijziging gaat met enige veranderingen gepaard. Niet langer zal de medewerking van de andere echtgenoot zijn vereist, doch slechts diens toestemming. In beginsel zal deze andere echtgenoot ook niet medeschuldnaar voor de koopprijs zijn, zoals artikel 87 thans bepaalt: voor de praktijk is het verschil in dit opzicht niet zo groot, omdat dikwijls de schuld in een gemeenschap tussen echtgenoten zal vallen, of artikel 85 van toepassing zal zijn.

Belangrijker is, dat een aantal beperkingen die artikel 87 nu nog kent, zal wegvallen. Dat betreft in de eerste plaats de beperking tot zaken die kennelijk ten behoeve van de huishouding strekken - een voor de praktijk lastig en weinig bevredigend criterium; vgl. Bloembergen, W.P.N.R. 4903, en voorts H.R. 18 april 1969, N.J. 1969, 280. Vervolgens zal niet langer als vereiste voor de toepasselijkheid gelden dat de echtgenoten een gemeenschappelijke huishouding hebben, een vereiste dat evenmin voor de andere categorieën van artikel 88 geldt. (...)

De verruiming die met de nieuwe bepalingen worden voorgesteld, zijn niet onbeperkt: aan het slot is een uitzondering toegevoegd voor transacties, die kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk geschieden ten behoeve van de normale uitoefening van het beroep of bedrijf van de echtgenoot. De term "normale uitoefening van het beroep" of "bedrijf", die is ontleend aan artikel 97 lid 2, geeft een zekere beperking aan de uitzondering, evenals het vereiste dat de overeenkomst kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk daartoe moet dienen. De wederpartij die twijfelt, of de overeenkomst, mede gelet op het element van afbetaling, wel een normale bedrijfshandeling is, of hoofdzakelijk het bedrijfsbelang dient, zal er derhalve verstandig aan doen, de toestemming van de andere echtgenoot te verlangen. Voor die twijfel zal geen reden bestaan met betrekking tot de koop of afbetaling van bijv. een bestelwagen door een

middenstander. Anders is dat echter, indien het om een personenauto gaat - ook al beweert de koper dat hij die voornamelijk voor zijn beroep of bedrijf zal gebruiken - zijd de koper een beroep heeft dat hem dagelijks op de weg brengt: daartoe behoort echter niet een beroep dat hij normaliter uitoefent op een vaste standplaats, ook al begeeft hij zich dagelijks met de auto daarheen." Mede naar aanleiding van de opmerkingen in het VV II van de vaste commissie voor justitie, is ervan afgezien voor de omschrijving van de afbetalingstransacties waarvoor toestemming is vereist, aansluiting te zoeken bij de Wet op het Afbetalingsstelsel 1961. In de bij nota van wijziging voorgestelde tekst (die nadien niet meer is gewijzigd) werd voor de omschrijving van de afbetalingstransacties waarvoor toestemming is vereist, weer aangesloten bij het begrip overeenkomst van koop op afbetaling als omschreven in art. 1576 BW (oud) zoals ook reeds het geval was in art. 1:87 (oud) BW. In de MvA II is deze wijziging als volgt door de minister toegelicht (Parl. Gesch. Aanpassing BW, Inv. 3, 5 en 6, p. 24):

"2. Terecht signaleert de commissie een oneffenheid in de tekst van het wetsontwerp, waardoor onbedoeld de handelingen van artikel 88 lid 1 onder d, niet - althans voor roerende zaken - zouden samenvallen met die waarop de Wet op het afbetalingstelsel 1961 in feite van toepassing is. In de tweede nota van wijziging is teruggedraaid tot de eenvoudiger, zij het wellicht iets minder precieze, terminologie van artikel 87: de koop op afbetaling. Nauwkeurige aanpassing aan de Wet op het afbetalingsstelsel 1961 zou immers tot een ingewikkelde omschrijving leiden. Wat koop op afbetaling is, is gedefinieerd in artikel 1576 lid 1 en 2; de beperking van artikel 1576 lid 3 is echter niet van toepassing, zodat ook bij voorbeeld huurkoop van onroerende zaken en schepen onder artikel 88 valt.

12. Ten tijde van het hiervoor aangehaalde antwoord van de minister ("Wat koop op afbetaling is, is gedefinieerd in artikel 1576 lid 1 en 2; de beperking van artikel 1576 lid 3 is echter niet van toepassing, zodat ook bij voorbeeld huurkoop van onroerende zaken en schepen onder artikel 88 valt") gold nog art. 1576 BW (oud), dat met het begrip "zaak" - naar luid van art. 555 BW (oud) - zowel stoffelijke zaken als vermogensrechten op het oog had. De bepaling luidde als volgt (zie ook Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 384):

"[1] Koop en verkoop op afbetaling is de koop en verkoop, waarbij partijen overeenkomen, dat de koopprijs wordt betaald in termijnen, waarvan twee of meer verschijnen, nadat de verkochte zaak aan de koper is overgedragen, al dan niet in eigendom.

[2] Alle overeenkomsten, welke dezelfde strekking hebben, onder welke vorm of welke benaming ook aangegaan, worden als koop en verkoop op afbetaling aangemerkt.

[3] Koop en verkoop op afbetaling in den zin der wet zijn niet de overeenkomsten welke betrekking hebben op onroerende zaken, op schepen die kunnen worden ingeschreven (...), of op luchtvaartuigen teboekgesteld

in het register, bedoeld in de Wet teboekgestelde Luchtvaartuigen."

Op het moment dat de minister verwees naar art. 1576 BW ter nadere bepaling van het begrip 'koop op afbetaling' in art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d, was inmiddels wel reeds het wetsvoorstel Vaststelling en Invoering van titel 7.1 (koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken II 1981, 16 979, nrs. 1-2) ingediend. In dit wetsvoorstel werd voor wat betreft de koop op afbetaling volstaan met aanpassing van de artt. 1576-1576x BW (oud) aan de Boeken 3-6 en aan het nieuwe kooprecht van titel 7.1. Deze aanpassing was beperkt tot hetgeen uit juridisch technisch oogpunt strikt noodzakelijk moest worden geacht (zie Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 383). De voorgestelde wijzigingen hebben kracht van wet gekregen met dien verstande dat in art. 1576 lid 5 het woord "afdeling" is gewijzigd in "titel"; zij zijn per 1 januari 1992 in werking is getreden. Per genoemde datum is de regeling inzake koop op afbetaling geplaatst in Boek 7A, in de vijfde titel A die in afdeling 1 een regeling geeft betreffende koop en verkoop op afbetaling in het algemeen en in afdeling 2 een regeling inzake huurkoop, een species van koop op afbetaling.

13. De nieuwe tekst van art. 7A:1576 BW luidt als volgt:

1. Koop en verkoop op afbetaling is de koop en verkoop, waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen, waarvan twee of meer verschijnen, nadat de verkochte zaak aan de koper is afgeleverd.

2. De overeenkomst is niet van kracht voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald.

3. Alle overeenkomsten, welke dezelfde strekking hebben, onder welke vorm of welke benaming ook aangegaan, worden als koop en verkoop op afbetaling aangemerkt.

4. Koop en verkoop op afbetaling in de zin der wet zijn niet de overeenkomsten welke betrekking hebben op registergoederen.

5. Het in deze titel bepaalde vindt overeenkomstige toepassing op vermogensrechten, niet zijnde registergoederen, voor zover dat in overeenstemming is met de aard van het recht.

De MvT bevat de volgende toelichting op de voorgestelde wijziging/aanpassing van art. 1576 BW (oud), waarin - zoals gezegd - in het vijfde lid nog werd gesproken van "afdeling" (Parl. Gesch. Aanpassing (Inv. 3, 5 en 6), p. 384-385):

"Artikel 1576. De slotwoorden van lid 1 zijn gewijzigd in "nadat de verkochte zaak aan de koper is afgeleverd". Voor de betekenis van de term "afleveren" zie men artikel 7.1.2.1 leden 2 en (het onder meer voor huurkoop belangrijke) 3. De formulering van de huidige wet "overdragen al dan niet in eigendom" is in strijd met de terminologie van afdeling 3.4.2 (en het daarop gebaseerde artikel 7.1.2.1.) volgens welke de term "overdracht" de overgang van eigendom impliceert; men zie de toelichting van Meijers, eerste alinea bij artikel 3.4.2.2. De voorgestelde formulering laat evenals het huidige lid 1 in het midden of de eigendom op de

koper is overgegaan. Derhalve is de huurkoop (vgl. artikel 1576h lid 1) mede in de omschrijving begrepen. Ingevoegd is een nieuw tweede lid, ontleend aan artikel 7.1.11.2, bepalende dat de overeenkomst niet van kracht is voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald. Dit voorschrift is nodig omdat het nieuwe artikel 7.1.1.2. niet voor de koop op afbetaling past; men zie de toelichting bij artikel 7.1.11.1 lid 2 (...).

Lid 4 (voorheen lid 3) is verkort met behulp van het in artikel 3.1.1.10 - vgl. ook artikel 92 Boek 1 - gebezigde begrip "registergoed". Een materiële wijziging is hiermee niet teweeggebracht.

Dit laatste geldt ook voor het nieuwe vijfde lid. Lid 1 spreekt, evenals de andere bepalingen van deze afdeling, van de koop en verkoop op afbetaling van zaken. Blijkens artikel 3.1.1.1 moet in het nieuwe BW onder het begrip zaak verstaan worden: een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object. Derhalve omvat het begrip zaak in het nieuwe BW niet meer de vermogensrechten, zulks in afwijking van het woordgebruik in artikel 555 BW; men zie ook artikel 3.1.1.0. Het nieuwe vijfde lid strekt ertoe de toepasselijkheid van deze afdeling op de koop op afbetaling van vermogensrechten te handhaven, en doet dit op een wijze die vergelijkbaar is met artikel 7.1.10.1 voor de koop in het algemeen."

De nieuwe tekst van art. 7A:1576h BW luidt als volgt: "Art. 1576h. 1. Huurkoop is de koop en verkoop op afbetaling, waarbij partijen overeenkomen, dat de verkochte zaak niet door enkele aflevering in eigendom overgaat, maar pas door vervulling van de opschortende voorwaarde van algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst verschuldigd is.

2. Alle overeenkomsten, welke dezelfde strekking hebben, hetzij als huur en verhuur, hetzij onder anderen vorm of andere benaming aangegaan, worden als huurkoop aangemerkt.

3. Onder huurkoop is begrepen de overeenkomst, waarbij ter zake van een koop en verkoop een derde, die den eigendom der zaak verwerft, aan den koper crediet verleent des dat het geheel van handelingen de strekking van huurkoop erlangt."

De MvT bevat de volgende toelichting op de voorgestelde wijziging/aanpassing van art. 1576 BW (oud) (Parl. Gesch. Aanpassing (Inv. 3, 5 en 6), p. 386):

"M.v.T. De in lid 1 vervatte omschrijving van het begrip huurkoop is aangevuld met een op artikel 7.1.11.7, lid 1, geïnspireerde zinsnede (a). Aldus wordt buiten twijfel gesteld dat huurkoop leidt tot een eigendoms-overdracht onder opschortende voorwaarde, hetgeen ook in het huidige recht reeds pleegt te worden aangenomen; men zie de toelichting (b) blz. 860, eerste en tweede alinea en Asser-Beekhuis, Algemeen Deel, blz. 168 e.v., blz. 172. Het aanbrengen van deze verduidelijking is mede gewenst in verband met de artikelen 3.4.2.5a en 5b (en artikel 7.1.2.1, lid 3), waarin aandacht wordt besteed aan de overdracht onder opschortende voorwaarde en aan het eigendomsvoorbehoud; de voorgestelde wijziging doet uitkomen dat de huurkoop een toepassing van de voormelde bepalingen

oplevert. Er zij overigens op gewezen dat artikel 3.4.2.5b, lid 1 ook de mogelijkheid van eigendomsvoorbehoud anders door middel van een voorwaardelijke eigendomsoverdracht erkent. Ook in dat geval kunnen de huurkoopbepalingen van toepassing zijn, namelijk indien de verrichte rechtshandeling krachtens de strekkingsbepaling van artikel 1576h, lid 2 toch als huurkoop moet worden aangemerkt.'

14. Uit de hier weergegeven wetsgeschiedenis blijkt dat het meergenoemde antwoord van de minister op de vraag op welke afbetalingstransacties art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d ziet (een antwoord dat luidde als volgt: "Wat koop op afbetaling is, is gedefinieerd in artikel 1576 lid 1 en 2; de beperking van artikel 1576 lid 3 is echter niet van toepassing, zodat ook bij voorbeeld huurkoop van onroerende zaken en schepen onder artikel 88 valt.") betrekking heeft op het destijds nog geldende art. 1576 (oud) BW waarin onder "zaken" als bedoeld in het eerste lid zijn begrepen voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten én vermogensrechten. Dat volgt reeds daaruit dat is verwezen naar de definitie in "lid 1 en 2" van art. 1576. Een verwijzing naar het nieuwe lid 2 zou goede zin ontberen nu het daarin bepaalde relevantie mist bij bepaling van hetgeen als een 'koop op afbetaling' heeft te gelden. Dat volgt ook daaruit dat in de hiervoor aangehaalde passage van de MvA II is verwezen naar het niet van toepassing zijn van lid 3 om daarmee aan te geven "dat ook bij voorbeeld huurkoop van onroerende zaken en schepen onder artikel 88 valt". Ook deze verwijzing kan slechts betrekking hebben op de tekst van het destijds nog geldende art. 1576 (oud) BW.

Uit deze wetsgeschiedenis blijkt met andere woorden dat de wetgever met de bepaling van lid 1 onder d BW - in aansluiting op hetgeen tot dan toe gold - het vereiste van toestemming heeft willen stellen voor afbetalingstransacties met betrekking tot voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten én voor vermogensrechten.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 7A:1576 en 1576h BW blijkt voorts dat wijziging in de tekst van art. 1576 BW (oud), welke bepaling zag op stoffelijke objecten én vermogensrechten, louter een technische wijziging betreft die noodzakelijk was geworden doordat in het nieuwe vermogensrecht het begrip zaak "van kleur is verschoten". Met de bepaling van het aan art. 1576 nieuw toegevoegde vijfde lid ("Het in deze titel bepaalde vindt overeenkomstige toepassing op vermogensrechten, niet zijnde registergoederen, voor zover dat in overeenstemming is met de aard van het recht") heeft de wetgever voorkomen dat met de invoering van het nieuwe vermogensrecht onder koop op afbetaling, omschreven als een species van de koop en verkoop, niet langer zou vallen de koop op afbetaling van vermogensrechten. Deze ingreep was noodzakelijk geworden doordat de wetgever de nieuwe titel 7.1 BW betreffende de koop aldus heeft ingericht dat art. 7:1 BW, waarop de omschrijving van het eerste lid van art. 1576 BW is afgestemd, de koop omschrijft als een overeenkomst met betrekking tot zaken, waarna art.

7:49 BW bepaalt dat een koop ook betrekking kan hebben op vermogensrechten.

Op het voorgaande stuiten de middelonderdelen I en IV - die strekken ten betoge dat de omstandigheid dat de onderhavige overeenkomsten als object hebben aandelen in beursgenoteerde fondsen, dat wil zeggen geen stoffelijke zaken maar onlichamelijke vermogensrechten, meebrengt dat geen toestemming van de niet handelende echtgenoot was vereist voor het aangaan van de "lease-overeenkomsten" gelet op de wettekst van de artt. 7A:1576 en 7A:1576h BW en de tekst, wetsgeschiedenis en "beperkte strekking" van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW - in hun geheel af. Op de afzonderlijke klachten ga ik derhalve hieronder nog slechts kort in.

15. Middelonderdeel I keert zich tegen de rechtsoverwegingen 2.7.1-2.7.2 waarin het hof heeft geoordeeld dat naar luid van art. 7A:1576 lid 5 BW het bepaalde in de vijfde titel A van boek 7A van het BW - in welke titel koop op afbetaling en huurkoop zijn geregeld - mede van toepassing is op vermogensrechten, niet zijnde registergoederen, voorzover dat in overeenstemming is met de aard van het recht, en dat daaruit voortvloeit dat indien een overeenkomst welke betrekking heeft op een vermogensrecht en voorts alle essentiële kenmerken heeft van huurkoop, deze overeenkomst ook moet worden aangemerkt als huurkoop.

Het middelonderdeel voert aan het hof miskent (A) dat het restrictief uit te leggen toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW slechts betrekking heeft op 'overeenkomsten tot afbetaling' en dat de lease-overeenkomsten geen zaak als object hebben (een klacht die wordt uitgewerkt in middelonderdeel IV), en (B) dat met de woorden "van overeenkomstige toepassing" in art. 7A:1576 lid 5 BW de wetgever heeft uitgedrukt dat juist transacties als de onderhavige, die een vermogensrecht in plaats van een zaak als (koop)object hebben, "re vera" geen 'koop op afbetaling' en dus ook geen 'huurkoop' zijn, en (C) dat evenmin aan de juistheid van Dexia's betoog afdoet dat lease-overeenkomsten met aandelen of andere vermogensrechten (i.p.v. zaken) als object volgens de definitie van 7:47 BW wel als een overeenkomst van koop kunnen gelden.

Het middelonderdeel miskent dat uit de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis van artt. 7A:1576 en 1576h BW en van art. 1:88 lid 1 onder d BW, volgt dat transacties als de onderhavige lease-overeenkomsten die een vermogensrecht als object hebben, wél gekwalificeerd kunnen worden als koop op afbetaling en daarmee ook als huurkoop mits de overeenkomst voldoet aan de overige essentiële kenmerken van huurkoop, en dat art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d ook betrekking heeft op overeenkomsten van koop op afbetaling en huurkoop die vermogensrechten als object hebben.

16. Middelonderdeel IV komt op tegen rechtsoverweging 2.12 en 2.12.1 waarin het hof oordeelde dat noch uit de wetsgeschiedenis noch uit het systeem van de wet volgt dat de wetgever heeft beoogd het toestemmingsvereiste te beperken tot overeenkomsten met betrekking tot lichamelijke zaken. Het middelonderdeel

betoogt onder B (het betoog onder A bevat geen zelfstandige klacht) - kort samengevat - dat de wetgever bij de invoeringswetgeving bijzondere aandacht heeft besteed aan een consequente doorvoering van de nieuwe terminologie (goederen, zaken en vermogensrechten), dat de opneming van het woord "zaken" in het proviso bij art. 1:88 lid 1 onder d voor beroeps- en bedrijfsmatige transacties mede daarom slechts verklaarbaar is vanuit een evenzo tot stoffelijke objecten beperkte gelding van de hoofdregel van die bepaling, dat ook de definitie van art. 1 van de Wet op het Afbetalingsstelsel 1961 waarop de ontwerpzetstekst van art. 1:88 lid 1 onder d aanvankelijk was afgestemd, uitdrukkelijk werd toegespitst op een roerende lichamelijke zaak, dat in de toelichting bij de wijziging die tot de huidige tekst van art. 1:88 lid 1 onder d heeft geleid, wordt verwezen naar het eerste lid van de op zaken toegespitste definitie van koop op afbetaling in art. 7A:1576 BW maar niet naar het toen al bekende lid 5 ervan, dat de "overeenkomstige toepassing" in art. 7A:1576 lid 5 BW expliciet is beperkt tot het bepaalde in de, in dat vijfde lid, genoemde titel en dat volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad de rechtszekerheid eist dat art. 1:88 BW letterlijk c.q. restrictief wordt uitgelegd en toegepast en dus niet tot andere niet expliciet in art. 1:88 BW genoemde maar voor het gezinsvermogen mogelijk (niet minder of zelfs meer) bedreigende soorten rechtshandelingen mag worden uitgebreid.

Ook dit middelonderdeel miskent hetgeen blijkt uit de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis. Het hof is terecht tot de slotsom gekomen dat de opneming van het woord "zaken" in het proviso bij art. 1:88 lid 1 onder d voor beroeps- en bedrijfsmatige transacties niet impliceert dat het toestemmingsvereiste uitsluitend geldt indien zaken - dus geen vermogensrechten - op afbetaling zijn gekocht. Deze omschrijving - die aanvankelijk nog was afgestemd op de terminologie van het oude BW waarin onder "zaken" ook vermogensrechten waren begrepen - is immers ook in overeenstemming met de terminologie van art. 7A:1576 BW waarvan het eerste lid de koop op afbetaling - in lijn met art. 7:1 BW - definieert als de koop en verkoop van zaken, waarna het vijfde lid het toepassingsgebied van de koop op afbetaling - in lijn met art. 7:49 BW dat bepaalt dat een koop ook op een vermogensrecht betrekking kan hebben - uitbreidt tot koop op afbetaling van vermogensrechten. Koop op afbetaling van vermogensrechten valt daarmee onder de reikwijdte van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW, zoals koop op afbetaling van vermogensrechten ook viel onder de reikwijdte van art. 1:87 (oud) BW. Koop op afbetaling, en huurkoop, van vermogensrechten is daarmee een rechtshandeling waarvoor naar de omschrijving van art. 1:88 BW toestemming van de niet handelende echtgenoot is vereist; van een uitbreiding per analogie als door het middel bedoeld is geen sprake.

17. Ook vrijwel alle schrijvers zijn deze mening toegedaan Zie bijv. Brunner en Roelvink, Advies aan de Commissie Geschillen Aandelenlease (ook wel genoemd: de commissie Oosting), die tot de slotsom komen dat "(...), indien een gehuwde een overeenkomst

van effectenlease afsluit, daarvoor de toestemming van de andere echtgenoot op grond van art. 1:88 BW vereist kan zijn." Zij merken daarbij op dat de vraag of die toestemming in een concreet geval is vereist is, afhangt van de kenmerken van de betrokken overeenkomst. Wil er sprake zijn van koop op afbetaling, dan moet de overeenkomst voorzien in koop van effecten met betaling van de koopprijs in termijnen, waarvan er twee of meer verschijnen nadat de effecten aan de lessee zijn afgeleverd. Van Baalen (Het leasen van effecten; over hoogmoed en de val, WPNR 2005 (6604), p. 3) onderschrijft deze conclusie.

Zie voorts in gelijke zin: Van der Burght (noten onder rechtbank (sector kanton) Amsterdam 25 augustus 2004, JOR 2004, 303 en Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2005, JOR 2005, 69, waarin een andersluidend vonnis van de rechtbank Roermond werd vernietigd); J.F. Verheijen, De kwalificatie van een aandelenlease-overeenkomst, huurkoopovereenkomst of overeenkomst sui generis, WPNR 6604 (2005), p. 27; Bestebreurtje en Van der Kraan, Het effectenlease-debacle, O&F 2007/75, p. 40.

Een andere opvatting zijn toegedaan Van Mourik, Nuytinck en Kortmann. Van Mourik, Nuytinck en Kortmann betogen in hun reactie op het advies van Brunner en Roelvink d.d. 1 oktober 2004 (productie 1 bij de memorie van grieven) dat Brunner en Roelvink in hun advies onvoldoende hebben onderkend dat het bepaalde in art. 7A:1576 lid 5 BW meebrengt dat de titel van koop en verkoop op afbetaling slechts van overeenkomstige toepassing is op vermogensrechten (voorzover dat in overeenstemming is met de aard van het recht) en dat overeenkomsten strekkende tot de koop en verkoop van vermogensrechten (niet zijnde registergoederen) waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen waarvan twee of meer verstrijken na aflevering, geen koop op afbetaling zijn. Uit hetgeen ik hiervoor bij de behandeling van middelonderdeel I betoogde, moge volgen dat deze opvatting naar mijn oordeel niet kan worden onderschreven.

Ook in de rechtspraak wordt vrijwel algemeen aangenomen dat effectenlease-overeenkomsten onder de reikwijdte van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW kunnen vallen. De rechtspraak op dit punt is overvloedig. Ik volsta met een verwijzing naar het recente arrest van hof 's-Hertogenbosch, 27 november 2007, LJN: BC1140.

Ik wijs Uw Raad ten slotte erop dat onder de Duisenberg regeling, ook wel genoemd de WCAM-overeenkomst (naar Wet Collectieve Afwikkeling Mas-saschade), in het geval van contracten als de onderhavige, waarbij de echtgenoot van de belegger/lessee binnen drie jaar en zes maanden na de 'Aanvangsdatum' van de overeenkomst een beroep heeft gedaan op vernietiging op grond van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW, aanspraak op een vergoeding kan worden gemaakt van 100% van de 'Restschuld' (kort gezegd het negatieve verschil tussen de desbetreffende Resterende Hoofdsom en de Verkoopwaarde van de effecten) indien vóór de peildatum van 1 mei 2005

een Voortijdige Beëindiging van de Overeenkomst heeft plaatsgevonden en de desbetreffende contractant geen Deelnemer is (zie de definities in de Duisenberg regeling), hetgeen overigens inhoudt dat er onder de Duisenberg regeling geen recht bestaat op restitutie van de inleg. Zie hierover ook Lieverse in de noot onder het door het middel bestreden arrest in JOR 2007, 98 en Bestebreurtje en Van der Kraan, Het effectenlease-debacle, O&F 2007/75, p. 42.

Middelonderdeel II: het vereiste van aflevering als bedoeld in de artt. 7A:1576 en 1576h BW

18. Middelonderdeel II strekt ten betoge dat de litigieuze overeenkomsten geen koop op afbetaling en dus ook geen huurkoop zijn bij gebreke van een verplichting voor Dexia tot aflevering van de aandelen voordat de rente- en koopprijsstermijnen door [verweerder 1] zouden zijn betaald. Dit omdat de artt. 7A:1576 lid 1 en 1576h lid 1 BW koop op afbetaling resp. huurkoop mede aan de hand van het begrip "aflevering" definiëren in die zin, dat partijen daarbij overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen waarvan twee of meer verschijnen nadat de verkochte zaak aan de koper is afgeleverd, waarbij huurkoop als extra kenmerk heeft dat de verkochte zaak niet door de enkele aflevering in eigendom overgaat maar pas door vervulling van de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs. Het middelonderdeel komt op tegen de rechtsoverwegingen 2.10.2 en 2.10.3 waarin het hof vooropstelde dat afleveren in de artt. 7:9 BW en 7A:1576 lid 1 BW in het geval van koop (op afbetaling) van vermogensrechten - anders dan Dexia betoogt - niet betekent dat de verkoper alles in het werk dient te stellen teneinde de koper in staat te stellen het vermogensrecht "ten volle" uit te oefenen, doch dat de voor huurkoop vereiste aflevering - die aldus het hof in dit geval is geschied door voorwaardelijke administratie van de aandelen op de naam van [verweerder 1], gelet ook op art. 7A:1576h BW - inhoudt dat de huurkoper dadelijk bij het aangaan van de overeenkomst het genot van het vermogensrecht verwerft en dat in casu [verweerder 1] dadelijk bij het aangaan van de overeenkomsten het genot van de aandelen heeft verworven. Dit, aangezien aan hem dadelijk nadat hij de overeenkomsten was aangegaan ingevolge art. 3 Bijzondere voorwaarden effecten lease (verder ook: Bvel) alle baten en alle waardeveranderingen van de aandelen toekwamen, hetgeen onder meer betekende dat Dexia gehouden was dividendbaten zo spoedig mogelijk aan [verweerder 1] uit te keren en dat ingeval van een keuze-dividend [verweerder 1] die keuze mocht maken terwijl een eventuele waardevermeerdering van de aandelen ook aan [verweerder 1] toekwam. Het hof overwoog in dat verband dat de door Dexia genoemde andere rechten die krachtens de laatste zin van art. 3 Bvel ter keuze van Dexia zullen worden uitgeoefend, zoals aandeelhoudersrechten als het bijwonen van aandeelhoudersvergaderingen en het deelnemen aan debatten en het uitbrengen van zijn stem, van te gering gewicht zijn om niet te kunnen zeggen dat [verweerder 1] in overwegende mate het genot van de aandelen had gedurende de looptijd van de overeenkomsten.

Subonderdeel A betoogt dat 's hofs oordeel dat aan het bedoeld vereiste van aflevering is voldaan onjuist dan wel onbegrijpelijk is, gelet op de door het hof niet verworpen feitelijke stellingen van Dexia dat [verweerder 1] blijkens de slotzin van art. 3 Bvel niet de aan de aandelen verbonden stem- en wilsrechten mocht uitoefenen, dat [verweerder 1] geen aanspraak jegens de aandeelhoudende instellingen had op betaling van eventuele dividendbaten, dat [verweerder 1] jegens Dexia niet alleen niet over de aandelen mocht beschikken maar ook - zij het zonder enig financieel nadeel - zou moeten dulden dat Dexia de aandelen kon en mocht bezwaren en zelfs volledig aan een derde overdragen en dat [verweerder 1] voor de betaling van de laatste verschuldigde termijn nog geen enkel eigen recht op de betrokken aandelen had. Subonderdeel B betoogt dat het hof heeft miskend dat aan de juistheid van Dexia's standpunt dat geen sprake is van aflevering, niet afdoet (i) dat de aandelen dadelijk na de totstandkoming van de litigieuze overeenkomsten door Dexia voorwaardelijk op naam van [verweerder 1] zijn bijgeschreven in haar administratie overeenkomstig art. 17 Wge omdat een dergelijke bijschrijving vóór de betaling van de laatste aan Dexia verschuldigde termijn voor [verweerder 1] geen enkele zelfstandige bezits-, machts- of genotsuitoefening ten aanzien van de aandelen meebracht, (ii) dat [verweerder 1] dadelijk na de totstandkoming van de overeenkomsten jegens Dexia aanspraak had op doorbetaling van alle dividend-baten omdat het desbetreffende vermogensrecht nu juist gekenmerkt wordt door een rechtstreekse aanspraak terzake jegens de uitgevende instellingen als debiteur, (iii) dat op grond van art. 3 Bvel alle waardeveranderingen van de betreffende aandelen dadelijk vanaf de contractsluiting aan [verweerder 1] toekwamen omdat zo'n risico-overgang van de waardeontwikkeling van die aandelen inherent is aan elke "termijnkoop". Subonderdeel C betoogt dat onjuist althans onbegrijpelijk is 's hofs kwalificatie van de voorwaardelijke levering aan resp. de Wge-bijbeschrijving ten name van [verweerder 1] van de aandelen als 'aflevering' in de zin van de artt. 7A:1576 en 1576h BW aangezien die administratieve handeling als strekking noch effect had enige bezits-, machts- of genotsverschaffing door Dexia aan [verweerder 1]. Subonderdeel D betoogt dat zonder nadere motivering onjuist of onbegrijpelijk is 's hofs oordeel dat het beding in art. 3 (slot) Bvel dat slechts Dexia zelf de aandeelhoudersrechten als het bijwonen van alsmede inspreken en stemmen op de betreffende vergaderingen mocht en kon uitoefenen niet in de weg staat aan de conclusie dat [verweerder 1] in overwegende mate het genot van de aandelen had gedurende de looptijd van de overeenkomst.

19. Bij de behandeling van de in het middelonderdeel vervatte klachten die alle de vraag betreffen of in casu is voldaan aan het vereiste van 'aflevering' als bedoeld in de artt. 7A:1576 en 1576h BW en die betogen dat het hof met zijn oordeel dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven, stel ik volgende voorop.

Bij de bespreking van middelonderdeel I is reeds aan de orde gekomen dat uit de wetsgeschiedenis van de artt. 7A:1576 en 1576h BW blijkt dat de wijzigingen die met de invoering van het nieuwe vermogensrecht zijn aangebracht in de voorheen geldende artt. 1576 en 1576h BW (oud), technische wijzigingen betreffen die noodzakelijk waren geworden doordat in het nieuwe vermogensrecht het begrip zaak "van kleur is verschooten" (in die zin dat onder zaken zijn begrepen alle voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten en onder goederen alle zaken en alle vermogensrechten) en doordat de wetgever de nieuwe titel 7.1 BW betreffende de koop aldus heeft ingericht dat art. 7:1 BW, waarop de omschrijving van het eerste lid van art. 1576 BW is afgestemd, de koop omschrijft als een overeenkomst met betrekking tot zaken, waarna art. 7:49 BW bepaalt dat een koop ook betrekking kan hebben op vermogensrechten, in welk geval de bepalingen van de afdelingen 1-9 van titel 7.1 van overeenkomstige toepassing zijn voorzover dit in overeenstemming is met de aard van het recht.

Wat "aflevering", een hoofdverplichting van de verkoper, inhoudt, is omschreven in art. 7:9 BW dat bij zijn omschrijving van het begrip aflevering - zoals gezegd - uitgaat van de koop van een zaak. Aflevering wordt in deze bepaling omschreven als volgt:

"1. De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren.

2. Onder aflevering wordt verstaan het stellen van de zaak in het bezit van de koper.

3. In geval van koop met eigendomsvoorbehoud wordt onder aflevering verstaan het stellen van de zaak in de macht van de koper."

In de MvT wordt deze bepaling toegelicht als volgt (Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6, p. 96):

"(..) Naast de overdracht van de eigendom bevat lid 1 van het voorgestelde artikel de verplichting van de verkoper tot afleveren. In het algemeen wordt met de term afleveren zowel de verschaffing van bezit als houderschap aangeduid (...) Lid 2 van het onderhavige artikel concretiseert deze aanduiding voor koopovereenkomsten in het algemeen als bezitsverschaffing; (...). Het normale geval is de feitelijke overdracht van het verkochte goed zelf of de afgifte aan de koper van de middelen om over het goed te beschikken, bij voorbeeld de sleutel van het magazijn waarin het zich bevindt, of de bescheiden die het goed vertegenwoordigen. Maar eveneens gelden als aflevering bezitsverschaffing zonder verplaatsing van de zaak, zoals het constitutum possessorium, de traditio brevi manu en de traditio longa manu.

De ontwerp-Beneluxovereenkomst opent in artikel 2 de mogelijkheid om voor het geval van koop met eigendomsvoorbehoud de aflevering in dier voege nader te omschrijven, dat voor de aflevering voldoende is dat de koper het houderschap van de zaak verkrijgt. Aangezien hier te lande koop met eigendomsvoorbehoud veel voorkomt, is van bovenbedoelde reserve gebruik gemaakt door in lid 3 van de onderhavige het onderhavige artikel te bepalen dat in geval van koop met eigendomsvoorbehoud onder aflevering wordt ver-

staan het stellen van de zaak in de macht van de koper. Met deze omschrijving wordt aangehaakt aan de artikelen 3.4.2.5a en 5b [artikelen 3:91 en 92]. De term macht duidt hier, evenals in de artikelen 3.4.2.5a en 5b, op het rechtstreeks of via een derde ter beschikking hebben van de zaak, zodanig dat het mogelijk is een ander het bezit daarvan te verschaffen, doch onverschillig of van de kant van de vervreemder enig recht op de zaak bestaat; (...)"

Op een vraag in het VV II naar de betekenis van het begrip 'aflevering', in het bijzonder voor onroerende zaken en vorderingen is in de MvA II als volgt geantwoord (Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6, p. 97-98):

"Vooropgesteld zij dat aan een term ter aanduiding van bezits- onderscheidenlijk machtsverschaffing behoefte bestaat, nu daaraan in andere bepalingen rechtsgevolgen worden verbonden. Ook in het huidige recht wordt tussen bezitsverschaffing en eigendomsoverdracht onderscheiden (...).

De aflevering van een onroerende zaak kan samenvallen met de levering als bedoeld in art. 3.4.2.4., doch dit behoeft niet het geval te zijn. Men denke aan het geval dat de verkoper ter gelegenheid van het opmaken en ondertekenen van de transportakte bij de notaris aan de koper ook reeds de feitelijke macht verschaft door overhandiging van de sleutels. De koper wordt dan bezitter ook al is de levering pas voltooid op het tijdstip van de inschrijving. (...)

Bij vorderingen zal het onderscheid tussen aflevering en levering in de praktijk van weinig betekenis zijn. Daarvoor is de bepaling, die over zaken handelt, dan ook niet rechtstreeks geschreven."

Op een vraag in het VV II om nadere toelichting aan de hand van enige voorbeelden van de regeling van art. 7:47 BW dat de bepalingen van de afdelingen 1-9 op de koop van vermogensrechten van overeenkomstige toepassing zijn, is in de MvA II als volgt geantwoord (Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6, p. 297):

"Naar aanleiding van het verzoek van de commissie om nadere toelichting aan de hand van de enige voorbeelden van de onderhavige regeling, kan gewezen worden op de in artikel 7.1.2.1 [art. 7:9] neergelegde plicht van de verkoper om de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren. Voor de verkoop van een recht zal dit betekenen dat de verkoper het recht overdraagt op de wijze als voorzien in afdeling 3.4.2 en voorts alles in het werk stelt dat de koper het recht ten volle kan uitoefenen. (...)

Met de opmerking dat de verplichting van de verkoper van een vermogensrecht om dat verkochte recht in eigendom over te dragen en af te leveren, zal betekenen dat op de verkoper de verplichting rust om het recht over te dragen als voorzien in afdeling 3.4.2 en voorts om alles in het werk te stellen dat de koper het recht ten volle kan uitoefenen, ziet de laatst aangehaalde passage op het geval dat sprake is van verkoop zonder eigendomsvoorbehoud. Dat volgt reeds daaruit dat wordt gesproken van de verplichting tot overdracht. De hiervoor aangehaalde passage waarin wordt vermeld dat bij koop van een vermogensrecht het onderscheid tussen aflevering en levering van weinig betekenis zal zijn,

ziet kennelijk ook op de koop zonder eigendomsvoorbehoud. Uit de wettekst van art. 7:9 juncto art. 7:47 en de hier aangehaalde wetsgeschiedenis blijkt naar mijn oordeel voorts dat in geval van koop van een vermogensrecht met een eigendomsvoorbehoud, dat wil zeggen in geval van huurkoop, wel een onderscheid moet worden gemaakt tussen levering als vereiste voor eigendomsoverdracht en aflevering, onder welk begrip in zodanig geval het verschaffen van het genot van het vermogensrecht zonder verschaffing van eigendom zal moeten worden verstaan.

20. Het hof heeft een en ander niet miskend. Het heeft - zo blijkt uit zijn rechtsoverweging 2.10.2 - tot uitgangspunt genomen dat als maatstaf voor de beantwoording van de vraag of in de litigieuze lease-overeenkomsten is voorzien in een verplichting tot aflevering als bedoeld in art. 7A:1576h BW, geldt of de litigieuze lease-overeenkomsten erin voorzagen dat [verweerder 1] bij het aangaan van de overeenkomsten het genot van de aandelen verwierf. Het hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Vooropstellend dat de aflevering in dit geval is geschied door voorwaardelijke administratie van de aandelen op naam van [verweerder 1] (in de Bvel gekwalificeerd als een voorwaardelijke overdracht onder opschortende voorwaarde van betaling van de koopsom), heeft het daarbij bepalend geacht dat aan [verweerder 1] ingevolge art. 3 Bvel alle baten en alle waardeveranderingen toekwamen nadat hij de overeenkomsten was aangegaan, hetgeen betekende dat Dexia gehouden was dividendbaten zo spoedig mogelijk aan [verweerder 1] uit te keren en dat in geval van een keuze-dividend [verweerder 1] die keuze mocht maken terwijl een eventuele waardevermeerdering van de aandelen ook aan [verweerder 1] toekwam. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk. Hierop stuit middelonderdeel IV in zijn geheel af. Op de afzonderlijke klachten ga ik nog slechts kort in.

21. Het in subonderdeel A vervatte betoog dat 's hofs oordeel dat aan het bedoeld vereiste van aflevering is voldaan onjuist dan wel onbegrijpelijk is, gelet op de door het hof niet verworpen feitelijke stellingen van Dexia dat [verweerder 1] blijkens de slotzin van art. 3 Bvel niet de aan de aandelen verbonden stem- en wilsrechten mocht uitoefenen, en vóór de betaling van de laatste verschuldigde termijn nog geen enkel eigen recht op de betrokken aandelen had, faalt. 's Hofs oordeel dat de omstandigheid dat [verweerder 1] niet de aan de aandelen verbonden stem- en wilsrechten mocht uitoefenen van te gering gewicht zijn om niet te kunnen zeggen dat [verweerder 1] in overwegende mate het genot van de aandelen had gedurende de looptijd van de overeenkomsten, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, mede gelet op de omstandigheid dat [verweerder 1] nog niet de "eigendom" toekwam en derhalve - anders dan Dexia heeft verdedigd - ook niet de volledige beschikkingsmacht.

Subonderdeel B strekt ten betoge dat het hof heeft miskend dat geen sprake is van aflevering nu [verweerder 1] vóór de betaling van de laatste termijn geen enkele zelfstandige bezits-, machts- of genotsuitoefening ten

aanzien van de aandelen toekwam doch slechts jegens Dexia aanspraak had op doorbetaling van alle dividendbaten terwijl het desbetreffende vermogensrecht nu juist gekenmerkt wordt door een rechtstreekse aanspraak terzake jegens de uitgevende instellingen als debiteur. Dit onderdeel faalt. Het hof heeft terecht geoordeeld dat de omstandigheid dat [verweerder 1] dadelijk nadat hij de overeenkomsten was aangegaan ingevolge art. 3 Bvel jegens Dexia - en niet jegens de uitgevende instellingen - recht had op dividend, meebrengt dat hij direct bij het aangaan van de overeenkomsten het genot van de aandelen heeft verworven als vereist voor een aflevering als bedoeld in art. 7A:1576h BW. Het middel betoogt op zichzelf met recht dat een risico-overgang van de waardeontwikkeling van de aandelen inherent is aan elke "termijnkoop". Het hof heeft zulks in zoverre niet miskend, dat het met zijn overweging dat een eventuele waardevermeerdering van de aandelen ook aan [verweerder 1] toekwam, slechts tot uitdrukking heeft willen brengen dat [verweerder 1] het volledige genot van de aandelen had verworven, al was de omstandigheid dat een waardevermeerdering aan [verweerder 1] toekwam reeds inherent aan de "termijnkoop".

Het betoog van subonderdeel C dat onjuist althans onbegrijpelijk is 's hofs kwalificatie van de voorwaardelijke levering aan resp. de Wgebijschrijving ten name van [verweerder 1] als "aflevering" in de zin van de artt. 7A:1576 en 1576h BW, aangezien die administratieve handeling als strekking noch effect had enige bezits-, machts- of genotsverschaffing door Dexia aan [verweerder 1], faalt. Het bouwt voort op de subonderdelen A en B en moet het lot daarvan delen.

Hiervoor is reeds aangegeven dat niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting 's hofs oordeel dat het beeding in art. 3 (slot) Bvel dat slechts Dexia zelf de aandeelhoudersrechten als het bijwonen van alsmede het inspreken en stemmen op de betreffende vergaderingen mocht en kon uitoefenen niet in de weg staat aan de conclusie dat [verweerder 1] in overwegende mate het genot van de aandelen had gedurende de looptijd van de overeenkomst. Onbegrijpelijk is dat oordeel evenmin. Ook subonderdeel D dat met zijn klachten voortbouwt op de subonderdelen A en B moet derhalve falen.

22. Over de aard van de onderhavige vermogensrechten, effecten die verhandelbaar zijn onder de Wge, verwijst ik volledigheidshalve naar Uniken-Venema (C.Æ. Uniken Venema, Effectengiro-recht in beweging, 2003) die over de aard van het girale-effectenverkeer onder meer opmerkt dat op grond van het bepaalde in art. 12 Wge de bewaargeving onder de Wge afwijkt van de bewaarneming/bewaargeving in de zin van art. 7:600 BW (a.w. p. 35):

"Terwijl bij gewone bewaargeving de in bewaring gegeven zaken in 'gewone' eigendom blijven toebehoren aan de bewaargever, heeft Wge-bewaargeving tengevolge dat de in bewaring gegeven en genomen effecten van rechtswege deel gaan uitmaken van een gemeen-

schap van effecten van dezelfde soort, een zgn. verzameldepot."

Juridisch zijn 'girale effecten' te kwalificeren als een goederenrechtelijke aanspraak (mede-eigendom) op de effecten in het verzameldepot. Onder de Wge verhandelbare (girale) effecten, zijn derhalve geen individualiseerbare eigenlijke effecten maar rechten op geïmmobiliseerde effecten. Uniken Venema (a.w. p. 36) geeft de volgende waarschuwing:

"Ik ben van mening dat de term 'aandelen', met betrekking tot verzameldepots, verwarrend kan werken. Zo kan in de eerste plaats bij vluchtige kennismaking van een situatie waarvan van 'aandelen' in een verzameldepot sprake is, de gedachte opkomen dat er sprake is van 'aandelen' in een vennootschapsrechtelijke zin. Bij een wat grondiger kennisneming zal ongetwijfeld een eventuele allereerste gedachte aan aandelen in vennootschapsrechtelijke zin snel verdwijnen. Dit neemt echter niet weg dat ook het ontstaan van een moment van verwarring dient te worden vermeden, indien dit op eenvoudige wijze mogelijk is door te blijven spreken over medeëigendomsrechten. Op dit aspect van mogelijke verwarring is ook gewezen in de MvT bij de Wge-1977 (p. XXV). Aangegeven werd daarbij dat in de MvT in verband met het gesignaleerde verwarringsgevaar soms gesproken zou worden over een 'tegoed'. Ik merk echter op dat aan de term 'tegoed' in dit verband het grote bezwaar kleeft dat daarin in het geheel niet tot uiting komt dat er sprake is van een goederenrechtelijke aanspraak, namelijk van een 'aandeel' in een gemeenschap van effecten of anders gezegd - en m.i. duidelijker - van een recht van medeëigendom betreffende effecten in een verzameldepot."

23. In de jurisprudentie wordt vrijwel algemeen aangenomen dat in effectenlease-overeenkomsten is voldaan aan het vereiste van aflevering en dat deze overeenkomsten derhalve - als aan de overige wettelijke vereisten is voldaan - als huurkoop gekwalificeerd kunnen worden. De jurisprudentie op dit punt is omvangrijk. Ik volsta te verwijzen naar enige recente uitspraken: rechtbank Amsterdam, 27 april 2007, JOR 2007, 151; rechtbank Amsterdam 20 juni 2007, LJN: BB2236; hof 's-Hertogenbosch, 26 juni 2007, JOR 2007, 190; rechtbank Leeuwarden, sector kanton, 28 augustus 2007, LJN: BB3271; rechtbank Leeuwarden, sector kanton, 6 november 2007, LJN: BB8242; hof 's-Hertogenbosch, 27 november 2007, LJN: BC1140; hof Amsterdam, 6 december 2007, LJN BB 9552. Rechtbank Almelo, sector kanton, 26 november 2003, JOR 2004, 18, evenwel dat een aandelenlease-overeenkomst niet als een huurkoopovereenkomst kan worden aangemerkt omdat er naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake was van aflevering.

In de literatuur heeft de vraag of bij vermogensrechten is voldaan aan het vereiste van 'aflevering' niet veel aandacht gekregen. Brunner en Roelvink wijzen in hun meergenoemde advies erop dat de term 'aflevering' niet strikt moet worden begrepen nu deze term in beginsel alleen betrekking heeft op zaken (Advies aan de commissie geschillen aandelenlease, onder 4.3). M. Bestebreurtje en A. van der Krans (Het Effectenlease-

Debacle, O&F 2007/75, p. 41 met verdere verwijzingen naar jurisprudentie) zijn van oordeel dat in gevallen als de onderhavige sprake is van aflevering omdat de afnemer het voor huurkoop kenmerkende gebruiksrecht heeft verkregen, nu hij het economische risico droeg en hem het dividend toekwam.

Breken (Onderneming en effecten, Serie Onderneming en Recht deel 13, p. 628-629) meent dat in beginsel effectenlease-overeenkomsten niet als huurkoop kunnen worden aangemerkt, omdat geen sprake is van 'aflevering' van effecten onder de lease-overeenkomsten. Breken ziet er mijns inziens aan voorbij dat op grond van art. 1576 lid 5 BW de term 'aflevering' slechts van toepassing is op vermogensrechten voor zover dat in overeenstemming is met de aard van het recht.

Middelonderdeel III: koop op afbetaling en huurkoop?

24. Middelonderdeel III betoogt dat bij het slagen van een of meer van de klachten vervat in de middelonderdelen I en II, ook 's hof oordeel in rechtsoverweging 2.11 dat de litigieuze overeenkomsten als koop op afbetaling en - gelet op het door Dexia bedongen eigendomsvoorbehoud - in het bijzonder als "huurkoop" moeten worden aangemerkt, geen stand kunnen houden. Het middelonderdeel bevat geen zelfstandige klacht. Het bouwt voort op de middelonderdelen I en II en moet het lot daarvan delen.

Middelonderdeel V: schriftelijke toestemming vereist?

25. Middelonderdeel V klaagt dat het hof in rechtsoverweging 2.12.3 ten onrechte heeft geoordeeld dat nu volgens art. 7A:1576i BW huurkoop bij akte wordt aangegaan, reeds het enkele ontbreken van [verweerster 2] schriftelijk toestemming voor de litigieuze, als huurkoop te kwalificeren, overeenkomsten meebrengt dat [verweerster 2] deze overeenkomsten kon vernietigen op grond van art. 1:88 lid 3 BW, dat inhoudt dat de echtgenoot schriftelijk toestemming moet verlenen indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling een vorm voorschrijft. Het middel voert hiertoe het volgende aan. Art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW vereist toestemming van de andere echtgenoot voor de rechtshandeling koop op afbetaling, waarvoor de wet niet de schriftelijke vorm vereist. Het vormvoorschrift van art. 7A:1576i BW ziet alleen op het species huurkoop terwijl art. 7A:1576j BW - zonder derhalve de geldigheid van de desbetreffende afbetalingstransacties als zodanig aan te (willen) tasten - als rechtsgevolg resp. sanctie aan het onvolledig zijn of het ontbreken van zo'n akte slechts het verval verbindt van het eigendomsvoorbehoud, waardoor het species huurkoop zich van het genus koop op afbetaling onderscheidt. Derhalve kan mede gezien het uitgangspunt dat (ver)nietig(baar)heden niet verder reiken dan hun strekking meebrengt, het alléén ontbreken van een schriftelijke toestemming van de 'andere' echtgenoot slechts het verval van het bedongen eigendomsvoorbehoud meebrengen en resteert een niet aantastbare koop op afbetaling ingeval de andere echtgenoot mondeling toestemming heeft verleend.

Het middelonderdeel klaagt voorts dat het hof "in het verlengde hiervan" ten onrechte, althans zonder toereikende motivering, Dexia's betoog en/of bewijsaanbod bij haar grief "inzake de op het al dan niet verleend zijn van [verweerster 2] toestemming toepasselijke verdeling van de stelplicht en/of bewijslast" heeft verworpen resp. gepasseerd.

26. Het middelonderdeel stelt terecht voorop dat voor de overeenkomst van koop op afbetaling geen vormvereiste geldt, zij het - zo voeg ik hieraan volledigheidshalve toe - dat art. 1576b de schriftelijke vorm voorschrijft voor "Bedingen, waarbij of krachtens welke den schuldenaar, voor het geval hij eenige verplichting uit de overeenkomst niet vervult, de betaling van zekere som als schadevergoeding of eenige straf wordt of kan worden opgelegd". Het middelonderdeel betoogt voorts met recht dat voor huurkoop wel een vormvoorschrift geldt nu art. 7A:1576i lid 1 BW eist dat "Huurkoop wordt aangegaan bij authentieke of onderhandsche akte, welke voldoet aan de bepalingen van artikel 1576j", doch dat art. 7A:1576j BW als rechtsgevolg resp. sanctie aan het onvolledig zijn of geheel ontbreken van zo'n akte slechts het verval verbindt van het eigendomsvoorbehoud waardoor het species huurkoop zich van het genus koop op afbetaling onderscheidt. Het betoog dat het alléén ontbreken van een schriftelijke toestemming van de 'andere' echtgenoot gelet op de sanctie die art. 7A:1576j BW verbindt aan het ontbreken van de door art. 7A:1576i BW voorgeschreven akte, slechts het verval van het bedongen eigendomsvoorbehoud meebrengt, zodat een niet aantastbare koop op afbetaling resteert ingeval de andere echtgenoot mondeling toestemming heeft verleend, moet evenwel falen. Art. 7A:1576j BW bepaalt welk rechtsgevolg is verbonden aan het niet voldoen aan het vormvoorschrift van art. 7A:1576i BW dat voorschrijft dat een huurkoop wordt aangegaan bij authentieke of onderhandse akte, die voldoet aan de daaraan ingevolge deze bepaling te stellen voorwaarden. Art. 1:88 lid 3 BW bepaalt in welke gevallen de toestemming niet vormvrij is; het schrijft de schriftelijke vorm voor indien de wet voor de rechtshandeling een vorm voorschrijft. Art. 7A:1576j BW ziet op het geval dat een huurkoop niet bij akte is aangegaan en bepaalt dat een zodanige huurkoop geldt als koop op afbetaling. Uit deze bepaling kan niet worden afgeleid dat een wél bij akte aangegane huurkoop, die geldig is als huurkoop zolang de andere echtgenoot zich niet binnen een termijn van drie jaren op het ontbreken van schriftelijke toestemming heeft beroepen, moet gaan gelden als een koop op afbetaling indien de andere echtgenoot zich op het ontbreken van schriftelijke toestemming beroept en een schriftelijke toestemming inderdaad ontbreekt, doch wel kan worden aangenomen, of kan blijken, dat mondeling toestemming is verleend. De eisen van rechtszekerheid staan reeds eraan in de weg een dergelijke opvatting te aanvaarden. Het bepaalde in art. 1:88 lid 3 BW kan niet anders worden opgevat dan dat de wetgever een vormvereiste - te weten het vereiste van een geschrift - heeft willen voorschrijven voor de door de andere echtgenoot te verlenen toestemming indien

ook voor de overeenkomst die de toestemming behoeft een vorm is voorgeschreven, zodat ingeval door de handelende echtgenoot bij akte een overeenkomst van huurkoop is gesloten, de toestemming schriftelijk moet worden verleend. De wetsgeschiedenis bevat geen enkel aanknopingspunt waaruit kan worden afgeleid dat de wetgever door in art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW te bepalen dat toestemming is vereist voor het genus 'koop op afbetaling', tot uitdrukking zou hebben willen brengen dat de wetgever voor wat betreft het species 'huurkoop' van de in art. 1:88 lid 3 BW geformuleerde regel heeft willen afwijken in de door het middel bedoelde zin.

27. Op het voorgaande stuiten de overige in het middelonderdeel vervatte klachten af aangezien zij alle voortbouwen op de hiervoor besproken en ongegronde bevonden klacht.

Middel VI: het beroep op de artt. 6:278 en 210 alsmede op art. 3:53 lid 2 BW

28. Middelonderdeel VI keert zich tegen rechtsoverweging 2.14 waarin het hof de zevende grief van Dexia heeft verworpen. Het hof overwoog daartoe als volgt:

"2.14 Met grief VII betoogt Dexia dat art. 6:278 in dezen toepassing dient te vinden, ook al is het niet één van partijen, Dexia of [verweerder 1], maar een derde, [verweester 2], die de stoot tot ongedaanmaking heeft gegeven.

Opmerking verdient allereerst dat de kantonrechter met inachtneming van de vordering van [verweester 2], slechts een verklaring voor recht heeft gegeven en aan Dexia geen verplichting tot ongedaanmaking heeft opgelegd. Bijbetaling door [verweerder 1] teneinde de oorspronkelijke waardeverhouding te herstellen was derhalve reeds daarom niet aan de orde.

Voorts overweegt het hof dat in wet geen aanknopingspunt is te vinden voor de door Dexia voorgestane ruime uitleg. Ook de wetsgeschiedenis biedt geen steun voor haar opvatting. Mogelijk dat desondanks in geval van bijzonder zwaarwegende omstandigheden de uitleg van Dexia zou kunnen worden gevolgd, maar die omstandigheden zijn in dit geding niet gesteld of gebleken. De enkele omstandigheid dat, naar mag worden aangenomen, [verweester 2] de overeenkomsten niet had vernietigd indien en voorzover deze gunstig voor [verweerder 1] hadden uitgepakt, is daarvoor in ieder geval onvoldoende. Dat is te minder zo omdat art. 1:88 BW een beschermende functie heeft, welk doel illusoir zou worden indien de uitleg van Dexia in dezen gevolgd zou worden."

29. Het middelonderdeel bestaat uit drie subonderdelen. Subonderdeel A gaat uit van het slagen van één van de middelonderdelen I-V en moet daarom falen.

30. Subonderdeel B onder (i) keert zich tegen 's hofs oordeel dat dient te worden vooropgesteld dat de kantonrechter slechts een verklaring voor recht heeft gegeven en aan Dexia geen verplichting tot ongedaanmaking heeft opgelegd, zodat bijbetaling door [verweerder 1] teneinde de oorspronkelijke waardeverhouding te herstellen reeds daarom niet aan de orde was. De in dit onderdeel vervatte klacht moet reeds falen bij gebrek aan belang nu het hof in zijn gewraakte

rechtsoverweging ook inhoudelijk de grief van Dexia op dit punt heeft behandeld.

Het beroep op art. 6:278 BW

31. Subonderdeel B onder (ii) klaagt dat onjuist en/of onbegrijpelijk is 's hofs oordeel dat er geen wettelijk aanknopingspunt te vinden is voor de door Dexia voorgestane ruime uitleg, dat al zou mogelijk desondanks in geval van bijzonder zwaarwegende omstandigheden de uitleg van Dexia kunnen worden gevolgd, de daartoe - gelet op de beschermende functie van art. 1:88 BW - vereiste "bijzonder zwaarwegende omstandigheden" ontbreken, ondanks het als (minst genomen hypothetisch) vaststaand aan te nemen feit dat [verweester 2] de overeenkomsten niet had vernietigd als die gunstig voor [verweerder 1] (en haar) hadden uitgepakt. Het subonderdeel voert daartoe het volgende aan. Art. 6:278 BW is van overeenkomstige toepassing, ook bij een niet volledig uitgevoerd contract, op de gevolgen van een geslaagd beroep op de artt. 1:88 en 89 BW, hoewel dit beroep niet door de contracterende echtgenoot kan worden gedaan, indien wordt vernietigd nadat de verhouding in waarde van hetgeen wederzijds bij ongedaanmaking moet worden verricht zich ten gunste van die partij - eventueel indirect, namelijk via het vermogen van de echtgenoot - heeft gewijzigd en bovendien aannemelijk is dat zij daartoe zonder deze waardewijziging niet zou zijn overgegaan. In casu is niet twijfelachtig dat slechts tot vernietiging is overgegaan om de geleden koersverliezen op Dexia af te wentelen. De beschermingsratio van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW strekt niet tot bescherming tegen het niet voor afbetalingstransacties kenmerkende maar specifiek aan beleggingen inherente risico van koersverliezen; derhalve wordt enerzijds de ratio van art. 1:88 BW niet tekort gedaan en anderzijds de ratio van 6:278 BW geheel gediend door de tot aan datum van het vernietigingsberoep op zo'n beleggingstransactie geleden koersverliezen voor rekening van de contractant en in zoverre (in)direct ook van diens echtgenoot c.q. gezin te laten komen. Dit klemmt temeer indien [verweester 2], zoals door Dexia te bewijzen is aangeboden, al (vrijwel) dadelijk na de sluiting ervan bekend was met de litigieuze overeenkomsten maar pas vanwege de nadien oplopende koersverliezen een beroep heeft gedaan op de artt. 1:88 en 89 BW. Bij het voorgaande komt dat (ver)netig(baar)heden niet verder reiken dan hun strekking meebrengt.

32. Bij de beoordeling van dit subonderdeel stel ik het volgende voorop. Art. 6:278 luidt als volgt:

"1. De partij die ontbinding kiest van een reeds uitgevoerde overeenkomst, nadat de verhouding in waarde tussen hetgeen wederzijds bij ongedaanmaking zou moeten worden verricht, zich te haren gunste heeft gewijzigd, is verplicht door bijbetaling de oorspronkelijke waardeverhouding te herstellen, indien aannemelijk is dat zij zonder deze wijziging geen ontbinding zou hebben gekozen.

2. Het vorige lid is van overeenkomstige toepassing ingeval de partij te wier gunste de wijziging is ingetreden, op andere grond dan ontbinding de stoot tot ongedaanmaking geeft en aannemelijk is dat zij

daartoe zonder deze wijziging niet zou zijn overgegaan."

Deze bepaling is in de parlementaire geschiedenis uitvoerig toegelicht, waarbij aantekening verdient dat in het Gewijzigd Ontwerp, dat gelijk is aan de eindtekst, enige redactionele wijzigingen zijn aangebracht. In het Ontwerp Meijers zag het eerste lid zowel op het geval dat de stoot tot ongedaanmaking is gegeven op grond van ontbinding als op andere gronden; het tweede lid zag op het geval dat de overeenkomst gedeeltelijk is uitgevoerd.

In de Toel. Meijers is art. 6:278 BW als volgt toegelicht (Parl. Gesch. Boek 6, p. 1038-1039):

"Dit artikel betreft de restitutie van hetgeen op grond van een wederkerige overeenkomst is gepresteerd; niet alleen de restitutie na ontbinding, maar ook die na vernietiging, een beroep op nietigheid of op een gebrek in de prestatie dat tot het eisen van een betere prestatie, of van vervangende schadevergoeding aanleiding geeft. In al deze gevallen kan het voorkomen dat restitutie van hetgeen is gepresteerd, een geheel ander effect heeft op het ogenblik waarop de ene partij die in feite van de andere verlangt, dan zij gehad zou hebben dadelijk na de uitvoering van de overeenkomst - het ogenblik waarop die uitvoering naar verhouding nog het zuiverst ongedaan kon worden gemaakt. (...)

Nu vindt als regel de ongedaanmaking in feite eerst plaats wanneer een der partijen het initiatief daartoe neemt. (...)

Soms is de partij die tot een dergelijk initiatief gerechtigd is, bepaald op dat rechtsmiddel aangewezen. (...)

In andere gevallen daarentegen betekent het rechtsmiddel dat ongedaanmaking impliceert, slechts één van de mogelijkheden voor de betrokkene om zijn belang te dienen. (...)

In de laatste groep van gevallen bestaat nu het gevaar dat de keuze van een rechtsmiddel dat restitutie meebrengt, gedaan nadat door een der boven omschreven oorzaken die keuze aantrekkelijker is geworden dan zij dadelijk na de uitvoering van de overeenkomst was, juist door deze omstandigheid is ingegeven. (...)

Het hier besproken artikel bepaalt daarom dat een partij die onder de geschetste omstandigheden de stoot tot ongedaanmaking geeft, door een bijbetaling de oorspronkelijke waardeverhouding moet herstellen indien aannemelijk is dat zij dit initiatief anders niet zou hebben genomen. (...)"

In de MvA II - waarin nog is ingegaan op de vraag of art. 6:278 BW ook van toepassing moet zijn ingeval het gaat om een ongedaanmaking als gevolg van nietigheid of vernietiging van de overeenkomst - wordt het volgende opgemerkt (Parl. Gesch. Boek 6, p. 1042-1043):

"Het artikel keert zich hier met name tegen het gevaar dat de ontbinding uitsluitend wordt gehanteerd ten einde een voordeel in de wacht te slepen, ontstaan door het prijsverloop van goederen als die welke bij ontbinding teruggegeven moeten worden. (...)

Zoals uit het voorgaande blijkt, kan de ondergetekende zich evenmin als de Commissie verenigen met het voorstel in het rapport van de broederschappen de bepaling te schrappen en deze materie over te laten aan de al-

gemene beginselen als redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid. (...)

Ten aanzien van deze laatste gevallen [een ongedaanmaking als gevolg van nietigheid of vernietiging van de overeenkomst] deelt de ondergetekende voorts de mening van de Commissie dat het geen aanbeveling verdient om de toepassing daarop van het onderhavige artikel uit te sluiten. (...) Ook hier is er immers geen goede reden waarom degene die aan het terugvorderen gaat, een extra voordeel in de wacht moet kunnen slepen, zelfs wanneer aannemelijk is dat hij zonder dit voordeel niet tot terugvordering zou zijn overgegaan. Door voor dit geval herstel van de oorspronkelijke waardeverhouding voor te schrijven wordt ook niet aan de sanctie van nietigheid tekortgedaan. Deze kan immers moeilijk worden gezocht in een onbillijke wijze van afwikkeling van de rechtsverhouding die door de nietigheid is ontstaan.

De Commissie heeft zich evenwel afgevraagd of niet op het voetspoor van de voormelde schrijvers moet worden gevreesd dat het artikel soms kan worden gebruikt om bepaalde economische gevolgen van een overeenkomst die de wetgever door nietigheid van dergelijke overeenkomsten juist heeft willen verhinderen, toch te bereiken. Daarbij heeft de Commissie met name aangehaald het door deze schrijvers vermelde geval van een koopovereenkomst die door de wetgever nietig is verklaard, omdat hij de koper niet de kans op voordeel, die in de overeenkomst besloten ligt, wil laten genieten. De ondergetekende heeft van dit geval geen concreet voorbeeld kunnen vinden, en meent daarom hier te moeten volstaan met de opmerking dat afwijkingen van het onderhavige artikel in andere wettelijke bepalingen uiteraard niet zijn uitgesloten en dat een dergelijke afwijking zonodig ook uit de strekking van een dergelijke bepaling kan worden afgeleid."

33. Het voorgaande overziende, kom ik tot de slotsom dat het hof met juistheid heeft geoordeeld dat uit tekst noch wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat art. 6:278 BW ook van toepassing is ingeval een derde, te weten de andere echtgenoot, de stoot tot ontbinding geeft op de voet van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW dat ertoe strekt, zoals het hof met juistheid heeft overwogen, de andere echtgenoot en het gezin te beschermen tegen de potentieel omvangrijke vermogensrechtelijke gevolgen van 'koop op afbetaling', een strekking die zich tegen toepasselijkheid van art. 6:258 BW verzet aangezien toepassing van deze bepaling afbreuk zou doen aan de bescherming die art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW nu juist beoogt te bieden. Het onderdeel dat betoogt dat art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW weliswaar de strekking heeft de andere echtgenoot te beschermen tegen de gevolgen van een koop op afbetaling maar niet tegen beleggingsrisico's, ziet eraan voorbij dat in dit geval de leaseovereenkomsten de lessee in staat stelden door beleggingen een (omvangrijk) vermogensrechtelijk risico te lopen, met potentieel vergaande gevolgen voor de andere echtgenoot en het gezin, zodat wel degelijk sprake was van een risico waartegen art. 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW bescherming beoogt te bieden.

Met zijn overweging dat "mogelijk desondanks in geval van bijzonder zwaarwegende omstandigheden de uitleg van Dexia zou kunnen worden gevolgd, maar dat die omstandigheden in dit geding niet zijn gesteld of gebleken" heeft het hof kennelijk gerefereerd aan de mogelijkheid dat sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid als bedoeld in art. 3:13 BW. Het hof heeft met recht geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat, naar mag worden aangenomen, [verweerster 2] de overeenkomsten niet had vernietigd indien en voorzover deze gunstig voor [verweerder 1] hadden uitgepakt, daarvoor (te weten voor de conclusie dat sprake is van misbruik van bevoegdheid) in ieder geval onvoldoende is. Het hof heeft daarbij terecht in aanmerking genomen dat anders de beschermende functie van art. 1:88 BW illusoir zou worden.

Op het voorgaande stuit subonderdeel B onder (ii) in zijn geheel af.

34. Ook in de jurisprudentie wordt in gevallen als het onderhavige het beroep op art. 6:278 BW algemeen verworpen (zie bijv. rechtbank Amsterdam, 27 april 2007, JOR 2007, 151, rechtbank Amsterdam 20 juni 2007, LJN: BB2236). Mij is alleen een uitspraak van de rechtbank Haarlem bekend (vonnis 22 december 2004, JOR 2005, 42 m.nt. Lieverse) waarin een beroep op dit artikel is gehonoreerd.

Volledigheidshalve wijs ik nog op de uitspraak van DSI - Commissie van Beroep (27 januari 2005, LJN: AS4115) waarin een beroep op art. 6:278 BW op andere grond werd verworpen. Ik citeer:

"5.8.3. De Beroepscommissie vindt echter aanleiding om met betrekking tot de vraag of in gevallen als het onderhavige plaats is voor toepassing van art. 6:278 BW, ten overvloede, het volgende op te merken. Deze bepaling kan in de eerste plaats alleen dan toepassing kan vinden indien ter uitvoering van een overeenkomst een prestatie is verricht die als gevolg van ontbinding, vernietiging, of nietigheid ongedaan moet worden gemaakt. Het is aan de partij die zich van art. 6:278 BW wenst te bedienen om te stellen en, zo nodig, te bewijzen of aannemelijk te maken dat hij een prestatie als zo-even bedoeld heeft verricht. In de tweede plaats zal moeten blijken dat het voor degene die kiest voor het rechtsmiddel dat restitutie meebrengt, deze keuze door wijziging van de waarde van de prestatie aantrekkelijker is geworden dan zij dadelijk na de uitvoering van de overeenkomst was en dat de keuze juist door deze omstandigheid is ingegeven (zie Toelichting Meijers bij art. 6:278 BW, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1039, tweede volle alinea). Ook te dezer zake rusten stelplicht en bewijslast op degene die op grond van art. 6:278 BW aanspraak maakt op bijbetaling.

5.8.4. Wat het eerste bedoelde aspect betreft moet worden opgemerkt dat de deelnemer niet heeft gesteld dat hij een ongedaan te maken prestatie heeft verricht. Uit de overgelegde stukken volgt eerder het tegendeel. Het gaat immers om een overeenkomst waarbij de deelnemer zich heeft verbonden in eigen naam, maar ten behoeve van en voor rekening van belanghebbende, effecten te kopen. Overdracht van de effecten aan belanghebbende vindt echter ingevolge het hiervoor in

4.1 onder (viii) vermelde art. 5 van de overeenkomst nog niet plaats. Weliswaar wordt daar bepaald dat de effecten van rechtswege gaan toebehoren aan belanghebbende nadat deze aan de deelnemer heeft betaald wat hij krachtens de overeenkomst aan de deelnemer verschuldigd is, maar de levering zal, nu het gaat om effecten waarop de Wet giraal effectenverkeer (verder Wge) van toepassing is, moeten geschieden op de wijze zoals vermeld in art. 17 Wge. Op de instelling rust vervolgens de verplichting om van een door haar verrichte bijschrijving terstond een kennisgeving te zenden aan degene op wiens naam de bijschrijving heeft plaatsgevonden. Dit een en ander is niet anders wanneer het de bedoeling mocht zijn de effecten te leveren onder de opschortende voorwaarde dat belanghebbende aan de deelnemer heeft betaald wat hij krachtens de overeenkomst aan deze verschuldigd is. Van een verkrijging door belanghebbende van de effecten van rechtswege, met achterwege laten van levering op de voet van art. 17 Wge, kan geen sprake zijn (vgl. HR 23 september 1994, NJ 1996, 461). Nu niet gesteld is dat de effecten op de voet van art. 17 Wge zijn bijgeschreven op naam van belanghebbende en evenmin is gebleken van het doen van een kennisgeving als bedoeld in art. 25 lid 1 Wge, moet er van worden uitgegaan dat geen sprake ervan is dat de overeenkomst is uitgevoerd in de zin van art. 6:278 lid 1 BW. Reeds hierom is niet aan de voorwaarde voor toepassing van deze bepaling voldaan.

5.8.5. Met betrekking tot het tweede aspect geldt het volgende. Uit hetgeen in de Toelichting Meijers is opgemerkt volgt dat art. 6:278 BW niet van toepassing is in een geval waarin ervan moet worden uitgegaan dat de stoot tot ongedaanmaking erop is gegrond dat de partij die daartoe overgaat zijn wederpartij, terecht, verwijt dat deze is tekortgeschoten in de hem betamende zorg door eerstbedoelde niet voldoende te waarschuwen voor het risico dat de waarde van de prestatie na uitvoering van de overeenkomst kan dalen als gevolg van koersdaling. Deze situatie doet zich hier voor; niet de situatie waarin de daling van de waarde van de prestatie na de uitvoering van de overeenkomst is gedaald als gevolg van een omstandigheid die niet in verband staat met het in zorg tekortschieten als zo-even bedoeld. Ook op grond hiervan zou een beroep van de deelnemer op art. 6:278 BW moeten falen."

35. Roelvink en Brunner komen in hun advies (t.a.p., p. 12) eveneens tot de conclusie dat art. 6:278 BW niet van toepassing is ingeval de andere echtgenoot 'de stoot tot ongedaanmaking' geeft:

"Het gaat in het geval van een vernietigde effectenlease weliswaar om ongedaanmaking op andere grond dan ontbinding, maar de in deze bepaling bedoelde "stoot tot ongedaanmaking" is niet gegeven door een partij bij de overeenkomst maar door een derde, nl. de echtgenoot die toestemming tot de overeenkomst had moeten geven. De bepaling is naar onze mening dan ook niet van toepassing."

Van Baalen (Het leasen van effecten; over hoogmoed en de val, WPNR 6604, p. 21) onderschrijft de opvatting dat op art. 6:278 lid 2 BW geen beroep kan worden

gedaan voor zover de stoot tot ongedaanmaking is gegrond op het bepaalde in art. 1:88 aanhef en onder d BW. In dezelfde zin als Van Baalen: Lieverse in haar noot onder Rechtbank Amsterdam (sector kanton) van 25 augustus 2004, JOR 2004, 303).

Het beroep op art. 3:53 lid 2 en art. 6:210 lid 2 BW

36. Subonderdeel C voert aan dat het hof ten onrechte en/of zonder toereikende motivering het beroep van Dexia op art. 3:53 lid 2 BW (het subonderdeel verwijst abusievelijk naar art. 3:52 lid 2 BW, zoals ook in de schriftelijke toelichting wordt vermeld) en op art. 6:210 BW (stilzwijgend) heeft verworpen althans heeft gepasseerd. Het betreft hier het door Dexia onder de nrs. 90 en 91 van de memorie van grieven aangevoerde betoog, dat luidde als volgt:

"Artikel 3: 52 BW

90. Voor zover het beroep op art. 1: 88 BW zou slagen is Dexia voorts van oordeel dat aan die vernietiging de werking ontnomen moet worden, in ieder geval voor wat betreft de periode voorafgaand aan het vernietigingsberoep. De gevolgen van de overeenkomsten van aandelenlease over het verleden kunnen immers niet meer ongedaan gemaakt worden. De prestatie die [verweerder 1] heeft ontvangen is immers dat hij het genot heeft gehad van de kans dat de koersen van de desbetreffende aandelen zouden stijgen. Dat hij daarnaast het risico heeft gedragen van een koersdaling maakt dat niet anders. Ook de combinatie van die twee kansen heeft immers economische waarde. Het genot van een kans kan echter niet meer ongedaan worden gemaakt nadat de onzekere gebeurtenis waar die kans betrekking op heeft eenmaal heeft plaatsgevonden. [Verweerder 1] verkeert dus in de structurele onmogelijkheid om de ontvangen prestatie te restitueren, net zomin als de koper van een staatslot de ontvangen prestatie kan restitueren, nadat de trekking heeft plaatsgevonden. Aan de vernietiging dient derhalve werking te worden ontzegd, in ieder geval over de periode voorafgaande aan het vernietigingsberoep."

Artikel 6:210 BW

91. Subsidiair is Dexia voorts van oordeel dat, zo het beroep op artikel 1: 88 BW slaagt, [verweerder 1] op grond van het tweede lid van artikel 6: 210 BW de waarde dient te vergoeden van de prestatie die hij heeft genoten. De prestatie die hij heeft genoten is het genot van de kans dat de aandelen waarop de overeenkomsten betrekking hadden in waarde zouden stijgen. Het feit dat de aandelen dat in werkelijkheid niet gedaan hebben, doet er niet aan af dat die kans op het moment van het genot daarvan een waarde had. Voor de toepassing van artikel 6:210 lid 2 BW dient de waarde daarvan bepaald te worden op de waarde in het economisch verkeer."

37. Bij de beoordeling van dit subonderdeel stel ik - onder verwijzing naar Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nrs. 483 e.v. en Asser-Hartkamp 4-III, 2006, nr. 333 e.v. - het volgende voorop. De vernietiging van een rechtshandeling heeft terugwerkende kracht. In beginsel heeft de vernietiging tot gevolg dat de rechtsverhouding tussen partijen wordt hersteld in de staat waarin deze vóór het aangaan van de overeenkomst was. Indien de reeds

ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of gedeeltelijk haar werking ontzeggen. Aldus art. 3:53 lid 2 BW, dat bepaalt dat de rechter aan een partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, de verplichting kan opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt. Het geval dat de ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, moet worden onderscheiden van de gevallen waarin restitutie niet mogelijk is. Het gaat hierbij om twee soorten van gevallen. Het geval dat de prestatie naar haar aard onvatbaar is voor restitutie (zoals het verschaffen van huurgenot) en het geval dat een prestatie naar haar aard wél doch ten gevolge van later ingetreden omstandigheden feitelijk niet meer ongedaan gemaakt kan worden (de geleverde zaak is tenietgegaan). Deze gevallen vinden hun regeling in afdeling 6.4.2 resp. de algemene regels van afd. 6.1.9 omtrent het nietnakomen van verbintenissen (in casu van de ongedaanmakingsverbintenis). In het eerste geval zal de ontvanger veelal gehouden zijn de waarde van de prestatie te vergoeden, terwijl in het tweede geval schadevergoeding verschuldigd is indien de onmogelijkheid van (correcte) restitutie hem kan worden toegerekend. Art. 6:210 BW waarnaar het subonderdeel verwijst, ziet op het eerste geval en heeft betrekking op de ongedaanmaking van prestaties die niet in het geven van een goed hebben bestaan.

38. Het hiervoor weergegeven betoog in de memorie van grieven lijkt te zijn geïnspireerd door het vonnis van de rechtbank te 's-Hertogenbosch d.d. 1 juni 2004 (gepubliceerd in NJF 2004, 512), waarin de voorzieningenrechter (in rechtsoverweging 4.7) toepassing geeft aan het tweede lid van art. 53 lid 2 in een geval waarin een Nederlandse deelnemer een kansspelovereenkomst met een buitenlandse aanbieder van kansspelen vernietiging vordert op grond van art. 40 lid 2 BW.

39. Het betoog dat de reeds ingetreden gevolgen van de rechtshandeling (de lease-overeenkomsten) bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden in de zin van art. 3:53 lid 2 BW en/of dat sprake is van een onmogelijkheid tot ongedaanmaking als bedoeld in art. 6:210 BW, faalt. Het is - gelet op de hiervoor aangehaalde passages uit de memorie van grieven - daarop gegrond dat de onderhavige lease-overeenkomsten moeten worden gekwalificeerd als kanscontracten, waarbij de door Dexia aan [verweerder 1] geleverde prestatie, bestaat uit het genot dat hij heeft gehad van de kans dat de koersen van de desbetreffende aandelen zouden stijgen. Het middel ziet eraan voorbij dat het hof de stelling van Dexia dat de lease-overeenkomsten geen overeenkomsten van koop en verkoop zijn als bedoeld in artt. 7:1 jo 7:47 BW doch overeenkomsten tot afrekening van koers- of prijsverschil als bedoeld in art. 7A:1811 lid 1 BW en dus kansovereenkomsten, in de rechtsoverwegingen 2.8-2.8.4 uitvoerig gemotiveerd verworpen. Deze rechtsoverwegingen zijn in cassatie - terecht - niet bestreden. Het subonderdeel faalt derhalve bij gebrek aan belang, gebaseerd als het is op een onjuiste grond-

slag, voorzover het subonderdeel al niet faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag ingeval in 's hofs genoemde overwegingen ligt besloten dat het beroep van Dexia op art. 3:53 lid 2 en art. 6:210 BW moet worden verworpen.

40. Volledigheidshalve wijs ik voorts op de conclusie van Roelvink en Brunner in meergenoemd advies (t.a.p., p. 12):

"Het lijkt ons onaannemelijk dat het teruggeven van wat vóór de vernietiging van een overeenkomst van effectenlease krachtens deze overeenkomst is gegeven respectievelijk ontvangen, als bezwaarlijk in de zin van die bepaling zou kunnen worden aangemerkt. De bank zal de door de lessee betaalde bedragen moeten terugbetalen en de lessee zal de aan hem afgeleverde effecten, of een gelijk aantal effecten van dezelfde soort, moeten terugleveren aan de bank en de eventueel op die effecten daadwerkelijk ontvangen dividenden en andere baten aan de bank moeten afdragen."

Slotsom in het principale cassatieberoep

41. De slotsom is dat het principale beroep in al zijn onderdelen faalt.

Het cassatiemiddel in het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep

42. Nu het incidenteel cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat het principale cassatieberoep geheel of gedeeltelijk slaagt, behoeft het incidentele cassatieberoep geen behandeling.

Conclusie

Deze strekt tot verwerping van het principale beroep.
